

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	27.10.2021
Aktenzeichen:	Verg 4/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2021:1027.VERG4.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 57 Abs 1 Nr 5 VgV
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Oktober 2021 - Verg 4/21 - , juris

Vergabenachprüfungsverfahren: Ausschluss eines Angebots wegen fehlender Preisangaben

Orientierungssatz

1. Nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV sind Angebote von der Wertung auszuschließen, die nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten. Ein Angebot enthält den geforderten Preis nicht, wenn eine Preisangabe fehlt, das Angebot insoweit also unvollständig ist. Ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV liegt auch dann vor, wenn der angegebene Preis offensichtlich unzutreffend ist, insbesondere wenn Preisbestandteile in unzulässiger Weise verlagert werden. (Rn.47)
2. Verlagert ein Bieter die für einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses eigentlich vorgesehenen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen, greift § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV grundsätzlich ein. Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert eine solche Preisverlagerung. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält. (Rn.47) (Rn.47)

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 19. Januar 2021 (VK 2 - 109/20) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 95.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 28. September 2020 im offenen Verfahren einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Büro- und Verbrauchsmaterialien für ihre sämtlichen Standorte für die Zeit vom 1. Februar 2021 bis zum 31. Januar 2025 EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2020/S 188-453310).
- 2 Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziff. II.2.5. der Bekanntmachung). Die Antragsgegnerin verlangte in Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung ein vollständig ausgefülltes Preisblatt, die Angabe von mindestens zwei Referenzen (gem. Anlage Referenzen)

sowie eine zusätzliche Preisliste im Excelformat mit zirka 2.000 meist abgerufenen Artikel einer Referenzbehörde mit für sie gültigen Preisen. Für den Fall der Einbeziehung von Unterauftragnehmern waren sämtliche mit dem Angebot einzureichende Eignungsnachweise und sonstigen Erklärungen auch für die Unterauftragnehmer einzureichen. Zu den Mindestanforderungen des Bieters gehörte die Bereitstellung von Katalogdaten bzw. OCI Punchout Parametern gegenüber dem externer IT Dienstleister U. der Auftraggeberin.

- 3 Das Preisblatt enthielt eine Aufstellung von 63 Büromaterialen, bei denen es sich nach Ziffer 1 des Leistungsverzeichnisses um die meist abgerufenen und in der Summe umsatzintensivsten der vergangenen vier Jahre handelt. Nach der Anlage Referenzen waren mindestens zwei Referenzen vergleichbarer Aufträge bei öffentlichen Auftraggebern aus den letzten drei Jahren einzureichen, wobei mindestens eine Referenzbehörde dabei sein sollte, die diverse Büro- und Verbrauchsmaterialien aus einem Punchout-Katalog bezieht. Nach Ziffer 2 des Leistungsverzeichnisses stellt der Auftragnehmer mit Vertragsschluss "das gesamte Sortiment aus dem Bereich Büro- und Verbrauchsmaterial" gemäß im Einzelnen konkretisierter Warengroupenerläuterungen, insbesondere näher benannter Gruppen von Büromaschinen, Büromaterialien und Verbrauchsmaterial zur Verfügung. Für die nicht abgefragten Artikel mit geringerem Umsatz wurden nach Ziffer 6 marktübliche Preise, analog den für die Wertung vorgesehenen Büroartikeln, erwartet.
- 4 Mit E-Mail vom 16. Oktober 2020 beanstandete die Antragstellerin, die seinerzeitige Auftragnehmerin der Antragsgegnerin, dass nach dem Preisblatt nur ein sehr kleiner, zehn Prozent des Auftragsvolumens ausmachender Teil der Gesamtleistung in die Bewertung der Vergabe einfließe, wodurch ein Bieter die Möglichkeit habe, ein Kernsortiment günstig zu bepreisen und für restliche Artikel des Gesamtkatalogs Preise anzubieten, die erheblich über den Marktpreisen lägen, um so etwaig entgangenen Gewinn zu kompensieren. Auch liege hierin eine Ungleichbehandlung der Bieter, da diese keine Kenntnis über die Schwerpunktartikel der Antragsgegnerin hätten, welche bei Erstellung des Angebots berücksichtigt werden könnten. Im Interesse transparenter Kosten und eines fairen Wettbewerbs bedürfe es einer auf 50 Prozent der benötigten Artikel erweiterten Sortimentsabfrage, die 90 Prozent der Gesamtausgaben definierten. Die Antragsgegnerin fasste diese Beanstandung als Rüge auf und wies diese mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 zurück. Einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens stellte die Antragstellerin nicht.
- 5 Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben innerhalb der - berichtigten - Angebotsfrist bis zum 3. November 2020, 10 Uhr, Angebote ab. Am 19. November 2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige das Angebot der Beigeladenen anzunehmen. Mit Schreiben vom 23. November 2020 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung, die Beigeladene habe ein unzulässiges Spekulationsangebot abgegeben und unrichtige beziehungsweise unzureichende Punchout-Referenzen eingereicht. Diese Rüge wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 26. November 2020 zurück. Mit E-Mail vom 27. November 2020 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass das Angebot der Beigeladenen das preisgünstigste sei und das der Antragstellerin auf dem zweiten Rang läge.
- 6 Die Antragstellerin beantragte darauf umgehend am 27. November 2020 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu dessen Begründung sie zum einen die vorstehenden Rügen vertiefend ausführte und zum anderen neu eine drohende unzulässige De-facto-Vergabe in Bezug auf die Mitbelieferung mit den in der Ausschreibung nicht ausdrücklich aufgeführten Büroartikeln aus dem Randsortiment, aber auch in Bezug auf einen gar

nicht mitausgeschriebenen EDV-Bedarf beanstandete. Auch setze die Beigeladene für wesentliche von ihr zu erbringende Leistungen einen Nachunternehmer ein, für den sie entgegen den Maßgaben der Vergabeunterlagen keine Nachunternehmererklärung abgegeben habe.

