Gericht:	OLG Celle Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	09.11.2021
Aktenzeichen:	13 Verg 9/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGCE:2021:1109.13VERG9.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 14 Abs 4 Nr 2 Buchst b VgV, § 135 Abs 3 S 1 Nr 1 GWB, § 133 BGB, § 157 BGB
Zitiervorschlag:	OLG Celle, Beschluss vom 09. November 2021 – 13 Verg 9/21 –, juris

---

De-facto-Vergabe eines Auftrags über ein Fahrradverleihsystem und Werbeleistun-gen

Leitsatz

1. Die Vorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben kann, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Es muss auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen in Frage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen zwar noch nicht haben, aber rechtzeitig erwerben können.

2. Der Nichteintritt der Unwirksamkeit eines ohne Bekanntmachung vergebenen Auftrags nach § 135 Abs. 3 GWB setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist (Satz 1 Nr.1 der Vorschrift). Der Auftraggeber muss bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen dafür tatsächlich erfüllt sind, sorgfältig gehandelt haben. Dies kann in der Regel nur dann festgestellt werden, wenn entsprechende nach außen erkennbare Tatsachen vorliegen.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammern Niedersachsen, 15. September 2021, VgK-33/2021, Beschluss

Tenor

Die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 15. September 2021 werden zurückgewiesen.

Die Beigeladene und die Antragsgegnerin haben die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin je zur Hälfte zu tragen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen ihre außergerichtlichen Kosten jeweils selbst.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 70.507,50 € Euro festgesetzt.

Gründe

I.

1 Die Antragsgegnerin, ein Tarif- und Verkehrsverbund für den öffentlichen Personennahverkehr, schloss am 25. Mai/2. Juni 2021 mit der Beigeladenen, der n. GmbH, eine „*Vereinbarung über Systemsponsoring*“, deren Vertragsgegenstand in Ziff. 2 wie folgt beschrieben wird:

2 > *„n. betreibt ein Fahrradverleihsystem im Sponsoringgebiet und stellt dem Sponsor Werbeflächen für ein Markenbranding im gesamten System sowie die Integration in den Systemnamen (P.n.) bzw. die Verwendung von Eigennamen des Sponsors (…) zur Verfügung. Diese Werbeflächen werden für die Dauer der Vertragslaufzeit mit einer Gestaltung versehen, die Werbeinhalte des Sponsors transportiert. Als Gegenleistung zahlt der Sponsor einen Geldbetrag an n.*.“

3 Das Fahrradverleihsystem umfasst nach dem Vertrag ca. 1.000 Fahrräder. Die Fahrräder sind Kunden der Antragsgegnerin, die die Fahrräder mit einem Abonnement oder einem Semesterticket der Antragsgegnerin nutzen, für 30 Minuten je Mietvorgang kostenlos zur Verfügung zu stellen.

4 Vor dem Abschluss des Vertrages hatte die Antragsgegnerin am 29. April 2021 im Amtsblatt der Europäischen Union eine „*Freiwillige Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung*“ veröffentlicht. Darin heißt es, dass ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt werde, weil die Leistungen wegen nicht vorhandenem Wettbewerb aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden könnten. Gemeint war die Beigeladene. Die Beigeladene hatte bereits seit dem Jahr 2019 auf der Grundlage eines vergleichbaren „*Systemsponsoring-Vertrags*“ mit der Firma D.de ein Fahrradverleihsystem in der Innenstadt von H. betrieben.

5 Die Antragstellerin betreibt in größeren Städten Fahrradverleihsysteme. Sie rügte, dass es sich bei dem Vertrag vom 25. Mai/2. Juni 2021 um eine rechtswidrige De-facto-Vergabe an die Beigeladene handele. Als die Antragsgegnerin der Rüge nicht abhalf, hat die Antragstellerin ein Nachprüfungsverfahren beantragt. Die Vergabekammer hat festgestellt, dass der mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag von Anfang an unwirksam ist, und die Antragsgegnerin verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ein Vergabeverfahren gemäß dem 4. Teil des GWB durchzuführen. Gegen diesen Beschluss haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene sofortige Beschwerde eingelegt. Sie wollen mit ihren Rechtsmitteln die Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer und die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags erreichen.

II.

6 Die sofortigen Beschwerden haben keinen Erfolg.

7 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere ist die Anwendung des 4. Teils des GWB eröffnet.

