

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Schleswig-Holstein > 2019 > 13.06.2019 - 54 Verg 2 / 19

## OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19

(Bieter unterliegt)

### Normen:

§ 97 Abs. 3 GWB; § 160 GWB; § 50 Abs. 2 GKG

### Stichworte:

Rügen in mehrstufigen Verfahren, Innovationspartnerschaft, indikative Angebote, Wettbewerbsvorteil

### Leitsatz (redaktionell):

1. Rügt ein Unternehmen, ein Vergabevermerk enthalte keine Ausführungen zur Losvergabe, so erfasst diese Rüge nicht die Missachtung des Vorrangs der Losvergabe, wenn der Vergabevermerk tatsächlich doch hierzu Angaben enthält.
2. Werden in einem mehrstufigen Vergabeverfahren wie einer Innovationspartnerschaft in den einzelnen Stufen verbindliche Vorgaben oder Mindestanforderungen an die Bieter und deren Angebote gemacht, trifft die Bieter die Obliegenheit, diese jeweils zeitnah zu prüfen und ggf. zu rügen.
3. Auch die Fristen für die Abgabe noch nicht verbindlicher, indikativer Angebote sind Angebotsfristen im Sinne der Rügeobliegenheiten.
4. Die Präklusion wegen unterlassener Rüge umfasst auch die Folgewirkungen eines etwaigen Verstoßes.
5. Die Präklusionsregeln dürfen über den Untersuchungsgrundsatz nicht umgangen werden. Von der Präklusion erfasste Rechtsverstöße dürfen daher nicht von Amts wegen aufgegriffen werden.
6. Es liegt ein unterschiedlicher Sachverhalt, der unterschiedliche Behandlungen von Bietergruppen erlaubt, vor, wenn sich bestimmte Kostenbestandteile bei diesen Gruppen jeweils in unterschiedlicher Weise auf die Gesamtkosten der Leistung auswirken.
7. Auftraggeber sind verpflichtet, aus der Konzeption der Ausschreibung rührende Wettbewerbsnachteile bestimmter Gruppen von Unternehmen auszugleichen, beispielsweise durch einen Wertungsausgleich.
8. Bestehen bei einer bestimmten Art der Leistungserbringung Risiken, beispielsweise die einer Verzögerung, kann der Auftraggeber diese bei der Angebotswertung berücksichtigen. Die Quantifizierung dieses Risikos ist Teil eines gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Einschätzungsspielraums der Vergabestelle.
9. Hat ein Unternehmen kein Angebot eingereicht, ist für die Wertbemessung des Verfahrens auf die fiktive Angebotssumme oder, soweit hierfür Anhaltspunkte fehlen, auf den objektiven Wert der zu vergebenden Leistung abzustellen. Hierfür können die von anderen Bietern angebotenen Preise einen Anhaltspunkt vermitteln.

### Entscheidungstext:

In dem Beschwerdeverfahren

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

pp.

betreffend das Vergabeverfahren „Innovative Triebzüge für Schleswig-Holstein“ (ABl. EU 2016/S 151-272954) - Sofortige Beschwerde - hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Dr. Hilgenhövel, den Richter am Oberverwaltungsgericht Wilke und den Richter am Oberlandesgericht Harder auf die mündliche Verhandlung vom 25. April 2019 in Schleswig am 13. Juni 2019 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 30. Januar 2019, Az. VK-SH 28/18 wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren beträgt 30 Millionen Euro.

## **Gründe**

### **I.**

Der Beschwerdegegner schreibt im Verfahren einer Innovationspartnerschaft die Lieferung von „Triebzügen mit elektrischem Antriebsstrang zum Einsatz im Schienenpersonennahverkehr (SPNV) in Schleswig-Holstein und deren langfristige Instandhaltung“ aus. Die diesbezügliche Auftragsbekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der EU (TED) vom 06.08.2016 (S 151).

Die Beschaffung wurde beschrieben mit der „Entwicklung, Herstellung und Lieferung“ sowie der „langfristigen Instandhaltung von Triebzügen mit elektrischem Antriebsstrang“, die zunächst auf überwiegend nicht elektrifizierten Bahnstrecken in Schleswig Holstein eingesetzt werden sollen (zu II.2.4). Der gesamte Fahrzeugbedarf (einschließlich Reserve) wurde mit 52 Fahrzeugen angegeben; weiter heißt es:

„Die Ausgestaltung des Antriebs, einschließlich der Anforderungen an die Energieversorgung und Energiespeicherung einschließlich der dazu jeweils stationären Anlagen werden Gegenstand der Verhandlungen sein, ebenso die Ausgestaltung der weiteren Fahrzeuganforderungen“ (zu II.2.4).

Unter Nr. II. 5 heißt es zu den Zuschlagskriterien:

„Der Preis ist nicht das einzige Zuschlagskriterium, alle Kriterien sind nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt.“

In den Vergabeunterlagen wurden – in Anlage ABC 3 – in „Preis- und Bewertungsblättern zehn Wertungskriterien bekannt gemacht, wobei sich die Vergabestelle vorbehielt, diese im Verfahrensablauf weiter zu „verfeinern“.

Der Beschwerdegegner ließ nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs zum weiteren Verfahren sechs Auftragsbewerber zu. Mit diesen führte er zwischen November 2016 und Juni 2017 drei sog. Vorgespräche („Verhandlungsrunden“) durch. Den „Vorgesprächen“ gingen jeweils sog. „Verfahrensbriefe“ vom 06.10.2016, 16.01.2017 und vom 02.05.2017 der als „ausschließlicher Ansprechpartner“ der Bewerber angegebenen Fa. N. voraus; in den „Verfahrensbriefen“ heißt es u. a.:

\* (1. Verfahrensbrief vom 06.10.2016:)

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

„Es ist vorgesehen, dass die Folgerungen von allgemeinem Interesse, die sich für die Vergabestelle aus den Verhandlungsrunden ergeben, den Bewerbern in Form eines allgemeinen Resümees zur Verfügung gestellt werden. Auf Basis der ersten Verhandlungsrunde wird die Vergabestelle im Internetportal (...) Lastenhefte Fahrzeuge und Instandhaltung veröffentlichen. Auf Basis der Kommentierungen der Bewerber können hierzu weitere Verhandlungsrunden stattfinden. ... Zur Kommunikation mit den Bewerbern wurde ein Internetportal eingerichtet. ... Die Bewerber erhalten einmal täglich eine Benachrichtigungsemail, wenn Rückfragen veröffentlicht, neue Dokumente eingestellt oder weitere Hinweise ... veröffentlicht wurden. ...“

\* (2. Verfahrensbrief vom 16.01.2017:)

„(1.2) Für die spätere Vergabe der Verkehrsleistung der beiden Netze sind ... Lose vorgesehen. ... (1.3) Die Abstimmung des Betriebskonzepts ist ... ein zentraler Punkt bei den Fahrzeugkonzepten, die auf ein regelmäßiges Nachladen angewiesen sind. ... Ergebnis der Diskussion der betrieblichen Szenarien könnten Anforderungen sein, dass die Fahrzeuge eine bestimmte Reichweite ohne Nachladung erreichen müssen oder zusätzliche Zwischenladestellen auf der Strecke zur Absicherung der betrieblichen Stabilität errichtet werden müssen. ... (1.4) Ende November 2016 gab es zwischen der Vergabestelle und der D. ein erstes Gespräch [zu Nachladeinfrastrukturen....“

\* (3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017:)

„(1) Unter Nachladeinfrastruktur werden alle Anlagen angesehen, die zur Versorgung der Triebzüge mit Energie benötigt werden. Die benötigte Energie unterscheidet sich in Strom und Kraftstoffe (gasförmig, flüssig). Als „Besondere Nachladeinfrastrukturen“ werden die Energieversorgungseinrichtungen verstanden, die nach dem Konzept des Bieters erforderlich sind, um die Triebzüge mit Energie zu betanken bzw. aufzuladen. Nicht als besondere Nachladeinfrastrukturen gelten diese Tankstellen und bereits bestehende Bahnstromoberleitungen bzw. durch die N. geplante Nachrüstungen (s.u.). ... (1.1) Der Hersteller ist für die Errichtung, Vorhaltung und den Betrieb der nach seinem Konzept vorgesehenen besonderen Nachladeinfrastruktur verantwortlich, soweit diese ... errichtet werden muss. ... Seitens der N. sind Nachrüstungen von Oberleitungsabschnitten an Bahnsteiggleisen... bis zur Betriebsaufnahme geplant. Diese Maßnahmen werden von der N. bei der D. AG direkt in Auftrag gegeben werden, sofern ein Fahrzeugkonzept mit Triebzügen, die Strom aus dem Bahnstrom-Oberleitungsnetz nachladen können, bezuschlagt wird. Die Vorplanungen dieser Nachrüstungen werden von der N. bereits parallel zum Vergabeverfahren in Auftrag gegeben. Die geschätzten Kosten der Nachrüstung (einschließlich Vorplanungskosten) werden in der Bewertung derjenigen Fahrzeugkonzepte eingepreist, die eine Nachladung über Bahnstrom-Oberleitungen vorsehen. Darüber hinaus wird die N. einen Katalog von Nachrüstungen von weiteren Bahnhofsoberleitungen bzw. Oberleitungsverlängerungen (...) planen, die auf Wunsch der Bieter jeweils zur Ausführung kommen können und in diesem Fall auf den Wertungspreis aufgeschlagen werden. Die Vergabestelle weist auf die im Vergabeportal veröffentlichte Datei XXX hin, die Grobkostenschätzungen der D. AG zu bestimmten Stromnachladeeinrichtungen enthält. ... (1.3) Die Vergabestelle geht davon aus, dass die Anlagen [zur Nachladeinfrastruktur] XXX von Zugangsberechtigten diskriminierungsfrei genutzt werden kann. ... [Für die 3. Verhandlungsrunde ist vorgesehen, über] ...die Anforderungen zur Nachladeinfrastruktur [zu sprechen] ...“

Am 19.07.2017 forderte der Beschwerdegegner die Beschwerdeführerin sowie drei weitere Auftragsbewerber zur Abgabe „indikativer“ Angebote bis zum 27.10.2017 auf. Der Aufforderung wurde „Vergabebedingungen“ und „Anforderungen an die indikativen Angebote“ beigefügt, letztere (zu 3.2) mit Wertungskriterien (Preise [Fahrzeugflotte, Instandhaltung], Energie-, Infrastrukturkosten, Qualität [Fahrzeug, Werkstatt-, Ladeinfrastruktur, Umwelt]).

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Auf der Grundlage der - auch von der Beschwerdeführerin - abgegebenen indikativen Angebote führte der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeführerin und drei weiteren Auftragsbewerbern im Dezember 2017 bzw. Januar/Februar 2018 weitere „Verhandlungsrunden“ durch, wobei zuvor von allen Bewerbern Unterlagen nachgefordert worden waren.

In einem weiteren - 4. - „Verfahrensbrief“ vom 29.06.2018 heißt es:

\* „(1) Die aktualisierten Vergabeunterlagen ... setzen sich aus folgenden Dokumenten zusammen: ... C. Ladeinfrastruktur - Anlage C1: Vorgaben Angebot Ladeinfrastruktur (unverändert), Anlage C2: Vertrag Ladeinfrastruktur für Triebzüge (Version 2), Anlage C4: Lastenheft Ladeinfrastruktur (Version 2). ... (2.1) Es liegen weiterhin gesonderte Verträge für die Lieferung der Triebzüge, Instandhaltung der Triebzüge und die Ladeinfrastruktur vor. Das Zusammenwirken aller Verträge (A2, B2 und C2) wird in einer Rahmenvereinbarung geregelt. ... Das Land wird - sofern das Konzept des Bieters dies vorsieht - die Planung und den Bau von neuen oder die Nachrüstung von existierenden Anlagen zum Laden von Energie im unmittelbaren Bereich der Schienenwege der D. AG (...) direkt bei der D. AG beauftragen. Diese Maßnahmen fallen damit nicht unter den Begriff der besonderen Ladeinfrastruktur. ... Die Bieter benennen in ihren Angeboten ihren Bedarf an den oben beschriebenen Maßnahmen, die bei der D. AG für ihre Konzepte in Auftrag gegeben werden sollen. Soweit der Hersteller XXX Nachrüstungen von Oberleitungen angegeben und in seinem Angebot beschrieben hat, wird das Land für die Errichtung dieser Anlagenteile sorgen. Die von der Vergabestelle erwarteten Kosten sind im Preisblatt unter C. 2.2 angegeben und werden den Angeboten, die auf entsprechende Nachrüstungen angewiesen sind, hinzugerechnet. ... Im Ladeinfrastrukturvertrag gelten unabhängig vom Energiekonzept die gleichen Vergütungsbestandteile (Basispauschale, Ladeentgelt, ggf. Entgelt für Energie). Neu aufgenommen wurde die Option für den Hersteller, für die Vertragslaufzeit den Strom anzubieten (...)....“

Aktualisierte Vergabeunterlagen veröffentlichte der Beschwerdegegner ebenfalls im Juni 2018. Darin heißt es:

„(2.9) Zuschlagskriterien

Der Zuschlag erfolgt auf dasjenige Angebot, das die zu vergebende Leistung vollständig umfasst und unter Berücksichtigung aller Umstände das Wirtschaftlichste ist. Die Wertungskriterien einschließlich aller Unterkriterien und des Verhältnisses der Wertungskriterien untereinander ergibt sich aus dem vorgegebenen Bewertungsschema der Anlage ABC 3, Preis- und Bewertungsblätter. Für die Angebotskalkulation hat der Bieter diese Vordrucke zu verwenden. ...“

Die Beschwerdeführerin nahm dies und den - im 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 bekannt gegebenen - Umstand, dass das Land die Planung und den Bau von neuen oder die Nachrüstung von existierenden Anlagen zum Laden von Energie direkt bei der D. AG beauftragen werde, sofern das Konzept eines Bieters dies vorsieht, zum Anlass, mit Schreiben vom 13.07.2018 Verstöße gegen das Transparenzgebot und gegen das gegen das Diskriminierungsverbot zu rügen:

Aus dem Verfahrensbrief gehe nicht eindeutig hervor, ob der Aufschlag lediglich für das Nachrüsten der Oberleitungen oder für sämtliche Anlagen zum Laden im unmittelbaren Bereich der Schienenwege gelte; unklar sei auch, weshalb der Aufschlag erfolge und wie er sich errechne. Es dränge sich der Verdacht auf, dass Hersteller wasserstoffbetriebener Fahrzeuge benachteiligt würden, weil diese Wasserstoff-Tankstellen eigenverantwortlich errichten und die Kosten dafür in vollem Umfang in den Angebotspreis einkalkulieren müssten, während Hersteller von Zügen anderer Betriebsart bestehende bzw. ohnehin geplante Infrastruktur mitnutzen könnten und ihrem Angebote lediglich ein Teil der Kosten für das Nachrüsten und Errichten aufgeschlagen werde. Die im Preisblatt „vorgeinstellten“ Preispositionen für (optionale) Oberleitungen könnten die Mehrkosten der Errichtung von besonderen Ladeinfrastrukturen für Wasserstoff-Triebzüge nicht

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

ansatzweise kompensieren. Die Erläuterungen dazu seien widersprüchlich und lückenhaft. Der Aufschlag solle lediglich in Bezug auf Oberleitungen gelten, nicht aber für alle anderen Infrastrukturen; der Nachteil der Hersteller von Wasserstoff-Triebzügen werde diesbezüglich in keiner Weise kompensiert.

Der Beschwerdegegner teilte daraufhin mit, er sei bestrebt, die Bieter gleich zu behandeln; er regte an, darüber im nächsten Bietergespräch zu sprechen. Im Schreiben vom 22.08.2018 teilte er mit, der Rüge werde nicht abgeholfen.

Mit Schreiben vom 27.08.2018 teilte die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner mit, sie „verstehe“ das Schreiben des Beschwerdegegners so, dass die überarbeiteten Vergabeunterlagen, die „alle gerügten Aspekte in abgeänderter Form enthalten“, bei „Bedarf“ erneut beanstandet werden könnten. Durch E-Mail vom 28.08.2018 antwortete der Beschwerdegegner, es werde „überarbeitete Vergabeunterlagen in Form von konkreten und final festgelegten Wertungsaufschlägen geben“, die „bei Bedarf erneut beanstandet werden können.“

Im September 2018 erstellte die N. überarbeitete Texte u. a. für einen „Vertrag über Entwicklung, Herstellung und Lieferung von Triebzügen“ (Anlage A 2), für „Lastenhefte“ für Triebzüge (Anlage A 4), für die Instandhaltung (Anlagen B 1, B4) und für die Hersteller-Werkstatt (Anlage B 6), ferner „Vorgaben zum Angebot Ladeinfrastruktur“ (Anlage C 1), einen Vertragstext zur Ladeinfrastruktur (Anlage C 2) und ein „Lastenheft Ladeinfrastruktur“ (Anlage C 4) sowie Kapazitätsvorgaben und einen „Maßnahmenkatalog Ladeinfrastruktur“ (Anlagen C 4-a, C 4-b).

Die Anlagen A 2 (Herstellung und Lieferung von Triebzügen), A 4 (Lastenheft Fahrzeug), B 1 und B 4 (Vorgaben Instandhaltung; Lastenheft Instandhaltung) sowie B 6 (Lastenheft Hersteller-Werkstatt) enthalten keine besonderen Vorgaben zur Nachladung der Fahrzeuge bzw. zur Nachladeinfrastruktur. Solche Vorgaben sind der Anlage C 1 zu entnehmen, insbesondere zum „Umfang des Angebots Ladeinfrastruktur“ (0), zu wertungsrelevanten Angaben (1: Basispauschale, Maßnahmenkatalog Ladeinfrastruktur, Energiebedarf, Investitionskosten), zum Aufbau und zur Struktur des Angebots zur Ladeinfrastruktur (2- 4: Vertrag, Lastenheft), zum Energieversorgungskonzept (5: Energieträger, Anlagen Technologie, Umfang Ladeinfrastruktur) zu Standorten (6: für Betankungs- oder besondere Nachladeanlagen) sowie zu Betrieb und Instandhaltung (7). Im Einzelnen heißt es dort:

„(0) Der Bieter muss die für sein Gesamtkonzept benötigte und von ihm angebotene besondere Ladeinfrastruktur errichten und über die Vertragslaufzeit betriebsbereit vorhalten. ...

(1.1) Für die gesamte Vertragsdauer ist eine Basispauschale Ladeinfrastruktur für die Nutzung der besonderen Ladeinfrastruktur anzugeben. ... Mit der Basispauschale Ladeinfrastruktur soll der Bieter alle Kosten abdecken, die ihm mit der Einrichtung und Vorhaltung der Kapazitäten der besonderen Ladeinfrastruktur unabhängig vom tatsächlichen Nutzungsumfang entstehen. ... Die Basispauschale Ladeinfrastruktur ist ... als jährlicher Festpreis anzugeben ....

(1.3) Seitens des Landes wird ein Katalog möglicher Nachrüstungen von existierender Nachladeinfrastruktur (einschließlich Oberleitungsverlängerungen) und neue Oberleitungsinselanlagen im Bereich der XXX D. AG angeboten - siehe Maßnahmenkatalog Ladeinfrastruktur, Anhang C4-b. Hieraus hat der Bieter die Maßnahmen auszuwählen, die er für sein Energieversorgungskonzept benötigt. Die von Bieter ausgewählten Maßnahmen werden vom Land bei der D. AG direkt veranlasst, sofern das Angebot des Bieters bezuschlagt wird. ... Die vom Land geschätzten Kosten der jeweiligen Maßnahmen (einschließlich Kostenrisiken ...) werden den Angeboten der betroffenen Fahrzeugkonzepte zugeschlagen.



