

1. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

69d VK 47/2016



Leitsätze:

1. Zu den Anforderungen an eine Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB.
2. Zu den Referenzen über die Erbringung von Linienverkehren im Personenfernverkehr gemäß § 42a PBefG.
3. Fernverkehre nach § 42a PBefG stellen eine Unterart von Linienverkehren nach § 42 PBefG dar.
4. § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV ist als Ausnahmenvorschrift zu § 97 Abs. 2 GWB und zu § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV restriktiv auszulegen.

Stichworte: Rügeanforderungen; Referenzen über Personenbeförderung im Linienverkehr; Fernverkehr nach PBefG; Eignungsleihe

Normen: § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB; § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV; §§ 42, 42a PBefG

Streitgegenstand: Verkehrsleistungen im Buspersonennahverkehr,
offenes Verfahren nach § 15 VgV

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner zu 1) -

[REDACTED]

- Antragsgegnerin zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Weitere Beteiligte:

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene -

wegen:

Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags
über die Verkehrsleistungen im Buspersonennahverkehr
im Linienbündel [REDACTED]

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Markus Langsdorf sowie die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Amtsrätin Claudia Denz-Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. April 2017 am 7. April 2017 beschlossen:

- I. Die Antragsgegner werden vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens angewiesen, das im Supplement zum EU- Amtsblatt unter dem Aktenzeichen [REDACTED] am [REDACTED] bekannt gemachte Verfahren in den Stand vor der Eignungsprüfung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von [REDACTED] € erhoben, die von den Antragsgegnern als Gesamtschuldner zu tragen ist.
- III. Die Antragsgegner haben der Antragstellerin gesamtschuldnerisch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu ersetzen.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für erforderlich erklärt.

I.

Der Antragsgegner zu 1) ist eine öffentlich-rechtliche Körperschaft mit Sitz in [REDACTED] ([REDACTED]), in der sich der Landkreis [REDACTED] der [REDACTED] und der [REDACTED] zur gemeinsamen Wahrnehmung von Aufgaben der Daseinsvorsorge zusammengeschlossen haben.

Die Antragsgegnerin zu 2) ist im September 2005 durch die Fusion der bisher selbständigen lokalen Nahverkehrsgesellschaften des [REDACTED], des [REDACTED] und des Landkreises [REDACTED] entstanden. Aufgabe der Antragsgegnerin zu 2) ist es laut ihres Internetauftritts, zusammen mit dem Antragsgegner zu 1) und dem [REDACTED] [REDACTED] den öffentlichen Personennahverkehr zu organisieren, zu finanzieren und kundengerecht weiterzuentwickeln.

Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sind Personenbeförderungsleistungen im Linienbündel [REDACTED] auf den Linien [REDACTED] sowie [REDACTED] bis [REDACTED] und [REDACTED]

Die Antragsgegner machten im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter dem Aktenzeichen [REDACTED] am [REDACTED] die beabsichtigte Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags hinsichtlich der Personenbeförderung im Linienbündel [REDACTED] bekannt. Der Vertrag sollte eine Laufzeit vom 11. Dezember 2016 bis zum 12. Dezember 2026 aufweisen. Der öffentliche Dienstleistungsauftrag sollte laut Bekanntmachung im Wege eines offenen Verfahrens nach § 103 Abs. 1 und 4 GWB, § 15 VgV vergeben werden.

Gemäß Ziffer 1.1) der Auftragsbekanntmachung sind sowohl der Antragsgegner zu 1), als auch die Antragsgegnerin zu 2) öffentliche Auftraggeber. Die Ziffern 1 (1) und 1 (2) der Aufforderung zur Angebotsabgabe lauten wie folgt:

„Für die Auftragsvergabe / Bestellung der Verkehrsleistung des lokalen Linienbündels [REDACTED] ist der [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] zuständige Stelle für den Abschluss des Verkehrs-Service-Vertrages (VSV).

Nach diesem VSV wird der erfolgreiche Bieter unter anderem zur Übertragung der Betriebsführung auf die [REDACTED] [REDACTED] verpflichtet, die ihrerseits den erfolgreichen Bieter nach dem Betriebsführungsübertragungs- und Subunternehmer-Vertrag [REDACTED] mit der Verkehrserstellung dieser Verkehre beauftragt (vgl. 17.).

Daher fordern der [REDACTED] und die [REDACTED] gemeinsam zur Angebotsabgabe auf. Der [REDACTED] und die [REDACTED] werden insoweit auch gemeinsam den Zuschlag erteilen. Den [REDACTED] schließt der erfolgreiche Bieter mit dem [REDACTED] und den [REDACTED] mit der [REDACTED]

Der Auftrag umfasst im ersten Fahrplanjahr 2017 insgesamt [REDACTED] Nutzwagenkilometer. Die Antragsgegner haben den Gesamtauftragswert auf [REDACTED] EUR geschätzt. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.