8 a) Bei der Vergabe des „*Systemsponsoring-Vertrags*“, dessen Gesamtwert mehr als 1 Mio. € beträgt, handelt es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen einem öffentli-

chen Auftraggeber und einem Unternehmen über Dienstleistungen. Der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von 214.000,00 Euro (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU ist überschritten.

9 aa) Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber im Sinn des § 99 Nr. 2 GWB, wie die Vergabekammer zutreffend angenommen hat und mit den Beschwerden auch nicht angegriffen wird.

10 bb) Der Auftrag ist auf die Beschaffung von Dienstleistungen durch die Antragsgegnerin gerichtet.

11 Gegenstand des Vertrags mit der Beigeladenen n. sind die Bereitstellung eines Fahrradverleihsystems im Stadtgebiet H. und bestimmte Werbeleistungen, also Dienstleistungen.

12 In Ziff. 2 der „*Vereinbarung über Systemsponsoring*“ vom 25.05./02.06.2021 wird der Vertragsgegenstand wie folgt beschrieben:

13 > *„n. betreibt ein Fahrradverleihsystem im Sponsoringgebiet und stellt dem Sponsor Werbeflächen für ein Markenbranding im gesamten System sowie die Integration in den Systemnamen (P.n.) bzw. die Verwendung von Eigennamen des Sponsors (…) zur Verfügung. Diese Werbeflächen werden für die Dauer der Vertragslaufzeit mit einer Gestaltung versehen, die Werbeinhalte des Sponsors transportiert. Als Gegenleistung zahlt der Sponsor einen Geldbetrag an n.*.“

14 Unter Ziff. 3 Abs. 2 des Vertrags ist im Anschluss an den Satz „n. räumt dem Sponsor (…) folgende Rechte für die Dauer der Vertragslaufzeit ein“ geregelt, dass die Beigeladene das Fahrradverleihsystem mit ca. 1.000 Fahrrädern betreibt sowie virtuelle Fahrradverleihstationen implementiert und dass die Werbeflächen mit Werbeinhalten der Antragsgegnerin versehen werden. Kunden der Antragsgegnerin, die bei ihr ein Abonnement oder ein Semesterticket nutzen, können die Fahrräder für 30 Minuten je Mietvorgang kostenlos nutzen (Ziff. 3 Abs. 5). Es handelt sich bei allen diesen Leistungen um vertragliche Pflichten der Beigeladenen. Dafür spricht hinsichtlich des Vorhaltens des Fahrradverleihsystems insbesondere, dass eine Verringerung der Anzahl der Fahrräder/Fahrradstationen nur im Einverständnis mit der Antragsgegnerin möglich sein soll (Ziff. 5 Abs. 5). Eine weitere Werbeleistung besteht nach dem Vertrag darin, dass der Systemname für das Fahrradverleihsystem im Sponsoringgebiet eine Kombination des Namens der Antragsgegnerin mit dem „*n.-System*“ oder ein Eigenname der Antragsgegnerin sein soll. Als Gegenleistung hat die Antragsgegnerin einen Geldbetrag an die Beigeladene zu zahlen sowie - ab einer bestimmten Anzahl von Abonnement- oder Semesterticketkunden, die Fahrräder kostenlos nutzen - eine zusätzliche Vergütung.

15 Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, dass sie nicht als Nachfragerin, sondern als Anbieterin von Leistungen auftrete, weil sie der Beigeladenen mit dem Vertrag das Recht einräume, mit dem Markenzeichen der Antragsgegnerin zu werben, widerspricht dies dem Inhalt des Vertrags. Nach der Präambel und Ziff. 2 bietet die Beigeladene n. der Antragsgegnerin gegen die Zahlung eines Geldbetrags nur <u>die Möglichkeit</u> an, dass bei dem Betrieb des Fahrradverleihsystems der Eigenname der Antragsgegnerin verwendet wird. Ein Recht der Beigeladenen, mit dem Markenzeichen der Antragstellerin zu werben, folgt aus dem Vertrag nicht. Auch bei den „*Leistungen des*

Sponsors“ (Vertragsabschnitt Ziff. 4) ist nur die Zahlung genannt, nicht aber das Recht zur Nutzung der Marke der Antragsgegnerin.

