

**2. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69 d - VK - 28/2015



**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

**- Antragstellerin -**

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

1.

**- Antragsgegnerin zu 1) -**

2.

**- Antragsgegnerin zu 2) -**

Verfahrensbevollmächtigte:

wegen:

Durchführung gemeinwirtschaftlicher Verkehrsdienstleistungen

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Schwarz und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. Juli 2015 am 29. Juli 2015 beschlossen:

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

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerinnen schrieben im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter der Vergabe-Nummer: 2015/S 064-113035 die Vergabe von

gemäß § 42 PBefG im europaweit aus.

Die Bekanntmachung erfolgte am 1. April 2015, Tag der Absendung war der 27. März 2015. Die Leistung wird für den Zeitraum vom 13. Dezember 2015 bis zum 9. Dezember 2017 vergeben, um auch nach Auslaufen des die betroffenen Verkehrsleistungen derzeit umfassenden Verkehrsservicevertrages zum 12. Dezember 2015 die Versorgung der Bevölkerung sicherstellen zu können.

Gemäß Ziffer III.2.3) der Bekanntmachung haben die Bieter mit Angebotsabgabe zu erklären, dass sie die Vorgaben zum elektronischen Fahrgeldmanagement (EFM) erfüllen. Zusätzlich haben sie eine Herstellerbescheinigung vorzulegen, wobei die weiteren Einzelheiten hierzu den Vergabeunterlagen zu entnehmen sind. Im Gebiet der Antragsgegnerinnen ist das EFM-System bereits seit dem Fahrplanwechsel 2011/2012 eingeführt. In der Leistungsbeschreibung findet sich unter Ziffer 3.4.5 die Forderung der Antragsgegnerinnen, dass der Auftragnehmer die mit der Einführung des elektronischen Fahrgeldmanagements verbundenen Vorgaben des Auftraggebers und die Vorgaben an Kontrolle und Vertrieb von elektronischen Tickets gemäß den in einer gesonderten Anlage niedergelegten Anforderungen auf seine Kosten umzusetzen hat. Die dort unter Ziffer 3.4.5 aufgeführte Anlage 24, die ein Auszug aus dem Rahmen- Lastenheft für mobile elektronische Fahrkartenverkaufsgeräte („Busdrucker“) im ist, definiert zunächst allgemein die Aufgabenstellung an die einzusetzenden Geräte und gibt die Anforderungsspezifikationen für Busdrucker vor.

Mittels eines einzureichenden Formblattes hatten die Bieter mit Angebotsabgabe eine Eigenerklärung darüber abzugeben, dass sie die technischen Anforderungen gemäß Anlage 24 erfüllen. Zudem war als Anlage F zur Angebotsabgabe eine entsprechende Bestätigung des Herstellers der im Angebot des Bieters enthaltenen Geräte einzureichen, die der Hersteller mittels des in Anlage 27 der Vergabeunterlagen enthaltenen Vordruckes abzugeben hatte. Dieser sollte bestätigen, dass der angebotene Busdrucker bzw. das angebotene Einstiegskontrollgerät die Funktionalität zum EFM nach Kapitel 3.4.5. der Leistungsbeschreibung in Verbindung mit Anlage 24 der Vergabeunterlagen erfüllt.

Ausweislich des Vergabevermerkes soll durch die Forderung dieser zwei Erklärungen sichergestellt werden, dass über den zentralen Online- Vertrieb ( ) vertriebene elektronische Fahrscheine („E-Tickets“) an allen Akzeptanz- und Kontrollgeräten ausgegeben werden können und eine automatisierte räumliche und zeitliche Gültigkeitskontrolle aller E-Tickets mit Prüfung gegen die Sperrliste durchgeführt werden können. Darüber hinaus stehe der selbst in der wirtschaftlichen Verantwortung für die Erzielung von Fahrgeldeinnahmen und beabsichtige, während der Laufzeit des vorliegend zu vergebenden Auftrages sämtliche Zeitkarten auf E-Tickets umzustellen. Zur flächendeckenden Implementierung und erfolgreichen Umsetzung des E-Ticket-Systems sei die Verwendung kompatibler Technik sicherzustellen. Darüber hinaus solle mit der zusätzlich zur Eigenerklärung vorzulegenden Bestätigung des Geräteherstellers sichergestellt werden, dass die Vorgaben zum EFM durch den künftigen Auftraggeber auch tatsächlich erfüllt werden könnten, auch vor dem Hintergrund der zum Teil in der Vergangenheit aufgetretenen Schwierigkeiten einzelner Auftragnehmer bei der Umsetzung des E-Ticket-Systems. Nachdem nunmehr die Einführungsphase für das EFM mit weitreichender Umstellung des Zeitkartensortimentes abgeschlossen sei, sei insbesondere das wirtschaftliche Risiko einer fehlenden bzw. fehlerhaften Kontrolle der elektronischen Fahrtberechtigungen derart hoch, dass hier das Vereinfachungsinteresse an der Abgabe von Eigenerklärungen zurücktreten müsse.

