

OLG Frankfurt

Beschluss

vom 16.06.2026

11 Verg 2/26

GWB §§§ 71, 97, 128, 156 Abs. 2, § 160 Abs. 2, 3, § § 175 Abs. 2, § 182 Abs. 3, 4

1. Im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren kann im Grundsatz nicht geltend gemacht werden, Bedingungen des zu vergebenden Auftrags verstießen gegen allgemeine Bestimmungen wie etwa das AGB- oder Datenschutzrecht, das UWG oder das Kartellrecht. Die Verletzung solcher Bestimmungen kann jedoch auf vergaberechtliche Normen und Grundsätze durchschlagen; es bedarf dafür aber des Brückenschlags von den allgemeinen Regeln ins Vergaberecht, d.h. einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm.*)
2. Will ein Bieter im Nachprüfungsverfahren die Verletzung einer außervergaberechtlichen Bestimmung als Vergaberechtsfehler geltend machen, muss eine etwaige nach § 160 Abs. 3 GWB gebotene Rüge, auch die Umstände umfassen, die den Brückenschlag ins Vergaberecht begründen sollen.*)

OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.06.2026 - 11 Verg 2/26

vorhergehend:

VK Hessen, 04.02.2026 - 96 e 01.02-56-2025/1

Tenor:

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 04.02.2026, 96e 01.02/56-2025, teilweise aufgehoben und wie folgt neu gefasst:

Den Antragsgegnern wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Ausschluss der Antragstellerin zurückzusetzen und es unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen.

Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag abgelehnt.

Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von 25.895,00 Euro festgesetzt. Diese haben die Antragstellerin in Höhe von 17.263,34 Euro und die Antragsgegner in Höhe von 8.631,66 Euro zu tragen.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor der Vergabekammer notwendigen Aufwendungen hat die Antragstellerin den Antragsgegnern zu 2/3 zu erstatten, die Antragsgegner haben sie der Antragstellerin zu 1/3 zu erstatten. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

Die weitergehende sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.

Die Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit im Beschwerdeverfahren notwendigen außergerichtlichen Kosten der jeweiligen Gegenseite hat die Antragstellerin zu 2/3, die Antragsgegner haben sie zu 1/3 zu tragen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 1.723.662,54 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Das Nachprüfungsverfahren betrifft Los 1 einer in zwei Losen ausgeschriebenen Vergabe von öffentlichen Nahverkehrsdienstleistungen im Busverkehr. Die antragstellende Bietergemeinschaft hat vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens mit Schreiben vom 15.10.2025, auf das für seinen vollständigen Inhalt Bezug genommen wird, gegenüber beiden Antragsgegnern die "Unzulässigkeit der Forderung nach Einbau eines GPS-Ortungssystems" als "Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB" geltend gemacht und ausgeführt, sie ziehe in Erwägung, sich zu bewerben. Die Forderung des Einbaus eines GPS-Ortungssystems sei (so wie ausgeschrieben)

"vergaberechtswidrig, denn sie verstößt gegen datenschutz-, arbeits- und wettbewerbsrechtliche Vorschriften. Das Aufstellen von Mindestanforderungen und Vertragsbedingungen, deren Erfüllung zwingend einen Verstoß gegen geltendes Recht

vorausgesetzt, ist unzulässig.

Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 97 Abs. 1 GWB an die allgemeinen Grundsätze der Vergabe gebunden, insbesondere an die Gebote der Rechtmäßigkeit, Transparenz, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit. Ein Verstoß liegt insbesondere dann vor, wenn eine Vergabebedingung Unternehmen faktisch dazu verpflichtet, gegen gesetzliche Vorschriften zu verstoßen, um am Vergabeverfahren teilnehmen oder einen Zuschlag erhalten zu können. Dies widerspricht dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gesetzesbindung der öffentlichen Hand (Art. 20 Abs. 3 GG) und den Vorgaben des § 128 Abs. 2 GWB, der ausdrücklich bestimmt, dass bei der Auftragsausführung alle einschlägigen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften einzuhalten sind. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Ausführung des Auftrags, sondern bereits für die Ausgestaltung der Vergabeunterlagen, insbesondere der Mindestanforderungen.

Diese unions- und nationalrechtliche Verpflichtung zur Einhaltung geltenden Rechts wird auch in Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU betont. Die Rechtsprechung bestätigt, dass Anforderungen in Vergabeverfahren rechtswidrig sind, wenn sie zu einer faktischen Gesetzesverletzung zwingen oder objektiv unzumutbar sind. (2)

Die Forderung des Auftraggebers verstößt gegen geltendes Recht, denn sie führt zu einer datenschutz- und arbeitsrechtlich unzulässigen Totalüberwachung der angestellten Busfahrer und greift unverhältnismäßig in deren Persönlichkeitsrechte ein. Zudem zwingt der Auftraggeber den Auftragnehmer zur Offenlegung sensibler Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Sie ist daher zwingend aus den Vergabeunterlagen zu streichen."

Es folgen Ausführungen zur DSGVO und zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zuge der Vertragsabwicklung. Zu letzteren heißt es unter anderem:

"Die in den Vergabeunterlagen enthaltene Verpflichtung zur Implementierung eines GPS-Ortungssystems führt zu einer umfassenden Offenlegung betrieblicher Abläufe des zukünftigen Auftragnehmers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber. Dieser ist jedoch nicht passiver Nachfrager, sondern als potenzieller Konkurrent zu qualifizieren.

Der Auftraggeber ist rechtlich und organisatorisch in der Lage, die ausgeschriebene Verkehrsleistung künftig selbst zu erbringen. Eine Rekommunalisierung des öffentlichen Nahverkehrs stellt einen aktuellen und in vielen Regionen bereits verwirklichten Trend dar (bspw. Mainz-Bingen, Bad Kreuznach, Dessau). Ein Monopol der Privatwirtschaft im Bereich der öffentlichen Personenbeförderung besteht gerade nicht.

(27)

Ein öffentlicher Auftraggeber darf im Rahmen einer Ausschreibung jedoch keine Anforderungen stellen, die faktisch dazu führen, dass sich der Auftragnehmer zur Preisgabe geschützter geschäftlicher Interna gegenüber einem potenziellen Wettbewerber verpflichtet. Diese Preisgabe unternehmerischen Know-hows ist nicht durch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt, sondern stellt einen unzulässigen Eingriff in den Geheimnisschutz nach § 4 GeschGehG dar und verletzt zugleich das Gebot fairer Vergabe nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB."

Abschließend heißt es:

"II. Abhilfeverlangen

Die Forderung nach einem GPS-Ortungssystem ist weder durch die DSGVO noch durch das BDSG oder das GeschGehG gedeckt. Sie verstößt gegen grundlegende Datenschutz- und Geheimnisschutzprinzipien - insbesondere gegen die Erfordernisse einer Rechtsgrundlage, der Verhältnismäßigkeit und Transparenz sowie die Pflicht zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung. Sie ist daher vergaberechtswidrig und zwingend aus den Vergabeunterlagen zu streichen.

