

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

sführer

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsärztin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. März 2015 beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von € festgesetzt.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Vergabebekanntmachung vom 20. Dezember 2014 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Vergabe-Nummer: 2014/S 246-434256 die Dienstleistung „
“ im Offenen Verfahren nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen europaweit aus. Die Vergabeunterlagen sahen zunächst vor, bestimmte Fahrten ausschließlich mit einem sog. Midibus als Zugfahrzeug einschließlich des dazugehörigen Personenanhängers zu erbringen.

Dies rügte die Antragstellerin unter anderem mit Schreiben vom 1. Januar 2015 gegenüber der Vergabestelle. Die Antragsgegnerin reagierte hierauf mit Schreiben vom 5. Januar 2015. Dies wiederum veranlasste die Antragstellerin, mit Schreiben vom 12. Januar 2015 erneut zu rügen und ihr Schreiben vom 1. Januar 2015 zu korrigieren und zu ergänzen. Da die Antragsgegnerin den erhobenen Rügen der Antragstellerin nicht in ihrem Sinne abhalf, stellte diese mit Schreiben vom 20. Januar 2015 einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Mit Bieterinformation 2 und Verfahrensbrief 1 vom 29. Januar 2015 sowie einer Korrekturbekanntmachung ebenfalls vom 29. Januar 2015 nahm die Antragsgegnerin, ohne Anerkennung einer Rechtspflicht Änderungen an den Vergabeunterlagen vor, um damit unter anderem die Beanstandungen der Antragstellerin, beispielsweise mit Blick auf die Befahrbarkeit der vorsorglich zu beheben und im Übrigen eine vermeintliche Intransparenz in Bezug auf die Zuschlagskriterien auszuräumen. So entschloss sich die Antragsgegnerin etwa dazu, die in den Vergabeunterlagen festgelegte Linien- und Wegeföhrung nochmals zu ändern und anknüpfend an diese neue Linien- und Wegeföhrung nunmehr alternativ zu den ausgeschriebenen Midibussen auch den Einsatz von Standardbussen als Zugfahrzeuge zuzulassen. Mit dem Verfahrensbrief 1 vom 29. Januar 2015 stellte die Antragsgegnerin ausdrücklich klar, dass die ursprünglich geforderten Midi-Zugfahrzeuge mit Anhängern weiterhin in ausschreibungskonformer Weise angeboten werden könnten. Die Angebotsfrist wurde um mehr als 45 Tage verlängert und auf den 16. März 2015 festgelegt.

Die Antragsgegnerin erhielt ihre Rügen weiterhin aufrecht und erweiterte diese. Auf die entsprechenden Schriftsätze wird Bezug genommen. Die Antragstellerin reichte am 16. März 2015 ihr Angebot bezogen auf die veränderte Ausschreibung ein. Die Antragsgegnerin teilte mit, dass das Angebot nach erster Durchsicht den formalen Anforderungen entspreche und auch unter der Kostenschätzung liege.

Die Antragstellerin ist weiterhin der Auffassung, dass aufgrund der veränderten Ausschreibung nach wie vor keine Produktneutralität vorliege und die Ausschreibung aufzuheben sei, weil die Antragsgegnerin in der Ausschreibung nicht die von ihr behaupteten sachlichen Gründe für den Einsatz von Zugmaschinen und Personenanhängern niedergelegt habe. Die nunmehr vorliegende Ausschreibung zwingt zum Erwerb von Zugfahrzeugen und Anhängern jeweils einer bestimmten Marke. Die Antragstellerin werde damit davon abgehalten, ein noch wirtschaftlicheres Angebot abgeben zu können als sie es nunmehr getan habe. Größere Unternehmen würden ihr - der Antragstellerin - gegenüber - bevorzugt. Die Antragstellerin beantragt zuletzt,

1. die Ausschreibung der Antragsgegnerin „
“ aufzuheben,
hilfsweise
2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag im bezeichneten Verfahren auf der Grundlage der in der Ausschreibung genannten Bedingungen zu erteilen;
3. unabhängig von dem Antrag zu 2) die Vergabe auf Rechtmäßigkeit des Verfahrens hin (§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB) zu überprüfen.

Die Antragsgegnerin beantragt,
den Antrag zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, die Anträge zu 2) und zu 3) seien gemäß § 108 GWB nicht statthaft. Darüber hinaus läge keine ordnungsgemäße Rüge gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB vor, denn der Vortrag der Antragstellerin sei pauschal, unsubstantiiert und ohne Bezug zum konkreten Fall. Die Beanstandungen einer vermeintlich gegebenen sogenannten produktspezifischen Ausschreibung, die schon tatbestandlich hier nicht vorliege, seien pauschal und völlig unbestimmt. In den Vergabeunterlagen sei nicht ein Produkt ausdrücklich gefordert. Allein die Antragsgegnerin als öffentlicher Auftraggeber bestimme den Beschaffungsgegenstand und sei Herrin des Vergabeverfahrens.