In Kapitel 20 der Aufforderung zur Angebotsabgabe sind die „Anforderungen an die Bieter“ zusammengefasst. Die beiden ersten Absätze dieses Kapitels lauten:

- (1) *„Die Bieter haben die auf Grundlage der §§ 43-48 VgV geforderten und nachfolgend aufgeführten Nachweise und Erklärungen in deutscher Sprache bis zum Ablauf der Angebotsfrist einzureichen. [...]“*
- (2) *Bei diesen Nachweisen und Erklärungen handelt es sich um Mindestbedingungen für den Nachweis der Eignung. Der Auftraggeber prüft die Eignung auf Grundlage der gesetzlichen Vorgaben und der mit dem Angebot eingereichten Nachweise und Erklärungen. Dem Auftraggeber steht es frei, auch nach Einreichung des Angebots Auskünfte einzuholen und im Anschluss daran über die Eignung zu entscheiden. [...]“*

Nach Ziffer 20.3. der Aufforderung zur Angebotsabgabe stellen die Antragsgegner Eignungskriterien zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bieter auf. Dort heißt es:

„Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit hat der Bieter vorzulegen:

- *Angabe von erbrachten Busverkehrsleistungen (keine Rufbus-/AST-Verkehre) im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen (falls in Deutschland erbracht: gem. § 42 PBefG nicht gem. §§ 43-49 PBefG; Verkehrsleistungen gem. § 43-49 PBefG werden nicht berücksichtigt) seit Gründung des Unternehmens, höchstens jedoch seit Beginn (01.01) der letzten drei vollen Kalenderjahre vor dem in Ziffer 8 genannten Termin zur Angebotsabgabe.*

Es ist mindestens eine erbrachte Verkehrsleistung anzugeben, die benannte Anzahl braucht die im Vordruck geforderte Anzahl nicht zu überschreiten. Die angegebenen Referenzleistungen müssen geeignet sein, einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag zu ermöglichen. Die Referenzleistungen müssen nicht mit der ausschreibungsgegenständlichen Leistung identisch sein, sie sollten jedoch mit den Anforderungen an die zu erbringende Leistung vergleichbar sein (vergleichbarer Schwierigkeitsgrad). Neben der Angabe von Busverkehrsleistungen als Konzessionsnehmer (auch als Teil einer Bietergemeinschaft) ist auch die Angabe von Leistungen als Unterauftragnehmer zulässig (detaillierte Anforderungen an die zu erteilenden Angaben siehe Anlage 4 der Vergabeunterlagen; Vordruck ist zu verwenden).

oder (ggf. ergänzend)

falls seit Beginn der o g letzten drei vollen Kalenderjahre keine aussagekräftigen Angaben gemacht werden können: sofern ein Bieter aufgrund fehlender Referenzen die Leistungsfähigkeit seines Unternehmens nicht nachweisen kann, kann er sich der Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens bedienen (vgl. § 47 VgV)[...]."

Die im Jahr 2016 gegründete Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab. Zum Nachweis ihrer Eignung berief sie sich auf die Referenzen ihrer Muttergesellschaft, der [REDACTED]. Mit Schreiben vom 22. August 2016 forderte der von den Antragsgegnern mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragte Dienstleister die Antragstellerin diesbezüglich zur Aufklärung bis zum 26. August 2016, 12:00 Uhr, auf: Es sei derzeit davon auszugehen, dass die Antragstellerin nicht die erforderlichen Nachweise für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit erbracht habe. Denn die Referenzgeberin erbringe lediglich Fernbusverkehre nach § 42a PBefG und habe die Leistung darüber hinaus zu 100% an Subunternehmer vergeben.

Es sei daher nicht ersichtlich, dass die Muttergesellschaft der Antragstellerin, wie in der Anlage 4 - „Angaben wesentlich erbrachter Busverkehrsleistungen“ - gefordert, über Erfahrungen und Betriebsmittel verfüge, die mit den Anforderungen an die zu erbringende Leistung vergleichbar seien.

Es sei insbesondere nicht ersichtlich, dass die Muttergesellschaft der Antragstellerin über Erfahrungen in der Abrechnung und Einnahmemeldung verfüge, vergleichbar der in der Anlage 17 in Verbindung mit Kapitel 3.4.7 Abs. 4 der Leistungsbeschreibung dargestellten „27-Felder-Matrix“ im [REDACTED] ([REDACTED]). Auch lägen keine Anhaltspunkte für Erfahrungswerte in der Umlaufplanung, Dienstplanung sowie Wartung der Fahrzeuge vor. Letztlich lägen ebensowenig Anhaltspunkte dafür vor, dass die Referenzgeberin über die technischen Kenntnisse verfüge, die den Anforderungen der Anlage 2 zum Verkehrsvertrag - „Anforderungen an die Fahrzeuge“ - in Verbindung mit der korrespondierenden Anforderungen der Leistungsbeschreibung entsprächen.

Im Ergebnis gelangten die Antragsgegner zu dem Schluss, dass die Referenzgeberin nicht die Anforderungen an die vorzulegende Referenz erfülle, da die angegebene Leistung nicht einen vergleichbaren Schwierigkeitsgrad aufweise. Die Antragsgegner baten um Stellungnahme und forderten die Antragstellerin zur Ersetzung der Referenzgeberin sowie zur Darlegung der Auswirkungen des Austausches auf die Kalkulation der Antragstellerin auf.