16 cc) Es handelt sich nicht um eine Dienstleistungskonzession im Sinn von § 105 GWB. Die Anwendung des 4. Teils des GWB scheitert somit nicht daran, dass der Auftrag den nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 GWB i. V. m Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU für Konzessionen geltenden Schwellenwert von 5,350 Mio. € nicht überschreitet.

17 (1) Dienstleistungskonzessionen müssen wie Dienstleistungsaufträge aus Sicht des Auftraggebers einen Beschaffungsbezug aufweisen. Eine Beschaffung durch den öffentlichen Auftraggeber setzt voraus, dass die Leistung, die Gegenstand des Auftrags ist, im unmittelbaren wirtschaftlichen Interesse des öffentlichen Auftraggebers ausgeführt wird und ihm unmittelbar wirtschaftlich zugutekommt (EuGH, Urteil vom 25. März 2010 - C-451/08 - juris Rn. 54, 58). Hierbei kann ein ausschreibungspflichtiger Beschaffungsvorgang auch dann vorliegen, wenn die Leistung dem öffentlichen Auftraggeber zwar nicht unmittelbar zufließt, ihn jedoch bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben, etwa der Daseinsvorsorge, unterstützt. In diesen Fällen erbringt der Private die Dienstleistung anstelle der öffentlichen Hand unter ihrer Aufsicht (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.1.2019 - VII-Verg 22/18 - juris Rn. 39 ff.; OLG München, Beschluss vom 25. März 2011 - Verg 4/11 - juris Rn. 38, 40).

18 Diese Voraussetzung ist hier nur teilweise gegeben. Die Werbeleistungen kommen der Antragsgegnerin bei der Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben, nämlich dem Betrieb des öffentlichen Personennahverkehrs im Großraum H., zugute. Dasselbe gilt für das Fahrradverleihsystem, soweit die Kunden der Antragsgegnerin die Fahrräder auf ihrem Weg zum Bus oder zur Bahn nutzen; denn die Antragsgegnerin will durch die Kooperation mit n. Fahrgästen im öffentlichen Nahverkehr in H. „*noch mehr Flexibilität*“ bieten und ein „*engmaschiges Netz aus Bus, Bahn und Fahrrad*“ bereitstellen (Werbung Anl. ASt. 1). Demgegenüber ist ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin nicht ersichtlich, soweit die Fahrräder von den Kunden der Beigeladenen auch zu anderen Zwecken als dem Erreichen von Bus- oder Bahnhaltestellen genutzt werden. Die Antragsgegnerin trägt selbst vor, dass es hinsichtlich eines Fahrradverleihsystems auf dem Markt in H. vor dem Vertragsabschluss bereits ein hinreichendes Angebot gegeben habe. Es ist deshalb nicht ersichtlich, dass das Fahrradverleihsystem hinsichtlich der zu beliebigen Zwecken genutzten Fahrräder der Antragsgegnerin bei der Erfüllung der ihr obliegenden Aufgaben zugutekommt.

19 (2) Gegen eine Dienstleistungskonzession spricht, dass die vertragliche Gegenleistung der Antragsgegnerin für die Leistungen, die einen Beschaffungsbezug haben, nicht in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Nach Ziff. 2 des Vertrags zahlt die Antragsgegnerin als Gegenleistung einen Geldbetrag (Ziff. 2 und Ziff. 4 des Vertrags). Darüber hinaus erhält die Beigeladene von der Antragsgegnerin eine zusätzliche Vergütung dafür, dass Abonnement- oder Semesterticketkunden die Fahrräder kostenlos nutzen können (Ziff. 3 Abs. 5). Insoweit erhält die Beigeladene als vertragliche Gegenleistung nur Zahlungen der Antragsgegnerin und nicht ein Recht zur Verwertung der Dienstleistung. Zwar setzt der Vertrag - wie sich mittelbar aus der Regelung über die kostenlose Nutzung durch Kunden der Antragsgegnerin ergibt - voraus, dass die Beigeladene von den Nutzern der Fahrräder, die nicht Abonnement- oder Semesterticketkunden der Antragsgegnerin sind, ein Entgelt beanspruchen kann. Bei diesen Kunden käme in Betracht, dass die vertragliche Gegenleis-

tung in dem Recht zur Verwertung der Dienstleistung besteht. Insoweit liegt jedoch, wie bereits ausgeführt, schon keine Beschaffung der Antragsgegnerin vor, weil das Vermieten von Fahrrädern, die nicht im Zusammenhang mit ihren Bus- oder Bahndienstleistungen genutzt werden sollen, sie nicht bei der Erfüllung der ihr obliegenden öffentlichen Aufgaben unterstützt.