- 7 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 8 1. festzustellen, dass die Antragstellerin in dem von der Vergabestelle für die Antragsgegnerin durchgeführten Verfahren zur Vergabe Nr. FV12-20-0230-06-01 in ihren Rechten verletzt ist;
- 9 2. dass die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern, insbesondere die Antragsgegnerin zu verpflichten,
- 10 a) das Angebot der erstplatzierten Bieterin, der B., von der Wertung auszuschließen;
- 11 b) hilfsweise, das Vergabeverfahren aufzuheben und in den Stand zum Zeitpunkt der Vergabekanntmachung zurückzuversetzen.
- 12 Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss vom 2. Dezember 2020 hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- 13 den Nachprüfungsantrag abzuweisen.
- 14 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 19. Januar 2021 teils verworfen und teils zurückgewiesen. Mit ihrer Rüge, die Nichtaus schreibung des Randsortiments sei eine unzulässige De-facto-Vergabe beziehungsweise das Wertungskriterium Preis sei ungeeignet, da es nur einen Teil des tatsächlichen Bestellvolumens umfasse, sei die Antragstellerin bereits nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Entbehrlich sei die Rüge auch bei einer De-facto-Vergabe nur, wenn bereits ein Zuschlag erteilt sei, vorliegend greife hingegen nach Sinn und Zweck der Rügeobligie nheit, dem Auftraggeber die Möglichkeit zu geben erkannte beziehungsweise erkennbare Fehler rechtzeitig zu korrigieren, das Rügefordernis. Im Übrigen habe die Antragsgegnerin in Ziffer 2 ihres Leistungsverzeichnisses ausdrücklich ausgewiesen, dass sie "Büro- und Verbrauchsmaterial gem. den nachfolgend aufgeführten Warengruppenerläuterungen" zum Gegenstand des ausgeschriebenen Rahmenvertrages mache. Soweit er zulässig sei, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Anhaltspunkte für ein spekulatives Angebot seien nicht ersichtlich, die Antragsgegnerin habe eine Prüfung der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen im Hinblick auf die Preisgestaltung für das Kern- und das Randsortiment nachvollziehbar dargelegt, mehr als eine grobe Sichtung des Randsortiments sei nicht geboten. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte für eine Unauskömmlichkeit, die Aufreifschwelle eines Abstands von mindestens 20 Prozent zum nächstgünstigeren Angebot bleibe deutlich unterschritten. Die Beigeladene habe auch eine Punchout-Referenz nachgewiesen. Sie habe zudem auf Aufforderung ein Bestätigungsschreiben des von ihr als Referenzgeber benannten Zweckverbands vom 13. November 2020 vorgelegt.
- 15 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Ausschreibung sei von Anfang an ungeeignet gewesen, eine geordnete Beschaffung zu ermöglichen, weil die 63 Artikel des Preisblattes nur zehn Prozent des Gesamt volumens ausmachten, während 90 Prozent auf das Randsortiment entfielen, das

zudem mit der Preisliste nicht zwingend deckungsgleich sei. Diese Schwäche der Ausschreibung habe sich die Beigedane zunutze gemacht und ein Spekulationsangebot abgegeben, bei der ein Unterangebot im Kernsortiment durch höhere Preise im Randsortiment kompensiert werde. Die Beigedane decke sich ausschließlich bei der T.ein, deren für alle Mitglieder geltenden Listenpreise ein solches Angebot nicht erlaubten. Dies zumal die Beigedane über keine eigene Warenlogistik verfüge und deshalb sämtliche Produkte bei Bedarf über die T.beziehen müsse. Die Beigedane habe zudem versäumt, den Nachunternehmereinsatz der T.offenzulegen und für diese Eignungsnachweise beizubringen, was sie erst im Zuge der Einsichtnahme in die Verfahrensakte im Nachprüfungsverfahren erfahren habe. Sämtliche Leistungen einschließlich der Bestellannahme über den Punchout-Katalog und Lieferung würden letztendlich von der T.erbracht. Von daher fehle es der Beigedanen auch an den erforderlichen Referenzen, über eigene Erfahrungen mit der Belieferung über einen Punchout-Katalog verfüge sie gerade nicht. Sie könne allenfalls eine von der T.geliehene Referenz vorgelegt haben. Es drohe aber auch eine unzulässige De-facto-Vergabe bezüglich der in der Ausschreibung nicht ausdrücklich aufgeführten Büroartikeln aus dem Randsortiment, aber auch in Bezug auf den gar nicht mitausgeschriebenen EDV-Bedarf, dessen eigenständige Vergabe zum 31. Januar 2021 ausgelaufen sei. Insoweit habe auch keine Rügeobligieheit bestanden.

- 16 Die Antragstellerin beantragt,
- 17 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 19. Januar 2021 aufzuheben;
- 18 2. der Antragsgegnerin aufzugeben,
- 19 a) das Angebot der erstplatzierten Bieterin, der B., von der Wertung auszuschließen;
- 20 b) hilfsweise, das Vergabeverfahren aufzuheben und in den Stand zum Zeitpunkt der Vergabekanntmachung zurückzuversetzen;
- 21 c) höchst hilfsweise, die die Angebotsbewertung unter Einbeziehung der von der B. beizubringenden Nachweise zum Nachunternehmereinsatz zu wiederholen.
- 22 Die Antragsgegnerin und die Beigedane beantragen,
- 23 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 24 Die Antragsgegnerin und die Beigedane verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Die Antragsgegnerin trägt vor, soweit sich die Antragstellerin gegen die Gestaltung der Ausschreibung wende, habe sie die mit der Zurückweisung dieser Rüge mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 beginnende Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrags verstreichen lassen. Ein Spekulationsangebot der Beigedanen sei nicht gegeben, deren Preisangaben seien ausweislich ihrer Prüfung marktüblich und zeigten auch im Vergleich mit den Angeboten weiterer Bieter keine Auffälligkeiten. Der Vortrag der Antragstellerin erschöpfe sich insoweit in Mutmaßungen. Auch ein Nachunternehmereinsatz der T.werde ins Blaue hinein behauptet. Diese sei zwar als Hersteller einiger Produkte von der Beigedanen angegeben, aber kein Nachunternehmer. Versand, Lagerung und Logistik seien bloße Hilfsfunktionen. Ihre Referenz zum Bezug aus einem Punchout-Katalog habe die Beigedane auf Aufforderung belegt. Eine De-facto-Vergabe drohe nicht, Leistungsinhalt- und Umfang seien im Leistungsverzeichnis beschrieben.