Mit E-Mail vom 25. August 2016 nahm die Antragstellerin zu den Ausführungen der Antragsgegner umfangreich Stellung. Sie legte dar, dass die Referenzgeberin den Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit genüge. Vorsorglich benannte sie als zusätzliche Referenzgeberin ein weiteres Unternehmen, welches die Verkehrsleistung des Stadtbusverkehrs [REDACTED] zu 100% als Subunternehmer der dortigen Konzessionsinhaberin erbringe. Darüber hinaus erklärte die Antragstellerin, dass die Benennung eines weiteren Referenzgebers keine Auswirkungen auf ihre Kalkulation habe; ihr Angebot ändere sich nicht.

Mit Informationsschreiben nach § 134 Abs. 1 GWB teilten die Antragsgegner der Antragstellerin am 1. September 2016 mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei auf der zweiten Wertungsstufe wegen fehlender technischer und beruflicher Leistungsfähigkeit der Antragstellerin gemäß § 46 VgV auszuschließen. Das mit E-Mail vom 25. August 2016 von der Antragstellerin benannte Unternehmen, auf dessen Eignung sich die Antragstellerin „vorsorglich“ berufe, könne nicht berücksichtigt werden. Weder sei nachgewiesen, dass der Austausch tatsächlich beabsichtigt sei, noch habe die Antragstellerin plausibel dargelegt, dass sich bei einem Austausch tatsächlich keine Auswirkungen auf die Kalkulation des Angebotes ergäben.

Mit E-Mails vom 5. und 6. September 2016 rügte die Antragstellerin die Vergaberechtswidrigkeit des Ausschlusses ihres Angebots und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene.

Sie führte aus, dass sowohl die erste Referenzgeberin, als auch die mit E-Mail vom 25. August 2016 benannte Referenzgeberin die erforderliche technische und berufliche Leistungsfähigkeit hätten, und diese auch nachgewiesen worden sei.

Da das Angebot der Antragstellerin im Falle der abschließenden Wertung das wirtschaftlichste sei, müsse der Zuschlag auf ihr Angebot erfolgen. Zusätzlich rügte die Antragstellerin, dass die Zuschlagserteilung an die Beigeladene vergaberechtswidrig sei, da dieser die erforderliche Zuverlässigkeit fehle.

Unter dem 7. September 2016 ließen die Antragsgegner durch den von ihnen beauftragten Dienstleister eine Schutzschrift bei der Vergabekammer einreichen.

Mit Schreiben vom 8. September 2016 teilten die Antragsgegner der Antragstellerin mit, den Rügen nicht abhelfen zu wollen.

Daraufhin stellte die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 9. September 2016 den vorliegenden Nachprüfungsantrag. Darin wiederholt und vertieft die Antragstellerin ihr Vorbringen aus den Rügeschreiben vom 5. und 6. September 2016. Sowohl der Ausschluss ihres Angebotes wegen fehlender Eignung als auch der beabsichtigte Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen verstießen gegen bieterschützende Vorschriften des Vergaberechts.

Im Einzelnen ist die Antragstellerin der Auffassung, ein Fehlen der Eignung ihrer Muttergesellschaft könne nicht damit begründet werden, dass diese ausschließlich eine Konzession für Fernverkehre im Sinne des § 42a PBefG besitze. Dies ergebe sich bereits daraus, dass in Ziffer 20.3 der Aufforderung zur Angebotsabgabe lediglich Verkehre nach den §§ 43 bis 49 PBefG, nicht jedoch solche nach § 42a PBefG als Referenzverkehre ausgeschlossen worden seien. Die Bieter dürften nur an solchen Eignungsanforderungen gemessen werden, deren Inhalt und Reichweite sich durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB eindeutig aus den Vergabeunterlagen ermitteln ließen. Angesichts dessen, dass sich aus den §§ 8, 42 und 42a PBefG ergebe, dass sich Fern- und Linienverkehre lediglich durch die jeweilige Reiseweite oder Reisedauer unterscheiden, sei auch im Übrigen nicht nachvollziehbar, dass die Erbringung von Fernverkehren nicht auf eine Eignung auch für die Erbringung von Nahverkehren schließen lasse solle. Jedenfalls sei die Aufforderung zur Angebotsabgabe widersprüchlich und intransparent, was zulasten der Antragsgegner gehe.

Die Antragsgegner könnten eine fehlende Eignung der Muttergesellschaft der Antragstellerin auch nicht darauf stützen, dass diese die Referenzverkehre nicht selbst, sondern durch einen Subunternehmer erbracht habe. Der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei nicht zu entnehmen gewesen, ab welchem Prozentsatz eine durch Subunternehmer erbrachte Referenzleistung als nicht mehr vergleichbar angesehen werde. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass ein Konzessionär - auch bei Erbringung der Verkehre durch Subunternehmer - verantwortlicher Unternehmer im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 2 PBefG bleibe.