20 Es kann offenbleiben, ob das Verwertungsrecht gem. § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB nur ein dem Konzessionsgeber originär zustehendes Recht im dem Sinne sein kann, dass das Recht auf Verwertung ohne die Konzessionsvereinbarung allein beim Konzessionsgeber liegen würde (so Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 105 GWB, Rn. 71), so dass hier eine Dienstleistungskonzession von vornherein ausscheiden würde.

21 (3) Darüber hinaus könnte es - ohne dass es darauf noch ankommt - an dem für eine Dienstleistungskonzession notwendigen Übergang des Betriebsrisikos für die Verwertung der Dienstleistung auf die Beigeladene fehlen.

22 Für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ist erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber das auf ihm lastende Risiko in vollem Umfang oder zumindest einen wesentlichen Teil davon auf den Konzessionär überträgt (EuGH, Urteil vom 10. November 2011 - C-348/10 - juris Rn. 45). Risiken, die sich aus einer mangelhaften Betriebsführung oder aus Beurteilungsfehlern des Wirtschaftsteilnehmers ergeben, sind für die Einordnung eines Vertrags als Dienstleistungskonzession nicht entscheidend, da diese Risiken jedem Vertrag immanent sind, unabhängig davon, ob es sich dabei um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag oder um eine Dienstleistungskonzession handelt (EuGH, aaO, juris Rn. 48 f.).

23 Bei der hierfür erforderlichen Gesamtbetrachtung aller Umstände sind die Marktbedingungen und die vertraglichen Vereinbarungen zu berücksichtigen. Soll neben dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung ein Preis gezahlt werden, kann der Vertrag jedenfalls dann nicht als Dienstleistungskonzession angesehen werden, wenn die zusätzliche Vergütung ein solches Gewicht hat, dass ihr bei wertender Betrachtung kein bloßer Zuschusscharakter mehr beigemessen werden kann, sondern sich darin zeigt, dass die aus der Erbringung der Dienstleistung möglichen Einkünfte allein ein Entgelt darstellen würden, das weitab von einer äquivalenten Gegenleistung läge. Es liegt dann kein Vertrag vor, bei dem die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen in dem Recht zu ihrer Nutzung zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht, sondern gleichsam umgekehrt ein Vertrag, bei dem eine Zahlung zuzüglich der Einräumung eines Nutzungsrechts erfolgt, was als Dienstleistungsauftrag zu behandeln ist (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 - X ZB 4/10 - juris Rn. 35 - 38; Ziekow/Völlink/Ziekow, 4. Aufl. 2020, GWB § 105 Rn. 20; vgl. Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 25.07.2012 - 1 VK 20/12 - juris: Keine Dienstleistungskonzession bei einem Vertrag über ein öffentliches Fahrrad-Vermietsystems (200 Fahrräder), in dem vorgesehen ist, dass der öffentliche Auftraggeber einen Investitionszuschuss in Höhe von 198.000 € zahlt).

24 So könnte es hier sein. Nach § 4 des Vertrags zahlt die Antragsgegnerin für die von n. zu erbringenden Leistungen einen erheblichen Geldbetrag, und zwar - berechnet nach dem in der „*Ex-ante-Transparenzbekanntmachung*“ mitgeteilten Gesamtwert der Beschaffung von 1.185.000,00 € (ohne MWSt.) - 1.185 € zzgl. MwSt. je Fahrrad bei einer Vertragslaufzeit von 3 Jahren. Hinzu kommen nach Ziff. 3 Abs. 5 des Vertrags Ausgleichszahlungen für Abonnement- oder Semesterticket-Kunden. Die Antragstellerin trägt vor, sie ge-

he davon aus, dass 75 Prozent der Kosten des Fahrradverleihsystems, mindestens aber 50 Prozent, durch die Zahlungen der Antragsgegnerin finanziert würden. Die Beigeladene hat darauf in der mündlichen Verhandlung nur erwidert, dass weniger als 75 Prozent durch die vertraglichen Zahlungen der Antragsgegnerin abgedeckt seien.

25 b) Die Antragstellerin ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB.