Wir fordern Sie auf, dem Rügevorbringen abzuhelpfen, (28)"

In der Folge hat sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren mit einem Angebot beteiligt. Mit Nichtabhilfeschreiben vom 31.10.2025 haben die Antragsgegner die Rüge der Antragstellerin als unbegründet zurückgewiesen. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 14.11.2025 hat die Antragstellerin die Einleitung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens beantragt. In dessen Verlauf haben die Antragsgegner die Urkalkulation der Antragsgegnerin geöffnet, diesbezüglich Aufklärung verlangt und schließlich das Angebot der Antragstellerin wegen verweigerter Aufklärung mit Schreiben vom 19.12.2025, (S. 581 des GesamtPDFs der Vergabekammerakte mit Inhaltsverzeichnis) ausgeschlossen, was die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsantrags ebenfalls bekämpft. Sie hat insoweit geltend gemacht (vgl. S. 587 des Gesamt-PDFs mit Inhaltsverzeichnis), der Angebotsausschluss sei vergaberechtswidrig, da kein Aufklärungsbedürfnis und somit keine Mitwirkungsobliegenheit der Antragstellerin bestanden habe und die auftraggeberseitig gesetzten Fristen zur Beantwortung der Aufklärungsfragen von nicht einmal 48 Stunden unangemessen kurz gewesen seien.

Die Vergabekammer hat den Sachverhalt wie folgt festgestellt:

"Die Antragsgegnerin zu 1.) und der Antragsgegner zu 2.) - nachfolgend: "Antragsgegner" - schrieben mit Auftragsbekanntmachung vom 18. September 2025, veröffentlicht im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union vom 22. September 2025 öffentliche Nahverkehrsleistungen im offenen Verfahren in zwei Losen aus. Für Los 1 (lokales Linienbündel "Stadt1") umfasst die Leistungsbeschreibung die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen auf den Verkehrslinien ... an sieben Tagen pro Woche für den Zeitraum vom 13. Dezember 2026 bis zum 9. Dezember 2034, wobei eine zweimalige Verlängerungsoption um jeweils ein Jahr vorgesehen ist.

Grundlage der Verkehrsleistung sind die in den Vergabeunterlagen veröffentlichten Fahrplanzeiten. Nach Ziffer 2.1.4 der Auftragsbekanntmachung und Ziffer 8 der Aufforderung zur Angebotsabgabe und Bewerbungsbedingungen (AzA) fügt der Bieter seinem Angebot für jedes angebotene Linienbündel zusätzlich zur Angebotskalkulation eine aussagefähige und nachvollziehbare Urkalkulation als separate, mit einem Passwort gegen Lesezugriff geschützte PDF-Datei bei. Weiter heißt es unter Ziffer 8, dass der Bieter in der Urkalkulation seine spezifischen Kalkulationsgrundlagen zur Ermittlung der einzelnen Preisfaktoren (vgl. Kapitel 5.2.1 der Leistungsbeschreibung) detailliert, transparent und nachvollziehbar darzustellen habe, sodass die Vergabestelle die Kalkulationsgrundsätze des Bieters beurteilen und etwaige Kalkulationsfehler oder -lücken im Angebot des Bieters erkennen und bewerten kann. Ferner werden unter Ziffer 8 verschiedene Fälle zur Öffnung der Urkalkulation genannt.

Ausweislich der Leistungsbeschreibung unter Ziffer 3.3.8 "Aktuelle Daten zum Betriebsablauf" betreiben die Antragsgegner mithilfe eines Dienstleisters ein eigenes globales Navigationssatellitensystem zur Lieferung von Echtzeit-/ Positionsdaten zum Betriebsablauf bzw. zur Leistungserbringung des Auftragnehmers. Der Auftragnehmer ist nach der Leistungsbeschreibung verpflichtet, dieses System in allen auf den vertragsgegenständlichen Linien eingesetzten Regelfahrzeugen zu installieren und zu betreiben, wobei es keine Rolle spielt, ob diese Fahrzeuge auch in anderen Verkehren eingesetzt werden.

Der Auftragnehmer gewährleistet den Einbau, die Wartung sowie den Einsatz entsprechender Geräte und Antennen in bzw. auf seinen Fahrzeugen sowie die Erhebung und Übertragung der erhobenen Daten an den Auftraggeber. Der Auftragnehmer stellt dem Dienstleister des Auftraggebers nach Terminabsprache seine Fahrzeuge zum Ein-/Ausbau und zur Wartung des Systems zur Verfügung und gewährt freien Zugang zu diesen Fahrzeugen. Ferner ist er damit einverstanden, dass die so ausgestatteten Fahrzeuge bei eingeschalteter Zündung jederzeit geortet werden können, wobei eine Auswertung der

Daten nur für die vertragsgegenständlichen Linien erfolgt. Der Auftraggeber ist auch berechtigt, die gelieferten Daten zu speichern, zu Planungszwecken und im Rahmen des Qualitätsmanagements auszuwerten und zu verwenden, sowie auf dieser Grundlage Vertragsstrafen zu verhängen. Auf Wunsch erhält der Auftragnehmer Zugang zu den von ihm übermittelten Daten. Eine Ortung der Fahrzeuge ist möglich, worauf der Auftraggeber hinweist.

Die vorgenannten Anforderungen sind als Mindestanforderungen an die einzusetzenden Fahrzeuge formuliert (Ziffer 6 der Anlage 02a - Anforderungen an die Fahrzeuge ZOV 2027).

Die Angebotswertung erfolgt ausschließlich anhand der angebotenen Preise, die nach dem in den Vergabeunterlagen festgelegten Verfahren über die gesamte Vertragslaufzeit fortgeschrieben werden. Grundlage für die Fortschreibung sind die in den Vergabeunterlagen genannten Preisindizes. Aus den fortgeschriebenen Preisen wird eine fiktive Wertungsgröße gebildet. Das Angebot mit der niedrigsten fiktiven Wertungsgröße erhält den Zuschlag.

Die Angebotsfrist endete am 29. Oktober 2025, 10:00 Uhr. Die Antragstellerin gab fristgerecht ein Angebot ab.

(II)

Die Auswertung der Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist ergab, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass zulasten günstigerer Angebote Ausschlussgründe vorliegen.

Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 14. November 2025 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer Hessen.