Soweit die Antragsgegner in ihrem Aufklärungsschreiben monierten, es sei nicht ersichtlich, dass die Muttergesellschaft der Antragstellerin über die erforderlichen Betriebsmittel verfüge, sei dies keine sich aus den Vergabeunterlagen ergebende Forderung. Betriebsmittel müssten erst nach der Erteilung eines Zuschlags angeschafft werden.

Jedenfalls hätte die Eignung der Antragstellerin aber aufgrund der Benennung des weiteren Referenzunternehmens bejaht werden müssen. Die Annahme, sie - die Antragstellerin - habe im Hinblick auf das weitere Referenzunternehmen eine bloße Scheinerklärung abgegeben, sei durch keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte gerechtfertigt. Sie habe sämtliche geforderten Erklärungen, insbesondere eine Verpflichtungserklärung der Eignungsleihgeberin, vorgelegt. Soweit die Antragsgegner die Vorlage der Vereinbarung zwischen der Antragstellerin und dem weiteren Referenzunternehmen verlangt hätten, sei diese Forderung vergaberechtswidrig, da ein entsprechender Nachweis weder in der Bekanntmachung noch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gefordert gewesen sei. Es erschließe sich auch nicht, inwiefern es sich bei der Aussage der Antragstellerin, die weitere Referenzleihe habe keinerlei Auswirkungen auf die Angebotskalkulation, um eine „nichtssagende Erklärung“ handle. Die Angebotskalkulation liege allein in der Sphäre der Antragstellerin. Etwas anderes gelte nur dann, wenn sich der Verdacht eines Unterkostenangebotes im Sinne des § 60 VgV aufdränge. Zudem habe zwar gemäß § 47 Abs. 2 VgV der Referenzgeber ausgewechselt werden dürfen, die Änderung des Angebotspreises hätte jedoch zu einem zwingenden Ausschlussgrund des Angebotes der Antragstellerin geführt. Entgegen der Auffassung der Antragsgegner sei es der Antragstellerin auch nicht zuzumuten, auf die Eignungsleihe durch ihre Muttergesellschaft zu verzichten. Wäre dies der Fall, bestünde keine Möglichkeit, an ihrer Auffassung, den Nachweis der notwendigen Eignung durch Benennung ihrer Muttergesellschaft erbracht zu haben, festzuhalten.

Schließlich bestreitet die Antragstellerin unter Berufung auf mehrere Presseartikel die Zuverlässigkeit der Beigeladenen.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Die Antragsgegner werden vorbehaltlich einer dauerhaften Aufgabe des Beschaffungswillens angewiesen, das im Supplement zum EU- Amtsblatt unter dem Aktenzeichen [REDACTED] am [REDACTED] bekannt gemachte Verfahren in rechtsfehlerfreien Stand zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Es wird festgestellt, dass die Antragsgegner die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt haben.
3. Die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.
4. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung durch die Antragstellerin.

Die Antragsgegner beantragen unter anderem,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Sie meinen, es sei bereits fraglich, ob die äußerst knappen E-Mails vom 5. und 6. September 2016 den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Rüge im Sinne des § 160 Abs. 3 GWB entsprächen.

Dies könne jedoch dahinstehen, da der Nachprüfungsantrag jedenfalls offensichtlich unbegründet sei. So sei es der Antragstellerin bereits in formeller Hinsicht nicht gelungen, ihre Eignung durch Berufung auf die Eignung ihrer Muttergesellschaft nachzuweisen. Sowohl in der Bekanntmachung als auch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe sei ausdrücklich die Erbringung von Linienverkehren nach § 42 PBefG als Referenz gefordert gewesen. Dass Personenfernverkehre nach § 42a PBefG - anders als Verkehre nach den §§ 43 bis 49 PBefG - in der Aufforderung zur Angebotsabgabe nicht ausdrücklich als Referenzverkehre ausgeschlossen worden seien, ändere nichts daran, dass nach dem objektiven Empfängerhorizont jedem verständigen Bieter hätte klar sein müssen, dass Personenfernverkehre gerade nicht dazu geeignet seien, einen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Unternehmens in Bezug auf den zu vergebenden Auftrag zu ermöglichen.

Aber auch in materieller Hinsicht fehle es der Muttergesellschaft der Antragstellerin - vor allem unter Berücksichtigung des den Antragsgegnern zustehenden weiten Beurteilungsspielraums - an der erforderlichen Eignung. Bei Anwendung der sich aus dem Vorliegen eines Beurteilungsspielraums für die Nachprüfungsinstanzen ergebenden, auf die Ermittlung des zutreffenden Sachverhalts, die Einhaltung des vorgeschriebenen Verfahrens und das Fehlen sachfremder Erwägungen beschränkten Prüfungscompetenz sei der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin nicht zu beanstanden. Dies gelte umso mehr, als zwar Referenzen zugelassen gewesen seien, die auch, aber eben nicht ausschließlich von Subunternehmern erbracht werden.

