

<b>Gericht:</b>	OLG Frankfurt Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	21.12.2023
<b>Aktenzeichen:</b>	11 Verg 4/23
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGHE:2023:1221.11VERG4.23.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 46 Abs 3 Nr 1 VgV, § 122 GWB
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Frankfurt, Beschluss vom 21. Dezember 2023 - 11 Verg 4/23 -, juris

---

### **Prüfungspflicht des Auftraggebers in Bezug auf die für den Nachweis der Eignung geforderten Referenzen**

#### **Leitsatz**

1. Fordert der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer Ausschreibung von Sicherheitsdienstleistungen bei den vorzulegenden Referenzen Angaben zum Umfang, die sich auf die erbrachten Gesamtjahresstunden und die eingesetzten Mitarbeiter beziehen, und führt das Verhältnis zwischen diesen beiden Parametern dazu, dass die Menge der Stunden nur durch einen weit über der zulässigen Arbeitszeit liegenden Leistungseinsatz der Mitarbeiter erbracht werden kann, weist die Referenz eine nicht nachvollziehbare Leistung aus und ist nicht wertbar.
2. Bei der Abfrage von Referenzen dürfen auch Angaben zum Leistungsort nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV abgefragt werden.

#### Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer des Landes Hessen, 11. Juli 2023, RPDA - III Stab VK VOB-96 e 01.02/13-2023/1, Beschluss

#### **Tenor**

1. Der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 11.07.2023 mit dem Aktenzeichen RPDA - III Stab VK VOB-96e 01.02/13-2023/1 wird abgeändert und die Antragsgegnerin verpflichtet, das Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags „Sicherheitsdienstleistungen für Hessische Erstaufnahmeeinrichtungen“, EU-Auftragsbekanntmachung ... vom 09.02.2022, aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht erneut auszuschreiben.
2. Von den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin sowie den Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin haben die Antragstellerin und die Antragsgegnerin jeweils 50% zu tragen. Die Beigeladene trägt ihre außergerichtlichen Aufwendungen selbst.
3. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

4. Der Wert des Verfahrens vor dem Vergabesenat wird auf € 5.762.479,60 € festgesetzt.

## Gründe

### I.

- 1 Die Antragstellerin wendet sich gegen die beabsichtigte Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen durch die Antragsgegnerin an die Beigeladene. Die Vergabekammer hat den Sachverhalt - von den Beteiligten unangefochten - wie folgt festgestellt ((...)“ bezeichnet Auslassungen durch den Senat, [...] durch die Vergabekammer):
- 2 „Mit EU-Bekanntmachung vom 9. Februar 2022 (EU-Abl. ...) schrieb die Antragsgegnerin den streitgegenständlichen Auftrag hinsichtlich der Durchführung von Sicherheitsdienstleistungen beim Standort Stadt1 der Hessischen Erstaufnahmeeinrichtung sowie dem Verwaltungsbereich und Ankunftszentrum Stadt1 in Zuständigkeit für das Regierungspräsidium in Stadt1 europaweit aus.
- 3 Ziff. III.1.4 der Bekanntmachung stellt folgende Anforderungen an die Referenzen der Bieter:
- 4 „- eine Liste mit Referenzangaben (nicht älter als 5 Kalenderjahre) mit den nachfolgenden Angaben (BG):
- 5 • Art der Leistung (Bewachung, Bestreifung, Pfortendienst, etc.)
- 6 • Umfang (Angabe der Jahresstunden sowie der eingesetzten Mitarbeiter)
- 7 • Empfänger (öffentliche und/oder private Empfänger)
- 8 • Erbringungsort (z. B. Flüchtlingsunterkunft)
- 9 • Ansprechpartner, Telefon, E-Mail-Adresse
- 10 • Erbringungszeitraum.
- 11 Eine Referenzangabe ist dann geeignet, wenn diese in Art und Umfang dem hier zu vergebenden Auftrag entspricht, so dass ein Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung je bebotenem Los gezogen werden kann.
- 12 [...]
- 13 3. Die Referenzangabe muss das Auftragsvolumen der zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses abdecken, d.h. dem jeweils geforderten Leistungsumfang der Höhe nach entsprechen.
- 14 Das Erreichen der zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses kann auch durch die Addition mehrerer (bis zu sechs) Referenzangaben nachgewiesen werden, wenn diese im selben Leistungszeitraum (Dauer mindestens sechs Monate) erbracht wurden.
- 15 [...]

- 16 Für den Fall, dass mehr als ein Los beboten wird, muss durch die vorgelegten Referenzangaben nachgewiesen werden, dass in der Vergangenheit bereits Leistungen vergleichbar aller nunmehr bebotenen Lose (Gesamtjahresstunden) gemäß den vorstehenden Anforderungen erbracht wurden!“
- 17 Mit insgesamt fünf Änderungsbekanntmachungen vom 14. Februar 2022, vom 3. Juni 2022, vom 4. Juli 2022, vom 8. Juli 2022 und vom 3. August 2022 veröffentlichte die Antragsgegnerin diverse Änderungen und Korrekturen hinsichtlich des zu vergebenden Auftrags.
- 18 Mit EU-Bekanntmachung vom 4. Juli 2022 (2022/S 126-359355) stellte sie das Verfahren für das bisherige Los 4 ein. Fortan umfasste der Auftrag vier Lose.
- 19 In der Änderungsbekanntmachung vom 8. Juli 2022 bzw. 3. August 2022 konkretisierte die Antragsgegnerin die je Los zu erbringenden Gesamtjahresstunden wie folgt:
- 20 Los 1: 1.198.992 Stunden pro Jahr,
- 21 Los 2: 209.160 Stunden pro Jahr,
- 22 Los 3: 123.648 Stunden pro Jahr,
- 23 Los 4: 280.596 Stunden pro Jahr.
- 24 Die Summe dieser Stunden beläuft sich auf 1.812.396.
- 25 Die Antragstellerin gab am 22. August 2022 ein Angebot auf alle vier verbleibenden Lose ab. Hinsichtlich der Referenzen gab die Antragstellerin eine Referenzliste ab, die für alle Lose den selben öffentlichen Auftrag beinhaltete. In der Referenzliste für Los 1, die inhaltsgleich mit den Referenzlisten für die Lose 2 bis 4 ist, bezifferte die Antragstellerin den Umfang des Auftrags jeweils wie folgt:
- 26 „Jahresstunden: ca. 1,5 Mio.“
- 27 Mit Schreiben vom 23. Januar 2023 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot hinsichtlich aller vier Lose ausgeschlossen wurde. Als Begründung gab die Antragsgegnerin an, dass die Antragstellerin die geforderten Referenzangaben nicht erfüllt habe. Da die Antragsgegnerin alle vier Lose bebot, hätte -so die Antragsgegnerin- die Referenzliste die Summe der Jahresstunden aller vier Lose erfüllen müssen, mithin 1.812.396 Jahresstunden. Der Referenzangabe der Antragstellerin „ca. 1,5 Mio. Jahresstunden“ fehlten daher 312.396 Stunden.
- 28 Mit gleichem Schreiben teilte die Antragsgegnerin mit, dass aufgrund der Tatsache, dass die Antragstellerin der aktuelle Dienstleister der nunmehrigen Lose 1, 2 und 4 sei, eine Aufklärung der von der Antragstellerin angegebenen Jahresstunden erfolgt sei. Diese habe ergeben, dass die geleisteten Personalstunden der Antragstellerin bei insgesamt 1.528.500 Stunden pro Jahr liegen. Auch diese Stundenzahl erfülle die geforderten Referenzangaben nicht.