Die Antragstellerin forderte am 9. April 2015 die Vergabeunterlagen an und erhielt diese noch am selben Tag. Ziffer 6 der Aufforderung zur Angebotsabgabe sieht vor, dass Fragen, Hinweise und Rügen zu den Vergabeunterlagen unverzüglich und rechtzeitig einzureichen sind. Absatz 3 der vorgenannten Ziffer bestimmt, dass rechtzeitig angeforderte zusätzliche Auskünfte über die Vergabeunterlagen unverzüglich, allerdings höchstens bis 6 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist erteilt würden. Zudem ist dort geregelt, dass weniger als 12 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist angeforderte Auskünfte regelmäßig nicht mehr als rechtzeitig gelten würden und daher nicht mehr beantwortet werden müssten. Angebotsfrist war der 19. Mai 2015.

Mit Schreiben vom 18. Mai 2015 wandte sich die Antragstellerin an die Antragsgegnerinnen. In der Forderung des Einsatzes von E-Ticket-Komponenten sehe sie mehrere vergaberechtliche Verstöße und bat um Abhilfe durch Änderungen der Anforderungen oder Anpassung der Fristen.

Gleichzeitig bat sie um eine angemessene Verlängerung der Angebotsfrist. Da ein Verkauf von E-Tickets nicht vorgesehen sei, reichten zur Erfüllung der Aufgaben Geräte aus, die E-Tickets kontrollieren könnten. Diese müssten nicht zwingend in den Fahrscheindruckern integriert sein. Durch die Forderung nach Druckern, die diese Fähigkeiten und mehr besäßen, verstießen die Antragsgegnerinnen gegen den Wettbewerbsgrundsatz der Produktneutralität. Zudem wirke diese Regelung wettbewerbsbeschränkend. Darüber hinaus verfüge die Antragstellerin nicht über E-Ticket-fähige Drucker. Die Beschaffung solcher Geräte benötige längere Zeit und produziere erheblichen Aufwand. Zur Beschaffung der Fahrscheindruckern sei mindestens ein Vorlauf von 9 Monaten erforderlich. Die Kosten für ein solches System beliefen sich erfahrungsgemäß auf ca.

Euro, die Kosten der Beschaffung lägen bei mindestens Euro. Vor dem Hintergrund, dass der Auftrag nur zwei Jahre laufe, werde ein Bieter bei solchen Investitionen darauf achten müssen, dass eine spätere anderweitige Verwendung auch möglich sei. Dies erhöhe den Aufwand zur Erstellung eines Pflichtenheftes. Zum anderen sei eine Produktentscheidung vor Abgabe eines Angebotes nicht möglich. Fristen, die die Wettbewerbsteilnehmer dazu zwingen, bereits im Vorfeld einer Auftragserteilung Aufwendungen zu tätigen, die sich im Falle der Nichterteilung des Zuschlages als nutzlos erwiesen, seien unzulässig.

Des Weiteren seien die Anforderungen nicht klar definiert. Welche Anforderungen aus der Anlage 24 umzusetzen seien, seien angesichts der Forderungen in der Leistungsbeschreibung nicht klar. Insoweit bitte sie um Aufklärung, welche Regelungen speziell gelten sollen.

Im Nachgang zu diesem Schreiben, das die Antragstellerin per Fax an die Antragsgegnerinnen übersandt hatte, übermittelte sie per Fax am gleichen Tag ein weiteres Schreiben an die Antragsgegnerinnen. Im Hinblick auf die von den Antragsgegnerinnen geforderte Lieferung von Echtzeitdaten enthielten die Unterlagen unvollständige, missverständliche und widersprüchliche Angaben, die sie hiermit rüge und um deren Abhilfe sie bitte. Wegen des weiteren Inhaltes wird Bezug genommen auf das Schreiben der Antragstellerin vom 18. Mai 2015 (Blatt 79 der Vergabeunterlagen; Ordner Vergabeverzeichnis).

Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab. Das dem Angebot beigefügte Begleitschreiben enthielt den Hinweis, dass die Angebotsabgabe nur unter Aufrechterhaltung der zuvor erhobenen Rügen erfolge. Zudem teilte die Antragstellerin mit, dass sie die Anlage F nicht ausgefüllt habe, da sie den im Auftragsfall zu beauftragenden Druckerhersteller noch nicht kenne. Die in der Anlagenliste im Formblatt Angebotsabgabe vorgedruckte Bezugnahme auf die Anlage F hat die Antragstellerin durchgestrichen sowie eine entsprechende Herstellerbestätigung dem Angebot auch tatsächlich nicht beigefügt.

Auf die Schreiben der Antragstellerin antworteten die Antragsgegnerinnen mit Schreiben vom 29. Mai 2015 und wiesen die Rügen zurück.

Mit Vorinformationsschreiben gemäß § 101a GWB vom 3. Juni 2015 teilten die Antragsgegnerinnen der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot in der ersten Wertungsstufe zwingend auszuschließen gewesen sei, da der Nachweis der fachlichen und technischen Eignung nicht erbracht worden sei. Im Übrigen sei das Angebot auch deshalb auszuschließen, weil durch die Streichung der Anlage F im Angebotsschreiben eine unzulässige Änderung an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sei. Zudem stünden die mit Angebotsschreiben abgegebene Eigenerklärung gemäß Ziffer 20.3 Absatz 2 und der ausdrückliche Hinweis im Begleitschreiben (Fehlen eines feststehenden Druckerherstellers) zueinander im Widerspruch. Ergänzend wiesen die Antragsgegnerinnen darauf hin, dass die Antragstellerin auch bei Nichtausschluss keinen der ersten beiden Ränge belegt hätte.

Ihren Ausschluss rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 5. Juni 2015. Die vermeintliche Unvollständigkeit des Angebotes sei allein auf die bereits beanstandeten rechtswidrigen Forderungen in den Vergabeunterlagen zurückzuführen. Die Antragsgegnerinnen wiesen die Rüge mit Schreiben vom 9. Juni 2015 zurück.

Mit Schriftsatz vom 11. Juni 2015 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zur Begründung führt sie aus, ihr Angebot habe nicht ausgeschlossen werden können, da die Forderung nach einer Erklärung der Busdruckerhersteller nicht wirksam erfolgt sei. Wie sich aus § 7 EG Abs. 5 Satz 1 VOL/A ergebe, seien die vorzulegenden Eignungsnachweise bereits in der Vergabebekanntmachung anzugeben. Es reiche nicht aus, diese erst in den Vergabeunterlagen zu benennen. Erst aus der Ziffer 3.4.5 der Leistungsbeschreibung und der Anlage 24 ergäben sich die materiellen Anforderungen an die mit diesem Nachweis zu dokumentierende Eignung. Damit gingen die in den Vergabeunterlagen vorgenommenen Spezifizierungen unzulässiger Weise weit über die Konkretisierung der geforderten Eignungsweise hinaus.

Darüber hinaus gebe es keine Rechtfertigung für die Forderung nach der Herstellerbestätigung. Auch fehle es für die Forderung nach einer Herstellererklärung an einer Rechtsgrundlage. Die zulässigen Eignungsnachweise in technischer Hinsicht seien in § 7 EG Abs. 3 VOL/A abschließend aufgelistet. Die Forderung nach E-Ticket fähigen Busdruckern sei wettbewerbswidrig, weil die Ausführungsfristen zu kurz bemessen seien und nur von Unternehmen eingehalten werden könnten, die bereits über entsprechende Busdrucker verfügten. Im Übrigen führe die verbindliche Benennung eines Herstellers dazu, dass sich der Auftragnehmer bei Angebotsabgabe schon auf ein bestimmtes Produkt festlegen müsse.

Hinsichtlich der erstmals im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Unzulänglichkeit der Bekanntmachung in Bezug auf die Eignungsanforderungen sei sie nicht präkludiert, da sie überhaupt nicht einmal verpflichtet sei, die formell unzureichende Bekanntmachung zu rügen.

Die Antragstellerin beantragt,

den Antragsgegnerinnen zu untersagen, auf der Grundlage des bisherigen Vergabeverfahrens den Zuschlag zu erteilen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

den Antrag zurückzuweisen.