Zudem sei es der Antragstellerin durch die mit E-Mail vom 25. August 2016 erfolgte Benennung eines weiteren Unternehmens zur Eignungsleihe nicht gelungen, ihre Eignung nachzuweisen. So sei bereits davon auszugehen, dass die Antragstellerin zu keinem Zeitpunkt eine Ersetzung ihres ursprünglich benannten Eignungsleihgebers im Sinne des § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV beabsichtigt habe. Vielmehr komme - zuletzt im Nachprüfungsantrag - zu Ausdruck, dass die Antragstellerin ein zusätzliches Unternehmen als Eignungsleihgeber benennen wollte. Selbst wenn man von einer Ersetzung des ursprünglich benannten Eignungsleihgebers durch das mit E-Mail vom 25. August 2016 benannte Unternehmen ausgehen wolle, habe die Antragstellerin - entgegen der Aufforderung der Antragsgegner - die Auswirkungen der Auswechslung nicht nachvollziehbar dargelegt. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin seien die Antragsgegner nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet gewesen, das Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf die Eignung sowie die freien Kapazitäten des mit E-Mail vom 25. August 2016 benannten Unternehmens zu überprüfen.

Die §§ 15 Abs. 5 Satz 1, 48 Abs. 7 VgV stellten diesbezüglich ausreichende Ermächtigungsgrundlagen dar. Unabhängig davon sei nicht ersichtlich, dass das fragliche Unternehmen aufgrund seiner Größe sowie der Entfernung zum Ort der Leistungserbringung in der Lage sei, dem Selbsterfüllungsgebot des § 47 Abs. 1 Satz 3 VgV nachzukommen.

Schließlich bestünden auch keinerlei Zweifel an der Eignung der Beigeladenen. Diese habe ihre Eignung den Verdingungsunterlagen entsprechend nachgewiesen, Anhaltspunkte für eine fehlende Eignung bestünden nicht. Der von der Antragstellerin im Rahmen des Rügeverfahrens vorgelegte Pressebericht belege allenfalls temporäre, auf besondere Umstände (hoher Krankenstand bei den Kraftfahrern bei gleichzeitig erhöhtem Bedarf wegen der Sperrung eines S-Bahntunnels) Schlechterfüllung, er belege aber keinesfalls ein Maß an Unzuverlässigkeit, wie es beispielsweise der fakultative Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB verlange.

Am 17. November 2016 gewährte die Vergabekammer der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte, indem sie ihr auf ihre Bitte hin, bestimmte Unterlagen zusendete, soweit ihr die Einsichtnahme in diese aus wichtigen Gründen nicht zu versagen war.

Die aufgrund Beschlusses der Kammer vom 23. November 2016 Beigeladene stellt keine Anträge. Sie schließt sich den Ausführungen der Antragsgegner an und meint ergänzend: Die für das ursprünglich von der Antragstellerin benannte Unternehmen vorgelegten Referenzen für Personenfernverkehr im Sinne des § 42a PBefG seien nicht mit den geforderten Referenzen im Linienverkehr nach § 42 PBefG vergleichbar. Insbesondere könne die Antragstellerin nicht nachweisen, über die gebotene Erfahrung hinsichtlich der höheren betrieblichen Anforderungen des Linienverkehrs nach § 42 PBefG zu verfügen. Beim Linienverkehr nach § 42 PBefG handele es sich, wie auch beim streitgegenständlichen Auftrag, um öffentlichen Personennahverkehr im Sinne des § 8 Abs. 1 PBefG. Dagegen stelle die Definition des Personenfernverkehrs in § 42a PBefG klar, dass es sich gerade nicht um öffentlichen Personennahverkehr handele. Letzterer stelle besondere Anforderungen an die Durchführung der Verkehrsleistungen. Der streitgegenständliche Auftrag habe beispielsweise den Charakter eines Stadtbusverkehrs, der die angrenzenden Kommunen anbinde. Dazu müsse der Betreiber unter anderem Anschlusssicherungen zu anderen Stadtbuslinien und zur S-Bahn gewährleisten.

Die Fahrzeuge müssten über eine Lichtsignalanlagen-Ansteuerung verfügen, um Verkehrsampeln ansteuern zu können. Weiter müsse der Unternehmer sicherstellen, [REDACTED] Rhein-Main Verkehrsverbunds verfüge und die erforderlichen Fahrscheine im Bus an die Fahrgäste verkaufen könne. Außerdem sei der öffentliche Personennahverkehr durch ein höheres Fahrgastaufkommen, kürzere Frequenz von Haltestellen und einer höheren Zahl von Ein- und Ausstiegsvorgängen geprägt. Anders als im Personenfernverkehr dürften Personen im Nahverkehr auch stehend befördert werden. Der von der Antragstellerin vorgelegte Zeitungsartikel könne keine Zweifel an der Eignung der Beigeladenen rechtfertigen.