Sie vertieft ihren Vortrag aus dem Rügeschreiben vom 15. Oktober 2025 und führt ferner aus, bei vergaberechtconformer Ausgestaltung der Unterlagen hätte sie ein wesentlich wirtschaftlicheres Angebot abgeben können. Die in den Vergabeunterlagen enthaltene Verpflichtung führe zu einer zusätzlichen kalkulatorischen Unsicherheit und erhöhe das wirtschaftliche Risiko der Leistungserbringung erheblich. Insbesondere zwingt die vorgesehene Verpflichtung zum Einbau und Betrieb eines GPS- gestützten Ortungssystems zu einer Risikovorsorge für potentielle rechtliche und betriebliche Konflikte. Sie, die Antragstellerin, müsse berücksichtigen, dass derartige Überwachungsmaßnahmen arbeits- und datenschutzrechtliche Auseinandersetzungen auslösten oder zu Personalengpässen führten, wenn sich Arbeitnehmer gegen die mit der Vertragsdurchführung verbundene

Totalüberwachung zur Wehr setzten. Dieses Risiko beeinflusse die Angebotskalkulation unmittelbar und führe zu einer strukturellen Wettbewerbsverzerrung zulasten der Antragstellerin.

Die Antragstellerin beantragt u.a.,

1. festzustellen, dass die in Ziff. 3.3.8 Abs. 5 der Leistungsbeschreibung und in § 8 Abs. 3 des Verkehrs-Service-Vertrages sowie in § 8 Abs. 3 des Betriebsführungsübertragungs- und Subunternehmervertrages sowie in Ziff. 6 der Anlage 02a (Anforderungen an die Fahrzeuge ZOV 2027) von den Auftraggebern festgelegte Pflicht des zukünftigen Auftragnehmers, im Rahmen der Leistungserbringung den Einbau eines auftraggebereigenen globalen Navigationssatellitensystems zur Lieferung Echtzeit-/Positionsdaten in allen auf den vertragsgegenständlichen Linien eingesetzten Regelfahrzeugen zu installieren und durchgängig zu betreiben, rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt;

2. den Antragsgegnern aufzugeben, dass Vergabeverfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und den Wettbewerb nach Überarbeitung der Vergabeunterlagen nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern;

3. hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen.

Die Antragsgegner beantragen u.a.,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

(V)

Mit rechtlichem Hinweis vom 8. Dezember 2025 an die Antragstellerin wies die Vergabekammer darauf hin, dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich unzulässig sei, da die Antragstellerin ausweislich der Angebotswertung keine realistische Chance auf die Erteilung des Zuschlages habe. Das Angebot der Antragstellerin sei nicht das günstigste und nach Prüfung durch die Vergabekammer ergäben sich auch keine Anhaltspunkte dafür, dass zulasten günstigerer Angebote Ausschlussgründe vorlägen.

Eine Antragsbefugnis könne sich allenfalls dann ergeben, wenn die Antragstellerin den von ihr eingepreisten Risikoaufschlag wegen des gerügten Verstoßes gegen Datenschutzbestimmungen beziffern könne bzw. würde, wobei sie jedoch kein neues

Angebot abgeben dürfe. Die Angaben der Antragstellerin müssten dann mit der abgegebenen Urkalkulation, welche den Antragsgegnern - bislang ungeöffnet - vorliege, in Einklang zu bringen sein.

Die Antragstellerin erhielt Gelegenheit entsprechend vorzutragen und dem Antragsgegner und/oder der Vergabekammer zu gestatten, die Urkalkulation zu öffnen, um die Angaben entsprechend verifizieren zu können.

Mit Schriftsatz vom 9. Dezember 2025 erklärte die Antragstellerin sich mit der Öffnung der angebotsgegenständlichen Urkalkulation einverstanden und bezifferte den von ihr einkalkulierten Risikoaufschlag mit 190.293,03 €. Dieser - der Höhe nach letztlich frei gegriffene - Aufschlag sei mindestens erforderlich, um die wirtschaftlichen Risiken abzudecken, die sich aus der von den Antragsgegnern geforderten, rechtswidrigen GPS-Dauerüberwachung des eingesetzten Fahrpersonales ergebe. (17)

Aufgrund der geöffneten Urkalkulation, die aus einem, einseitig beschriebenen Blatt besteht und eine Zusammenfassung der geforderten Kalkulationsgrundsätze enthielt, ließen sich die von der Antragstellerin aufgeführten Komponenten und der Risikoaufschlag nicht nachvollziehen.

Die Antragsgegner baten daher mit Schreiben vom 15. Dezember 2025 um Aufklärung der Urkalkulation sowie zu weiteren Punkten der Kalkulation.

Die Antragstellerin rügte daraufhin die aus ihrer Sicht inhaltlich zu weitgehende Überprüfung der Urkalkulation und die von den Antragsgegnern gesetzte Frist mit Schreiben vom 18. Dezember 2025. Gegenstand der Verfügung der Vergabekammer sei weder eine Aufklärung noch eine weitergehende Erläuterung der Urkalkulation, sondern lediglich eine Plausibilitätsprüfung des konkret geltend gemachten Risikozuschlages auf Grundlage der bereits vorliegenden Unterlagen. Sollte aus Sicht der Antragsgegner eine solche Plausibilitätsprüfung nicht möglich sein, so sei dies das Ergebnis, welches der Kammer mitzuteilen sei, berechtige jedoch nicht zu eigenständigen, nicht von der Kammer geleiteten Ermittlungen. Im Übrigen sei das gegenständliche Aufklärungsverlangen rechtswidrig. Unabhängig hiervon sei die gesetzte Frist zur Beantwortung der Aufklärungsfragen rechtswidrig.

Mit anwaltlichen Schreiben vom 19. Dezember 2025 schlossen die Antragsgegner das Angebot der Antragstellerin für Los 1 zwingend vom weiteren Vergabeverfahren analog § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV aus.

Den Angebotsausschluss rügte die Antragstellerin mit anwaltlichen Schreiben vom 23. Dezember 2025 und machte diese mit Schriftsatz vom 30. Dezember 2025 zum Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens.

(10)"

Ergänzend wird festgestellt, dass die Öffnung der Urkalkulation nach Nr. 8 Abs. 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe/Bewerbungsbedingungen nur im Falle eines ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebots, bei Verdacht einer Mischkalkulation und bei Leistungsänderungen vorgesehen ist.

Der für die Fortschreibung der Personalkosten maßgebliche Preisgleitfaktor für den hessischen Omnibusverkehr (PGF-O) ist, wie auch unter Nr. 6.1 der Leistungsbeschreibung festgehalten, ein vom Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen und ländlicher Raum auf seiner Homepage veröffentlichter Index. Er wird vom Statistischen Bundesamt ermittelt. Nach Nr. 6.1 der Leistungsbeschreibung dient er der Fortschreibung des (geschuldeten) Preises während der Vertragslaufzeit hinsichtlich Fahrpersonalkosten, sonstigen Personalkosten und Kraftstoffkosten. Nach Nr. 18 der Aufforderung zur Angebotsabgabe/Bewerbungsbedingungen wird für die Wertung der Angebote der Preis als fiktive Wertungsgröße nach der durchschnittlichen Steigerung des Index gemäß Anlage 15 zugrunde gelegt. Diese Anlage 15 (=Anlage Bf4) stellt für die Personalkosten auf den PGF-O ab und ermittelt aus den Jahren 2020-2024 eine durchschnittliche Preissteigerung von 6,85%. Dabei liegt die eingeflossene Steigerung des Jahres 2024 ausweislich der Anlage 15 bei 12 %, die der Vorjahre bei 5 % und (zweimal) 5,2 %.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 04.02.2026 abgelehnt, die Gebühren auf 30.350,00 Euro festgesetzt und diese der Antragstellerin auferlegt. Außerdem hat sie der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der beiden Antragsgegner auferlegt und die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner für notwendig erklärt.