Sie sind der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, da keine unverzügliche Rüge gegen die Ausgestaltung des Verfahrens und die auf die technische Fahrzeugausstattung bezogenen Anforderungen in den Vergabeunterlagen vorliege. Die Antragstellerin sei insoweit ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht bzw. nicht rechtzeitig nachgekommen. Selbst wenn eine Anwendbarkeit des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB im vorliegenden Fall verneint werden sollte, so sei die unangemessen späte Geltendmachung der angeblichen Vergaberechtsverstöße als rechtsmissbräuchlich anzusehen. Im Hinblick auf die unzureichende Bekanntmachung von Eignungsanforderungen fehle es vollends an einer Rüge.

Der Nachprüfungsantrag sei aber auch offensichtlich unbegründet. Die Bekanntmachung bezüglich der Vorgaben zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sei nicht formell fehlerhaft. Die Vergabeunterlagen enthielten lediglich eine Konkretisierung der in der Bekanntmachung vorhandenen Angaben. Die hinsichtlich der technischen Anforderungen geforderte Herstellerbescheinigung sei zudem materiell durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Die Antragsgegnerinnen hätten auch das ihnen insoweit zustehende Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt und ein unverhältnismäßiger Aufwand in der Angebotsphase sei mit der Anforderung der Herstellerbescheinigung nicht verbunden. Darüber hinaus sei die Ausführungsfrist angemessen und in keiner Weise wettbewerbsverzerrend.

Die mündliche Verhandlung fand am 28. Juli 2015 statt. Die Vergabekammer war in der mündlichen Verhandlung bemüht herauszufinden, welches Ziel die Antragstellerin konkret verfolgt, da ihr Vortrag widersprüchlich ist. Sie betonte einerseits, dass ihr Angebot den Anforderungen an die Verdingungsunterlagen entspreche. Andererseits vertritt sie den Standpunkt, dass die Forderung, bereits mit Angebotsabgabe eine Herstellererklärung vorzulegen, - jedenfalls subjektiv - unmöglich sei. Die Antragstellerin gab sinngemäß an, das von den Antragsgegnerinnen erstellte und online abrufbare Musterpflichtenheft nicht gelesen zu haben, da es aus ihrer Sicht auch ohne vorherige Prüfung als ungenügend zu bewerten sei. Die Forderung der Einreichung einer Herstellerbestätigung mit Angebotsabgabe beinhalte aber jedenfalls ein wirtschaftliches Risiko, denn die Berechnung eines Angebotspreises auf der Grundlage der geforderten Pflichten sei in der von den Antragsgegnerinnen vorgesehen Zeit nicht möglich, sodass sie, die Antragstellerin, ggf. hinterher draufzahlen müsse. Aufgrund des Vortrages geht die Vergabekammer davon aus, dass die Antragstellerin darin die Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses sieht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte, den Inhalt der Sitzungsniederschrift vom 28. Juli 2015 sowie auf die Vergabeakten Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig (dazu A.), soweit zulässig ist er unbegründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist nur zum Teil zulässig. Zwar ist der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB insgesamt eröffnet (dazu I.). Auch ist die Antragstellerin im Sinne des § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt (dazu II.). Sie ist mit ihrem Vorbringen jedoch teilweise präkludiert (dazu III.).
- I. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB ist eröffnet. Bei den Antragsgegnerinnen handelt es sich um öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 1 GWB (Antragsgegnerin zu 2)) bzw. § 98 Nr. 2 GWB (Antragsgegnerin zu 1)). Bei dem zu vergebenden Auftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Nr.4 GWB.
- II. Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt nach § 107 Abs. 2 GWB.
1. Durch die Teilnahme an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung hat sie ihr Interesse an dem Auftrag bekundet. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerinnen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragstellerin unter den von den Antragsgegnerinnen bestimmten Vorgaben kein Interesse an dem Auftrag habe. Mit der Anforderung der Verdingungsunterlagen und ihrer Rüge vom 18. Mai 2015 war die Antragstellerin nicht einmal verpflichtet, überhaupt ein Angebot abzugeben.
2. Es ist nach dem Vortrag der Antragstellerin auch nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass ein Verstoß gegen Vorschriften des Vergaberechtes vorliegt und ihr dadurch ein Schaden droht.
- III. Die Antragstellerin ist mit ihrem Vorbringen jedoch teilweise präkludiert. Dies betrifft insbesondere ihre Rüge einer unzureichenden Bekanntmachung der geforderten Eignungsnachweise (dazu 1.). Nicht präkludiert ist die Antragstellerin hingegen bezüglich ihrer - von der erkennenden Kammer entsprechend ausgelegten - Rüge der unzulässigen Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses (dazu 2.).
1. Die vermeintlichen Unzulänglichkeiten der Bekanntmachung in Bezug auf die Eignungsanforderungen hat die Antragsgegnerin erstmals in ihrem Nachprüfungsantrag gerügt.