Am 3. April 2017 hat die mündliche Verhandlung vor der 1. Vergabekammer des Landes Hessen stattgefunden. Die Sach- und Rechtslage wurde mit den Beteiligten ausführlich erörtert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, da es um einen durch öffentliche Auftraggeber im Sinne der §§ 98, 99 Nr. 3 (Antragsgegner zu 1)) bzw. Nr. 2 (Antragsgegnerin zu 2)) GWB zu vergebenden öffentlichen Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1, 4 GWB geht. Der nach § 106 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. c) Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG in der Fassung des Art. 1 Abs. 1 lit. c) VO (EU) 2015/2170 vom 24. November 2015 maßgeblichen Schwellenwert von 209.000,- € ist überschritten. Die Antragstellerin ist zudem antragsbefugt im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB (dazu I.). Sie hat die im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch rechtzeitig und in einer den Anforderungen des § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB genügenden Art und Weise gerügt (dazu II.).
- I. Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Durch die Abgabe eines Angebotes hat sie ihr Interesse an dem Auftrag bekundet. Sie hat darüber hinaus geltend gemacht, durch die unzutreffende Anwendung von Vorschriften des Vergaberechts - insbesondere im Hinblick auf die Eignungsprüfung - in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Zudem hat die Antragstellerin das preislich günstigste Angebot abgegeben, sodass sie im Falle ihrer Eignung auch den Zuschlag erhalten würde. Daher droht ihr durch einen zu Unrecht erfolgten Ausschluss ein Schaden, § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB. Insofern kommt es auf den Vortrag der Antragstellerin, wegen der Unzuverlässigkeit der Beigeladenen dürfe der Zuschlag nicht auf deren Angebot erfolgen, nicht an.
- II. Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Verstöße gegen Vergabevorschriften auch rechtzeitig und den Anforderungen des § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB entsprechend gerügt. Das Schreiben der Antragstellerin vom 5. September 2016 ist im Betreff als Rüge gekennzeichnet. Es bezieht sich ausdrücklich auf den mit Informationsschreiben gemäß § 134 Abs. 1 GWB vom 1. September 2016 mitgeteilten Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin auf der zweiten Wertungsstufe und rügt diesen als vergaberechtswidrig. Den Antragsgegnern musste daher klar sein, dass die Antragstellerin die Beurteilung ihrer Eignung als rechtswidrig erachtet und im Falle der Nichtabhilfe ein Nachprüfungsverfahren anstrengen werde. Jedenfalls im Zusammenhang mit der ausführlichen Stellungnahme der Antragstellerin vom 25. August 2016 wird auch - ohne dass es darauf zwingend ankäme - hinreichend

deutlich, aus welchen Gründen die Antragstellerin das Vorgehen der Antragsgegner als mit den Vorschriften des Vergaberechts nicht vereinbar ansieht. Höhere Anforderungen sind an eine ordnungsgemäße Rüge nicht zu stellen (W. Jaeger, Münchener Kommentar zum Europäischen und Deutschen Wettbewerbsrecht (Kartellrecht), 1. Auflage 2011, § 107 GWB a.F. RdNr. 42 mit weiteren Nachweisen).

Da der Ausschluss der Antragstellerin im Schreiben der Antragsgegner vom 22. August 2016 lediglich angekündigt, aber noch nicht umgesetzt wurde, war insoweit eine Rüge nicht erforderlich.

- B. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Antragsgegner haben das Angebot der Antragstellerin zu Unrecht wegen fehlender Eignung ausgeschlossen (dazu I). Die Antragstellerin hat ihre Muttergesellschaft, auf deren Eignung es vorliegend alleine ankommt, nicht wirksam durch das mit Schreiben vom 25. August 2016 benannte Unternehmen ersetzt (dazu II).
- I. Nach Auffassung der erkennenden Kammer sind die Antragsgegner zu Unrecht von der fehlenden Eignung der Antragstellerin ausgegangen. Die Antragstellerin hat - worauf es im Rahmen der formellen Eignungsprüfung ankommt - eine zugelassene Referenz ihrer Muttergesellschaft über die Erbringung von Fernverkehren nach § 42a PBefG vorgelegt (dazu 1.). Da die Antragsgegner Referenzen über die Erbringung von Fernverkehren gemäß § 42a PBefG nicht ausgeschlossen haben, war es ihnen auch verwehrt, die Vergleichbarkeit entsprechender Verkehre mit den vorliegend zu vergebenden Verkehren nach § 42 PBefG im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung generell zu verneinen (dazu 2.). Ebenso wenig war der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu entnehmen, dass die Antragsgegner Referenzen als nicht vergleichbar ansehen würden, die keine Erfahrungen im sogenannten Rollgeschäft erkennen lassen (dazu 3.).
1. Es liegt kein Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV vor. Dies gilt sowohl im Hinblick auf die Argumentation der Antragsgegner, das Angebot der Antragstellerin enthalte keine Referenzen über die Erbringung von Linienverkehren im Personenverkehr (dazu a)) als auch im Hinblick auf den Vortrag der Antragsgegner, es seien keine Referenzen über die Erbringung von Leistungen im sogenannten Rollgeschäft eingereicht worden (dazu b)).
- a) Entgegen der Auffassung der Antragsgegner entspricht auch die Vorlage von Referenzen über die Erbringung von Linienverkehren im Personenfernverkehr gemäß § 42a PBefG in formeller Hinsicht den Anforderungen an die vorzulegenden Referenzen. Die Antragstellerin weist zutreffend darauf hin, dass auch Linienfernverkehre nach § 42a PBefG Linienverkehre mit Kraftfahrzeugen im Sinne des § 42 PBefG darstellen. Fernverkehre nach § 42a PBefG stellen somit eine Unterart von Linienverkehren nach § 42 PBefG dar.

