

Titel:

Rückversetzung des Vergabeverfahrens zu Bikesharing-System wegen unterlassener Aufklärung zu Mietrad-Generationen

Normenketten:

GWB § 127 Abs. 4 S. 1, § 160 Abs. 3

BGB § 133, § 157

Leitsätze:

1. Wurden bei einem Verhandlungsverfahren Verhandlungen geführt und anschließend finale Angebote angefordert, so müssen bei einer Rückversetzung des Verfahrens vor die Abforderung der Erstangebote erneut finale Angebote angefordert werden. (Rn. 61 – 99)

2. Von einem Vorbehalt, den Zuschlag auf das Erstangebot zu erteilen kann nur Gebrauch gemacht werden, wenn keine Verhandlungen stattgefunden haben. Daran muss sich der öffentliche Auftraggeber auch bei einer Rückversetzung festhalten lassen, da die eingereichten Erstangebote mit der Einladung zu Verhandlungsgesprächen als abgelehnt gelten und auch nach einer Rückversetzung nicht mehr bezuschlagt werden können. (Rn. 61 – 99)

1. Rügt der Bieter Vergaberechtsverstöße, die ausschließlich das Angebot eines Mitbewerbers betreffen, muss er zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Es ist dabei nicht spekulativ, wenn ein fachkundiger, die aktuelle Geschäftspraxis der Konkurrenz kennender Bieter davon ausgeht, dass diese zur Grundlage des jeweils konkurrierenden Angebotes gemacht worden ist. (Rn. 53 – 55) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der öffentliche Auftraggeber darf grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen wird. Erst wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Bereitschaft oder die Möglichkeit des Bieters, die Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erfüllen, zweifelhaft ist, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, durch Einholung ergänzender Informationen die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens bzw. die hinreichende Leistungsfähigkeit des Bieters zu prüfen. (Rn. 85 – 87) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Leistungen, Vergabeverfahren, Bieter, Vergabekammer, Vergabeunterlagen, Kaufpreis, Leistungsbeschreibung, Angebot, Leistungserbringung, Auslegung, Ausschreibung, Dienstleistungen, Antragsgegner, Akteneinsicht, Kosten des Verfahrens, keine Aussicht auf Erfolg, notwendigen Auslagen, Bikesharing, Verhandlungsverfahren, Mietfahräder, Referenzen, Eignung, Preis, Aufklärung, Rückversetzung, Rüge

Rechtsmittelinstanz:

BayObLG, Beschluss vom 05.08.2025 – Verg 2/25 e

Tenor

1. Die Antragsgegner werden bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der finalen Angebote zurückzusetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.

2. Die Antragsgegner und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens als Gesamtschuldner, wobei sich der Kostenanteil der Beigeladenen im Außenverhältnis auf ein Halb reduziert. Bei der Antragsgegnerin zu 1) wird aus Gründen der Billigkeit auf eine Erhebung der Gebühr verzichtet. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin tragen der Antragsgegner und die Beigeladene je zur Hälfte.

3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von 13.800,00 EUR festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen. Die Antragsgegner zu 2) bis 39) sind als Gemeinden von der Zahlung der Gebühr befreit.

4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten die Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

1

Mit Auftragsbekanntmachung vom 01.02.2024, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter Nr. ... schrieben die Antragsgegner einen Dienstleistungsauftrag über die Einrichtung und den Betrieb eines einheitlichen öffentlichen Bikesharing-Systems im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Veröffentlichung eines Aufrufs zum Wettbewerb aus.

2

Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung enthielt in Bezug auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit unter anderem folgende Festlegung:

„5.1.9 Eignungskriterien

Kriterium: [...]

Art: Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

[...] Mindestvoraussetzung für die Teilnahme am Verfahren ist, – dass der Bewerber gerechnet zum Tag der Teilnahmefrist über zwei Referenzen über erbrachte Leistungen im Bereich der stationsbasierten Bikesharing-Systeme im Gebiet der Europäischen Union, des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), der Schweiz und/oder des Vereinigten Königreichs verfügt, die jeweils folgende Voraussetzungen erfüllen: – Die Referenz ist nicht älter als drei Jahre gerechnet zum Tag der Teilnahmefrist. – Es dürfen nur Referenzen genannt werden, die aus unterschiedlichen Städten oder Gemeinden stammen. Mehrere Bedienegebiete innerhalb einer Stadt oder Gemeinde gelten als nur eine Referenz. – Bei dem Bikesharing-System können eine unbestimmte Anzahl von Nutzenden auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung Fahrräder i. S. d. § 63a StVZO (also mechanische Fahrräder und/oder Pedelecs) mieten und dabei die Fahrräder selbstständig, ohne unmittelbare Mitwirkung von Mitarbeitenden des Bewerbers reservieren, buchen, entsperren, nutzen und zurückgeben. – Die Nutzenden können die Fahrräder des Bikesharing-Systems mindestens auch mittels App buchen und entsperren. – Das Bikesharing-System beruht auf vorab reservierbaren Fahrzeugen und örtlich festgelegten Abhol- und Rückgabestellen (Stationen). Die Stationen müssen dabei nicht zwingend mit baulichen Anlagen oder sonstigen Einrichtungen ausgestattet sein, sondern es reichen rein virtuelle Stationen aus, solange technisch sichergestellt ist (z.B. mittels Geofencing), dass Fahrräder nur an diesen Stationen zurückgegeben werden dürfen. Die Stationen müssen örtlich genau abgrenzbar sein. Das ist der Fall, wenn sie mit physikalischen Einrichtungen oder Markierungen versehen sind, nicht größer als 100 m² sind oder nicht über eine Straße oder einen Platz hinausgehen. – Den Stationen des Bikesharing-Systems sind bestimmte Soll-Werte in Bezug auf die Anzahl der an der Station für eine Miete verfügbaren Fahrräder zugewiesen. Werden diese Soll-Werte über einen bestimmten Zeitraum über- oder unterschritten, behebt der Bewerber dies, indem er Fahrräder von einer zur anderen Station umsetzt. – Die Fahrräder des Bikesharing-Systems sind mittels GPS ortbar. Zudem müssen folgende Anforderungen durch die zwei Referenzen erfüllt werden: – Bei mindestens einer der zwei Referenzen müssen auch Pedelecs (also Fahrräder mit elektrischer Treithilfe i. S. d. § 63a Abs. 2 StVZO) in das Bikesharing-System eingebunden sein. – Über alle zwei Referenzen addiert muss die Anzahl der eingebundenen Fahrräder (mechanische und Pedelecs addiert) mindestens 1.000 betragen. Maßgeblich ist der gerechnet zum Tag der Teilnahmefrist in den letzten drei Jahren bestehende Spitzenwert je Referenz. Es ist für die Eignungsprüfung irrelevant, ob die Bikesharing-Systeme in den jeweiligen Referenzen eigenwirtschaftlich oder gemeinwirtschaftlich betrieben werden.“

3

Ausweislich der Angabe in Ziffer 5.1.11 der Bekanntmachung standen die Auftragsunterlagen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei unter der dort genannten Internetadresse zur Verfügung.

4

Auszugsweise war in der „Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags“ folgendes enthalten:

[...] 2 Art der Vergabe

Die Leistungen werden im Zuge eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb nach den Vorgaben der VgV vergeben.

Zunächst sind nur Teilnahmeanträge (und noch keine Angebote) einzureichen (siehe Anlage T01). Die Auftraggeber werden anschließend die Unternehmen, die ihre Eignung nachgewiesen haben, zur Abgabe eines indikativen Angebots auffordern; eine Vorauswahl findet nicht statt. Im Anschluss werden die Auftraggeber die Bieter zu Verhandlungsgesprächen einladen. Gegenstand der Verhandlungsgespräche werden die gesamten Vergabeunterlagen mit Ausnahme der Zuschlagskriterien sein. Auf Grundlage der Gespräche werden die Auftraggeber gegebenenfalls die Vergabeunterlagen überarbeiten und ergänzen, diese dann den geeigneten Bietern bereitstellen und diese zur Abgabe eines verbindlichen Angebots auffordern. Die Durchführung weiterer Verhandlungsrunden bleibt vorbehalten.

5

Sowohl Antragstellerin als auch Beigeladene reichten innerhalb der auf den 01.03.2024 festgesetzten Frist einen Teilnahmeantrag ein. Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene reichten fristgerecht bis zum 28.05.2024 ein indikatives Angebot ein.

6

Nach den Verhandlungsgesprächen am 19.06.2024 und 20.06.2024 wurden die Vergabeunterlagen auf Basis der Verhandlungsgespräche überarbeitet und die Bieter zur Abgabe eines finalen Angebots aufgefordert. Die finalen Angebotsunterlagen enthielten unter anderem folgende Vorgaben in „Anlage B 02 Checkliste“:

Nummerierung	Kriterium	Muss/Soll	Benötigte Angaben	Vom Bieter auszufüllende Angaben zu den Sollkriterien
... 5.1M3	Erfüllung aller Vorgaben der Verkehrssicherheit gemäß Straßenverkehrsordnung (StVO) und Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung (StVZO).	Muss		
... 5.1M6	Umfassen keine scharfkantigen Bauteile, die eine potenzielle Verletzungsgefährdung darstellen.	Muss		
... 5.1M21	Schließsystem / Schloss per App und API und durch Kundendienst entriegel- und verschließbar. Idealerweise öffnet das Schloss ohne Zutun des Kunden vor Ort. Sollte dies nicht möglich sein, ist es auch akzeptabel, dass der Kunde durch Bedienung des Öffnungsmechanismus tätig werden muss. Verwendung von Zahlenschlössern ausgeschlossen.	Muss		
5.1M22	Schließsystem muss Nutzenden signalisieren, dass die Miete ordnungsgemäß beendet wurde, mindestens über die App bzw. Schnittstelle.	Muss		
5.1M24	Schnelle Beendigung der Miete nach Schließen des Schlosses innerhalb von 5 Sekunden und einer Maximaldauer von 30 Sekunden.	Muss		
5.1M25	Übermittlung der geokodierten Position bei jeder Nutzenden-Interaktion mit dem Schließsystem an das Hintergrundsystem.	Muss		
5.1M26	Übermittlung des Mietrad-Status (reserviert, vermietet, frei) bei jeder Nutzenden-Interaktion an das Hintergrundsystem.	Muss		
5.1M27	Verbauter -Lokalisationssender / -sensor / Kommunikationsmodul mit einer GNSS-Genauigkeit mit durchschnittlich mindestens 5m Genauigkeit, der jederzeit mit der notwendigen Energie versorgt wird.	Muss		
... 5.1M31	Die Mieträder sind über einen QR-Code, der gut sichtbar angebracht ist, identifizier- und mietbar.	Muss		
... 5.2 M9	Akku-Ladestand der Pedelecs lässt sich jederzeit in Echtzeit über die API abrufen.	Muss		
... 6.2.3M3	Beim Scan des QR-Codes, muss die Möglichkeit gegeben sein den Code mit allen installierten Apps, auf denen das BSS buchbar, ist zu öffnen. Zusätzlich muss es bei Scannen des QR-Codes die	Muss		