- 29 Mit anwaltlichem Schreiben vom 26. Januar 2023 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots bei der Antragsgegnerin. In der Folge tauschten die Beteiligten mehrere Informations- bzw. Rügeschreiben aus.
- 30 Mit Schriftsatz vom 4. April 2023 legte die Antragstellerin den streitgegenständlichen Nachprüfungsantrag ein.
- 31 Sie ist der Ansicht, sie erfülle die Referenzangaben. Dies ergebe sich zum einen daraus, dass die Antragstellerin in ihrem angegebenen Referenzprojekt im Jahr 2017 - was unstreitig ist - zeitweise über 2,5 Mio. Stunden pro Jahr abgeleistet hat.
- 32 Außerdem sei die Antragsgegnerin nachträglich von den von ihr aufgestellten Eignungsanforderungen abgewichen. Sie berücksichtige nicht, dass die Eignungsanforderungen für den Fall, dass Bieter Angebote auf mehrere Lose abgeben, lediglich in der Vergangenheit bereits Leistungen *vergleichbar* aller nunmehr bebotenen Lose vorgewiesen werden müssten. Die Wahl der Begrifflichkeit „vergleichbar“ lege im Gegensatz zu den Anforderungen an die Referenz im Falle der Abgabe eines Angebots auf lediglich ein Los - „die Referenzangabe muss das Auftragsvolumen der zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses abdecken, d.h. dem jeweils geforderten Leistungsumfang der Höhe nach entsprechen“ - nahe, dass ein Überschreiten der Summe der Gesamtjahresstunden aller bebotenen Lose nicht erforderlich ist.
- 33 Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin für alle vier Lose sei darüber hinaus jedenfalls unverhältnismäßig. Die Antragstellerin habe nämlich selbst nach den von der Antragsgegnerin aufgestellten Vorgaben die Eignungsanforderungen für die Lose 1-3 erfüllt.
- 34 Sie beantragt,
- 35 1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags „Sicherheitsdienstleistungen für Hessische Erstaufnahmeeinrichtungen“, EU-Auftragsbekanntmachung ... vom 09.02.2022, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor die Prüfung und Wertung der Angebote zurückzusetzen und diese unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin für alle vier Lose sowie unter Ausschluss der Angebote der Bietergemeinschaft, bestehend aus der V GmbH aus Stadt2, der W GmbH aus Stadt3 sowie der X mbH & Co. KG aus Stadt4 für die Lose 1 und 3 und der Angebote der Y, Stadt5 für die Lose 2 und 4 zu wiederholen,
- 36 2. hilfsweise: Die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags „Sicherheitsdienstleistungen für Hessische Erstaufnahmeeinrichtungen“, EU-Auftragsbekanntmachung ... vom 09.02.2022, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Wertung der letztverbindlichen Angebote zurückzusetzen und die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
- 37 3. hilfsweise: Die Vergabekammer wirkt unabhängig auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin (§ 168 Abs. 1 S. 3 GWB),

- 38 4. der Antragstellerin gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakten der  
Antragsgegnerin zu gewähren,
- 39 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweck-  
entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin  
aufzuerlegen,
- 40 6. die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig  
zu erklären.
- 41 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 42 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
- 43 2. die Beiziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners für not-  
wendig zu erklären,
- 44 3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten für die  
notwendige Beiziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners im  
Rahmen des Nachprüfungs- und Rügeverfahrens aufzuerlegen.
- 45 Sie ist der Auffassung, der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin sei recht-  
mäßig, da die Antragstellerin die aufgestellten Referenzanforderungen hinsicht-  
lich der vorzuweisenden Gesamtjahresstunden nicht erfüllt habe. Ihr fehlten zu  
der geforderten Stundenzahl über 200.000 Jahresstunden. Die Formulierung  
„vergleichbar“ sei objektiv so zu verstehen, dass die Leistungen im technischen  
oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeits-  
grad haben müsse.
- 46 Soweit die Antragstellerin die im Jahr 2017 geleisteten Gesamtjahresstunden  
verweise, handele es sich um eine neue Referenz, die erstmals nach Abschluss  
der Eignungsprüfung und somit nach dem Ausschluss vorgelegt wurde. Sie sei  
daher bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit nicht zu berücksichtigen.
- 47 Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Unverhältnismäßigkeit des  
Ausschlusses für alle vier Lose ist sie der Auffassung, dass eine inhaltliche Redu-  
zierung des Angebots der Antragstellerin auf die ersten drei Lose eine unzulässi-  
ge Nachverhandlung dargestellt hätte.“
- 48 Die Beigeladene hatte eine Referenzliste eingereicht, die unter der laufenden Nummer 4  
eine Referenz des Mitgliedes der Beigeladenen, der Fa. W, enthielt. Unter der Rubrik  
„Umfang“ waren dort 360.000 Jahresstunden angegeben worden, als Zahl der einge-  
setzten Mitarbeiter fand sich die Zahl 105.
- 49 Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag als offensichtlich unbegründet zurück-  
gewiesen und zur Begründung wie folgt ausgeführt:
- 50 Der Ausschluss der Antragstellerin sei rechtmäßig, da sie die Anforderungen hinsichtlich  
der aufgestellten Referenzkriterien nicht erfülle. Die von ihr - inhaltsgleich für alle vier  
Lose - vorgelegte Referenz beziehe sich auf ein Gesamtjahresstundenvolumen von ca.  
1,5 Millionen Stunden (Anlage ASt 6). Für alle vier von der Antragstellerin bebotenen Lo-

se sei jedoch der Beleg einer Gesamtjahresstundenzahl von 1.812.396 Stunden erforderlich gewesen.

- 51 Die Auslegung der Bekanntmachung ergebe deutlich, dass bei einem Gebot auf alle vier Lose diese Gesamtjahresstundenzahl (also 1.812.390 Stunden pro Jahr) maßgeblich sei. Dafür spreche insbesondere der in den Ausschreibungsbedingungen enthaltene Zusatz im Rahmen der Regelungen für das Gebieten mehrerer Lose, in dem auf die „vorstehenden Anforderungen“ verwiesen werde.
- 52 Ein durchschnittlicher Bieter verstehe die Passage jedenfalls dahingehend, dass die Referenzen nicht wesentlich weniger als die Summe der Gesamtjahresstunden aller bebotenen Lose umfassen müsse. Hier komme es zu einer Unterschreitung von 17,23 %. Damit könne die Referenz nicht mehr als noch vergleichbares Projekt angesehen werden.
- 53 Der Ausschluss verstoße auch nicht gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip. Gegen einen nur teilweisen Ausschluss des Angebots der Antragstellerin - für einige Lose - spreche, dass in diesem Fall die Antragsgegnerin für die Antragstellerin hätte entscheiden müssen, hinsichtlich welcher Lose das Angebot aufrechterhalten werden solle. Eine derartige Angebotsaufklärung widerspräche dem Nachverhandlungsverbot nach § 15 Abs. 5 S. 2 VgV.
- 54 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin. Zur Begründung führt sie wie folgt aus:
- 55 Die Verfahrensdokumentation sei fehlerhaft. Dies habe sie rechtzeitig und hinreichend substantiiert gerügt.
- 56 Sie, die Antragstellerin, sei zu Unrecht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden.
- 57 Die Rüge des vergabewidrigen Ausschlusses sei ordnungsgemäß und fristgerecht erhoben worden. Soweit die Antragsgegnerin ihrer Rüge vom 26.1.2023 mit Schreiben vom 09.03.2023 nicht abgeholfen habe, sei der Nachprüfungsantrag vom 04.04.2023 nicht verfristet gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB. Die Unwirksamkeitserklärung der Antragsgegnerin vom 15.03.2023 habe sich aus Sicht des verständigen Bieters auch auf die Nichtabhilfeentscheidung hinsichtlich ihrer Rüge des Ausschlusses bezogen.
- 58 Der Ausschluss sei vergaberechtswidrig. Die Antragsgegnerin verstoße gegen den Transparenzgrundsatz, da sie nachträglich in unzulässiger Weise von ihren eigenen bindenden Vorgaben abweiche. Für den Fall eines Angebots auf mehrere Lose habe es gereicht, wenn Referenzen im vergleichbaren Umfang vorgelegt würden. Jedenfalls erfülle sie, die Antragstellerin, mit der vorgelegten Referenz die aufgestellten Anforderungen. Insoweit sei zu Unrecht der unstreitige Umstand, dass sie im Jahr 2017 auf Basis des der Referenz zu Grunde liegenden Rahmenvertrags zwischen der Antragsgegnerin und ihr 2,5 Millionen Jahresstunden erbracht habe, nicht berücksichtigt worden. Die Antragsgegnerin habe jedenfalls ihr, der Antragstellerin, insoweit Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Auf die in der Referenzliste abgefragten Standortangaben habe sich die Antragsgegnerin nicht beziehen dürfen. Die Forderung weiterer Angaben als in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV aufgeführt, sei aufgrund des abschließenden Charakters der Vorschrift unzulässig. Sollte ihr Referenzauftrag nicht den Eignungsanforderungen genügen, lägen Eignungskriterien vor, die gegen § 122 Abs. 2, Abs. 4 GWB verstießen. Selbst wenn man

dem nicht folgen wollte, verstoße es jedenfalls gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sie gleich für alle vier Lose auszuschließen.

- 59 Die Antragsgegnerin habe zudem vergabewidrig eine Auskömmlichkeitsprüfung des Angebots der Beigeladenen unterlassen.
- 60 Schließlich sei die Beigeladene ungeeignet. Die fehlende Eignung der Beigeladenen selbst sei ebenfalls von ihr gerügt worden. Eine Wartefrist nach der Rüge am 4.4.2023 bis zur Einreichung des Nachprüfungsantrags am Abend des 4.4.2023 habe sie nicht einhalten müssen.
- 61 Es sei davon auszugehen, dass die Firma V nicht über die erforderliche technische und berufliche Leistungsfähigkeit verfüge. Sollte die Eignung durch Nachunternehmer nachgewiesen worden sein, wäre dies nur zulässig, wenn jedenfalls die benannten Nachunternehmer auch im Auftragsfall ihre Leistungen erbringen würden. Ihren Branchen- und Marktkenntnissen nach würden die beiden weiteren Mitglieder der Bietergemeinschaft jedoch keine nennenswerten eigenen Leistungen erbringen.
- 62 Sie beantragt zuletzt:
- 63 1. Der Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Hessen vom 11.07.2023 mit dem Aktenzeichen RPDA - III Stab VK VOB-96e 01.02/13-2023/1 wird aufgehoben.
- 64 2. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags „Sicherheitsdienstleistungen für Hessische Erstaufnahmeeinrichtungen“, EU-Auftragsbekanntmachung ... vom 09.02.2022, den Zuschlag für das Los 1 auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
- 65 3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags „Sicherheitsdienstleistungen für Hessische Erstaufnahmeeinrichtungen“, EU-Auftragsbekanntmachung ... vom 09.02.2022, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht für das Los 1 in den Stand vor die Prüfung und Wertung der Angebote zurückzusetzen und diese unter Einbeziehung des Angebots der Antragstellerin sowie unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu wiederholen.
- 66 4. Hilfsweise zu 3: Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren zur Vergabe des Auftrags „Sicherheitsdienstleistungen für Hessische Erstaufnahmeeinrichtungen“, EU-Auftragsbekanntmachung ... vom 09.02.2022, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht für das Los 1 in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe zurückzusetzen und den Bietern unter Einschluss der Antragstellerin die Gelegenheit zu einer erneuten Angebotsabgabe zu geben.
- 67 5. Der Antragstellerin wird gem. § 165 GWB ergänzende Einsicht in die Verfahrensakten der Antragsgegnerin sowie in die Verfahrensakten der Vergabekammer gewährt.
- 68 6. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstel-

- lerin sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.
- 69 7. Die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
- 70 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 71 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
- 72 der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer aufzuerlegen;
- 73 festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch den Antragsgegner notwendig war.
- 74 Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss und führt zur Begründung Folgendes aus:
- 75 Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen fehlender Eignung sei nicht mehr angreifbar. Die Antragstellerin habe nach Erhalt der Nichtabhilfemitteilung vom 09.03.2023 nicht fristgerecht einen Nachprüfungsantrag eingereicht. Die Nichtabhilfemitteilung vom 9.3.2023 selbst sei auch nicht durch die Erklärung vom 16.03.2043 für unwirksam erklärt worden. Zudem sei der Ausschluss wegen fehlender Eignung zutreffend. Die eingereichte Referenz bezüglich der vier benannten Standorte erfülle nicht die Referenzvorgaben. Der für das Jahr 2017 angeführte Gesamtjahres-Stundenumfang könne nicht berücksichtigt werden. Es handele sich hierbei um eine neue Referenz. Diese sei erstmals nach Abschluss der Eignungsprüfung vorgelegt worden. Der Ausschluss der Antragstellerin beruhe nicht auf einer gerügten vergaberechtswidrigen Konzeption der Eignungskriterien, sondern darauf, dass die Antragstellerin ihrem Angebot keine inhaltlich passende Referenz beigefügt habe. Es liege auch kein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vor. Es wäre unzulässig gewesen, die Antragstellerin nachträglich zu fragen, auf welche Lose sie ihr Angebot reduzieren wolle.
- 76 Die Rüge der angeblichen Unauskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen bzw. ihrer fehlenden Eignung sowie der behaupteten Unregelmäßigkeiten bei der Prüfung und Wertung der Angebote sei ins Blaue hinein erfolgt.
- 77 Die Eignungsprüfung der Beigeladenen sei vergabekonform durchgeführt worden. Die Beigeladene habe die geforderte Referenzliste vorgelegt. Die Angaben seien überprüft worden. Abweichungen und Auffälligkeiten hätten nicht bestanden. Anhaltspunkte dafür, dass der Beigeladenen nicht hinreichend Personal zur Verfügung stehe, bestünden nicht. Dokumentationsfehler würden allein ins Blaue hinein gerügt.
- 78 Ein Anspruch auf Akteneinsicht bestehe nicht. Dies gelte insbesondere für Rügen, die allein ins Blaue hinein aufgestellt würden.
- 79 Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.
- 80 Sie wendet sich gegen zahlreiche aus ihrer Sicht wahrheitswidrige und rufschädigende Aussagen der Antragstellerin.

- 81 Der Senat hat mit Beschluss vom 7.9.2023 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde angeordnet und der Antragstellerin mit Verfügung vom 18.9.2023 sowie ergänzend mit Verfügung vom 20.11.2023 Einsicht in teilgeschwärzte Unterlagen gewährt.
- 82 Nach Akteneinsicht hat die Antragstellerin insbesondere ihre Rüge zur fehlenden Eignung der Beigeladenen vertieft. Die Beigeladene habe nicht nur zu wenig Personal, sondern habe mit der unter der laufenden Nummer 4 in der Referenzliste aufgeführten Referenz eine Referenz beigefügt, die eine unmögliche Leistung ausweise, wenn man das dort ausgewiesene Stundenvolumen mit der angegebenen Mitarbeiterzahl ins Verhältnis setze. Jedenfalls belege die Referenz einen Verstoß gegen das ArbeitszeitG und das TarifreueG.