Dieser vermeintliche Vergabeverstöß war für die Antragstellerin bereits aus der Bekanntmachung erkennbar. Die Erkennbarkeit ist dabei auf die einen Rechtsverstöß begründenden Tatsachen und deren rechtliche Bewertung als Vergabeverstöß zu beziehen (Oberlandesgericht Düsseldorf; Beschluss vom 22. Januar 2014 - VII Verg 26/13 - juris, RdNr.30). Nicht erforderlich ist, dass der Vergaberechtsverstöß positiv erkannt wurde. Maßgeblich ist allein, ob der Verstöß gegen Vergabevorschriften aufgrund der Bekanntmachung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennbar war (vgl. Oberlandesgericht Frankfurt; Beschluss vom 16. Februar 2015 - 11 Verg 11/ 14 - juris). Spätestens aufgrund des Rügeschreibens vom 18. Mai 2015 war der Antragstellerin bekannt, dass - die von ihr vertretene Rechtsauffassung zugrundegelegt - nach den Verdingungsunterlagen andere bzw. weitergehende Nachweise zu erbringen waren, als in der Bekanntmachung angegeben. Spätestens zu diesem Zeitpunkt, nämlich vor Angebotsabgabe, hätte die Antragstellerin rügen müssen, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB. Dabei besteht eine Rügepflicht unabhängig davon, welche Fehlerfolge sich aus dem angenommenen Verstöß gegen Vorschriften des Vergaberechts ergibt. Insofern ist der Vortrag der Antragstellerin, dass sie zu einer Rüge nicht verpflichtet war, da die unzureichende Bekanntmachung keinen Vergabefehler darstelle, irrelevant. Rechtsfolge einer unzureichenden Bekanntmachung sei allein, dass die Vorlage des Nachweises nicht wirksam gefordert sei und aus der Nichtvorlage des Nachweises keine negativen Konsequenzen gezogen werden dürften. Das Vergabeverfahren sei in einem solchen Fall mit einer verringerten Eignungsprüfung fortzusetzen.

2. Mit dem Vorbringen im Hinblick auf die Übertragung eines wirtschaftlichen Risikos durch die inhaltlich unrechtmäßige Forderung der Herstellerbestätigung bei Angebotsabgabe und den darauf beruhenden Ausschluss, ist die Antragstellerin nicht präkludiert. Gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB hat sie dies bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber den öffentlichen Auftraggebern gerügt, bzw. mit Schreiben vom 5. Juni 2015 auch ihren Ausschluss innerhalb von zwei Tagen nach Erhalt des Vorabinformationsschreiben, § 107 Abs.3 Satz 1 Nr.1 GWB. Dass die Antragstellerin die vermeintlichen Vergabeverstöße - ausgenommen ihren Ausschluss - bereits schon zu einem früheren Zeitpunkt tatsächlich erkannt haben soll, steht für die Vergabekammer nicht zweifelsfrei fest.