Unterschiede, die die Antragsgegner bemühen, um darzulegen, dass Personenfernverkehre keine Linienverkehre im Sinne des § 42 PBefG darstellen, ergeben sich nicht aus einer Gegenüberstellung der §§ 42 und 42a PBefG, sondern ausschließlich daraus, dass ein - im Rahmen der formellen Eignungsprüfung unerheblicher - Unterschied zwischen öffentlichem Personennahverkehr im Sinne des § 8 Abs. 1 PBefG und Personenfernverkehren nach § 42a PBefG besteht. Die Antragsgegner haben ausdrücklich nur Referenzen über Verkehre nach den §§ 43 bis 49 PBefG ausgeschlossen, sodass jede Referenz über die Erbringung von Verkehren im Linienverkehr (§§ 42, 42a PBefG) den formellen Anforderungen an die einzureichenden Referenzen genügt.

Auf den entgegenstehenden Willen der Antragsgegner kommt es nicht an. Sowohl die Bekanntmachung als auch die Aufforderung zur Angebotsabgabe sind nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) auszulegen. Dabei muss diejenige Auslegung gewählt werden, die aus Sicht eines verständigen, mit der Materie des Ausschreibungsgegenstandes vertrauten Bieters zu in sich widerspruchsfreien Ergebnissen führt. Angesichts der oben dargelegten rechtlichen Zusammenhänge (Fernverkehre nach § 42a PBefG als Unterart von Linienverkehren nach § 42 PBefG, ausdrücklicher Ausschluss nur von Verkehren nach den §§ 43 ff. PBefG) ist die Geeignetheit von Referenzen über die Erbringung von Fernverkehren eindeutig.

- b) Es ergibt sich auch weder aus der Bekanntmachung noch aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe, dass die von den Antragsgegnern geforderten Referenzen zum Nachweis von Erfahrungen sowohl als Konzessionsnehmer als auch im Hinblick auf das sogenannte Rollgeschäft geeignet sein mussten. Laut Aufforderung zur Angebotsabgabe waren

„Neben der Angabe von Busverkehrsleistungen als Konzessionsnehmer (auch als Teil einer Bietergemeinschaft) [...] auch die Angabe von Leistungen als Unterauftragnehmer zulässig“ [...].

Diese Formulierung lässt sich dahingehend auslegen, dass *neben* einer Referenz als Konzessionsnehmer als *weitere* Referenzen auch solche über Leistungen als Unterauftragnehmer anerkannt werden. Die Formulierung „neben“ lässt sich jedoch genauso gut als Synonym für die Formulierung „sowohl ... als auch“ verstehen: Zulässig sind *sowohl* Referenzen über die Erbringung von Busverkehrsleistungen als Konzessionsnehmer *als auch* Referenzen über die Erbringung von Busverkehrsleistungen als Unterauftragnehmer. Keine der beiden Auslegungsmöglichkeiten führt jedoch zu dem von den Antragsgegnern behaupteten Ergebnis, dass Referenzen sowohl im Hinblick auf die Tätigkeit als Konzessionsnehmer als auch im Hinblick auf das Rollgeschäft vorzulegen waren. Allenfalls lässt sich - bei Zugrundelegung der ersten Auslegungsalternative - die Auffassung vertreten, es seien in jedem Fall Referenzen über die Tätigkeit als Konzessionsnehmer vorzulegen.

Gegebenenfalls seien darüber hinaus auch Referenzen als Unterauftragnehmer zulässig. Die nunmehr von den Antragsgegnern vertretene Auffassung würde die letztgenannte Alternative in ihr Gegenteil verkehren: Die Antragsgegner meinen, es seien in jedem Fall Referenzen über die Durchführung des Rollgeschäftes vorzulegen; darüber hinaus seien auch Referenzen als Konzessionsnehmer zulässig. Für diese Auslegung findet sich aber in der Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Andeutung.