26 Sie trägt vor, dass sie einer der größten Anbieter von Fahrradverleihsystemen in Deutschland sei und ein Interesse an dem Auftrag habe. Sie könne auch die hier in Rede stehenden Werbeleistungen erbringen. Dieses Vorbringen reicht zur Bejahung der Antragsbefugnis aus. § 160 Abs. 2 GWB setzt lediglich voraus, dass nach der Darstellung des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Unternehmens eine Verletzung eigener Rechte möglich erscheint. Das ist hier der Fall.

27 Durch die behauptete Nichtbeachtung von Vergabevorschriften droht der Antragstellerin auch der Eintritt eines Schadens. An die Darlegung des entstandenen

28 oder drohenden Schadens sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Es ist ausreichend, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 - juris Rn. 28). Hier genügt der Vortrag der Antragstellerin, durch die Nichtdurchführung eines wettbewerblichen Verfahrens sei ihr die Möglichkeit verwehrt, ein Angebot abzugeben und den Zuschlag zu erhalten.

29 c) Eine Rügeobliegenheit bestand nicht.

30 § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB gilt gemäß Satz 2 der Vorschrift nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, also bei einem ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung vergebenen Auftrag. Bei der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung der Antragsgegnerin vom 29.04.2021 handelt es sich - entgegen der Auffassung der Beigeladenen - nicht um eine Bekanntmachung im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB, weil die Bekanntmachung nicht auf eine Vergabe im Wettbewerb gerichtet ist, sondern nur die Absicht einer Direktvergabe mitgeteilt wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 - VII-Verg 13/17 - juris Rn. 25).

31 2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

32 Die Vergabekammer hat zutreffend festgestellt, dass der von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist. Die Antragsgegnerin hat den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war.

33 a) Die Antragsgegnerin beruft sich zu Unrecht auf die Ausnahmevorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV, wonach der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben kann, wenn zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden war.

34 Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfordert das vom öffentlichen Auftraggeber darzulegende und gegebenenfalls zu beweisende ob-

jektive Fehlen von Wettbewerb (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 - VII -Verg 13/17 - juris Rn. 29). Die Vorschrift, des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV, die Art. 32 Abs. 2 lit. b der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, ist als Ausnahmetatbestand eng auszulegen. Angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb sollten Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen (Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU). Es muss auch ausgeschlossen sein, dass für die Auftragsdurchführung weitere Unternehmen in Frage kommen, die die für den Auftrag notwendigen Fähigkeiten und Ausstattungen rechtzeitig erwerben können. Zweckmäßigkeitsüberlegungen oder rein wirtschaftliche Vorteile im Falle der Leistungserbringung durch ein bestimmtes Unternehmen reichen nicht aus (Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl., VgV § 14 Rn. 51 m. w. N.).

35 Die Antragsgegnerin führt zur Begründung ihres Standpunkts aus, dass Gegenstand des Vertrags nicht die Bereitstellung eines Fahrradverleihsystems, sondern das Sponsoring des von der Beigeladenen betriebenen Fahrradverleihsystems sei. Sie habe nur ihr Leistungsbestimmungsrecht ausgeübt. Ihr werde durch das Vergaberecht nicht untersagt, anstatt ein eigenes Fahrradverleihsystem zu betreiben oder einen Dritten mit dem Betrieb eines Fahrradverleihsystems zu beauftragen, eine Marketingkooperation mit einem Anbieter einzugehen, der in H. bereits ein Fahrradverleihsystem aufgebaut habe, von dessen Kundenstamm und Werbewirkung die Antragsgegnerin im Rahmen einer Kooperation profitieren könne. Da die Antragsgegnerin ihre Mobilitätsleistungen nur im Gebiet des Verkehrsverbunds anbiete, ergebe eine Marketingkooperation mit einem Leihfahrradanbieter, der seine Leistungen außerhalb des Verbundgebiets, insbesondere außerhalb der Stadt H., anbiete, keinen Sinn. Es mache - so die Antragsgegnerin und ähnlich auch die Beigeladene - einen Unterschied, ob die Antragsgegnerin mit einem etablierten Unternehmen oder mit einem Newcomer auf dem Markt für nichtstationäre Leihfahrräder werbe. Außerdem wäre der Abschluss eines Sponsoringvertrags mit einem Newcomer für die Antragsgegnerin mit Unwägbarkeiten verbunden gewesen, weil unsicher sei, ob das Fahrradverleihsystem eines anderen Anbieters binnen kürzester Zeit aufgebaut werde und den Anforderungen der Antragsgegnerin an die Qualität genüge. Schließlich hätte die Antragsgegnerin, wenn sie nach der grundsätzlichen Einigung mit der Beigeladenen über eine Kooperation noch ein Vergabeverfahren durchgeführt hätte, damit rechnen müssen, dass die Beigeladene - wie in dem vorausgehenden Zeitraum - wieder mit einem privaten Unternehmen kooperiere.