- B. Soweit zulässig, ist der Nachprüfungsantrag jedoch unbegründet. Die erkennende Vergabekammer hat keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerinnen mit der beabsichtigten Erteilung des Zuschlages auf das Angebot des bevorzugten Bieters gegen Vorschriften des Vergaberechtes verstoßen haben. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin erfolgte zu Recht, denn dem Angebot fehlen die durch die Antragsgegnerinnen rechtmäßig geforderten Erklärungen und Nachweise, § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A. Die Rechtswidrigkeit der Forderung einer entsprechenden Herstellererklärung stehen weder Fehler bei der Bekanntmachung (dazu I.), noch die Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses entgegen (dazu II.).
- I. Da die Antragstellerin mit ihrem Einwand der unzureichenden Bekanntmachung der Eignungskriterien - wie dargelegt - gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert ist, erübrigen sich Ausführungen der Vergabekammer hierzu. Die Vergabekammer weist aber darauf hin, dass - wie in der mündlichen Verhandlung erörtert - hinsichtlich der Bekanntmachung der Eignungskriterien keine rechtlichen Bedenken bestehen. Die Angaben in den Verdingungsunterlagen dürften insoweit keine Ausweitungen der geforderten Nachweise, sondern lediglich eine Konkretisierung der bekanntgemachten Nachweise beinhalten.
- II. Die Forderung der Einreichung der Herstellerbestätigung ist auch materiell rechtmäßig nicht zu beanstanden. Der diesbezügliche Eignungsnachweis auch durch Herstellerbescheinigung ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt (dazu 1.). In der entsprechenden Forderung liegt keine (unzulässige) Übertragung eines ungewöhnlichen Wagnisses (dazu 2.).
1. Gemäß § 7 EG Abs. 1 VOL/A darf der Auftraggeber nur solche Nachweise fordern, die durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind.
- a) Damit sind Nachweise ausgeschlossen, die keinen Auftragsbezug aufweisen. Der Auftragsbezug liegt nur dann vor, wenn die geforderten Nachweise geeignet sind, Aufschluss darüber zu geben, ob die Unternehmen im konkreten Fall eine ordnungsgemäße Auftragsdurchführung erwarten lassen (Müller-Wrede in: Müller-Werde, Kommentar zur VOL/A, 4. Auflage 2014, § 7 RdNr. 25). Dabei wird § 7 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A durch die Regelungen in § 7 EG Abs. 2 und Abs. 3 VOL/A konkretisiert. Zum Nachweis der Eignung reichen grundsätzlich Eigenerklärungen aus, § 7 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A. Sofern der Auftraggeber eine andere Form des Nachweises fordert, muss er die Gründe in der Verfahrensdokumentation darlegen. Hinsichtlich der Frage, welche Angaben und Nachweise durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind und somit zur Eignungsprüfung verlangt werden, kommt dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum zu. Die dem Auftraggeber zustehende Ermessensentscheidung hinsichtlich der geforderten Eignungsnachweise ist von den Nachprüfungsinstanzen nur eingeschränkt überprüfbar.

Die Nachprüfung beschränkt sich auf die Kontrolle von Ermessensfehlern, wie zum Beispiel einem Ermessensnichtgebrauch oder einem Ermessensdefizit. Entscheidend ist, ob aus verständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse hinsichtlich des verlangten Angaben und Eignungsnachweise besteht, so dass diese sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken (Oberlandesgericht Koblenz, Beschluss vom 13. Juni 2012 - I Verg 2/12; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 13. Dezember 2011 - 11 Verg 8/11 - jeweils juris; Müller-Wrede, a.a.O., RdNr. 22). Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung ist es dem Auftraggeber auch unbenommen, auf eigenes Wissen und Erfahrungen zurückgreifen (Oberlandesgericht Frankfurt am Main, Beschluss vom 24. Februar 2009 - XI Verg 19/08).

- b) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze hat die Vergabekammer hinsichtlich der Entscheidung der Antragsgegnerinnen, die Herstellerbestätigung zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zu fordern, rechtlich nichts zu beanstanden. Ausweislich der Vergabeakte und in der mündlichen Verhandlung von den Antragsgegnerinnen dargelegt, ist der Einsatz einer standardkonformen Geräteinfrastruktur (VDV-KA Standard) gemäß der Beschreibung in Anlage 24 der Vergabeunterlagen für das EFM- System der Antragsgegnerinnen von grundlegender Bedeutung. Damit solle sichergestellt werden, dass über den zentralen Online-Vertrieb vertriebene elektronische Fahrscheine an allen Akzeptanz- und Kontrollgeräten ausgegeben werden können und eine automatisierte räumliche und zeitliche Gültigkeitskontrolle aller E-Tickets mit Prüfung gegen die Sperrliste durchgeführt werden könne. Darüber hinaus sei zur flächendeckenden Implementierung und erfolgreichen Umsetzung des E-Ticket-Systems, das die Antragsgegnerinnen seit dem Jahr 2012 betreiben, die Verwendung kompatibler Technik sicherzustellen. Darüber hinaus haben die Antragsgegnerinnen im Vergabevermerk dargelegt, dass deutschlandweit auch weitere Verkehrsverbünde ebenfalls die von ihnen ausgeschriebenen Standards verwenden würden, so dass die Erfüllung dieser Anforderungen die Bieter nicht vor unzumutbare Hürden stellten. Dies gelte umso mehr, als dass es mehrere Hersteller gebe, die die geforderten Geräte anbieten würden (diese haben die Antragsgegnerinnen auch im Schriftsatz vom 14. Juli 2015 benannt). Darüber hinaus haben die Antragsgegnerinnen dargelegt, dass zum Teil in der Vergangenheit Schwierigkeiten mit einzelnen Auftragnehmern hinsichtlich der Umsetzung des E-Ticket-Systems aufgetreten seien. Nachdem nun gewissermaßen die Einführungsphase für das EFM mit weitreichender Umstellung des Zeitkartensortimentes auf EFM / E-Tickets im Bereich der Antragsgegnerinnen abgeschlossen worden sei, sei insbesondere das wirtschaftliche Risiko einer fehlenden bzw. fehlerhaften Kontrolle der elektronischen Fahrtberechtigungen derart hoch, dass dies hinter dem im Vergabevermerk beschriebenen Vereinfachungsinteresse (Grundsatz des Nachweises mittels Eigenerklärung) zurücktreten müsse.