- 25 Die Beigeladene trägt ergänzend vor, sie werde den Auftrag eigenverantwortlich durchführen. Sie verfüge über derzeit 12 Mitarbeitern, von denen allein drei im Einkauf tätig seien, und unterhalte Geschäftsbeziehungen zu wichtigen Markenherstellern. Innerhalb des OCI-Punchouts finde Artikelmanagement, Artikelverwaltung und eCommerce-Administration komplett bei ihr statt. Auch Einweisung und Schulung der Mitarbeiter der Antragsgegnerin geschehe durch sie. Lediglich die Warenlogistik erfolge über die T., die im Übrigen durchaus Sonderkonditionen gewähre. Ihr Angebot für das Kernsortiment habe sie auf der Grundlage ihrer Einkaufspreise und Kosten auskömmlich und nicht spekulativ kalkuliert.
- 26 Mit Schreiben vom 13. April 2021 hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 GWB vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und dies mit der Kontaktaufnahme der Antragstellerin mit der T.zwecks Informationsbeschaffung über die Beigeladene nach Unterrichtung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung begründet. Hierin und in dem unschlüssigen Vorbringen im Nachprüfungs- und im Beschwerdeverfahren liege eine unzulässige Beeinflussung ihrer Entscheidungsfindung im Sinne von Buchstabe a) der Vorschrift. Die von der T.erfragten Informationen über die Beigeladene seien zudem vertraulich im Sinne von Buchstabe b). Auch begründe dieses Handeln eine fahrlässige oder vorsätzliche irreführende Information im Sinne von Buchstabe c).
- 27 Die Antragstellerin ist dem entgegengetreten, sie beantragt insoweit zu Ziffer 2 ergänzend,
- 28 d) die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen und festzustellen, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin unwirksam ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.
- 29 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 30 auch diesen Antrag zurückzuweisen.
- 31 Der Senat hat sie Sach- und Rechtslage mit den Parteien erörtert. Die Antragsgegnerin hat auf Nachfrage erklärt, dass sie ihren EDV-Bedarf auf der Grundlage separater laufender Verträge decke.

II.

- 32 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist zulässig, jedoch unbegründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen.
- 33 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag teils verworfen und teils zurückgewiesen hat.
- 34 2. In der Sache hat die Beschwerde der Antragstellerin jedoch keinen Erfolg, der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die beabsichtigte Auftragserteilung an die Beigeladene verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten, § 97 Abs. 6 GWB. Das Angebot der erstplatzierten Bieterin ist nicht auszuschließen, eine Aufhebung und Zurückversetzung

des Vergabeverfahren oder Wiederholung der Angebotsbewertung kommt nicht in Betracht.

- 35 a) Soweit die Antragstellerin die Konzeption der Ausschreibung als entgegen § 127 Abs. 1 GWB, § 58 Abs. 1, Abs. 2 VgV zur Bestimmung des besten Preis-Leistungs-Verhältnis ungeeignet beanstandet, weil mit dem auf ein lediglich 63 Artikel umfassendes Kernsortiment bezogenen Preisblatt nur ein zehn Prozent des Auftragsvolumens ausmachender Teil der Gesamtleistung in die Angebotsbewertung einfließe, was die Möglichkeit für Bieter begründe, das Kernsortiment günstig zu bepreisen und Kosten in das Randsortiment zu verlagern, ist sie hiermit schon deswegen ausgeschlossen, weil sie nach Zurückweisung ihrer diesbezüglichen Rüge mit Schreiben vom 21. Oktober 2020 nicht innerhalb der in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB normierte Frist von 15 Kalendertage einen Nachprüfungsantrag gestellt hat.
- 36 b) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht wegen Verlagerung von Preisbestandteilen vom Kern- in das Randsortiment als Spekulationsangebot wegen fehlender Preisangaben gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV von der Wertung auszuschließen.
- 37 aa) Der diesbezügliche Nachprüfungsantrag ist allerdings zulässig. Dass die Antragstellerin mit ihrer Beanstandung der Konzeption der Ausschreibung, die sie im Schreiben vom 16. Oktober 2020 gerade mit der Möglichkeit für Bieter begründet hatte, das Kernsortiment günstig zu bepreisen und Kosten in das Randsortiment zu verlagern, präkludiert ist, schließt die Rüge eines tatsächlichen derartigen Verhaltens seitens des für den Zuschlag vorgesehenen konkreten Mitbieters nicht aus.
- 38 Gegenstand der Rüge vom 16. Oktober 2020 war die durch die Konzeption der Ausschreibung begründete abstrakte Gefahr der Abgabe von Spekulationsangeboten in Gestalt der Verlagerung von Preisbestandteilen vom Kern- zum Randsortiment, die mit ihrer Realisierung nicht gleichgesetzt werden darf. Dass sich diese Gefahr - nach ihrer Auffassung - in Person der Beigeladenen verwirklicht hat, konnte die Antragstellerin erst mit Erhalt der Mitteilung vom 19. November 2020, es sei beabsichtigt, das Angebot Beigeladenen anzunehmen, weil dieses das wirtschaftlichste sei, erkennen.
- 39 Auch inhaltlich genügt die von der Antragstellerin insoweit am 23. November 2020 und damit rechtzeitig innerhalb der Frist von zehn Kalendertagen nach Kenntnis erhobene Rüge den an eine ordnungsgemäße Rüge im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zu stellenden Anforderungen noch.
- 40 An Rügen ist ein großzügiger Maßstab anzulegen (Senatsbeschlüsse vom 2. Juni 2021, VII-Verg 48/20, und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, juris, Rn. 56; OLG Dresden, Beschluss vom 6. Februar 2002, W Verg 4/02, juris Rn. 19; OLG München, Beschluss vom 7. August 2007, Verg 8/07, juris, Rn. 11 f.). 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 Vergabeverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, juris, Rn. 53; OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Juli 2010, 11 Verg 5/10, juris Rn. 51). Der Antragsteller muss dann lediglich tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Verga-

berechtsverstoß begründen (Senatsbeschluss vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18; OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2007, Verg 6/07, juris, Rn. 31).

- 41 Reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen indes nicht aus (Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, juris, Rn. 56; OLG München, Beschluss vom 2. August 2007, Verg 7/07, juris Rn. 15 f.). Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge bzw. des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf gänzlich unsubstanziierte Rügen hin in eine (ggf. erneute) Tatsachenermittlung einzutreten. Der Antragsteller ist daher 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 (st. Rspr., vgl. Senatsbeschlüsse vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, BeckRS 2021, 21306 Rn. 20; vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19 juris, Rn. 56; vom 16. August 2019, VII-Verg 56, 18, NZBau 2020, 249 und vom 12. Juni 2019, VII-Verg 54/18 juris, Rn. 71, VergabeR 2020, 92 ff.).
- 42 Gemessen daran ist das Schreiben der Antragstellerin vom 23. November 2020 inhaltlich noch zureichend. Die Argumentation als solche ist in sich stimmig. So fußt die Schlussfolgerung der Antragstellerin, dass die Beigeladene einen niedrigeren Preis als sie selbst angeboten hat, sei Beleg für eine Verlagerung von Preisbestandteilen vom Kern- zum Randsortiment, auf dem Vortrag, ihr sei bekannt, dass es sich bei der Beigeladenen um ein kleines Unternehmen ohne eigenen Einkauf, Lagerhaltung und Logistik handele, das sämtliche Produkte von der T. beziehe, die auch die gesamte Warenlogistik übernehme. Die Einkaufspreise der Beigeladenen seien daher mit den Einkaufs-, Lager- und Logistikkosten der T. belastet, weshalb diese nicht so günstig kalkulieren könne wie sie, die zwar einen Teil ihrer Waren von der T. beziehe, weshalb sie die diesbezüglichen Einkaufskonditionen kenne, im Wesentlichen aber direkt von den Herstellern kaufe. Die Preise der Beigeladenen im Kernsortiment müssten sich daher als unauskömmlich erweisen. Substanzielles Vorbringen war der Antragstellerin, die keinen Einblick in die Angebotskalkulation der Beigeladenen hat, nicht abzuverlangen.
- 43 Zwar hat die Antragstellerin in ihrer Rüge vom 23. November 2020 noch nicht offengelegt, diese Informationen am 19. November 2020 in einem halbstündigen Gespräch von einem Mitarbeiter der T. erfahren zu haben - dies hat sie erst im Schriftsatz vom 14. Dezember 2020 im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer getan -, sondern ihren Verfahrensbevollmächtigten die einleitende Formulierung "Nach Kenntnis unserer Mandantin" verwenden lassen, die allein nicht erkennen lässt, woher ihre Erkenntnisse stammen. Allerdings ist der Aufbau der Argumentation derart konkret, dass sie diese Erkenntnisse bei lebensnaher Betrachtung nur von einem Mitarbeiter der T. erlangt haben konnte, da ein solcher Vortrag ohne Insiderkenntnisse nicht möglich wäre.
- 44 bb) Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV von der Wertung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB.
- 45 Nach § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV sind Angebote von der Wertung auszuschließen, die nicht den Erfordernissen des § 53 genügen, weil sie nicht die erforderlichen Preisangaben enthalten. Das Angebot enthält den geforderten Preis nicht, wenn eine Preisangabe fehlt, das Angebot insoweit also unvollständig ist. Ein Verstoß gegen § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV liegt

aber auch dann vor, wenn der angegebene Preis offensichtlich unzutreffend ist (Senatsbeschluss vom 16. März 2016, VII-Verg 48/15, BeckRS 2016, 9166 Rn. 12), insbesondere wenn Preisbestandteile in unzulässiger Weise verlagert werden (Senatsbeschluss vom 19. Mai 2021, VII-Verg 41/20). Die von der Antragstellerin gerügte unzulässige Verlagerung von Preisbestandteilen vom Kern- zum Randsortiment ist jedoch nicht festzustellen.

- 46 (1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs wie auch des erkennenden Senats sind die Bieter in der Kalkulation ihrer Preise grundsätzlich frei. Das schließt die Befugnis ein, festzulegen, zu welchen Einzelpreisen die Positionen des Leistungsverzeichnisses ausgeführt werden sollen. Aus diesem Erfordernis lässt sich aber nicht ableiten, dass der Bieter jede Position des Leistungsverzeichnisses nach den gleichen Maßstäben kalkulieren müsste, insbesondere der für jede Position verlangte Preis mindestens den hierfür entstehenden Kosten entsprechen müsste (BGH, Urteil vom 19. Jun. 2018, X ZR 100/16, NZBau 2018, 776 Rn. 9; Senatsbeschluss vom 19. Mai 2021, VII-Verg 41/20). Dementsprechend kann ein Angebot nicht ohne Weiteres ausgeschlossen werden, weil einzelne Positionen darin zu Preisen angeboten werden, welche die diesbezüglichen Kosten nicht vollständig abdecken (BGH, a. a. O. Rn. 13; Senat, a. a. O.; Senatsbeschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 5/16, juris, Rn. 38; OLG München, Beschluss vom 17. April 2019, Verg 13/18).
- 47 Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Bieter seine zu deckenden Gesamtkosten nach Belieben einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses zuordnen dürfte. Die öffentlichen Auftraggeber haben grundsätzlich ein durch § 53 Abs. 7 Satz 2 VgV geschütztes Interesse daran, dass die Preise durchweg korrekt angegeben werden. Diese Regelung trägt nämlich auch dem Umstand Rechnung, dass die Zahlungspflichten der Auftraggeber durch Verlagerung einzelner Preisbestandteile manipuliert werden können. Verlagert der Bieter die für einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses eigentlich vorgesehnen Preise ganz oder teilweise in andere Positionen, greift § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV deshalb grundsätzlich ein (BGH, Urteil vom 19. Jun. 2018, X ZR 100/16, NZBau 2018, 776 Rn. 14, 15; Senatsbeschlüsse vom 19. Mai 2021, VII-Verg 41/20, und vom 13. März 2019, VII-Verg 42/18, juris Rn. 40).
- 48 Eine Angebotsstruktur, bei der deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätzen bei bestimmten Positionen auffällig hohe Ansätze bei anderen Positionen des Leistungsverzeichnisses entsprechen, indiziert eine solche Preisverlagerung. Kann der Bieter die Indizwirkung nicht erschüttern, rechtfertigt dies die Annahme, dass das Angebot nicht die geforderten Preisangaben enthält (BGH, Urteil vom 19. Jun. 2018, X ZR 100/16, NZBau 2018, 776 Rn. 16; Senatsbeschluss vom 19. Mai 2021, VII-Verg 41/20).
- 49 (2) Vorliegend sind jedoch die eine Preisverlagerung indizierenden deutlich unter den zu erwartenden Kosten liegenden Ansätze im Kernsortiment bei auffällig hohen Ansätzen im Randsortiment nicht festzustellen.
- 50 Die Feststellung, dass ein Preis ungewöhnlich niedrig ist, kann sich aus dem Preis- und Kostenabstand zu den Konkurrenzangeboten ergeben, aus Erfahrungswerten, die der öffentliche Auftraggeber beispielsweise aus vorangegangenen vergleichbaren Ausschreibungen gewonnen hat, oder aus dem Abstand zur Auftragswertschätzung (Senatsbeschlüsse vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, und vom 16. April 2020, VII-Verg 37/19). In der Rechtsprechung der Vergabesenate sind insoweit Aufgreifschwellen anerkannt, bei deren Erreichen eine Verpflichtung des Auftraggebers angenommen wird, in eine nähere Prüfung der Preisbildung des fraglichen Angebots einzutreten. Diese Aufgreif-

schwelle ist in der Regel erst bei einem Preisabstand von 20 Prozent zum nächsthöheren Angebot erreicht (Senatsbeschlüsse vom 25. April 2012, Verg 61/11, ZfBR 2012, 613, 615, und vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13, BeckRS 2014, 9478 m. w. Nw.), was Bundesgerichtshof gebilligt hat (Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 14) und jedenfalls von der Mehrheit der Vergabesenate so praktiziert wird (Mü-KoVergabeR II/Seebo/ Lehmann, 2. Aufl. 2019, VOB/A § 16d EU Rn. 9 m. w. Nw.; so jetzt auch OLG München, Beschluss vom 7. März 2013, Verg 36/12, BeckRS 2013, 5399). Im Bereich zwischen 10 und 20 Prozent kann zwar eine Nachforschung im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers stehen (Senatsbeschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13, BeckRS 2014, 9478), geboten ist sie allerdings allenfalls bei Hinzutreten weiter Indizien.

- 51 Vorliegend ist diese Angreifschwelle bei Weitem nicht erreicht. Zwar liegt der Abstand des auf das Kernsortiment bezogenen Angebots der Antragstellerin zu dem der Beigeladenen geringfügig über der Schwelle, die ein Nachforschungsermessen eröffnet, geboten wäre eine solche Nachforschung aber allenfalls dann, wenn die Preisliste der Beigeladenen offenkundige Auffälligkeiten in Gestalt auffälliger hoher Ansätze zeigen würden, die als Beleg für die Behauptung der Antragstellerin dienen könnten, die Einkaufspreise der Beigeladenen seien mit den Einkaufs-, Lager- und Logistikkosten der T.belastet, weshalb diese nicht so günstig kalkulieren könne wie sie. In einem solchen Fall müssten die Preise entsprechender Produkte der Beigeladenen aus dem Randsortiment durchgehend höher liegen als die Antragstellerin; dies trifft jedoch nicht zu.
- 52 Zwar hat die Antragsgegnerin nur bei einer kleinen Stichprobe von zehn Artikeln des Randsortiments die Preise der Antragstellerin, der Beigeladenen, eines dritten Bieter und von am Vergabeverfahren nicht beteiligten Marktakteuren tatsächlich verglichen; bei einer Verlagerung von Preisbestandteilen vom Kernsortiment in das Randsortiment müssten sich allerdings schon bei kleinen Stichprobe Auffälligkeiten zeigen, gerade wenn die Beigeladene, wie von der Antragstellerin behauptet, das Kernsortiment tatsächlich 50 Prozent unterhalb des für sie auskömmlichen Preises angeboten hätte. Dies war jedoch nicht der Fall. Gleichwohl hat auch der Senat die Preislisten der Antragstellerin und der Beigeladenen stichprobenartig verglichen und keine Auffälligkeiten festgestellt. So bieten etwa beide - was in Anbetracht der Marktbedeutung dieses Produkts kein Geschäftsgeheimnis darstellt - die Leitz Ordner 1050 und 1080 an. Wäre der Vortrag der Antragstellerin richtig, dass die Beigeladene im Gegensatz zu ihr keine Lieferbeziehung mit den Herstellern unterhalte, sondern alle Produkte über die T.beziehe, weshalb diese mit den Einkaufs-, Lager- und Logistikkosten der T.belastet seien, dann müssten gerade diese Artikel aus dem Randsortiment bei der Beigeladenen teurer sein als bei der Antragstellerin. Dies ist jedoch nicht der Fall.
- 53 c) Die Antragstellerin vermag auch mit ihrer Rüge, die Beigeladene verfüge nicht über eigene Erfahrungen mit einem Punchout-Katalog und habe insoweit unrichtige beziehungsweise unzutreffende Referenzen eingereicht, nicht durchzudringen. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht wegen Fehlens der geforderten Eignung gemäß § 57 Abs. 1 Halbsatz 1 i. V. m. § 42 Abs. 1 VgV von der Wertung auszuschließen.
- 54 aa) Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen nicht. Die Rüge vom 23. November 2020 ist auch insoweit stimmig, zumal die Antragstellerin über die behauptete komplette Verlagerung von Einkauf, Lagerhaltung und Logistik auf die T.hinaus vorgetragen hat, die Beigeladene nutze bis dato nur das Standard-Shopsystem der T., welches eine Anbindung an ein e-Procurement-System des Kunden über eine OCI-Schnittstelle gerade nicht ermögliche, und nicht das hierfür geeignete System "So.Pro-

cure". Auch insoweit war aufgrund der konkreten Argumentation offensichtlich, dass sie diese Erkenntnisse bei lebensnaher Betrachtung nur von einem Mitarbeiter der T.erlangt haben konnte.

- 55 bb) Der Nachprüfungsantrag ist aber auch insoweit unbegründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 57 Abs. 1 Halbsatz 1 i. V. m. § 42 Abs. 1 VgV wegen fehlender Eignung von der Wertung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB.
- 56 Gemäß § 42 Abs. 1 VgV überprüft der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bewerber oder Bieter anhand der nach § 122 GWB festgelegten Eignungskriterien und schließt gegebenenfalls Bewerber oder Bieter mangels Eignung vom Vergabeverfahren aus. Nach der Anlage Referenzen waren mindestens zwei Referenzen vergleichbarer Aufträge bei öffentlichen Auftraggebern aus den letzten drei Jahren einzureichen, wobei mindestens eine Referenzbehörde dabei sein sollte, die diverse Büro- und Verbrauchsmaterialien aus einem Punchout-Katalog bezieht. Die Referenzen waren dabei durch Eigenerklärungen nachzuweisen. Dies ist seitens der Beigeladenen geschehen.
- 57 Es kann dahinstehen, ob die Antragsgegnerin gehalten war, die Angabe der Referenzbehörde, die diverse Büro- und Verbrauchsmaterialien aus einem Punchout-Katalog bezieht, zu überprüfen, da sie die Beigeladene mit E-Mail vom 11. November 2020 zur Beibringung einer Erklärung der Referenzstelle aufgefordert hat und die Beigeladene dem nachgekommen ist. Die Beigeladene hat ein Schreiben des Zweckverbandes beigebracht, in dem dieser die Belieferung durch die Beigeladene über ein genau bezeichnetes Beschaffungssystem bestätigt. Dabei handelt es sich nicht um eine allgemeine Bestätigung der T.über die Verwendung von "So.Procure" und auch nicht um dieses System.
- 58 d) Unbegründet ist ihr Nachprüfungsantrag auch, soweit die Antragstellerin das Fehlen einer Nachunternehmererklärung rügt. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV von der Wertung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin ebenfalls nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB.
- 59 aa) Der Nachprüfungsantrag scheitert allerdings nicht bereits am Fehlen einer diesbezüglichen Rüge. Die Rügeobliegenheit entsteht erst, nachdem der Antragsteller von der zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gemachten Nichtbeachtung von Vergaberechtsvorschriften weiß. Dies setzt die positive Kenntnis aller tatsächlichen Umstände, aus denen die Beanstandung im Nachprüfungsverfahren abgeleitet wird, sowie die zumindest laienhafte Wertung voraus, dass sich aus ihnen eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren ergibt. Wie auch sonst, wenn das Gesetz auf positive Kenntnis abstellt, bilden eine Ausnahme nur die Fälle, in denen der Antragsteller sich der vorausgesetzten und ihm möglichen Erkenntnis bewusst verschließt. Ansonsten reicht bloße Erkennbarkeit nicht aus (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, VergabeR 2007, 59, 65 Rn. 35 und ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. Beschluss vom 8. Dezember 2008, VII-Verg 55/08, BeckRS 2009, 6214 m. w. N.). Erkennt der Antragsteller vor Anbringung des Nachprüfungsantrags keinen Vergaberechtsverstoß oder erhält er erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens davon Kenntnis, führt dies zu keiner Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB, weil dann deren Zweck, ein Nachprüfungsverfahren nach Möglichkeit zu vermeiden, nicht erreicht werden kann

(vgl. BGH a. a. O. Rn. 37 sowie ebenfalls ständige Rechtsprechung des Senats a. a. O.). Ein (erst) im Nachprüfungsverfahren erkannter Vergaberechtsverstoß kann nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs mithin keine, genauso wenig eine erneute Rügeobliegenheit auslösen (Senatsbeschluss vom 8. Dezember 2008, VII-Verg 55/08, BeckRS 2009, 6214). Vorliegend hat die Antragstellerin das Fehlen einer Nachunternehmererklärung der Beigeladenen erst im Zuge ihrer Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren erkannt.

- 60 bb) Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet. Die Beigeladene war nicht gehalten, im Zuge der in Abschnitt III Ziffer 1.3 geforderten Vorlage von Eignungsnachweisen und sonstigen Erklärungen auch für Unterauftragnehmer eine Nachunternehmererklärung für die T.einzureichen. Die T.ist nicht Nachunternehmerin der Beigeladenen.
- 61 Unterauftragnehmer (Art. 25 Richtlinie 2004/18/EG; Art. 71 Richtlinie 2014/24/EU) führen, wenn auch allein vom Auftragnehmer beauftragt und in keinem Auftragsverhältnis zum Auftraggeber stehend, durch Übernahme bestimmte Teile des Auftrags, mithin einen Teil der in der Leistungsbeschreibung oder im Leistungsverzeichnis festgelegten Leistungen, selbstständig aus (Senatsbeschluss vom 25. Juni 2014, VII-Verg 38/13, BeckRS 2014, 15908 Rn. 22). Hingegen werden Dritte, die zum Beispiel dem Bieter auch dadurch Mittel zur Verfügung stellen, dass sie ihm die notwendigen Geräte vermieten, hierdurch nicht Unterauftragnehmer i. S. des Art. 71 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU (Art. 25 Vergaberichtlinie 2004/18/EG) (Senatsbeschluss vom 30. Juni 2010, VII-Verg 13/10, NZBau 2011, 54, 55).
- 62 Nachunternehmer ist folglich beispielsweise ein Bauunternehmer, der im Auftrag des Bieters selbstständig ein eigenständiges Gewerk, wie etwa die Anbringung des Außenputzes, auszuführen soll. Darum geht es hier nicht. Der Vortrag der Antragstellerin, bei der Beigeladenen handele es sich um ein kleines Unternehmen ohne eigenen Einkauf, Lagerhaltung und Logistik, das sämtliche Produkte von der T.beziehe, die auch die gesamte Warenlogistik übernehme, und auf deren System So.Procure sie zur Anbindung an ein e-Procurement-System des Kunden über eine OCI-Schnittstelle zurückgreifen müsse, ist widerlegt; insofern kann auf die vorstehenden Ausführungen zu b.bb) und c.bb) verwiesen werden. Der nach dem Vorbringen der Beigeladenen verbleibende Rückgriff auf die Warenlogistik der T.begründet kein Nachunternehmerverhältnis, da es sich dabei nicht um die selbständige Erledigung eines Teils des Lieferauftrags, sondern lediglich um eine unselbständige Unterstützungsleistung in Gestalt einer Servicedienstleistung handelt; vergleichbar der Vermietung notwendiger Geräte.
- 63 e) Soweit die Antragstellerin eine drohende De-facto-Vergabe bezüglich der in der Ausschreibung nicht ausdrücklich aufgeführten Büroartikeln aus dem Randsortiment geltend macht, ist ihr Nachprüfungsantrag bereits unzulässig; soweit sie sich gegen die angebliche Absicht der Antragsgegnerin wendet, die Beigeladene auch in Bezug auf den gar nicht mitausgeschriebenen EDV-Bedarfs zu beauftragen, ist er unbegründet.
- 64 aa) Die in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB aufgestellte Rügeobliegenheit besteht nach der Senatsrechtsprechung auch bei Nachprüfungsanträgen gegen angekündigte Direktvergaben (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020, VII-Verg 27/17, BeckRS 2020, 8810 Rn. 21). Die Rüge erfüllt ihren Zweck, dem öffentlichen Auftraggeber die Selbstkorrektur zu ermöglichen sowie Verzögerungen und unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden (Senatsbeschlüsse vom 19. Februar 2020, VII-Verg 27/17, und 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19; BayObLG, Beschluss vom 20. August 2001, Verg 9/01, NZBau 2002, 348; Jaeger

in Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 3).

- 65 Dies steht nicht in Widerspruch zu Entscheidungen anderer Obergerichte. Soweit die Oberlandesgerichte München (Beschlüsse vom 31. März 2016, Verg 14/15, juris, Rn. 141, und vom 22. Juni 2011, Verg 6/11, juris, Rn. 60), Frankfurt a.M. (Beschluss vom 30. Januar 2014, 11 Verg 15/13, juris, Rn. 34) und Celle (Beschluss vom 29. Oktober 2009, 13 Verg 8/09, juris, Rn. 54) eine Rügeobliegenheit bei Direktvergaben verneint haben, betraf dies - anders als hier - Fälle vollzogener Direktvergaben (teils als "De-facto-Vergabe" bezeichnet). Zudem war der angewandte Rechtssatz in den genannten Entscheidungen wegen rechtzeitiger Rüge bzw. mangels Feststellungen zur Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß (OLG München, Beschluss vom 22. Juni 2011, Verg 6/11) nicht tragend. Der Senat weicht auch nicht in einem tragenden Rechtssatz von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg ab, das eine Rügeobliegenheit bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit einer "drohenden" Direktvergabe verneint hat (Beschluss vom 14. Dezember 2010, 1 Verg 5/10, juris, Rn. 66). Die Entscheidung ist auf der Grundlage der außer Kraft getretenen Vorschriften der §§ 101b Abs. 2 Satz 1, 107 Abs. 3 Satz 2 S. 2 GWB a. F. ergangen und betraf eine bevorstehende Direktvergabe, die - anders als hier - ohne Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union durchgeführt worden war. Nichts für sich herleiten kann die Antragstellerin schließlich aus den Beschlüssen des Oberlandesgerichts München vom 14. Oktober 2019 (Verg 16/19) und des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 16. November 2016 (15 Verg 5/16) und vom 9. Oktober 2012 (15 Verg 12/11), die zum Bestehen einer Rügeobliegenheit keine Ausführungen enthalten und aus denen hervorgeht, dass die dortigen Antragsteller, abweichend zur Antragstellerin, die beabsichtigte Direktvergabe gerügt haben. Für eine Divergenzvorlage nach § 179 Abs. 2 GWB besteht vor diesem Hintergrund kein Anlass (zu den Voraussetzungen einer Divergenzvorlage vgl. BGH, Beschluss vom 12. November 2019, XIII ZB 120/19 Rn. 14) (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020, VII-Verg 27/17, BeckRS 2020, 8810 Rn. 22).
- 66 Gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Die Rügeobliegenheit wird nur ausgelöst, wenn der Antragsteller eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende positive Kenntnis von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen hat. Darüber hinaus muss er aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich die positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen haben (Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 40). Nicht erforderlich ist die Kenntnis eines völlig zweifelfreien und in jeder Beziehung sicher nachweisbaren Vergaberechtsfehlers, da für die Rügeobliegenheit nicht erheblich ist, ob ein Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt. Es reicht vielmehr schon das Wissen um einen Sachverhalt, der, gegebenenfalls auch erst nach juristischer Beratung, den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt (Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 7. Oktober 2003, 11 Verg 7/03; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Kommentar, 2016, § 160 Rn. 58; Reidt in: Reidt/ Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 51; Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 160 GWB Rn. 225). Dem gleichzustellen ist, wenn der Antragsteller in tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis in einer Weise verharrt, die mit Blick auf einen möglichen Vergaberechtsverstoß als ein mutwilliges Sich-der-Erkenntnis-Verschließen zu bewerten ist (BGH, Beschluss vom 26.

September 2006, X ZB 14/06 - juris, Rn. 35; Senatsbeschlüsse vom 19. Februar 2020, VII-Verg 27/17, BeckRS 2020, 8810 Rn. 24, vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, und vom 12. Juni 2019, VII-Verg 54/18, juris, Rn. 49).

- 67 Vorliegend hat die Antragstellerin erkannt, dass die Antragsgegnerin eine Vergabe auch bezüglich der in der Ausschreibung nicht ausdrücklich aufgeführten Büroartikeln aus dem Randsortiment beabsichtigt, wie ihre gegen die Konzeption der Ausschreibung gerichtete Rüge vom 16. Oktober 2020 zeigt, mit der sie gerade beanstandet hat, dass nach dem die 63 Artikel aus dem Kernsortiment umfassenden Preisblatt nur ein sehr kleiner, zehn Prozent des Auftragsvolumens ausmachender Teil der Gesamtleistung in die Bewertung der Vergabe einfließe. Ihr war folglich klar, dass die Antragsgegnerin eine Auftragsvergabe nicht nur bezüglich des Kern-, sondern auch bezüglich des 90 Prozent des Auftragsvolumens ausmachenden Randsortiments beabsichtigte. Von daher war sie gehalten, auch dies schon seinerzeit als vergaberechtswidrig zu rügen.
- 68 bb) Soweit die Antragstellerin eine drohende De-facto-Vergabe bezüglich des gar nicht mitausgeschriebenen EDV-Bedarfs geltend macht, fällt ihr zwar keine Verletzung ihrer Rügeobligie zu Last, da nicht festzustellen ist, dass sie dies bereits vor Einreichung ihres Nachprüfungsantrags erkannt hat - im Nachprüfungsantrag vom 27. November 2020 findet sich hierzu noch nichts. Insoweit ist der Nachprüfungsantrag allerdings unbegründet. Die Antragsgegnerin hat in der mündlichen Verhandlung klargestellt, dass sie ihren EDV-Bedarf auf der Grundlage separater, laufender Verträge deckt.
- 69 Im Übrigen wäre eine drohende De-facto-Vergabe auch bezüglich des EDV-Bedarfs ohnehin nicht geeignet gewesen, den begehrten Ausschluss des Angebots der Beigeladenen als der erstplatzierten Bieterin von der Wertung, die Aufhebung des Vergabeverfahrens und Zurückversetzung oder die Wiederholung der Angebotsbewertung begründen. Eine drohende De-facto-Vergabe bezüglich eines nicht ausgeschriebenen Teils beträfe gerade nicht das auf den ausgeschriebenen Teil bezogene Vergabeverfahren, sondern berührte allein den von Ausschreibung und Vergabeverfahren nicht gedeckten drohenden überschießenden Vertragsschluss. Auf diesen Vertragsschluss muss der Antrag gerichtet sein, das Verfahren ist in diesem Fall gemäß § 178 Satz 3 GWB auf die Feststellung zu richten, dass der beabsichtigte Vertrag gegen Vergabevorschriften verstößt, den Antragsteller in seinen Rechten verletzt und ein Vertragsschluss zu unterlassen ist (OLG Hamburg, Beschluss vom 14. Dezember 2010, 1 Verg 5/10, NZBau 2011, 185, 188; Immenga/Mestmäcker/Dreher, Wettbewerbsrecht, 6. Aufl. 2021, § 160 GWB Rn. 115).
- 70 3. Soweit sich die Antragstellerin gegen ihren Ausschluss vom Vergabeverfahren nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens wendet, ist ihr Begehr mangels Antragsbefugnis unzulässig, da durch diesen ihre Chancen auf Auftragsteilung nicht beeinträchtigt werden. Der Ausschluss der Antragsgegnerin ist für beabsichtigte Auftragsteilung an die Beigeladene vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen nicht kausal.
- 71 a) Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.
- 72 Ein Schaden droht, wenn der Antragstellers im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschluss vom 10.

