

Gericht: KG Berlin Vergabesenat

Entscheidungsdatum: 20.03.2020

Aktenzeichen: Verg 7/19

Dokumenttyp: Beschluss

Quelle:



Zitiervorschlag: KG Berlin, Beschluss vom 20. März 2020 – Verg 7/19 –, juris

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 19. August 2019 gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 30. Juli 2019 - Aktenzeichen VK-B1-09/19 - wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung und der notwendigen Auslagen der Beigeladenen zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin im Beschwerdeverfahren wird für notwendig erklärt.
4. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 30.000.000 Euro festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens ist die europaweite Ausschreibung eines Rahmenvertrages über U-Bahn-Fahrzeuge sowie eines auf diese Fahrzeuge bezogenen Ersatzteilversorgungsvertrages vom 15. Dezember 2016 im Verhandlungsverfahren.
- 2 Nach entsprechenden Interessenbekundungen forderte die Antragsgegnerin die interessierten und von ihr für geeignet gehaltenen Bewerber im Mai 2017 zur Abgabe von ersten Angeboten, im August 2018 zur Abgabe von weiteren Angeboten und im Januar 2019 zur Abgabe von finalen Angeboten auf. Antragstellerin und Beigeladene gaben jeweils in der zuletzt bis zum 7. März 2019 gesetzten Frist die erbetenen Angebote ab.
- 3 Mit Schreiben vom 9. Mai 2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass sie beabsichtige, der Beigeladenen den Zuschlag zu erteilen. Mit Schreiben vom 14. Mai 2019 erhob die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin zahlreiche vergaberechtliche Rügen, deren Abhilfe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 16. Mai 2019 zurückwies. Den daraufhin von der Antragstellerin gestellten Vergabenachprüfungsantrag vom 17. Mai 2019 hat die Vergabekammer Berlin mit Beschluss vom 30. Juli 2019 zurückgewiesen. Eine Vielzahl der Rügen hat die Vergabekammer bereits für unzulässig gehalten,

weil die Antragstellerin nicht rechtzeitig gerügt habe oder ihr die Antragsbefugnis fehle, während sie die übrigen Rügen als unbegründet angesehen hat.

- 4 Gegen diesen Beschluss, auf den wegen aller weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Sach- und Streitstandes Bezug genommen wird und welcher der Antragstellerin am 5. August 2019 zugestellt worden ist, hat diese mit Schriftsatz vom 19. August 2019, eingehend bei Gericht am selben Tag, sofortige Beschwerde eingelegt, mit der sie im Wesentlichen die bereits erstinstanzlich erhobenen Rügen weiter verfolgt.
- 5 Mit Beschluss vom 21. August 2019 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde einstweilen bis zu einer Entscheidung über den entsprechenden Antrag der Antragstellerin nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB verlängert.
- 6 Mit Schriftsatz vom 3. September 2019 hat die Antragsgegnerin zugesichert, auf die Erteilung des Zuschlages bis zu einer Entscheidung des Senats in der Hauptsache zu verzichten. Die Antragstellerin hat daraufhin ihren Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB für erledigt erklärt.
- 7 Der Senat hat der Antragstellerin mit Beschlüssen vom 15. November 2019, 3. Dezember 2019 und 8. Januar 2020, auf die wegen der Einzelheiten verwiesen wird, ergänzend Einsicht in die Vergabeakten gewährt.
- 8 Im Beschwerdeverfahren hat die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag unter Aufrechterhaltung ihrer weiteren Einwendungen im Wesentlichen auf drei Rügen konzentriert. Zum einen rügt sie wie bereits in dem Verfahren vor der Vergabekammer, dass die Antragsgegnerin keine verbindliche Höchstabnahmemenge für den von ihr ausgeschriebenen Rahmenvertrag angegeben habe. Die Angabe einer geschätzten Höchstabnahmemenge von zuletzt 1.500 Fahrzeugen bei der Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote genüge nicht den vergaberechtlichen Anforderungen. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer habe sie diese Rüge auch rechtzeitig erhoben und sei insoweit antragsbefugt; insbesondere drohe ihr ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 1 GWB. Falls der Senat dieser Rechtsauffassung der Vergabekammer folge, weiche er von der Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte ab und habe das Verfahren dem Bundesgerichtshof vorzulegen. Ferner habe er es deswegen und wegen der Frage, ob der öffentliche Auftraggeber eine verbindliche Höchstabnahmemenge bei der Ausschreibung von Rahmenverträgen vorzugeben habe, dem EuGH zur Vorabentscheidung vorzulegen.
- 9 Zum anderen erfülle die Beigeladene nicht die Referenzanforderungen für den mit dem Rahmenvertrag ausgeschriebenen Ersatzteilversorgungsvertrag. Die von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen erfüllten die von der Antragsgegnerin aufgestellten Referenzanforderungen weder formell noch materiell. Die Antragsgegnerin habe deswegen nicht von einer Eignung der Beigeladenen ausgehen dürfen, sondern sei gehalten gewesen, das Angebot der Beigeladenen auszuschließen, weil diese ihre Eignung zur Erfüllung des Ersatzteilversorgungsvertrages nicht nachgewiesen habe.

10 Schließlic h sei das Angebot der Beigeladenen auch deswegen auszuschließen, weil die Antragsgegnerin nicht davon habe ausgehen dürfen, dass die Beigeladene in der Lage sei, ihr Angebot zu erfüllen. Das gelte insbesondere hinsichtlich des Gewichtes der U-Bahn-Fahrzeuge, der Gestaltung der Türbereiche sowie der Geräuschemissionen. Die Beigeladene habe auf die von der Antragsgegnerin insoweit gestellten Fragen keine überzeugenden Antworten gegeben. Deswegen habe die Antragsgegnerin davon ausgehen müssen, dass die Beigeladene die angebotenen Leistungsmerkmale nicht werde erfüllen können.