	Möglichkeit geben diesen mit einem Browser zu öffnen, der auf die BSS Website führt. Dort muss diskriminierungsfrei auf alle Zugangsapps zum BSS (mindestens ..., ...-App und App des AN) hingewiesen werden.			
6.2.3 M4	Miet- und Rückgabevorgang müssen ohne Eingabe eines Schlosscodes möglich sein. Die Rückgabe beendet den Mietvorgang.	Muss		
... 6.2.7M3	24/7/365 Erreichbarkeit des Kundenservices telefonisch (mit Personal besetzt, über eine gebührenfreie deutsche Festnetznummer) und schriftlich (E-Mail und Online- oder In-App-Kontaktformular).	Muss		
...6.2.7M7	Mitarbeitende des Kundenservice sind jederzeit in der Lage, Fahrten/ Mieten aus der Ferne zu starten und zu beenden.	Muss		

7

Mit Bieterinformation 13, die zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots am 17.07.2024 an die Bieter versandt wurde, wiesen die Antragsgegner darauf hin, dass die Vergabeunterlagen nach den Verhandlungsgesprächen angepasst worden seien. Unter anderem teilten die Antragsgegner folgende Änderung der Vergabeunterlagen mit:

„[...]10. Zur Anlage B05

Mit dem Angebot ist ein Bild der eingesetzten Mieträder von allen Seiten ohne Branding vor neutralem Hintergrund einzureichen. Hierfür ist kein Vordruck vorhanden.“

8

Sowohl die Antragstellerin als auch die Beigeladene reichten fristgerecht bis zum 13.08.2024 ein finales Angebot ein.

9

Mit Schreiben vom 16.08.2024 forderten die Antragsgegner die Beigeladene zur Aufklärung ihres ungewöhnlich niedrigen Angebots auf. Die Beigeladene werde gebeten, darzulegen, ob und wie alle in den Vergabeunterlagen beschriebenen Leistungen mit den von ihr kalkulierten Kosten abgedeckt werden. Dabei sollte die Beigeladene die Zusammensetzung ihrer Angebotskalkulation für einzelne Preise darlegen. Zudem sollte die Beigeladene bestätigen, dass sie auf Basis ihres kalkulierten Angebotes ausreichend Ressourcen zur sach-, fach- und fristgerechten Leistungserbringung vorhalte und einsetzen werde, um die vertraglichen Pflichten einhalten zu können.

10

Dieser Aufforderung kam die Beigeladene fristgerecht am 23.08.2024 nach. Die Beigeladene bestätige, dass sie auf der Grundlage ihres kalkulierten Angebotes ausreichende Ressourcen für die ordnungsgemäße, fach- und termingerechte Erbringung der geforderten Leistungen vorhalte und einsetze und alle vertraglichen Verpflichtungen einhalten werde. Zudem reichte sie eine Preisaufstellung bezüglich der von den Antragsgegnern abgefragten Preise sowie eine detaillierte Kapitalflussrechnung des Projekts ein.

11

Mit Informationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 30.08.2024 setzten die Antragsgegner die Antragstellerin davon in Kenntnis, dass auf ihr Angebot nicht der Zuschlag erteilt werden könne, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Es liege ein wirtschaftlicheres Hauptangebot vor. Die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin lägen darin, dass ihr Angebot deutlich weniger Wertungspunkte beim „Angebotspreis“ erhalten habe, als das Angebot der Beigeladenen. Zudem teilten die Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag frühestens am 10.09.2024 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

12

Mit Schreiben vom 06.09.2024 beanstandete die Antragstellerin die Vergabeentscheidung der Antragsgegner als vergaberechtswidrig. Das Angebot der Beigeladenen könne in mehrfacher Hinsicht nicht den gestellten Anforderungen entsprechen und sei daher zwingend nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vom Vergabewettbewerb auszuschließen. Das Angebot erfülle mehrere zwingend anzubietende Muss-Kriterien

nicht. Zudem sei das Angebot der Beigeladenen preislich ungewöhnlich niedrig und hätte entsprechend nach § 60 VgV aufgeklärt werden müssen. Eine ordnungsgemäße Aufklärung hätte dabei zwangsläufig ergeben müssen, dass eine Erbringung der ausgeschriebenen Leistung durch die Bieterin zu den von ihr angebotenen Preisen höchst fraglich erscheine.

13

Nachdem den Rügen der Antragstellerin nicht abgeholfen wurde, stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 09.09.2024 einen Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 1 GWB.

14

Die Antragstellerin trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag zunächst unproblematisch zulässig sei. Die Beanstandungen der Antragstellerin würden sich nicht auf Spekulationen und Annahmen ins Blaue hinein, sondern auf das tatsächliche, im Markt bekannte Fahrradverleihsystem der Beigeladenen sowie auf das eigene Angebot der Antragstellerin stützen. Entgegen der Auffassung der Beigeladenen würden Marktkennntnisse und Internetrecherchen ausreichen, um eine Rüge zu erheben und auch im Nachprüfungsverfahren antragsbefugt zu sein. Weiter trägt die Antragstellerin vor, dass der Nachprüfungsantrag auch begründet sei. Die Beigeladene hätte bereits wegen unzureichender Eignungsnachweise gar nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen, wie eine Bewertung von wahrscheinlichen Referenzprojekten der Beigeladenen gezeigt habe. Nach der europaweiten Vergabebekanntmachung seien wenigstens zwei Referenzen beizubringen, die unter anderem auch die Möglichkeit der Reservierung von Fahrrädern beinhalten müssten. Nach den Marktkennntnissen und Recherchen der Antragstellerin würden dem zahlreiche der großen Systeme, die die Beigeladene als möglichen Referenzen aufgelistet haben könnte, nicht genügen. Auch bestreite die Beigeladene nicht, dass bei den von ihr benannten Referenzen eine aktive Ortung der Fahrräder mittels GPS nicht möglich sei. Die von der Beigeladenen beigebrachten Referenzen seien mithin nicht ausreichend, um die von der Antragsgegnerin geforderten Eignungsnachweise zu erfüllen.

15

Ferner sei das Angebot der Beigeladenen gem. § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend vom Vergabewettbewerb auszuschließen, da die von der Beigeladenen angebotene Lösung nicht den Anforderungen der Vergabeunterlagen entspreche. Insoweit sei unerheblich, dass die Beigeladene zunächst scheinbar ein formal ordnungsgemäßes Angebot eingereicht habe und eine Leistungserbringung wie in der mit dem Angebot eingereichten Checkliste zugesagt habe. Dies könne und dürfe nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Beigeladene Anbieterin eines von ihr entwickelten Fahrradverleihsystems sei, welches als im Einsatz befindliches System den Muss-Kriterien der Antragsgegner nicht entspreche. Eine Anpassung und Umstellung habe die Beigeladene ihrem Angebot nicht zugrunde gelegt, da der hiermit verbundene Aufwand letztlich ein gänzlich anderes und neues Fahrradverleihsystem zur Folge hätte (für welches auch keine Referenzerfahrungen vorliegen würden). Dass die Beigeladene ihr Fahrradverleihsystem nicht an die Anforderungen einzelner Vergabewettbewerbe anpasse, werde auch dadurch belegt, dass die Beigeladene bereits bei anderen Ausschreibungen keine ausschreibungskonforme Lösung angeboten habe (siehe VK Nordbayern, Beschluss vom 22.08.2023, RMF-SG21-3194-8-17).

16

Die Antragstellerin gehe weiterhin davon aus, dass die Beigeladene die ausgeschriebene Leistung zu den angebotenen günstigen Preisen nicht sachgerecht erbringen können werde. Zudem sei die Preisprüfung beurteilungsfehlerhaft erfolgt, da sie sich auf einen fehlerhaft angenommenen Sachverhalt stütze. Eine ordnungsgemäße Preisprüfung, die die Mängel der Bestandlösung der Beigeladenen und den damit gegebenen Umstellungsmehraufwand berücksichtige, könne bislang nicht erfolgt sein. Mit ihrem Schriftsatz vom 22.10.2024 verweise die Beigeladene selbst dauerhaft auf einen geplanten Austausch der Fahrräder in die 4. Generation. Nachdem lediglich diese Räder nach Ausführungen der Beigeladenen die Anforderungen erfüllen würden, aber vorliegend ausdrücklich nicht angeboten worden seien, seien diese auch preislich nicht einkalkuliert worden. Eine Kalkulation mit den Preisen der Fahrräder der 4. Generation würde zu einem weitaus höheren Preis führen. Hinzukomme, dass die Vertragsgestaltung der Antragsgegner durchaus Risiken auf die Bieter verlagere, die kalkulatativ zu bewerten und zu berücksichtigen gewesen seien. Die Preisprüfung könne damit keinen Bestand haben. Sollte es hierauf überhaupt noch ankommen, wäre die Prüfung unter Aufklärung des echten Leistungsangebots und der zukünftigen Planung der Beigeladenen zu wiederholen.

17

Hinsichtlich der Bewertung der Soll-Kriterien, trug die Antragstellerin vor, dass sich die Ausschreibung an dem von der Antragstellerin gelieferten und (erfolgreich) betriebenen Fahrradverleihsystem orientiere. Die Antragstellerin erfülle mit der derzeitigen Durchführung alle Anforderungen aus dem bisherigen Auftrag, weshalb es zweifelhaft erscheine, dass eine vollständig gleichwertige Bepunktung bei der qualitativen Wertung mit dem Angebot der Beigeladenen beurteilungsfehlerfrei möglich sei. Dies könne auch bereits deshalb nicht korrekt sein, weil der Ausleihprozess bzw. Rückgabeprozess aufgrund der fehlenden Anbindung an eine Remotelösung über den Kundenservice 365/24/7 von geringerer Qualität sei. Gleiches gelte für die Einbindung in die ... oder ...-App, da die von der Beigeladenen vorgesehene Lösung einen komplexeren Entwicklungs- und Integrationsaufwand und höhere Anforderungen an den Datenschutz erfordern würde.

18

Die Antragstellerin beantragt,

1. Die Antragsgegner werden verpflichtet, das Vergabeverfahren „Ausschreibung von Dienstleistungen zur Einrichtung und zum Betrieb eines einheitlichen öffentlichen Bikesharing-Systems für den ...-Raum“ (Veröffentlichungsnummer der Bekanntmachung: ...) in den Stand vor Wertung der eingereichten Angebote zurückzusetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen.
2. Hilfsweise: Das Vergabeverfahren wird in einen Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückversetzt und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht auf der Grundlage überarbeiteter Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortgeführt.
3. Die Antragsgegner tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

19

Ferner beantragt die Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 165 GWB in die Vergabeakten der Antragsgegner.

20

Die Antragsgegner beantragen

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die beantragte Akteneinsicht zu versagen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner für notwendig zu erklären und
4. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegner aufzuerlegen.

21

Zur Begründung tragen die Antragsgegner vor, dass der Nachprüfungsantrag bereits deshalb keine Aussicht auf Erfolg habe, weil er als unzulässig zu verwerfen sei. Denn weder der Nachprüfungsantrag noch die zugrundeliegende Rüge seien hinreichend substantiiert. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin sei teilweise schon nicht schlüssig und beschränke sich im Übrigen erkennbar auf bloße und durch keine belastbaren Anhaltspunkte unterlegte Spekulationen. Dies gelte gleichfalls für die zugrundeliegende Rüge. Insgesamt sei damit der Nachprüfungsantrag als nicht hinreichend substantiiert bzw. ins Blaue hineingestellt anzusehen.

22

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls als offensichtlich unbegründet zurückzuweisen. Ein Ausschluss des Angebots der Beigeladenen komme mangels Vorliegens von Ausschlussgründen nicht in Betracht. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen, da bei diesem Angebot weder Änderungen noch Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden seien. Die Beizuladende habe ausdrücklich erklärt, alle Vorgaben der Vergabeunterlagen einschließlich der

Leistungsbeschreibung zu akzeptieren und anzuerkennen, ihr Angebot würde alle Muss-Kriterien erfüllen. Die Antragsgegner hätten hier auch keinerlei Zweifel daran haben müssen, dass diese Anforderungen eingehalten werden. Sie hätten sich vielmehr darauf verlassen dürfen, dass die Beizuladende sich an das von ihr abgegebene Angebot halten und die dort angebotenen vertraglichen Zusicherungen einhalten werde. Weiter sei das Argument der Antragstellerin abwegig, dass die Beigeladene selbst der Ansicht sei, ihre Fahrräder der dritten Generation würden die Anforderungen der Vergabeunterlagen nicht erfüllen. Sie begründet dies mit der Absicht der Beigeladenen, die Fahrräder der dritten Generation während der Vertragslaufzeit gegen Fahrräder der vierten Generation auszutauschen. Selbstverständlich könne auch ein den Anforderungen entsprechendes Fahrrad gegen ein noch besseres Fahrrad ausgetauscht werden. Weiter tragen die Antragsgegner vor, dass sie davon ausgegangen seien, dass grundsätzlich Fahrräder der vierten Generation angeboten worden seien. Für eine bestimmte Konstellation hätten die Antragsgegner jedoch ein subjektives (und wie sich zwischenzeitlich herausgestellt habe offenbar irrig) Verständnis dahingehend gehabt, dass in diesem Fall übergangsweise (auch) Fahrräder der dritten Generation zum Einsatz hätten kommen können. Allerdings wäre letzteres nach Auffassung der Antragsgegner ohne weiteres zulässig gewesen, u.a. deswegen, weil auch diese Fahrradgeneration alle Leistungsanforderungen erfüllen würde bzw. erfüllt hätte. Aufgrund der zwischenzeitlichen Erkenntnisse dürfte sich aus Sicht der Antragsgegner ihr diesbezügliches subjektives Verständnis des Angebots indes wohl als unzutreffend darstellen. Denn zugegebenermaßen finde sich im Angebot der Beigeladenen selbst eine derartige Übergangslösung für 2024 nicht. Vielmehr würden etwa die Berechnungen der Beigeladenen in ihrem Schreiben zur Preisaufklärung auf den Beschaffungspreisen für eben solche Fahrräder der vierten Generation basieren. Die Fahrräder der dritten Generation seien indes nicht – auch nicht als Übergangs- oder Notlösung – erwähnt worden. Insofern dürfte das Angebot objektiv ausschließlich die vierte Generation umfasst haben. Maßgeblich dürfte insofern der objektive Erklärungsgehalt des Angebots und nicht das vorgenannte bisherige irrtümliche Verständnis der Antragsgegner sein.

23

Auch hätten die Antragsgegner eine ordnungsgemäße Prüfung der Angebote durchgeführt und insbesondere die Prüfung des Angebots der Beigeladenen nach Maßgabe der entsprechenden Normen und der sie ausgestaltenden Rechtsprechung vorgenommen. Hierbei hätten die Antragsgegner insbesondere umfassend den Angebotspreis der Beigeladenen und die zugrundeliegende Kalkulation aufgeklärt. Ein Grund für einen Ausschluss des Angebots gemäß § 60 Abs. 3 VgV bestehe nicht. Soweit die Antragstellerin ausführe, die Kalkulation der Beigeladenen könne bloß die Räder der dritten Generation umfassen, nicht aber die der vierten Generation, gehe dieser Vortrag offenkundig ins Blaue hinein. Im Übrigen sei hier angemerkt, dass die Annahme der Antragstellerin, die Entwicklungskosten neuer Technologie müsse vollständig auf den Preis des ausschreibungsgegenständlichen Systems umgelegt werden, abwegig sei. Gerade bei umfassenden Technologiewechseln wie diesem dürfte davon auszugehen sein, dass die Kosten auf das Gesamtunternehmen und eine Vielzahl von Systemen umgelegt werden bzw. allgemein als Forschungs- und Entwicklungskosten außerhalb eines konkreten Auftrags berücksichtigt werden würden. Ferner gehe auch die Annahme der Antragstellerin, dass die Preisprüfung deshalb fehlerhaft sei, weil die Software der Beigeladenen die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht erfülle, fehl.

24

Soweit die Antragstellerin geltend mache, die Angebotswertung sei fehlerhaft, sei auch dieser Vortrag zurückzuweisen. Die Antragsgegner hätten vielmehr die Angebotswertung unter Berücksichtigung der in den Vergabeunterlagen und der Bekanntmachung dargelegten Zuschlagskriterien ordnungsgemäß durchgeführt.

25

Auch soweit die Antragstellerin geltend mache, die Eignung der Beigeladenen sei nicht nachgewiesen, weil ihre Fahrräder in den möglicherweise als Referenz in Frage kommenden Bikeshaaring-Systemen abweichend von den Anforderungen an die zu nennenden Referenzen nicht reservierbar seien und weil die Räder der Beigeladenen in den genannten Systemen nicht per GPS ortbar seien, sei dieser Vortrag unzutreffend.

26

Mit Schriftsatz vom 04.10.2024 beantragt die Beigeladene ihre Beiladung gemäß § 162 GWB sowie Akteneinsicht gemäß § 165 GWB.

27

Mit Beiladungsbeschluss vom 10.10.2024 wurde die Beigeladene beigeladen und beantragt

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die beantragte Akteneinsicht zu versagen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen für notwendig zu erklären und
4. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen.

28

Zur Begründung trägt die Beigeladene vor, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei. Der Vortrag der Antragstellerin bezüglich einer angeblichen Nichtkonformität des Angebots der Beigeladenen mit zwingend zu beachtenden Vorgaben der Vergabeunterlagen sei gänzlich entweder unschlüssig, unzutreffend oder für das Vergabeverfahren unerheblich. Es handele sich dabei vielmehr um bloße unsubstantiierte Vermutungen ins Blaue hinein. Es fehle der Antragstellerin bereits an der Antragsbefugnis gemäß § 160 GWB.

29

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin auch unbegründet. Es sei unzutreffend, dass die von der Beigeladenen angebotenen Mietfahräder nicht im Einklang mit der StVO und der StVZO oder sonstigen Anforderungen der Leistungsbeschreibung stünden. Die Fahrräder der „dritten Generation“ würden nachweislich vollständig im Einklang mit straßenverkehrsrechtlichen Voraussetzungen stehen und seien verkehrssicher. Zum anderen sei die Beigeladene derzeit im Begriff ihre Fahrradflotte vollständig durch Fahrräder der „vierten Generation“ zu ersetzen, die im Vergleich zu Fahrrädern der „dritten Generation“ über teilweise abweichende technische und gestalterische Begebenheiten verfügen würden. Auch Fahrräder der „vierten Generation“ würden selbstverständlich vollumfänglich die Anforderungen der vorliegenden Leistungsbeschreibung erfüllen.

30

Die Beigeladene trägt vor, dass sie auch nicht wegen fehlender Eignung vom Vergabeverfahren auszuschließen sei. Sie habe sämtliche von den Antragsgegnern geforderten eignungsrelevanten Referenzen ordnungsgemäß und vollständig vorgelegt.

31

Die Antragsgegner hätten die Preisaufklärung ferner im Einklang mit den Vorgaben des § 60 VgV vorgenommen. Die von der Beigeladenen vorgenommenen Erläuterungen seien ausweislich der vorliegenden Dokumentation von den Antragsgegnern ausführlich geprüft und bewertet worden. Die Antragsgegner hätten dabei sämtliche relevanten Faktoren, einschließlich der Kalkulationsgrundlagen, der Material- und Personalkosten sowie weiterer preisbestimmender Elemente, sachgerecht und gründlich analysiert. Das Ergebnis der Preisaufklärung räume jegliche Zweifel daran aus, dass das Angebot der Beigeladenen gegebenenfalls nicht auskömmlich im Sinne des § 60 VgV wäre. In diesem Zusammenhang hätten die Antragsgegner zu Recht festgestellt, dass die von der Beigeladenen vorgelegte Kalkulation plausibel und wirtschaftlich schlüssig sei.