Die Vergabekammer, für deren genaue Begründung auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen wird, hat dabei den Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 GWB als unzulässig angesehen, weil es jedenfalls an einer Darlegung eines durch die vermeintliche Rechtsverletzung kausal verursachten Schadens fehle (VergKB 12). Der Vortrag zum Risikozuschlag sei widersprüchlich und im Ergebnis unschlüssig. Der Vortrag zu einem möglichen Schaden reiche aber auch deshalb nicht aus, weil er unter Berücksichtigung der Urkalkulation nicht ansatzweise plausibel sei.

Den weiteren, erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens gehaltenen Vortrag zu einem wegen der ihres Erachtens unzulässigen Bedingungen unzumutbaren kalkulatorischen Wagnis hat die Vergabekammer als gem. § 160 III 1 Nr. 3 GWB präkludiert angesehen (VergKB 13).

Die Gebührenhöhe hat die Vergabekammer unter Heranziehung der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes ermittelt (VergKB 14).

Mit ihrer sofortigen Beschwerde verfolgt die Antragstellerin ihr Begehren in der Hauptsache weiter.

Sie macht geltend, ihr Vorbringen, die gerügte Vorgabe zum GNSS (Global Navigation Satellite System)-Ortungssystem führe zu einer unzumutbaren Kalkulationsunsicherheit, betreffe keinen "neuen" Vergaberechtsverstoß, die "kalkulatorische Unzumutbarkeit" sei lediglich die Wirkung des schon zuvor gerügten Verstoßes, der in der GNSS-Verpflichtung liege. Die Vergabekammer trenne insoweit künstlich einen einheitlichen Lebenssachverhalt. Sie hält daran fest, dass eine Leistungsanforderung, die gegen zwingendes Recht verstoße, regelmäßig zugleich unzumutbar sei (BB 26). Sie macht geltend, öffentliche Auftraggeber seien gemäß § 97 Abs. 1 GWB sowie § 128 Abs. 2 GWB verpflichtet, Vergabeverfahren und Vertragsbedingungen rechtskonform und verhältnismäßig auszugestalten. Dies gelte ebenso für die Festlegung der Mindestanforderungen. Entsprechendes folge auch aus Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU. Anforderungen, die Unternehmen faktisch zu Rechtsverstößen zwingen, seien unzumutbar und daher unzulässig. Abweichend von den dortigen Ausführungen führt sie dann weiter aus, vor diesem Hintergrund führe die beanstandete Ausgestaltung der GNSS-Datenregelung zwangsläufig zu einer "vergaberechtlich unzulässigen Unzumutbarkeit der Angebotskalkulation". Bieter seien gehalten, ihre Angebote auf einer verlässlichen und kalkulierbaren Grundlage zu erstellen. Diese Voraussetzung sei vorliegend nicht gegeben (BB 30).

Die Antragstellerin wendet sich insbesondere dagegen, dass das auftraggeberspezifische GNSS-System eine fortlaufende und dauerhafte Positionsübertragung sämtlicher Fahrzeuge vorsehe und zwar auch dann, wenn diese nicht auf den vertragsgegenständlichen Linien eingesetzt sind. Demgegenüber setzten die Verkehrsunternehmen bislang jeweils eigene Ortungssysteme ein, die lediglich punktuell Daten an die verbundweit einheitliche Datendrehscheibe zur Fahrgastinformation übermittelten (BB 38). Sie spricht insoweit von einer "Totalüberwachung" (BB 39).

Im Zuge der sofortigen Beschwerde macht die Antragstellerin außerdem erstmals geltend,

die Fortschreibung des Angebotspreises sei vergaberechtswidrig ausgestaltet. Sie hat zunächst ausgeführt (BB7), die als "Preisstand 2024" bezeichnete Indexbasis PGF-O (Preisgleitfaktor für den hessischen Omnibusverkehr) sei strukturell verzerrt, weil in sie die damalige Inflationsausgleichsprämie (IAP) indexwirksam eingeflossen sei. Später hat sie ausgeführt (BB27), für den maßgeblichen verständigen, fachkundigen und sorgfältigen (Durchschnitts-) Bieter habe kein Anlass bestanden anzunehmen, dass der Preisstand 2024 durch einen einmaligen, nicht tabellenwirksamen Sondereffekt verzerrt gewesen sei. Ebenso wenig sei aus den Vergabeunterlagen ersichtlich gewesen, ob die IAP bei der Indexbildung berücksichtigt werde oder nicht.

Dass die IAP in den PGF-O eingeflossen sei, habe sich erst im Zuge der Beantwortung einer Bieterfrage (die jedenfalls auch von der die Antragstellerin vertretenden Mitgesellschafterin gestellt worden ist) in einem anderen, später eröffneten Vergabeverfahren der Antragsgegner ergeben, die am 09.02.2026 (BB 27) erfolgt sei (BB7). Die strukturell verzerrte Fortschreibung der Vertragspreise führe zu einer "massiven dauerhaften wirtschaftlichen Unterdeckung aller im Verfahren befindlichen Angebote", die die Antragsgegner daher nach § 60 VgV zu überprüfen und letztlich alle auszuschließen habe (BB 7, 28). Im Extremfall könne die dauerhafte Unauskömmlichkeit der Vergütung existenzbedrohend sein (BB 51). In der bisherigen Ausschreibungspraxis hätten einmalige Sonderzahlungen keine Rolle bei der Definition des Preisstandes gespielt (BB 49).

§ 121 I GWB verlange eine Beschreibung der Leistung, die es allen Bietern ermögliche, ihre Angebote vergleichbar zu kalkulieren. Die Antragsgegner hätten es aber unterlassen, die maßgeblichen Parameter der Preisbildung - insbesondere die Behandlung einmaliger Sonderzahlungen und deren Mehrfachwirkung bei Personalwechseln - transparent und eindeutig festzulegen (BB50). Die Einbeziehung der IAP blähe das Ausgangsniveau künstlich auf und führe im Folgejahr zu einem Dämpfungseffekt (BB51), was sich über die gesamte Laufzeit auswirke. Die Antragstellerin will damit zum Ausdruck bringen, dass die Berücksichtigung der IAP im Index 2024 Lohnsteigerungen im darauffolgenden Jahr 2025 relativ (prozentual) niedriger erscheinen lässt oder sogar - so der Vortrag im Senatstermin - zu Lohnminderungen führt.

