


Gericht:	OLG Frankfurt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	04.12.2023
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	11 Verg 5/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGHE:2023:1204.11VERG5.23.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 122 GWB, § 160 Abs 2 GWB, § 160 Abs 3 Nr 3 GWB, § 173 Abs 1 GWB, § 173 Abs 2 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Frankfurt, Beschluss vom 4. Dezember 2023 - 11 Verg 5/23 -, juris

Anforderungen an die Plausibilisierung des Sachvortrags, Erkennbarkeit von Vergaberechtsverstößen in den Vergabeunterlagen

Leitsatz

1. Stützt sich der Antragsteller - im Grundsatz zulässig - auf nur vermutete Tatsachen, muss er Anhaltspunkte vortragen, die diese Vermutungen soweit plausibilisieren, dass sie mehr sind als eine nur abstrakte Möglichkeit; der Vortrag darf nicht willkürlich "ins Blaue hinein" erfolgen.

2. Bei der Prüfung einer Präklusion nach § 160 III Nr. 3 GWB ist darauf abzustellen, ob der Verstoß für einen durchschnittlichen Bieter in den Vergabeunterlagen erkennbar ist. Ein durchschnittlicher Bieter kennt die Grundstrukturen des Vergabeverfahrens und damit auch die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Eignungs- und Wertungskriterien. Er weiß, dass es kein Mehr oder Weniger an Eignung im Sinne des § 122 GWB gibt und Eignungs- und Wertungskriterien grundsätzlich zu trennen sind.

3. Die Rügepflicht nach § 160 III Nr. 3 GWB greift ein, wenn ein durchschnittlicher Bieter im Rahmen seiner laienhaften rechtlichen Wertungsmöglichkeiten erkennen kann, dass es "so nicht geht". Er kann sich der Rügepräklusion nicht dadurch entziehen, dass er den Rechtsfehler im Nachprüfungsverfahren mit Unterstützung seines Rechtsanwalts einer klareren juristischen Zuordnung unterzieht.

4. Kann der Antragsteller erkennen, dass Eignungs- und Wertungskriterien hinsichtlich der Vorlage von Referenzen nicht getrennt, sondern vermengt worden sind und dass entweder eine Doppelverwertung vorliegt oder nicht erkennbar ist, was in welchem Kontext geprüft werden soll, ist eine Rügepflicht nach § 160 III Nr. 3 GWB begründet.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 29. September 2023, 96e 01.02/25-2023/1, Beschluss

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom

29. September 2023, 96e 01.02/25-2023/1, bis zur Beschwerdeentscheidung zu verlängern, wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin möge bis zum 29.12.2023 mitteilen, ob die sofortige Beschwerde aufrecht erhalten wird.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die beabsichtigte Vergabe der Unterhalts- und der Glasreinigung durch die Antragsgegnerin.
- 2 Die Vergabekammer hat den Sachverhalt - von den Beteiligten unangefochten - wie folgt festgestellt („(...)“ bezeichnet Auslassungen durch den Senat, „[...]“ Auslassungen durch die Vergabekammer):
- 3 »Mit Bekanntmachung vom 22. Mai 2023 schrieb die Antragsgegnerin Reinigungsdienstleistungen für die Unterhaltsreinigung und die Glasreinigung für die Hochschule an den Standorten Stadt1, Straße1a, ... Stadt1 und den Zweigstellen in der Straße1b, ... Stadt1, Straße2, ... Stadt1, Straße3, ... Stadt1 und der Straße4, ... Stadt1 im offenen Verfahren in zwei Losen aus. Los 1 betraf die Unterhalts-, Los 2 die Glasreinigung. Vertragsbeginn sollte der 1. August 2023 und Vertragsende der 31. Juli 2024 sein.
- 4 Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung enthält Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter. Hier wird eine *„Auflistung und kurze Beschreibung der Eignungskriterien“* mit folgenden Unterlagen gefordert:
- 5 *„Eigenerklärung des Bewerbers/ der Bewerbergemeinschaft zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. Angabe von 2 Referenzprojekten aus den letzten 3 Jahren über vergleichbare Objekte. Je Referenzprojekt sind anzugeben: Name und Anschrift des Auftraggebers, Bezeichnung des durchgeführten Auftrags, Datum Auftragsbeginn, Auftragswert netto in Euro, Ansprechpartnerin oder Ansprechpartner des Auftraggebers (inkl. Telefonnummer und Email-Adresse).“*
- 6 Ziff. 3.0 der Allgemeinen Bewerbungsbedingungen (Ordner M, Anhang 1 der Vergabeakte) sieht folgendes vor:
- 7 *„Die Innen-Besichtigung der X, Straße1a, Gebäude A, B und C ist zwingend vorgeschrieben.*
- 8 *Für etwaige Innenbesichtigungen der Liegenschaften bitte direkt mit Herrn Z vom Y (Tel.: ... Mobil: ... oder Mail: (...))@(...) Kontakt aufnehmen.*
- 9 *Planen Sie bitte bei der Terminanfrage und Terminabsprache ausreichend Spielraum ein, um bis zum Abgabetermin des Angebotes ausreichend Zeit für die Angebotserstellung zuhaben.*