Im Übrigen verstoße auch das Bus-Anhänger-Konzept nicht gegen vergaberechtliche Vorgaben. Ausweislich des Vergabevermerks habe sich die Antragsgegnerin intensiv mit der Problematik „Fahrzeugeinsatz“ befasst. Insoweit verweist sie auf ihren Schriftsatz vom 4. Februar 2015, in dem sie die Gründe aufzählt, die zu dem ausgeschriebenen Fahrzeugkonzept geführt haben.

Nur für den ausdrücklich unterstellten Fall, dass eine produktspezifische Ausschreibung vorliege, wäre diese auch ohne Weiteres gerechtfertigt. Dies ergebe sich aus den in dem Vergabevermerk und sowie den mit Schriftsatz vom 4. Februar 2015 vorgetragenen Gründen, die zu dem ausgeschriebenen Fahrzeugkonzept geführt hätten.

Die mündliche Verhandlung fand am 18. März 2015 statt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie auf die Vergabeakte Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist sowohl im Hauptantrag (dazu A.) als auch bezüglich der Hilfsanträge (dazu B.) unzulässig.

A. Der Hauptantrag ist unzulässig.

- I. Zweifelsohne hat die Antragstellerin im Sinne des § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB ein Interesse an dem Auftrag. Dies hat sie durch Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes am 16. März 2015 belegt.
- II. Der Antragstellerin fehlt jedoch die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Die Antragstellerin hat weder die Möglichkeit einer Rechtsverletzung (dazu 1.) noch das Bestehen oder Drohen eines Schadens substantiiert vorgetragen (dazu 2.).
 1. Aus dem Vortrag der Antragstellerin lässt sich die Möglichkeit einer Rechtsverletzung nicht entnehmen.
 - a) Die Antragstellerin muss die mögliche Verletzung eigener Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB geltend machen. Dabei genügt allein die Rüge einer Verletzung von objektivrechtlichen Vorschriften des Vergaberechts für die Antragsbefugnis nicht. Es muss vielmehr um die mögliche Verletzung eigener, subjektiver Rechte der Antragstellerin nach § 97 Abs. 7 GWB gehen. Auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes fehlt die Antragsbefugnis einem Unternehmen, bei dem unter Berücksichtigung des gemäß § 108 Abs. 2 GWB vorgetragenen Sachverhalts eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht vorliegen kann. Aus den §§ 107 Abs. 2 und 108 Abs. 2 GWB folgt, dass der Bieter nicht mit pauschalen und unsubstantiierten Behauptungen in der Erwartung Nachprüfungsanträge stellen kann, die Amtsermittlung werde zum Nachweis eines Verstoßes führen. Er hat zumindest Indizien oder tatsächliche Anhaltspunkte aufzuzeigen, die ihn zu dem Schluss bewogen haben, die Vergabestelle habe sich rechtswidrig verhalten.
 - b) Die Antragstellerin will ihren Vortrag im Kern darauf reduziert wissen, dass auch nach der Veränderung der Vergabeunterlagen die alternativ anzubietenden Standardbusse mit Zugmaschine nicht dem Neutralitätsgebot des § 8 EG Abs. 7 VOL/A

entsprechen. Die Antragsgegnerin sei deshalb gehalten gewesen, die sachlichen Gründe für diese Entscheidung in den Ausschreibungsunterlagen zu dokumentieren, was sie nicht getan habe. Hierzu beruft sie sich auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Februar 2010 - VII Verg 42/09 - juris.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist damit jedoch nicht die Möglichkeit einer Rechtsverletzung vorgetragen. Zum einen ergibt sich aus dieser Entscheidung gerade nicht, dass die Antragsgegnerin gehalten gewesen wäre, ihre Gründe für das „Fahrzeugkonzept“ in den Ausschreibungsunterlagen niederzulegen. Die Antragstellerin hat auch sonst keine sachlichen Gründe vorgetragen, die für ein entsprechendes Erfordernis sprächen. Die Antragsgegnerin hat die Gründe - wie es vergaberechtlich auch nicht zu beanstanden ist - im Vergabevermerk niedergelegt. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens mit Schriftsatz vom 4. Februar 2015 (Seite 15 ff.) ausführlich die Gründe dargetan, die sie bewogen haben, sich für das ausgeschriebene Fahrzeugkonzept zu entscheiden.