Die Antragstellerin führt weiter aus, da der diesbezügliche Vergaberechtsverstoß aus den Vergabeunterlagen nicht erkennbar gewesen sei, komme eine Rügepräklusion nicht in Betracht. Die Unterlagen enthielten keine erläuternden Angaben zur Zusammensetzung des Index oder zu etwaigen Sondereinflüssen.

Die Festsetzung der Gebührenhöhe greift die Antragstellerin dahingehend an, dass der maßgebliche Bruttoauftragswert nach der (von der Antragstellerin nicht bekämpften)

Berechnungsmethode bei 34.473.250,80 Euro liege, woraus sich aber ein Gegenstandswert von 25.894,44 Euro ergebe. Wieso die Vergabekammer 30.350,00 Euro angenommen habe, erschließe sich nicht. Möglicherweise habe sie rechtsfehlerhaft auf den "fortgeschriebenen Gesamtpreis als fiktive Wertungsgröße" abgestellt, der aber eine insoweit nicht maßgebliche "wertungstechnische Rechengröße" sei.

Die Antragstellerin beantragt nach einer im Termin erfolgten Änderung des Antrags zu 3. nunmehr,

1. den Beschluss der 2. Vergabekammer Hessen vom 04.02.2026 (Az. 96 e 01.02-56-2025/1) gemäß § 178 Satz 1 GWB aufzuheben;

2. festzustellen, dass

a. die in Ziff. 3.3.8 Abs. 5 der Leistungsbeschreibung und in § 8 Abs. 3 des Verkehrs-Service-Vertrags sowie in § 8 Abs. 3 des Betriebsführungsübertragungs- und Subunternehmer-Vertrags sowie die in Ziff. 6 der Anlage 02a (Anforderungen an die Fahrzeuge ZOV 2027) von den Antragsgegnern festgelegte Pflicht des zukünftigen Auftragnehmers, im Rahmen der Leistungserbringung den Einbau eines auftraggebereigenen globalen Navigationssatellitensystems zur Lieferung von Echtzeit-/Positionsdaten in allen auf den vertragsgegenständlichen Linien eingesetzten Regelfahrzeugen zu installieren und durchgängig zu betreiben,

b. die Pflicht den Antragsgegnern ein zeitlich und räumlich unbeschränktes sowie umfassendes Nutzungs- und Verwertungsrecht an diesen Daten einzuräumen, rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt;

3. festzustellen, dass die in Ziff. 18 der Aufforderung zur Angebotsabgabe und den Bewerbungsbedingungen und Kap. 6.1 Absatz 1 der Leistungsbeschreibung von den Antragsgegnern festgelegte Kalkulationsgrundlage und Ausgestaltung der Preisfortschreibungssystematik rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt;

4. den Antragsgegnern aufzugeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und den Wettbewerb nach Überarbeitung der Vergabeunterlagen nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts erneut zur Angebotsabgabe aufzufordern;

5. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die vom Beschwerdegericht festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen;

6. der Antragstellerin gem. §§ 175 Abs. 2, 165 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakte zu gestatten;

7. den Antragsgegnern die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer (§ 182 Abs. 3 GWB) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin (§ 182 Abs. 4 GWB) ebenso aufzuerlegen wie die Kosten des Beschwerdeverfahrens;

8. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären (§ 182 Abs. 4 GWB).

Die Antragsgegner beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen;

Sie verteidigen die angefochtene Entscheidung, halten die Rüge hinsichtlich der Preisfortschreibung für präkludiert und die Angriffe der Antragstellerin gegen die Vergabebedingungen insgesamt für unbegründet.

II.

1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft und in der gesetzlichen Form und Frist eingelegt und begründet worden, §§ 171 I, 172, 175 II, 72 Nr. 2 GWB, 130a ZPO.

2. In der Sache hat sie nur teilweise Erfolg.

a) Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, soweit er den Gegenstand des Rügeschreibens vom 15.10.2025 unverändert weiterverfolgt.

Insoweit fehlt es an einer Antragsbefugnis gem. § 160 II GWB. Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 VI GWB durch Nichtbeachtung von

Vergabevorschriften geltend macht, wobei darzulegen ist, dass den Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die Antragstellerin hat hinsichtlich des Gegenstands des Rügeschreibens vom 15.10.2025 keine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 VI GWB dargelegt.

§ 97 VI GWB begründet einen Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Nur deren Verletzung kann nach § 160 II 2 GWB eine Antragsbefugnis begründen und bedarf ggfls. einer rechtzeitigen Rüge nach § 160 III 1 GWB. Aus § 156 II GWB folgt nichts anderes, denn auch die dort genannten sonstigen Ansprüche müssen sich gerade auf das Vergabeverfahren beziehen. Deshalb kann im Grundsatz im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht geltend gemacht werden, Bedingungen des zu vergebenden Auftrages verstießen gegen allgemeine Bestimmungen wie etwa das AGB- oder Datenschutzrecht, das UWG oder das Kartellrecht. Solche Bestimmungen sind im Vergabenachprüfungsverfahren freilich nicht stets unbeachtlich. Vielmehr kann ihre Verletzung auf vergaberechtliche Normen und Grundsätze durchschlagen; es bedarf dafür aber des Brückenschlags von den allgemeinen Regeln ins Vergaberecht, d.h. einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm (vgl. auch OLG Düsseldorf 01.08.2012, ZfBR 2012, 826, 827; BeckOK VergabeR/Bungenberg/Schelhaas GWB § 97 Abs. 6 Rn. 16; entgegen der Rüge- und der Beschwerdeschrift ebenso Ziekow/Völlink/Dittmann, VergabeR, 5. Aufl., § 156 GWB, Rn. 13 ff.; Ziekow/Völlink/Dicks/Schnabel, § 160 GWB Rn. 21). Letztlich muss die außervergaberechtliche Norm aus vergaberechtlichen Gründen Auswirkungen auf das Vergabeverfahren haben (Ziekow/Völlink/Dicks/Schnabel GWB § 160 Rn. 21). Aus dem von der Beschwerde herangezogenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 01.08.2026, X ZR 115/04, folgt nichts anderes. Es betrifft die Zulässigkeit unerfüllbarer technischer Anforderungen und nicht die Gleichsetzung von Rechts- und Vergaberechtsfehlern.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin folgt auch aus dem Gebot der Verfahrensfairness (vgl. OLG Düsseldorf 28.6.2017 - VII-Verg 2/17, NZBau 2018, 54 Rn. 17) nicht, dass eine im Zuge der Vertragsdurchführung rechtswidrige Erlangung von Geschäftsgeheimnissen durch den Auftraggeber eine Verletzung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren darstellt. Eine solche Verletzung käme vielmehr nur in Betracht, wenn bereits im Zuge des Vergabeverfahrens selbst Geschäftsgeheimnisse offenbart werden müssten. Auch aus Art. 18 II 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 folgt keine Erweiterung des nationalen Begriffs der Bestimmungen über das Vergabeverfahren. Die Mitgliedstaaten sind darin, wie sie die Anforderungen der Norm erfüllen und damit hinsichtlich der Frage, ob eine Verletzung der

hier fraglichen Bestimmungen im Zuge des Nachprüfungsverfahrens oder nach allgemeinen Grundsätzen vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist, frei.

Auch lässt sich aus dem der Umsetzung des vorgenannten Art. 18 II der Richtlinie 2014/24/EU dienenden § 128 I GWB (nicht: Abs. 2, auf den die Antragstellerin abstellt), nach dem Unternehmen bei Ausführung von öffentlichen Aufträgen alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten haben, keine Gleichsetzung von Rechts- und Vergaberechtsfehlern herleiten. Da der Auftragnehmer unmittelbar durch diese Vorschrift zur Einhaltung aller für ihn geltenden Rechtsnormen verpflichtet wird, ohne dass diese Normen nochmals durch den öffentlichen Auftraggeber explizit benannt werden müssten, kann zunächst nicht über den Hebel des § 97 Abs. 6 iVm § 128 Abs. 1 GWB die Beachtung der gesamten Rechtsordnung durch ein konkurrierendes Unternehmen drittschutzfähig gemacht werden (Ziekow/Völlink/Ziekow GWB § 128 Rn. 40). Darüber hinaus ist aber zu beachten, dass die Norm nicht das von den Nachprüfungsinstanzen nach §§ 156, 97 I GWB zu prüfende Vergabeverfahren, sondern die sich anschließende Auftragsausführung betrifft. Aus ihr ergibt sich daher kein vergaberechtlicher Anspruch des Bieters, im Vergabeverfahren nicht mit (möglicherweise) unwirksamen Vertragsbedingungen konfrontiert zu werden. Die Norm eröffnet keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle hinsichtlich sämtlicher Vertragsbedingungen, sie stellt auch insofern keine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm dar. Dabei haben die Antragsgegner den Leistungsgegenstand auch hinreichend gemäß dem - von der Beschwerde ebenfalls herangezogenen - § 121 GWB beschrieben.

§ 128 II GWB, den die Antragstellerin nennt, kann der Beschwerde insoweit ebenfalls nicht zum Erfolg verhelfen. Die Norm betrifft zusätzliche Ausführungsbedingungen als besondere Bedingungen für die Ausführung eines öffentlichen Auftrags, die nicht gesetzlich vorgegeben sind (MüKoWettbR/Pauka/Birk, 4. Aufl. 2022, GWB § 128 Rn. 21). Aus ihr folgt keine Gleichstellung von Rechts- und Vergaberechtsfehlern. Sie begründet lediglich in Satz 1 das Erfordernis einer Verbindung mit dem Auftragsgegenstand, der vorliegend außer Frage steht; sein Fehlen ist auch nicht gerügt.

Allerdings können bereits im Vergabeverfahren aus Treu und Glauben folgende Rücksichtnahme- und Schutzpflichten bestehen, aufgrund derer der Auftraggeber dafür Sorge zu tragen hat, dass der erfolgreiche Bieter durch die Erfüllung des Auftrags nicht Gefahr läuft, gegen das Gesetz oder Rechte Dritter zu verstoßen und deswegen in Anspruch genommen zu werden (vgl. OLG Düsseldorf, 11.05.2016 - Verg 2/16, BeckRS 2016, 13255 Rn. 28). Für eine solche Schutzpflicht aus Treu und Glauben besteht jedoch nach allgemeinen Grundsätzen nur Anlass, wenn der Auftraggeber die Lage in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht besser überblicken kann als der Auftragnehmer oder, wenn im Zuge

der Vertragsabwicklung auf Basis wirksamer Vertragsbedingungen mit Rechtsverstößen im Einzelfall zu rechnen ist, hinsichtlich der der Auftragnehmer besonderen Schutzes durch den Auftraggeber bedarf. Dies ist bei den hier fraglichen datenschutzrechtlichen Fragen sowie im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse des Auftragnehmers nicht der Fall, weil der Auftragnehmer bzw. Bieter die Problematiken ebenso überblicken kann wie der Auftraggeber und er die Einhaltung der maßgeblichen Bestimmungen selbst sicherstellen kann.

Demgegenüber kann ein etwaiger Grundsatz, dass (auch) aus vergaberechtlichen Gründen nichts Unzulässiges bzw. Verbotenes gefordert werden dürfe (vgl. Lambert in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 121 GWB Rn. 34 und nicht tragend OLG Düsseldorf, 11.05.2016 - Verg 2/16, BeckRS 2016, 13255 Rn. 28) nicht über den eigentlichen Beschaffungsgegenstand und damit die Hauptleistung hinaus anerkannt und auf alle Regelungen über die Art und Weise der Leistungserbringung angewandt werden. Denn dadurch würden das Vergabeverfahren und mit ihm der Auftraggeber letztlich überlastet. Anders als bei "freihändiger" Vergabe könnte er nichts mehr nachträglicher gerichtlicher Klärung überlassen. Es entstünde ein starker Druck, Leistungen in bewährter Weise so auszuschreiben, wie man es schon immer gemacht hat, Rechtsfragen aufwerfende Innovationen (wie zB eine verbesserte Liveüberwachung des ÖPNV) würden ausgebremst, weil regelmäßig eine schnelle Vergabeentscheidung erstrebt wird. Vor allem aber darf auch der Zweck der Konzentration auf einen Rechtsweg, der nicht bei einem Zivilgericht, sondern der auf Vergaberecht spezialisierten Vergabekammer, einer Behörde, beginnt und auf einen schnellen und effektiven besonderen vergaberechtlichen Rechtsschutz gerichtet ist, nicht konterkariert werden. Deshalb sind von den das Vergabeverfahren betreffenden Rechtsvorschriften selbständige Verbotsnormen materiellrechtlichen Inhalts abzugrenzen, insbesondere solche, die die spätere Abwicklung eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession und damit die Unternehmen nicht als Teilnehmer am Vergabeverfahren, sondern als Marktteilnehmer betreffen (vgl. Ziekow/Völlink/Dittmann, VergabeR, 5. Aufl., § 156 GWB Rn. 14).

Gegenstand des Rügeschreibens vom 15.10.2025 ist eine angenommene Rechtswidrigkeit der Bedingungen des abzuschließenden Vertragswerks nach datenschutzrechtlichen Vorschriften sowie nach Bestimmungen des GeschGehG. Dabei nimmt die Antragstellerin im Rügeschreiben einen allgemeine Grundsatz an, wonach jeder Rechtsverstoß bei der Vertragsdurchführung zu einem Vergaberechtsfehler führe, was der gesetzlichen Konzeption - wie ausgeführt - nicht entspricht. Die von dem Rügeschreiben aufgeworfenen Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit der GPS-Ortung und damit der Wirksamkeit diesbezüglicher Vertragsbestimmungen würden sich dabei unverändert stellen, wenn man die Notwendigkeit der Auftragsvergabe im Rahmen eines Vergabeverfahrens wegdächte

und es ist auf Grundlage der Ausführungen im Rügeschreiben keine Anknüpfungsnorm ersichtlich, bei deren Prüfung die allgemeinen Normen vorgreiflich wären.