## II.

- 83 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig (unter 1.) und hinsichtlich des Hilfsantrags zu 4 begründet (unter 2.).
- 84 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden. Die mit der Beschwerde verfolgten Anträge begegnen auch keinen Zulässigkeitsbedenken. Mit dem neuen Antrag zu 4 trägt die Antragstellerin den vom Senat im Eilbeschluss geäußerten Bedenken hinsichtlich der ursprünglichen Antragstellung hinreichend Rechnung. Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ist dieser Antrag auch nicht unzulässig, soweit er sich nicht auf die Aufhebung der Ausschreibung bezieht, sondern allein die Zurückversetzung in den Stand vor Angebotsabgabe nebst Gelegenheit, neue Angebote abzugeben beinhaltet.
- 85 § 63 Abs. 1 Nr. 1 VgV sieht grundsätzlich eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers hinsichtlich der Entscheidung, ein Vergabeverfahren aufzuheben, vor. Liegen die Voraussetzungen vor, kann er das Verfahren aufheben, er muss es grundsätzlich aber nicht. Eine Ermessensreduzierung auf Null und damit verbundene Verpflichtung zur Aufhebung des Vergabeverfahrens tritt allerdings ein, wenn dem öffentlichen Auftraggeber keine Handlungsmöglichkeiten mehr offenstehen, die zum Vorliegen wenigstens eines wertbaren Angebots führen (vgl. Lischka in: Müller-Wrede, VgV, § 46 Rn. 31). Wäre, wie von der Antragstellerin behauptet, das Angebot der Beigeladenen mangels Nachweises ihrer Eignung ebenfalls vom Vergabeverfahren auszuschließen, bestünden zwar keine weiteren Handlungsalternativen für die Antragsgegnerin mehr, ein wertbares Angebot (etwa durch das Nachfordern von Unterlagen) zu erlangen. Das alte Vergabeverfahren müsste gem. § 63 VgV aufgehoben werden. Einer Neuausschreibung im Sinne der Abfassung geänderter Vergabeunterlagen bedürfte es indes nicht, es bedürfte allerdings einer neuen Ausschreibung unter Verwendung der bisherigen Unterlagen. Da im Vergaberecht keine § 308 Abs. 2 ZPO entsprechende Bindung an die Anträge der Beteiligten besteht, könnte der Senat - wie tatsächlich auch geschehen - den Tenor entsprechend dem eindeutigen Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin selbständig anpassen.
- 86 2. Die sofortige Beschwerde ist hinsichtlich des Hilfsantrags zu 4 begründet. Die Anträge zu 1-3 sind unbegründet, da die Antragstellerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde (unter a.). Auf den Hilfsantrag zu 4 hin wird die Antragsgegnerin verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht im Rahmen eines neuen Vergabeverfahrens den Bietern die Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben (unter b.).

- 87 a. Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebots. Die Antragstellerin wird nicht dadurch in ihren Rechten i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB verletzt, dass ihr Angebot mangels Nachweises ihrer Eignung vom Verfahren ausgeschlossen wurde. Die von ihr vorgelegte Referenz genügt nicht den bekannt gemachten Anforderungen an die verlangten Eignungsnachweise. Im Hinblick auf den demnach rechtmäßig erfolgten Ausschluss kann die Antragstellerin mit keinem ihrer Anträge zu 1 bis 3 durchdringen. Diese Anträge setzen voraus, dass die Antragstellerin selbst weiterhin als Bieterin an dem Verfahren beteiligt und entsprechend deshalb antragsbefugt ist.
- 88 Die Rüge ihres vergaberechtswidrigen Ausschlusses ist zulässig (unter aa.), aber unbegründet (unter bb).
- 89 aa. Die Rüge ist zulässig. Die Antragstellerin hat insbesondere nicht gegen die Reaktionsfrist nach § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB verstoßen. Insoweit gelten die Ausführungen des Senats im Rahmen des Eilbeschlusses unverändert fort:
- 90 Ein Nachprüfungsantrag ist unzulässig, wenn nicht innerhalb von fünfzehn Tagen nach der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, der Nachprüfungsantrag gestellt wurde. Die erneute Rüge des gleichen Verstoßes, etwa mit weitergehender Begründung, und die erneute Nichtabhilfe, setzen die Frist nicht erneut in Gang (Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, 2. Aufl., § 160 Rn. 99).
- 91 Vorliegend wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 9.3.2023 mitgeteilt (ASt 10), dass der Rüge, die fehlende Eignung sei vergaberechtswidrig verneint worden, nicht abgeholfen werde. Der Nachprüfungsantrag datiert vom 4.4.2023 und damit nach Ablauf der 15-Tage Frist. Der Nachprüfungsantrag ist dennoch hinsichtlich dieser Rüge nicht unzulässig. Zwar wurde das Schreiben vom 9.3.2023, mit welchem der Rüge nicht abgeholfen wurde, nicht nachträglich für unwirksam erklärt (unter (1)). Die Antragsgegnerin hat aber das gesondert versandte Informationsschreiben vom 9.3.2023 (ASt 11), welches ebenfalls Ausführungen zu den Gründen der Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin enthielt, mit Schreiben vom 16.3.2023 (ASt 15) für unwirksam erklärt; die damit entstandene unklare Situation für die Antragstellerin ist nicht geeignet, die Reaktionsfrist in Gang zu setzen (unter (2)).
- 92 (1) Die Unwirksamkeitserklärung vom 16.3.2023 (Anlage ASt 15) erfasst vom Wortlaut her explizit nur das Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 9.3.2023. Nur dieses wird im Betreff erwähnt. Inhaltlich wird ausdrücklich die mit Schreiben vom 9.3.2023 erteilte Information nach § 134 GWB für unwirksam erklärt und an der Zuschlagsentscheidung nicht festgehalten. Die Unwirksamkeitserklärung wurde damit begründet, dass im Hinblick auf die mit Schreiben vom 15.03.2023 erhobene „weitere Rüge“ an der Zuschlagserteilung nicht festgehalten werde. Ein Bezug zum gesonderten Schreiben vom 9.3.2023 (Anlage ASt 10), mit dem die Rüge zurückgewiesen worden war, lässt sich diesem Schreiben nicht entnehmen.
- 93 (2) Das für unwirksam erklärte Schreiben nach § 134 GWB vom 9.3.2023 (Anlage ASt 11) enthielt jedoch ebenfalls Ausführungen zur Zurückweisung der Rüge. Die Erklärung nach § 134 Abs. 1 GWB muss u.a. die Angabe der Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des Angebots umfassen. Dem war die Antragsgegnerin in ihrem Informationsschreiben nach § 134 GWB auch nachgekommen. Sie hatte dort ausdrücklich auf den Ausschluss der Antragstellerin wegen fehlender Eignungsnachweise Bezug genommen

- neben den am Ende erwähnten preislichen Gründen. Mit der vollständigen Unwirksamkeitserklärung des Schreibens vom 9.3.2023 nach § 134 GWB waren damit auch die in diesem Schreiben enthaltenen Gründe für die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin - Ausschluss des Angebots - aufgehoben worden.

- 94 Für die Antragstellerin lag damit mit Zugang des Schreibens vom 16.3.2023 eine widersprüchliche Situation hinsichtlich der Zurückweisung ihrer Rüge vor. Berücksichtigt man, dass § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB eine Rechtsbehelfsfrist enthält und deshalb in der Auftragsbekanntmachung eine entsprechende Belehrung erfolgen muss, spricht dies dafür, dass die Reaktionsfrist nur dann in Lauf gesetzt wird, wenn eine eindeutige Rügezurückweisung erfolgt. Soweit teilweise gefordert wird, dass das Rügezurückweisungsschreiben eine eigene Belehrung enthalten muss (Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, § 160 Rn. 140), dürfte dies jedenfalls dann erforderlich sein, wenn - wie hier - unklare Erklärungen zu beurteilen sind.
- 95 bb. Der Sache nach hat die Rüge indes keinen Erfolg. Die Antragstellerin wurde vergabegemäß nach §§ 42 Abs. 1, 57 Abs. 1 Ziff. 2 VgV vom Vergabeverfahren mangels Vorlage der nach Ziff. III.1.4 der Bekanntmachung geforderten Referenzen ausgeschlossen.
- 96 Die Antragsgegnerin hat die Eignung der Antragstellerin vergabegemäß anhand der in der Auftragsbekanntmachung aufgeführten Kriterien zur technischen beruflichen Leistungsfähigkeit geprüft. Dabei kommt ihr grundsätzlich ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen weitgehend entzogen ist. Dies gilt namentlich für die Überprüfung von Referenzen und die Beurteilung von deren Vergleichbarkeit (Senat, Beschluss vom 01.10.2020 - 11 Verg 9/20). Die Überprüfung der Vergabeentscheidung durch die Nachprüfungsinstanzen ist darauf beschränkt, ob die Vergabestellen den der Eignungsprüfung zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und bei der Eignungsprüfung berücksichtigt hat sowie, ob allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten worden sind und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt haben (Senat a.a.O.). Die Bewertung, die Antragstellerin als für den Auftrag ungeeignet anzusehen, hält sich innerhalb dieses Beurteilungsspielraums:
- 97 (1) Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin, dass die Vorgaben in Ziff. III.1.4. der Bekanntmachung intransparent seien. Der Senat verweist insoweit zunächst auf die überzeugenden Ausführungen der Vergabekammer. Aus Sicht eines verständigen Bieters musste auch der Bieter, der mehrere Lose bebot - wie die Antragstellerin -, Referenzen für vergleichbare Leistungen einreichen, die im Gesamtstundenumfang den ausgeschriebenen Leistungsumfang abdeckten.
- 98 Dies ergibt sich deutlich aus den Bestimmungen unter Ziff. III.1.4 der Bekanntmachung. In der Passage in Ziff. III.1.4 der Bekanntmachung, die sich mit dem Fall des Gebietens mehrerer Lose befasst, heißt es auszugsweise: „Für den Fall, dass mehr als ein Los geboten wird, muss durch die vorgelegten Referenzangaben nachgewiesen werden, dass in der Vergangenheit bereits Leistungen vergleichbar aller nunmehr gebotenen Lose (Gesamtjahresstunden) gemäß den vorstehenden Anforderungen erbracht wurden!“ In den dort in Bezug genommenen „vorstehenden Anforderungen“ finden sich die Vorgaben an geeignete Referenzen im Fall des Gebietens eines Loses. Dort wird darauf hingewiesen, dass die Referenzangabe „das Auftragsvolumen der zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses abdecken, d.h. dem jeweils geforderten Leistungsumfang der Höhe nach entsprechen“ muss. Die Verweisungskette verdeutlicht damit vom Wortlaut her, dass die Anforderungen beim Gebieten mehrerer Lose nicht abweichend zu verstehen

sind gegenüber dem Gebieten eines Loses. Dieses Verständnis wird auch durch den Sinn und Zweck der Vorgaben gestützt. Eine Referenz kann und darf nur gefordert werden, wenn sie die Leistungsfähigkeit für die ausgeschriebene Leistung prognostisch absichern kann, § 122 Abs. 4 GWB. Hinsichtlich der hier zu beurteilenden Leistungsfähigkeit für den ausgeschriebenen Auftrag kommt es für das hier einschlägige Leistungsspektrum maßgeblich auch auf das bereits absolvierte Stundenvolumen an. Insoweit ist die von der Antragstellerin aufgestellte Anforderung, wonach die Referenzen sich auf ein dem ausgeschriebenen Auftrag entsprechendes Stundenvolumen beziehen müssen, sachgerecht und entspricht den Vorgaben in § 122 Abs. 4 GWB, § 46 Abs. 3 VgV.

- 99 (2) Ohne Erfolg wendet die Antragstellerin weiter unter Hinweis auf den abschließenden Charakter des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ein, dass keine Angaben zum Leistungsort gefordert werden dürften, so dass insgesamt die Forderung der in der Bekanntmachung umschriebenen Referenzen vergaberechtswidrig sei. Ob das Fordern einer - unterstellt - nicht zulässigen Angabe im Rahmen einer Referenzabfrage dazu führt, dass die Referenz insgesamt und damit auch hinsichtlich ihrer zulässigen Angaben in Wegfall gerät, bedarf dabei keiner Entscheidung. Die hier geforderten Angaben zum Leistungsort sind nicht unzulässig:
- 100 Gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage geeigneter Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form einer Liste der in den letzten höchstens drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers verlangen.
- 101 Soweit § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV explizit Angaben zum Wert, Lieferzeitpunkt und Empfänger im Rahmen der Referenzen erwähnt, folgt daraus nicht, dass eine weitergehende Abfrage auch des Leistungsorts unzulässig ist:
- 102 § 46 Abs. 3 VgV enthält einen abschließenden Katalog hinsichtlich der Unterlagen und Belege, die zum Nachweis der technischen beruflichen Leistungsfähigkeit gefordert werden dürfen (Verordnungsbegründung BR-Drs 87/16, 199). Ein öffentlicher Auftraggeber darf von den Bietern demnach keine anderen Nachweise für ihre technische und berufliche Leistungsfähigkeit als die in § 46 Abs. 3 VgV aufgelisteten Nachweise verlangen, beispielsweise eine Arbeitsprobe (Verordnungsbegründung a.a.O.). § 46 Abs. 3 VgV setzt Art. 58 RL 2014/24/EU um. Art. 58 Abs. 4 Unterabsatz 2 RL 2014/24/EU beschränkt sich auf die Vorgabe, dass öffentliche Auftraggeber von den Wirtschaftsteilnehmern insbesondere verlangen können, ausreichende Erfahrung durch geeignete Referenzen aus früher ausgeführten Aufträgen nachzuweisen. Eine Auflistung der Angaben, die in diesen Referenzen gefordert werden dürfen, ist der Richtlinie nicht zu entnehmen. Die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des EuGH, Urteil vom 7.7.2016 - C-46/15 enthält entsprechend auch keine Ausführungen dazu, welche Angaben im Rahmen einer Referenz gefordert werden dürfen.
- 103 Aus der weiteren von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.4.2022 (VII Verg 25/21) ergibt sich vielmehr, dass der Inhalt der Referenz durch § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV nicht abschließend vorgegeben wird. Laut der zitierten Entscheidung ist es vielmehr zulässig, statt in § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV erwähnte „wesentliche“ Liefer- und Dienstleistungen referenzieren zu lassen, „vergleichbare“ Leistungen zum Inhalt der Referenz zu machen. Dies entspricht auch der ganz überwiegenden Auffassung in der Rechtsprechung und Literatur (Nachweise bei Seeger in: Müller-

Wrede, VgV, § 46 Rn. 37), obwohl die Forderung nach „vergleichbaren“ Leistungen zu einer Wettbewerbsverengung gegenüber den vom Wortlaut geforderten „wesentlichen“ Leistungen führt. Begründet wird dies insbesondere mit dem Verweis auf den Sinn und Zweck einer Referenz, die dem Auftraggeber die Basis für einen gesicherten Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters ermöglichen soll. Die Zulässigkeitsgrenzen der Forderung von Angaben im Rahmen der Referenzen ergeben sich damit primär aus § 122 GWB. Die Angaben in den Nachweisen dürfen sich demnach nur auf die Überprüfung von Eignungskriterien beziehen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesen in einem angemessenen Verhältnis stehen, wobei dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukommt. Je komplexer der Auftragsgegenstand, desto höhere Eignungsanforderungen können gestellt werden. Dabei sind die Auswirkungen auf den Wettbewerb zu beachten (BayObLG, Beschluss vom 6.9.2023 - Verg 5/23).

- 104 Ausgehend hiervon bestehen keine Bedenken gegen die Forderung nach Angaben zum Leistungsort. Es handelt sich um einen großvolumigen Auftrag, der Angaben zum Leistungsort unter anderem im Hinblick auf damit mögliche Rückschlüsse hinsichtlich Logistik und Ortskenntnissen der Bieter und der Veranschaulichung des Leistungsobjekts sachgerecht erscheinen lässt. Eine unzumutbare oder treuwidrige Belastung durch diese Angaben kann ebenfalls nicht erkannt werden.
- 105 (3) Ohne Erfolg beruft sich die Antragstellerin darauf, dass ihre Referenz jedenfalls die bekannt gemachten Anforderungen hinsichtlich des Stundenvolumens für alle von ihr botenen vier Lose erfülle.
- 106 Dem von den Bietern auszufüllenden Vordruck nach waren bei den Referenzangaben Eintragungen in den Spalten „Art der Leistung, Umfang, Empfänger, Erbringung Ort, Ansprechpartner und Erbringungszeitraum“ gefordert.
- 107 Die von der Antragstellerin vorgelegte Referenz bezieht sich ihren Eintragungen nach auf den Zeitraum 04/2015 bis 05/2023. Die Angaben zum „Erbringungsort“ verweisen auf Stadt1 (Ankunftszentrum und Erstaufnahmeeinrichtung), Stadt6, Stadt7 und Stadt8. Hinsichtlich des Umfangs werden „ca. 1.5 Mio. Stunden“ angegeben.
- 108 Die Referenz deckt das geforderte Stundenvolumen nicht ab. Das tatsächlich ausgeschriebene Stundenvolumen belief sich nach den Konkretisierungen in den Änderungs-bekanntmachungen vom 8.7.2022 und 3.8.2022 auf 1.812.396 Stunden für alle vier Lose.
- 109 Die Antragstellerin bestreitet auch nicht die von der Antragsgegnerin im Wege der Aufklärung konkretisierte Stundenzahl ihrer „ca.-Angabe“ auf 1.528.500 Stunden, die weiterhin unter dem geforderten Stundenvolumen bleibt. Sie trägt nicht vor, dass an den von ihr in der Referenz angegebenen vier Standorten selbst jährlich ein höherer Stundenaufwand erbracht wurde, der die geforderte Anzahl von 1.812.396 abdeckt.
- 110 Die Angaben zur Referenz lassen entgegen den Ausführungen der Antragstellerin auch nicht den Rückschluss darauf zu, dass sie sich insgesamt auf alle auf Basis des zwischen ihr und der Antragsgegnerin bestehenden Rahmenvertrages erbrachten Leistungen und damit ein weit höheres Stundenvolumen beziehen sollen. Die Eintragungen der Antragstellerin enthalten weder einen Hinweis auf diesen Rahmenvertrag noch würden die Angaben in den weiteren Spalten ein derartiges Verständnis untermauern. Die Antragstellerin hat an keiner Stelle deutlich gemacht, dass sie etwa die vier aufgeführten Standorte