- 10 *Bei allen anderen Objekten Anlage 4.3.1.4. - 4.3.1.7 wird sowohl bei der Unterhaltsreinigung als auch bei der Glasreinigung eine Besichtigung der Gebäude empfohlen.*
- 11 *Nach Auftragsvergabe können keine weiteren Forderungen gegen den Auftraggeber erhoben werden, welche durch eine Besichtigung der Gebäude hätte ausgeschlossen werden können.“*
- 12 Hinsichtlich der Zuschlagskriterien macht Ziff. 3.3 der Allgemeinen Bewerbungsbedingungen folgende Vorgaben:
- 13 *„Der Zuschlag wird je Los auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt (bestes Preis-Leistungs-Verhältnis), welches wie nachstehend ermittelt wird.[...]*
- 14 *Das Angebot je Los mit dem niedrigsten Gesamtpreis, dem niedrigsten Leistungswert in der Unterhaltsreinigung und dem niedrigsten Leistungswert in der Grundreinigung, erhält jeweils die unter Punkt 1 - 3 angegebene volle Punktzahl.*
- 15 *[...]*
- 16 *Unterhaltsreinigung*
- 17 *1. Preis 60%*
- 18 *Das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erhält die volle Punktzahl von 50 Punkten.*
- 19 *2. Durchschnittlicher Leistungswert 35%*
- 20 *Das Angebot mit dem durchschnittlich niedrigsten Leistungswert (m²/Stunde) aller Raumgruppen bezogen auf das Reinigungsintervall der einzelnen Raumgruppen erhält die volle Punktzahl von 45 Punkten.*
- 21 *Vorlage von Referenzen 5%*
- 22 *3. Erbringt der Bieter die erforderlichen Referenzen so erhält er die volle Punktzahl von 5 Punkten.*
- 23 *Glasreinigung*
- 24 *1. Preis 70%*
- 25 *Das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erhält die volle Punktzahl von 70 Punkten.*
- 26 *2. Durchschnittlicher Leistungswert 30%*
- 27 *Das Angebot mit dem durchschnittlich niedrigsten Leistungswert (m²/Stunde) erhält die volle Punktzahl von 30 Punkten.“*
- 28 Den Vergabeunterlagen lag je Los eine Excel-Datei bei, die aus verschiedenen Arbeitsblättern besteht. (...)