36 Damit dürfte die Antragsgegnerin bereits keine technischen Gründe im Sinn des § 14 Abs. 4 Satz 2 b VgV aufgezeigt haben. Solche wären beispielsweise, dass es für einen anderen Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen, oder dass es nötig ist, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer zur Verfügung stehen (Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU; Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 14 VgV Rn. 62). Um entsprechende technischen Gründe geht es hier nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin nicht.

37 Jedenfalls ist aber nicht ersichtlich, dass bei den vertragsgegenständlichen Leistungen kein Wettbewerb vorhanden ist. Wesentlicher Vertragsinhalt ist, wie ausgeführt, das Bereitstellen eines Leihfahrradsystems, wobei Fahrräder für Abonnement- und Semesterticketkunden der Antragsgegnerin bis zu 30 Minuten je Mietvorgang unentgeltlich zur Verfügung zu stellen sind, sowie bestimmte Werbeleistungen (Werbung an den Fahrrädern, Werbung in den elektronischen Zugangsmedien zu dem Verleihsystem und Integration

der Antragsgegnerin in den Systemnamen). Dass diese Leistungen nicht auch von anderen Unternehmen als der Beigeladenen angeboten werden konnten, hat die Antragsgegnerin nicht dargetan. Die Antragstellerin wirbt als Wettberberin der Beigeladenen damit, dass sie von hochwertigen Rädern über kompetenten Kundenservice bis hin zu modernen Softwarelösungen wie mobilen Apps ein erstklassiges Rundum-Paket anbiete, welches bereits in über 50 Städten Deutschlands zum Einsatz komme und auch ganz individuell auf die Bedürfnisse der Kommune zugeschnitten werden könne. Sie trägt vor, dass sie in kürzester Zeit ein stationsloses Fahrradverleihsystem in H. betreiben und Leistungen wie die ausgeschriebenen bereitstellen könne. Die Antragsgegnerin behauptet nicht einmal, dass sie außerhalb des in H. bereits vorhandenen Angebots andere Anbieter in Erwägung gezogen habe (vgl. auch Rügeantwort vom 15. Juli 2021). Sie hätte aber ernsthafte Nachforschungen anstellen müssen, um Unternehmen zu ermitteln, die - wie möglicherweise die Antragstellerin - zur Erbringung der Leistungen in der Lage sind (vgl. EuGH, Urteil vom 15.10.2009 - C-275/08 - Rn. 61). Die Antragsgegnerin hat auch nicht dargetan, dass andere Anbieter ausgeschieden seien, weil allein die Beigeladene die Leistungen in gleicher Qualität anbieten konnte und nur sie als „Marketingpartner“ geeignet war. Die Antragsgegnerin hat offenbar auch darauf verzichtet, eine nähere Markterkundung vorzunehmen. Eine Dokumentation hierzu gibt es nicht. Soweit die Antragsgegnerin geltend macht, es sei für sie unwägbar gewesen, ob ein anderer Anbieter das Leihfahrradsystem binnen kürzester Zeit aufbauen könne, hätte sie dem durch einen frühen Beginn des Vergabeverfahrens Rechnung tragen können. Die Vergabekammer weist in diesen Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass die Antragsgegnerin den Vertragsschluss über sieben Monate vorbereitete. Hiervon abgesehen bleibt die Frage der Leistungsfähigkeit der Anbieter einer Eignungsprüfung im Rahmen eines wettbewerblichen Verfahrens vorbehalten (MüKoVergabeR I/Fett, 2. Aufl. 2018, VgV § 14 Rn. 79).