Da das Einnahmerisiko beim Bruttovertrag hier vollständig bei den Antragsgegnerinnen verbliebe, könne nicht mehr nur auf die Eigenerklärung der Bieter vertraut werden, da diese als primär Verkehrs- und Fahrleistungen erbringende Unternehmen die technischen Grenzen und Möglichkeiten der von ihnen eingesetzten Geräte gegebenenfalls nicht immer vollständig überblickten und sich hier gegebenenfalls auch nur auf unverbindliche Versprechungen des Vertriebsmitarbeiters eines Herstellers stützen könnten. Angesichts der Bedeutung eines funktionierenden EFM-Systems für das Gesamtsystem im öffentlichen Personennahverkehr scheidet daher eine Beschränkung auf Eigenerklärungen der Bieter bzw. auf die gegebenenfalls bei einschlägigen Leistungsstörungen möglichen Ersatzansprüche aus.

Die Vergabekammer weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass nach einhelliger vergaberechtlicher Rechtsprechung und Literatur dem öffentlichen Auftraggeber das Bestimmungsrecht in Bezug auf den Auftragsgegenstand zusteht. Die Bieter bzw. die am Auftrag interessierten Unternehmen sind damit nicht dazu berufen, dem Auftraggeber eine von dessen Vorstellungen abweichende Beschaffung, das heißt einen Auftragsgegenstand mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften oder anderer Art und Individualität vorzuschlagen oder gar aufzudrängen (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. Mai 2013 - VII-Verg 16/12 - juris). Für die Bieter bestehen also kein Anspruch und kein Mitspracherecht auf Teilnahme an einem Beschaffungsvorgang/Wettbewerb insoweit, als sie den Ausschreibungsgegenstand mitbestimmen könnten. Die Antragsgegnerinnen haben sich zur Sicherstellung der ausreichenden Verkehrsbedienung dazu entschieden, unter anderem eine bestimmte technische Ausstattung der von ihnen gewünschten Fahrzeuge zu fordern. Diese Erwägungen und Bewertungen und die technische Entscheidung der Antragsgegnerinnen mögen die Antragstellerin vielleicht nicht überzeugen oder ihr unlieb erscheinen, jedoch ist eine solche Entscheidung nicht vergaberechtswidrig.

Auch aus dem Umstand, dass die Antragsgegnerinnen bereits seit dem Jahre 2012 ein System des EFM auf der Basis der deutschlandweiten Standards der VDV-Stufe 2 produktiv betreiben und mit der vorliegenden Ausschreibung auch dieses System weiterhin nutzen und auf weitere Verkehrsstrecken ausbauen möchten, kann die Antragstellerin keinen vergaberechtlichen Verstoß herleiten. Auch dies ist vom alleinigen Bestimmungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes umfasst.

2. Die Forderung der Einreichung der Herstellerbestätigung bei Angebotsabgabe ist für die Antragstellerin auch zumutbar, denn darin liegt keine Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses.

- a) Mit der Novellierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen im Jahre 2009 ist das Verbot der Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses aufgehoben worden. Weder aus den Prinzipien des Wettbewerbes noch aus § 8 EG Abs. 1 VOL/A lässt sich nunmehr ein Verbot der Aufbüdung ungewöhnlicher Wagnisse herleiten. Vielmehr können ehemals unzulässige Risiken - sofern sie eindeutig benannt sind und sich in den Grenzen des Zumutbaren befinden - nunmehr den Bietern auferlegt werden. Aus einer solchen Risikoverteilung folgt aber nicht zwingend ein Verstoß gegen das Prinzip des fairen Wettbewerbes. Schon aus der zivilrechtlichen Privatautonomie und der daraus folgenden Vertragsfreiheit der Parteien folgt grundsätzlich die Möglichkeit, den Inhalt von Verträgen frei festzulegen. Dazu gehört insbesondere auch die Freiheit, wirtschaftliche Risiken frei zu verteilen. Diese Vertrags- und Gestaltungsfreiheit ist zwar gewissen Grenzen unterworfen, diese müssen jedoch ihren Niederschlag in Gesetzen finden. Mit der Streichung des Verbotes ungewöhnlicher Wagnisse im Zuge der Novellierung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen ist dies nunmehr grundsätzlich nicht mehr der Fall (Prieß in: Kullartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 8 RdNr. 38 ff.).