11 Die Antragstellerin beantragt,

12 1. den Beschluss der Vergabekammer Berlin vom 30. Juli 2019 - VK-B1-09/19 - aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten, das streitgegenständliche Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zurückzusetzen und nur unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen;

13 2. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen;

14 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren zumindest bis zur Abgabe der finalen Angebote zurückzusetzen und unter Festsetzung einer verbindlichen Rahmenvertragsmenge fortzusetzen;

15 4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

16 Die Antragsgegnerin beantragt,

17 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;

18 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

19 Die Beigeladene beantragt,

20 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;

21 2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Beigeladene für notwendig zu erklären.

B.

- 22 Die nach § 171 Abs. 1 GWB statthafte sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den ihr am 5. August 2019 zugestellten Beschluss der Vergabekammer Berlin vom 30. Juli 2019 ist zulässig, insbesondere gemäß § 172 GWB form- und fristgerecht mit einem binnen zwei Wochen nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses am 19. August 2019 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten eingelegt.
- 23 Die sofortige Beschwerde ist indes unbegründet, weil der Nachprüfungsantrag wegen eines Teils der von der Antragstellerin erhobenen Rügen bereits unzulässig, im Übrigen aber unbegründet ist. Das gilt nicht nur für die drei von der Antragstellerin zuletzt in den Mittelpunkt ihres Nachprüfungsantrags gestellten Rügen, nämlich:
- 24 - keine verbindliche Höchstabnahmemenge für den Rahmenvertrag (dazu unter I.)
- 25 - unzureichende Referenzen der Beigeladenen für den Ersatzteilversorgungsvertrag (dazu unter II.)
- 26 - fehlende Leistungsfähigkeit der Beigeladenen hinsichtlich des angebotenen Gewichts, der Luftkanäle und der Geräuschwerte (dazu unter III.)
- 27 sondern auch für ihre übrigen bereits in dem Verfahren vor der Vergabekammer geltend gemachten und im Beschwerdeverfahren weiter verfolgten Rügen (dazu unter IV.) sowie für ihre weiteren erstmals im Beschwerdeverfahren erhobenen Rügen (dazu unter V.).
- I.
- 28 Der Nachprüfungsantrag ist wegen der Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag keine verbindliche Höchstabnahmemenge festgelegt, unzulässig, weil die Antragstellerin insoweit weder nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt ist (1.) noch ihrer Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB genügt hat (2.); im Übrigen ist er aber insoweit auch unbegründet (3.).
- 29 1. Der Antragstellerin fehlt bereits die nach § 160 Abs. 2 GWB für die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags erforderliche Antragsbefugnis, soweit sie die fehlende verbindliche Festlegung einer Rahmenvertragshöchstmenge rügt. Während die Antragstellerin, wie es § 160 Abs. 2 S. 1 GWB fordert, zwar ein durch das von ihr abgegebene Angebot belegtes Interesse an dem Auftrag hat und mit ihrer Rüge eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht hat (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen Senat, Beschluss vom 19. Dezember 2019 - Verg 9/19 -, juris Rn. 6 f.), hat sie entgegen § 160 Abs. 2 S. 2 GWB nicht darzulegen vermocht, dass ihr durch die gerügte Rechtsverletzung ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe.

- 30 a) Ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB droht, wenn die Aussichten des Antragstellers auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 -, juris Rn. 27; BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 -, juris Rn. 31; Senat, Beschluss vom 15. Februar 2002 - Verg 9/17 -, juris Rn. 22; Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 160 GWB Rn. 45). Hierbei muss er nicht darlegen und beweisen, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte (BVerfG, a.a.O., juris Rn. 27). Auch ist bei einer gegebenenfalls wegen des gerügten Vergabeverstoßes erforderlichen Neuausschreibung regelmäßig anzunehmen, dass sich hierdurch wegen der Möglichkeit, ein neues Angebot einzureichen, die Zuschlagschancen verbessern (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 - X ZB 8/09 -, juris Rn. 32; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 - VII-Verg 9/17 -, juris Rn. 47, 54: "zweite Chance"; Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 160 GWB Rn. 35). Dennoch hat der Antragsteller nach dem Wortlaut des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB allgemein den derart verstandenen (drohenden) Schaden, mithin die Verschlechterung der Zuschlagschancen darzulegen - die bloße Behauptung ohne schlüssigen Sachenvortrag genügt nicht (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 100) -, und die gerügte Rechtsverletzung muss nach diesen Darlegungen hierfür, also für die Verschlechterung der Zuschlagschancen kausal sein (BGH, Beschluss vom 10. November 2009 - X ZB 14/06 -, juris Rn. 31; Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 160 GWB Rn. 47). Daran fehlt es, wenn ein Angebot auch bei Korrektur der gerügten Vergaberechtsverletzung keine Chance auf den Zuschlag hat, wenn also eine Verschlechterung der Zuschlagschancen durch den geltend gemachten Vergabeverstoß ausgeschlossen ist (OLG Brandenburg, Beschluss vom 9. Februar 2010 - Verg W 10/09 -, juris Rn. 35; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 - VII-Verg 9/17 -, juris Rn. 51; Senat, Beschluss vom 15. Februar 2002 - Verg 9/17 -, juris Rn. 22; Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 160 GWB Rn. 34, 39; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 36). Das entspricht dem Zweck der Vorschrift, einem Antragsteller, der auch bei rechtmäßigem Verhalten keine Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes gehabt hätte, eine gegebenenfalls aufwendige, das Vergabeverfahren verzögernde und im Ergebnis überflüssige Prüfung seiner Rügen zu verwehren (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 -, juris Rn. 28; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 160 Rn. 29; Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 94).
- 31 b) Nach diesen Vorgaben kann vorliegend nicht festgestellt werden, dass der Antragstellerin dadurch ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe, dass die Antragsgegnerin für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag keine verbindliche Höchstabnahmemenge festgelegt, sondern voraussichtliche Höchstabnahmemenge benannt hat. Weder hat die Antragstellerin dargelegt, dass sich ihre Zuschlagschancen dadurch verschlechtert haben könnten, noch ist dies sonst ersichtlich. Deswegen ist ein Schadenseintritt offensichtlich ausgeschlossen.
- 32 Soweit die Antragstellerin behauptet, sie hätte bei Bekanntgabe einer verbindlichen Höchstabnahmemenge ihre Preise anders kalkuliert, legt sie weder dies noch eine Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen schlüssig dar. Die Antragstellerin hatte wie alle anderen Bieter als Kalkulationsgrundlage für die nach dem Rahmenvertrag zu liefern-