- 29 Außerdem war den Vergabeunterlagen eine Excel-Datei beigelegt, in der die Bieter ihre Stundenverrechnungssätze berechnen sollten (Ordner M, Anlage 5 Stundenlohnkalkulation Unterhaltsreinigung Los 1 bzw. Glasreinigung Los 2 der Vergabeakte).
- 30 Zur Besichtigung der Objekte existiert ein Vordruck „Anlage 3.3.4: Bestätigung der Teilnahme an der Pflichtbesichtigung im Vergabeverfahren 001/23 „Unterhaltsreinigung an der X“ (Ordner M, Anlage 3.3.4 der Vergabeakte). Dieser Vordruck war von den Bietern auszufüllen und mit dem Angebot einzureichen. Er enthält folgenden Hinweis:
- 31 *„Formalitäten zur Pflichtbesichtigung:*
- 32 *Die Ortsbegehungen können am 05.06.2023 um 11.00 Uhr und am 06.06.2023 sowie am 07.06.2023 jeweils um 10.00 Uhr wahrgenommen werden. Treffpunkt ist im Foyer des Hauptgebäudes. Es werden jeweils Hauptsitz, Straße1b, Straße2 und Straße3 besichtigt. Eine vorherige Ankündigung der Teilnahme ist nicht notwendig.*
- 33 *Zu Straße4 werden Fotos und Grundrisse, evtl. auch Videos, zur Verfügung gestellt. Sollten weitere Informationen Ihrerseits zu diesen beiden Standorten nötig sein, kann ein zusätzlicher Besichtigungstermin mit Z unter ..., ... oder (...)@(...) vereinbart werden.“*
- 34 Die Ortsbesichtigung fand am 5., 6. und 7. Juni 2023 jeweils um 10 bzw. 11 Uhr statt. Zu allen Terminen erschienen mehrere Bieter, die Antragstellerin und die Beigeladene zu 1) erschienen bereits am 5. Juni 2023, die Beigeladene zu 2) am 7. Juni 2023.
- 35 Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 19. Juni 2023 um 12 Uhr.
- 36 (...)
- 37 Mit Schreiben vom 10. Juli 2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass die ihre Angebote für Los 1 und Los 2 nicht berücksichtigt werden sollten. Die Angebote zu Los 1 und Los 2 seien in preislicher Hinsicht nicht das wirtschaftlichste Angebot gewesen. Die Antragsgegnerin teilte außerdem mit, dass beabsichtigt sei, für Los 1 der Beigeladenen zu 1) und für Los 2 der Beigeladenen zu 2) den Zuschlag zu erteilen.
- 38 Mit anwaltlichem Schreiben vom 12. Juli 2023 rügte die Antragstellerin die Durchführung der Ortsbesichtigung ohne Wahrung des Geheimnisses der Bieteridentität als Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs, die Doppelverwertung der Referenzen als Eignungs- und als Wertungskriterium sowie die Nichtauskömmlichkeit der Angebotspreise der ausgewählten Bieter.
- 39 Die Antragsgegnerin ließ mit anwaltlichem Schreiben vom 13. Juli 2023 mitteilen, dass den Rügen nicht abgeholfen werde.
- 40 Daraufhin legte die Antragstellerin durch anwaltlichen Schriftsatz vom 18. Juli 2023 Nachprüfungsantrag bei den Vergabekammern des Landes Hessen ein.