38 Darüber hinaus hätte die Antragsgegnerin - selbst wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden gewesen wäre - § 14 Abs. 6 VgV beachten müssen. Nach dieser Vorschrift ist die Ausnahme des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV nur dann anwendbar, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Die grundsätzlich gegebene Freiheit des Auftraggebers, den Gegenstand der Beschaffung nach seinen Zwecken und Bedürfnissen zu bestimmen, unterliegt insoweit engeren vergaberechtlichen Grenzen als dies bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens der Fall ist. Eine Leistungsbestimmung, die im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV zu einem völligen Wettbewerbsverzicht führt, bedarf größerer Rechtfertigungstiefe als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis (nur) zu einer hersteller- oder produktbezogenen Leistungsspezifikation gemäß § 31 Abs. 6 VgV führt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 - VII-Verg 13/17 - juris Rn. 35;

39 *Kulartz*/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 14 Rn. 46 mwN).

40 b) Der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin am 29. April 2021 im Amtsblatt der Europäischen Union eine „*Freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung*“ veröffentlichte. Denn die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 GWB, unter denen die Unwirksamkeit des Vertrags nach Abs. 1 Nr. 2 der Vorschrift nicht eintritt, liegen nicht vor.

41 aa) Nach § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB setzt der Nichteintritt der Unwirksamkeit zunächst voraus, dass der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsverga-

be ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig ist. Der Auftraggeber muss, als er die Entscheidung gefällt hat, einen Auftrag unter Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung zu vergeben, sorgfältig gehandelt haben im Hinblick darauf, dass die Voraussetzungen dafür tatsächlich erfüllt sind (EuGH, Urteil vom 11. September 2014 - C-19/13 - juris Rn. 50). Es handelt sich hierbei um eine innere Tatsache, die in der Regel nur dann festgestellt werden kann, wenn entsprechende nach außen erkennbare Tatsachen vorliegen. Um eine wirksame Kontrolle im Nachprüfungsverfahren sicherzustellen, dürfen die Anforderungen nicht zu gering sein. Es ist eine mutwillige Umgehung der Pflicht zur europaweiten Ausschreibung abzugrenzen von einer nach bestem Wissen getroffenen fehlerhaften Entscheidung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 - VII-Verg 13/17 - juris Rn. 53 ff.; Maimann in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 135 GWB Rn. 58). Die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers muss aufgrund der konkreten Umstände in sachlicher und rechtlicher Hinsicht vertretbar sein (OLG Düsseldorf a. a. O.; Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl., § 135 GWB Rn. 94). Eine tatsächliche Vermutung des Inhalts, dass der öffentliche Auftraggeber nur dann auf eine europaweite Ausschreibung verzichtet, wenn er den Verzicht für zulässig hält, existiert nicht (Maimann a. a. O. Rn. 58; Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl., GWB § 135 Rn. 92). Bleibt bei der Nachprüfung zweifelhaft, ob die vorausgesetzte Ansicht des Auftraggebers tatsächlich vorlag, muss die Unaufklärbarkeit zu seinen Lasten gehen, da ihn die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen des für ihn positiven Ausnahmetatbestands trifft (Maimann a. a. O. Rn. 59; MüKoVergabeR I/Fett, 2. Aufl. 2018, GWB § 135 Rn. 94; Ziekow/Völlink/Braun a. a. O. Rn. 96).

42 Nach diesen Maßstäben greift hier der Ausnahmetatbestand des § 135 Abs. 3 GWB nicht ein. Es kann nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin aufgrund einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage in vertretbarer Weise zu der Ansicht gelangte, dass eine Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig ist.

43 Eine dahingehende Feststellung ist schon deshalb problematisch, weil insoweit entgegen § 8 VgV jegliche Dokumentation fehlt. Belegt ist insoweit nur, dass die von der Antragsgegnerin beauftragte Rechtsanwaltskanzlei nach einer vorausgegangenen Anfrage der Antragsgegnerin vom 11. Dezember 2020 in einer E-Mail vom 18. Dezember 2020 eine rechtliche Einschätzung vornahm, welche inhaltlich mit der freiwilligen Ex-ante-Bekanntmachung vom 29. April 2021 übereinstimmt.