- November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565; Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26). Das ist regelmäßig der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf, und zur Bedarfsdeckung eine Neuauusschreibung in Betracht kommt (BGH a. a. O.). An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens sind deshalb keine sehr hohen Anforderungen zu stellen (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26, und vom 30. September 2020, VII-Verg 15/20).
- 73 Wenn allerdings eine Verschlechterung der Zuschlagschancen durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß offensichtlich ausgeschlossen ist, ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26, und vom 30. September 2020, VII-Verg 15/20). Ist das Angebot des Antragstellers gegenüber dem der Beigeladenen schon aus anderen Gründen chancenlos, werden seine Auftragschancen durch den gerügten Vergabeverstoß nicht geschmälert (Senatsbeschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12, BeckRS 2012, 18205).
- 74 Letzteres ist vorliegend der Fall. Die beabsichtigte Auftragerteilung an die Beigeladene ist - wie vorstehend unter 2. ausgeführt - vergaberechtskonform. Das eingeleitete Vergabeverfahren darf daher durch Zuschlag an die Beigeladene beendet werden, eine Neuauusschreibung, bei der die Antragstellerin eine Chance auf den Zuschlag haben könnte, kommt nicht in Betracht. Damit ist das Angebot der Antragstellerin chancenlos, unabhängig davon, ob ihr nach abschließender Angebotsbewertung und Mitteilung nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB erfolgter Ausschluss vergaberechtskonform war oder ob sie zwar im Vergabeverfahren zu verbleiben hätte, weil sie dann als Zweitplatzierte den Zuschlag nicht erhielte.
- 75 b) Nur ergänzend bemerkt der Senat, dass der Ausschluss der Antragstellerin bei vorläufiger Bewertung Bedenken begegnet.
- 76 Soweit die Antragsgegnerin in der Beschaffung von Informationen über Beigeladene bei der T. den Versuch sieht, entgegen § 124 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. b) GWB vertrauliche Informationen zu erhalten, verkennt sie den Regelungsgehalt der Norm. Die Bestimmung schützt die in § 5 VgV geregelte Verpflichtung zur Wahrung der Vertraulichkeit, wonach der öffentliche Auftraggeber keine von den Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich gekennzeichneten Informationen weitergeben darf und die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Interessensbekundungen, Interessensbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen gewährleisten muss (Immenga/Mestmäcker/Kling, 6. Aufl. 2021, GWB § 124 Rnrs. 114, 115). § 124 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. b) GWB ermöglicht folglich die Sanktionierung des Versuchs, an die dem öffentlichen Auftraggeber übermittelten Informationen oder bei diesem gespeicherten Daten heranzukommen (Immenga/Mestmäcker/Kling, 6. Aufl. 2021, GWB § 124 Rn. 116). Der vorliegend der Antragstellerin von der Antragsgegnerin zur Last gelegte Versuch, Informationen über den Betrieb der Beigeladenen bei der am Vergabeverfahren nicht einmal beteiligten T. zu beschaffen, ist demgegenüber schon nicht tatbestandsmäßig.
- 77 Die Beschaffung von Informationen über die Beigeladene bei der T. und die Übermittlung dieser Informationen nach der Mitteilung nach § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB dürfte auch we-

der einen Ausschluss wegen unzulässiger Beeinflussung der Entscheidungsfindung nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. a) GWB noch wegen irreführender Informationen nach § 124 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. c) GWB rechtfertigen. Nach der Grundsatzentscheidung des Großen Senats für Zivilsachen des Bundesgerichtshofs vom 15. Juli 2005, GSZ 1/04, darf die Einleitung eines staatlichen, gesetzlich eingerichteten und geregelten Verfahrens bei subjektiver Redlichkeit nur die im Verfahrensrecht vorgesehenen Sanktionen zeitigen, für eine lediglich fahrlässige Fehleinschätzung haftet der Rechtsschutzsuchende gerade nicht (BGH, GSZ, NJW 2005, 3141, 3142). Die im Rahmen von Nachforschungen erlangten Erkenntnisse dürfen folglich vorgetragen werden, soweit diese subjektiv für richtig erachtet werden. Der Berücksichtigung lediglich fahrlässig irreführender Angaben im Rahmen des § 124 Abs. 1 Nr. 9 Buchst. c) GWB dürfte daher nach Abschluss des Vergabeverfahrens und bei Vortrag im Rahmen von Rüge, Nachprüfungsantrag und Beschwerdebegründung die vorstehend zitierte Entscheidung des Großen Senats entgegen stehen. Dass die Antragstellerin bewusst falsch vorgetragen hat, ist nicht dargetan.

III.

- 78 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen.
- 79 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent der Bruttoauftragssumme, wobei vorliegend von der Schätzung der Antragsgegnerin auf 1,9 Millionen Euro auszugehen ist. Ein Abstellen auf den Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin wäre hier verfehlt, da sich dieses nur auf das Kernsortiment bezieht, auf welches lediglich ein kleiner Teil des Gesamtumsatzes entfällt.