32

Mit rechtlichem Hinweis vom 06.12.2024 erklärte die Vergabekammer, dass sie der vorläufigen Rechtsauffassung sei, dass sich insbesondere aus dem indikativen und finalen Angebot der Beigeladenen, den Verhandlungsgesprächen mit der Beigeladenen und der Preisaufklärung durch die Beigeladene ergebe, dass die Beigeladene ausschließlich Mieträder (mechanische Räder und Pedelecs) der vierten Generation mit ihrem neuen Schließsystem angeboten habe. Einen geplanten Einsatz der bisher von der Beigeladenen verwendeten Fahrräder der dritten Generation und eine Ersetzung während der Vertragslaufzeit könne die Vergabekammer in den eingereichten Dokumenten der Vergabeakte nicht finden.

33

In der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2024 wurde die Sach- und Rechtslage erörtert. Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit zum Vortrag und zur Stellungnahme. Die Vergabekammer wies zunächst darauf hin, dass sie ausweislich der von den Antragsgegnern eingereichten Vergabeakten davon ausgegangen sei, dass ausschließlich Räder der 4. Generation von der Beigeladenen angeboten worden seien. Auf Grund des Vortrags der Beteiligten habe sie sich veranlasst gesehen bei der Beigeladenen und den Antragsgegnern nachzufragen. Zudem sei an zwei Stellen im Verhandlungsprotokoll mit der Beigeladenen nicht ganz eindeutig, dass nur die vierte Generation angeboten worden sei. Die Dokumentation sei nicht so ausführlich und eindeutig, dass die Vergabekammer dieser unzweifelhaft entnehmen könne, ob und unter welchen Umständen gegebenenfalls auch Fahrräder der dritten Generation von der Beigeladenen angeboten worden seien. Im Folgenden diskutierten die Beteiligten kontrovers, ob die Beigeladene auch Räder der dritten Generation angeboten habe.

34

Sodann diskutierten die Beteiligten, ob das Angebot der Beigeladenen insbesondere die von der Antragstellerin angesprochenen Kriterien erfüllen könne, dabei wurden sowohl Räder der dritten, als auch der vierten Generation thematisiert. Teilweise bestand auch Uneinigkeit bei den Parteien wie genau die einzelnen Kriterien verstanden werden müssten.

35

Zur Frage der Preisprüfung trug die Antragstellerin vor, dass sie der Auffassung sei, dass die Preisprüfung an schweren Beurteilungsfehlern leide und dass die Preisprüfung zumindest wiederholt werden müsse. Die Beigeladene hielt dem entgegen, dass die Antragstellerin nicht die gesamte Aufklärung kenne, insbesondere die von ihr eingereichten Dokumente kenne die Antragstellerin nicht. Die Antragsgegner fügten hinzu, dass sie die Preisprüfung ordnungsgemäß durchgeführt hätten und sie nicht an Beurteilungsfehlern leide.

36

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 17.12.2024 trug die Antragstellerin vor, dass es sich bestätigt habe, dass die Beigeladene jedenfalls für den Zeitraum bis 2025 Fahrräder der dritten Generation angeboten habe. Diese Fahrräder würden verschiedene Muss-Anforderungen der auftraggeberseitig vorgegebenen „Checkliste“ nicht erfüllen, damit genüge das Angebot nicht den Anforderungen und sei zwingend auszuschließen. Darauf, ob wegen des Zeitablaufs der Beigeladenen jetzt die Lieferung allein von Fahrrädern der vierten Generation möglich wäre, komme es nicht an, da das zum Ablauf der Angebotsfrist eingereichte Angebot zu den seinerzeitigen Rahmenbedingungen zuschlagsfähig sein müsse. Hilfsweise müsse das Angebot der Beigeladenen unter Berücksichtigung der Protokollierung insoweit zumindest als unklar eingestuft werden. Auf ein Angebot, bei welchem sich ein (angeblich) ausschreibungskonformer Inhalt erst aus nachträglichen Erklärungen des Bieters ergebe, dürfe schon wegen der damit gegebenen Manipulationsgefahr ein Zuschlag nicht erteilt werden.

37

Ferner habe sich bestätigt, dass die Beigeladene auch mangels ausreichender Referenzleistungen schon nicht hätte zur Angebotsabgabe aufgefordert werden dürfen. Es ergebe sich aus dem Vortrag der Antragsgegner und der Beigeladenen eindeutig, dass derzeit keinerlei Fahrradverleihsysteme der Beigeladenen mit den Fahrrädern der sog. „vierten Generation“ betrieben würden. Aus den Ausführungen der Beigeladenen gehe außerdem eindeutig hervor, dass sich durch die Einführung der „vierten Generation“ sowohl deutlich andere Spezifikation der Fahrradflotte an sich, als auch des Hintergrundsystems und der betriebenen App ergeben. Die Beigeladene könne mithin keinerlei geeignete Referenzen i. S. d. § 46 VgV vorgelegt haben.

38

Im Übrigen sei die von den Antragsgegnern durchgeführte Preisprüfung nach § 60 VgV beurteilungsfehlerhaft erfolgt. Soweit auf Grundlage der beschränkten Akteneinsicht erkennbar gewesen sei, hätten die Antragsgegner offenkundig relevante Aspekte außer Acht gelassen und den Beurteilungsmaßstab falsch angewendet.

39

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 17.12.2024 trugen die Antragsgegner vor, dass sie die Auffassung der Vergabekammer, wonach der Nachprüfungsantrag jedenfalls hinsichtlich der Qualitätsbewertung der Angebote unzulässig sei, teilen würden. Die Antragstellerin trage keine Tatsachen vor, die eine

vergaberechtswidrige Wertung ihres Angebots oder des Angebots der Beigeladenen möglich erscheinen lassen würden.

40

Zudem teilten die Antragsgegner die Ansicht der Vergabekammer, dass die Beigeladene ausschließlich Fahrräder der vierten Generation angeboten habe. Soweit die Antragsgegner dies während der Angebotsphase falsch verstanden hätten, sei dieser subjektive Fehler irrelevant. Es komme nicht auf das subjektive Verständnis an, sondern auf die Auslegung, die sich gemäß §§ 133, 157 BGB aus objektiver Empfängerperspektive ergebe. Unter Berücksichtigung der aus den neuen Informationen (Rückfrage und Erläuterung der Vergabekammer sowie die diesbezüglichen Verweise der Beigeladenen) gewonnenen Erkenntnissen, sei nunmehr auch für die Antragsgegner völlig eindeutig, dass das Angebot der Beigeladenen sich als ausschließlich auf Fahrräder der vierten Generation beziehend auszulegen gewesen sei. Selbst wenn es an der Auslegung des Angebots der Beigeladenen noch verbleibende Zweifel gegeben hätte, hätte dies nicht zum Ausschluss führen dürfen. Vielmehr sei in solchen Fällen zwingend eine Aufklärung des Angebots durchzuführen.

41

Die Fahrräder der vierten Generation würden unstreitig alle Anforderungen der Vergabeunterlagen erfüllen. Spätestens nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung sei aber auch klar, dass auch die Fahrräder der dritten Generation alle Anforderungen an die Vergabeunterlagen einhalten würden. Auch verfüge die Beigeladene über hinreichende Referenzen. Ferner sei auch die von den Antragsgegnern durchgeführte Preisprüfung nicht zu beanstanden. Die von der Beigeladenen dargelegten Preise würden sich auf die von ihr angebotenen Fahrräder der vierten Generation beziehen und selbst wenn sich Mehrkosten aus der Umstellung des Systems auf die vierte Generation ergeben könnten, sei nicht anzunehmen, dass diese vollständig vom hier ausgeschriebenen System erwirtschaftet werden müssten. Die Systemumstellung beziehe sich auf das Gesamtsystem, so dass auch die Kosten auf alle Systeme umgelegt werden müssten. Auch sei nicht zu erwarten, dass eine Anpassung der Software zu so erheblichen Mehrkosten führen würde, dass hierdurch die ordnungsgemäße Leistungserbringung durch die Beigeladene in Zweifel zu ziehen wäre.

42

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 17.12.2024 trug die Beigeladene vor, dass sich das von der Beigeladenen abgegebene Angebot ausdrücklich und ausschließlich auf die Fahrräder der sogenannten vierten Generation bezogen habe, wie es sich auch konkret aus der Verfahrensdokumentation und insbesondere aus dem von der Beigeladenen eingereichten indikativen Angebot vom 30.05.2024 sowie der im Rahmen der Preisaufklärung eingereichten Aufklärung der Auskömmlichkeit der Beigeladenen vom 23.08.2024 ergebe. Lediglich im Rahmen des Bietergesprächs vom 19.06.2024 seien die Fahrräder der dritten Generation von der Beigeladenen erst- und einmalig thematisiert worden. Darüber hinaus hätten die Fahrräder der dritten Generation noch Erwähnung in einer Frage der Beigeladenen zu der im hier maßgeblichen Vertragsentwurf vorgesehenen Vertragsstrafe gefunden. Hintergrund dieser Ausführungen der Beigeladenen sei der kurze zeitliche Abstand zwischen der geplanten Zuschlagserteilung im September 2024 und der Betriebsaufnahme in ... und ... am 31.12.2024 gewesen. Bei Einhaltung der von der Antragsgegnerin geplanten Zeitschiene hätte die Beigeladene ungefähr vier Monate Zeit gehabt, um die Fahrräder der vierten Generation von ihren Lieferanten endgültig zu bestellen und in ... und den Gemeinden ... physisch bereit zu stellen. Wäre es allerdings zu etwaigen (aus Sicht der Beigeladenen und den Antragsgegnern nicht vorhersehbaren) Verzögerungen bei der Zuschlagserteilung gekommen, während die Betriebsaufnahme in ... und ... sich mit Blick auf die Anforderungen der Fördermittelgeber nicht entsprechend verschoben hätte, hätte die Beigeladene möglicherweise einen kurzen Zeitraum ab dem 31.12.2024 gegebenenfalls mit Fahrrädern der dritten Generation überbrücken können. Eine derartige Verzögerung sei zwischenzeitlich nicht eingetreten. Da die Beigeladene von einem entsprechenden Szenario allerdings auch nicht ausgehen musste, sondern davon ausgehen konnte, dass der zeitliche Abstand zwischen Zuschlagserteilung und Betriebsaufnahme eingehalten werde, bezog sich ihr Angebot ausschließlich auf Fahrräder der vierten Generation. Dass die Fahrräder der vierten Generation den Anforderungen der Leistungsbeschreibung vollumfänglich entsprechen, sei durch die Vergabeakten und die Angebotsunterlagen eindeutig belegt. Auch die Referenzkriterien erfülle die Beigeladene vollständig.