den Mengen das verbindliche Versprechen einer Mindestabnahmemenge und die voraussichtliche Höchstabnahmemenge. Es liegt auf der Hand, dass die Antragstellerin ebenso wie alle anderen Bieter ihre Kalkulation an diesen Angaben orientiert hat. Hierbei überzeugt es nicht, dass der Umstand, dass die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge nicht verbindlich war, in irgendeiner Weise auf die Preisbildung oder Ausgestaltung des Angebotes Auswirkungen gehabt haben könnte. Dies erscheint vielmehr ausgesprochen fernliegend. Soweit die Antragstellerin auf die Verpflichtung zur Ersatzteilversorgung verweist, hat dies ersichtlich nichts mit der Prognose zu tun, wie viele Lieferaufträge zu welchem Zeitpunkt aufgrund des Rahmenvertrages erteilt werden. Nahe liegt demgegenüber, dass sämtliche Bieter von der voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge ausgegangen sein werden, wobei kalkulatorisch alleine problematisch war, dass diese Gesamtabnahmemenge - vergaberechtlich zulässig - auch ganz erheblich von der Antragsgegnerin unterschritten werden konnte, weil nur eine vergleichsweise geringe Mindestabnahmemenge garantiert war. Es ist offenkundig, dass das für sämtliche Bieter bestehende kalkulatorische Risiko in der geringen Mindestabnahmemenge gelegen hat und nicht darin, dass die Antragsgegnerin die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge nicht für verbindlich erklärt hat. Insoweit bestand zuletzt eine Differenz von 894 Fahrzeugen (Mindestabnahmemenge: 606; voraussichtlich Gesamtabnahmemenge: 1.500). Letzteres erscheint auch deswegen unproblematisch, weil sich durch eine höhere Abnahmemenge die von den Bietern zu erbringenden Investitionen unter anderem in die Fahrzeugentwicklung und die Fertigungsstellen besser amortisieren. Hätte die Antragstellerin demgegenüber für ihre Kalkulation - ersichtlich fernliegend - eine höhere Abnahmemenge zugrunde gelegt, hätte dies entgegen ihrem Vorbringen sogar zu geringeren Preisen führen und ihre Zuschlagschancen verbessern müssen. Auch ihr Vorbringen, die Abruffrequenz aus dem Rahmenvertrag hänge davon ab, ob eine verbindliche Höchstabnahmemenge festgelegt sei, ist unverständlich und lässt nicht erkennen, inwieweit sich daraus Folgen für ihre Preiskalkulation ergeben haben sollen.

- 33 Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin ist auch in keiner Weise ersichtlich, dass sie durch die bloß abstrakt behauptete und, wie ausgeführt, nicht nachvollziehbare andersartige Kalkulation schlechtere Zuschlagschancen gehabt hätte. Denn sämtliche anderen Bieter haben mit den gleichen von der Antragsgegnerin vorgegebenen Rahmenbedingungen kalkuliert wie die Antragstellerin. Der behauptete vergaberechtliche Verstoß hätte sich also nicht etwa nur zu Lasten der Antragstellerin ausgewirkt. Dass sich bei einer verbindlichen Festschreibung der Höchstabnahmemenge die Position der Antragstellerin im Verhältnis zu den anderen Bietern in irgendeiner Weise verbessert hätte, wird von ihr nicht näher erläutert, sondern nur pauschal behauptet. Das gilt im Übrigen auch für die hypothetischen Zuschlagschancen bei einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens vor Abgabe der Angebote. Insofern ist auch zu berücksichtigen, ob der gerügte Vergabeverstoß nur den rügenden Bieter beeinträchtigt hätte - dann mag zumindest eine Steigerung im Verhältnis zu anderen Bietern nahe liegen - oder, wie hier, sämtliche Bieter - dann spricht zunächst einmal nichts auch nur für eine Verringerung des Abstandes zwischen den Angeboten; für eine entsprechende tatsächliche Vermutung ist insoweit ersichtlich kein Raum.
- 34 Hinzu kommt, dass das Angebot der Antragstellerin gegenüber jenem der Beigeladenen nicht nur knapp, sondern deutlich unterlegen war. Auch deswegen können bessere Zuschlagschancen bei einer verbindlichen Angabe der Höchstabnahmemenge durch die

Antragsgegnerin ausgeschlossen werden, gleich ob hypothetisch auf die nicht von dem Vergabeverstoß belastete zurückliegende Angebotsabgabe oder auf eine zukünftige Angebotsabgabe nach einer etwaigen Zurückversetzung des Verfahrens vor Angebotsabgabe abgesteift wird (vgl. auch Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 160 GWB Rn. 39). Der Abstand zwischen dem Angebot der Antragstellerin und jenem der Beigeladenen lag bei über 70 von 1.000 Punkten. Selbst wenn unberücksichtigt bliebe, dass die Beigeladene ihrerseits ein neues, verbessertes Angebot abgeben könnte, gibt es keine tatsächlichen Anhaltspunkte, dass die Antragstellerin den Vorsprung der Beigeladenen zu ihrem Angebot nennenswert auch nur verringert hätte oder würde verringern können. So ist nicht erkennbar, wie sich der Rückstand der Antragstellerin im Verhältnis zur Beigeladenen im Bereich der qualitativen Merkmale, auf die 300 Punkte entfallen, verringern sollte. Das hat die Antragstellerin im Übrigen nicht einmal behauptet. Vielmehr hat sie nur geltend gemacht, sie hätte den Preis anders kalkulieren können, was dann allerdings wiederum auch für die Beigeladene gelten würde und schon deswegen nichts am Abstand der Angebote ändern würde. Selbst wenn die Antragstellerin aber einen anderen Preis errechnet hätte oder ihren Preis bei einer erneuten Angebotsabgabe ändern würde, würde nicht einmal eine gänzlich fernliegende Preisherabsetzung um 250.000.000 Euro genügen, um durch zusätzliche Punkte beim Preis ihre gegenüber der Beigeladenen vollkommen abgeschlagene Position aufzuholen.

- 35 Abgesehen davon ist es, anders als die Antragstellerin meint, nicht Sinn und Zweck des Vergabenachprüfungsverfahrens, Bietern, die sich mit ihrem Angebot erkennbar im Wettbewerb gegenüber den Mitbewerbern nicht durchzusetzen vermochten und deren Angebot deutlich schlechter war, über eine Zurückversetzung des Verfahrens zum Nachteil der besseren Mitbewerber und unter Verzögerung des Vergabeverfahrens zu einer "zweiten Chance" zu verhelfen. Das gilt erst recht, wenn diese, wie hier, keinerlei Erfolg verspricht. Es würden dann die im Wettbewerb erzielten Ergebnisse des Vergabeverfahrens geradezu in ihr Gegenteil verkehrt. Auch wenn an die Darlegung eines drohenden Schadens keine überhöhten Anforderungen gestellt werden dürfen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 -, juris Rn. 28), sind doch auch nicht derart geringe Anforderungen zu stellen, dass das Merkmal entgegen der gesetzgeberischen Intention im Ergebnis weitgehend leer liefe. Hierdurch würde nicht nur die Vergabe öffentlicher Aufträge über Gebühr mit im Ergebnis sinnlosen Nachprüfungsverfahren behindert. Es würden vielmehr auch die Mitbewerber, die sich klar und eindeutig mit ihren Angeboten im Wettbewerb durchgesetzt haben, durch aussichtslose, langwierige und kostenräftige Prüfung von Vergaberechtsfragen, auf die es am Ende offenkundig nicht ankommt, in ihrer unternehmerischen Tätigkeit behindert und dadurch geschädigt.
- 36 2. Die Antragstellerin ist des Weiteren wegen ihrer Rüge, dass die Antragsgegnerin keine verbindliche Höchstabnahmemenge für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag festgelegt hat, nach § 160 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert, so dass ihr Nachprüfungsantrag auch insoweit unzulässig ist.
- 37 a) Nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB ist der Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Der Vergabeverstoß muss dem Bieter sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht erkennbar sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.

Juli 2018 - VII-Verg 28/18 -, juris Rn. 24; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 48 m.w.N.). Erkennbar sind Verstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden (OLG Celle, Beschluss vom 16. Juni 2011 - 13 Verg 3/11 -, juris Rn. 29; OLG Jena, Beschluss vom 16. September 2013 - 9 Verg 3/13 -, juris Rn. 24; Senat, Beschluss vom 15. Februar 2019 - Verg 9/17 -, juris Rn. 36; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 160 Rn. 70). In rechtlicher Hinsicht ist dies der Fall, wenn ein durchschnittlich fachkundiger Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen den Verstoß erkannt hätte, wenn also ein solcher Bieter einen Sachverhalt zumindest als rechtlich problematisch einstufen würde (Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 160 Rn. 72). Maßgeblich ist auf das allgemeine und grundlegende Wissen der beteiligten Bieterkreise abzustellen (OLG Düsseldorf vom 6. September 2017 - VII-Verg 9/17 -, juris Rn. 64; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2016 - Verg 6/16 -, juris Rn. 36; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015 - Verg 5/15 -, juris Rn. 43; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 58).