nicht als „Leistungsstandort“ verstanden wissen will, sondern - jedenfalls auch - als Ort der Koordinierung und Betreuung aller weiteren denkbaren Standorte innerhalb des Rahmenvertrags. Gegen diese Annahme spricht auch die Angabe von „ca. 1.5 Mio h“, die bei diesem Verständnis der eigenen Auffassung der Antragstellerin nach erheblich zu niedrig wäre.

- 111 Soweit die Antragstellerin meint, es wäre nicht genug Platz im Formular gewesen, alle bis zu 52 betreuten Orte einzutragen, überzeugt auch dies nicht. Ausweislich des Hinweises am unteren Blattrand konnten auch Angaben auf einem formlosen Blatt gemacht werden.
- 112 Zu Recht hat die Antragsgegnerin insoweit auch keine Nachbesserung der eingereichten Referenz begehrt. Gem. § 56 Abs. 2 VgV können auf Aufforderung des Auftraggebers fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachgereicht, vervollständigt oder korrigiert werden. Zu diesen unternehmensbezogenen Unterlagen zählen grundsätzlich auch Referenzen (Horn in: Müller-Wrede, VgV, § 56 Rn. 30). Die Antragstellerin trägt jedoch selbst nicht vor, dass sie die Referenzliste unvollständig oder fehlerhaft ausgefüllt hat. Dass sie beim Ausfüllen auf den Rahmenvertrag mit allen Standorten Bezug nehmen wollte und dabei versehentlich eine nicht korrekte Stundenzahl eingetragen hat, behauptet sie selbst gerade nicht.
- 113 Aus der von ihr nunmehr - bereits aufgrund des Leistungszeitraum 2016 nicht berücksichtigungsfähigen - Referenz Anlage ASt 25 ergibt sich auch, dass eine abweichende Formulierung zum Leistungsort denkbar gewesen wäre („diverse Erstaufnahmeeinrichtungen des Landes Hessen“).
- 114 Soweit die Antragstellerin darauf hinweist, dass der Antragsgegnerin aufgrund des zwischen ihr und der Antragsgegnerin bestehenden Rahmenvertrages bekannt gewesen sei, dass sie ein dem ausgeschriebenen Leistungsvolumen entsprechendes Stundenvolumen bereits jetzt leiste, besteht kein vergabegemäßer Weg, diese Kenntnisse in das Verfahren einzuführen. Die Antragsgegnerin ist an den Grundsatz der Gleichbehandlung gem. § 97 Abs. 2 GWB gebunden. Alle Bieter mussten ihre Referenzen schriftlich unter Nutzung der vorgesehenen Tabelle einreichen. Dies galt unabhängig von etwaigen Vorkenntnissen der Antragsgegnerin. Die Antragstellerin hatte es in der Hand, wie sie die geforderte Referenzliste ausfüllt. Korrekturen hätten nur im Rahmen des § 56 Abs. 2 VgV erfolgen können. Dessen Voraussetzungen lagen indes - wie dargelegt - nicht vor.
- 115 (4) Die Eignungsanforderungen sind entgegen der Ansicht der Antragstellerin auch nicht deshalb unzulässig, da sie im Ergebnis dazu führen, dass die Antragstellerin als Bestandsunternehmerin als ungeeignet anzusehen ist. Die fehlende Eignung der Antragstellerin als Bestandsunternehmerin folgt hier nicht aus den - mittelbar über die geforderten Referenzen - aufgestellten Eignungsanforderungen, die die Antragstellerin unstreitig hätte erbringen können. Sie folgt allein daraus, dass die Antragstellerin die Referenzliste nicht entsprechend den tatsächlich von ihr erbrachten Leistungen ausgefüllt, sondern sich auf fünf Standorte beschränkt hatte.
- 116 (5) Es liegt entgegen den Ausführungen der Antragstellerin auch kein Verstoß gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip vor, soweit die Antragstellerin von allen vier Losen ausgeschlossen wurde.

- 117 Die Antragstellerin hatte eine Referenz für alle Lose abgegeben. Die Antragsgegnerin war nicht berechtigt, selbst zu entscheiden, für welches Los der von der Antragstellerin insgesamt bebotenen Lose sie die Referenz als hinreichend werten wollte. Rückfragen bei der Antragstellerin wären nicht über § 15 VgV gedeckt gewesen, sondern hätten gegen das Nachverhandlungsverbot verstoßen.
- 118 b. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten gem. § 97 Abs. 6 GWB verletzt, soweit die Antragsgegnerin beabsichtigt, das Angebot der Beigeladenen zu werten und zu bezuschlagen. Sie rügt insoweit mit Erfolg, dass die Beigeladene ihrerseits ebenfalls ihre Eignung nicht anhand der eingereichten Referenzliste nachweisen konnte. Die unter der laufenden Nummer 4 aufgeführte Referenz eines Mitglieds der Beigeladenen, der Fa. W, weist anhand der Angaben zum Umfang eine nicht nachvollziehbare Leistung aus. Damit ist diese Referenz nicht zu berücksichtigen. Die verbleibenden Referenzen addieren sich hinsichtlich der Gesamtjahresstunden nicht auf eine dem ausgeschriebenen Leistungsumfang entsprechende Summe - insoweit liegt eine vergleichbare Konstellation wie bei der Antragstellerin vor. Auf die anfänglichen Rügen der Antragstellerin zur unzureichenden Personalstärke und Unzukömmlichkeit kommt es damit nicht mehr an.
- 119 Die Rüge des fehlenden Nachweises der Eignung der Beigeladenen, da die unter der laufenden Nummer 4 in der Referenzliste angegebene Referenz nicht wertbar ist, ist zulässig (unter aa.) und begründet (unter bb.).
- 120 aa. Da Rüge ist zulässig.
- 121 Die Antragstellerin ist insoweit trotz ihres eigenen wirksamen Ausschlusses (siehe oben unter a.) antragsbefugt gem. § 160 Abs. 2 GWB.
- 122 Die gerügte vergabewidrige Eignungsprüfung in Bezug auf das Angebot der Beigeladenen ist unter dem Gesichtspunkt der sog. zweiten Chance geeignet, die Zuschlagschancen der Antragstellerin i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB zu beeinträchtigen. Im Fall einer vergabewidrigen Eignungsprüfung hinsichtlich des Angebots der Beigeladenen dürfte das Angebot der Beigeladenen nicht bezuschlagt werden. Es läge damit insgesamt kein zuschlagsfähiges Angebot für Los 1 als Ergebnis dieser Ausschreibung vor. Damit müsste die Antragsgegnerin bei fortbestehender Vergabeabsicht die Leistungen für Los 1 erneut ausschreiben, so dass sich die Antragstellerin mit einem neuen Angebot bewerben könnte. Ihr Ausschluss im hiesigen Vergabeverfahren stünde damit ihren Zuschlagschancen nicht mehr entgegen.
- 123 (2) Da die Antragstellerin erst mit der ihr im Beschwerdeverfahren gewährten Akteneinsicht gem. Verfügung vom 18.9.2023 Kenntnis von den maßgeblichen Unterlagen erlangt hat, unterliegt diese Rüge keinen Präklusionsvorschriften nach § 160 Abs. 3 GWB.
- 124 (3) Mit dem Antrag zu 4 bildet die Antragstellerin auch hinreichend bei einer an ihrem erkennbaren Rechtsschutzbegehren orientierten Auslegung das Interesse an der Einräumung einer zweiten Chance ab. Wie oben ausgeführt, ist der Hilfsantrag unter Berücksichtigung der Ausführungen der Antragstellerin dahin auszulegen, dass sie die Möglichkeit der Abgabe eines neuen Angebots erstrebt. Dieses setzt - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - eine neues Vergabeverfahren voraus, vorliegend - mangels fehlerhafter Vergabeunterlagen - indes nicht eine Neuausschreibung im Sinne der Neufassung der Vergabeunterlagen. Insoweit ist ihr Antrag dahingehend ausgelegt werden, dass die