- 41 Sie ist der Auffassung, dass die Antragsgegnerin durch die Veranstaltung gemeinsamer, für die Bieter verpflichtende Ortstermine gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs verstoßen hat. Bereits dann, wenn einzelnen Bietern bekannt wird, welche weiteren Bieter sich am Vergabeverfahren beteiligen, sei dieser Grundsatz verletzt. Die Antragsgegnerin habe keine Vorkehrungen getroffen, um Absprachen zwischen den Bietern bei den Ortsbesichtigungen entgegenzutreten.
- 42 Soweit die Antragsgegnerin die Ansicht vertritt, dass die Antragstellerin mit diesem Vorbringen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert sei, da sie diesen potentiellen Vergaberechtsverstoß aus den Vergabeunterlagen habe erkennen können, vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass sich aus den Vergabeunterlagen lediglich ergab, dass Ortsbegehungen an bestimmten Daten wahrgenommen werden sollten. Wie die Besichtigungstermine im Einzelnen ausgestaltet sein werden, sei den Vergabeunterlagen nicht zu entnehmen. Auch gehörten die Ausprägungen des Grundsatzes des Geheimwettbewerbs als Ausprägung des in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB verankerten Wettbewerbsgrundsatzes nicht zu dem Kenntnisstand dessen, was von einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter erwartet werden kann.
- 43 Die Antragsgegnerin habe außerdem gegen das Doppelverwertungsverbot verstoßen, indem sie die Referenzen der Bieter sowohl als Eignungskriterium als auch als Zuschlagskriterium verwendet hat. Unerheblich sei auch, ob die Antragstellerin im Rahmen der Zuschlagskriterien die volle Punktzahl auf dieses Wertungskriterium bekommen habe. Die Antragsgegnerin habe mit der doppelten Verwertung der Referenzen ihren Willen zum Ausdruck gebracht, über den Zuschlag nicht alleine auf der Grundlage des Angebotspreises zu entscheiden.
- 44 Das Angebot der Beigeladenen zu 1) sei außerdem nicht auskömmlich. Dies ergebe sich daraus, dass andere Bieter die lohngelundenen Kosten nicht kostengünstiger anbieten könnten. Da die Antragstellerin die auftragsbezogenen Kosten sowie die unternehmensbezogenen Kosten insgesamt mit einem sehr geringen Zuschlag angegeben habe, sei ein geringerer Betrag nicht auskömmlich, da in diesem Fall die Kalkulation der Stundenverrechnungssätze nicht nach den aufgestellten Vorgaben vorgenommen oder nicht alle anfallenden Kosten eingestellt worden seien. Auch im Bereich Leistungswerte könne sich die Antragstellerin auf Erfahrungswerte stützen, weshalb ein besserer Wert auch hier nicht vorstellbar wäre.
- 45 Sie beantragt,
- 46 1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Verfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen und die Vergabeunterlagen nach den Vorgaben der Vergabekammer abzuändern,
- 47 2. der Antragstellerin Akteneinsicht zu gewähren,
- 48 3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,

- 49 4. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.
- 50 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 51 1. den Vergabenachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 18.07.2023 zurückzuweisen.
- 52 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
- 53 3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten seitens der Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig war,
- 54 4. den Antrag auf Akteneinsicht zurückzuweisen.
- 55 Sie ist der Ansicht, die Antragstellerin sei hinsichtlich des Vorwurfs des Verstoßes gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Der potentielle Verstoß, konkret die Tatsache, dass mehrere Bieter gleichzeitig an den Ortsbesichtigungsterminen teilnehmen würden, sei bereits aus den Vergabeunterlagen, insbesondere aus Ziffer. 3.0 der Allgemeinen Bewerbungsbedingungen sowie Anlage 3.3.4 „Bestätigung der Teilnahme an der Pflichtbesichtigung im Vergabeverfahren 001/23“ erkennbar gewesen, weshalb die Rüge erst nach Erhalt der Vorabinformation verspätet erfolgt sei. Bei lebensnaher Betrachtung sei sogar zu unterstellen, dass die Antragstellerin den gerügten Verstoß positiv erkannt oder sich jedenfalls der Erkenntnis mutwillig verschlossen habe.
- 56 Im Hinblick auf die Verletzung des Grundsatzes des Geheimwettbewerbes sei die Antragstellerin außerdem nicht antragsbefugt, da sie nicht vorgetragen und dargelegt hätte, wie ihr durch die Durchführung gemeinsamer Ortstermine ein Schaden entstanden sein könnte.
- 57 Eine Verletzung der Antragstellerin im Hinblick auf den Grundsatz des Geheimwettbewerbs aufgrund des gemeinsamen Ortstermins sei darüber hinaus nicht eingetreten. Das rein abstrakte Risiko einer Absprache unter den Bietern ohne Hinweis darauf, dass Absprachen getroffen wurden, führe nicht zu einer Verletzung dieses Grundsatzes. Darüber hinaus könnte eine Aufhebung des Verfahrens und eine anschließende Neuausschreibung auch dann die Verletzung des o.g. Grundsatzes nicht beseitigen, wenn die Bieter von ihren jeweiligen Angeboten Kenntnis gehabt hätten. Insoweit bestehe für die Antragstellerin kein Rechtschutzbedürfnis.
- 58 Auch mit ihrem Vortrag hinsichtlich des Doppelverwertungsverbots der Eignungskriterien sei die Antragstellerin präkludiert. Die Antragstellerin wende sich vorliegend tatsächlich nicht gegen eine Doppelverwertung eines Wertungskriteriums, sondern gegen die Verwendung eines unternehmensbezogenen Kriteriums als Zuschlagskriterium. Dass diese Verwendung eines unternehmensbezogenen Kriteriums als Zuschlagskriterium hier unzulässig erfolgte, sei auch für Laien er-