43

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, das Protokoll der mündlichen Verhandlung, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

44

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

45

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

46

1.1. Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

47

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i. V. m. §§ 1 und 2 BayNpV.

48

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag i. S. d. § 103 Abs. 4 GWB. Die Antragsgegner sind öffentliche Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert.

49

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 – 109 GWB liegt nicht vor.

50

1.2. Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

51

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB insbesondere durch die geplante Zuschlagserteilung an die Beigeladene geltend gemacht, obwohl das Angebot der Beigeladenen nach Ansicht der Antragstellerin von den Vergabeunterlagen abweiche und ungewöhnlich niedrig sei und daher hätte ausgeschlossen werden müssen.

52

1.3. Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch hinsichtlich der erhobenen Rügen bezüglich der Erfüllung der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses durch die Beigeladene sowie des ungewöhnlich niedrigen Angebots der Beigeladenen keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entgegen.

53

Nach der Rechtsprechung ist an Rügen ein großzügiger Maßstab anzulegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – Verg 58/10; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07; OLG Dresden, Beschluss vom 06.02.2002 – WVerG 4/02). Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – Verg 58/10; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 09.07.2010 – 11 Verg 5/10; OLG Dresden, Beschluss vom 06.06.2002 – WVerG 4/02). Der Antragsteller muss aber zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (siehe OLG München, Beschluss vom 11.06.2007 – Verg 6/07). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergaberechtsverstößen reichen nicht aus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – Verg 58/10; OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.05.2012 – Verg W 5/12; OLG München, Beschluss vom 07.08.2007 – Verg 8/07). Da die Rüge einerseits den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß

zeitnah zu korrigieren und andererseits Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren ist, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller – um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen – bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstosses ausgeht. Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge beziehungsweise des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstantiierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten. Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2011 – Verg 58/10; OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.11.2012 – Verg W 10/12).

54

1.3.1. Vor dem Hintergrund der vielfältigen Recherchen und der damit einhergehenden umfänglichen Argumentation der Antragstellerin lassen sich die erhobenen Rügen hinsichtlich der Erfüllung der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses durch die Beigeladene sowie des ungewöhnlich niedrigen Angebots der Beigeladenen nicht von vorneherein als zu pauschale oder unzulässige Behauptung „ins Blaue“ qualifizieren.

55

Die Darlegungen der Antragstellerin ergeben insbesondere, dass sie davon ausgegangen ist, die Beigeladene habe auf der Grundlage ihrer bisherigen Geschäftspraxis angeboten, worüber es auch teilweise im Internet allgemein verfügbare Informationen auf der Homepage der Beigeladenen gibt. Die Antragstellerin hat in ihrem Rügeschreiben detailliert ausgeführt, dass diese (aktuelle) Geschäftspraxis der Beigeladenen und insbesondere die eingesetzten Mieträder mit dem Schließmechanismus nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprächen. Der Umstand, dass die Antragstellerin mit Blick auf die bisherige Geschäftspraxis der Beigeladenen meint, das eingereichte Angebot könne die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllen, obwohl die Antragstellerin das Angebot der Beigeladenen nicht kennen kann, ist nach den Ausführungen der Antragstellerin durchaus hinreichend konkret und substantiiert dargelegt und keine „Rüge ins Blaue“ hinein. Es ist nicht spekulativ, dass ein fachkundiger Bieter wie die Antragstellerin die aktuelle Geschäftspraxis der Konkurrenz, zu der etliche Informationen zudem allgemein online verfügbar sind, kennt und davon ausgeht, dass sie zur Grundlage des jeweils konkurrierenden Angebotes gemacht worden ist. Eine entsprechende Annahme erscheint bei Zugrundelegung einer auf wirtschaftlicher Effizienz beruhenden kaufmännischen Perspektive der bietenden Unternehmen nicht ausgeschlossen (vgl. VK Bund, Beschluss vom 22.12.2021 – VK 2-125/21).

56

Auch die Rüge der Antragstellerin zu dem von ihr vermuteten ungewöhnlich niedrigen Angebot der Beigeladene ist nicht mangels Substantiierung unbeachtlich. Die Angebotssumme der Beigeladenen entzog sich hier jeglicher Erkenntnismöglichkeit der Antragstellerin. Die Angebotspreise werden in Verfahren nach der VgV den konkurrierenden Bietern nicht bekanntgegeben und die Antragstellerin hatte auch keine sonstigen Erkenntnismöglichkeiten. Im Mitteilungsschreiben nach § 134 GWB hatten die Antragsgegner zum Preisabstand zwischen den Angeboten aufgeführt, dass das Angebot der Antragstellerin „eine spürbar geringere Anzahl Wertungspunkte Angebotspreis als das Angebot des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters“ erhalten habe. Daraus durfte die Antragstellerin zulässigerweise schlussfolgern, dass es sich um einen nicht unerheblichen Abstand handelt, so dass eine Angebotsaufklärung hinsichtlich eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises durchaus geboten sein könnte. Dazu hat die Antragstellerin diverse Details aufgezählt, auf Grund dessen sie als Bestandsauftragnehmerin Kalkulationsvorteile habe, die ein Bieter, welcher nicht bereits über diese Einrichtungen verfügt, mit höheren Kosten in Ansatz bringen müsse.

57

Die Prüfung der Stichhaltigkeit der geltend gemachten Einwände sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht bleibt der Begründetheitsprüfung vorbehalten.

58

1.3.2. Die Rüge hinsichtlich der fehlerhaften Bewertung der Soll-Kriterien bei der Beigeladenen ist dagegen unsubstantiiert und damit unzulässig.

59

Bei 27 von 35 Soll-Kriterien, welche bei der Qualitätsbewertung gewertet werden, erfolgt die Bewertung lediglich dahingehend, ob das Kriterium erfüllt wird. Eine Binnendifferenzierung, ob manche Bieter das Kriterium besser erfüllen als andere wird in diesen Punkten explizit nicht vorgenommen. Nur bei sieben Kriterien, welche die Nachhaltigkeit der eingesetzten Service-Fahrzeuge betreffen, die Reaktionszeit des Kundendienstes, die Verfügbarkeit der App in zusätzlichen Sprachen oder Bezahlungsmöglichkeiten über vorgegebene Dienstleister sowie zum Leergewicht und den Gängen der angebotenen Mieträder erfolgt überhaupt eine Binnendifferenzierung. Bei der Verfügbarkeit der App in zusätzlichen Sprachen sowie den Bezahlungsmöglichkeiten gibt es ein festes Punkteschema, so dass jeder Bieter hier auch die Maximalpunktzahl erreichen kann. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass die Bewertung der Beigeladenen beurteilungsfehlerhaft sei, da sie derzeit das System betreibe und der Ausleih- und Rückgabeprozess sowie die Einbindung der App der Beigeladenen von geringerer Qualität sei, als ihre Leistung, fehlt es diesbezüglich an einer substantiierten Rüge, da hinsichtlich des Ausleih- und Rückgabeprozess bereits kein Vergleich unter den Lösungen der Bieter bei der Qualitätsbewertung angestellt wird. Es wird lediglich bewertet, ob die fest vorgegebenen Kriterien durch die Bieter erfüllt werden oder nicht. Auf ein „mehr“ an Leistung oder höhere Qualität bei einzelnen Bietern kommt es dagegen nicht an. Die Antragstellerin hätte hier nicht vortragen müssen, dass ihre Lösung qualitativ hochwertiger ist als die der Beigeladenen, sondern substantiiert vortragen müssen, welche der bewerteten Qualitätsanforderungen die Beigeladene nicht erfüllt. Dies ist nicht erfolgt.

60

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

61

2.1. Die Antragsgegner haben es versäumt, das Angebot der Beigeladenen dahingehend aufzuklären, welche der technisch signifikant unterschiedlichen Generationen an Mieträdern von der Beigeladenen angeboten worden sind. Es ist auch nach der mündlichen Verhandlung und den nachgelassenen Schriftsätzen unklar, ob lediglich Mieträder der vierten Generation von der Beigeladenen angeboten wurden oder ob und inwieweit das Angebot der Beigeladenen auch Mieträder der dritten Generation umfasste.

62

2.1.1. In ihrem indikativen Angebot erläuterte die Beigeladene in der Anlage B05 „Themenvorschläge Verhandlungsgespräche“ auf Seite 12, dass sie für „das ... -System [...] die neuste, vierte Generation unserer mechanischen Mieträder sowie Pedelecs nutzen“ wird. Als Anhang 10 (Seite 58 ff.) fügte die Beigeladene der Anlage B05 Zeichnungen des ... Mietrats ... 4 (mechanisches Mietrad) sowie des ... Mietrads ... 4 (Pedelec) jeweils mit der Auflistung der technischen Spezifikationen sowie einer umfassenden textlichen Beschreibung der Mieträder einschließlich der wichtigsten Komponenten und Funktionen bei.

63

Das indikative Angebot der Beigeladenen war damit eindeutig nur auf Mieträder der vierten Generation gerichtet.

64

2.1.2. Im Verhandlungsgespräch vom 19.06.2024 brachte die Beigeladene bezüglich des Kapitel 9 des Leistungsverzeichnisses zu den Vertragsstrafen einen Verhandlungspunkt ein. Der von der Beigeladenen in ihrer Anlage B05 „Themenvorschläge Verhandlungsgespräche“ hierzu aufgeführte Vorschlag beinhaltete eine Abkehr von einer pauschalen Vertragsstrafe in Höhe von 0,1% der Gesamtvergütung, die der jeweilige Auftraggeber über die gesamte Vertragslaufzeit zu entrichten hat, pro Kalendertag. Stattdessen schlug die Beigeladene eine Vertragsstrafe für eine verzögerte Bereitstellung pro Mietrad vor, welche sich an der Höhe der Förderung für das verzögert bereitgestellte Mietrad orientierte.