- 38 b) Nach diesen Vorgaben war der Antragstellerin der von ihr erst verspätet nach Ablauf der Angebotsfrist am 7. März 2019 mit Schreiben vom 14. Mai 2019 gerügte Vergaberechtsverstoß einer nicht verbindlichen Höchstabnahmemenge für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erkennbar. Allen Bietern, auch der Antragstellerin, war bekannt, dass die Antragsgegnerin bei der zweiten Aufforderung zur Abgabe von Angeboten die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge auf 1.500 Fahrzeuge festgesetzt hatte, sich hierbei aber vorbehalten hatte, über diese Menge hinaus weitere Fahrzeuge auf der Grundlage des Rahmenvertrages zu bestellen.
- 39 Dass dies möglicherweise vergaberechtlich problematisch sein könnte, war für die Antragstellerin auch erkennbar, weil einem durchschnittlich fachkundigen Bieter des vorliegenden Vergabeverfahrens bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen das Urteil des EuGH vom 18. Dezember 2018 - C-216/17 -, auf das sich die Antragstellerin für ihre Rüge maßgeblich bezieht, bei Ablauf der Angebotsfrist am 7. März 2019 bekannt gewesen wäre und er erkannt hätte, dass der Vorbehalt der Antragsgegnerin, oberhalb der von ihr angegebenen voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge Abrufe aus dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag vornehmen zu wollen, möglicherweise nicht mit diesem Urteil vereinbar sein könnte. Leitet sich die Möglichkeit eines Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften, wie vorliegend, aus der Auslegung gesetzlicher Vorschriften durch Gerichte her, so ist zu fragen, ob die Entscheidung dem relevanten Bieterkreis bekannt sein wird (Hofmann in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 160 Rn. 72). Auch bei Grundsatzentscheidungen des Bundesgerichtshofs und des EuGH wird dies nur mit einigem Nachlauf und jedenfalls noch nicht drei Wochen nach Ergehen der Entscheidung und wenige Tage nach deren Veröffentlichung in einschlägigen Rechtsprechungsdatenbanken der Fall sein (VK Sachsen, Beschluss vom 10. April 2014 - 1/SVL/007-14 -, juris Rn. 59 f.), wobei es aber auch hier auf das Erkenntnisvermögen des jeweiligen Bieterkreises und die Bedeutsamkeit und Bekanntheit der jeweiligen vergaberechtlichen Fragestellung ankommt (Hofmann, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 160 Rn. 72). Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass die Vorschrift vermeiden will, dass von vornherein aufgrund der Vergabeunterlagen erkennbare Verstöße erst nach Ablauf der Angebotsfrist mit der dann erheblich erschwerten Fehlerkorrektur gerügt werden. Sie will auch vermeiden, dass Rü-

gen erkennbarer Vergaberechtsverstöße in der Hoffnung, dennoch den Zuschlag zu erhalten, zurückgehalten und erst angebracht werden, wenn nach Prüfung der Angebote einem anderen Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (Senat, Beschluss vom 15. Februar 2019 - Verg 9/17 -, juris Rn. 36; Neun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 41 Rn. 75). Damit diese mit der Vorschrift angestrebten Zwecke auch erreicht werden können, verbietet es sich, gerade im Bereich von Vergabeverfahren über Großaufträge mit Beteiligung weniger leistungsstarker Großunternehmen zu hohe Anforderungen an die Erkennbarkeit zu stellen. Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift wird dem Bieter aufgrund des durch das Vergabeverfahren begründeten vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses, das keineswegs nur Rechte der Bieter begründet, auferlegt, den Auftraggeber auf die Vergabeverstöße aufmerksam zu machen, die ihm auffallen müssen (so zutreffend Hofmann in: Müller-Wrede, in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 160 Rn. 69).

- 40 Das vorgenannte Urteil des EuGH war bei Ablauf der Angebotsfrist über zwei Monate alt. Über die Entscheidung war in einschlägigen Zeitschriften berichtet und die Entscheidung abgedruckt worden, etwa im Februar-Heft 2019 der NZBau (S. 116 ff.). Die vorliegende Ausschreibung richtete sich an eine überschaubare Anzahl von Großunternehmen, die im wesentlichen Aufträge öffentlicher Auftraggeber der Mitgliedstaaten der Europäischen Union von ganz erheblichem Auftragsvolumen - hier rund drei Milliarden Euro - im Bereich von Schienenfahrzeugen des öffentlichen Personennahverkehrs ausführen. Ausweislich der Aufforderung zur Interessenbekundung vom 15. Februar 2017 war ein über fünf Jahre kumulierter Umsatz von mindestens 2,2 Milliarden Euro und ein durchschnittlicher Gewinn von 79 Millionen vor Zinsen und Steuern in den letzten fünf Geschäftsjahren Voraussetzung für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren. Von solchen Unternehmen kann erwartet werden, dass sie an Ausschreibungen mit einer ihrer Finanzkraft und der Größe des Auftrages entsprechenden Sorgfalt teilnehmen und auch entsprechend kundig sind, also zumindest Kenntnis von den grundlegenden vergaberechtlichen Entwicklungen haben, die für den ausgeschriebenen Auftrag von Bedeutung sein könnten. Diese Erwartung leitet sich auch daraus ab, dass eine erfolgreiche Teilnahme an umfangreichen und komplexen, sich über Jahre hinziehenden Ausschreibungen wie der vorliegenden ohne profunde vergaberechtliche Kenntnisse überhaupt nicht mit Erfolg zu bewältigen ist (vgl. in diesem Sinn auch Zimmermann, jurisPR-VergR 12/2019 Anm. 2, S. 5). Dementsprechend verfügt auch die Antragstellerin - ohne dass es für die normativen Anforderungen an die Erkennbarkeit entscheidend darauf ankommt - nach dem unwidersprochenen Sachvortrag der Beigeladenen über eine Rechtsabteilung mit Juristen, die mit dem Vergaberecht vertraut sind, so Herrn ..., der das Vergabeverfahren betreute und nach eigenen Angaben über eingehende Erfahrungen bei der rechtlichen Begleitung von Vergabeverfahren verfügt.
- 41 Zu dem allgemeinen und grundlegenden Wissen des von der vorliegenden Ausschreibung angesprochenen Bieterkreises gehörte demnach in jedem Fall die zeitnahe Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung des EuGH in Vergabesachen und danach auch des hier maßgeblichen Urteils des EuGH vom 18. Dezember 2018. Dass der ausdrückliche Vorbehalt der Antragsgegnerin, eine verbindliche Höchstabnahmemenge festzulegen nach diesem Urteil vergaberechtlich problematisch sein könnte, lag auf der Hand. Zwar ist dieses Urteil zu einer in dem vorliegenden Vergabeverfahren weder sachlich noch zeitlich anwendbaren Vergaberichtlinie ergangen, nämlich zu der bereits 2016 außer Kraft ge-

tretenen allgemeinen Vergaberichtlinie 2004/18, während vorliegend die für Sektorauftraggeber anwendbare Richtlinie 2014/25/EU maßgeblich ist. Auch unterscheidet sich der dem Urteil zugrunde liegende Sachverhalt und die dortige Fragestellung erheblich von den vorliegenden Gegebenheiten. So ging es in dem zugrunde liegenden Ausgangsverfahren um die Frage, ob die Vergabe eines Auftrages von einem Rahmenvertrag gedeckt sei, der keinerlei verbindliche Angaben zur Höchstabnahmemenge enthielt und bei dem der Auftraggeber nicht einmal Vertragspartei war. Dennoch musste gerade bei nur flüchtiger Kenntnisnahme dieses Urteils und selbst bei bloßer Lektüre redaktioneller Überschriften über dem abgedruckten Urteil (etwa NZBau 2019, 116: "Unzulässigkeit mengenmäßig unbestimmter Rahmenvereinbarung") für die vergaberechtskundigen Mitarbeiter der von der vorliegenden Ausschreibung angesprochenen Unternehmen klar sein, dass möglicherweise nach diesem Urteil eine Ausschreibung auch im Sektorenbereich auf der Grundlage der Richtlinie 2014/25/EU von dem öffentlichen Auftraggeber bei Ausschreibung eines Rahmenvertrages die verbindliche Angabe einer Höchstabnahmemenge erfordern könnte. Darauf, ob die in der Rechtsabteilung der Antragstellerin tätigen Mitarbeiter die rechtliche Problematik tatsächlich erkannt haben, kommt es dagegen gerade nicht an, weil nach § 160 Abs. 3 S. Nr. 3 GWB nicht die tatsächliche und rechtliche Kenntnis des gerügten Vergabeverstößes maßgeblich ist, sondern seine hier zweifellos vorliegende Erkennbarkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht (vgl. Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 270).

- 42 c) Die Antragstellerin geht auch fehl in ihrer Annahme, dass sie von ihrer Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB enthoben gewesen sei, weil eine Rüge "nach dem Rechtsgedanken des § 242 BGB" nicht erforderlich sei, wenn die Vergabestelle eindeutig zu erkennen gegeben habe, dass sie an ihrer Entscheidung festhalten werde und die vorliegende Rechtsverletzung nicht abzustellen gewillt sei. In der Rechtsprechung wird lediglich vertreten, dass die Rügeobliegenheit ausnahmsweise entfallen könne, wenn eine Rüge ihren Zweck nicht mehr erfüllen kann, weil der öffentliche Auftraggeber eindeutig zu erkennen gibt, dass er unumstößlich an seiner Entscheidung festhält und auch auf eine Rüge unter keinen Umständen von seiner Entscheidung abrücken wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. August 2019 - VII-Verg 56/18 -, juris Rn. 58; Neun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 41 Rn. 89). Es kann hier dahingestellt bleiben, ob dieser nicht unerheblichen Einschränkung des Anwendungsbereiches der Präklusionsvorschriften des § 160 Abs. 3 GWB zu folgen ist (zu Recht kritisch Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 160 GWB Rn. 63). Jedenfalls liegen die insoweit aufgestellten engen Voraussetzungen nicht vor.
- 43 Die Antragsgegnerin hat vor Erhebung der Rüge durch die Antragstellerin in keiner Weise zu erkennen gegeben, dass sie nicht gewillt gewesen wäre, der Rüge abzuhelfen. Das lässt sich insbesondere auch nicht aus dem von ihr eingeholten Rechtsrat ableiten, dass eine verbindliche Festlegung einer Höchstmenge für den Abruf aus dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag nicht erforderlich sei. Denn die Antragsgegnerin hätte durchaus auch die Option gehabt, eine Höchstmenge noch nach ihrer Aufforderung zur Abgabe der finalen Angebote festzulegen. Dass sie nach Abschluss der Wertung der Angebote dann an ihrer Auffassung festgehalten hat, entspricht der Wahrnehmung ihrer legitimen Interessen an dem Abschluss des Vergabeverfahrens nach Wertung der Angebote. Wäre diese Wahrnehmung ihrer berechtigten Interessen als rechtsmissbräuchlich anzusehen, hätte dies zur Folge, dass den öffentlichen Auftraggebern nahezu jede Berufung

auf die Präklusionsnormen als missbräuchlich vorgehalten werden könnte und auf eine auch richterrechtlich nicht gedeckte Nichtanwendung der gesetzlichen Vorgaben in § 160 Abs. 3 GWB und der mit ihnen verfolgten Zwecke an einem funktionsfähigen Beschaffungswesen der öffentlichen Hand hinausliefe (vgl. Horn/Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 160 GWB Rn. 63). Dementsprechend bezieht sich die zitierte Rechtsprechung auch lediglich auf Fallgestaltungen, in denen der öffentliche Auftraggeber eine noch nicht oder nicht formgerecht erhobene Rüge gleichsam präventiv zurückgewiesen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. August 2019 - VII-Verg 56/18 -, juris Rn. 58; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 70; Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 177). Allenfalls in solchen Fallgestaltungen - und wenn zudem klar ist, dass auch der Bieter an seiner Beanstandung festzuhalten gedenkt - mag es vertretbar sein, eine Rüge eine bloße Förmelerei anzusehen. Um einen derartigen Sachverhalt handelt es sich hier aber wie dargelegt eben nicht.

- 44 3. Die Rüge ist auch unbegründet. Weder nach deutschem Recht noch europarechtlich besteht für öffentliche Auftraggeber eine Pflicht, Rahmenverträge unter Benennung einer verbindlichen Höchstabnahmemenge zu vergeben (a). Der davon zu unterscheidenden Verpflichtung, eine voraussichtliche Gesamtmenge für die Abnahme aus dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag zu benennen, ist die Antragsgegnerin nachgekommen (b).
- 45 a) Eine vergaberechtliche Vorgabe für den öffentlichen Auftraggeber, bei der Ausschreibung eines Rahmenvertrages eine verbindliche Höchstabnahmemenge festzulegen, besteht nicht.
- 46 aa) Dem nationalen deutschen Recht lässt sich keine solche Verpflichtung entnehmen.
- 47 Nach § 103 Abs. 5 S. 1 GWB sind Rahmenvereinbarungen Vereinbarungen zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern oder Sektorenauftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die dazu dienen, die Bedingungen für die öffentlichen Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis. Weitere Vorgaben enthält das GWB nicht, wohl aber die auf die Beschaffung von Schienenfahrzeugen für ein Unternehmen des öffentlichen Personennahverkehrs anwendbare Sektorenverordnung. Nach § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO ist das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekanntzugeben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden (vgl. nur Schrotz in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 19 SektVO Rn. 14 f.), wobei eine Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden darf, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht (§ 19 Abs. 1 S. 3 SektVO). Aus dem Missbrauchsverbot folgt, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern zum Auftragsumfang die ihm verfügbaren und von den Bietern für eine tragfähige Kalkulation benötigten Angaben machen muss (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - VII-Verg 28/14 -, juris Rn. 149).
- 48 bb) Auch dem europäischen Recht, das dem nationalen vorgehen würde, lässt sich nicht entnehmen, dass die Antragsgegnerin bei Ausschreibung des Rahmenvertrages zur Be-

schaffung von U-Bahn-Fahrzeugen eine verbindliche Höchstabnahmemenge anzugeben gehabt hätte.

- 49 (1) Nach Art. 51 Abs. 1 UAbs. 2 der für das vorliegende Vergabeverfahren anwendbaren sogenannten Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU handelt es sich bei einer Rahmenvereinbarung um eine Vereinbarung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern, die dazu dient, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommenen Mengen. Danach ist in der Rahmenvereinbarung gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge festzulegen. Eine in Aussicht genommene Menge ist weder eine Mindestmenge noch eine Höchstmenge, sondern eine zum Zeitpunkt des Abschlusses der Rahmenvereinbarung prognostizierte Menge, ein prognostizierter Beschaffungsbedarf. Dass eine verbindliche Höchstmenge festzusetzen wäre, lässt sich der Bestimmung nicht entnehmen. Der Umstand, dass die Vorschrift den prognostischen Charakter der Mengenangabe betont, spricht vielmehr dafür, dass Abweichungen ober- oder unterhalb der in Aussicht genommenen Menge als selbstverständlich vorausgesetzt sind (ebenso im Ergebnis VK Bund, Beschluss vom 19. Juli 2019 - VK 2-39/19 -, juris Rn. 69 f.).
- 50 Regelungen zu den rechtlichen Grenzen solcher Abweichungen enthält in allgemeiner Form Art. 51 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/25/EU, wonach der Auftraggeber das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Weise anwenden darf, durch die der Wettbewerb behindert, eingeschränkt oder verfälscht wird. Ferner enthält Art. 89 RL 2014/25/EU Bestimmungen über die Änderungen auch von Rahmenvereinbarungen, wobei die Grenzen bestimmt werden, ab derer eine Änderung ein neues Vergabeverfahren erfordert. Auch diesen Bestimmungen lässt sich nicht entnehmen, dass bei Ausschreibung eines Rahmenvertrages vom öffentlichen Auftraggeber eine verbindliche Höchstmenge festgesetzt werden müsste. Art. 89 RL 2014/25/EU kann in Verbindung mit der Missbrauchsklausel in Art. 51 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2014/25/EU vielmehr lediglich entnommen werden, dass der Auftraggeber über die in Aussicht genommene Menge hinaus nicht in beliebigem Umfang Leistungen abrufen darf. Hierbei drängt es sich auf, die in Art. 89 Abs. 1 S. 1 lit. e), Abs. 4 RL 2014/25/EU festgelegte allgemeine Grenze einer wesentlichen Änderung von Aufträgen und Rahmenvereinbarungen heranzuziehen, auch wenn die Vorschrift nicht unmittelbar anwendbar ist (so zutreffende Ley in: Ley, Vergabehandbuch für Lieferungen und Dienstleistungen, 33. Update September 2019, Ziff. 5.21.1). Überschreitet der Abruf aufgrund des Rahmenvertrages diese Grenze, bedarf es einer erneuten Ausschreibung (vgl. auch die Umsetzung in § 132 GWB).
- 51 (2) Die Angabe einer verbindlichen Höchstabrufrmenge ist entgegen diesen Vorgaben auch nicht etwa deswegen geboten, weil die Inanspruchnahme von Leistungen nach dem Rahmenvertrag und damit auch eine Überschreitung der Grenzwerte nicht hinreichend transparent wäre. Entscheidend für die Transparenz ist nicht, ob der Auftraggeber eine verbindliche oder eine nur in engen vergaberechtlichen Grenzen überschreitbare (vgl. zuvor unter (1)) voraussichtliche Höchstabnahmemenge anzugeben hat, sondern ob und inwieweit er über seine Inanspruchnahme des Rahmenvertrages zu informieren hat. Entsprechende Bekanntmachungspflichten bestehen aber in ausreichendem Maße. So bestimmt Art 70 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RL 2014/25/EU, dass die Auftraggeber bei Rahmenvereinbarungen im Sinne des Artikels 51 RL 2014/25/EU zwar nicht für jeden Ein-