Das Rügeschreiben geht von dem nicht bestehenden Gleichlauf von Rechts- und Vergaberechtswidrigkeit aus, erschöpft sich aber auch in ihm; auch die angesprochene Unverhältnismäßigkeit bezieht sich nur auf die Verhältnismäßigkeitsanforderungen des Art. 6 DSGVO. Da auf die Rüge und im Vergabenachprüfungsverfahren nicht unmittelbar die außervergaberechtliche Norm, sondern die Anknüpfungsnorm zu prüfen ist, muss eine Rüge nach § 160 III 1 GWB auch die Umstände umfassen, die den Brückenschlag ins Vergaberecht begründen. Das was mit dem Rügeschreiben vom 15.10.2025 gerügt worden ist, stellt sich daher nur als allgemeiner Rechtsfehler, nicht jedoch als Vergaberechtsfehler dar.

b) Soweit die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens anknüpfend an die von ihr angenommene Rechtswidrigkeit nach allgemeinen Vorschriften darauf abgestellt hat, dass die fraglichen Bedingungen die Kalkulation des Angebots unzumutbar erschwerten, ist ihr Nachprüfungsantrag ebenfalls unzulässig.

aa) Die Antragstellerin ist mit dieser Rüge nach § 160 III 1 GWB präkludiert.

(1) Die Rüge vom 15.10.2025 hat derartige kalkulatorische Schwierigkeiten, die im Grundsatz vergaberechtlich relevant sein könnten, nicht zum Gegenstand. Sie betrifft bei der insoweit gebotenen objektiven Würdigung ihres Inhalts (Ziekow/Völlink/Dicks/Schnabel aaO § 160 GWB Rn. 53 aE) keinen Vergaberechtsfehler, sondern beruht auf der irrigen Annahme, allgemeine Rechtsfehler seien stets zugleich Vergaberechtsfehler. Da nicht unmittelbar die außervergaberechtliche Norm, sondern die Anknüpfungsnorm zu prüfen ist, muss eine Rüge, wie bereits ausgeführt, nach § 160 III 1 GWB auch die Umstände umfassen, die den Brückenschlag ins Vergaberecht begründen. Eine andere Auffassung hätte zur Folge, dass die insoweit unbestimmt bleibende Rüge die Präklusion für beliebige Auswirkungen des gerügten materiellen Rechtsfehlers auf das Vergabeverfahren ausschliesse, obwohl die Rüge dem Auftraggeber keinen Anlass gab, das Verfahren hinsichtlich dieser Auswirkungen zu überdenken.

(2) Die im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgte Rüge einer unzumutbaren Erschwernis der Kalkulation ist zunächst gem. § 160 III 1 Nr. 1 GWB präkludiert.

Die Antragstellerin ist ausweislich dieses Rügeschreibens und ihres Vorbringens im hiesigen Verfahren bereits am 15.10.2025 von der Rechtswidrigkeit der angegriffenen Regelungen überzeugt gewesen. Es erscheint dem Senat ausgeschlossen, dass sie sich

diese Überzeugung gebildet hat, ohne die Auswirkungen der bekämpften Regelungen auf ihr erwogenes Angebot zu erkennen. Dies gilt hinsichtlich der geltend gemachten kalkulatorischen Schwierigkeiten, aber auch etwaiger anderer Folgen der Regelungen für die Antragstellerin.

Die Antragstellerin hätte daher spätestens am Montag, dem 27.10.2025 den diesbezüglichen Vergaberechtsfehler rügen müssen. Sie hat ihn aber erst im Zuge des Nachprüfungsantrags vom 14.11.2025 geltend gemacht.

(3) Die Rüge ist außerdem nach § 160 III 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Die beanstandeten Bedingungen ergeben sich aus den Vergabeunterlagen und mit diesen waren die aus ihnen folgenden kalkulatorischen Schwierigkeiten - das Vorbringen der Antragstellerin unterstellt - für einen verständigen, fachkundigen und sorgfältigen (Durchschnitts-) Bieter erkennbar. Insoweit hätten sie bis zum Schluss der Angebotsfrist am 29.10.2025 gerügt werden müssen.

bb) Danach kann offenbleiben, ob auch hinsichtlich dieser Rüge die Antragsbefugnis nach § 160 II GWB zu verneinen ist.

Die Antragsbefugnis ist zweifelhaft, weil die Klauseln entweder rechtskonform umsetzbar und damit wirksam sind, oder sie nicht rechtskonform umsetzbar und daher nach § 134 BGB nichtig sind. Im ersten Fall kann die Antragstellerin sie ohne die Gefahr von Bußgeldern oder Ersatzansprüchen umsetzen, im zweiten Fall kann sie von der Umsetzung absehen, ohne deswegen Ansprüchen der Antragsgegner ausgesetzt zu sein. Was bei der Antragstellerin verbleibt, ist allein das Risiko einer Fehleinschätzung der Rechtslage, das aber jedenfalls im Grundsatz allen Teilnehmern des Wirtschaftslebens zuzumuten ist. Deshalb könnte dieses Risiko ungeeignet sein, einen Verstoß gegen das aus Treu und Glauben folgende Verbot (vgl. zu diesem OLG Düsseldorf 21.4.2021 - VII Verg 1/20, NZBau 2022, 611 Rn. 31) darzulegen, Ausschreibungen so zu gestalten, dass eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar erschwert oder unmöglich gemacht wird.

c) Auch soweit die Antragstellerin sich gegen die - im Zuge der Angebotswertung fiktiv und hinsichtlich des auftraggeberseits geschuldeten Preises reale - Fortschreibung des Angebotspreises wendet, ist der Nachprüfungsantrag unzulässig.

aa) Zunächst ist auch diese Rüge nach § 160 III 1 Nr. 3 GWB präkludiert, weil sich die Wertung anhand der fiktiven Fortschreibung sowie die reale Preisfortschreibung aus den Vergabeunterlagen ergeben und ein diesbezüglicher Fehler daher bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe hätte gerügt werden müssen, was nicht erfolgt ist.