kennbar. Die Antragstellerin sei diesbezüglich daher gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Der Vorwurf der doppelten Verwertung der Referenzen sei von der Antragstellerin konstruiert worden, weil dieser schwerer zu erkennen und deshalb aus Sicht der Antragstellerin nicht präkludiert sei.

- 59 Eine Verletzung der Antragstellerin durch die Verwendung eines rein unternehmensbezogenen Kriteriums auf Zuschlagsebene sei jedenfalls nicht eingetreten, weil die Antragstellerin in diesem Kriterium die volle Punktzahl erhalten habe.
- 60 Soweit die Antragstellerin die Nichtauskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen zu 1) behaupte, handele es sich um eine Rüge ins Blaue hinein. Die Antragsgegnerin habe im Nichtabhilfeschreiben dargelegt, wie das Angebot der Beigeladenen zu 1) trotz des höheren Stundenverrechnungssatzes das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe. Die Antragstellerin hätte daher im Rahmen des Nachprüfungsantrages weitere Anhaltspunkte vortragen müssen, die sich mit den Ausführungen der Antragsgegnerin auseinandersetzen.«
- 61 Die Vergabekammer, auf deren Beschluss im Übrigen Bezug genommen wird, hat den Antrag zum Teil als unzulässig, im Übrigen als offensichtlich unbegründet abgewiesen, der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin auferlegt sowie die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig erklärt.
- 62 Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde, mit der sie die schon bei der Vergabekammer geltend gemachten Rügen weiterverfolgt.
- 63 Die Antragstellerin beantragt im Beschwerdeverfahren,
- 64 1. die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt vom 29. September 2023, Az 96e 01.02/25-2023/1 aufzuheben;
- 65 2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist;
- 66 3. der Antragsgegnerin aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
- 67 Sie beantragt außerdem,
- 68 4. die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über diese gem. § 173 I 3 GWB zu verlängern.
- 69 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 70 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
- 71 den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung zurückzuweisen.
- 72 Die Antragsgegnerin verteidigt den angefochtenen Beschluss.
- 73 Der Senat hat mit Beschluss vom 6.11.2023 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur endgültigen Entscheidung über den Eilantrag verlängert.

II.