Nach der Rechtsprechung der Vergabesenate ist allerdings die Zumutbarkeitschwelle zu wahren. Dies ist dann der Fall, wenn der Auftragnehmer gewisse Preis- und Kalkulationsrisiken zu tragen hat, die in typischer Weise ohnehin ihm obliegen. Die Grenze der Überwälzung von Risiken ist dabei die Beachtung allgemeiner zivilrechtlicher Grundsätze (Prieß, a. a. O., RdNr. 41). Für die Annahme einer Unzumutbarkeit reicht es nicht aus, dass die Konstruktionen der Ausschreibungsunterlagen die Kalkulation für die Bieter nur erschwert. Dies allein macht sie nicht unmöglich oder unzumutbar (Vergabekammer Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 20. September 2012 - VK 2-25/12 - juris).

- b) Ob eine Risikoverteilung unzumutbar ist, hängt unter anderem davon ab, ob ein eindeutig aus der Sphäre des einen Vertragspartners auf den jeweils anderen übertragen wird. Davon geht die erkennende Vergabekammer vorliegend nicht aus. Vorliegend haben die Antragsgegnerinnen den Bietern ein abrufbares Musterpflichtenheft zur Verfügung gestellt, das bei der Erstellung des Angebotes Berücksichtigung finden konnte. Diesem Pflichtenheft konnte die Antragstellerin jedenfalls die Angaben und technischen Details entnehmen, die - wie z.B. das EFM-System und die insoweit erforderlichen Schnittstellen selbst - eindeutig der Risikosphäre der Antragsgegnerinnen zuzuordnen sind. Für alle weiteren Schnittstellen, die mit der Kompatibilität des Busdrucker-Systems zusammenhängen und nicht im Verantwortungsbereich des Auftraggebers sind (hier beispielsweise Lichtsignalanlagen oder die von den Bietern verwandten Busse) und über die er keine Kontrolle besitzt, erscheint es nicht als ein unzumutbares Risiko, diese dem Auftragnehmer aufzuerlegen.

Zum einen hätte die Antragstellerin diese ohne Weiteres, sofern sie das Musterpflichtenheft gelesen hätte, in ihr Preisangebot einkalkulieren können und darüber hinaus dies gegebenenfalls in den Preis im Rahmen der möglicherweise als Vertragsstrafe zu zahlenden Positionen einkalkulieren können.

3. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin steht auch § 7 EG Abs. 3 VOL/A der Forderung zur Einreichung einer Herstellerbestätigung nicht entgegen. Zum einen ergibt sich aus dem Wortlaut des § 7 EG Abs. 3 VOL/A nicht, dass diese Aufzählung abschließend ist. Denn nach dem Wortlaut dieser Vorschrift kann das Unternehmen in fachlicher und technischer Hinsicht durch die dann folgenden Aufzählungen seine Leistungsfähigkeit nachweisen. Darüber hinaus ist Abs. 3 dieser Vorschrift, wie bereits oben ausgeführt, eine Konkretisierung des § 7 EG Abs. 1 VOL/A. Die Vergabestelle kann weiterhin bei Vorliegen eines sachlichen Grundes andere Eignungsnachweise fordern.
- III. Zudem weist die Kammer auf folgendes hin: Entweder konnte die Antragstellerin – weil ihr ein ungewöhnliches, nicht kalkulierbares Wagnis aufgebürdet wurde – entgegen § 16 EG Abs. 3 VOL/A nicht den von ihr geforderten Preis angeben oder aber die geforderte Herstellererklärung führt eben nicht zu einem nicht kalkulierbaren Wagnis.
- 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 für die Vertragsdauer von zwei Jahren in Höhe von                      Euro ergibt sich unter Anwendung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von                      €, sodass eine Gebühr in dieser Höhe festzusetzen war, § 128 Abs. 2 S. 1 GWB.
  - III. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen ist angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden 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**

einzu legen. 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.

Roth  
Vorsitzende

Claudia Denz- Kinzel  
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Schwarz  
Hauptamtlicher Beisitzer