Soweit die Antragstellerin geltend macht, sie habe erst im Zuge der Bieterfragen in dem anderen Vergabeverfahren erkennen können, dass bei Ermittlung des PGF-O für das Jahr 2024 die Inflationsausgleichspauschale eingerechnet worden sei, folgt der Senat dem nicht. Der PGF-O wird nicht von den Antragsgegnern ermittelt, sondern vom Statistischen Bundesamt. Er wird vom Hessischen Ministerium für Wirtschaft, Energie, Verkehr, Wohnen und ländlicher Raum auf seiner Homepage veröffentlicht. Unter Nr. 6.1 Abs. 2 der Leistungsbeschreibung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Antragsgegner die Preisindizes unmittelbar vom Ministerium bzw. vom Statistischen Bundesamt übernehme, ohne eventuell mögliche Erstattungen hinzu- oder herauszurechnen. Zugleich ergibt sich aus Anlage 15 zur Leistungsbeschreibung für das Jahr 2024 eine Preissteigerung von 12,00 % gegenüber 5 % sowie zweimal 5,2 % in den Vorjahren und war der Antragstellerin die IAP bekannt. Damit hatte sie Anlass, eine Berücksichtigung der IAP oder anderen Sondereffekten im Jahr 2024 zu besorgen und hätte sich der Grundlagen der Indexermittlung 2024 selbständig vergewissern müssen. Die möglichen Auswirkungen auf den Index 2025 (und die Folgejahre) waren damit von Anfang an und nicht erst mit der Veröffentlichung des PGF-O 2025 erkennbar. Eine Unklarheit der Vergabebedingungen liegt damit im Übrigen nicht vor. Diese stellen eindeutig auf den Index so ab, wie er bekannt gemacht worden ist und beziffern diesen außerdem in Anlage 15 der Leistungsbeschreibung.

Dies gilt sowohl hinsichtlich der für die Wertung erheblichen fiktiven Fortschreibung als auch hinsichtlich etwaiger Auswirkungen der Einbeziehung des IAP in den PGF-O 2024 auf die Fortschreibung des geschuldeten (nicht fiktiven) Preises der Leistungen des erfolgreichen Bieters.

d) Der Nachprüfungsantrag ist jedoch erfolgreich, soweit die Antragstellerin sich gegen den im Laufe des Nachprüfungsverfahrens erfolgten Ausschluss ihres Angebots wendet.

Der Antrag ist insoweit zulässig, insbesondere ist die Antragstellerin gem. § 160 II GWB antragsbefugt; er ist auch begründet.

Der mit Schreiben vom 19.12.2025 erfolgte Ausschluss ist offensichtlich rechtswidrig, er verletzt die Antragstellerin in ihrem Rechten aus § 97 VI GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften und verschlechtert ihre Zuschlagschancen im Sinne des Schadensbegriffs des § 164 II GWB. Letzteres ist der Fall, obwohl die Antragstellerin nicht die bestplatzierte Bieterin ist, weil sie im Falle eines Wegfalls des Bestplatzierten Zuschlagschancen hätte.

Die unter I. dargestellten Voraussetzungen für eine Angebotsöffnung nach Nr. 8 Abs. 5 der Aufforderung zur Angebotsabgabe/Bewerbungsbedingungen lagen offensichtlich nicht vor. Die Angebotsöffnung ist auf Veranlassung der Vergabekammer erfolgt und galt der Erfüllung der Mitwirkungspflicht in deren Verfahren. Sie gab den Antragsgegnern keine Veranlassung zur weiteren eigenständigen Aufklärung der Urkalkulation. Überdies war die Fristsetzung in den Schreiben vom 15./16.12.2025 unangemessen kurz.

e) Der Nachprüfungsantrag hat außerdem Erfolg, soweit die Antragstellerin sich gegen die Höhe der festgesetzten Gebühren wendet. Dass sie insoweit keinen ausdrücklichen Antrag gestellt hat, ist unschädlich. Ausweislich der Beschwerdebegründung soll die Beschwerde auch der Gebührenfestsetzung gelten.

Die Vergabekammer hat ermessensfehlerfrei die Gebührentabelle der Vergabekammer des Bundes herangezogen, ohne besondere gebührenerhöhend wirkende Umstände anzunehmen. Der von der Antragstellerin zutreffend errechnete Auftragswert von über 34 und unter 36 Millionen Euro (BB 55) führt nach dieser Tabelle aber, wie die Antragstellerin zutreffend geltend macht, zu Gebühren in Höhe von nur 25.895 Euro (vgl. Informationsblatt des Bundeskartellamts zum Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 97 ff. GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 17. Februar 2016 mit Stand von Stand Februar 2024, abrufbar unter www.bundeskartellamt.de).

3. Der Antrag der Antragstellerin auf Einsicht in die Vergabeakte ist zurückzuweisen.

Soweit die Beschwerde erfolglos ist, steht der Akteneinsicht die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags entgegen. Soweit die Beschwerde erfolgreich ist, bedarf die Antragstellerin für ihren Erfolg keiner Einsicht in die Vergabeakte; ihr Inhalt ist nicht entscheidungserheblich.

4. Hinsichtlich der Kosten und Auslagen des Verfahrens vor der Vergabekammer ist gem. § 182 III 1, IV 1 GWB zu quotieren, wobei der Senat das Unterliegen der Antragsgegner hinsichtlich des Ausschlusses der Antragstellerin mit 1/3 bewertet. Dass die Vergabekammer die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner für notwendig erklärt hat, greift die Beschwerde zu Recht nicht an. Entsprechend den diesbezüglichen Erwägungen der Vergabekammer ist auch die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 182 IV 4 GWB, § 80 II Hess. VwVfG für notwendig zu erklären.

5. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 II, 71 GWB.

Soweit die sofortige Beschwerde erfolgreich ist, entspricht es unter Berücksichtigung des § 71 S. 2 GWB billigem Ermessen, die Kosten des Beschwerdeverfahrens den Antragsgegnern aufzuerlegen. Im Übrigen sind die Kosten gem. § 71 S. 2 GWB der Antragstellerin aufzuerlegen. Insoweit ist entsprechend den Ausführungen zu den Kosten und Aufwendungen im Verfahren vor der Vergabekammer zu quotieren. Der Erfolg hinsichtlich der Gebührenhöhe ist insoweit unerheblich (vgl. Senat, Beschl. v. 31.07.2025 - 11 Verg 1/25, juris Rn. 42).

Unter "Kosten" des Verfahrens im Sinne des § 71 GWB sind dabei sowohl die Gerichtskosten als auch die außergerichtlichen Kosten zu verstehen (Bechtold/Bosch a.a.O., § 71 Rn. 2), einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten bedarf es insoweit nicht (Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 14).

6. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 II GKG.

Zitiervorschlag:

OLG Frankfurt Urt. v. 16.6.2026 – 11 Verg 2/26, IBRRS 2026, 1509

Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG ist Inhaber von Nutzungsrechten. Ohne gesonderte Berechtigung ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen. Verlag C.H.Beck GmbH & Co. KG behält sich alle Rechte vor, insbesondere die Nutzung zum Text-und-Data-Mining (TDM) nach § 44b Abs. 3 UrhG (Art. 4 DSM-RL). Redaktionell nicht bearbeitete Texte amtlicher Werke (Gesetze, Verordnungen, amtliche Erlasse und Bekanntmachungen sowie Entscheidungen und amtlich verfasste Leitsätze) genießen gemäß § 5 UrhG keinen urheberrechtlichen Schutz.