- 74 Der Antrag der Antragstellerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über diese gem. § 173 I 3 GWB zu verlängern, hat keinen Erfolg.
- 75 Unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen überwiegen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde die mit einer weiteren Verzögerung verbundenen Vorteile. Dies gilt namentlich bei Berücksichtigung des Interesses der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben der Antragsgegnerin entsprechend § 173 Abs. 2 Satz 2 GWB sowie der in § 173 Abs. 2 Satz 3 GWB genannten Gesichtspunkte, darunter insbesondere der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde. Denn die sofortige Beschwerde ist unbegründet, weil der Nachprüfungsantrag unzulässig ist:
- 76 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, sie ist insbesondere statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt worden, §§ 171 I, 172 I, II, 72 Nr. 2 GWB, § 130a I, III, IV Nr. 2 ZPO.
- 77 2. In der Sache hat sie keine Aussicht auf Erfolg. Denn der Nachprüfungsantrag ist insgesamt unzulässig.
- 78 a) Die Antragstellerin hat den Nachprüfungsantrag mit per Telefax übermitteltem Schriftsatz vom 18.07.2023 in der gesetzlichen Form des § 161 I 1 GWB eingelegt und zugleich gem. § 161 II GWB begründet. Die Begründung legt dar, dass die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße zuvor gegenüber dem Antragsgegner gerügt worden seien.
- 79 b) Der gem. § 106 I, II Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG maßgebliche Schwellenwert ist erreicht.
- 80 c) Die Antragstellerin hat ihre Antragsbefugnis jedoch nur hinsichtlich der geltend gemachten unzulässigen Vermengung von Eignungs- und Wertungskriterien hinreichend dargetan.
- 81 (1) Soweit die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag darauf stützt, dass die Antragsgegnerin Besichtigungstermine durchgeführt habe, bei denen aufgrund der Konzeption dieser Termine potentielle Bieter aufeinandergetroffen seien, hat sie nicht dargelegt, wieso ihr hieraus ein Schaden in Form einer verschlechterten Auftragschance erwachsen sein könnte. Daher kann dahinstehen, ob sie mit dieser Rüge nach § 160 III Nr. 3 GWB präkludiert ist, wie die Vergabekammer angenommen hat.
- 82 Die Antragstellerin legt weder dar, dass diese Art der Termindurchführung dazu geführt habe, dass sie selbst ein weniger chancenreiches Angebot unterbreitet habe, noch, dass die Beigeladenen als Bestplatzierte deshalb bessere Angebote abgegeben haben. Insbesondere fehlt Vortrag dazu, inwieweit ein anderer Bieter aufgrund des Termins zu Rückschlüssen auf das Angebot der Antragstellerin in der Lage war und aufgrund dieser Rückschlüsse oder aus anderen Gründen wegen des Besichtigungstermins das Angebot der Antragstellerin übertroffen haben könnte. Auch wird nicht dargetan, inwieweit die Kenntnis, dass bestimmte Unternehmen Interesse an einem Angebot hatten (nicht: dass sie Bieter waren, denn zum Zeitpunkt der Besichtigungen war die Frist zur Einreichung der

Angebote noch nicht abgelaufen) oder dass andere potentielle Interessenten mangels Teilnahme an einem der Besichtigungstermine kein Gebot abgeben würden, die Inhalte der abgegebenen Angebote beeinflusst haben könnte. Hinzu kommt, dass andere potentielle Bieter mit einer Beteiligung der Antragstellerin ohnehin rechnen mussten, weil die Antragstellerin die Bestandsunternehmerin ist. Der Vortrag, Absprachen zwischen den Bietern seien nicht auszuschließen (Schriftsatz vom 17.08.2023 an die Vergabekammer) genügt nicht; darzulegen ist, dass und warum das Zurückbleiben der Wertung des Angebots der Antragstellerin hinter besser platzierten Bietern auf Absprachen beruhen könnte.

- 83 (2) Auch hinsichtlich der weiteren Rüge der Antragstellerin, die bestplatzierten Angebote der Beigeladenen zu 1) und 2) seien offensichtlich unauskömmlich und die Antragsgegnerin habe die gebotene Aufklärung versäumt, ist die Antragsbefugnis - entgegen der Auffassung der Vergabekammer - zu verneinen, weil die Antragstellerin keine hinreichenden Umstände bezeichnet hat, die die Annahme der Unauskömmlichkeit rechtfertigen.
- 84 Stützt sich der Antragsteller - im Grundsatz zulässig - auf nur vermutete Tatsachen, muss er Anhaltspunkte vortragen, die diese Vermutung soweit plausibilisieren, dass sie mehr sind als eine nur abstrakte Möglichkeit; der Vortrag darf nicht willkürlich „ins Blaue hinein“ erfolgen. Der Antragsteller muss objektive Anhaltspunkte vortragen, aufgrund der er seine Behauptung für möglich oder wahrscheinlich halten darf.
- 85 Dem genügt das Vorbringen der Antragstellerin nicht. Sie macht im Nachprüfungsantrag geltend (S. 14), ein niedrigerer als der von ihr kalkulierte Stundenverrechnungssatz könne nicht mehr auskömmlich sein. Die Antragsgegnerin hatte jedoch bereits in dem Nichtabhilfeschied vom 13.07.2023 letztlich darauf hingewiesen, dass nicht der Stundenverrechnungssatz, sondern der Gesamtpreis Wertungskriterium ist und deshalb gleiche oder auch höhere Stundenverrechnungssätze bei niedriger kalkuliertem Zeitaufwand zu einem niedrigeren Gesamtpreis führen und dass dies durch das zweite gegenläufige Wertungskriterium wegen dessen geringerer Gewichtung nicht vollständig kompensiert wird. Diese Ausführungen sind offensichtlich zutreffend. Die Antragstellerin hat ihnen in der Sache nichts entgegengesetzt. Sie hat nicht dargetan, was unter Berücksichtigung dieser Abhängigkeiten ihre Behauptung unauskömmlicher Preisbildung durch die Beigeladenen plausibilisieren könnte.
- 86 Solches ergibt sich entgegen der Auffassung der Vergabekammer auch nicht aus dem Schriftsatz der Antragstellerin vom 14.09.2023. Soweit die Antragstellerin dort darauf abstellt, sofern die Beigeladenen bei den Leistungswerten nicht die volle Punktzahl erhalten hätten, müssten sie im Stundenverrechnungssatz noch günstiger sein, entspricht dies nicht den von der Antragsgegnerin festgelegten Wertungsgrundsätzen. Kalkuliert der Bieter weniger Arbeitszeit ein, erhöht dies die Zahl der Quadratmeter pro Stunde. Es reduziert bei gleichbleibendem Stundenverrechnungssatz den Gesamtpreis und führt beim Preis zu einer besseren Bewertung. Gleichzeitig erhöht es den Leistungswert (als Quotient aus Quadratmetern und Zeit), doch führt ein höherer Leistungswert beim zweiten Wertungskriterium zu einer schlechteren Bewertung. Bei diesem Kriterium wird der bestplatziert, der seinen Mitarbeitern die meiste Zeit pro Quadratmeter lässt. Wer beim Leistungswert die schlechtere Punktzahl erreicht, kann daher trotz höherem Stundenverrechnungssatz den besseren Gesamtpreis anbieten.

- 87 (3) Demgegenüber ist die Antragsbefugnis gem. § 160 II GWB hinsichtlich der Rüge, die Antragsgegnerin habe mit dem Referenz-Erfordernis Eignungs- und Wertungskriterien vermengt, zu bejahen. Der Senat teilt nicht die Auffassung der Vergabekammer, die insoweit mangels Zuschlagschance eine offensichtliche Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags angenommen hat.
- 88 Die Antragstellerin macht insoweit einen hinreichend dargelegten Vergaberechtsverstoß geltend, der zu einem Schaden im Sinne einer verschlechterten Auftragschance der Antragstellerin führen kann. Denn hätte die Antragsgegnerin der Rüge der Antragstellerin abgeholfen, hätte sie das Verfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückversetzen müssen. Sie hätte die Eignungskriterien neu formulieren und die Wertungskriterien neu gewichten müssen. Dies hätte selbst bei identischen Angeboten zu einer abweichenden Wertung führen können. Vor allem aber hätte die Antragstellerin im Zuge der ihr dadurch eröffneten „zweiten Chance“ ein neues, besseres Angebot abgeben können. Die Antragstellerin beruft sich auch ausdrücklich auf die „zweite Chance“ (SS vom 17.08.2023, S. 5).
- 89 d) Hinsichtlich der die Vermengung von Eignungs- und Wertungskriterien betreffenden Rüge ist die Antragstellerin jedoch gem. § 160 III Nr. 3 GWB präkludiert; der Nachprüfungsantrag ist daher auch hinsichtlich dieser - ohnehin nur Los 1 betreffenden - Rüge unzulässig.
- 90 Ein durchschnittlicher Bieter, auf den für die Erkennbarkeit abzustellen ist, kennt die Grundstrukturen des Vergabeverfahrens (vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 6. September 2023 - Verg 5/22, juris Rn. 31 = ZfBR 2023, 815 (817); zur grundsätzlichen Pflicht zur Bildung von Fachlosen; Müller-Wrede/Hofmann, GWB, 2. Auflage, § 160 GWB Rn. 75: der durchschnittliche Bieter verfügt über gewisse Erfahrung in Vergabeverfahren) und damit auch die grundsätzliche Unterscheidung zwischen Eignungs- und Wertungskriterien. Er weiß, dass es kein Mehr oder Weniger an Eignung im Sinne des § 122 GWB gibt und Eignungs- und Wertungskriterien grundsätzlich zu trennen sind. Er würde, weil er sich für die Ausarbeitung seines Angebots mit beiden befassen muss, erkennen, dass die Referenzen (nur) bei Los 1 sowohl bei der Eignung, als auch bei den Wertungskriterien Berücksichtigung finden. Er würde außerdem erkennen, dass die Referenzen auch bei den Wertungskriterien als „erforderlich“ bezeichnet sind und man bei ihrer Erbringung 5 Punkte erhält und eine abgestufte Wertung nach dem Wortlaut nicht vorgesehen ist. Schon daraus würde er erkennen, dass die Antragsgegnerin Eignungs- und Wertungskriterien nicht hinreichend voneinander getrennt hat. Denn selbst wenn er annähme, die Antragsgegnerin wolle hier Unterschiedliches prüfen (was sich aus dem Wortlaut der Kriterien nicht ergibt), fehlte ihm jeder Anhaltspunkt, was dann Gegenstand der Eignungsprüfung und was Gegenstand der Wertung sein sollte. Er kann damit erkennen, dass entweder im Zuge der Wertung nochmals die Eignung berücksichtigt wird oder sich die (abweichenden) Wertungskriterien aus den Vergabeunterlagen nicht erkennen lassen. Er könnte dabei auch erkennen, dass durch die Doppelnennung der Referenzen letztlich auch unklar bleibt, ob die Eignung auch ohne Vorlage von geeigneten Referenzen allein aufgrund der Eigenerklärung bejaht werden kann.
- 91 Allein diese Erkennbarkeit begründet die Rügeobliegenheit hinsichtlich der Unzulässigkeit der Verwertung der Referenzen bei der Wertung nach § 160 III Nr. 3 GWB und schließt eine zulässige Rüge erst nach Ankündigung des Zuschlags an einen Dritten aus.

- 92 Denn die Rügepflicht knüpft an den durchschnittlichen Bieter und dessen laienhafte rechtlichen Wertungsmöglichkeiten an. Deshalb genügt einerseits die Erkenntnis, dass es „so nicht geht“ und kann sich der Antragsteller andererseits der Rügepräklusion nicht dadurch entziehen, dass er den Rechtsfehler im Nachprüfungsverfahren mit Unterstützung seines Rechtsanwalts einer klareren juristischen Zuordnung unterzieht. Im Streitfall genügt daher, dass der Antragsteller erkennen konnte, dass Eignungs- und Wertungskriterien hinsichtlich der Referenzen nicht getrennt, sondern vermengt worden sind und dass entweder eine Doppelverwertung vorliegt oder nicht erkennbar ist, was in welchem Kontext geprüft werden soll.
- 93 Mit der von der Antragstellerin herangezogenen Entscheidung der VK Karlsruhe vom 12.11.2019, 1 VK 62/19, juris, ist der Streitfall ebenso wenig vergleichbar wie mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 29. April 2015 - VII-Verg 35/14, juris, Rn. 58. Denn der Bieter sieht sich nicht vor die Frage gestellt, ob bei der Eignungsprüfung verwertete Umstände in anderem Zusammenhang bei der Wertung Berücksichtigung finden können. Vielmehr kann er erkennen, dass entweder wortlautgetreu die „erforderlichen Referenzen“ im Sinne einer ja/nein Prüfung ohne Abstufung herangezogen werden sollen oder unklar bleibt, inwieweit sie in welchem Zusammenhang berücksichtigt werden. Der Rechtsfehler betrifft damit nicht erst das vom Bieter möglicherweise nicht überschaubare Problem, ob und inwieweit Referenzen auf Grundlage eindeutiger Vergabeunterlagen auch bei der Angebotswertung und nicht nur bei der Eignungsprüfung berücksichtigt werden dürfen. Vielmehr liegt entweder eine erkennbar unzulässige Berücksichtigung der Eignung bei der Wertung oder eine Unklarheit der Wertungskriterien vor, was den verständigen, durchschnittlich erfahrenen Bieter bereits zu einer entsprechenden Rüge veranlassen würde.