65

Das von den Antragsgegnern angefertigte Protokoll (Fragen und Verhandlungsbedarf des Bieters Nr. 4) gibt dazu wieder:

Hinweis Bieter: Vorschlag Änderung allgemeine Vertragsstrafe zu gezielter, so dass Strafe abhängig von einzelnen nicht zur Verfügung stehenden Rädern (monatliche Betrachtung); aktuell Anreiz zu ungleicher Auslieferung in Kommunen/... Es wird mit keiner Verzögerung bei der Bereitstellung der Fahrräder gerechnet (Räder sind reserviert. Keine Unterscheidung zwischen eBike und normale Räder; aktuell

Generation drei bei beiden und ab nächstem Jahr dann die neuste Generation Antwort Auftraggeber: Für den Auftraggeber rechtzeitige Bereitstellung aufgrund von Fördermitteln sehr wichtig)

66

Im selben Verhandlungsgespräch stellten die Antragsgegner eine Frage hinsichtlich des Zeitplans. Das von den Antragsgegnern angefertigte Protokoll (Fragen und Verhandlungsbedarf der AG Nr. 11) gibt dazu wieder:

Frage Auftraggeber: Bis wann ist eine Lieferung der Eigentums-Mieträder möglich? Unterschied zw. Pedelecs und mech. Rädern? Gestaffelt oder eine große Lieferung? Teilabnahmen? [...] Antwort Bieter: Kein Unterschied in Lieferfristen für den Start in 2024 – Förderprojekträder sind vorgehalten. 3. Generation Pedelec und normales Rad. Nächstes Jahr dann neue Generation zu beiden.

67

Es ist im der Vergabekammer vorliegenden Protokoll der Antragsgegner nicht festgehalten, ob und wie sich die Beigeladene zu der Frage geäußert hat, bis wann eine Lieferung der Eigentumsmieträder möglich ist. Zudem ist aus der notierten Antwort nicht ersichtlich, in welchem Zusammenhang genau über die dritte Generation und die „neue Generation“ der Mieträder gesprochen wurde.

68

Das Protokoll der Antragsgegner war der Beigeladenen bis zu ihrer Akteneinsicht nicht bekannt. Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 17.12.2024 führte sie auf Seite 2 aus, dass es bei diesem Punkt allein um das Risiko etwaiger Verzögerungen bei der Zuschlagserteilung durch die Antragsgegner und der daraus möglicherweise resultierenden Stauchung der Zeitabläufe insbesondere zwischen Vertragsschluss und Betriebsaufnahme gegangen sei. Um diese abzufangen, hätte die Beigeladene auf entsprechende Nachfrage der betreffenden Antragsgegnerinnen im Bietergespräch vom 19.06.2024 mitgeteilt, dass die Beigeladene zum Zwecke der Sicherung der Fördergelder notfalls (!) für einen kurzen Überbrückungszeitraum bis zur flächendeckenden Bereitstellung der Fahrräder der vierten Generation Anfang des Jahres 2025 auch eine begrenzte Anzahl von im Hinblick auf die Leistungsbeschreibung in jeder Hinsicht gleichwertigen Fahrrädern der dritten Generation vorhalten könnte, sollten zwischen Vertragsschluss und Betriebsaufnahme in den Gemeinden ... und ... weniger Zeit als ursprünglich vorgesehen zur Verfügung stehen. Auf Seite 4 und 5 des Schriftsatzes vom 17.12.2024 erläuterte die Beigeladene, dass der Hintergrund dieser Ausführungen der Beigeladenen der kurze zeitliche Abstand zwischen der geplanten Zuschlagserteilung im September 2024 und der Betriebsaufnahme in ... und ... am 31.12.2024 gewesen sei. Bei Einhaltung der von der Antragsgegnerin geplanten Zeitschiene (Zuschlag an die Beigeladene etwa Anfang September 2024 und Betriebsaufnahme in ... und ... am 31.12.2024) hätte die Beigeladene ungefähr vier Monate Zeit gehabt, um die Fahrräder der vierten Generation von ihren Lieferanten endgültig zu bestellen und in ... und ... physisch bereit zu stellen. Dieser Zeitraum hätte unproblematisch ausgereicht, wie sich auch aus der Dokumentation des Bietergesprächs am 19.06.2024 ergäbe. Bei der Dokumentation zu Fragen und Verhandlungsbedarf des Bieters Nr. 4 sei dort vermerkt, dass mit keiner Verzögerung bei der Bereitstellung der Fahrräder gerechnet werde.

69

Aus dem Verhandlungsverfahren und den Erläuterungen der Beigeladenen im Rahmen der mündlichen Verhandlung sowie aus deren Schriftsatz vom 17.12.2024 ergibt sich damit zur Überzeugung der Vergabekammer, dass über einen möglichen übergangsweisen Einsatz der Fahrräder der dritten Generation gesprochen wurde. Die Ausführungen der Beigeladenen, dass dies nur für den Fall besprochen wurde, dass sich die geplante Zuschlagserteilung und der in den Vergabeunterlagen aufgeführte Zeitplan so erheblich verzögere, so dass nicht mehr alle Fahrräder der neuen Generation rechtzeitig bestellt und zum Projektstart bis spätestens 31.12.2024 geliefert werden könnten, erscheinen der Vergabekammer zwar plausibel. Mangels ausführlicherer Dokumentation der Verhandlungsgespräche oder einer Genehmigung des Protokolls durch die Beigeladene kann jedoch der genaue Inhalt der Verhandlungsgespräche zu diesem Punkt nicht mehr rekonstruiert werden, so dass letztlich unklar bleibt, wie die Antragsgegner und die Beteiligten sich tatsächlich zu diesem Punkt eingelassen haben.

70

2.1.3. Die Beigeladene hat mit ihrem finalen Angebot Fotos von Mieträdern der dritten Generation und Renderings von Mieträdern der vierten Generation eingereicht.

71

In den Bieterinformation Nr. 13, welche den Unterlagen zur Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots beilagen, war unter Ziffer 10. „Zur Anlage B05“ geregelt: „Mit dem Angebot ist ein Bild der eingesetzten Mieträder von allen Seiten ohne Branding vor neutralem Hintergrund einzureichen. Hierfür ist kein Vordruck vorhanden.“ Nach den Erläuterungen der Bieterinformation Nr. 13 könnte damit das Angebot der Beigeladenen durchaus so zu verstehen sein, dass die Beigeladene je zwei technisch stark unterschiedliche Generationen an mechanischen Mieträdern und Pedelecs anbietet.

72

Die Antragsgegner haben versäumt, das Angebot der Beigeladenen dahingehend aufzuklären, welche Bedeutung die Bilder der Mieträder von zwei unterschiedlichen Generationen für das Angebot haben. Gerade vor dem Hintergrund des Verhandlungsgespräches vom 19.06.2024 mit der Beigeladenen, in welchem zumindest auch über eine mögliche Lieferung von Fahrrädern der dritten Generation gesprochen wurde, erscheint es der Vergabekammer nicht von vornherein von der Hand zu weisen, dass die Beigeladene tatsächlich auch beide Generationen an Mieträdern anbieten wollte.

73

Es ist damit unklar, welche der technisch stark unterschiedlichen Generationen an Mieträdern von der Beigeladenen angeboten worden ist oder ob gar beide Generationen nebeneinander betrieben werden sollen. § 23 Abs. 3 des Betreibervertrags stellt jedoch klar, dass für die Eigentumsmieträder und Auftragnehmermieträder mechanische Fahrräder und Pedelecs gleicher Bauart und Ausstattung zu verwenden sind, so dass eine unterschiedliche Ausstattung der Auftraggeber mit Mieträdern von zwei unterschiedlichen Generationen nicht zulässig wäre. Die Antragsgegner hätten auf Grund der eingereichten Bilder technisch unterschiedlicher Generationen an Fahrrädern bei der Beigeladenen den Hintergrund dieser Diskrepanz aufklären und feststellen müssen, was nun Angebotsinhalt der Beigeladenen ist.

74

Diese notwendige Aufklärung ist auch nicht durch die von den Antragsgegnern bei der Beigeladenen durchgeführte Preisaufklärung obsolet geworden, denn die Beigeladene hat in der Preisaufklärung ausschließlich die von ihr angebotenen Preise erläutert und nicht dazu ausgeführt, wie es dazu kam, dass sie mit dem Angebot Bilder von zwei technisch unterschiedlichen Generationen an Mietfahrrädern eingereicht hat.

75

2.1.4. In der Angebotsaufklärung hat die Beigeladene ihre Preise aus dem mit dem Angebot eingereichten Preisblatt erläutert und zu jedem Preis explizit geschrieben, dass dieser sich auf ein Fahrrad der vierten Generation beziehe.

76

Auf Seite 4 der Preisaufklärung schreibt die Beigeladene, dass für „den Bereitstellungspreis für mechanische Räder“ [...] der Preis des mechanischen Fahrrads berücksichtigt [wird], der für unser Fahrrad der vierten Generation ... EUR beträgt, einschließlich aller Ausrüstungsgegenstände wie dem intelligenten Schloss und zusätzlichen Trackern.“ Auf Seite 5 erklärt sie das selbe für die Pedelecs: „Für den „Bereitstellungspreis für Pedelecs“ wird der Preis des Pedelecs berücksichtigt, der für unser Fahrrad der vierten Generation einschließlich aller Ausrüstungen wie Batterie, Smart Lock und zusätzlicher Tracker ... EUR beträgt.“ Die hier genannten Preise entsprechen den Preisen aus dem eingereichten Preisblatt.

77

Auch hinsichtlich der Kaufpreise der Mieträder bezieht sich die Beigeladene in der Preisaufklärung ausschließlich auf die vierte Generation ihrer Fahrräder. Auf Seite 5 führt sie für die mechanischen Räder aus, dass der „Kaufpreis der mechanischen Fahrräder [...] auf unserem internen Design der neuesten Fahrrad-Generation [basiert]. Wir nutzen dabei unser Wissen über vorherige Fahrrad-Generationen und stattdessen das Fahrrad mit dem neuesten ...-Schloss und ... aus. Der Gesamtpreis aller Materialien, der Montage und des Versands beträgt ... EUR.“ Zum Kaufpreis für die Pedelecs erläutert die Beigeladene, dass der „Kaufpreis der Pedelecs [...] auf unserem internen Design der neuesten Fahrrad-Generation [basiert], wobei wir unser Wissen über vorherige Fahrrad-Generationen nutzen und das neueste ...-Schloss in das Pedelec einbauen. Der Gesamtkaufpreis für alle Materialien, Montage und Versand beträgt ... EUR, inkl. Entwicklungskosten und Qualitätssicherung.“ Auch bei den Kaufpreisen der Eigentumsräder entsprechen die dort genannten Preise den im Preisblatt des Angebots genannten Preise.