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

(1.4.1) Der Bieter hat im Preisblatt ... den bzw. die Endenergieträger, mit denen die Triebzüge mit Energie versorgt werden, auszuwählen. Zur Auswahl stehen elektrische Energie, elektrische Energie/Diesel (Hybride) und Wasserstoff. ...

(1.4.4) Nutzt der Bieter in seinem Gesamtkonzept Wasserstoff XXX, so hat er anzugeben, aus welcher Quelle dieser stammt ...

(1.4.5) Der Hersteller kann die Lieferung von elektrischer Energie (Strom) XXX anbieten. Wenn er von dieser Option Gebrauch macht, hat er XXX seinen Angebotspreis für Strom in €/kWh anzugeben. ...

(2) Das Angebot zur Ladeinfrastruktur ist gemäß nachfolgender Aufstellung zu strukturieren. ...

(3.3) Alle Preisangaben von der Planung, Errichtung bis hin zum Betrieb von besonderen Ladeanlagen sind ... ausschließlich in dem beigefügten Preisblatt (Anlage ABC 3) vorzunehmen.

(4) Lastenheft Ladeinfrastruktur ...

(5.1) Der Bieter hat in seinem Angebot den oder die verwendeten Energieträger XXX zu beschreiben. ... [Dazu gehören auch] die Beschreibung des Ladevorgangs für die Triebzüge [sowie] Angaben zu Eigenschaften besonderer Kraftstoffe, zur Primärenergie, aus denen [diese] produziert oder gewonnen werden, [ferner zu] allen Speicherungen zwischen Gewinnung/Produktion und einer Anlage der Ladeinfrastruktur und zum Transport und Wirkungsgrad bzw. Energieverlust bis zum Ladevorgang sowie die Sicherstellung der Energieversorgung XXX im Falle von Störungen an der Ladeinfrastruktur.

(5.2) Der Bieter hat in seinem Angebot die von ihm gewählte Anlagen Technologie für besondere Ladeinfrastruktur detailliert zu beschreiben. ...

(5.3- 6.11: Anlagentechnologie, [Anlagen-]Standorte, ...)

(7) (Betrieb und Instandhaltung) ...“

Die Anlage C 2 betrifft einen Vertrag zur Ladeinfrastruktur; die Anlage C 4 ein „Lastenheft Ladeinfrastruktur“ mit allgemeinen Vorgaben sowie i. w. technischen Spezifikationen für Besondere Ladeinfrastrukturen, differenziert nach Betankungsanlagen (nach Nr. 2.4.5 auch für Wasserstoff) und Nachladungen aus dem Stromnetz. Angeschlossen sind die Anlagen C 4a (Kapazitätsvorgaben für Stationen) und C 4b (Maßnahmenkatalog Ladeinfrastruktur); letztere enthält mögliche Oberleitungsverlängerungen, neue Oberleitungsinselanlagen (OLIA) sowie deren mögliche Varianten, die „im Bereich der Schienenwege der D. AG aufgebaut werden können.“ Die Bieter haben daraus „die Maßnahmen und Varianten auszuwählen“, die sie für ihr Energieversorgungskonzept benötigen.

Der Beschwerdegegner stellte den Bietern zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots vom 16.10.2018 die (o. g.) geänderten Vergabeunterlagen zur Verfügung.

Ende 2018 folgten noch Aufklärungsgespräche mit der Beschwerdeführerin und zwei weiteren Auftragsbewerbern.

Die Beschwerdeführerin rügte mit Schreiben vom 06.11.2018 (erneut) Verstöße gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot, da die geänderten Vergabeunterlagen weiterhin zu Ungleichbehandlungen zwischen den Herstellern batterieelektrischer Triebzüge bzw. wasserstoffbetriebener Triebzüge führten. Während letztere die gesamte Infrastruktur planen und einpreisen müssten und dafür während der gesamten

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Vertragslaufzeit einzustehen hätten, sei dies bei Herstellern batteriegetriebener Fahrzeuge nicht der Fall. Durch Wertungsaufschläge werde dies nicht ausreichend kompensiert. Es bleibe unklar, ob Kostenrisiken bei den Wertungsaufschlägen ausreichend berücksichtigt worden seien; deren Kalkulation sei transparent offen zu legen. Unklar seien auch die Angaben im Preisblatt.

Diesen Vergaberügen half der Beschwerdegegner insoweit ab, als die Regelungen im Anhang C 4-b Nr. 1 Abs. 3 der Vergabeunterlagen zu einem Teilbetrieb (für den Fall nicht rechtzeitiger Herstellung der Ladeinfrastruktur) ersatzlos strich; Im Übrigen half er den Rügen nicht ab (Schreiben vom 19.11.2018).

Die Beschwerdeführerin gab nachfolgend - bis zum Ende der Angebotsfrist am 14.01.2019 - kein verbindliches Angebot ab.

Am 04.12.2018 hat die Beschwerdeführerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer gestellt.

Sie hat an ihrer Ansicht festgehalten, sie werde als Herstellerin von wasserstoffgetriebenen Zügen diskriminiert, da sie - anders als Hersteller batteriegetriebener Züge - die Ladeinfrastruktur vollständig erstellen und betreiben müsse. Dies werde nicht hinreichend durch Wertungsaufschläge kompensiert, zumal diese intransparent seien und nur auf Kostenschätzungen beruhten. Eine Diskriminierung liege auch darin, dass sie auch den zur Herstellung von Wasserstoff benötigten Strom sicherstellen müsse, während die Hersteller batteriegetriebener Fahrzeuge keine Stromlieferung sicherzustellen hätten. Der Beschaffungsgegenstand und die Bewertungskriterien seien im laufenden Verfahren erheblich verändert worden. Zudem verstoße die beabsichtigte Vergabe gegen das Gebot der Losvergabe und erfolge im Hinblick auf die sog. Innovationspartnerschaft auch in einer falschen Vergabeverfahrensart. Aufgrund der Diskriminierung sei sie praktisch außerstande gewesen, ein Angebot abzugeben. Eine Zuschlagserteilung könne deshalb nicht erfolgen und das Vergabeverfahren sei in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote zurückzusetzen.

Die Beschwerdegegnerin ist dem entgegengetreten; sie hat die Ansicht vertreten, die Einwände der Beschwerdeführerin seien „weitgehend“ präkludiert. Die unterschiedliche Situation von Bietern batteriegetriebener bzw. wasserstoffgetriebener Fahrzeuge liege in der Natur der Sache. Die Bereitschaft, die D. AG mit der Herstellung der erforderlichen elektrischen Ladeinfrastruktur zu beauftragen, ergebe sich aus der diesbezüglichen Zuständigkeit der Bahn.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 30.01.2019 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, der Antrag sei überwiegend unzulässig, da „weitgehend“ präkludiert. Soweit beanstandet werde, dass neben der Lieferung und Instandhaltung von Fahrzeugen auch die Errichtung und der Betrieb einer Nachladeinfrastruktur und die Lieferung des benötigten Treibstoffs ausgeschrieben würden, sei darauf bereits in der Vergabebekanntmachung (Nr. II.2.4) hingewiesen worden. Darüber hinaus sei die Fahrzeuglieferung ebenso wie die Bereitstellung der Infrastruktur regelmäßig Bestandteil der Aufklärungsgespräche, Verhandlungsrunden und Verfahrensbriefe gewesen. Der Beschwerdeführerin habe deshalb bekannt sein müssen, dass neben der Lieferung und Instandhaltung der Fahrzeuge auch die Errichtung und der Betrieb der Ladeinfrastruktur anzubieten sei. Es sei nicht erkennbar, dass die Beschwerdeführerin innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe zu einer diesbezüglichen Rüge außerstande gewesen wäre. Soweit eine Diskriminierung dahingehend gerügt werde, dass Bieter batteriegetriebener Fahrzeuge im Laufe des Vergabeverfahrens von der Verpflichtung zur Einbindung ihrer Ladeinfrastruktur in das vorhandene D. entbunden worden seien, sei darauf bereits im 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 hingewiesen worden. Auch insoweit sei der Beschwerdeführerin eine Rüge innerhalb der Frist zur Angebotsabgabe möglich gewesen. Soweit eine unterbliebene Losaufteilung und die Wahl der falschen Vergabeverfahrensart gerügt werden, habe dazu bereits auf der Grundlage der Vergabebekanntmachung - Nr. II.6 und Nr. IV.1 -

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Veranlassung bestanden. Die erstmals mit Schreiben vom 13.7.2018 erhobene Rüge sei diesbezüglich verspätet.

Eine Präklusion liege demgegenüber nicht vor, soweit eine mangelnde Transparenz der Ermittlung der konkreten Wertungsaufschläge zu Lasten von Bietern batteriegetriebener Fahrzeuge beanstandet werde. Der Beschwerdegegner habe dazu erst nach Ablauf der Angebotsabgabefrist konkretere Angaben gemacht. Auch hinsichtlich der gerügten Preisgleitklausel sei Präklusion nicht eingetreten.

Der Nachprüfungsantrag sei, soweit zulässig, jedenfalls unbegründet. Hinsichtlich der Ermittlung der Wertungsaufschläge zu Lasten von Anbietern batteriegetriebener Fahrzeuge habe der Beschwerdegegner dem Transparenzgebot dadurch Genüge getan, dass er mitgeteilt habe, an welchen Orten er zur Herstellung von Oberleitungsanlagen im Schienenwegenetz der Bahn bereit ist und in welcher Höhe ein Wertungsmalus bei Inanspruchnahme einer errichteten Oberleitungsanlage vergeben würde. Das Transparenzgebot verpflichte den Beschwerdegegner nicht zur Offenlegung seiner Kalkulation samt Kostenprognosen, da diese auf vertraulichen Zahlen der D. AG und der D. GmbH basiere. Es erscheine zudem fraglich, ob der Beschwerdegegner in Ermangelung einer vergleichbaren Ausgangslage überhaupt verpflichtet oder in der Lage gewesen sei, völlig gleiche Ausgangsbedingungen zu schaffen und somit Vorteile für Anbieter von batteriegetriebenen Fahrzeugen auszugleichen.

Auch wenn es wegen der Präklusion nicht mehr entscheidend darauf ankomme, sehe die Kammer Veranlassung, auf das Transparenz- bzw. Gleichbehandlungsgebot näher einzugehen. Vorliegend liege schon kein Sachverhalt vor, der eine Gleichbehandlung erfordere. Vor dem Hintergrund der „technologieoffenen“ Ausschreibung könnten Anbieter von batterieelektrischen Fahrzeugen hinsichtlich der Nachladung faktisch auf die bereits vorhandenen Bahn-Oberleitungen zurückgreifen, während für wasserstoffgetriebene Fahrzeuge die notwendige Infrastruktur erst geschaffen werden müsse. Damit bestehe eine grundlegend unterschiedliche Ausgangslage, die einer Gleichbehandlung entgegenstehe. Es sei den Eigentumsverhältnissen geschuldet, wenn Oberleitungsanlagen an bestimmten Punkten vom Land beauftragt würden. Die diesbezügliche Entscheidung sei nicht zu beanstanden. Der Beschwerdegegner sei zur Herstellung einer vollumfänglich gleichen Ausgangslage nicht nur nicht verpflichtet, sondern aufgrund der Komplexität der Materie auch kaum in der Lage. Unabhängig davon habe der Beschwerdegegner in einer nachvollziehbaren, gewissenhaften, plausiblen und auch hinreichenden Weise den unterschiedlichen Ausgangsbedingungen durch ein System von Wertungsaufschlägen bzw. Malus-Regelungen Rechnung getragen. Dabei seien auch Risiken berücksichtigt worden.

Auch in dem Umstand, dass Hersteller batteriebetriebener Antriebe entscheiden könnten, ob sie die notwendige Energie mitlieferten oder nicht, während Bieter wasserstoffgetriebener Fahrzeuge die Energieversorgung für 20 Jahre zu gewährleisten hätten, liege keine unzulässige Diskriminierung. Im Unterschied zu Wasserstoff stehe Strom jederzeit ortsunabhängig zur Verfügung, was für den Energieträger Wasserstoff nicht gelte. Ein diesbezüglicher Markt bestehe nicht. Der Wahlfreiheit von Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge sei zudem dadurch Rechnung getragen worden, dass der von einem Angebot nicht umfasste Faktor der Stromlieferung im Preisblatt als Wertungsaufschlag einbezogen werde. Der Beschwerdegegner müsse auch nicht etwaige Preisunterschiede für den Energieträger Strom und für andere Energieträger im Vergabeverfahren ausgleichen.

Auch im Hinblick auf den geforderten CO<sub>2</sub>-Nachweis würden Anbieter wasserstoffgetriebener Fahrzeuge nicht diskriminiert. Anbieter batteriegetriebener Fahrzeuge müssten zusichern, dass die für deren Energiebedarf benötigte elektrische Energie ausschließlich aus CO<sub>2</sub>-frei erzeugtem Strom bezogen werde. Soweit die Preisgleitklausel beanstandet werde, habe der Beschwerdegegner die dafür bestehenden Gründe nachvollziehbar erläutert.



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Gegen den ihr am 30.01.2019 zugestellten Beschluss hat die Beschwerdeführerin am 13.02.2018 sofortige Beschwerde erhoben.

Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, die Vergabekammer habe ihren Einwänden zu Unrecht eine Präklusion entgegen gehalten. Zu Beginn des Vergabeverfahrens sei noch nicht klar gewesen, ob die Ladeinfrastruktur und die Energielieferung mit ausgeschrieben würden. Die Rüge eines ungleichen Leistungsumfangs in Bezug auf die Ladeinfrastruktur für batterie- bzw. wasserstoffbetriebene Fahrzeuge und die wesentliche Änderung des Leistungsgegenstandes zugunsten batteriebetriebener Fahrzeuge sei durch Schreiben vom 06.11.2018 fristgemäß gerügt worden. Beide Rügen seien nicht schon durch die Auftragsbekanntmachung 2016, sondern erst durch die Vergabeunterlagen in der Fassung vom 21.09. bzw. 17.10.2018 veranlasst worden. Der (vorherige) 3. Verfahrensbrief habe - insbesondere - für die vom Land zu übernehmenden Infrastrukturmaßnahmen einen viel geringeren Umfang angekündigt; maßgeblich sei die „Besondere Ladeinfrastruktur“ erst dem am 17.10.2018 bekannt gegebenen Maßnahmenkatalog und den aktualisierten Preisblättern zu entnehmen gewesen. Dementsprechend habe erst danach gerügt werden können. Für eine fristwahrende Rüge sei allein auf die finale Frist zur Abgabe verbindlicher Angebote - zum 14.01.2019 - abzustellen. Gleiches gelte auch für die Rüge gegen die (nur) Wasserstoff-Konzepte betreffende verpflichtende Energie- und Kraftstofflieferung. Des Weiteren seien auch die Rügen gegen eine unterlassene Losaufteilung, die Wahl eines falschen Vergabeverfahrens, die sachwidrige Bestimmung des Beschaffungsbedarfs und die mangelnde Vergabereife nicht präkludiert, ebenso nicht der Verdacht bestehender Interessenkonflikte. Dies habe erst nach Akteneinsicht gerügt werden können.

Das „technologieoffen“ konzipierte Vergabeverfahren verstoße mit den für die Abgabe verbindlicher Angebote geltenden Bedingungen - zudem - gegen das Transparenzgebot und das Diskriminierungsverbot. Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge hätten ungleich viel mehr Leistungen anzubieten als Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge. Dies werde nicht kompensiert. Folglich seien die Angebote nicht miteinander vergleichbar.

Im Rahmen der Bestimmung des Leistungsumfangs dürften bestimmte Unternehmen oder Produkte weder begünstigt noch ausgeschlossen werden. Trotz vergleichbarer Sachlage werde die Ladeinfrastruktur für batteriebetriebene Fahrzeuge separat beauftragt, während diese von Anbietern wasserstoffbetriebener Fahrzeuge mit allen Risiken und Unwägbarkeiten angeboten werden müsse. Hier werde mit zweierlei Maß gemessen. Der Wettbewerb werde dadurch künstlich eingeschränkt. Wasserstoff-Konzepte seien erheblich höheren Anforderungen zum Leistungsumfang, zu den Risiken und zu den Auftragsbedingungen ausgesetzt, als es bei batteriebetriebenen Konzepten der Fall sei. Das missachte auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Allein das Erfordernis einer Ladeinfrastruktur begründe nicht automatisch, dass diese auch von der Herstellern der Züge mit angeboten werden müsse. Als mildere Mittel hätten eine nachgelagerte Vergabe der Infrastrukturerrichtung oder die Ausklammerung der Kraftstofflieferung zur Verfügung gestanden. Aus Sicht der D. AG seien Oberleitungsinselfür Akku-Züge und Wasserstoff-Tankstellen gleichwertige Alternativen.

Die Ungleichbehandlung beider Bietergruppen sei sachlich nicht gerechtfertigt. Während Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge auf eine (später) vom Land errichtete Infrastruktur zurückgreifen könnten, was zu einem entsprechend geringerem Aufwand für die Angebotserstellung und die Infrastrukturerrichtung führe, müssten Bieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge Tankstellen und Anlagen zur Herstellung von Wasserstoff bauen sowie die Erbringung von Betriebs- und Instandhaltungsleistungen einschließlich Planung sowie Errichtungs-, Genehmigungs-, Verzögerungs-, Schlechterfüllungs-, Schadensersatz- und Kündigungsrisiken bis 2052 tragen. Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge trügen keine Verantwortung für den Betrieb und die Instandhaltung der Ladeinfrastruktur und die Folgekosten; diese Leistungsteile seien aus den für diese Anbieter geltenden Anforderungen herausgenommen worden.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Der ungleich höhere Leistungsumfang für Wasserstoffkonzepte werde unzureichend kompensiert. Warum die Ladeinfrastruktur für Batteriekonzepte vom Land separat beauftragt werde, sei nicht nachvollziehbar, zumal auch insoweit innovative Lösungen möglich seien. Dazu gehörten nicht nur Verlängerungen oder Nachrüstungen von bestehenden Oberleitungsanlagen, sondern auch Neubauten von Nachladeeinrichtungen, insbesondere von Oberleitungsinselanlagen (OLIA). Mit der Herausnahme dieser Infrastrukturteile und der damit verbundenen Reduzierung des Leistungsumfangs gehe eine Änderung der Zuschlagskriterien einher. Für Wasserstoff-Nachladeeinrichtungen gehe ein tatsächlicher Preis, für elektrische Nachladeeinrichtungen ein fiktiver Preis für eine nicht anzubietende Leistung in die Wertung ein.

Dazu gehörten nicht allein Verlängerungen/Nachrüstungen von bestehenden Oberleitungsanlagen, sondern auch Neubauten von Nachladeanlagen, insbesondere Oberleitungsinselanlagen. Mit der Herausnahme dieser Infrastrukturteile und die damit verbundene Reduzierung des Leistungsumfangs gehe eine Änderung der Zuschlagskriterien einher, in dem einerseits ein tatsächlicher Preis für eine tatsächliche Leistung und andererseits ein fiktiver Preis für eine nicht anzubietende Leistung anzubieten sei.

Die für elektrische Nachladeeinrichtungen vorgesehenen Wertungsaufschläge beruhten lediglich auf Kostenschätzungen der D.-E., so dass spätere Abweichungen zu Lasten des Auftraggebers gingen, während solche bei Wasserstoffkonzepten dem Bieter zur Last fielen, der deshalb viel exakter kalkulieren müsse.

Durch die Änderung des Auftragsgegenstandes zugunsten von batteriegetriebenen Fahrzeugen sei der Auftraggeber den betroffenen Bietern im Laufe des Verfahrens weit entgegen gekommen. Ein solches Entgegenkommen habe es für Wasserstoffkonzepte nicht gegeben. Eine besondere Ladeinfrastruktur sei bis zum 3. Verfahrensbrief auch von Anbietern batteriegetriebener Fahrzeuge gefordert worden. Erst im 4. Verfahrensbrief sei etwas anderes angedeutet worden, was dann im Rahmen der Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote im Oktober 2018 – also zwei Jahre nach Beginn der Ausschreibung - konkretisiert worden sei. Die (entsprechende) Änderung von Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien sei nach § 19 Abs. 5 S. 2 VgV unzulässig. Bieter batteriegetriebener Fahrzeuge seien gleichheitswidrig bevorzugt worden. Für die Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge solle die Errichtung von Nachladeeinrichtungen vom Auftraggeber veranlasst werden, was auf wasserstoffbetriebene Fahrzeuge nicht zutrefe. Während sie als Anbieterin solcher Fahrzeuge die erforderliche Infrastruktur selbst anzubieten und hierfür die volle preisliche und sachliche Verantwortung zu tragen habe, solle die Errichtung entsprechender - neuer - Anlagen für batteriebetriebene Fahrzeuge durch den Auftraggeber und in dessen voller Verantwortung erfolgen. Die technologieoffene Ausschreibung habe dadurch derartige Einschränkungen erfahren, dass faktisch nur noch eine bestimmte Konzeption eines bestimmten Kreises von Bietern Zuschlagschancen habe. Dafür bestünden keine sachlichen Gründe.

Auch die Ungleichbehandlung dahingehend, dass bei Wasserstoffkonzepten die Energieversorgung für mindestens zwanzig Jahre sichergestellt werden müsse, während es Anbietern batteriegetriebener Fahrzeuge freigestellt werde, ob sie die Energielieferung mit anboten oder nicht, werde ebenfalls unzureichend ausgeglichen.

Infolge dessen seien die Angebote nicht miteinander vergleichbar.

Die Ungleichbehandlung könne nicht mit entgegenstehenden Rechten Dritter, insbesondere des D.-K., gerechtfertigt werden. Eine mangelnde Verhandlungsbereitschaft der Bahn mit Bietern batteriegetriebener Fahrzeuge sei nirgends belegt; eine diesbezügliche Weigerung der Bahn habe anfangs nicht bestanden; sie existiere in Wahrheit nicht und wäre - unabhängig davon - auch ein kartellrechtswidriger Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Es sei zudem widersprüchlich, einerseits zu behaupten, die Bahn könne von Bietern nicht direkt mit der Errichtung von Ladeinfrastrukturanlagen beauftragt werden, und andererseits

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

vorzusehen, dass Infrastruktureinrichtungen oberhalb von 27 Mio. Euro Kosten von Herstellern batteriegetriebener Fahrzeuge selbst errichtet werden müssten. Eine Beauftragung durch das Land sei folglich nicht zwingend erforderlich. Indem das Land die Errichtung der elektrischen Nachladeinfrastruktur selbst beauftragen wolle, beteilige es sich an dem kartellrechtswidrigen Verhalten der D. AG. Zudem entziehe die Errichtung der Infrastruktur für die elektrifizierte Variante durch das Land diesen Bereich dem Wettbewerb, was für Bieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge nicht der Fall sei. Indem das Land Schleswig-Holstein gegenüber der D. AG zugesagt habe, die Nachladeinfrastruktur für batteriebetriebene Fahrzeuge selbst zu beauftragen, habe es sich an dem kartellrechtswidrigen Verhalten der D. AG beteiligt. Dies könne keine sachliche Rechtfertigung für eine erhebliche Ungleichbehandlung im Vergabeverfahren darstellen.

Die vorgesehenen Wertungsaufschläge für Anbieter batteriegetriebener Fahrzeuge beruhten lediglich auf Kostenschätzungen. Demgegenüber müssten Anbieter für wasserstoffgetriebene Fahrzeuge mit verbindlichen Preisen kalkulieren. Schon darin liege eine gewichtige Ungleichbehandlung. Die Wertungsaufschläge berücksichtigten zudem nicht alle relevanten Risiken und seien auch unstimmtig. Die Kosten seien unvollständig berücksichtigt worden, insbesondere in Bezug auf Kosten von Genehmigungsverfahren, Erschließungs- und Anschlusskosten. Weiter seien die Investitionskosten und die Ansätze für Risiken (bzgl. einer Erhöhung der Trassenentgelte, von Inseloberleitungen, bzgl. Auflagen für Bau und Betrieb, Verzögerungen, Instandhaltung) sowie Folgekosten unzureichend berücksichtigt worden. Die Folgen einer bewussten oder fahrlässigen Fehleinschätzung zu benötigten Infrastrukturanlagen blieben unberücksichtigt, ebenso, wer diesbezügliche Kosten trage. Unklar sei auch, warum der Umfang der vom Land zu tragenden Infrastrukturmaßnahmen auf 27 Mio. € begrenzt worden sei. Die Bezugnahme auf Kostenschätzungen der Bahn führe nicht zu realistischen Kosten, da die Bahn an entsprechenden Infrastruktur-Aufträgen interessiert sei und einen Batteriebetrieb bevorzuge. Da der Wertungsaufschlag den verminderten Leistungsumfang in Bezug auf die Infrastruktur für batteriebetriebene Fahrzeuge ausgleichen solle, komme es auf eine (anderweitige) Gewährung von Fördermitteln für wasserstoff- bzw. batteriebetriebene Züge nicht an.

Die Preisgleitklausel in Nr. 14 des vorgesehenen Vertrages zur Ladeinfrastruktur sei (nur) für sog. „Bahnstrom“ ausgelegt, nicht jedoch für Strom zur Herstellung von Wasserstoff. Die Klausel sehe für Strom eine Bindung an den Index des Statistischen Bundesamtes für Sondervertragskunden vor. Die für die Herstellung von Wasserstoff anfallenden tatsächlichen Kosten und deren Veränderungen würden vom Stromindex nicht abgebildet, was zu einem hohen, unzumutbaren Risiko führe. Während Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge einen Wasserstoff-Lieferanten als Nachunternehmer oder als Lieferant beauftragen und entsprechende Risikozuschläge einkalkulieren müssten, könnten Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge dem von vornherein dadurch entgehen, dass sie eine Stromlieferung gar nicht erst anboten. Eine Preisgleitklausel sei zu dem rechtlich unzulässig.

Auch das Gebot der Losvergabe gem. § 97 Abs. 4 GWB sei missachtet worden. Mit der Frage einer -vorrangigen - Fachlosvergabe hinsichtlich der Fahrzeuglieferung und -instandhaltung einerseits sowie der Errichtung der erforderlichen Ladeinfrastrukturen und der Energielieferung andererseits habe sich der Beschwerdegegner nicht einmal ansatzweise auseinandergesetzt. Zumindest die Errichtung und der Betrieb der Ladeinfrastruktur und die Energielieferung hätten (jeweils) als separates Los ausgeschrieben werden können, was der Marktsituation entsprochen hätte. Gründe für eine Zusammenfassung dieser Bereiche seien weder ersichtlich noch (im Vergabevermerk) dokumentiert. Eine Nachdokumentation im Nachprüfungsverfahren sei nicht möglich. Die Gesamtvergabe führe zu einer künstlichen Einschränkung des Wettbewerbs.

Mit dem Verfahren einer Innovationspartnerschaft sei die falsche Vergabeverfahrensart gewählt worden. Dieser Fehler habe sich erst mit Akteneinsicht offenbart. Ein solches Verfahren komme nur für nicht am Markt verfügbare Leistungen in Betracht. Demgegenüber seien die vorliegend ausgeschrieben

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Antriebstechnologien zumindest teilweise bereits entwickelt gewesen. Die durch die Zusammenfassung der Einzelleistungen entstehende Wettbewerbsbeschränkung laufe der Intention der EU-Richtlinie 2014/24/EU zuwider. Das Verfahren sei vorliegend auch nicht im Sinne einer Innovationspartnerschaft gestaltet worden, es mute vielmehr wie ein normales Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb an, an dessen Abschluss unmittelbar die Auftragserteilung und Leistungserbringung stehe. Die Wahl der Verfahrensart sei auch nicht dokumentiert worden. Zumindes sei zu fragen, ob das Verfahren als Innovationspartnerschaft hätte fortgeführt werden dürfen, als bekannt geworden sei, dass keine echten Innovationen angeboten worden sei.

Mangels vorliegender Leistungsbeschreibungen habe zur Zeit der Vergabebekanntmachung noch keine Vergabereife bestanden. Dies sei erst durch Akteneinsicht ersichtlich geworden. Der Beschaffungsbedarf sei sachwidrig nur anhand der Vorschläge der Bieter bestimmt worden. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass Teile der Leistung erst auf Anregung bestimmter Bieter gefordert worden seien und die Leistungsbestimmung daher nicht diskriminierungsfrei erfolgt sei.

Im Vergabeverfahren seien auch Interessenkonflikte hervorgetreten, da Mitglieder einer im September 2017 und im Januar 2018 beteiligten Expertenkommission nicht (alle) so unabhängig seien, wie es zugesichert worden sei. Das gelte für Prof. Dr. S. (R. A.), der auch für S. tätig sei, ebenso für die Einbeziehung von Unternehmen des D.-K., da insbesondere die D. AG und die D. E. finanzielle und wirtschaftliche Interessen (an Aufträgen zur Errichtung von Ladeinfrastruktur) hätten. Infolgedessen sei ein gleichheitswidriger Einfluss auf die Vergabebedingungen zu ihren (der Beschwerdeführerin) Lasten entstanden. Es verstoße zudem gegen das Vertraulichkeitsgebot, der D. AG die konzeptionellen Lösungen der Bieter vorzustellen, um mit ihr die Rahmenbedingungen abzuklären.

Ihr indikatives Angebot habe sie nicht als (Teil einer) Bietergemeinschaft abgegeben, sondern Nachunternehmer lediglich als „Kooperationspartner benannt.

Die Beschwerdeführerin beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 30.01.2019 - VK-SH 28/18 - aufzuheben und den Beschwerdegegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zurückzusetzen und nur unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen, ferner, die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären und dem Beschwerdegegner die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

Der Beschwerdegegner beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Er erwidert: Der anzubietende Leistungsinhalt und -umfang sei im Laufe des Vergabeverfahrens nicht wesentlich geändert worden. Bieter, deren Fahrzeuge auf besondere Kraftstoffe angewiesen seien, müssten die Lieferung der zugehörigen Ladeinfrastruktur mit anbieten. Soweit Infrastrukturen bereits vorhanden seien, sei die Verknüpfung damit herzustellen. Eine Besonderheit bestehe nur insoweit, als das Land bestimmte Verknüpfungspunkte selbst gegenüber der Bahn beauftragen werde; darüber hinaus erforderliche Ladeinfrastruktur müsse angeboten und vorgehalten werden. Aus dem Umstand, dass letztlich nur batteriegetriebene Fahrzeuge angeboten würden, sei (nur) abzuleiten, dass derartigen Konzepten die größten Wettbewerbschancen beigemessen würden. Soweit im Preisblatt V8 nur noch Konzeptionen mit Strom, Hybrid und Wasserstoff vorgesehen seien, beruhe dies darauf, dass die im Teilnahmewettbewerb ausgewählten Bieter sich auf diese Konzeptionen beschränkt hätten.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Unzulässige Verhandlungen über Mindestkriterien hätten nicht stattgefunden. Da die Bahn nicht bereit gewesen sei, mit verschiedenen Bietern über die Errichtung von Infrastrukturverknüpfungen zu verhandeln, wäre ohne die Entscheidung des Landes, solche Einrichtungen bei der Bahn zu beauftragen, eine Wettbewerbsteilnahme für Anbieter batteriegetriebener Fahrzeuge unmöglich gewesen.

Da die Beschwerdeführerin ein Konzept anbiete, dass keinerlei Verknüpfung mit vorhandener Infrastruktur vorsehe, sei die Situation mit derjenigen der Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge nicht vergleichbar. Der aus der Bereitschaft des Landes, die Herstellung von Verknüpfungspunkten selbst zu beauftragen, entstehende Wertungsvorteil werde durch einen detailliert ermittelten Wertungsaufschlag ausgeglichen.

Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass Bieter batteriebetriebener Fahrzeuge auf vom Land beauftragte Verknüpfungspunkte zurückgreifen könnten und - ferner - die Änderung des Auftragsgegenstandes im Vergabeverfahren und einen (angeblich) ungleichen Leistungsumfang im Hinblick auf die Energie- bzw. Kraftstofflieferung beanstande, sei präkludiert. Sämtliche Rügen seien verspätet erhoben worden. Das gelte - weiterhin - auch für den Einwand gegen eine Gesamtvergabe (statt Losvergabe), gegen die Wahl der Vergabeverfahrensart und die angeblich fehlende Vergabereife.

Unabhängig davon liege keine vergaberechtswidrige Diskriminierung vor. Die Vergabestelle sei auch im Rahmen einer technikoffenen Ausschreibung nicht verpflichtet, produktbezogene Unterschiede auszugleichen oder einen entsprechenden „Nachteilsausgleich“ vorzusehen.

Die Verpflichtung zur Herstellung und Erhaltung einer Ladeinfrastruktur für Wasserstoffkonzepte sei nicht diskriminierend, weil insoweit nicht auf eine bereits vorhandene Infrastruktur zurückgegriffen werden könne, was für batteriegetriebene Konzepte aber der Fall sei. Die Vergabestelle sei auch nicht verpflichtet, die Bereitstellung einer - real nicht existenten - Ladeinfrastruktur vorzugeben.

Zum Auftragsgegenstand habe von Anfang an auch die Sicherstellung der Versorgung mit besonderen Kraftstoffen gehört. Indem batteriegetriebenen Konzepten die Anknüpfung an bestehende Oberleitungen gestattet werde, werde lediglich an tatsächlich vorhandene Unterschiede angeknüpft. Das sei nicht diskriminierend. Solche Unterschiede könnten nicht ignoriert werden.

Ohne dazu verpflichtet gewesen zu sein, seien die Vorteile der Anbieter von batteriegetriebenen Antriebskonzepten im Rahmen der Angebotswertung durch vorgesehene Wertungsaufschläge ausgeglichen worden. Die diesbezüglichen Kosten seien akribisch unter Berücksichtigung aller prognostisch in Betracht kommenden Kostenfaktoren ermittelt worden.

Die Beschwerdeführerin habe deshalb kein Angebot abgegeben, weil sie für die Übernahme der notwendigen Ladeinfrastruktur und Wasserstofflieferung keinen Subunternehmer habe finden können.

Der unterschiedliche Leistungsumfang zu Energie- und Kraftstofflieferung begründe keine Diskriminierung. In Bezug auf Wasserstoff habe nicht von einem (nicht existenten) Marktpreis ausgegangen werden können. Deshalb sei auch in Bezug auf die Preisgleitklausel eine Ungleichbehandlung aus; dem diesbezüglichen Einwand der Beschwerdeführerin stehe im Übrigen Präklusion gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB entgegen.

Mit ihren Einwänden gegen die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs verkenne die Beschwerdeführerin, dass die Vergabestelle selbst bestimme, was sie beschaffen will. Der Bedarf sei eigenständig und ohne Beeinflussung durch Dritte festgelegt worden.



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Ein Interessenkonflikt habe im Vergabeverfahren nicht bestanden. Die „Expertenkommission“ habe keinerlei Einfluss auf die Verfahrensgestaltung genommen und keine Empfehlungen dazu abgegeben oder eine Präferenz zugunsten einzelner Antriebskonzeptionen benannt. Allein der Umstand, dass ein Mitglied der Expertenkommission an einer Hochschule tätig sei, die Forschungspartnerin von S. sei, führe nicht zu dessen Befangenheit. Die Bahn sei nicht in das Verfahren einbezogen worden, mit ihr seien lediglich die Rahmenbedingungen abgestimmt worden, was im Hinblick auf die Ladeinfrastruktur notwendig gewesen sei. Versuche, batteriegetriebene Konzepte zu bevorzugen, habe es nicht gegeben. Auch sei nicht gegen das Vertraulichkeitsgebot verstoßen worden.

Dem Antrag der Beschwerdeführerin auf „weitergehende“ Akteneinsicht hat der Senat durch Beschluss vom 22.03.2019 nur in Bezug auf die Akten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie eine Einsichtnahme in Protokolle, die die eigene Auftragsbewerbung der Beschwerdeführerin betreffen, stattgegeben; im Übrigen ist der Antrag abgelehnt worden.

Die Beteiligten haben im Anschluss an die mündliche Verhandlung des Senats am 25.04.2019 durch Schriftsätze vom 30.04. und 16.05. 2019 (Beschwerdeführerin) und vom 08.05.2019 (Beschwerdegegner) ergänzend vorgetragen:

Die Beschwerdeführerin hält an ihrer Ansicht fest, ihre Rüge einer Ungleichbehandlung der Bieter zur Ladeinfrastruktur sei nicht präkludiert, da diese Ungleichbehandlung nicht bereits im 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 angekündigt worden sei. In jenem Brief sei keine Rede davon gewesen, dass auch die Errichtung von neuen Oberleitungsinselanlagen (OLIA) vom Land übernommen werden würde. Dies sei erstmalig im 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 angekündigt worden. Damit habe dieser Punkt nicht vor Ablauf der Frist vor Abgabe der indikativen Angebote gerügt werden können. Ohnehin sei für die Rügefrist allein auf den Termin zur Abgabe finaler Angebote abzustellen. Da über indikative Angebote noch habe verhandelt werden sollen, hätten in den dafür veröffentlichten Vergabeunterlagen noch keine finalen Vorgaben enthalten sein können. Die Vergabestelle habe – zudem – bestätigt, dass auch nach deren Schreiben vom 27.08.2018 noch alle gerügten Aspekte gerügt werden könnten und zu keinem der zuvor beanstandeten Rügepunkte eine abschließende Entscheidung getroffen worden sei. Unklarheiten gingen insoweit zu Lasten der Vergabestelle. Aus dem im 3. Verfahrensbrief verwendeten Begriff „Bahnhofs-Oberleitungen“ habe nicht entnommen werden können, dass damit auch Oberleitungsinselanlagen gemeint sein könnten; beides dürfe nicht gleichgesetzt werden.

Zum „Ausgleichsmechanismus“ könne eine Rügeobliegenheit erst entstehen, wenn klar sei, wie ein Ausgleich erfolgen solle. Das sei erst mit der Aufforderung zur finalen Angebotsabgabe sowie der Veröffentlichung des Maßnahmenkatalogs im September/Oktober 2018 der Fall gewesen. Allein die (vorherige) Ankündigung von Ausgleichsmaßnahmen begründe noch keine Rügepflicht. Erst nach Kenntnis der Systematik der Wertungsaufschläge könne gerügt werden, dass diese nicht tauglich seien, die Ungleichbehandlung zu beseitigen.

Soweit der Beschwerdegegner (zeitlich) nach der mündlichen Verhandlung neuen tatsächlichen Sachvortrag leiste, sei dies unzulässig; es bestehe auch kein Grund zu einer Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung.

Zur Reinheit von Wasserstoff existierten (ISO-)Normen; sie – die Beschwerdeführerin – habe zur Energie-Volumenmessung in ihrem indikativen Angebot Angaben geliefert. Für Instandhaltungsaufwendungen sei pro Anlage und pro Jahr bei einer 30-jährigen Laufzeit ein Millionenbetrag anzusetzen, der nicht zu vernachlässigen sei.

Der Beschwerdegegner weist darauf hin, dass von Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge von Anfang an nicht gefordert worden sei, dass sie den Strom mit liefern müssten; eine solche Lieferverpflichtung sei nur für

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

„besondere Kraftstoffe“ (außer Diesel) angeordnet worden. Die Beschwerdeführerin habe dies nicht gerügt, so dass insoweit Präklusion eingetreten sei.

Der Beschwerdegegner hält an seiner Ansicht fest, die Ungleichbehandlung zwischen Anbietern elektrisch oder dieselbetriebener Fahrzeuge und solchen mit „besonderen Kraftstoffen“ betriebenen Fahrzeugen sei sachlich gerechtfertigt. Während die Lieferpreise für Strom und Diesel von der Vergabestelle gut eingeschätzt werden könnten, sei dies für „besondere Kraftstoffe“ nicht der Fall. Für Wasserstoff, der verschieden erzeugt werde und der unterschiedliche Reinheitsgrade haben könne, sei kein Marktpreis für Herstellung und Transport vorhanden. Der preisliche Vorteil, der darin liege, den Strom nicht mit anbieten zu müssen, werde durch den im Preisblatt vorgesehenen Zuschlag von 13,37 Cent/kWh ausgeglichen. Soweit von Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge angeboten werde, den Strom mitzuliefern, müssten diese die gleichen CO<sub>2</sub>-Anforderungen erfüllen, wie die Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge.

Der Wertungsaufschlag für vom Land bestellte Oberleitungs(-insel-)anlagen sei nicht zu beanstanden. Soweit bei Anbietern batteriebetriebener Züge ein Vorteil dadurch entstehe, dass das Land entsprechende Aufträge erteile, müsse dieser in der Höhe berücksichtigt werden, in der bei diesen Anbietern Kosten erspart würden. Dem entsprechend sei untersucht worden, welche Kosten dem Land durch eine Beauftragung für Oberleitungsanlagen/OLIA entstehen könnten. Die Instandhaltungskosten seien Teil der über das Netzentgelt abzurechnenden Schienenwegkosten, soweit die Oberleitungsverknüpfungen Teil des Schienennetzes seien; insoweit wirkten sich die prognostischen Instandhaltungskosten auf die Netzentgelte nicht aus. Unklar sei insoweit nur die Behandlung von OLIA; das Risiko, dass insoweit – nicht in die Netzentgelte einzubeziehende – gesondert Preise für die Instandhaltung berechnet würden, sei mit 50 % bewertet worden. Die genannten Überlegungen seien auch anzuwenden, wenn nicht das Land, sondern die Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge die entsprechenden Installationen in Auftrag gebe. Im Hinblick auf einen vom Land zu tragenden Abgeltungsbetrag für die Investitionen sei der angesetzte Wertungsaufschlag sogar höher, als er ausfiele, wenn nur die bei den Bietern batteriebetriebener Fahrzeuge anfallenden Kosten berücksichtigt würden. Da es bei den Instandhaltungskosten (nur) um ein Volumen von 5.000 – 10.000 Euro p. a. gehe, gehöre dieser Posten zu einer vernachlässigbaren Unschärfe der Kostenprognose.

In den Wertungsaufschlag seien auch alle maßgeblichen Kosten- und Risikopositionen einbezogen worden.

Die Beschwerdeführerin gehe – so der Beschwerdegegner – unzutreffend davon aus, dass im 3. Verfahrensbrief OLIA nicht erwähnt worden seien; sie seien dort als „Bahnhofs-Oberleitungen“ bezeichnet worden. Für die Rügepräklusion sei auf die jeweilige Abgabefrist für die indikativen Angebote abzustellen. Die Rügen der Beschwerdeführerin seien im Schreiben der Vergabestelle endgültig zurückgewiesen worden. Offen geblieben sei nur die Höhe der Wertungsaufschläge.

Auf den Antrag der Beschwerdeführerin hat der Senat die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer einstweilen bis zum 30.04.2019 (Beschluss vom 27.02.2019, 54 Verg 1/19) und anschließend bis zum 13.06.2019 verlängert (Beschluss vom 06.06.2019).

## II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig (A.) hat aber in der Sache keinen Erfolg (B.). Sie ist deshalb zurückzuweisen.

### A. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

1. Die sofortige Beschwerde ist form- und fristgerecht erhoben worden. Der Beschluss der Vergabekammer ist der Beschwerdeführerin am 30.01.2019 zugestellt worden; die sofortige Beschwerde dagegen ist am 13.02.2019 eingegangen und zugleich auch begründet worden. Die Anforderungen nach § 171 und § 172 Abs. 1 und 2 GWB sind damit erfüllt.

2. Hinsichtlich des Beschwerdeantrags zu 1., der darauf abzielt, dass Vergabeverfahren „... zurückzusetzen und nur unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen“, ist allerdings unklar, in welchem Umfang eine „Rückversetzung“ begehrt wird. Im Hinblick auf die Rüge der (falschen) Vergabeverfahrensart („Innovationspartnerschaft“) käme (maximal) eine „Rückversetzung“ des Verfahrens in den Stand nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs Anfang Oktober 2016 in Betracht. Es käme auch in Betracht anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin (nur) eine „Rückversetzung“ des Verfahrens in den Stand vor Versendung des 4. Verfahrensbriefs vom 29.06.2018 bzw. vor der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots vom 16.10.2018 (mit geänderten Vergabeunterlagen) begehrt. Die Beschwerdeführerin hat insoweit auch – auf entsprechenden Hinweis in der mündlichen Verhandlung (§ 175 Abs. 2 i. V. m. § 70 Abs. 2 GWB) - keine Klarstellung vorgenommen. Für die Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde ist dies indes unschädlich; an die (im Antrag zum Ausdruck kommende) Erklärung zum Umfang der Anfechtung dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden (Ulbrich, in: Kulartz u. a., Komm. zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 172 GWB Rn. 25). In welchem Umfang (ggf.) eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens zu erfolgen hat, ist eine Frage der Begründetheitsprüfung, der - hier - noch nicht vorgegriffen werden kann (s. dazu unten B.4.1).

3. Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin ist durch Beschluss des Senats vom 22.03.2019 überwiegend abgelehnt worden. Die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, in die der Akteneinsicht zugänglichen Teile der Vergabeakten Einsicht zu nehmen. Im Termin hat sie keine weiteren/anderen Akteneinsichtsansträge gestellt.

## **B. Begründetheit der sofortigen Beschwerde**

Die sofortige Beschwerde bleibt ohne Erfolg.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin zu Recht abgelehnt. Ihr ist darin zu folgen, dass die von der Beschwerdeführerin erhobenen Vergaberügen überwiegend präkludiert sind, so dass insoweit der Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 3 GWB (bereits) unzulässig war (unten 3.1 – 3.3.2.1). Davon ausgenommen sind allein die Beanstandungen wegen der Vergabebedingungen zum Strompreis, zum Nachweis der CO<sub>2</sub>-Freiheit der Erzeugung des eingesetzten Stroms und zur Frage eines transparenten und diskriminierungsfreien Wertungsaufschlags zur Kompensation der vom Land direkt zu beauftragenden Errichtung von elektrischen Nachlade-Infrastruktureinrichtungen (unten 3.3.2.2 – 3.3.4). Die nicht präkludierten Beanstandungen der Beschwerdeführerin begründen den Erfolg ihrer sofortigen Beschwerde nicht (unten 4.-5.).

1. Die allgemeinen Voraussetzungen für eine vergaberechtliche Nachprüfung hat die Vergabekammer zu Recht bejaht; insbesondere bestehen an der Antragsbefugnis der Beschwerdeführerin und – insbesondere – an ihrem Interesse an dem ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag (§ 160 Abs. 2 GWB) keine Zweifel. Der Senat nimmt insoweit Bezug auf die Gründe des Beschlusses der Vergabekammer (zu II.1, S. 6 d. Abdr.).

2. Der Beschwerdeführerin steht auch die für ihren Nachprüfungsantrag gem. § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis zur Seite.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Im Beschluss der Vergabekammer wird darauf nicht (ausdrücklich) eingegangen. Zweifelhaft könnte die Antragsbefugnis vorliegend nur deshalb sein, weil die Beschwerdeführerin kein eigenes verbindliches Angebot abgegeben hat.

Allerdings ist allein daraus nicht abzuleiten, dass ihr das erforderliche Interesse an dem öffentlichen Auftrag fehlt. Das gilt insbesondere in einem Fall (wie vorliegend), in dem sich ein Bieter durch (gerügte) Vergabeverstöße des Auftraggebers an der Abgabe eines aussichtsreichen Angebotes gehindert sieht. In diesem Fall wird das Auftragsinteresse bereits durch die vorprozessualen Rügen von Vergabeverstößen und den anschließenden Nachprüfungsantrag dokumentiert. Es ist auch nicht erforderlich, dass der Bieter darlegt, welches Angebot er bei einer - aus seiner Sicht - vergabekonformen Ausschreibung abgegeben hätte (vgl. dazu Möllenkamp, in: Kulartz u. a., a.a.O., § 160 Rn. 62-68 m. w. N.).

Der Einwand des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin habe deshalb kein Angebot abgegeben, weil sie für die Ladeinfrastruktur und die Wasserstofflieferung keinen Subunternehmer finden können, stellt nach den vorstehenden Grundsätzen die Antragsbefugnis nicht in Frage. Es kommt hinzu, dass aus den - insgesamt neun - „Verhandlungsrunden“ (Vorgespräche und Verhandlungen) und den dazu vorliegenden Protokollen nicht abzuleiten ist, dass die Annahme des Beschwerdegegners sachlich zutrifft. Die Beschwerdeführerin hat zu Wasserstoff-Bezugsquellen, Tankstellen, Transport, und mobilen Betankungseinrichtungen umfangreiche Angaben und Präsentationen in das Vergabeverfahren eingebracht.

Da die Beschaffungsabsicht des Beschwerdegegners – unstrittig – fortbesteht, besteht für die beantragte „Rückversetzung“ des Vergabeverfahrens auch ein Rechtsschutzbedürfnis.

3. Dem Erfolg der sofortigen Beschwerde steht aber entgegen, dass ihre gegen das Vergabeverfahren erhobenen Rügen – wie nachfolgend auszuführen ist - überwiegend präkludiert sind. Rechtsfolge der Präklusion ist, dass der Nachprüfungsantrag im Umfang der präkludierten Einwendungen unzulässig ist (§ 160 Abs. 3 GWB).

3.1 Die von der Beschwerdeführerin erhobene Rüge der Wahl einer falschen Vergabeverfahrensart - „Innovationspartnerschaft“ - ist nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GWB präkludiert.

Die Beschwerdeführerin begründet ihre diesbezügliche Rüge i. W. damit, dass für die ausgeschriebenen Einzelleistungen (Fahrzeuglieferung, Instandhaltung, Errichtung von Infrastruktur und Betrieb, Energielieferung) jeweils ein (eigener) Markt bestehe und der Wettbewerb durch deren Zusammenfassung beschränkt werde.

Es ist schon fraglich, ob damit (allein) die gewählte Verfahrensart gerügt wird oder ob es der Beschwerdeführerin vielmehr um die zusammengefasste Vergabe (ohne Losaufteilung bzw. ohne Bildung von Einzelaufträgen) geht [dazu unten 3.2]. Soweit sie annimmt, die Lieferung von CO<sub>2</sub>-frei betriebenen Triebzügen betreffe (entgegen § 119 Abs. 4 GWB) marktverfügbare Leistungen, ist die Vergaberüge bereits nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, weil die insoweit relevanten Angaben zur Vergabeverfahrensart bereits - eindeutig - in der Auftragsbekanntmachung angegeben worden sind (zu IV.1.1), zur „Art des Auftrags“ (zu II. 1.3) und zu dessen kurzer Beschreibung (zu II.1.4) bzw. der Beschreibung der Beschaffung (zu II.2.4) zu entnehmen waren. Eine Rüge binnen 10 Tagen ab „Erkennen“ ist nicht erhoben worden.

Soweit der Auftragsgegenstand nicht allein die Lieferung (marktverfügbarer) Triebzüge, sondern – darüber hinaus – auch deren Instandhaltung sowie deren Energieversorgung bzw. die Energiespeicherung und dazu erforderlicher „stationärer Anlagen“ betrifft (s. Nr. II.2.5 [a. E.] der Auftragsbekanntmachung), mag unterstellt werden, dass die Beschwerdeführerin z. Zt. der Auftragsbekanntmachung - unbeschadet ihrer ansonsten zugrunde zu legenden Fachkunde und Branchenkenntnis - noch nicht erkannt hat, dass das „Gesamtpaket“ der

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Ausschreibung nicht „marktgängig“ ist, so dass eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, für die es auf positive Kenntnis ankommt, ausscheitert. Dann aber wäre - nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB - zu fragen, ab wann dies für die Beschwerdeführerin erkennbar war; kommt es insoweit darauf an, ob und ggf. wann dies aus den „Vergabeunterlagen“ erkennbar war.

Bereits aus dem 1. Verfahrensbrief vom 06.10.2016 war zu entnehmen, dass es nicht allein um die „Lieferung“, sondern auch um die „Instandhaltung“ von CO<sub>2</sub>-frei betriebenen Triebzügen ging. Aus dem 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 war zu entnehmen, dass auch die Ladeinfrastruktur beschafft werden sollte (zu 1.1: „Der Hersteller ist für die XXX nach seinem Konzept vorgesehene besondere Ladeinfrastruktur verantwortlich ...“), Daran anknüpfend begründet die Beschwerdeführerin ihre Rüge zur Vergabeverfahrenswahl im Kern damit, dass die ausgeschriebenen Leistungen - jede für sich - marktgängig seien, nicht aber das von der Vergabestelle gebildete „Paket“ aus Fahrzeuglieferung, Instandhaltung, Errichtung erforderlicher Infrastruktur und Betrieb sowie langjähriger Energielieferung. Das mag - in formeller Hinsicht - für eine Vergaberüge genügen (vgl. Wiese, in: Kulartz u. a., a.a.O., § 160 Rn. 171, doch wäre nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erforderlich, dass die Rüge gegenüber dem Auftraggeber „bis zum Ablauf der Frist ... zur Angebotsabgabe“ erfolgt. Das ist vorliegend nicht erfolgt.

Das gilt auch dann, wenn zu Gunsten der Beschwerdeführerin angenommen wird, dass die Rüge der falschen Vergabeverfahrenswahl spätestens mit Ablauf der für die „finalen Teile“ der Vergabeunterlagen maßgeblichen Angebotsfrist erhoben werden konnte. Die für die Abgabe der verbindlichen Angebote bestimmte Frist lief - der Aufforderung der Vergabestelle zur Aufforderung eines verbindlichen Angebots folgend - am 14.01.2019 ab. Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin die Rüge einer falschen Vergabeverfahrensart erstmals in der (ergänzten) Begründung ihres Nachprüfungsantrages mit Schriftsatz vom 15.01.2019 (Seite 20, Seite 44, zu 2.2.6) an die Vergabekammer erhoben; der zuvor - am 04.12.2018 gestellte und begründete - Nachprüfungsantrag enthält dazu keine Ausführungen, ebenso nicht die vorherigen Rügeschreiben vom 13.07. bzw. 06.11.2018. Die Rüge der Wahl einer falschen Vergabeverfahrensart ist damit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert.

3.2 Ebenso ist die Rüge einer unterbliebenen Losvergabe präkludiert (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB).

Der Rüge liegt die Beanstandung zugrunde, dass die Vergabestelle den Vorrang einer Losvergabe hinsichtlich der Fahrzeuglieferung und deren Instandhaltung einerseits sowie der Errichtung der erforderlichen Ladeinfrastrukturen und der Energielieferung andererseits vergaberechtswidrig missachtet habe; zumindest die Ladeinfrastruktur und die die Energielieferung hätten als jeweils separates Los ausgeschrieben werden können, was der Marktsituation entsprochen habe.

Bereits der Auftragsbekanntmachung (zu II.1.6) war zu entnehmen, dass keine Losaufteilung erfolgen soll. Dabei ist es nach allen vier „Verfahrensbriefen“ und auch nach den mit der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots versandten „finalen“ Vergabeunterlagen geblieben, was für die Beschwerdeführerin ohne weiteres erkennbar war.

Die genannte Beanstandung ist weder dem Rügeschreiben von 13.07.2018 noch dem Rügeschreiben vom 06.11.2018 zu entnehmen. Sie ist auch in der (ersten) Begründung des Nachprüfungsantrags vom 04.12.2018 nicht enthalten; erstmals wird sie in der (ergänzenden) Begründung des Nachprüfungsantrags vom 15.01.2019 (S. 22, zu 2.2.2) erhoben - mit dem Hinweis, erst durch die Akteneinsicht habe sich gezeigt, dass sich die Vergabestelle „nicht einmal im Ansatz“ mit einer Losvergabe auseinandergesetzt habe. Diese Rüge ist damit nach Ablauf der Frist für die Abgabe der verbindlichen Angebote am 14.01.2019 - also verspätet - erhoben worden (s. o. 3.1); sie ist damit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Sie ist folglich selbst dann,



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

wenn man (der Beschwerdeführerin folgend) auf den Ablauf der „finalen“ Angebotsfrist am 14.01.2019 abstellt, präkludiert.

Allerdings besteht keine (fristgebundene) Rügeobliegenheit, wenn der Bieter erst im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens von einem Vergabeverstoß Kenntnis erlangt; das gilt insbesondere dann, wenn der Bieter - etwa aufgrund der Akteneinsicht - erst nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens einen Vergabeverstoß erkennt. Er ist dann (danach) gehalten, den so erkannten Vergabeverstoß unverzüglich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen (BGH, Beschl. v. 29.06.2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800/803 [Rn. 37]; Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 2017, § 160 GWB Rn. 65 m. w. N.). Ausgehend davon wäre die Rüge im Schriftsatz vom 15.01.2019 (a.a.O.) unverzüglich erfolgt.

Die Rüge im Schriftsatz vom 15.01.2019 betrifft indes inhaltlich nicht die Missachtung des Vorrangs der Fachlosvergabe (§ 97 Abs. 4 S. 2 und S. 3 GWB), sondern (lediglich) eine Missachtung des Dokumentationserfordernisses (§ 8 VgV). Die Beschwerdeführerin übergeht dazu allerdings den Umstand, dass der (ihr im Wege der Akteneinsicht zugänglich gewordene) Vergabevermerk i. d. F. vom 10.12.2018 zu den Gründen, keine Losvergabe vorzunehmen, Ausführungen enthält (zu 3.2.2). Die Frage, ob die dort aufgeführten Gründe, von einer Fach- und Teillosvergabe abzusehen, tragfähig sind, ist von der mit der Rüge der Beschwerdeführerin vorgetragene(n) (pauschalen, inhaltlichen) Beanstandung zu unterschHe.n, die Vergabestelle habe sich mit dem Vorrang der Losvergabe nicht einmal im „Ansatz“ auseinandergesetzt. Wäre eine Missachtung des § 97 Abs. 4 S. 2 und 3 GWB rechtzeitig gerügt worden, hätte ein (unterstellter) Dokumentationsmangel voraussichtlich Bedeutung für den Erfolg dieser Rüge. Umgekehrt führt aber allein ein (unterstellter) Dokumentationsmangel nicht dazu, dass eine unterbliebene Losvergabe - als solche - keiner Rüge bedarf.

Im Hinblick darauf, dass sich die Vergabestelle eine Losvergabe (zwar) vorbehalten hatte, eine solche aber - klar ersichtlich - bis zur Veröffentlichung der „finalen“ Vergabebedingungen nicht vorgenommen hatte, wäre eine Rüge der Missachtung des Vorrangs einer (Fach- oder Teil-) Losvergabe unabhängig von dem im Wege der Akteneinsicht aufgedeckten Mangel des Vergabevermerks möglich und auch zumutbar gewesen. Dass keine Losaufteilung erfolgt ist, war für Beschwerdeführerin schon bei der Abgabe ihres indikativen Angebots erkennbar; jedenfalls aber war dies der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots vom 16.10.2018 zu entnehmen. Die Rüge einer unterbliebenen Losvergabe ist damit - spätestens - mit Ablauf der dafür bestimmten Angebotsfrist präkludiert. Die Frage, ob die im Vergabevermerk angegebenen Gründe für eine Gesamt- und gegen eine Losvergabe tragfähig sind, ist von der mit der Rüge der Beschwerdeführerin vorgetragene(n) (pauschalen, inhaltlichen) Beanstandung zu unterschHe.n, die Vergabestelle habe den Vorrang einer Losvergabe missachtet.

3.3 Die Rüge einer - gegen § 97 Abs. 2 S. 1 GWB verstoßenden - Diskriminierung der Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge, also (auch) der Beschwerdeführerin, ist in mehrfacher Hinsicht erhoben worden:

Sie betrifft - zum einen - den unterschiedlichen Leistungsumfang für Anbieter von Fahrzeugen mit batterieelektrischem Antrieb einerseits und für Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge andererseits bezüglich der Nachladeinfrastruktur (3.3.3.1) und - zum anderen - die unterschiedlichen Anforderungen an die Beschaffung der für Nachladungen erforderlichen Energie (Strom) für beide Bietergruppen (3.3.3.2).

3.3.1. Was den unterschiedlichen Leistungsumfang anbetrifft, beanstandet die Beschwerdeführerin, ihr würden als Anbieterin wasserstoffbetriebener Fahrzeuge erheblich höhere investive Leistungen für Nachladeeinrichtungen (Betankungsanlagen) abgefordert, als dies bei Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge der Fall sei. Anders als diese müsse sie „ihre“ (Nachlade-) Infrastruktur erst schaffen. Damit sei ein ungleicher

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Leistungsumfang mit unterschiedlicher Risikozuweisung verbunden, was gegen das bieterschützende Gebot, die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln (§ 97 Abs. 2 und Abs. 6 GWB), verstoße.

Die Vergabekammer hat diese Einwände nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB als präkludiert angesehen, weil sie (schon) bis zum Ende der Frist zur Abgabe indikativer Angebote bis zum 27.10.2017 hätten gerügt werden müssen, was unterblieben sei. Dem ist zuzustimmen (3.3.1.1); unabhängig davon ist die Beanstandung auch nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB präkludiert (3.3.1.2).

3.3.1.1. Soweit in einem mehrstufigen Vergabeverfahren (Teilnahmewettbewerb mit nachfolgendem Verhandlungsverfahren oder, wie hier, Verfahren einer Innovationspartnerschaft) in den einzelnen „Stufen“ bereits verbindliche Vorgaben oder Mindestanforderungen an die Bieter und deren Angebote von Seiten der Vergabestelle erfolgen, trifft die Bieter die Obliegenheit, (auch) diese zeitnah zu rügen. Das entspricht bereits dem Grundgedanken des § 160 Abs. 3 GWB, der einen straffen, beschleunigten Ablauf des Vergabeverfahrens sichern soll. Zeitnahe Rügen sollen der Vergabestelle - einerseits - frühzeitig die Gelegenheit zur Prüfung und ggf. Fehlerkorrektur geben; im Interesse der Rechtssicherheit sollen die Bieter - andererseits - daran gehindert werden, etwaige Rügen „taktisch“ zurückzuhalten. Bleiben trotz (möglicherweise) gegebener Veranlassung Vergaberügen aus, soll die Vergabestelle das Vergabeverfahren fortsetzen dürfen, ohne einem „Risiko“ nachträglicher Rügen ausgesetzt zu sein.

In § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB wird für Vergaberügen und die dafür einzuhaltende Frist auf die Frist zur „Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber“ abgestellt. Auf eine „Bewerbungsfrist“ (§ 19 Abs. 3 VgV) kommt es vorliegend – nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs – nicht mehr an.

Angebotsfristen i. S. d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB sind auch Fristen für die Abgabe noch nicht verbindlicher, indikativer Angebote. Diese entsprechen im (vorliegenden Verfahren einer sog. Innovationspartnerschaft) den „Erstangeboten“ bzw. „Folgeangeboten“ im Verhandlungsverfahren (vgl. § 17 Abs. 4, 6, 10 VgV; im Gegensatz zu endgültigen“ Angeboten gem. 17 Abs. 14 VgV). Der - entgegenstehenden - Auffassung der Beschwerdeführerin, für die Rügefristen i. S. d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB könne es allein auf die „finale“ Frist zur Abgabe verbindlicher Angebote ankommen, ist nicht zu folgen.

Auch für „Erst“- oder „Folgeangebote“ kann eine Angebotsfrist bestimmt werden, deren Nichteinhaltung gem. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV (zwingend) zum Angebotsausschluss führt. Bereits das spricht dafür, dass die Angebotsfrist für indikative Angebote zugleich auch eine Rügefrist i. S. d. § 160 Abs. 3 Nr. 3 und 3 GWB ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass es in der Struktur der - in das Verfahren der „Innovationspartnerschaft“ integrierten - Verhandlungsphasen angelegt ist, dass ein Bieter an nachfolgenden Verhandlungsrunden nur teilnehmen kann, wenn er zuvor - fristgerecht - ein gültiges indikatives Angebot abgegeben hat. Damit ist die für ein indikatives Angebot maßgebliche Frist auch in Bezug auf eine Vergaberüge von - bis zum Ablauf der für diese Angebote geltenden Frist - „erkennbare“ Vergabeverstöße einzuhalten (vgl. Jaeger, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, 2018, § 160 GWB, Rn. 85). Das muss jedenfalls dann und insoweit gelten, als sich der Auftraggeber in den - für dieses Verfahrensstadium formulierten - Vergabeunterlagen bereits verbindlich auf einen bestimmten Leistungsumfang oder Leistungsanforderungen für die indikativen Angebote festgelegt hat. Anforderungen, zu denen die Bieter im Rahmen ihres indikativen Angebots noch Stellung nehmen können oder von denen sie (gar) abweichen dürfen, werden demgegenüber mit der Zielrichtung vorgegeben, für die (nachfolgende) Verhandlungsphase Ansatzpunkte für eine Veränderung oder Überarbeitung der Vergabeunterlagen zu gewinnen, was (gerade) auch im Interesse der Vergabestelle an einer optimalen Gestaltung des Vergabeverfahrens liegt. In diesem Fall „verschiebt“ sich die Rügeobliegenheit der Bieter auf die nachfolgende (Verhandlungs- oder

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

„Angebotsrunde“ bzw. das Ende der nachfolgenden Frist zur Abgabe von (indikativen oder verbindlichen) Angeboten, wenn und soweit die Vergabestelle für diese verbindliche Anforderungen setzt.

Eine - im vorgenannten Sinne - verbindliche Vorgabe bzw. Anforderung an die Bieter ist vorliegend bereits im 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 (zu 1.1) erfolgt, soweit danach (einerseits) der „Hersteller“ für die Errichtung etc. der Nachladeinfrastruktur verantwortlich sein soll und (andererseits) elektrische Oberleitungs-Nachrüstungen von N. bei der Bahn direkt beauftragt werden und die geschätzten Kosten dafür in die Bewertung der Fahrzeugkonzepte eingepreist werden sollen, soweit diese eine Nachladung über Oberleitungen vorsehen. Dies hat unmittelbare Auswirkungen auf den Leistungsumfang indikativer Angebote.

Die „Grundentscheidung“ dafür, die elektrische Nachladeinfrastruktur in einem - wenngleich noch nicht im Einzelnen definierten Umfang (bzgl. der Verlängerung von Oberleitungen bzw. der Dislozierung von Oberleitungsinselanlagen) - nicht von den (betroffenen) Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge abzufordern, sondern durch einen „Direktauftrag“ des Landes an die D. AG zu ersetzen, geht klar aus dem 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 hervor, wo es u. a. heißt:

„ Seitens der N. sind Nachrüstungen von Oberleitungsabschnitten an Bahnsteiggleisen in K.(...) und in B. (...) bis zur Betriebsaufnahme geplant. Diese Maßnahmen werden von der N. bei der D. AG direkt in Auftrag gegeben werden, sofern ein Fahrzeugkonzept mit Triebzügen, die Strom aus dem Bahn Strom-Oberleitungsnetz nachladen können, bezuschlagt wird. Die Vorplanung dieser Nachrüstungen werden von der N. bereits parallel zum Vergabeverfahren in Auftrag gegeben. Die geschätzten Kosten der Nachrüstung (einschließlich Vorplanungskosten) werden in der Bewertung derjenigen Fahrzeugkonzepte eingepreist, die eine Nachladung der Bahnstrom-Oberleitungen vorsehen. Darüber hinaus wird N. einen Katalog von Nachrüstungen von weiteren Bahnhofs-Oberleitungen bzw. Oberleitungsverlängerungen (...) planen, die auf Wunsch der Bieter jeweils zur Ausführung kommen können und in diesem Fall auf den Wirkungskreis aufgeschlagen werden. ...“

Die Entlastung der Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge von ihrem „Leistungssoll“ war daraus eindeutig zu entnehmen. Diese Festlegung erfolgte „dem Grunde nach“ bereits verbindlich; insbesondere war für die Anbieter anderer Antriebssysteme, also auch wasserstoffbetriebener, erkennbar, dass insoweit konzeptionell zwischen beiden Systemen differenziert werden sollte. Darin lag zugleich ein Ansatzpunkt für eine - schon - (lange) vor der im Oktober 2018 eingeleiteten „finalen“ Angebotsrunde begründete Rügeobliegenheit (insbesondere) der Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge.

Im 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 hat die Vergabestelle an dieser Grundsatzentscheidung festgehalten. Geändert hat sich nur, dass nach Nr. 2.1 des 4. Verfahrensbriefes nicht mehr die N. GmbH, sondern das Land Schleswig-Holstein die D. AG mit Nachladeeinrichtungen für elektrische Energie beauftragen werde; es heißt dort:

„Das Land wird - sofern das Konzept des Bieters dieses vorsieht - die Planung und den Bau von neuen oder die Nachrüstung von existierenden Anlagen zum Laden von Energie XXX direkt bei der D. AG beauftragen. Diese Maßnahmen fallen damit nicht unter den Begriff der Besonderen Ladeinfrastruktur. ...“

Die Beschwerdeführerin hat eine Vergaberüge dagegen erst nach Ablauf der Frist für die Abgabe indikativer Angebote am 27.10.2017 ausgebracht. Erst (fast) neun Monate später hat sie in ihrem Schreiben vom 13.07.2018 gerügt, dass Hersteller von H2-Triebzügen durch die angekündigte Direktbeauftragung der Bahn durch das Land Schleswig-Holstein diskriminiert würden. Das ist verspätet.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Anzumerken ist, dass sich die Beschwerdeführerin mit dieser Rüge auch widersprüchlich verhalten hat, nachdem sie in Kenntnis der dem 3. Verfahrensbrief zu entnehmenden „Grundentscheidung“ zur Direktbeauftragung der elektrischen Nachladeinfrastruktur an weiteren Verhandlungsrunden (am 12.06.2017, 17./18.01.2018 und 22.02.2018) - insoweit rügelos - teilgenommen hat, in denen es gerade (auch) um die Nachladeinfrastruktur ging. Soweit sie in der „Verhandlungsrunde“ am 22.02.2018 - dem dazu gefertigten Protokoll zufolge - die „Besserstellung“ der Anbieter batterieelektrischer Fahrzeuge angesprochen hat, ist dies - ebenfalls - nach Ablauf der Frist zur Abgabe des indikativen Angebots am 27.10.2017 erfolgt.

3.3.1.2. Es kommt hinzu, dass die Vergabestelle der mit Schreiben vom 13.07.2018 erhobenen Rüge der Beschwerdeführerin nicht abgeholfen hat, so dass eine Rüge danach (für das nachfolgende Nachprüfungsverfahren) nur dann zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags führt, wenn dieser innerhalb von 15 Kalendertagen gestellt worden ist (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB). Ein Nachprüfungsantrag innerhalb dieser Frist ist hier unterblieben.

Die Nichtabhilfe der Vergabestelle ergibt sich eindeutig aus deren Schreiben vom 22.08.2018, wo es im letzten Satz heißt, dass die „Information, dass der Rüge nicht abgeholfen wird, XXX im Internetportal für alle Bieter zur Einsicht veröffentlicht“ wird. Die Vergabestelle hat damit „nur“ noch die vorgesehenen Wertungszuschläge - abhängig von den weiteren Bietergesprächen und dem Inhalt der „finalen“ Vergabeunterlagen - als (zulässigen) Gegenstand von Vergaberügen bezeichnet hat (was die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 27.08.2018 der Sache nach auch akzeptiert hat). Damit hat sie klar an ihrer „Grundentscheidung“ für eine Direktvergabe der elektrischen Nachladeinfrastruktur und einer dementsprechenden Reduzierung des „Leistungsolls“ von Anbietern batterieelektrischer Fahrzeuge festgehalten; möglicher Gegenstand von Vergaberügen könnte damit in diesem Zusammenhang nicht mehr die Direktvergabe, sondern nur noch die Bemessung und Höhe eines Wertungsaufschlags sein. Die im (nachgereichten) Schriftsatz der Beschwerdeführerin vom 30.04.2019 (S. 5) vorgetragene Argumente enthalten dazu keine neuen Gesichtspunkte, die eine andere Beurteilung tragen könnten.

Aus dem Umstand, dass die Vergabestelle in der Zeit nach dem 3. Verfahrensbrief noch weiter mit den Bietern über die Nachladeinfrastruktur verhandelt und dabei auch ihre Bereitschaft erklärt hat, Verhandlungsergebnisse bei der Aktualisierung der Vergabeunterlagen für die nachfolgende „Verhandlungsrunde“ und (auch) für die Änderung der Vergabeunterlagen für das verbindliche Angebot zu berücksichtigen, ist nicht abzuleiten, dass damit auch die o.g. „Grundentscheidung“ für eine Direktbeauftragung der elektrischen Nachladeinfrastruktur bei der D. AG nachträglich zur Disposition gestellt werden sollte. Gegenstand der nachfolgenden Verhandlungen war nicht mehr die genannte „Grundentscheidung“, sondern nur noch die Frage des Umfangs einer ggf. erfolgenden Direktbeauftragung der D. AG (Nachlade-Standorte, Oberleitungsverlängerungen, OLIA) bzw. der Bemessung und Höhe des dafür anzusetzenden Wertungszuschlags.

Auch der Hinweis der Beschwerdeführerin darauf, dass der Umfang der direkt zu beauftragenden Nachladeinfrastruktur (speziell) in Bezug auf Oberleitungsanlagen (OLIA) erst im 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 definiert worden sei, führt zu keiner anderen Beurteilung. Es mag sein, dass die Verwendung des Begriffs „Bahnhofs-Oberleitungen“ im 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 noch nicht (klar) erkennen ließ, dass damit (auch) OLIA gemeint sind, doch ändert dies an der o. g. Grundsatzentscheidung für eine Direktbeauftragung der Bahn nichts. Selbst wenn die Vergabestelle insoweit den Umfang der vom Land (direkt) zu beauftragenden Nachladeeinrichtungen für batteriebetriebene Fahrzeuge nachträglich erweitert hat und dies - später - auch in die „finalen“ Vergabeunterlagen, die der Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebotes vom 16.10.2018 beigefügt waren, eingearbeitet hat, ist daraus nur zu entnehmen, dass die bereits mit dem 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 angekündigte Direktbeauftragung der D. AG für elektrische Nachladeeinrichtungen sachlich-gegenständlich präzisiert und auf Neubauten von Anlagen zum Laden von

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Energie, insbesondere Oberleitungsinselanlagen (OLIA), erweitert worden ist. Die daran anknüpfende Rüge einer diskriminierenden Ungleichbehandlung erhält damit keine neue Grundlage, sie bezieht sich allenfalls auf eine erweiterte Diskriminierung.

Wenn und soweit in der (nur) für elektrische Nachladeanlagen angekündigten Direktbeauftragung der Bahn eine Ungleichbehandlung zu Lasten der Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge besteht, wird diese durch die o. a. Präzisierung und Erweiterung nur perpetuiert, nicht aber - selbständig rügefähig - neu begründet. Dem entsprechend kann die zu der (o.g.) „Grundsatzentscheidung“ für eine Direktbeauftragung der Bahn bereits mit Ablauf der Frist zur Abgabe indikativer Angebote (27.10.2017) eingetretene Rügeprälusion unter Hinweis auf die spätere Präzisierung und Erweiterung des sachlich-gegenständlichen Bereichs einer Direktbeauftragung nicht überwunden werden.

Rechtsfolge der schriftlichen Mitteilung des Beschwerdegegners vom 22.08.2017, der genannten Rüge der Beschwerdeführerin nicht abzuweichen, ist, dass ein Nachprüfungsantrag, der – wie hier – mehr als 15 Kalendertage nach dieser Mitteilung gestellt worden ist, unzulässig ist (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB).

Dem formellen Erfordernis, dass bereits in der EU-Auftragsbekanntmachung auf die in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB genannte 15-Tages-Frist konkret hingewiesen werden muss (§ 37 Abs. 2 VgV i. V. m. Nr. VI.4.3 des Anhangs zur Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986; vgl. OLG Celle, Beschl. v. 19.03.2019, 13 Verg 7/18, Juris [Rn. 25] und Beschl. v. 04.03.2010, 13 Verg 1/10, NZBau 2010, 333 [bei Juris Rn. 34 ff.]), ist vorliegend - korrekt - entsprochen worden. In der EU-Auftragsbekanntmachung vom 06.08.2016 heißt es in Nr. VI.4.3 ausdrücklich, dass „gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ... ein Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nur innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, zulässig“ ist. Eines erneuten Hinweises im gleichen Sinne bedarf es danach - im Laufe des Vergabeverfahrens - nicht mehr. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin war dies auch nicht im Hinblick auf den Schriftwechsel im Anschluss an die Nichtabhilfemitteilung vom 22.08.2018 der Fall. Die genannte Mitteilung wie auch die (spätere) E-Mail des Beschwerdegegners konnte inhaltlich nicht anders verstanden werden, als dass es bei künftigen Rügen nicht mehr um den (zurückgewiesenen) Einwand eines ungleichen Leistungsumfangs zur Nachladeinfrastruktur für batteriebetriebene bzw. wasserstoffbetriebene Fahrzeuge gehen konnte, sondern nur noch um die Höhe und Bemessung des sog. Wertungsausgleichs.

Insgesamt ist damit festzustellen, dass die Rüge einer gleichheitswidrigen Diskriminierung der Beschwerdeführerin als Anbieterin von wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen durch einen - infolge der Direktbeauftragung der Bahn mit Nachladeeinrichtungen für batteriebetriebene Fahrzeuge entstehenden - ungleichen Leistungsumfang präkludiert ist.

Von der Präklusion mit umfasst sind die Folgewirkungen des unterschiedlichen Leistungsumfangs. So trifft die Verpflichtung, die für eine Nachladung von batterie- bzw. wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen erforderlichen Anlagen für eine Nutzungsdauer von mindestens 30 Jahren zu konstruieren bzw. auszulegen (Anlage C 4 [Lastenheft Ladeinfrastruktur], Nr. 2.1.3) und auch dem entsprechend zu betreiben (Nr. 1 des Vertrages Ladeinfrastruktur, Anlage C 2) die jeweils betroffenen Bieter - abhängig von dem jeweils verschiedenen Leistungsumfang - in unterschiedlicher Weise. Das ist Konsequenz der für die jeweilige Antriebsart anzubietenden – verschiedenen – Nachladeinfrastruktur und deshalb von der Präklusion des Einwandes einer unzulässigen Diskriminierung der Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge mit umfasst.

3.3.2. Was die Rüge unterschiedlicher Anforderungen an die Beschaffung der für Nachladungen bzw. der zur Herstellung des Kraftstoffs (Wasserstoff) erforderlichen Energie (Strom) für beide Bietergruppen anbetrifft, ist (weiter) zu differenzieren:



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

3.3.2.1 Die Beschwerdeführerin rügt insoweit zunächst eine Ungleichbehandlung dahingehend, dass Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge die Lieferung des (Lade-)Stroms nicht (mit) anzubieten haben, die Stromlieferung vielmehr optional anbieten können, während die Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge den für die Herstellung von Wasserstoff bzw. die Betankung der Fahrzeuge erforderlichen Strom mit anzubieten hätten.

Diese Rüge ist präkludiert.

Der Beschwerdegegner hat in der mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge im Vergabeverfahren von Anbeginn an keiner Verpflichtung unterlagen, den (Nachlade-)Strom mit anzubieten. Das trifft zu: Aus dem - nach dem 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 bekannt gegebenen – Entwurf eines Ladeinfrastrukturvertrages i. d. F. vom 19.07.2017 war ersichtlich, dass eine Lieferverpflichtung für Strom ausschließlich für sog. „besondere Kraftstoffe“ gefordert wurde, während Strom für die „Fahrenenergie“ (ebenso wie auch Diesel) von den Bietern nicht verpflichtend mit anzubieten war.

Die Beschwerdeführerin hätte - dem entsprechend - (spätestens) in Anknüpfung an den 3. Verfahrensbrief vom 02.05.2017 bzw. die Bekanntgabe der o. g. unterschiedlichen Strom-Lieferverpflichtung für batteriebetriebene Fahrzeuge bzw. für wasserstoffbetriebene Fahrzeuge im Entwurf des Vertrages zur Ladeinfrastruktur vom 19.07.2017 eine diesbezügliche Vergaberüge ausbringen müssen, und zwar - nach den oben zu 3.3.1.1 ausgeführten Gründen - bis spätestens zum Ablauf der Frist zur Abgabe indikativer Angebote bis zum 27.10.2017.

Innerhalb der genannten Frist ist keine schriftliche Rüge der Beschwerdeführerin im genannten Sinne erfolgt. Das Rügeschreiben vom 13.07.2018 liegt zeitlich (weit) nach Ablauf des Endes der Rügefrist (27.10.2017); unabhängig davon enthält dieses Schreiben auch inhaltlich keine Rüge im o. g. Sinne. Es geht darin nur um den Umfang von Oberleitungsnachrüstungen und um die zur Kompensation von Nachteilen für Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge anzusetzenden Wertungsaufschläge. Das Gleiche ist, wie anzumerken ist, auch in Bezug auf das (noch spätere) Rügeschreiben der Beschwerdeführerin vom 06.11.2018 festzustellen. Damit kann die - erst in der Begründung des Nachprüfungsantrags vom 04.12.2018 (zu 3.2.1.3 [S. 21]) beanstandete - ungleiche Anforderung zur Stromlieferung bzw. -bereitstellung gegenüber Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge einerseits und Anbietern wasserstoffbetriebener Fahrzeuge („besondere Kraftstoffe“) andererseits nicht mehr zulässiger Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein.

Soweit die Beschwerdeführerin mit diesen Unterschieden verbindet, dass für die beiden betroffenen Bietergruppen unterschiedliche Risiken entstünden, fällt (auch) diese Befürchtung der Präklusion zum Opfer.

Das gilt auch für das Argument der Beschwerdeführerin, sie müsse – anders als Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge – die Errichtung der für ihre (wasserstoffbetriebenen) Fahrzeuge erforderlichen Nachladeinfrastruktur und deren betriebsbereite Vorhaltung für die gesamte Vertragslaufzeit (bis mindestens 2040; s. Anlage C 1 (0) der Vergabeunterlagen [„Vorgaben zum Angebot Ladeinfrastruktur“] sowie Anlage C 4b [„Maßnahmenkatalog Ladeinfrastruktur“]) anbieten. Damit weist die Beschwerdeführerin lediglich auf eine Folge dessen hin, was sie – unzulässigerweise nach Ablauf der für die Präklusion maßgeblichen Rügefrist – als diskriminierenden ungleichen Leistungsumfang kritisiert. Infolge der eingetretenen Präklusion kann sie eine materielle vergaberechtliche Nachprüfung der mit der Rüge in einem zwingenden Zusammenhang stehenden Fragen nicht mehr beanspruchen (vgl. Wiese, in Kulartz u. a., a.a.O., § 160 GWB Rn. 128).

3.3.2.2 Die Beschwerdeführerin beanstandet - unabhängig von Vorstehendem - ferner, dass ungleiche Vergabebedingungen auch für die Beschaffung/Lieferung von Strom in Bezug auf batteriebetriebene Fahrzeuge für die Batterie-Nachladung gegenüber Wasserstoffkonzepten in Bezug auf den (Strom-)Preis für die

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Herstellung und Lieferung von Wasserstoff beständen. Sie nimmt insoweit Bezug auf die - erst nach dem 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 bzw. den zusammen mit der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher „finaler“ Angebote bekannt gegebenen – „aktualisierten Vergabeunterlagen (dort insbesondere Anlagen C 2 [„Vertrag zur Ladeinfrastruktur für Triebzüge“], C 4 [„Lastenheft Ladeinfrastruktur“], und ABC [Preisblatt und Bewertungsblätter]).

Diese Beanstandungen sind nicht präkludiert.

Für die Rügefrist kann insoweit weder auf den Ablauf der Frist für die Abgabe indikativer Angebote am 27.10.2017 noch (allein) auf den Inhalt der Rügeschreiben der Beschwerdeführerin vom 13.07. bzw. 06.11.2018 abgestellt werden. Die o. g. Vergabebedingungen sind zeitlich erst nach Ablauf der Frist zur Abgabe indikativer Angebote und auch erst nach dem Rügeschreiben vom 13.07.2018 bekannt gegeben worden; das genannte Rügeschreiben konnte die o. g. folglich noch nicht thematisieren, weil die Vergabeunterlagen dazu szt. noch keine Veranlassung boten.

Anders ist dies bzgl. des Rügeschreibens vom 06.11.2018, da die (mit dem 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 übersandte) Anlage ABC 3 die beanstandeten Vorgaben enthielt. Diese wurden (sodann) in die der Aufforderung zur Abgaben verbindlicher Angebote vom 16.10.2018 beigefügten „aktualisierten“ Vergabeunterlagen übernommen.

In diesem Verfahrensstadium konnte gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB eine Vergaberüge „spätestens bis zum Ablauf der Frist XXX zur Angebotsabgabe“ erfolgen. Die Rügefrist endete folglich insoweit erst Ablauf der Frist für die Abgabe verbindlicher Angebote am 14.01.2019. Dem entsprechend konnte die Beschwerdeführerin die o. g. Beanstandungen noch bis zu diesem Zeitpunkt geltend machen, so dass nicht nur mit dem Schreiben vom 06.11.2018, sondern auch noch mit dem Nachprüfungsantrag vom 04.12.2018 eine fristgerechte Rüge erfolgen konnte.

Soweit das Rügeschreiben vom 06.11.2018 die unterschiedlichen investiven Anforderungen an die Ladeinfrastruktur (oben 3.3.2.1) betrifft, ist dies für die - hier betroffene - Rüge unterschiedlicher Beschaffungsbedingungen für Strom unergiebig. Demgegenüber wird in der Begründung des Nachprüfungsantrags vom 04.12.2018 (zu 3.2.1.3, S. 21-22) - ausdrücklich - beanstandet, dass für Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge ein „fiktiver Strompreis“ angesetzt (vorgegeben) werde, dessen Grundlagen unklar seien, was sich aber jedenfalls von dem Strompreis untersche., der für die Herstellung von Wasserstoff einzukalkulieren sei.

Diese Beanstandung genügt den Anforderungen an die erforderliche „Thematisierung“ der Rüge, weil der Auftraggeber sie ohne Weiteres den diesbezüglichen Teilen der Vergabeunterlagen zuordnen kann und auf dieser Grundlage auch in die Lage versetzt wird, ggf. über eine Abhilfe zu entsche.n.

3.3.2.3 Für die - weiteren - mit den Vergabebedingungen für die Beschaffung (Lieferung) von (Lade-)Strom bzw. von Strom für die Herstellung von Wasserstoff verbundenen Bedingungen, die – ebenfalls – von der Beschwerdeführerin beanstandet werden, gelten die Ausführungen zu 3.3.2.2 entsprechend. Da betrifft die Rüge unterschiedlicher Anforderungen an die CO2-freie Stromerzeugung ebenso wie für die erst mit dem 4. Verfahrensbrief von 29.06.2018 bekannt gegebene sog. Strom-Preisgleitklausel im Vertrag zur Ladeinfrastruktur für Triebzüge“ (Anlage C 2; Nr. 14), die letztverbindlich in die der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote beigefügten „aktualisierten“ Vergabeunterlagen übernommen worden ist. Auch in Bezug auf diese Beanstandungen sind die Vergaberügen der Beschwerdeführerin nicht präkludiert.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

3.3.4 Die Vergaberügen der Beschwerdeführerin betreffen weiterhin die Beanstandung, der Beschwerdegegner habe das Transparenzgebot gem. § 97 Abs. 1 S. 2, Abs. 6 GWB missachtet, da die Grundlagen und die Kalkulation des zur Kompensation von Nachteilen angesetzten „Wertungsaufschlags“ wegen der vom Land beauftragten Ladeinfrastruktur nicht nachvollziehbar seien. Die Beanstandung bezieht sich auch auf den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 S. 1 GWB), da – so die Beschwerdeführerin – der „Wertungsaufschlag“ unzureichend sei, um einen (vollständigen) Ausgleich im o. g. Sinne zu erreichen und um – letztlich – zu vergleichbaren Angeboten in der Angebotswertung zu gelangen.

Die Vergabekammer hat insoweit keine Präklusion angenommen, da (insbesondere) die sog. Wertungsaufschläge den Bietern erst im 4. Verfahrensbrief vom 29.06.2018 (zu 2.5) bekannt gegeben worden seien. Da in der Folgezeit (nur) noch die Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots mit (im gleichen Sinne, wie im 4. Verfahrensbrief erfolgten) geänderten Vergabeunterlagen folgte, kommt insoweit als zeitliche Begrenzung der Rügefrist allein die Angebotsabgabefrist bis zum 14.01.2019 in Betracht. Dem entsprechend ist das diesbezügliche Rügeschreiben der Beschwerdeführerin vom 06.11.2018 rechtzeitig.

Der Vergabekammer ist in diesem Punkt zu folgen. Das Gleiche gilt - darüber hinaus - für die in der Begründung des Nachprüfungsantrags zu diesem Rügepunkt ergänzend vorgetragene Beanstandungen.

Die genannte Vergaberüge ist damit nicht präkludiert. Ob und inwieweit die „Wertungsaufschläge“ und ihre kalkulatorischen Grundlagen transparent sind, bedarf an dieser Stelle noch keiner Entscheidung.

3.3.5 Insgesamt ergibt sich damit, dass infolge eingetretener Präklusion die Beanstandungen wegen einer falschen Vergabeverfahrenswahl („Innovationspartnerschaft“), einer unterlassenen Losaufteilung und wegen eines ungleichen Leistungsumfanges für Anbieter batteriebetriebener bzw. wasserstoffbetriebener Fahrzeuge in Bezug auf die Nachladeinfrastruktur bzw. auf die Verpflichtung zur Lieferung/Bereitstellung von Strom nicht mehr zulässiger Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sein konnte. Die Beanstandungen sind deshalb auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr nachzuprüfen.

Demgegenüber sind die Vergaberügen der Beschwerdeführerin zu den Vergabebedingungen zum (wertungsrelevanten) Preis für die Lieferung bzw. Bereitstellung von Strom – einschließlich der sog. Preisgleitklausel – nicht präkludiert, ebenso nicht die Beanstandung zu den Anforderungen an eine CO<sub>2</sub>-freie Stromerzeugung und die Rügen zur Transparenz und zu einer gleichheitswidrigen Wirkung der sog. Wertungsaufschläge.

Die Beschwerdeführerin kann in Bezug auf die (o.g.) präkludierten Beanstandungen eine materielle vergaberechtliche Nachprüfung der damit in einem zwingenden Zusammenhang stehenden Fragen nicht mehr beanspruchen (vgl. Wiese, in: Kulartz u. a., a.a.O., § 160 GWB Rn. 128).

Die Präklusion kann (auch) nicht dadurch überwunden werden, dass davon betroffene Rechtsverstöße „von Amts wegen“ aufgegriffen werden; weder ist insoweit ein Ermessen der Nachprüfungsinstanzen eröffnet noch besteht die Möglichkeit, den o. g. Beanstandungen im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 175 Abs. 2 iV. m. § 70 Abs. 1 GWB) nachzugehen. Die Präklusionsregeln dürfen über den Untersuchungsgrundsatz nicht umgangen werden (vgl. Beschluss des Senats vom 22.01.2019, 54 Verg 3/18 [zu 3.1.1 der Gründe]; OLG Celle, Beschl. v. 11.02.2010, 13 Verg 16/09, VergabeR 2010, 669, [bei Juris Rn. 45]; OLG München, Beschl. v. 10.12.2009, Verg 18/09, [bei Juris Rn. 42]; OLG Saarbrücken, Beschl. v. 29.10.2003, 1 Verg 2/03, NZBau 2004, 117 [zu B.II.1 der Gründe]; VK Mainz, Beschl. v. 10.06.2010, VK 1-17/10, [bei Juris Rn. 78]; VK Potsdam, Beschl. v. 17.11.2015, VK 20/15, [bei Juris Rn. 73]). Von der Beschränkung der Nachprüfung sind nur solche Verfahrensfehler ausgenommen, die - ohne bloße „Folgefehler“ des präkludierten Vergabeverstoßes zu sein - zeitlich erst nach dem Ende der maßgeblichen Rügefrist (hier: dem Ende der Angebotsabgabefrist) liegen. Das

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

gilt insbesondere für die Phasen der Prüfung und Wertung der Angebote durch die Vergabestelle und die (darauf gestützte) Zuschlagsentscheidung. Im vorliegenden Fall besteht für eine diesbezügliche Prüfung kein Anlass, weil die Vergabestelle z. Zt. der Stellung des Nachprüfungsantrags mit der Prüfung und Wertung der Angebote noch gar nicht begonnen hatte und der Nachprüfungsantrag (auch) nicht darauf, sondern auf eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote abzielt.

4. Die sofortige Beschwerde ist hinsichtlich der – zulässigerweise (noch) zur Nachprüfung stehenden – Rügen der Beschwerdeführerin nicht begründet. Die Beschwerdeführerin kann die begehrte Rückversetzung des Vergabeverfahrens nicht beanspruchen.

4.1 Im Hinblick auf die Präklusion der Rügen gegen die Wahl des Vergabeverfahrens („Innovationspartnerschaft“), gegen die Losvergabe und gegen den den - für Anbieter batteriebetriebener bzw. wasserstoffbetriebener Fahrzeuge - unterschiedlichen Leistungsumfang käme eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens allenfalls in den Stand vor Ergehen der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote am 16.10.2018 in Betracht, da den verbleibenden, zur Nachprüfung stehenden und im Beschwerdeverfahren zu beurteilenden Beanstandungen durch Veränderungen der Vergabebedingungen für die Abgabe letztverbindlicher Angebote Rechnung getragen werden könnte. Indes kann die Beschwerdeführerin auch eine solche - begrenzte - Rückversetzung nicht beanspruchen, da ihre (nicht präkludierten) Beanstandungen des Vergabeverfahrens nicht durchgreifen.

4.2 Die unterschiedlichen Vergabebedingungen hinsichtlich des Strompreises verstoßen nicht gegen das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot (§ 97 Abs. 2 GWB).

Im Ausgangspunkt ist - zwar - festzustellen, dass die Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge hinsichtlich des Preises für den (Nachlade-) Strom entweder mit einem von der Vergabestelle vorgegebenen („fiktiven“) Preis von 13,37 Cent/kWh oder - für den Fall, dass sie für eine eigene Stromlieferung „optieren“ - mit einem davon abweichenden (i. d. R. niedrigeren) Preis an der Angebotswertung teilnehmen, während Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge den von ihnen für die Wasserstoffherstellung für erforderlich erachteten Strombedarf mit einem individuellen (Sondervertrags-)Preis oder den Kosten des Stroms aus einer dezentralen Energieerzeugungsanlage (z. B. einer Windkraftanlage [Power to Gas]) in ihr Angebot einkalkulieren müssen.

Eine Ungleichbehandlung der beiden „Bietergruppen“ ist darin - indes - nicht zu erkennen, weil insoweit unterschiedliche Sachverhalte zugrunde liegen.

Während der Stromeinsatz zur Batterieaufladung unmittelbar der Gewinnung von „Fahrenergie“ dient, dient er bei der Wasserstoff-Herstellung der Herstellung des „besonderen Kraftstoffs“, der sodann als Quelle der „Fahrenergie“ dient. Im letztgenannten Fall sind die Stromkosten nur einer von mehreren Kostenfaktoren für die Wasserstoffgewinnung; andere Kostenfaktoren sind von den verschiedenen eingesetzten Verfahren der Wasserstoffgewinnung (Dampfreformierung, Nebenprodukt chemischer Prozesse, Elektrolyse, Fermentation, u. a.) abhängig. Soweit in diesen verschiedenen Verfahren Stromkosten anfallen, nehmen diese einen unterschiedlichen Anteil an den Kosten des letztlich für die Fahrenergie genutzten „besonderen Kraftstoffs“ Wasserstoff ein.

Im Hinblick auf diese – technisch grundlegend verschiedene – Kostenrelevanz des Stromeinsatzes für die nutzbare Fahrenergie der CO<sub>2</sub>-frei betriebenen Triebzüge besteht schon keine gleiche oder auch nur vergleichbare Sachlage, die eine gleiche Behandlung bei der Wertung der Stromkosten erfordert.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Der Senat hat erwogen, ob dem möglicherweise eine „funktionale“ Betrachtungsweise des Stromeinsatzes bei der Erzeugung von Fahrenergie für batterie- bzw. wasserstoffbetriebene Fahrzeuge entgegengehalten werden kann. In diesem Sinne wäre denkbar, den Stromeinsatz in beiden Fällen unter dem Aspekt der Herstellung „chemischer“ Energie zu sehen, die im Fall der Aufladung von Batterien in Veränderung der Elektroden der bzw. der Elektrolyten einer Batterie, im Fall eines Wasserstoffantriebs in der Erzeugung des „besonderen Kraftstoffs“ Wasserstoff besteht. Indes ist auch bei dieser Betrachtungsweise die Relevanz des Stromeinsatzes und - insbesondere - der Stromkosten für die Fahrenergie (u. U. deutlich) verschieden. Dem entsprechend ist eine direkte Relation der Stromkosten zur Aufladung von Batterien bzw. der Stromkosten zur Herstellung des „besonderen Kraftstoffs“ Wasserstoff auch bei dieser Betrachtungsweise nicht darstellbar.

Die (von der Beschwerdeführerin beanstandete) Berücksichtigung von Stromkosten für die Batterie-Aufladung einerseits – unter Ansatz eines vorgegebenen Preises von 13,37 Cent/kWh – und deren (kalkulatorische) Einbeziehung der Stromkosten des jeweiligen Anbieters in den Preis für die Herstellung von Wasserstoff andererseits kann vor diesem Hintergrund nicht beanstandet werden. Im Rahmen der Angebotswertung mag erwogen werden, die Kosten der batterie- bzw. wasserstoffbetriebenen Fahrzeuge auch bezogen auf einen Fahrkilometer zu vergleichen, doch darf einem diesbezüglichen „Wertungsansatz“ im vorliegenden Verfahren nicht vorgegriffen werden. Die Beschwerdeführerin wäre jedenfalls, hätte sie ein verbindliches Angebot abgegeben, nicht gehindert gewesen, diesen - oder alternative - Ansätze geltend zu machen.

4.3 Auch die Anforderungen an eine CO<sub>2</sub>-freie Stromerzeugung begründen zu Lasten der Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge keinen Verstoß gegen das vergaberechtliche Diskriminierungsverbot gem. § 97 Abs. 2 GWB.

In der mündlichen Verhandlung ist dazu - anknüpfend an die Kritik der Beschwerdeführerin - erörtert worden, ob für Anbieter batterieelektrisch betriebener Fahrzeuge geringere Anforderungen an den Nachweis des Bezugs von CO<sub>2</sub>-frei erzeugtem Strom gestellt werden, als dies bei Anbietern wasserstoffbetriebener Fahrzeuge der Fall ist. Nach Nr. 7 des Vertrages zur Ladeinfrastruktur müssen erstere (nur) eine Zusicherung dahingehend abgeben, dass „die für den Energiebedarf des Gesamtkonzepts benötigte elektrische Energie ausschließlich aus CO<sub>2</sub>-freiem Strom erzeugt wird“, wobei dafür die „Anforderungen nach Anlage C 4, Ziffer 3.1 entsprechend“ gelten sollen. Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge müssen nach Nr. 6.1 (1) des Vertrages zur Ladeinfrastruktur für Triebzüge (Anlage C 2) über einen erzeugten Anteil von 50% aus CO<sub>2</sub>-freiem Strom hinaus sicherstellen, dass weitere Anteile „aus CO<sub>2</sub>-freiem Strom gemäß den Vorgaben aus Anlage C4, Kapitel 3.1 erzeugt werden und evtl. benötigte zusätzliche elektrische Prozessenergie „zertifiziert“ CO<sub>2</sub>-frei produziert wird (Nr. 6.1 [2] a.a.O.). Der Wasserstoff „soll“ außerdem nach Möglichkeit am Ort der Betankungsanlage produziert werden (Nr. 6.1 (3)).

Der Senat hat insoweit berücksichtigt, dass die Forderung des Einsatzes von elektrischer Energie aus erneuerbaren Energien vergaberechtlich nur (oder hier [gleichbedeutend] von CO<sub>2</sub>-frei erzeugtem Strom) gefordert werden darf, wenn die Richtigkeit der dazu in den Angeboten enthaltenen Angaben effektiv nachprüfbar ist (vgl. EuGH, Urt. v. 04.12.2003, C-488/01, NVwR 2004, 201 ff. [„Wienstrom“]); Grundlage der Nachprüfung sind vor allem die (konkreten) Angaben der Bieter dazu. Diese Nachprüfbarkeit ist hier indes – in einem für die Vergabeentscheidung ausreichenden Maße – gewährleistet, weil sowohl der von Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge geforderten Zusicherung als auch der von Anbietern wasserstoffbetriebener Fahrzeuge abzugebenden Erklärung ein Herkunftsnachweis anhand des Herkunftsnachweisregisters (HKNR) beim Umweltbundesamt beizufügen ist; dies ergibt sich aus dem Verweis aus die „entsprechend geltende“ Anforderung nach Anlage C 4, Ziffer 3.1. Soweit Anbieter batterieelektrischer Fahrzeuge (selbst) einen solchen Herkunftsnachweis nicht erlangen können, weil ein solcher nur Energieversorgern und Netzbetreibern offensteht, können sie dies, wie der Beschwerdegegner in der mündlichen Verhandlung



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

überzeugend erläutert hat, dadurch lösen, dass sie - für den Fall, dass sie die Stromlieferung (mit) anbieten - einen Herkunftsnachweis „ihres“ Energieversorgers bzw. Netzbetreibers vorlegen. Das Gleiche gilt auch für Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge, die (Netz-)Strom zur Wasserstoffherzeugung einsetzen.

Soweit – darüber hinaus – von Anbieter wasserstoffbetriebener Fahrzeuge gefordert wird, dass sie - in einem ersten Schritt – angeben, welcher Anteil ihres (Gesamt-)Strombedarfs für Wasserstoffherzeugung und Betankung aus CO<sub>2</sub>-freiem Strom gedeckt wird, um sicherzustellen, dass jedenfalls 50 % davon CO<sub>2</sub>-frei erzeugt wird, um danach - in einem zweiten Schritt - die „zertifizierte“ CO<sub>2</sub>-freie Produktion weiterer Anteile des Strombedarfs nachzuweisen, liegt darin keine diskriminierende Vergabebedingung, Diese Anforderung folgt vielmehr aus den unterschiedlichen „faktischen“ Möglichkeiten der Verwendung von (Netz-) Strom zur Wasserstoffherzeugung. Soweit Netzstrom bezogen wird, kann - gleichermaßen wie bei Anbietern batterieelektrischer Fahrzeuge – auf einen Herkunftsnachweis zurückgegriffen werden. Soweit Strom aus „Inselanlagen“ (z. B. Windkraftanlagen) zur Wasserstoff-Herstellung eingesetzt wird, kann dessen CO<sub>2</sub>-freie Erzeugung durch einen Einzelnachweis erbracht werden.

4.4 Auch die Preisgleitklausel in Nr. 14 des vorgesehenen Vertrages zur Ladeinfrastruktur (Anlage C 2) begründet keinen Verstoß gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot.

Dazu ist - zunächst - festzustellen, dass die genannte Bestimmung gleichermaßen die Preisgleitung für das Entgelt von Kraftstoffen wie auch für das Stromentgelt gilt. Die genannte Klausel ist inhaltlich nachvollziehbar.

Die Rüge der Beschwerdeführerin, die (Preis-)Risiken einer langfristig sicherzustellenden Beschaffung des „besonderen Kraftstoffs“ Wasserstoff würden - im Unterschied zu den Stromkosten - durch die Preisgleitklausel nicht (angemessen) erfasst, geht über den Regelungsbereich der Preisgleitklausel hinaus. Das (Preis-)Risiko der Beschaffung von Wasserstoff ist dem Vergabewettbewerb vorgelagert und folgt daraus, dass die konkurrierenden Anbieter mit unterschiedlichen Energiearten gegeneinander „antreten“ und dem entsprechend auch für die jeweils unterschiedlichen Beschaffungsverhältnisse für Wasserstoff bzw. für (Ersatz-) Batterien einzustehen haben. Gerade weil die Beschwerdeführerin - anders als die Vergabestelle - davon ausgeht, dass es für die Lieferung von Wasserstoff einen Anbietermarkt gibt (der sich u. U. auch noch weiter entwickeln wird), ist es ihrer unternehmerischen Entscheidung überantwortet, inwieweit sie dies in ihr (Preis-)Angebot für Wasserstoff (in Euro/kg) einkalkuliert. Dem entsprechend hat sie die Beschaffungsrisiken in Bezug auf Wasserstoff und auch evtl. Beschaffungspreisschwankungen in ihr Angebot einzukalkulieren. Ein rechtlicher Grund, der die Vergabestelle insoweit zu (weiteren) kompensatorischen Vergabebedingungen verpflichten könnte, ist nicht ersichtlich.

Der Ansicht der Beschwerdeführerin, die in Nr. 14 des vorgesehenen Vertrages zur Ladeinfrastruktur (Anlage C 2) enthaltene Preisgleitklausel verstoße gegen das Preisklauselgesetz vom 07.09.2007 i. d. F. vom 29.07.2009 (BGBl. I. S. 2355), ist nicht zu folgen. Nach § 1 Abs. 1 dieses Gesetzes darf der „Betrag von Geldschulden“ nicht „unmittelbar und selbsttätig durch den Preis oder Wert von anderen Gütern oder Leistungen bestimmt werden, die mit den vereinbarten Gütern oder Leistungen nicht vergleichbar sind.“ Eine solche Anbindung der Kraftstoff- bzw. Stromentgelte an den Wert „anderer“ Güter sieht die genannte Preisgleitklausel nicht vor; sie bezieht sich bzgl. der Energiekosten vielmehr auf die „öffentlich zugänglichen Indizes des Statistischen Bundesamtes. Die Bindung der „Preisgleitung“ besteht auch nicht in Bezug auf Indizes, die mit den Bezugsgrößen – Kraftstoff- bzw. Stromentgelte – nicht vergleichbar sind (vgl. dazu OLG München, Urt. v. 27.04.2017. U 3922/15 Kart, ZNER 2017, 375 [bei Juris Rn. 220]).

4.5 Die gegen den Wertungsausgleich vorgebrachten Angriffe der Beschwerdeführerin greifen ebenfalls nicht durch. Die diesbezüglichen Vergabebedingungen verstoßen weder gegen das Transparenzgebot noch führen

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

sie zu einer vergaberechtswidrigen Diskriminierung der Beschwerdeführerin als Anbieterin von wasserstoffbetriebenen Fahrzeugen.

4.5.1 Allerdings ist dem Beschwerdegegner nicht darin zu folgen, dass es eines Wertungsausgleichs zur Kompensation der Folgen, die durch die vom Land Schleswig-Holstein erfolgende „Direktbeauftragung“ der Bahn mit der Herstellung von elektrischen Nachladeinfrastruktureinrichtungen (Oberleitungsverlängerungen, Oberleitungsinselanlagen) im Verhältnis zu den Anbietern nicht-elektrisch angetriebener Fahrzeuge „an sich“ überhaupt nicht „bedürfe“. Der Beschwerdegegner meint dies daraus ableiten zu können, dass es insofern um „in der Lebenswirklichkeit vorgefundene“ Unterschiede gehe, die vergaberechtlich nicht auszugleichen seien.

Dies vermag nicht zu überzeugen.

Grundsätzlich ist es zutreffend, dass ein öffentlicher Auftraggeber (auch im Hinblick auf das Gleichbehandlungsgebot) nicht verpflichtet ist, Wettbewerbsvorteile, die durch die unterschiedliche Marktstellung der Unternehmen bedingt sind, auszugleichen (vgl. OLG Naumburg, Beschl. v. 05.12.2008, 1 Verg 9/08, VergabeR 2009, 486 [bei Juris Rn. 79]; OLG Koblenz, Beschl. v. 05.09.2002, 1 Verg 2/02, NZBau 2002, 699/704). Der Auftraggeber kann, wenn es dafür vernünftige - wirtschaftliche - Gründe gibt, den Leistungsinhalt so bestimmen, dass einzelne Bieter Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen haben, solange dies nicht durch die Absicht der Bevorzugung eines bestimmten Unternehmens motiviert ist (vgl. VK Münster, Beschl. v. 14.11.2001, VK 16/02, ZfBR 2003, 205 [Ls.; zu 3.1 der Gründe]).

Vorliegend geht es indes nicht um eine (vorgefundene) unterschiedliche Marktstellung der in Frage kommenden Wettbewerbsteilnehmer. Die hier interessierenden Unterschiede folgen nicht aus der Marktstellung der Unternehmen, sondern daraus, dass die Infrastruktur, die die Wettbewerbsteilnehmer (grundsätzlich) mit anzubieten haben und auf die sie im Rahmen der vorgesehenen Leistungserbringung zugreifen wollen, in einem Fall (Wasserstoff) gar nicht und im anderen Fall (Strom) nur zum Teil vorhanden ist und im Übrigen neu erstellt oder ergänzt werden muss. Die Neuerstellung oder Ergänzung der Infrastruktur ist nach der Konzeption der vorliegenden Ausschreibung Teil des Vergabewettbewerbs. Selbst wenn man diese Infrastrukturunterschiede noch der „Marktstellung“ von Fahrzeuganbietern zurechnen wollte, wären sie jedenfalls insoweit nicht - von der Ausschreibung unbeeinflusst - vorgegeben, als die beteiligten Bieter nach den Vergabeunterlagen die Neuerstellung oder Ergänzung derzeit (noch) nicht vorhandener Infrastruktureinrichtungen mit anzubieten haben. Die diesbezüglichen Leistungsanforderungen sind folglich dem Wettbewerb nicht „von außen“ vorgegeben. Sie gehören zu den vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs beeinflussbaren Rahmenbedingungen. Diese sind vom Auftraggeber unter Beachtung (auch) des Gleichbehandlungsgebotes zu gestalten.

Daraus folgt, dass der Wertungsaufschlag hier keineswegs als „überobligatorisch“ anzusehen ist, sondern dem Ausgleich von - in den Wettbewerb einbezogenen - Unterschieden dient, um diese so auszugleichen, dass im Ergebnis wettbewerblich vergleichbare und damit einer vergleichenden Wertung zugängliche Angebote zu erreichen. Das wird insoweit zutreffend (auch) in dem „Vermerk über [die] Wertung der vom Land zu beauftragenden Nachladeanlagen“ vom 09.12.2018 (Anlage 8 zum Vergabevermerk) ausgeführt, indem die „vom Land angebotenen Nachladeanlagen“ aufgelistet sind, um „die Vergleichbarkeit der Angebote herzustellen.“

4.5.2 Ausgehend von den vorstehenden Überlegungen müssen die Konzeption und die Bemessung der Wertungsaufschläge transparent sein; sie dürfen die Teilnehmer der Ausschreibung nicht gleichheitswidrig behandeln. Diese Anforderungen werden vorliegend in rechtlich nicht zu beanstandender Weise erfüllt.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

4.5.2.1 Die Wertungsaufschläge sind - ihrem Gegenstand nach - klar definiert; sie dienen dazu, den Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge den „investiven“ Wert der - nach ihrem (jeweiligen) Angebot erforderlichen elektrischen („abgerufenen“) - Nachladeeinrichtungen zu ihren Lasten in der Wertung durch einen Aufschlag zu berücksichtigen, um auf diese Weise den Nachteil von Anbietern nicht-elektrisch betriebener Fahrzeuge zu kompensieren, die „ihre“ Nachladeeinrichtungen mit anzubieten haben. Der Aufschlag ist für einzelne Nachladeeinrichtungen und Standorte jeweils (genau) - im Vermerk über die „Wertung der vom Land zu beauftragenden Nachladeeinrichtungen im Vergabeverfahren XMU 1“ (Stand 09.10.2018) - Anlage 8 zum Vergabevermerk - ausgewiesen; insoweit sind die Anforderungen an die gebotene vergaberechtliche Transparenz beachtet worden.

4.5.2.2 Die bei der Ermittlung der Wertungsaufschläge berücksichtigten Kosten und Risiken sind – ebenfalls – dem o. g. Vermerk der Vergabestelle vom 09.10.2018 zu entnehmen.

Soweit die Beschwerdeführerin – unter Bezugnahme darauf – meint, einzelne Kosten bzw. Risiken seien nicht oder nur unzureichend berücksichtigt worden, ist der Senat dem in der mündlichen Verhandlung im Einzelnen nachgegangen. Grundlage ist insoweit die - dem Vermerk vom 09.10.2018 zugrunde liegende - Kostenschätzung der Vergabestelle, die für die Standorte B., B. S., Bü., E., F., He., Ho., Hu., K., N., Pl., Pr., St. P. und T. die Kosten der Errichtung von Oberleitungsverlängerungen bzw. Oberleitungsinselanlagen – jeweils – ermittelt, die Grundlage für die einzelnen „Wertungsaufschläge“ sind. Soweit die Beschwerdeführerin demgegenüber einwendet, die Kostenermittlung berücksichtige bestimmte Kosten oder Risiken nicht, ist die genannte Kostenschätzung (Excel-Tabelle) insoweit in der mündlichen Verhandlung verlesen worden, soweit dies die zwischen dem Beschwerdegegner und der Bahn dazu bestehende Vertraulichkeitsvereinbarung zuließ. Die Beschwerdeführerin hat demgegenüber keine weiteren (Akteneinsichts-)Anträge gestellt. Die Kostenschätzung war jedenfalls hinsichtlich der darin berücksichtigten (verlesenen) Kostenarten Gegenstand der mündlichen Verhandlung; zur Höhe der angesetzten Kosten hat der Beschwerdegegner – seinem schriftsätzlichen Vortrag entsprechend – erläutert, dass diese auf Schätzungen beruhe, die wiederum aus Erfahrungen der Bahn abgeleitet worden seien, wobei im Einzelfall auch Abweichungen von den Schätzwerten der Bahn vorgenommen worden seien.

Die auf der Grundlage der Kostenschätzung vorgenommene Ermittlung der Wertungsaufschläge ist methodisch nicht zu beanstanden. Dem Grundgedanken des (beabsichtigten) Wertungsausgleichs folgend, hat der Beschwerdegegner den „Wert“ (Preis) ermittelt, den die vom Land zu beauftragenden Nachladeeinrichtungen hätten, wenn diese vom BEMU-Bieter erbracht würden. Diesen „Wert“ erspart ein BEMU-Bieter gewissermaßen infolge der Direktbeauftragung des Landes. Sein Angebotspreis ohne Nachladeeinrichtungen wird dem entsprechend um diesen „Wert“ erhöht, um insoweit eine Gleichbehandlung mit H2-Anbietern, die ihre Nachladeeinrichtungen komplett (selbst) zu erstellen und einzukalkulieren haben, zu erreichen. Der auf diese Weise ermittelte „Wert“ der direkt beauftragten Nachladeeinrichtungen wird sodann dem (übrigen) Angebotspreis hinzugerechnet (soweit die Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge auf die direkt beauftragten Nachladeeinrichtungen „zugreifen“). Die Entlastung der Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge infolge der Direktbeauftragung des Landes wird dadurch kompensiert.

4.5.2.3 Aus dem Gesichtspunkt, dass der Ermittlung der Wertungsaufschläge „lediglich“ Kostenschätzungen der Bahn zugrunde liegen, lässt sich dies schon im Ansatz nicht ableiten. Abgesehen davon, dass die Vergabestelle die von der Bahn mitgeteilten Kostenschätzungen nach den in der mündlichen Verhandlung gegebenen Erläuterungen nicht ungeprüft übernommen hat, ist die vorgenommene Ermittlung der Wertungsaufschläge gerichtlich nur eingeschränkt auf Ermittlungs- oder methodische Fehler überprüfbar. Solche sind nicht festzustellen.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Der Ansicht der Beschwerdeführerin, anstelle von Kostenschätzungen hätte es „verbindlicher Kostenvoranschläge“ bedurft, ist nicht zuzustimmen. Was die Beschwerdeführerin damit (genau) meint, bleibt im Dunkeln, zumal auch Kostenvoranschläge zumindest in Teilen auch auf Kostenschätzungen beruhen. Sie wären in einer „verbindlichen“ Form auch nicht zu erlangen, da die Kosten nicht nur bei der Bahn, sondern auch durch die von dieser zu beauftragenden Bauunternehmen entstehen. Es kommt hinzu, dass (auch) der Errichtung von Nachladeeinrichtungen ein Vergabeverfahren vorausgehen kann (oder u. U. muss), was nicht nur im Verhältnis zu anderen Unternehmen des DB Konzerns in Betracht kommt, sondern auch im Verhältnis zu ausführenden Bauunternehmen. Außerhalb solcher Verfahren eingeholte „Kostenvoranschläge“ können jedenfalls keine bessere Qualität für sich in Anspruch nehmen, als es bei Kostenschätzungen der Fall ist, die i. ü. sachverständig erstellt und geprüft worden sind.

Die Annahme der Beschwerdeführerin, die Kostenschätzung der Bahn sei wegen deren Interesses, mit der Errichtung der Infrastruktureinrichtungen beauftragt zu werden, zu „gering“ ausgefallen, wird durch nichts belegt. Es ist schon fraglich, ob die D. AG insoweit ein eigenes Auftragsinteresse hat, wenn sie solche Aufträge ihrerseits an andere Unternehmen erteilt. Selbst wenn man ein eigenes Interesse der Bahn annähme, wäre es i. ü. nicht einsichtig, warum dies nur für elektrische Nachladeeinrichtungen bestehen sollte und nicht auch für Wasserstoff-Nachladeanlagen, an denen die Bahn auch „mitverdienen“ könnte.

4.5.2.4 Soweit die Beschwerdeführerin - konkret - die fehlende oder unzureichende Berücksichtigung einzelner Kosten- oder Risikoarten bei der Ermittlung der Wertungsaufschläge beanstandet, ergibt sich (auch) daraus kein Ansatz für eine zu ihren Lasten gehende Diskriminierung

In der mündlichen Verhandlung wurde im Einzelnen erörtert, ob die (von der Beschwerdeführerin angesprochenen) Kosten bei der Ermittlung der Wertungsaufschläge hinreichend berücksichtigt worden sind. Fehler – gar solche, die zu diskriminierend „niedrigen“ Wertungsaufschlägen führen – waren dazu nicht feststellbar.

Im Einzelnen gilt dazu Folgendes:

(1) Die Erwägungen der Vergabestelle dafür, bei den Kosten von Oberleitungsverlängerungen keine Betriebs- und Unterhaltungskosten anzusetzen, sind tragfähig. Oberleitungsverlängerungen werden nach ihrer Erstellung Teil des Bahnnetzes. Damit werden die diesbezüglichen Betriebs- und Unterhaltungskosten über die Netzentgelte abgerechnet, wären also auch in dem (gedachten) Fall, dass sie nicht vom Land, sondern vom Anbieter batteriebetriebener Fahrzeuge beauftragt würden, über Netzentgelte abgedeckt.

Die Vergabestelle hat berücksichtigt, dass dies für sog. Oberleitungsinselanlagen und für Umrichter im Bereich solcher Anlagen nicht mit gleicher Sicherheit angenommen werden kann. Da zu der Frage, ob diese (wie Oberleitungsverlängerungen) Teil des über Netzentgelte finanzierten Bahnnetzes werden, noch keine verlässliche Entscheidungspraxis besteht, ist es nicht zu beanstanden, dass im Hinblick darauf die Betriebs- und Instandhaltungskosten solcher Anlagen bei der Ermittlung der Wertungsaufschläge nur „hälftig“ angesetzt worden sind (Vermerk, a.a.O., zu 2.1 [4., 9. und 10. Absatz]).

(2) Die Annahme der Beschwerdeführerin, die Kosten von Genehmigungsverfahren (evtl. Planfeststellung, Plangenehmigung), anfallende Erschließungskosten und die Anschlusskosten (Umspannwerk[e]) seien bei der Kostenermittlung unberücksichtigt geblieben, hat sich nach der Erläuterung der diesbezüglichen Grundlagen in der mündlichen Verhandlung nicht bestätigt. In den Kostenermittlungen sind – für einzelne Standorte – „Planungskosten“ ausdrücklich aufgeführt. Erschließungs- und Anschlusskosten sind in die Baukosten eingeflossen.

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

(3) Die von der Beschwerdeführerin angezweifelten Ansätze für Risiken (Verzögerungs-, Errichtungs-, Ausfall-, Entgeltrisiken) in der Kostenschätzung bzw. bei der Ermittlung der Wertungsaufschläge unterliegen keinen rechtlichen Beanstandungen. Die erfassten Risikoarten sind (bereits) dem Vermerk vom 09.12.2018 (a.a.O.) zu entnehmen; sie sind auch in der Kostenschätzung für die einzelnen Standorte berücksichtigt worden.

[a] Das Risiko einer Verzögerung der Errichtung von Nachladeanlagen wird - bezogen auf zwei Szenarien (Verzögerung von 75 % der ab 2022 vorzuhaltenden Anlagen um 9 Monate bzw. von 50 % der ab 2023 vorzuhaltenden Anlagen um 7 Monate) - i. W. im Hinblick auf den Ausfall von SPNV-Leistungen bzw. auf die Mehrkosten durch den Einsatz von Reserve-Dieseltriebzügen (von 0,4 €/Fzkm) erfasst und mit „insgesamt einmalig 56.000 €“ bewertet (Vermerk, a.a.O., S. 7).

Diese Bewertung ist plausibel. Soweit Vorhaltekosten für Reserve-Dieseltzüge und veränderte Kosten für die Umlaufplanung während evtl. Verzögerungszeiten relativ gering angesetzt werden, führt dies nicht zu einer Fehlerhaftigkeit des Ansatzes. Die Ansicht der Beschwerdeführerin, es müsse ein Verzögerungsrisiko von bis zu 27 Monaten berücksichtigt werden, ist überzogen, weil nicht (wahrscheinlich) angenommen werden kann, dass sich die Errichtung aller Nachladeeinrichtungen gewissermaßen maximal verzögert.

[b] Das Risiko, dass Nachladeanlagen an den vorgesehenen Stellen nicht errichtet werden können bzw. Alternativstandorte erforderlich werden, wird als „sehr gering (2 %)“ eingeschätzt und mit einem Aufschlag von 1 % auf die Kostenschätzung der Nachladeanlagen abgebildet (Vermerk, a.a.O., S. 8). Dagegen ist nichts zu erinnern; die Vergabestelle nimmt hier einen – ihr zuzubilligenden - Schätzungsspielraum in Anspruch, ohne dass insoweit eine Benachteiligung anderer Bieter ersichtlich wäre.

[c] Das Risiko eines Ausfalls von (Nachlade-) Anlagen infolge von Beschädigungen oder Stromausfällen wird als (vernachlässigbar) gering eingeschätzt (Vermerk, a.a.O., S. 10). Das erscheint plausibel. Soweit die Vergabestelle zum Ausfallrisiko auf „langjährig erprobte Systeme“ abstellt, ist dies nicht zu beanstanden. Die Quantifizierung dieses Risikos ist i. ü. einem gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren Einschätzungsspielraum der Vergabestelle überantwortet. Das Gleiche gilt auch für das Risiko einer „ausbleibenden“ Errichtung von Anlagen und die Kostenrisiken aus Stromnetzentgelten (ebenda, S. 11).

[d] Ein Risikoansatz für die für evtl. Nichteinsatzfähigkeit von Triebzügen ist nicht erforderlich, weil dieses Risiko für den hier interessierenden Wertungsaufschlag irrelevant ist. Das Gleiche gilt für das Risiko einer Erhöhung der Trassenentgelte. Welche „Betriebsrisiken“ die Beschwerdeführerin in der Berechnung der Vergabestelle vermisst, bleibt unklar.

[e] Ein Ansatz für das Risiko von Kosten(erhöhungen) durch Bauauflagen ist nicht zu verlangen. Abgesehen davon, dass dies bereits in die geschätzten Baukosten einbezogen worden ist, wäre ein (darüber hinausgehender) Risikoansatz spekulativ.

Die Zweifel der Beschwerdeführerin an der vollständigen Erfassung von „Folgekosten“ bei einem Ausfall von Nachladeanlagen und an der richtigen Erfassung aller Risiken werden „ins Blaue hinein“ geäußert.

4.5.3 Die Beschwerdeführerin scheint - über die zuvor behandelten Fragen eines Wertungszuschlags wegen der Direktbeauftragung der Nachladeinfrastruktur hinaus gehend - auch einen Wertungsausgleich wegen der unterschiedlichen Vergabebedingungen für die Energielieferung für erforderlich zu halten. Dabei geht es - zum einen - um die unterschiedlichen Vergabebedingungen für den für Nachladestrom bzw. für Strom zur Erzeugung von Wasserstoff und - zum anderen - um das Risiko der (langjährigen) Beschaffung von Wasserstoff gegenüber demjenigen der Lieferung von Strom zur Batterie-Nachladung.



OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Für beide Fälle ist kein Wertungsausgleich oder ein ähnlicher Mechanismus geboten. Soweit für Nachladestrom bzw. für Strom zur Wasserstoffherstellung unterschiedliche Vergabebedingungen gelten, ist darauf bereits oben (zu B. 4.4) eingegangen worden. Wenn es zuträfe, dass insoweit zu „Lasten“ der Beschwerdeführerin ungünstige(re) Bezugsbedingungen bestehen, wäre dies keine Folge eines den Anbietern batteriebetriebener Fahrzeuge zukommenden Vorteils, sondern ergäbe sich aus den für wasserstoffbetriebene Fahrzeuge bestehenden Marktbedingungen. Das Gleiche gilt auch für das Risiko der (langjährigen) Beschaffung von Wasserstoff gegenüber demjenigen der Lieferung von Strom zur Batterie-Nachladung.

4.3 Die Zweifel der Beschwerdeführerin an der (im Übrigen) rechtmäßigen Durchführung des Vergabeverfahrens sind unbegründet.

5.1 Soweit sie in der Teilnahme eines (auch) für Fa. S. tätigen Hochschullehrers als „Experte“ an einer Beratungsrunde des Beschwerdegegners einen „Interessenkonflikt“ sieht, ist dem nicht zu folgen. Dafür fehlen jegliche konkreten Anhaltspunkte, zumal die Beratungsrunde weder konkrete vergabeverfahrensbezogene Entscheidungsbefugnisse hatte noch - ersichtlich - auf eine konkrete vergaberelevante (Verfahrens-)Entscheidung des Beschwerdegegners eingewirkt hat.

5.2 Der gegen das (gesamte) Vergabeverfahren vorgebrachte Einwand einer fehlenden „Vergabereife“ ist ebenfalls unbegründet. Die Beschwerdeführerin verkennt damit, dass das „gestufte“ Verfahren der Innovationspartnerschaft (mit integrierten Verhandlungsphasen) gerade dazu dient, die „Vergabereife“ herbeizuführen und diese - letztlich durch eine Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote - (wettbewerbs-)wirksam werden zu lassen.

4.4 Insgesamt ist die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin unbegründet.

### **C. Kosten und Streitwert**

Über die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer ist nach § 175 Abs. 2 iVm § 78 GWB nach Billigkeit zu entsch. n.

Es entspricht hier der Billigkeit, der unterliegenden Beschwerdeführerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens aufzuerlegen. Sie hat auch die Kosten des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde zu tragen.

Der Streitwert beträgt gemäß § 50 Abs. 2 GKG 5 v. H. der Bruttoauftragssumme, wobei maßgeblich der Wert des Auftrags - (grds.) für die gesamte Vertragslaufzeit - ist, um dem sich der jeweilige Bieter - hier: die Beschwerdeführerin - bewirbt.

Da diese kein eigenes verbindliches Angebot abgegeben hat, fehlt der Wertbemessung eine konkrete Grundlage.

Bei einem fehlenden Bieterangebot ist für die Wertbemessung auf die fiktive Angebotssumme bzw. - soweit hierfür individuelle Anhaltspunkte fehlen - auf den objektiven Wert der zu vergebenden Leistungen abzustellen; bei diesbezüglichen Schätzungen können dazu auch die von anderen Bietern offerierten Angebotspreise einen Anhaltspunkt vermitteln (OLG Naumburg, Beschluss vom 23.08.2005, 1 Verg 4/05, WuW/E Verg 1142; OLG Celle, Beschluss vom 01.07.2014, 13 Verg 4/14, ZfBR 2014, 820; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.05.2016, VII-Verg 12/16, Juris). Soweit der zu vergebene Auftrag Optionsrechte vorsieht, kann dem ggf. durch einen Abschlag von 50 % des darauf entfallenden (Wert-) Anteils entsprochen werden (BGH, Beschluss vom 18.03.2014, X ZB 12/13, NZBau 2014, 452).

OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2 / 19, Datenbank VERIS, Zugriff am 10.7.2019

---

Die Beteiligten haben - auf entsprechende Anfrage des Gerichts – zur Streitwerthöhe Stellung genommen; die Beschwerdeführerin hält einen Streitwert von 30 Mio. Euro für sachgerecht; der Beschwerdegegner gibt den Betrag von 56.900.000 Euro an. Diese liegt oberhalb der Grenze des § 39 Abs. 2 GKG. Der Senat bestimmt deshalb den Streitwert auf den im Tenor genannten Betrag.

Dr. Hilgenhövel

Wilke

Harder



## Vergabe Aktuell

21.01.2019

Die Nachprüfungsinstanzen sind nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle von Vergabeentscheidungen ermächtigt (OLG Düsseldorf, 05.09.2018, Verg 32/18).

Das OLG Düsseldorf hat zu der Prüfungskompetenz von Nachprüfungsinstanzen entschieden:

- Nachprüfungsinstanzen sind nicht zu einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle ermächtigt.
- Vergaberechtsverstöße sind nur von Amts wegen zu überprüfen, wenn sie den Antragsteller in seinen subjektiven Bieterrechten verletzen.
- Die Nachprüfungsinstanzen überprüfen intransparente Anforderungen der Leistungsbeschreibung nicht, wenn der Bieter sie richtig verstanden hat, da er dann nicht in subjektiven Rechten verletzt ist.
- Fehler bei der Wertung von Konzepten auf der vierten Wertungsstufe sind von Amts wegen nicht zu überprüfen, wenn das Angebot zwingend bereits aufgrund formeller Fehler in der ersten Wertungsstufe auszuschließen ist.

### **OLG Düsseldorf zur Prüfungskompetenz der Nachprüfungsinstanzen**

#### **Überprüfung von Amts wegen nur bei Verletzung subjektiver Bieterrechte**

#### **Download Volltext:**

[www.heuking.de/aktuelles/OLG\\_Duesseldorf\\_05.09.2018\\_Verg\\_32-18\\_PSA\\_954.pdf](http://www.heuking.de/aktuelles/OLG_Duesseldorf_05.09.2018_Verg_32-18_PSA_954.pdf)

Dieser Newsletter beinhaltet keinen Rechtsrat. Die enthaltenen Informationen sind sorgfältig recherchiert, geben die Rechtsprechung und Rechtsentwicklung jedoch nur auszugsweise wieder und können eine den Besonderheiten des einzelnen Sachverhaltes gerecht werdende individuelle Beratung nicht ersetzen.

RECHTSANWÄLTE UND STEUERBERATER

**Unser Team**



Dr. Ute Jasper



Dr. Daniela Hattenhauer



Dr. Martin Schellenberg



Ulf Christiani



Dr. Thomas Nickel



Dr. Markus Collisy



Dr. Rainer Velte



Marc Baltus



Stephan Freund



Gilbert Toepffer



Roland Gerold



Dr. Wolfgang G. Renner, LL.M.



Dr. Günther M. Bredow, LL.M.



Klaus Weinand-Härer



Dr. Stefan Proske



Dr. Thorsten Kuthe



Dr. André-M. Szesny, LL.M.



Dr. Sönke Gögrens



Dr. Wolfram Sandher



Ursula O'Dwyer



Dr. Philip Kempermann, LL.M.



Kirstin van de Sande



Fabian Gerstner



Dr. Isabel Langenbach



Dr. Matthias Kühn, LL.M.



Susanne C. Monsig



Dr. Christopher Marx



Dr. Laurence Westen



Dr. Clemens Butzer



Dr. Hilka Frese



Rebecca Dreps



Reinhard Böhle, LL.M.



Dr. Isa A. Sadoni



Christine Grau, LL.M.



Alexander Rospert



Andreas Haas, LL.B.



Bettina Neheider



Gesa Johanna Krohn



Florian Winzer



Johanna Felixa Wolf



Patrick Sahn, LL.M.



Sandra Janberg



Fabian Budde



Julius Becker



Marion Gilcher



Marie-Luise Horst



Martin Löwenberg



Marc Philip Greitens

**Unsere Auszeichnungen**

Das Team „Öffentlicher Sektor und Vergabe“ von

**HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK**

wurde 2018/2019 von nationalen und internationalen Anwaltsrankings zu den besten Beratern gezählt und ausgezeichnet.



**WHO'S WHO LEGAL**  
The International Who's Who of Business Lawyers



**Unsere Vorträge**



**Bewertungsmethoden und Gewichtung**

02.04.2019 in Köln



**Vergaberecht und Fördermittel**

24.05.2019 in Düsseldorf



**Einsteigerkurs Vergaberecht**

06.12.2019 in Düsseldorf

**Update Vergaberecht 2019**

- 15.03.2019 in Stuttgart
- 12.04.2019 in Berlin
- 17.05.2019 in Düsseldorf
- 28.06.2019 in Chemnitz
- 05.07.2019 in München
- 13.09.2019 in Hamburg
- 27.09.2019 in Köln
- 08.11.2019 in Frankfurt
- 29.11.2019 in Düsseldorf

Wir freuen uns auf Sie!

[www.heuking.de](http://www.heuking.de)

Berlin  
Chemnitz  
Düsseldorf  
Frankfurt  
Hamburg  
Köln  
München  
Stuttgart  
Brüssel  
Zürich