Möglichkeit der neuen Angebotseinreichung die Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens bedingt.

- 125 (bb). Die Rüge ist auch begründet. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt, da die Antragsgegnerin vergaberechtswidrig unter Überschreitung des ihr insoweit eingeräumten Beurteilungsspielraums die Beigeladene unter Berücksichtigung der von ihr unter der laufenden Nummer 4 in der Referenzliste eingereichten Referenzen im Rahmen der Eignungsprüfung berücksichtigt hat.
- 126 Die Antragstellerin rügt zu Recht, dass die unter der laufenden Nummer 4 aufgeführte Referenz des Mitglieds der Beigeladenen, der Fa. W, hinsichtlich der in der Rubrik „Umfang“ aufgeführten Angaben zu den geleisteten Gesamtstunden und dem eingesetzten Personal im Hinblick auf die sich daraus ergebende Relation eine nicht nachvollziehbare Leistung ausweist. Diese fehlende Korrelation führt dazu, dass die Referenz eine nicht nachvollziehbare Leistung belegt und zum Nachweis der Leistungsfähigkeit nicht geeignet ist. Mit den verbleibenden vier Referenzen hat die Beigeladene kein der ausgeschriebenen Leistung vergleichbares Stundenvolumen nachgewiesen.
- 127 Gemäß der Bekanntmachung unter Z. III.1.4 war „eine Liste mit Referenzangaben (nicht älter als 5 Kalenderjahre) mit den nachfolgenden Angaben (BG)“ einzureichen, die sich unter dem 2. Unterpunkt auf „Umfang (Angabe der Jahresstunden sowie der eingesetzten Mitarbeiter)“ bezog. Weiter hieß es: „Eine Referenzangabe ist dann geeignet, wenn diese in Art und Umfang dem hier zu vergebenden Auftrag entspricht, so dass ein Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung je bebo-tenem Los gezogen werden kann. (...) Hierzu müssen die nachfolgenden Kriterien erfüllt werden: (...) 2. Die vergleichbaren Anforderungen (vergleichbarer Bereich) in der Eignung beziehen sich dabei auf die erforderlichen personellen und technischen Mittel (...). 3. Die Referenzangabe muss das Auftragsvolumen der zu leistenden Gesamtjahresstunden des jeweiligen Loses abdecken (...).“
- 128 Aus diesen Ausführungen folgt, dass eine geeignete Referenz - insoweit unstrittig - gemäß Ziff. 3 das Auftragsvolumen der zu leistenden Gesamtjahresstunden abdecken muss. Sie musste aber auch „in Art und Umfang dem hier zu vergebenden Auftrag“ entsprechen. Hinsichtlich des Umfangs stellte die Auftraggeberin gemäß dem 2. Unterpunkt auf die Kriterien „Angabe der Jahresstunden sowie der eingesetzten Mitarbeiter“ ab. Die Bedeutung des Parameters der eingesetzten Mitarbeiter ergibt sich auch aus Ziff. 2. Demnach bezogen sich die vergleichbaren Anforderungen an die Eignung auf die erforderlichen „personellen und technischen Mittel.“ Die Angaben zum eingesetzten Personal hatten damit neben der Angabe der Jahresstunden ausweislich der Vergabeunterlagen eine über die reine Plausibilitätsprüfung hinausgehende eigenständige Bedeutung im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung. Dafür spricht zudem, dass unter Ziff. II.2.4. „Beschreibung der Beschaffung“ darauf hingewiesen wird, dass „teilweise pro Schicht insgesamt 130 Mitarbeiter vorzuhalten sind“. Auch daraus folgt, dass die Zahl der jeweils eingesetzten Mitarbeiter zur Erbringung des ausgewiesenen Gesamtjahresstundenvolumens im Rahmen der Eignungsprüfung eigenständige Bedeutung erlangt.
- 129 Dies gilt unabhängig von dem unstrittigen Umstand, dass keine Mindestarbeitnehmerzahl in den Vergabeunterlagen gefordert worden war.
- 130 Dass ausweislich der zitierten Vergabeunterlagen neben dem Jahresstundenvolumen die Menge des eingesetzten Personals Eingang in die Eignungsprüfung finden sollte und ge-

funden hat, belegt auch die Mail der Antragsgegnerin vom 16.01.2023 (Bl. 7382). Dort wird darauf hingewiesen, dass von der Fachabteilung die angegebenen Zahlen bezüglich des Stundenumfang in Relation zu den tatsächlich eingesetzten Mitarbeitern gesetzt worden waren.

- 131 Vergabewidrig hat die Antragsgegnerin indes aus der Relation der Zahlen auf insgesamt plausible Angaben der Beigeladenen hinsichtlich des gemäß den Vergabeunterlagen bei den Angaben zum Umfang der referenzierten Leistung auszuweisenden Stundenvolumens und der eingesetzten Mitarbeiter geschlossen.
- 132 Wie die Prüfung der Relation zwischen den angegebenen Gesamtjahresstunden und den eingesetzten Mitarbeitern im Einzelnen erfolgte, kann den Unterlagen der Auftraggeberin nicht entnommen werden; offen ist auch, welche Erwägungen zur angenommenen Plausibilität angestellt wurden. Im Rahmen der Nachprüfungsinstanz ist damit mangels erläuternder Dokumentation vom reinen Zahlenverhältnis auszugehen. Dieses stellt sich - wie zu Recht von der Antragstellerin gerügt - als nicht plausibel dar:
- 133 Ein Volumen von 360.000 jährlichen Stunden bei 105 eingesetzten Mitarbeiterin führt rein rechnerisch zu einer Jahresstundenzahl von 3.428,6 Stunden pro Mitarbeiter. Unter Ansatz von 46 vollen Arbeitswochen ermittelt die Antragstellerin nachvollziehbar durchschnittlich 74,5 Wochenarbeitsstunden, die bei durchschnittlich 4,35 Kalenderwochen pro Monat zu einer monatlichen Arbeitszeit von durchschnittlich 324,1 Stunden und damit bei einer Fünftagewoche zu einer durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit von 14,9 Stunden führen. Vergleichbare Werte ergeben sich, wenn man von durchschnittlich 250 Arbeitstagen pro Jahr ausgeht und davon jedenfalls den Mindesturlaubsanspruch von 20 Arbeitstagen sowie jährlich durchschnittlich acht auf einen Arbeitstag fallende Feiertage abzieht. Die verbleibenden 222 Arbeitstage führen zu 15,5 täglichen Arbeitsstunden.
- 134 Selbst bei der günstigsten von der Antragstellerin herangezogenen Berechnungsweise und dem daraus folgenden Ansatz von möglichen 228 Monatsarbeitsstunden pro Mitarbeiter errechnen sich lediglich 287.280 Stunden; die Angaben der Beigeladenen überschreiten dies um 25%. Dabei findet keine Berücksichtigung, dass noch Krankheitstage anfallen und nicht zwingend alle Mitarbeiter vollzeitbeschäftigt sind.
- 135 Weder die Angaben der Antragsgegnerin noch der Beigeladenen konnten dieses Verhältnis nachvollziehbar erläutern:
- 136 Soweit die Antragsgegnerin darauf verweist, dass ausweislich telefonischer Nachfragen bei der Referenzgeberin tatsächlich mehr als die angegebenen 105 Mitarbeiter eingesetzt wurden, ist diese Angabe weder zu berücksichtigen noch hinreichend konkret. Wie bereits oben im Rahmen von a. hinsichtlich der Ausschlussentscheidung gegenüber der Antragstellerin ausgeführt, können nur fehlende Angaben nachgefordert, nicht aber möglicherweise fehlerhafte Angaben nachträglich korrigiert werden. Vorliegend fehlen keine Angaben. Die Beigeladene beruft sich selbst auch nicht auf „fehlerhafte“ Angaben. Gründe der Transparenz und der Gleichbehandlung stehen damit der Berücksichtigung etwaiger abweichender telefonischer Auskünfte entgegen. Darüber hinaus genügt allein die Angabe, dass auch mehr Mitarbeiter als die angegebenen 105 eingesetzt wurden, nicht, um ein belastbares Verhältnis zwischen den angegebenen Stunden und den tatsächlich und der Höhe nach konkretisiert angegebenen eingesetzten Mitarbeitern zu errechnen.