Die Antragstellerin hat hierauf nicht mit einem substantiierten Tatsachenvortrag reagiert, sondern es insoweit bei pauschalen Behauptungen und bloßen Mutmaßungen belassen. Da es an einer nachvollziehbaren Sachverhaltschilderung insoweit fehlt, und nur die abstrakte Möglichkeit einer Rechtsverletzung in den Raum gestellt wird, fehlt es an der Geltendmachung einer Rechtsverletzung. Die bloßen Behauptungen der Antragstellerin führen auch nicht zu einer Beweislastumkehr dahingehend, dass die Antragsgegnerin nunmehr vertieft darzulegen hätte, welche Gründe sie zu dem ausgeschriebenen Fahrzeugeinsatz bewogen haben. Etwas anderes wäre nur dann anzunehmen, wenn die Antragstellerin keine Kenntnisse über die Gründe der Antragsgegnerin für das ausgeschriebene Fahrzeugkonzept gehabt hätte. Dies ist jedoch, wie bereits erwähnt, nicht der Fall, da die Antragsgegnerin ihre Gründe mit Schriftsatz vom 4. Februar 2015 umfassend dargelegt hat.

- c) Die Antragstellerin hat auch nicht vorgetragen, dass die Entscheidung des Antragsgegners für das Anhängerkonzept nicht auf sach- und auftragsbezogenen Gründen beruhe. Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie - womit die Vergabekammer nicht zum Ausdruck bringen will, dass § 8 EG Abs. 7 VOL/A vorliegend überhaupt Anwendung findet - ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbes als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen. Dessen Entscheidung ist nur darauf hin zu überprüfen, ob sie auf entsprechenden Gründen beruht. Ist ein derartiger sachlicher Bezug zum Auftragsgegenstand zu bejahen, findet nicht einmal eine Überprüfung nach den Maßstäben statt, die für die Überprüfung von Beurteilungsspielräumen entwickelt worden sind (Oberlandesgericht Düsseldorf, a.a.O., Orientierungssatz 1). Insbesondere müssen der Beschaffungsentscheidung keine Unter-

suchung in Form von Markterforschungen oder Marktanalysen vorangehen. Selbst nach den von dem Oberlandesgericht Düsseldorf (a.a.O.) aufgestellten Maßstäben hat die Antragstellerin nichts vorgetragen, was einen Verstoß gegen § 8 EG Abs. 7 VOL/A - so dieser überhaupt Anwendung fände - möglich erscheinen lässt.

2. Die Antragstellerin hat ferner nicht dargelegt, dass ihr durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder ihr ein solcher zu entstehen droht.
 - a) Der in § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB verwandte Schadensbegriff muss unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Der Schaden besteht darin, dass durch die einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstöße die Aussichten des den Antrag stellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein könnten. Entscheidend für das Vorliegen einer Antragsbefugnis und damit für die Gewähr von Primärrechtsschutz ist mithin die Eignung der gerügten Vergaberechtsverstöße, zumindest eine Chancenbeeinträchtigung begründen zu können. Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages genügt der schlüssige Vortrag bzw. die konkrete Behauptung des Antragstellers, dass sein Angebot wertbar sei und er bei rechtmäßigem Vorgehen der Vergabestelle eine bessere Chance auf den Zuschlag habe.
 - b) Die Antragstellerin hat nach eigenen Bekundungen und von der Antragsgegnerin bestätigt ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben, das auch den formellen Anforderungen entspricht und unter der Kostenschätzung der Antragsgegnerin liegt. Konkrete Tatsachen, dass ihr ein Schaden dadurch entstanden sein soll oder drohe, hat sie nicht vorgetragen. § 8 EG Abs. 7 VOL/A schützt nicht vor einer bloßen Aussicht auf Abgabe eines gegebenenfalls noch wirtschaftlicheren Angebotes.
- B. Auch im Hinblick auf die beiden Hilfsanträge fehlt der Antragstellerin aus den unter A.II. dargelegten Gründen die Antragsbefugnis. Es kann insoweit dahinstehen, ob - woran die erkennende Kammer erhebliche Zweifel hat - der Antrag zu 3) überhaupt statthaft ist.
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.
 - I. Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, trägt sie die Kosten (§ 128 Abs. 3 GWB).
 - II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Aus dem von der Antragstellerin angebotenen Preis pro durchschnittlichem Kalenderjahr ergibt sich für die vorgesehene Vertragsdauer von zehn Jahren und unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die

auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von €.

- III. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin, § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu erklärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.