44 In der Ex-ante-Bekanntmachung heißt es, dass die Leistungen wegen nicht vorhandenen Wettbewerbs aus technischen Gründen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden könnten; dies wird wie folgt erläutert:

45 *„Der G. bietet seine Mobilitätsleistungen lediglich in seinem Verbundgebiet an, sodass eine Kooperation mit einem Leihfahrradanbieter außerhalb des Verbundgebiets (und insbesondere außerhalb des Stadtgebiets H.) keinen Sinn ergibt. Bei der großen Anzahl an Kunden des G. bzw. Fahrgästen im Verbundgebiet ist es zudem auch sachlich nachvollziehbar, dass ein Anbieter eine ausreichende Anzahl an Fahrrädern zur Verfügung können stellen muss, um das Mobilitätsangebot des G. ernsthaft ergänzen zu können. Eine Begrenzung auf Anbieter im Stadtgebiet H. und auf Anbieter mit einem ausreichend großen Angebot ist daher im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechts des G. gerechtfertigt. Da ein entsprechendes Angebot im Stadtgebiet H. nur von der Firma n. angeboten wird,*

kommt für den Auftrag lediglich der Bieter n. in Betracht, sodass ein Wettbewerb ausgeschlossen ist."

46 Die Antragsgegnerin hat den Verzicht auf die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens also nur damit begründet, dass vor dem Hintergrund, dass sie ihre Leistungen des öffentlichen Nahverkehrs im Raum H. anbiete, bei der Auftragsvergabe nur auf einen Anbieter zurückgegriffen werden könne, der im Stadtgebiet H. bereits ein entsprechendes Leihfahrradsystem mit einer ausreichenden Anzahl von Fahrrädern betreibe. Ein solcher Standpunkt ist nicht vertretbar. Es wird auch nicht plausibel begründet, weshalb es keinen Sinn haben soll, einen auswärtigen Anbieter mit der Erbringung der Leistungen zu beauftragen. Soweit es in der E-Mail der beauftragten Rechtsanwaltskanzlei vom 18. Dezember 2020 heißt, es sei nicht zu erwarten, dass sich ein (auswärtiger) Anbieter dazu entscheiden könnte, sein Angebot auf das Verbundgebiet der Antragsgegnerin zu erweitern, und dass ein anderer Anbieter als die Beigeladene binnen kürzester Zeit ein entsprechendes System aufbauen könne, stellt dies ersichtlich eine bloße Annahme („*unseres Erachtens*") dar.

47 Der Umstand, dass die Antragsgegnerin die Anwälte mit der Prüfung beauftragt und sich möglicherweise auf ihre Einschätzung verlassen hat, reicht für die Feststellung einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch den Auftraggeber nicht aus.

48 bb)Es kann offenbleiben, ob die Vorabbekanntmachung auch deshalb unzureichend ist, weil sie bei den Angaben zur Einlegung von Rechtsbehelfen keinen Hinweis auf die zehntätige Frist des § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB enthielt (vgl. Ziekow/Völlink/Braun, 4. Aufl., § 135 GWB Rn. 98).

49 c) Die sich aus § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ergebende Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags ist gemäß § 135 Abs. 1 GWB a. E. festzustellen. Darüber hinaus ist die Verpflichtung des Antragsgegners auszusprechen, im Falle fortbestehender Beschaffungsabsicht die hier in Rede stehenden Leistungen in einem europarechtskonformen Vergabeverfahren EU-weit auszuschreiben (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 27. Januar 2021 - Verg 1/19 - juris Rn. 126).

III.

50 Da die Antragsgegnerin und die Beigeladene mit ihrer Beschwerde keinen Erfolg haben, sind ihnen gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 Satz 2 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen. Entsprechend § 100 Abs. 1 ZPO sind die Kosten von ihnen nach Kopfteilen zu tragen.

51 Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts ist im Beschwerdeverfahren - ohnehin ein Anwaltsprozess - nicht gesondert auszusprechen (Summa, in: jurisPK, § 120 GWB Rn. 53).

52 Der Gegenstandswert beträgt gemäß § 50 Abs. 2 GKG 5 Prozent der Bruttoauftragssumme. Bei Dienstleistungsaufträgen ist die Auftragssumme regelmäßig nach der gesamten Vertragslaufzeit zu bestimmen (Keppler in: Röwekamp/Kus/ Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 182 Rn. 64 m. Nachw.). Ausgehend von einer dreijährigen Laufzeit des Vertrags und einer jährlichen Vergütung von 395.000,00 € zzgl. MWSt. (s. o.) beträgt die Bruttoauftragssumme hier 1.410.150,00 €. Fünf Prozent hiervon sind 70.507,50 €.