- 137 Soweit die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung ausführte, dass die Angaben zur Mitarbeiterzahl allein für die Frage des Verstoßes gegen arbeitsrechtliche Vorschriften, nicht aber für die Erfüllung der Eignungskriterien Bedeutung erlangen sollte, überzeugt dies nicht. Die bereits oben zitierten Vergabeunterlagen zeigen, dass die Mitarbeiterzahl - jedenfalls auch - im Zusammenhang mit dem Stundenvolumen stand und die Vergleichbarkeit des referenzierten Leistungsvolumens mit dem Ausgeschriebenen prognostisch absichern sollte. Dafür spricht auch die bereits erwähnte Mail vom 16.1.2023, wonach die Fachabteilung die angegebenen Stunden in Relation zu den Mitarbeitern gesetzt hat und die Angaben für „plausibel“ gehalten hat.
- 138 Soweit die Beigeladene im Rahmen der mündlichen Verhandlung durch ihren Prozessbevollmächtigten ausführen ließ, dass sie bei der Abfrage der „eingesetzten Mitarbeiter“ davon ausgegangen sei, dass sie eine „beliebige“ Zahl zu einem „freigewählten Zeitpunkt“ habe angeben können, widerspricht dies eindeutig dem Verständnis der Vergabeunterlagen aus Sicht eines durchschnittlichen verständigen Bieters. Die Formulierung der „eingesetzten Mitarbeiter“ verdeutlicht klar, dass die für das zuvor angegebene Stundenvolumen eingesetzten Mitarbeiter anzugeben waren. Die Angabe einer „beliebigen“ Zahl zu fordern, wäre offensichtlich vergabewidrig. Der Bieter kann und muss bei Auslegung der Vergabeunterlagen davon ausgehen, dass der Auftraggeber sich vergabekonform verhält. Aus den weiteren Angaben in den Vergabeunterlagen folgt auch deutlich, dass es um das Verhältnis des eingesetzten Personals zur referenzierten Stundenzahl geht. Nur auf diese Weise kann die Vergleichbarkeit der personellen Leistungsfähigkeit überprüft und eine Prognosegrundlage geschaffen werden. Diese Zielrichtung der Abfrage nach Angaben zu den eingesetzten Mitarbeitern spricht auch gegen das weitere von der Beigeladene geäußerte Verständnis, dass das „Stammpersonal“ zum 31.12.2021 angegeben werden konnte bzw. das für 2022 erwartet vorzuhaltende Personal. Für beide Zahlen fehlt es an einem Bezug zu den zuvor ausgewiesenen Gesamtjahresstunden. Es erschließt sich nicht, aus welchen Gründen der Auftraggeber zusammenhanglose Zahlen im Rahmen der Angaben zum Umfang der referenzierten Leistung fordern sollte und wollte; im Übrigen würde der Auftraggeber sich damit vergaberechtswidrig verhalten, da die Eignungsanforderung einen Bezug zum ausgeschriebenen Auftrag aufweisen müssen gem. § 122 Abs. 4 GWB.
- 139 Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass die Beigeladene vor der mündlichen Verhandlung schriftsätzlich darauf hingewiesen hatte, dass sie mit der Zahl das Stammpersonal bei Auftragsbeginn „für das ausgeschriebene Grundvolumen an beauftragten Leistungen“ angegeben habe. Der referenzierte Auftrag lief seit 2019, so dass es sich demnach bei den angegebenen 105 Mitarbeitern um das Stammpersonal aus dem Jahr 2019 handeln müsste; dies deckt sich nicht mit den nunmehrigen Angaben, wonach die Mitarbeiterzahl für den 31.12.2021 gelten soll.
- 140 Der Hinweis der Beigeladenen, dass der referenzierte Auftrag „hochdynamisch“ sei, führt auch nicht dazu, dass die Angaben in sich nachvollziehbar werden. Unterstellt man mit der Beigeladenen, dass in Spitzenzeiten bis zu 300 Mitarbeiter im Einsatz gewesen sind, erklärt dies auch nicht ansatzweise ihren Eintrag von 105 Mitarbeitern. Sollten die eingetragenen Jahresstunden von einer im Laufe des Jahres stark schwankenden Anzahl an Mitarbeitern geleistet worden sein, bliebe unter Berücksichtigung des Sinns und Zwecks der Abfrage der Zahl der eingesetzten Mitarbeiter nicht erklärlich, aus welchen Gründen lediglich eine Mindestbelegung ausgewiesen wurde. In diesem Fall hätte es vielmehr nahegelegen, jedenfalls einen Durchschnittswert (oder sogar den Höchstsatz)

der Mitarbeiter anzugeben, die die angegebenen Jahresstunden jeweils erwirtschaftet haben. Wie ausgeführt, ergibt sich deutlich aus der Forderung nach Angaben zur Zahl der „eingesetzten Mitarbeiter“, dass die Zahl der die angegebenen Gesamtstunden leistenden Mitarbeiter einzutragen war. Aus den Angaben der Beigeladenen ergibt sich indes noch nicht einmal, in welchem Umfang und für welche Dauer von der angegebenen Zahl von 105 Mitarbeitern in den Zeiträumen, die für die referenzierten Gesamtjahresstunden herangezogen wurden, abgewichen wurde.

- 141 Kann die Referenz unter der laufenden Nr. 4 nicht im Rahmen der Referenzliste berücksichtigt werden, liegen die referenzierten Gesamtjahresstunden rund 10% unter dem ausgeschriebenen Auftrag. Wie oben unter a. ausgeführt, mussten die Referenzen ein Gesamtjahresstundenvolumen abdecken, welches dem ausgeschriebenen Auftrag entspricht. Die Abweichung von 10% stellt sich dabei nicht mehr als geringfügig dar. Die Beigeladene hat damit den geforderten Nachweis ihrer Eignung mittels Referenzen nicht erbracht.

### III.

- 142 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 71 Abs. 1 GWB. Da die Antragstellerin mit den Hauptanträgen zu 1-3 unterliegt, da sie zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, sind die angefallenen Kosten hälftig zwischen der Antragstellerin und der Beigeladenen aufzuteilen.
- 143 Soweit die Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren erneut beantragt, die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten ihrerseits im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären gem. § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 HVwVfG, wird auf die überzeugenden Ausführungen der Vergabekammer im Rahmen des angefochtenen Beschlusses verwiesen, denen sich der Senat anschließt und mit denen sich die Antragsgegnerin in der Beschwerde nicht mehr auseinandersetzt.
- 144 Die Wertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung der zweijährigen Laufzeit des Angebots der und der Option, viermal um ein Jahr zu verlängern, die mit zwei weiteren Jahren gewertet wurde auf Basis des Angebots der Antragstellerin für Los 1.