78

Es wurden in der gesamten Preisaufklärung keinerlei Angaben zu Preisen für Fahrräder der dritten Generation gemacht oder Erläuterungen über einen Austausch von Fahrrädern und ggf. hierfür anfallende Kosten gemacht. Die mit dem Angebot abgegebenen Preise der Beigeladenen und deren Erläuterung in der durchgeführten Preisaufklärung sprechen damit eher dafür, dass ausschließlich Mieträder der vierten Generation von der Beigeladenen ihrem Angebot zugrunde gelegt wurden. Insbesondere wurde in der Preisaufklärung der Preis auch mit der vorhandenen Ausstattung der Mieträder erläutert, welche bei der vierten Generation umfassender ist als bei der dritten Generation bzw. die dritte Generation an Mieträdern über diese aufgeführten Ausstattungsmerkmale wie die besonderen, neuen Schlösser gar nicht verfügt.

79

2.1.5. Im Nachprüfungsverfahren teilte die Beigeladene mit Schriftsatz vom 22.10.2024 auf Seite 2 mit, dass „die von der Beigeladenen vorliegend angebotenen Fahrräder der „dritten Generation“ nachweislich vollständig im Einklang mit straßenverkehrsrechtlichen Voraussetzungen [stehen]“. Die Beigeladene erwähnt im darauffolgenden Absatz des Schriftsatzes, dass sie derzeit im Begriff ist, ihre Fahrradflotte vollständig durch Fahrräder der sogenannten „vierten Generation“ zu ersetzen. Dabei erklärt sie in dem Schriftsatz jedoch an keiner Stelle, dass diese „vierte Generation“ von ihr bereits (ausschließlich) im Angebot zugrunde gelegt wurde. Vielmehr trägt die Beigeladene auf Seite 5 ihres Schriftsatzes vor, dass „auf dem von der Antragstellerin vorgelegten Foto, in der das Vorderlicht durch einen untypisch platzierten Rucksack verdeckt wird. Dieser Umstand stellt die Übereinstimmung der von der Beigeladenen angebotenen Fahrräder mit den Regeln der StVZO indes nicht infrage.“ Auf dem von der Antragstellerin vorgelegten Foto ist ein Fahrrad der „dritten Generation“ abgebildet. Die mechanischen Räder der vierten Generation haben zudem nach den vorgelegten Konzeptzeichnungen eine andere Anordnung von Licht und Fahrradkorb, so dass das von der Antragstellerin kreierte Szenario damit nicht mehr vorkommen dürfte. Auf Seite 6 wiederholt die Beigeladene dann noch einmal, dass „die entsprechende Behauptung der Antragstellerin mit Blick auf die von der Beigeladenen angebotenen Fahrräder der „dritten Generation“ jeglicher tragfähigen Grundlage [entbehre]“. Die Beigeladene selbst hat damit in ihrem Schriftsatz vom 22.10.2024 mehrfach die Fahrräder der „dritten Generation“ als die „angebotenen Fahrräder“ bezeichnet.

80

Die Antragsgegner führten in ihrem Schriftsatz vom 05.12.2024 auf Seite 3 aus, dass selbstverständlich ein auch den Anforderungen entsprechendes Fahrrad gegen ein noch besseres Fahrrad ausgetauscht werden könne. Auf die schriftliche Nachfrage der Vergabekammer vom 06.12.2024 erklärten die Antragsgegner mit Schriftsatz vom 09.12.2024, dass sie für eine bestimmte Konstellation, nämlich im Fall von Lieferverzögerungen der Eigentumsfahrräder, das subjektive Verständnis dahingehend hatten, dass übergangsweise (auch) Fahrräder der dritten Generation zum Einsatz kommen hätten können.

81

Erst auf die schriftliche Anfrage der Vergabekammer vom 06.12.2024 erklärte die Beigeladene mit Schriftsatz vom 06.12.2024 auf Seite 2 ausdrücklich, dass das Angebot der Beigeladenen im Rahmen des vorliegenden Vergabeverfahrens sich ausschließlich auf Fahrräder der vierten Generation bezieht.

82

2.1.6. Auf Grund der unterschiedlichen Aussagen der Beigeladenen zum Inhalt ihres Angebots in den verschiedenen Stadien des Vergabe- und des Nachprüfungsverfahrens, ist derzeit nicht eindeutig zu bestimmen, welchen Inhalt das Angebot der Beigeladenen hinsichtlich der Frage hat, welche Generation an Mieträdern sie zur Leistungsbewirkung einsetzen wird und ob ein Wechsel der Generationen stattfinden sollte. Gerade vor dem Hintergrund, dass im Verhandlungsgespräch vom 19.06.2024 die Möglichkeit eines zumindest übergangsweisen Einsatzes der Mieträder der „dritten Generation“ besprochen wurde, spricht mit der Einreichung von Bildern der Mieträder sowohl der „dritten Generation“ als auch der „vierten Generation“ mit dem Angebot, durchaus einiges dafür, dass die Beigeladene beide Generationen an Mieträdern auch angeboten hat. Denn nach der Ausführung unter Ziffer 10 in der Bieterinformation Nr. 13 war geregelt, dass mit dem Angebot ein Bild der eingesetzten Mieträder einzureichen ist. Diesbezüglich fehlt es jedoch an einer dokumentierten Auseinandersetzung der Antragsgegner mit der Einreichung beider Bilder. Da es jedoch nach § 23 Abs. 3 des Betreibervertrags unzulässig ist, unterschiedliche Bauarten und Ausstattungen für die Eigentumsmieträder und die Auftragnehmermieträder zu verwenden, wäre auch aufzuklären gewesen, wie die Beigeladene mit der Einreichung von Bildern zweier unterschiedlicher Fahrradgenerationen, mit erheblich unterschiedlichen Ausstattungen und auch unterschiedlicher Bauart die

Leistung vertragskonform durchzuführen gedenke. Dies gilt umso mehr, als dass die Beigeladene mit ihrer Antwort auf die Preisaufklärung ausdrücklich erklärt hat, dass sich die angebotenen Preise alle auf die Mieträder der „vierten Generation“ beziehen. Von den Mieträdern der „dritten Generation“ oder gar einem Austausch während der Vertragslaufzeit ist in der Angebotsaufklärung nirgends die Rede, obwohl hierzu Ausführungen zu erwarten gewesen wären, wenn ein späterer Austausch Angebotsbestandteil gewesen wäre.

83

Die Antragsgegner müssen daher das Angebot der Beigeladenen aufklären und den eigentlichen Angebotsinhalt bestimmen.

84

2.2. Auf Grund der bestehenden Unklarheiten, welche Generationen an Mieträdern von der Beigeladenen angeboten wurden, kann die Vergabekammer derzeit nicht ersehen, ob das Angebot der Beigeladenen den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entspricht.

85

Der öffentliche Auftraggeber darf zwar grundsätzlich ohne Widerspruch zu § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen wird (BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 15/23; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 07.09. 2022 – 15 Verg 8/22; BayObLG, Beschluss vom 03.06. 2022 – Verg 7/22; Beschluss vom 09.11.2021 – Verg 5/21; Beschluss vom 09.04.2021 – Verg 3/21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19).

86

Bei einem spezialisierten Unternehmen wie der Beigeladenen dürfen die öffentlichen Auftraggeber auf Grund des mit dem Angebot abgegebenen Leistungsversprechens auch zunächst darauf vertrauen, dass die Beigeladene den Auftrag nach den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ausführt. Selbst wenn die bisherige Geschäftspraxis der Beigeladenen, auf welche die Antragstellerin ihren Vortrag stützt, ggf. bestimmte Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt, so wäre doch eine individuelle Anpassung an die Vorgaben des konkreten Auftrags durch ein spezialisiertes Unternehmen möglich. Dies gilt umso mehr, als dass es sich bei der ausgeschriebenen Leistung um ein Bikesharing-System im Rahmen des öffentlichen Nahverkehrs handelt und es dabei üblich ist, dass die jeweiligen öffentlichen Auftraggeber sehr individuelle Vorstellungen und Ansprüche an ein solches System haben. Es ist bei dieser Sachlage nicht davon auszugehen und kann nicht als naheliegend unterstellt werden, dass ein Bieter den Auftraggeber täuschen will, indem er einen geheimen Vorbehalt dahin hat, nach Erhalt des Auftrags nicht vertragskonform liefern zu wollen. Denn, wie bereits ausgeführt, ist die Anpassung an konkrete, von der bisherigen Geschäftspraxis des jeweiligen Bieters abweichende Vorgaben in der Leistungsbeschreibung einem spezialisierten Unternehmen durchaus möglich. Gerade in einem Markt, in welchem solche individuellen Anpassungen die Regel sind, wie dies bei Bikesharing-Systemen für öffentliche Auftraggeber der Fall ist, darf vielmehr davon ausgegangen werden, dass die Bieter bereit sind, ihre Leistungen individuell auf die Vorgaben des jeweiligen Auftraggebers zuzuschneiden, auch wenn dies Anpassungen in der bisherigen Geschäftspraxis des Bieters voraussetzt, die er noch in keinem anderen Auftrag so erbringt oder erbracht hat.

87

Erst wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Bereitschaft oder die Möglichkeit des Bieters, die Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erfüllen, zweifelhaft ist, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, durch Einholung ergänzender Informationen die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens bzw. die hinreichende Leistungsfähigkeit des Bieters zu prüfen (BayObLG, Beschluss vom 29.05.2024 – Verg 15/23; OLG Schleswig, Beschluss vom 6.07.2022 – 54 Verg 4/22; BayObLG, Beschluss vom 09.11.2021 – Verg 5/21; OLG Naumburg, Beschluss vom 01.03.2021 – 7 Verg 1/21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.01.2020 – Verg 20/19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2018 – Verg 23/18).

88

Die Antragsgegner sind nach der Überzeugung der Vergabekammer davon ausgegangen, dass die Beigeladene zumindest übergangsweise auch Fahrräder der dritten Generation angeboten haben. Allerdings haben die Antragsgegner diese Annahme weder bei der von ihnen durchgeführten Preisprüfung berücksichtigt noch haben sie eine umfassende Aufklärung dahingehend durchgeführt und dokumentiert, dass auch die Fahrräder der dritten Generation der Beigeladenen tatsächlich allen Vorgaben des

Leistungsverzeichnisses entsprechen. Dies hätten sie nach den Hinweisen der Antragstellerin in der Rüge vom 06.09.2024 jedoch tun müssen, wenn das Angebot der Beigeladenen nach der Auffassung der Antragsgegner nicht nur ein völlig neues System mit den entsprechenden Anpassungen sowie eine neue Generation an Fahrrädern beinhaltet, sondern auch – zumindest übergangsweise – die bisherigen Mieträder eingesetzt würden. Zu diesen hat die Antragstellerin hinreichend detailliert vorgetragen, warum diese den Vorgaben der Leistungsbeschreibung nicht entsprechen, so dass die Antragsgegner dies hätten überprüfen müssen. Auch nach den Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung, die in Bezug auf Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen nur oberflächlich durchgeführt werden konnten, steht es derzeit nicht zur Überzeugung der Vergabekammer fest, ob die Mieträder der „dritten Generation“ der Beigeladenen die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfüllen. Dies gilt insbesondere für die Muss-Kriterien 5.1 M21, 5.1 M22, 5.1 M24, 5.1 M25, 5.1 M26, 5.1 M27 und 6.2.3 M4.

89

2.3. Die noch ungeklärte Frage, welche Generationen an Mieträdern das Angebot der Beigeladenen beinhaltet, hat auch Auswirkungen auf die durchzuführende Preisprüfung.

90

Denn da die die Antragsgegner davon ausgegangen sind, dass unter bestimmten Umständen auch Mieträder der dritten Generation angeboten wurden, hätte sich dies in ihren Abwägungen wiederfinden müssen.

91

Sobald die Antragsgegner daher aufgeklärt haben, welche Generationen an Mieträdern vom Angebot der Beigeladenen umfasst waren, ist eine erneute Preisprüfung, gegebenenfalls mit der Anforderung detaillierterer Preiskomponenten und einer neuen Bewertung notwendig.

92

2.4. Es ist nicht ersichtlich, dass die Antragsgegner die Eignung der Beigeladenen zu Unrecht angenommen hat. Die von der Antragstellerin hierzu vorgetragenen Bedenken hinsichtlich der Vergleichbarkeit der eingereichten Referenzen sowie der Erfüllung des Mindestkriteriums der Ortbarkeit in den Referenzprojekten, greifen nicht.

93

2.4.1. Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass derzeit keinerlei Fahrradverleihsysteme der Beigeladenen mit den Fahrrädern der „4. Generation“ betrieben werden und daher auch keine vergleichbaren Referenzen vorgelegt werden könnten, ist dem nicht zu folgen.

94

Es ist zutreffend, dass die Beigeladene in dem streitgegenständlichen Auftrag zum ersten Mal ein neues Schloss einsetzen will, dessen Systematik und Funktionsweise grundlegend anders ist als die Funktionsweise ihrer bisher eingesetzten Schlösser, allerdings war die konkrete Funktionsweise des Schlosses kein von den Antragsgegnern aufgestelltes Mindestkriterium an die einzureichenden Referenzen. Die Antragsgegner haben sehr konkrete Anforderungen an die einzureichenden Referenzen gestellt und Vorgaben gemacht, welche Mindestvoraussetzungen zu erfüllen seien und welche Leistungsbestandteile von den einzureichenden Referenzen umfasst sein müssen. Für eine zusätzliche allgemeine Vergleichbarkeit der referenzierten Leistung mit der ausgeschriebenen Leistung besteht neben den konkreten, von den Antragsgegnern festgelegten Mindestkriterien kein Raum.

95

2.4.2. Auch soweit die Antragstellerin vorträgt, dass die Fahrräder der Beigeladenen nicht mittels GPS ortbar seien und daher die Referenzen der Beigeladenen dieses Mindestkriterium nicht erfüllen könnten, ist dem nicht zu folgen.

96

Die Antragsgegner haben als Mindestkriterium an die einzureichenden Referenzen gefordert, dass die Fahrräder des Bikesharing-Systems mittels GPS ortbar sind. Die Beigeladene hat in den von ihr eingereichten Referenzen bestätigt, dass dies der Fall sei. Die Vorgabe der Antragsgegner zum Mindestkriterium lässt offen, ob die Fahrräder der Bikesharing Flotten aus den Referenzprojekten jederzeit aktiv per GPS geortet werden können müssen oder ob es ausreicht, dass der Standort des Fahrrads durch das GPS in vorher festgelegten Intervallen übermittelt wird.

Der Erklärungswert der Vergabeunterlagen beurteilt sich nach den für die Auslegung von Willenserklärungen maßgeblichen Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB (BGH, Beschluss vom 07.01.2014 – X ZB 15/13). Dabei ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters abzustellen, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist. Maßgeblich ist nicht das Verständnis eines einzelnen Bieters, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Leistungsbeschreibung und Vergabeunterlagen versteht (OLG München, Beschluss vom 20.01.2020 – Verg 19/19). Wie Mitbieter die Vergabeunterlagen verstanden haben, kann für die normativ zu bestimmende Verständnismöglichkeit des durchschnittlichen Bieters von indizieller Bedeutung sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – VII-Verg 19/17). Kommen nach einer Auslegung von Vergabeunterlagen mehrere Verständnismöglichkeiten in Betracht oder können Unklarheiten oder Widersprüche nicht aufgelöst werden, geht dies zulasten des öffentlichen Auftraggebers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.12.2017 – VII-Verg 19/17). Die Vergabestelle trifft insoweit die Verpflichtung, die Vergabeunterlagen klar und eindeutig zu formulieren und Widersprüchlichkeiten zu vermeiden (OLG München, Beschluss vom 09.03.2020 – Verg 27/19 m. w. N.).

Gegen die Auslegung der Antragstellerin, dass eine aktive Suche durch den Kundendienst und den Betriebsservice gegeben sein muss, da eine Ortung der Fahrräder und nicht eine bloß gelegentliche Standortmitteilung der Fahrräder gefordert sei, spricht, dass die Antragsgegner gerade weder verlangt haben, dass die Fahrräder des Bikesharing-Systems jederzeit mittels GPS ortbar sein müssen, noch wurde in dem Mindestkriterium eine aktive Suchmöglichkeit der Fahrräder vorausgesetzt. Damit spricht nach Auffassung der Vergabekammer mehr dafür, dass auch eine Ortung in bestimmten Intervallen durch einen GPS-Sender die aufgestellte Voraussetzung erfüllt. Diese ermöglicht beispielsweise ebenfalls die zeitnahe Auffindung von gestohlenen oder fehlerhaft abgestellten Fahrrädern bzw. vermittelt einen Überblick über die aktuelle Verteilung der Fahrräder über das Bikesharing Gebiet und lässt dadurch Rückschlüsse auf die Verfügbarkeit und notwendige Relokalisationsmaßnahmen zu.

Die Auslegungsmöglichkeit, dass keine „Echtzeitverfolgung“ oder jederzeitige aktive Suche der Fahrräder mittels GPS als Mindestanforderung an die Referenzen aufgestellt wurde und eine Übermittlung des Standortes in festgelegten Intervallen ausreicht, ist daher eine zulässige Interpretation der Anforderungen an die Referenzen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies sind vorliegend die Antragsgegner und die Beigeladene. Die Beigeladene hat sich am Verfahren aktiv auf Seiten des Antragsgegners beteiligt. Wegen ihres Unterliegens entspricht es der Billigkeit, dem Antragsgegner und der Beigeladenen die Verfahrenskosten gesamtschuldnerisch aufzuerlegen, wobei die Gebührenbefreiung von Teilen der Antragsgegner nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung zu berücksichtigen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Februar 2018, Verg 55/17; VK Südbayern, Beschl. vom 12. Januar 2021, 3194.Z33_01-20-15; Krohn in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 2022, § 182 Rn. 25). Der Kostenanteil der Beigeladenen war daher im Außenverhältnis auf ein Halb zu reduzieren.

Die Antragsgegner zu 2) bis 39) sind als Gemeinden von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit. Die Antragsgegnerin zu 1) ist als GmbH nicht von den Gebühren befreit, allerdings beschafft und koordiniert sie ausschließlich Leistungen für die in ihrem Gebiet liegenden Städte und Gemeinden. Sie beschafft insbesondere keine eigenen Mieträder, weder mechanische Räder noch Pedelecs, oder trägt die im Verfahren angebotenen Betriebskosten. Es entspricht daher in diesem besonderen Einzelfall dem Grundsatz der Billigkeit der Antragsgegnerin zu 1) nach § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB keinen gesonderten Kostenanteil aufzuerlegen.

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

103

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat bei der Gebührenfestsetzung zunächst eine Gebührentabelle herangezogen, die sie in Anlehnung an die von den Vergabekammern des Bundes entwickelte Gebührentabelle konzipiert hat. Dabei ist vom Wert des streitgegenständlichen Auftrags auszugehen (vgl. Krohn, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 182 GWB, Rn. 19). Der für die Gebührenfestlegung zugrunde zu legende Auftragswert bemisst sich wie der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren entsprechend § 50 Abs. 2 GKG (Krohn, in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 4. Auflage 2022, § 182 GWB, Rn. 21). Die Vergabekammer hat für den Auftragswert den Brutto-Angebotswert der Beigeladenen zu Grunde gelegt, da dieser dem Interesse entspricht, den die Antragsgegner und die Beigeladenen am Auftrag haben. Die optional angefragten Preise sowie die optionale Vertragsverlängerung von einem Jahr hat die Vergabekammer dabei auf Grund der Ungewissheit der Beauftragung jeweils nur mit der Hälfte der angegebenen Preise berücksichtigt.

104

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskrafterstattung, wenn er bis dahin von der Antragstellerin geleistet wurde.

105

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

106

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i. S. v. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da die Antragstellerin als mittelständisches Unternehmen nicht über eigenes rechtskundiges Personal verfügt, welches ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren betreuen könnte. Zudem sind die zu entscheidenden Rechtsfragen so komplex und speziell, dass von der Antragstellerin nicht erwartet werden kann, dass sie diese ohne Hinzuziehung eines spezialisierten Rechtsbeistands im bestehenden engen zeitlichen Rahmen selbst mit hinreichender Klarheit zu vertreten vermag.