2. Referenzen, die auf formeller Ebene als zum Nachweis der Eignung zugelassen werden, dürfen im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung nicht generell als mit dem zu vergebenden Auftragsgegenstand nicht vergleichbar angesehen werden. Daher durften die Antragsgegner die Antragstellerin weder deshalb wegen fehlender Eignung ausschließen, weil sie nur Referenzen über die Durchführung von Fernverkehren nach § 42a PBefG vorgelegt hat (dazu a)), noch mit der Begründung, sie habe keine Erfahrung im sogenannten Rollgeschäft nachgewiesen (dazu b)).
 - a) Weil die Antragsgegner - wenn auch wohl nur versehentlich - auch Verkehre nach § 42a PBefG als (formell) geeignete Referenzen zugelassen haben, war es ihnen verwehrt, die Vergleichbarkeit von Linienfernverkehren mit den verfahrensgegenständlichen Verkehren generell-abstrakt zu verneinen. Die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Eignung von Bewerbern / Bieterinnen nur anhand derjenigen Unterlagen zu prüfen, die bereits in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe genannt sind, dient potenziell interessierten Unternehmen dazu, von Anfang an beurteilen zu können, ob eine Bewerbung / Angebotsabgabe überhaupt Sinn ergibt. Die Zulassung einer Referenz in formeller Hinsicht, die nach Auffassung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung seinen Anforderungen generell nicht genügt, stellt ebenso einen Verstoß gegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB dar, wie die Forderung eines nicht in der Bekanntmachung oder der Aufforderung zur Angebotsabgabe benannten Eignungsnachweises. Zutreffend hat die Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass sie - hätte sie die generelle Ungeeignetheit von Referenzen über die Erbringung von Fernverkehren erkennen können - möglicherweise als Teil einer den Anforderungen der Antragsgegner entsprechenden Bietergemeinschaft oder gar nicht am Verfahren teilgenommen hätte.
 - b) Gleiches gilt im Hinblick auf die Tatsache, dass die von der Antragstellerin vorgelegten Referenzen ihrer Muttergesellschaft ausschließlich von Unterauftragnehmern erbracht werden. Auch insoweit verstößt es gegen § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB, zum Nachweis der Eignung zugelassene Referenzen (über die Erbringung von Leistungen sowohl als Konzessionsnehmer als auch als Unterauftragnehmer) im Rahmen der materiellen Eignungsprüfung als zum Nachweis der Eignung generell ungeeignet anzusehen.

-
- II. Es hat keine Ersetzung der Muttergesellschaft der Antragstellerin durch das mit Schreiben vom 25. August 2016 benannte Unternehmen stattgefunden, da dies zu einem unzulässigen Nachbessern des Angebotes führen würde. § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV enthält eine Ausnahmeregelung sowohl im Hinblick auf den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB als auch im Hinblick auf das Verhandlungsverbot des § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV: Zum Einen werden Bieter, die sich zum Nachweis ihrer Eignung eines Drittunternehmens bedienen, besser gestellt als solche Bieter, die ihre Eignung mit eigenen Mitteln nachweisen wollen und dabei scheitern (Hausmann/Kern in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Auflage 2017, § 47 RdNr. 10). Zum anderen erlaubt es § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV, ein nach den aufgestellten Kriterien nicht zuschlagsfähiges Angebot nachzubessern. Dieser Befund führt nach allgemeinen Grundsätzen dazu, dass die Vorschrift äußerst restriktiv auszulegen ist. Insbesondere ist an dem insoweit eindeutigen Wortlaut der Vorschrift festzuhalten, der ausschließlich ein Ersetzen des ungeeigneten oder auszuschließenden Drittunternehmens zulässt. Die Benennung eines weiteren Unternehmens ist von § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV nicht umfasst. Dies verkennt die Antragstellerin, wenn sie meint, es müsse ihr gestattet sein, sich einerseits gegen die Nichtberücksichtigung des ursprünglich benannten Unternehmens wehren zu können und gleichzeitig gemäß § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV ein „Ersatz-“ Unternehmen benennen zu können. Eine solche Sichtweise würde die mit § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV verbundene Ungleichbehandlung weiter vertiefen, ohne dass hierfür ein sachlicher Grund bestünde. Es genügt, dass Bieter, die ihre Eignung im Wege der Eignungsleihe nachweisen wollen - nach dem Willen des Ordnungsgebers - eine zweite Chance erhalten; eine Verdoppelung dieser zweiten Chance wäre nicht zu rechtfertigen. Die Benennung des weiteren Unternehmens durch die Antragstellerin verstößt daher gegen das Verhandlungsverbot des § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV, mit der Folge, dass dieses - von § 47 Abs. 2 Satz 3 VgV nicht gedeckte - Nachbessern bei der Prüfung des Angebots der Antragstellerin nicht zu berücksichtigen ist und die zunächst benannte Muttergesellschaft der Antragstellerin weiter als einzige Referenzgeberin anzusehen ist (Zeise in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., § 15 RdNr. 51).
- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragsgegner im Verfahren unterlegen sind, tragen sie die Kosten, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB. Mehrere Kostenschuldner haften gesamtschuldnerisch, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- II. Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens, § 182 Abs. 2 Satz 2, 2. HS. GWB.

Aus dem Bruttoauftragswert ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer zu Grunde legt, eine Gebühr von [REDACTED] €.

- III. Die Antragsgegner haben der Antragstellerin gesamtschuldnerisch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen zu erstatten, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin ist angesichts der Schwierigkeit des jüngst völlig umstrukturierten Vergaberechts - gerade in Verbindung mit dem Recht des öffentlichen Personennahverkehrs - und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 2 und 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 3 Satz 2 HVwVfG.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer über den Nachprüfungsantrag 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

einzulegen.

Im Hinblick auf die Vorabgestattung des Zuschlags kann die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens bei demselben Gericht beantragen, das Zuschlagsverbot wiederherzustellen.

Die sofortige Beschwerde sowie der Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes sind 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 zur Begründung des Antrags auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen. 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.

Uwe Harnisch
Vorsitzender

Claudia Denz-Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer