

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 17.05.2024
Aktenzeichen: Verg 30/23
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2024:0517:VERG30.23.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2024 – Verg 30/23 –, juris

Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 25. August 2023 aufgehoben und der Antragsgegnerin untersagt, das Vergabeverfahren "Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in Flüchtlingsunterkünften" mit der Vergabenummer ...durch Zuschlagserteilung abzuschließen. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Verfahren auf den Zeitpunkt vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zu wiederholen.

Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vor der Vergabekammer war notwendig.

Der Beschwerdewert wird auf bis 80.000,00 Euro festgesetzt

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom ... im offenen Verfahren die Beschaffung von Sicherheitsdienstleistungen in der Flüchtlingsunterkunft F. in Q. für die Dauer von 24 Monaten mit einer Option der zweimaligen Verlängerung um ein Jahr EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ..; Referenznummer der Bekanntmachung: ...). Nach der Leistungsbeschreibung waren im Vertragszeitraum vom 1. Juni 2023 bis zum 30. Mai 2025 täglich 24 Stunden jeweils zwei Mitarbeitern pro Schicht einzusetzen. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziffer II.2.5. der Bekanntmachung).
- 2 Die Bieter hatten sich nach Ziffer III.1.2. der Bekanntmachung über ihre mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Umsätze der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren zu erklären. Nach Ziffer III.1.3. der Bekanntmachung, Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, hatten die Bieter eine Eigenerklärung über die Zahl der in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte sowie "zur Ausführung von Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind", vorzulegen. Hierzu war in Ziffer 6. der Leistungsbeschreibung ausgeführt, es sei eine Liste vergleichbarer erbrachter Aufträge aus dem Bereich Sicherheitsdienstleistungen in den letzten drei Geschäftsjahren unter Angabe des Rechnungswerts, der Leistungszeit sowie der

öffentlichen bzw. privaten Auftraggeber beizufügen. Der Gliederungspunkt war mit dem Klammerzusatz "mindestens drei" versehen. Teil der Vergabeunterlagen war auch ein Preisblatt, in dem Einheitspreise pro Stunde und Zuschläge für bestimmte Zeiten sowie der für die Wertung relevante Preis pro Jahr brutto anzugeben waren.

- 3 Neben der Antragstellerin und der Beigeladenen gaben noch 25 weitere Bieter Angebote ab. Die Antragsgegnerin forderte die fünf bestplatzierten Bieter mit E-Mail vom 16. März 2023 gemäß § 60 VgV auf, den von ihnen angebotenen Stundenverrechnungssatz (SVS) nachvollziehbar zu erläutern. Nach Eingang der jeweiligen Antwortschreiben forderte die Antragsgegnerin mit E-Mail vom 27. März 2023 die Beigeladene auf, eine aufgeschlüsselte Preiskalkulation zu übersenden. Dieser Aufforderung kam sie fristgemäß nach. Nach Abschluss der Preisprüfung schloss die Antragsgegnerin das Angebot des erstplatzierten Bieters aus, während sie das Angebot der zweitplatzierten Beigeladenen für auskömmlich erachtete. Mit Schreiben vom 26. April 2023 informierte sie die nunmehr fünftplatzierte Antragstellerin nach § 134 GWB, dass ihr Angebot nicht angenommen werden solle, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
- 4 Mit Anwaltsschreiben vom 7. Mai 2023 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Schon die Vorabinformation genüge den Anforderungen nicht. Vor dem Hintergrund der sehr geringen Preisabstände im Sicherheitssektor bei den Stundenverrechnungssätzen sei der Auftraggeber verpflichtet, im Rahmen der Vorabinformation nach § 134 GWB den Preis des Bestbieters prüffähig aufzuschlüsseln. Zweifelhafte sei auch die Eignung der Beigeladenen. Sie habe lediglich eine Bilanz für 2019 über 21.895,54 Euro veröffentlicht. Ihre Erfahrung sei ausweislich der veröffentlichten Auftragsvergaben auf die Bewachung eines Übergangwohnheims mit drei Wohneinheiten in N. beschränkt. Zudem habe es die Antragsgegnerin pflichtwidrig versäumt, nachvollziehbare Eignungsanforderungen festzulegen. So werde in der Bekanntmachung kein Mindestumsatz, keine Mindestzahl an Mitarbeitern und keine Mindestzahl an Referenzen definiert. Dies erfordere eine Rückversetzung des Vergabeverfahrens. Des Weiteren sei der abgefragte Wertungspreis fiktiv. Es sei unklar, auf welcher Grundlage er zu kalkulieren sei, was den Angeboten die Vergleichbarkeit nehme. Die Beigeladene könne auch unmöglich den Tarifvertrag Sicherheitsdienstleistungen beachtet haben. Dort sei eine Vergütung von 14,49 Euro je Stunde vorgesehen, auf die ein Soziallohnanteil von nicht weniger als 10 Prozent, zusätzliche lohngebundene Kosten, unternehmensbezogene Kosten sowie Wagnis und Gewinn aufzuschlagen seien. Sie - die Antragstellerin - habe sehr "scharf" kalkuliert und könne auskömmlich nicht unterboten werden, was im Übrigen für alle vermeintlich besser platzierten Bieter gelte. Auch bestünden erhebliche Zweifel an einer nachvollziehbaren Dokumentation.
- 5 Nach Zurückweisung der Rügen mit Schreiben vom 17. Mai 2023 hat die Antragstellerin mit Anwaltsschreiben vom 22. Mai 2023 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt, zu dessen Begründung sie ihre vorstehenden Rügen wiederholt und vertieft hat.
- 6 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 7 der Antragsgegnerin zu untersagen, das Vergabeverfahren "Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in Flüchtlingsunterkünften" mit der Vergabenummer ... auf Grundlage

- der bisherigen Vergabe- und Vertragsunterlagen durch Zuschlagserteilung abzuschließen;
- 8 der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gemäß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und gemäß der Vergabeverordnung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen;
- 9 der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, das Verfahren auf den Zeitpunkt vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
- 10 hilfsweise für den Fall, dass feststeht, dass sie aus einem nicht gerügten Grund keine Zuschlagschance hat, der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, das Verfahren auf den Zeitpunkt vor Absendung der EU-weiten Bekanntmachung zurückzusetzen;
- 11 äußerst hilfsweise, gemäß § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken; .
- 12 ihr Einsicht in die Vergabeakten der Antragsgegnerin zu gewähren;
- 13 die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 14 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 15 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 16 die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 17 Die Antragsgegnerin hat die Auffassung vertreten, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 VgV. Das Angebot der Antragstellerin rangiere lediglich auf dem fünften Rang, so dass ihre Rügen allein bezogen auf die Wertung des Angebots der Beigeladenen ihre Zuschlagschancen nicht verbessern würden. Es fehle jeder substantiierte Sachvortrag dazu, dass und warum die Angebote der drei weiteren vor ihr platzierten Bieter nicht zuschlagsfähig sein sollen. In der Sache sei die Eignung der Beigeladenen und übrigen vor der Antragstellerin platzierten Bieter anhand der in der Bekanntmachung veröffentlichten Eignungskriterien, geprüft und bejaht worden. Soweit die Anforderungen in der Bekanntmachung hinter denen der Leistungsbeschreibung zurückblieben, habe die Antragstellerin diesen Umstand nicht fristgerecht gerügt und sei daher mit ihrem Vorbringen präkludiert. Überdies habe sie nicht dargetan, dass die Beigeladene die Vorgaben des Tarifvertrags bei der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes nicht eingehalten habe. Dies gelte unabhängig davon, dass die durchgeführte Preisprüfung keinerlei Beanstandungen ergeben und sich der Preis als auskömmlich dargestellt habe. Das mit den Vergabeunterlagen zur Verfügung gestellte und von den Bietern auszufüllende Preisblatt sei entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht intransparent und damit missverständlich, da die Anzahl der Werk-, Sonn- und Feiertage bekannt sei. Im Übrigen sei die Antragstellerin mit dieser Rüge aber auch präkludiert, weil sie nicht bis zur Angebotsabgabefrist geltend gemacht worden sei.

- 18 Nach Hinweis der Vergabekammer, dass die Dokumentation der Eignungsprüfung nicht den Anforderungen genüge, hat die Antragsgegnerin unter dem 15. Juni 2023 die Eignungsprüfung wiederholt und hierüber einen ergänzenden Vergabevermerk erstellt. Danach hat sie den Umsatz und die Beschäftigungszahl der Beigeladenen und der übrigen drei vor der Antragstellerin platzierten Bieter ebenso geprüft wie die Vergleichbarkeit jeweils eines Referenzauftrags. Auf dieser Grundlage hat sie die Eignung der Beigeladenen und der übrigen Bieter jeweils bejaht.
- 19 Die Antragstellerin hat daraufhin auch diese Eignungsprüfung als vergaberechtsfehlerhaft beanstandet, weil die Antragsgegnerin nur jeweils einen Referenzauftrag geprüft habe, obwohl sich aus der Formulierung in der Bekanntmachung die Forderung nach mehreren Referenzen ergebe. Auch komme es für die Vergleichbarkeit der referenzierten mit der ausgeschriebenen Leistung nicht nur auf die Art der Leistung, sondern auch auf deren Umfang an. Bei der Referenz der Beigeladenen habe es sich nicht um eine 24/7-Bewachung gehandelt. Auch bleibe der Auftragswert deutlich hinter dem der zu vergebenden Leistung zurück. Ohnehin komme eine Nachholung der Eignungsprüfung nicht in Betracht, da der Auftraggeber nicht mehr unbefangen sei, sondern geneigt sein werde, die ursprüngliche Entscheidung zu rechtfertigen.
- 20 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 25. August 2023 zurückgewiesen. Soweit die Antragstellerin die Eignung der Beigeladenen bemängelt, sei ihr Antrag bereits unzulässig, da ihr als fünftplatzierte Bieterin kein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen drohe. Zur Bejahung der Antragsbefugnis hätte es substantiierter Ausführungen auch zu den übrigen vor ihr platzierten Bietern bedurft. Mit ihrer Rüge einer fehlerhaften Festlegung der Eignungskriterien wegen abweichender Vorgaben in der Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung sei sie mangels rechtzeitiger Rüge bis zum Ablauf der Angebotsfrist präkludiert. Gleiches gelte für ihre Rüge einer fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote aufgrund eines intransparenten Preisblatts. Mit der Kalkulation des Angebotspreises müsse sich der Bieter bei der Angebotserstellung ohnehin auseinandersetzen. Die Rüge einer unterbliebenen Auskömmlichkeitsprüfung sei nicht hinreichend substantiiert. Hierfür reiche der Vortrag, selbst derart knapp kalkuliert zu haben, dass eine Unterschreitung ihres Preises nicht mehr auskömmlich sein könne, nicht aus. Zulässig sei der Nachprüfungsantrag daher nur mit den Rügen eines Ausfalls der materiellen Eignungsprüfung und des Fehlens von Mindestanforderungen, da diese nicht vorab erkennbar gewesen seien. Insoweit sei der Antrag allerdings unbegründet. Eine Verpflichtung zur Festlegung von Mindestanforderungen bestehe nicht. Dabei seien allerdings nur die in der Bekanntmachung aufgeführten Eignungskriterien wirksam aufgestellt. Soweit diese hinter den Anforderungen in der Leistungsbeschreibung zurückblieben, sei dies unschädlich. Eine hieran ausgerichtete materielle Eignungsprüfung habe stattgefunden. Diese sei lediglich zunächst nur rudimentär dokumentiert gewesen. Die Antragsgegnerin habe jedoch nach entsprechendem Hinweis eine erneute Eignungsprüfung durchgeführt und diese dokumentiert. Dies sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 21 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Vergabekammer habe ihre Rüge fehlender Auskömmlichkeit zu Unrecht für nicht hinreichend substantiiert erachtet. So habe sie nicht nur erklärt, als Bestandsbieterin äußerst knapp kalkuliert zu haben, sondern auch zu dem sich aus den gesetzlichen Vorgaben ergebenden Aufschlag auf den Mindesttariflohn unter Angabe konkreter Zahlen und Prozentsätze detailliert vorgetragen. Angebote von Bietern, die günstiger kal-

kuliert hätten, könnten daher nicht auskömmlich sein. Die Lohnnebenkosten seien gesetzlich bestimmt; der Anspruch aus Urlaubsgeld tarifvertraglich vorgeschrieben. Ihre Rüge bezüglich der Ermittlung des Wertungspreises anhand des zur Verfügung gestellten Preisblatts habe die Vergabekammer missverstanden. Es fehle an einer zwingenden Vorgabe für die Ermittlung des Bruttojahrespreises, der für den abrechnungsrelevanten Stundenverrechnungssatz maßgeblich sei. Fehle es an einer solchen Vorgabe für alle Bieter, seien die Wertungspreise und damit die Angebote nicht vergleichbar. Dies habe sie allerdings bei der Erstellung ihres Angebots noch nicht erkennen können, da für sie klar gewesen sei, dass in Anbetracht des in den zweijährigen Vertragszeitraum fallenden Schaltjahres der Stundenverrechnungssatz mit 2 für zwei Mitarbeiter, mit 24 für die 24 Stunden des Tages und mit 365,5 für mittlere Anzahl von Tagen pro Jahr zu multiplizieren sei, um den (Netto-) Jahrespreis zu ermitteln. Eine materielle Eignungsprüfung sei ausweislich der ursprünglichen Dokumentation nicht erfolgt. Eine Heilung komme nicht in Betracht, da vorliegend nicht lediglich die Dokumentation ergänzt, sondern die Eignung erstmals geprüft worden sei. Im Übrigen genüge selbst die nachgeholte Prüfung den Anforderungen nicht. Die Referenz der Stadt N. der Beigeladenen sei hinsichtlich Auftragswert und Umfang nicht vergleichbar. Zudem stehe die Prüfung lediglich einer Referenz im Widerspruch zur Bekanntmachung, wo vergleichbare Leistungen im Plural gefordert worden seien. Letzteres gelte auch für die Eignungsprüfung der vor ihr platzierten Bieter. Zudem leide das Vergabeverfahren an einem schwerwiegenden Bekanntmachungsfehler, da Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung auseinanderfielen und nicht klar sei, welche der Eignungskriterien für Antragsgegnerin verzichtbar seien.

- 22 Die Antragstellerin beantragt,
- 23 den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 25. August 2023, Geschäftszeichen VK 16/23-L, aufzuheben;
- 24 der Antragsgegnerin zu untersagen, das Vergabeverfahren "Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen in Flüchtlingsunterkünften" mit der Vergabenummer ... auf Grundlage der bisherigen Vergabe- und Vertragsunterlagen durch Zuschlagserteilung abzuschließen;
- 25 der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, das Verfahren auf den Zeitpunkt vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
- 26 hilfsweise, der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, das Verfahren auf den Zeitpunkt vor Absendung der EU-weiten Bekanntmachung zurückzusetzen;
- 27 äußerst hilfsweise, gemäß § 168 Abs. 1 Satz 2 GWB auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken;
- 28 ihr Einsicht in die Eignungs- und Auskömmlichkeitsprüfung der übrigen Bieter zu gewähren;
- 29 die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären;

30 der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer Kosten zur zweckent-
sprechenden Rechtsverteidigung aufzuerlegen.

31 Die Antragsgegnerin beantragt,

32 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;

33 die Kosten der Beschwerde der Antragstellerin aufzuerlegen.

34 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Zu Recht habe
sie die Rüge fehlender Auskömmlichkeit als bereits unzulässig, da nicht hinreichend sub-
stantiiert erachtet. Die Rüge erschöpfe sich in der Vermutung, kein vor ihr platzierter
Bieter könne auskömmlich kalkuliert haben. Die Rüge sei allerdings auch unbegründet.
Obwohl die Aufgreifschwelle nicht erreicht gewesen sei, habe sie die Angebote geprüft
und für auskömmlich befunden. Mit der Rüge eines intransparenten Preisblatts sei die
Antragstellerin präkludiert. Die Rüge sei allerdings auch unbegründet. Für die Bieter ha-
be es auf der Hand gelegen, das erste Vertragsjahr konkret zu berechnen, dessen Sonn-
und Feiertage bekannt gewesen seien. Eine eventuelle nicht Berücksichtigung des Um-
standes, dass 2024 ein Schaltjahr sei, ändere an der Bieterreihenfolge nichts. Ihre ma-
terielle Eignungsprüfung sei vergaberechtskonform. Diese habe sie bereits im Zuge der
Angebotswertung durchgeführt und deren Ergebnis mit einem Screenshot dokumentiert.
Im Zuge der Nachholung der versäumten Dokumentation habe sie die Eignungsprüfung
ergebnisoffen wiederholt. Entscheidend sei die funktionelle Vergleichbarkeit, nicht der
Umfang. Ob ein Unternehmen in der Lage sei, den Auftrag auch vom Umfang her zu er-
füllen, lasse sich aufgrund anderer Kennzahlen wie Umsatz und Beschäftigtenzahl be-
urteilen. Zudem erbringe die Beigeladene jedenfalls seit Mai 2022 bezüglich des Ob-
jekts in N. auch eine 24/7 Überwachung. Aus der Verwendung des Plurals in der Bekannt-
machung könne eine Forderung nach jedenfalls zwei vergleichbaren Referenzen nicht
abgeleitet werden. Insoweit sei auch kein Bekanntmachungsfehler gegeben. Folge des
Auseinanderfallens von Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung sei lediglich, dass
Letztere unbeachtlich sei.

II.

35 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

36 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die
erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben,
weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ih-
ren Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat.

37 2. Die sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

38 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet, soweit sie die
Preisprüfung nach § 60 VgV und die Eignungsprüfung als vergaberechtsfehlerhaft bean-
standet hat.

39 a) § 60 VgV

40 Der Nachprüfungsantrag ist mit seiner Rüge eines Unterkostenangebots zulässig und
begründet. Die erforderliche Antragsbefugnis ist gegeben, ihrer Rügeobliegenheit nach
§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hat die Antragstellerin mit Anwaltsschreiben vom 7. Mai

2023 genügt. Die Preisprüfung der Antragsgegnerin erfüllt die vergaberechtlichen Anforderungen des § 60 VgV nicht.

- 41 aa) Die von § 160 Abs. 2 GWB geforderte Antragsbefugnis, wonach nur solche Unternehmen antragsbefugt sind, denen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, liegt vor.
- 42 Ein Schaden droht, wenn der Antragsteller im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32), wenn also die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565). Nur wenn eine Verschlechterung der Zuschlagschancen durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß offensichtlich ausgeschlossen ist, ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26). Ist das Angebot des Bieters nicht das zweit-, sondern das dritt- oder schlechter platzierte, bedarf die Feststellung einer Verschlechterung der Zuschlagschancen demzufolge einer über die Vergaberechtswidrigkeit der Auswahl des erstplatzierten Bieters hinausgehenden Darlegung (OLG Brandenburg, Beschluss vom 9. Februar 2010, Verg W 10/09, BeckRS 2010, 3986). Insoweit ist entweder dahingehender Vortrag erforderlich, dass das eigene, beispielsweise an dritter Stelle der Wertung liegende Angebot deshalb den Zuschlag erhalten müsste, weil auch das auf dem zweiten Platz der Wertung liegende Angebot von der Wertung auszuschließen sei (OLG Celle, Beschluss vom 2. Dezember 2010, 13 Verg 12/10, BeckRS 2011, 528; Schäfer in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Komm. z. GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 160 Rn. 75) oder dass sämtliche tatsächlich in die Wertung gelangten Angebote hätten ausgeschlossen werden müssen (Senatsbeschluss vom 27. April 2005, VII-Verg 23/05, BeckRS 2005, 5608), weil dann das eingeleitete Vergabeverfahren in diesem Fall nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32; Senatsbeschluss vom 28. September 2022, Verg 16/22).
- 43 Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist die Antragstellerin antragsbefugt, obwohl ihr Angebot nach dem Wertungsergebnis der Antragsgegnerin nur auf dem fünften Rang liegt. Die Antragstellerin hat - wie nachstehend unter bb. noch auszuführen sein wird - hinreichend substantiiert vorgetragen, dass nicht nur das Angebot der Beigeladenen, sondern auch die drei übrigen vor ihr platzierten Bieter mangels Auskömmllichkeit der angebotenen Stundenverrechnungssätze auszuschließen sind. So macht sie geltend, sie selbst habe derart "knapp" kalkuliert, dass die anderen Bieter nur deshalb preisgünstiger hätten anbieten können, weil sie aller Wahrscheinlichkeit nach einen zu niedrigen Aufschlag für die lohngebundenen Kosten und den Soziallohnanteil auf den Tariflohn vorgenommen hätten. Darin liegt der schlüssige Vortrag, auch die Angebote der zweit- dritt- und viertplatzierten Bieter genügten bei der Kalkulation des Stundenverrechnungssatzes den sozial- und arbeitsrechtlichen Vorgaben nicht.
- 44 bb) Die Antragstellerin hat mit Anwaltsschreiben vom 7. Mai 2023 ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt.
- 45 (1) An Rügen ist ein großzügiger Maßstab anzulegen (Senatsbeschlüsse vom 2. Juni 2021, VII-Verg 48/20, und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, juris, Rn. 56; OLG Dresden, Beschluss vom 6. Februar 2002, W Verg 4/02, juris Rn. 19; OLG München, Beschluss

vom 7. August 2007, Verg 8/07, juris, Rnrn. 11 f.). Da ein Bieter naturgemäß nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er im Vergabenaachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines - oft nur beschränkten - Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, juris, Rn. 53; OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Juli 2010, 11 Verg 5/10, juris Rn. 51). Der Antragsteller muss lediglich tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (Senatsbeschluss vom 16. August 2019, VII-Verg 56/18; OLG München, Beschluss vom 11. Juni 2007, Verg 6/07, juris, Rn. 31). Zwar reichen reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen nicht aus (Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, juris, Rn. 56; OLG München, Beschluss vom 2. August 2007, Verg 7/07, juris Rn. 15 f.), ein Mindestmaß an Substantiierung ist einzuhalten (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 511). Eine willkürliche, aufs Geradewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptung ist unzulässig und unbeachtlich (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZ-Bau 2006, 800 Rn. 39 - Polizeianzüge). Eine bloße Behauptung ins Blaue hinein liegt aber schon dann nicht mehr vor, wenn der Antragsteller unter Hinweis auf seine Branchen und Marktkenntnis und damit unter Bezugnahme auf konkrete Umstände das Wertungsergebnis des Antragsgegners angezweifelt hat (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 511, zitiert im Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 29).

- 46 (2) Das anwaltliche Rügeschreiben der Antragstellerin vom 7. Mai 2023, das aus Sicht einer verständigen Vergabestelle auszulegen ist (Senatsbeschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 30), genügt danach den Anforderungen. Die Antragstellerin, die von der Kalkulation der Beigeladenen naturgemäß keine Kenntnis hat, hat genügend tatsächliche Anknüpfungstatsachen für eine nicht den sozial- und arbeitsrechtlichen Vorgaben entsprechende Preisgestaltung der vor ihr platzierten Bieter vorgebracht. Sie hat in Abschnitt IV ihres Schreibens beanstandet, die Antragsgegnerin habe nicht überprüft, ob der Lohntarifvertrag eingehalten werde und die niedrigen Stundenverrechnungssätze zufriedenstellend aufgeklärt worden seien. Insoweit hat sie nicht nur ausgeführt, ihrerseits sehr "scharf" kalkuliert zu haben, weshalb sie nach ihrer Erfahrung auskömmlich nicht unterboten werden könne, sondern konkret zum Tariflohn und zu den für einen auskömmlichen Stundenverrechnungssatz mindestens erforderlichen Aufschlägen vorgetragen. So hat sie ausgeführt, auf den Tariflohn für Sicherheitsmitarbeiter in Flüchtlingsunterkünften in Höhe von 14,49 Euro je Stunde müsse ein Zuschlag erfolgen, um den Soziallohnanteil, die zusätzlichen lohngebundenen Kosten, die Unternehmenskosten sowie Wagnis und Gewinn abzudecken. Dabei sei ein Soziallohnanteil von weniger als zehn Prozent abwegig.
- 47 cc) Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Antragsgegnerin hat bei der vorgenommenen Preisprüfung gegen § 60 VgV verstoßen, denn sie ist vergaberechtsfehlerhaft zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene den von ihr angebotenen Stundenverrechnungssatz zufriedenstellend aufgeklärt hat.
- 48 (1) Nach § 60 Abs. 1 VgV verlangt der öffentliche Auftraggeber vom Bieter Aufklärung, wenn der Preis im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint. Die Feststellung, dass ein Preis ungewöhnlich niedrig erscheint, kann sich aus dem Preis- und Kostenabstand zu den Konkurrenzangeboten ergeben, aber auch aus Erfahrungswerten oder aus dem Abstand zur Auftragswertschätzung (Senatsbeschlüsse

vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021, 56263 Rn. 39, und vom 16. April 2020, VII-Verg 37/19). Erscheint der angebotene Preis danach als ungewöhnlich niedrig und tritt der öffentliche Auftraggeber in die Preisprüfung ein, hat er die Zusammensetzung des Angebots zu prüfen und die übermittelten Unterlagen zu berücksichtigen. Dabei kann die Prüfung gemäß § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV insbesondere die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB beinhalten, zu denen unter anderem die Einhaltung der geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften gehört. Ihre Einhaltung ist essenziell für den Wettbewerb (Lausen in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 60 Rn. 25), weshalb der öffentliche Auftraggeber stets zumindest eine cursorische Prüfung dieser Fragen bei einer Prüfung nach § 60 VgV vornehmen muss. Bestehen konkrete Anhaltspunkte, ist eine detaillierte Prüfung erforderlich. Zweifelsfragen dürfen vor Zuschlagserteilung nicht offenbleiben (Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, VgV § 60 Rn. 11, 17).

- 49 (2) Zwar ist die Antragsgegnerin vorliegend in die Preisprüfung der ersten fünf Angebote eingetreten, weil der zur Ermittlung der angegebenen Stundensätze erfolgte Aufschlag auf den Stundenlohn unterhalb der vom Zoll angenommenen und den Bietern in den Vergabeunterlagen mitgeteilten Aufgreifschwelle von 70 Prozent lag.
- 50 Der dokumentierten Preisprüfung kann jedoch nicht entnommen werden, ob überhaupt und in welchem Umfang die Antragsgegnerin überprüft hat, ob die Beigeladene und die drei übrigen zur Aufklärung aufgeforderten Bieter bei der Kalkulation des angebotenen Stundenverrechnungssatzes neben dem Mindestlohn nach Tarifvertrag auch die sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften beachtet haben. Die diesbezüglichen Ausführungen im Vergabevermerk beschränken sich allein auf die Beigeladene und erschöpfen sich im Grunde in der Feststellung, das Angebot sei auskömmlich. Der dokumentierten Aufklärung kann allenfalls eine Überprüfung der Einhaltung der Vorgaben zum Tariflohn entnommen werden. Nichts Belastbares ergibt sich ferner aus dem Nichtabhilfescheitern der Antragsgegnerin vom 17. Mai 2023. Sie führt dort lediglich aus, der Bestbieter habe seine Kalkulation nachvollziehbar unter Erläuterung aller beeinflussenden Faktoren darlegen können, weshalb weder an der Auskömmlichkeit noch an der Einhaltung des Mindest- und Tariflohns Zweifel beständen. Spätestens als die Antragstellerin ihr Vorbringen zu den prozentualen Zuschlägen auf den gesetzlichen Mindestlohn weiter substantiiert hat, hätte die Antragsgegnerin im Rahmen ihrer Aufklärung die kalkulierten Stundenverrechnungssätze konkret daraufhin überprüfen müssen, ob die Vorgaben zum Soziallohn und zu den Lohnnebenkosten jeweils eingehalten werden. So hat die Antragstellerin dezidiert vorgetragen, dass der prozentuale Anteil dieser Kosten aufgrund zwingender gesetzlicher Vorgaben bei über 30 % läge. Zur Begründung hat sie darauf hingewiesen, dass der Manteltarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in Nordrhein-Westfalen, der für allgemeinverbindlich erklärt und im Bundesanzeiger veröffentlicht worden ist, in § 5 einen Urlaub von 26 Werktagen vorsieht. Dabei gelten als Werktage alle Kalendertage, die nicht Sonn- und Feiertage sind, § 3 Abs. 2 BUrlG. Dies waren im Jahr 2023 bei zehn nicht auf einen Sonntag fallenden Feiertagen 302 und sind im Jahr 2024 bei elf nicht auf einen Sonntag fallenden Feiertagen 303 Tage. Damit errechnet sich allein für die Abgeltung des tariflichen Mindesturlaubs ein Zuschlag auf den Stundenlohn von 8,6 Prozent. Hinzu kommt die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Auch wenn insoweit erhebliche Unterschiede zwischen den Betrieben bestehen, muss von einem gewissen Krankenstand ausgegangen werden, weshalb Soziallohn- beziehungsweise Lohnfolgekosten von weniger als zehn Prozent unrealistisch erscheinen. Der Stundensatzberechnung der Beigeladenen liegt insgesamt jedoch ein deutlich niedriger prozentualer Anteil an Lohnneben-

kosten zu Grunde. Allein die Lohnfolgekosten (Soziallohn) weisen einen deutlich unter zehn Prozent liegenden Prozentsatz aus.

- 51 b) § 42 Abs. 1 VgV, § 122 GWB
- 52 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig und begründet, soweit die Antragstellerin die Eignungsprüfung der Beigeladenen und der anderen vor ihr platzierten Bieter beanstandet. Die Antragsgegnerin hat ihrer Prüfung vergaberechtsfehlerhaft lediglich die Eigenerklärung zu einem Referenzauftrag zu Grunde gelegt (siehe unter bb) (1). Zudem hat sie die an die Vergleichbarkeit eines Referenzauftrags zu stellenden Anforderungen verkannt. (siehe unter bb) (2).
- 53 aa) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Seiner Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass die Antragstellerin ihre ursprünglich zur Nachprüfung gestellten Rügen erweitert und erst im laufenden Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemacht hat, die Antragsgegnerin habe die berufliche Leistungsfähigkeit nicht nur anhand eines Referenzauftrags überprüfen dürfen und habe zudem die Anforderung an die Vergleichbarkeit zwischen dem referenzierten und dem ausgeschriebenen Auftrag verkannt. Der Antragsteller kann während des Nachprüfungsverfahrens weitere mögliche Vergaberechtsverstöße zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens machen, selbst wenn das Nachprüfungsverfahren zunächst unzulässig war, weil es aufgrund eines nicht, nicht unverzüglich oder inhaltlich unzureichend gerügten Verstoßes eingeleitet worden ist (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 512). Es muss sich nur um einen weiteren Vergaberechtsverstoß handeln, der zulässig beanstandet, insbesondere nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert ist (Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 512). Vorliegend war die Antragstellerin mit ihrer Beanstandung schon deshalb nicht präkludiert, weil die Antragsgegnerin die Eignungsprüfung während des Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer wiederholt hat und sich erst aus der Dokumentation dieser neuen Prüfung ergab, dass die Antragsgegnerin ihre Prüfung nur auf jeweils einen Referenzauftrag erstreckt hat.
- 54 bb) Die am 15. Juni 2023 wiederholte Eignungsprüfung ist vergaberechtsfehlerhaft. Sie verstößt gegen § 42 Abs. 1 VgV, § 122 GWB, denn die Antragsgegnerin hat die materielle Eignungsprüfung in Bezug auf die berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter nur gestützt auf einen durch Eigenerklärung nachgewiesenen referenzierten Auftrag vorgenommen, obwohl sie zwei Referenzen gefordert hat (siehe unter (1)). Zudem hat sie allein auf die funktionelle Vergleichbarkeit, also auf die Art der referenzierten Leistung abgestellt und den Umfang der Leistung vergaberechtsfehlerhaft unberücksichtigt gelassen (siehe unter (2)).
- 55 (1) Wie sich aus der Dokumentation der wiederholten Eignungsprüfung vom 15. Juni 2023 ergibt, hat die Antragsgegnerin ihre Prüfung darauf beschränkt, ob die Beigeladene und die nach ihr platzierten Bieter einen Referenzauftrag durch Eigenerklärung nachgewiesen haben, der mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist. Damit ist ihre Prüfung vergaberechtsfehlerhaft, denn sie hat ihre eigenen Vorgaben zur Anzahl der Referenzaufträge nicht beachtet.
- 56 (a) Die Antragsgegnerin hat in der Auftragsbekanntmachung zum Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit eine Eigenerklärung des Bieters zu zwei Referenzen gefordert.

- 57 Welche Anforderungen an die Eignung gestellt werden, bestimmt der Auftraggeber durch entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung. Dort legt er auch die Nachweise fest, anhand derer er die Prüfung vornehmen will (OLG Frankfurt, Beschluss vom 1. Oktober 2020, 11 Verg 9/20, ZfBR 2021, 91, 94). Dabei sind die Eignungskriterien sämtlich gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZBau 2019, 64 Rn. 30). Andere Eignungsanforderungen sind nicht wirksam aufgestellt (Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2020, VII-Verg 36/19, ZfBR 2021, 84, 88). Von daher sind bei der Auslegung neben der Bekanntmachung nur solche Umstände relevant, die bis zur Veröffentlichung gegeben und für die Bieter erkennbar waren (Senatsbeschluss vom 24. Mai 2006, VII-Verg 14/06, ZfBR 2007, 181, 182). Auf die Vergabeunterlagen kommt es insoweit nicht an. Diese können die Bekanntmachung - sofern sie mit dieser übereinstimmen - allenfalls konkretisieren (OLG Celle, Beschluss vom 24. April 2014, 13 Verg 2/14, BeckRS 2014, 14221 Rn. 36). Die Frage, welcher Erklärungswert den maßgeblichen Teilen der Vergabeunterlagen zukommt, ist nach den für die Auslegung von Willenserklärungen geltenden Grundsätzen (§§ 133, 157 BGB) zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18. Juli 2017, 11 Verg 7/17, BeckRS 2017, 121590 Rn. 59). Dabei ist im Rahmen einer normativen Auslegung auf den objektiven Empfängerhorizont der potenziellen Bieter abzustellen (BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, NZBau 2014, 185 Rn. 31 - Stadtbahnprogramm Gera). Entscheidend ist die Verständnismöglichkeit aus der Perspektive eines verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Unternehmens, das über das für eine Angebotsabgabe oder die Abgabe eines Teilnahmeantrags erforderliche Fachwissen verfügt (Senatsbeschlüsse vom 8. Juni 2022, VII-Verg 19/22 ZfBR 2023, 292, 295 und vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, NZBau 2016, 235 Rn. 34 - BSI; OLG Naumburg, Beschluss vom 9. August 2019, 7 Verg 1/19, BeckRS 2019, 32036 Rn. 32). Insoweit kann das Verständnis von Mitbieter oder -bewerbern von indizieller Bedeutung sein (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07, NZBau 2008, 592 Rn. 15 - BAB-Leiteinrichtungen; Senatsbeschluss vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17, NZBau 2018, 242 Rn. 37 - LKW-Mautsystem III; Lampert in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 121 Rn. 77).
- 58 Für den verständigen Bieter ergab sich aus der Formulierung unter Ziffer III.1.3 - Ausgeführte Leistungen - der Bekanntmachung, wonach mit dem Angebot eine Eigenerklärung über die "Ausführung von Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind", dass nicht nur eine, sondern mehrere, mangels genauer Zahl daher zwei Referenzen gefordert sind. Die Angabe "Leistungen" ist nicht unbestimmt oder unklar, weil sie keine weiteren Vorgaben enthält. Der Plural des Wortes besagt, dass mindestens zwei Referenzen vorgelegt werden sollten (so schon: Senatsbeschluss vom 14. Januar 2009, VII-Verg 59/08, NZBau 2009, 398, 402). Dieses Verständnis fand zudem durch das ebenfalls im Plural verwandte Hilfsverb "sind" hinter "mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar" eine zusätzliche Bestätigung, auch wurden die ausgeführten Leistungen (Plural) damit bewusst der zu vergebenden Leistung (Singular) gegenübergestellt. Dabei folgte für den verständigen Bieter aus der Verwendung der Begrifflichkeit "zu vergebenden Leistung" des Weiteren, dass Leistung hier als Synonym für Auftrag verwandt wird, es sich also auch bei den vergleichbaren Referenzleistungen um zwei separate Aufträge handeln musste. Dass die Antragsgeberin nicht nur eine Referenz fordern wollte, wird durch Ziffer 6. der Leistungsbe-

schreibung letztlich bestätigt. Danach war das Verlangen nach einer Liste vergleichbarer erbrachter Aufträge aus dem Bereich Sicherheitsdienstleistungen in den letzten drei Geschäftsjahren unter Angabe des Rechnungswerts, der Leistungszeit sowie der öffentlichen bzw. privaten Auftraggeber mit dem Klammerzusatz "mindestens drei" versehen. Zwar können die Eignungsanforderungen im Hinblick auf § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in den Vergabeunterlagen nicht verschärft werden, so dass aus dem Klammerzusatz "mindestens drei" keine Verschärfung der aus der Verwendung des Plurals in der Bekanntmachung abzuleitenden Forderung nach mindestens zwei Referenzen abgeleitet werden kann. Sie bringt aber zum Ausdruck, dass die Auftraggeberin keinesfalls eine einzige Referenz für ausreichend erachten wollte. Dass die Bieter die Auftragsbekanntmachung in diesem Sinne verstanden haben, wird durch ihre Angebote bestätigt. Ausweislich der von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Dokumentation über die wiederholte Eignungsprüfung haben die auf den ersten fünf Plätzen liegende Bieter alleamt mehrere Referenzen vorgelegt.

- 59 Die Antragsgegnerin konnte ihre Forderung nach zwei Referenzen nicht nachträglich auf eine Referenz reduzieren. Einmal bekanntgemachte Eignungs- oder Zuschlagskriterien, auf die die interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei ihrer Entscheidung, ob sie die Einreichung eines Angebots vorbereiten oder nicht oder aber auf eine Teilnahme am Verfahren über die Vergabe des fraglichen Auftrags verzichten, vertraut haben, darf der öffentliche Auftraggeber während des Vergabeverfahrens nicht mehr ändern (EuGH, Urteil vom 5. April 2017, C-298/15, NZBau 2017, 748 Rn. 70 - Borta; Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 97 Rn. 40).
- 60 (b) Hat die Antragsgegnerin somit zwei Referenzen über vergleichbare Aufträge zum Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert, durfte sie ihre Eignungsprüfung nicht - so wie sie es getan hat - auf die Prüfung beschränken, ob sich ein Referenzauftrag über eine vergleichbare Leistung verhält und - wenn dies der Fall ist - die Eignung des Bieters bejahen.
- 61 (2) Die Eignungsprüfung der Antragsgegnerin ist auch noch aus einem weiteren Grund als vergaberechtsfehlerhaft zu beanstanden. Die Antragsgegnerin hat die an die Vergleichbarkeit des Referenzauftrags zu stellenden Anforderungen verkannt, weil sie ihre Prüfung allein auf die funktionelle Vergleichbarkeit (Sicherheitsdienstleistungen) beschränkt und nicht in die Prüfung einbezogen hat, ob der referenzierte Auftrag auch hinsichtlich seines Umfangs vergleichbar ist.
- 62 Nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieters geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge verlangen. Dabei kann er sich - wie hier - auf die Angabe in der Bekanntmachung beschränken, dass Referenzen über "vergleichbare" Leistungen vorzulegen sind (OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17, BeckRS 2018, 18361 Rn. 31). Bei dem Begriff "vergleichbare Leistung" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der aus der maßgeblichen Sicht eines mit einer solchen Ausschreibung vertrauten Bieterkreises auszulegen ist. Dabei bedeutet die Formulierung "vergleichbar" bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch, dass die referenzierten Leistungen mit der ausgeschriebenen Leistung nicht "gleich" oder gar "identisch" sein müssen, sondern dass es ausreichend ist, dass sie in Bezug auf ihren Umfang und ihre Komplexität in technischer oder organisatorischer Art einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Februar 2024, Verg 23/23; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14,

NZBau 2015, 51 Rn. 58). Dafür muss die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet (OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17, BeckRS 2018, 18361 Rn. 31; OLG München, Beschluss vom 12. November 2012, Verg 23/12, BeckRS 2012, 23578, unter II.B.1.b.cc.; Goldbrunner in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 46 Rn. 14), wobei zu den Kernelementen auch der Leistungsumfang gehört (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21, ZfBR 2022, 295, 299, 300). Es bestehen Anforderungen sowohl an die Art als auch an den Umfang geforderter Referenzarbeiten. Ein umfangreicher Auftrag stellt andere Anforderungen an Leistungsfähigkeit und Logistik eines Unternehmens (Senatsbeschluss vom 8. Juni 2022, VII-Verg 19/22, NZBau 2023, 259 Rn. 39).

- 63 Diesen Anforderungen genügt die wiederholte Eignungsprüfung nicht. Der Dokumentation ist lediglich zu entnehmen, dass die Antragsgegnerin bei den ersten vier Bietern jeweils eine Referenz für vergleichbar erachtet hat. Ausführungen zur Vergleichbarkeit nach Inhalt und Umfang des referenzierten Auftrags mit dem zu vergebenden Auftrag enthält die Dokumentation nicht. Es kann daher nicht überprüft werden, aus welchen Gründen die Antragsgegnerin von einer Vergleichbarkeit ausgegangen ist und ob diese Gründe einer Überprüfung standhalten. Hieran bestehen aber schon deshalb Zweifel, weil die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren ausgeführt hat, entscheidend sei allein die funktionelle Vergleichbarkeit, nicht der Umfang der Leistung. Wie bereits zuvor ausgeführt, ist diese Auffassung aber nicht zutreffend.
- 64 3) § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB (Transparenzgrundsatz)
- 65 a) Die Rüge der Antragstellerin, es liege ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz vor, weil erforderliche Vorgaben zur kalkulatorischen Ermittlung des Wertungspreises anhand des Preisblatts fehlten, so dass der Wertungspreis von den Bietern unterschiedlich ermittelt werden könne und die Preise daher unter Verstoß gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 GWB nicht vergleichbar seien, hat keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig.
- 66 aa) Der Antragstellerin fehlt die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis, weil sie einen Verstoß gegen das Transparenzgebot nicht schlüssig vorgetragen hat.
- 67 Nach § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen nur dann antragsbefugt, wenn es ein Interesse an dem zu vergebenden öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Letzteres ist der Fall, wenn auf der Grundlage der Sachdarstellung des Antragstellers der Auftraggeber im Vergabeverfahren gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen hat und eine Verletzung der Rechte des Antragstellers danach möglich ist (Dicks/Schnabel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, GWB § 160 Rn. 17). Auch wenn insoweit die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen, ist doch ein Mindestmaß an Substantiierung einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen nicht aus (Beschluss vom 5. Oktober 2010, 11 Verg 7/10, ZfBR 2011, 394, 397; OLG München, Beschluss vom 7. August 2007, Verg 8/07, ZfBR 2007, 719.; Senatsbeschluss vom 13. April 2011, VII-Verg 58/10, ZfBR 2011, 508, 511).
- 68 Das Vorbringen der Antragstellerin genügt diesem Mindestmaß an Substantiierung nicht. So hat sie zuletzt im Beschwerdeverfahren vorgetragen, für sie selbst sei klar gewesen, dass in Anbetracht des in den zweijährigen Vertragszeitraum fallenden Schaltjahres der

Stundenverrechnungssatz mit 2 für zwei Mitarbeiter, mit 24 für die 24 Stunden des Tages und mit 365,5 für mittlere Anzahl von Tagen pro Jahr zu multiplizieren sei, um den (Netto-)Jahrespreis zu ermitteln. Warum es dann aber für andere Bieter möglicherweise unklar gewesen sein soll, anhand welcher Vordersätze sie den Wertungspreis ermitteln, erschließt sich dem Senat nicht. Das Preisblatt sah Eintragungen für Werktage, Samstage, Sonntage und Feiertage sowie für die Zeitzonen 06.00 bis 22.00 Uhr, 22.00 bis 24.00 Uhr und 00.00 bis 06.00 Uhr vor, für die eventuell anfallenden Zuschläge einzutragen waren und aus denen ein alle Zuschläge enthaltender Stundenverrechnungssatz zu bilden war. Diese Zeitzonen deckten alle nach dem Manteltarifvertrag für das Sicherheitsgewerbe möglichen Zuschläge ab.

- 69 Für einen verständigen Bieter aus dem Kreis der Anbieter von Sicherheitsdienstleistungen, der mit derartigen Ausschreibungen vertraut ist, war danach klar, dass diese Zuschlagszeiten nicht beliebig, sondern nach ihrem Anteil am Vertragszeitraum vom 1. Juni 2023 bis zum 30. Mai 2025 zu gewichten sind. Gerade aus kaufmännischer Sicht kann sinnvolle Grundlage einer Kalkulation, auch wenn es sich hier um die Ermittlung eines Wertungspreises handelt, nur der feststehende Vertragszeitraum sein. Es stand auch bereits bei Kalkulation fest, wie viele Sonntage und wie viele Feiertage in den Vertragszeitraum fallen. Aus Sicht eines kaufmännisch denkenden verständigen Bieters konnte es sodann auch nur einen Weg gegeben, um aus dem Stundenverrechnungssatz den für die Wertung geforderten Jahrespreis zu ermitteln, nämlich den von der Antragstellerin als selbstverständlichen gewählten. Da nach der Leistungsbeschreibung ein 24/7-Einsatz von jeweils zwei Mitarbeitern zu gewährleisten war, mussten zwingend für jeden Kalendertag 2 mal 24 Stunden in die Berechnung eingestellt werden. Da das im ausgewiesenen Vertragszeitraum liegende Jahr 2024 ein Schaltjahr ist, war zudem mit einem Mittelwert von 365,5 Kalendertagen zu rechnen. Wie eine Einsicht in die Vergabeakte ergeben hat, haben nicht nur die Antragstellerin sondern sämtliche vor ihr platzierten Bieter den Wertungspreis anhand dieser Vorgaben berechnet. Der Quotient aus dem Preis pro Jahr netto und dem Einzelpreis netto (dem Stundenverrechnungssatz), wie ihn der Preisspiegel für alle Bieter ausweist, ist nahezu gleich und im Bereich normaler Rundungsdifferenzen. Die maximale Abweichung liegt bei 0,02 Prozent und damit deutlich unter einem halben Kalendertag, der eine Abweichung von 0,14 Prozent verursachen würde.
- 70 bb) Aber selbst wenn der Vortrag der Antragstellerin für ausreichend erachtet werden sollte, wäre die Antragstellerin - so wie die Vergabekammer zutreffend angenommen hat - mit ihrer diesbezüglichen Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Zur Vermeidung von Wiederholungen kann auf die Ausführungen in der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen werden. Nur ergänzend merkt der Senat an, dass vorliegend ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz wegen fehlender Vorgaben und Vordersätze zur Ermittlung des Wertungspreises auch in rechtlicher Hinsicht erkennbar war. Der Transparenzgrundsatz gehört zu den Rechtsvorschriften, die zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören. Das Transparenzgebot ist eine zentrale Vorschrift des Vergaberechts, von dessen Kenntnis bei einem durchschnittlichen Bieter auszugehen ist (OLG Celle, Beschluss vom 12. November 2020, 54 Verg 2/20, ZfBR 2021, 194, 199). Dabei drängt es sich einem durchschnittlich fachkundigen Bieter auf, dass eine Unklarheit darüber, wie sich der für die Wertung des Angebots entscheidende Preis ergibt, zu einer vergaberechtsrelevanten Intransparenz führt, weil es in der Folge an der Vergleichbarkeit der Angebote fehlt (OLG Celle, Beschluss vom 12. November 2020, 54 Verg 2/20, ZfBR 2021, 194, 199). Jeder Bieter, der ein erfolversprechendes Angebot abgeben will, muss sich mit der Kalkulation seines Angebotspreises

auseinandersetzen (OLG Celle, Beschluss vom 12. November 2020, 54 Verg 2/20, ZfBR 2021, 194, 199). Von daher muss er eine Unzulänglichkeit oder Widersprüchlichkeit der Kalkulationsvorgaben im Preisblatt in der Regel spätestens bei der Kalkulation seines Angebotspreises erkennen (Senatsbeschluss vom 26. Oktober 2022, VII-Verg 18/22, BeckRS 2022, 55941 Rn. 45).

- 71 b) Unzulässig ist der Nachprüfungsantrag ferner, soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz damit begründet, dass in Ziff 6 der Leistungsbeschreibung mindestens drei vergleichbare Aufträge zum Nachweis der beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert waren, während die Bekanntmachung eine solche Mindestanzahl nicht enthält. Mit dieser Rüge ist die Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB präkludiert. Sie hat die Rüge nicht bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe geltend gemacht, obwohl der sich aus den Vergabeunterlagen ergebende Vergaberechtsverstoß in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennbar war.
- 72 Der Widerspruch zwischen zwei geforderten Referenzen in der Auftragsbekanntmachung und mindestens drei Referenzen in der Leistungsbeschreibung war für die Antragstellerin in tatsächlicher Hinsicht erkennbar. Die Antragstellerin musste sich vor Abgabe ihres Angebots darüber vergewissern, wie viele Referenzaufträge durch Eigenerklärung nachzuweisen waren. Hierbei ergab sich die zahlenmäßige Abweichung zwischen der Forderung in der Bekanntmachung und Ziff. 6 der Leistungsbeschreibung. Dass dieser Widerspruch ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz darstellt, war auch in rechtlicher Hinsicht erkennbar. Zwar kommt - wie vorstehend ausgeführt - eine Rügepräklusion nur für auf allgemeiner Überzeugung der Vergabepaxis beruhende und ins Auge fallende auftragsbezogene Rechtsverstöße in Betracht. Diese Voraussetzung ist jedoch bei einem Verstoß gegen Rechtsvorschriften, die zum allgemeinen und grundlegenden Wissen der beteiligten Bieterkreise gehören, in der Regel gegeben (Senatsbeschlüsse vom 26. Juli 2018, VII-Verg 23/18 und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, BeckRS 2020, 1327 Rn. 37; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015, Verg 5/15, juris, Rn. 43). Zu den grundlegenden Kenntnissen eines durchschnittlich fachkundigen Bieters gehört, dass ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz dann vorliegt, wenn die in den Vergabeunterlagen zum Ausdruck gebrachten intransparenten Anforderungen wegen ihrer Mehrdeutigkeit nicht von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden werden können.
- 73 Ein Aufgreifen des geltend gemachten Vergaberechtsverstoßes von Amts wegen kommt nicht in Betracht. Anders als in der zitierten Entscheidung des Senats aus dem Jahr 2018 (Beschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZBau 2019, 64 Rn. 40 ff - Poppelsdorfer Schloss) hat die Antragsgegnerin hier in der Bekanntmachung wirksam zwei Referenzen über vergleichbare Aufträge gefordert. Ein schwerwiegender Mangel, der ausnahmsweise die Rückversetzung des Vergabeverfahrens von Amts wegen rechtfertigen könnte, liegt daher schon im Ansatz nicht vor.
- 74 5. Ein Anspruch der Antragstellerin auf weitergehende Einsicht in die Eignungs- und Auskömmlichkeitsprüfung der übrigen Bieter besteht nicht, dem stehen deren berechtigte Geheimhaltungsinteressen entgegen.
- 75 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, NZBau 2021, 631 Rn. 27 m. w. Nw.; ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Juni 2011, 2 Verg 3/11, BeckRS 2011, 21710). Es besteht nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung der subjek-

tiven Rechte des betreffenden Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020, VII-Verg 26/17, BeckRS 2020, 2221 Rn. 56). Zudem können nach § 165 Abs. 2 GWB berechnete Geheimhaltungsinteressen der übrigen Verfahrensbeteiligten entgegenstehen. Die Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist im Zweifel höher zu gewichten als das Interesse des Antragstellers an einer Akteneinsicht (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17, NZBau 2017, 619 Rn. 34), zumal es umfänglichen Prüfungsmöglichkeit des Bieters im Hinblick auf den Amtsermittlungsgrundsatz auch gar nicht bedarf. Den Inhalt der Vergabeakte zu prüfen, ist Aufgabe der Vergabe-nachprüfungsinstanzen und von diesen im Umfang des Untersuchungsgrundsatzes nach § 163 GWB von Amts wegen zu leisten (Senatsbeschluss vom 9. Januar 2020, Verg 10/18, BeckRS 2020, 188 Rn. 17), wobei auch Umstände berücksichtigt werden können, deren Offenlegung mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen abzulehnen ist (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 56 - Rettungsdienst). Vor diesem Hintergrund kommt eine Einsichtnahme in deren Eignungs- und Auskömmlichkeitsprüfung, die Rückschlüsse auf deren Geschäftspraxis und Kalkulation zulässt, nicht in Betracht.

III.

- 76 Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3, Abs. 4, § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Die Antragstellerin hat ihr Prozessziel im Wesentlichen erreicht, weshalb es der Billigkeit entspricht, die Kosten insgesamt der Antragsgegnerin aufzuerlegen (Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, NZBau 2016, 235 Rn. 178).
- 77 Dabei sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG auch die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erstattungsfähig, da deren Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer in Anbetracht der dort aufgetretenen Schwierigkeiten im Ergebnis notwendig war. Hierüber ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge; Senatsbeschlüsse vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34 und vom 15. Mai 2018, VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Entscheidend ist, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge). Vorliegend stellten sich schwierige Fragen zur Bekanntmachung von Eignungskriterien und zur Prüfung einer Kalkulation auf Auskömmlichkeit, deren Beantwortung und Aufbereitung von der Antragstellerin nicht erwartet werden konnte.
- 78 Die Beigeladene ist nicht zur anteiligen Tragung der Kosten verpflichtet. Ein Beigeladener ist kostenrechtlich nur dann wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt und sich mit einer sachlichen Stellungnahme zum und eines Antrags auf Zurückweisung des Begehrens des Antragstellers am Verfahren beteiligt (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63). Vorliegend hat sich die Beigeladene zwar im Verfahren vor der Vergabekammer - anders als im Beschwerdeverfahren - mit einer kurzen Stellungnahme beteiligt. Einen Antrag hat sie jedoch nicht gestellt, auf die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtig-

ten hat sie verzichtet. Damit bleibt ihre Beteiligung so weit hinter der Antragsgegnerin zurück, dass ihre Beteiligung an den Verfahrenskosten unbillig wäre.

- 79 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56).