zelauftrag, der aufgrund dieser Vereinbarung vergeben wird, eine Bekanntmachung mit den Ergebnissen des jeweiligen Vergabeverfahrens zu übermitteln brauchen, was der deutsche Gesetzgeber in § 38 Abs. 4 S. 1 SektVO übernommen hat. Nach Art. 70 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 RL 2014/25/EU können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Auftraggeber Vergabebekanntmachungen mit den Ergebnissen des Vergabeverfahrens vierteljährlich auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung gebündelt veröffentlichen. Dies bedeutet indes nicht, dass keinerlei Mitteilungspflichten bestehen würden. Vielmehr wird unmittelbar aus Art. 70 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2014/25/EU abzuleiten sein, dass zumindest bei Erschöpfung der vom öffentlichen Auftraggeber anzugebenden voraussichtlichen Höchstabnahmemenge eine entsprechende Mitteilung zwingend erfolgen muss. Offen bleiben kann, ob die Vorschrift den Mitgliedstaaten nicht ohnehin nur die Wahl zwischen einer Einzelveröffentlichung (Art. 70 Abs. 2 UAbs. 2 S. 1 RL 2014/25/EU) und einer quartalsweisen Veröffentlichung (Art. 70 Abs. 2 UAbs. 2 S. 2 RL 2014/25/EU) der Abrufe lassen will.

- 52 (3) Die Vorschriften zur Bekanntmachung im Anhang XI C. Ziffer 6 a) und 7 a), auf die die Antragstellerin noch für die Auffassung verweist, eine verbindliche Höchstabnahmemenge sei bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen anzugeben, beziehen sich nicht auf Rahmenvereinbarungen. Vielmehr bestehen diese Vorgaben ausdrücklich nur für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge als solche, wo selbstverständlich die Verpflichtung zu genauen Mengenangaben für die ausgeschriebene Leistung besteht. Sie sind auch nicht etwa entsprechend auf die Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen anzuwenden, weil damit deren Wesen verkannt würde, dass eine verbindliche Mindest- und Höchstabnahmemenge gerade noch nicht abschließend festgelegt werden kann (vgl. oben unter (1)).
- 53 (4) Schließlich lässt sich auch aus dem Urteil des EuGH vom 19. Dezember 2018 - C-216/17 ("Antitrust und Coopservice") - nicht herleiten, dass der öffentliche Auftraggeber nach der RL 2014/25/EU eine verbindliche Höchstabnahmemenge bei der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen anzugeben hätte. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ging es in dieser Entscheidung nicht um die Frage der Verbindlichkeit der von dem Auftraggeber in der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung anzugebenden voraussichtlichen Höchstabnahmemenge, sondern darum, ob ein Auftrag ohne Ausschreibung aufgrund einer Rahmenvereinbarung erteilt werden durfte, die eine solche Höchstmenge überhaupt nicht angegeben oder nur unter Verweis auf den normalen Bedarf bestimmt hatte. Diese Fragen hat der EuGH dahin geklärt, dass trotz der scheinbaren Einschränkung, wonach die geschätzte Höchstmenge nur "gegebenenfalls" anzugeben sei, dies stets erforderlich sei und auch ein Verweis auf den normalen Bedarf nicht genüge. Dass es hierbei stets um die geschätzte Höchstmenge ging, machen auch die von dem EuGH ausdrücklich in Bezug genommenen (EuGH, a.a.O., Rn. 60) Schlussanträge des Generalanwalts beim EuGH in dieser Sache deutlich, der darauf verweist, dass es sich bei dem anzugebenden Gesamtwert "zwangsläufig um eine ungefähre Einschätzung der Folgeaufträge" handle und dass es um die "Gesamtmenge der (geschätzten) Leistung" gehe (Schlussanträge vom 3. Oktober 2018, juris Rn. 78). Folge war demnach in dem der Vorlage zugrunde liegenden Ausgangsverfahren, dass die Vergabe des Auftrages gegebenenfalls einer erneuten Ausschreibung bedurft hätte und eine Vergabe aufgrund der Rahmenvereinbarung unzulässig war.

- 54 Der Antragstellerin mag zuzugeben sein, dass der EuGH im Rahmen der genannten Entscheidung auch festgestellt hat, aus Art. 32 Abs. 3 RL 2004/18 folge, dass der öffentliche Auftraggeber sich nur bis zu der von ihm geschätzten Gesamtmenge verpflichten könne und die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliere, wenn die Menge erreicht sei (EuGH, a.a.O., Rn. 61). Dies kann sinnvoll nur dahin verstanden werden, dass die von der Antragsgegnerin vorgesehene und zivilrechtlich für sich genommen ohne weiteres wirksame Vereinbarung, gegebenenfalls auch über die voraussichtliche Höchstmenge Abrufe vornehmen zu wollen, vergaberechtlich unzulässig sei. Ob dem nach der die Richtlinie 2004/18/EG ersetzenden Richtlinie 2014/24/EU noch zu folgen wäre und dies aus der genannten Vorschrift, die sich allerdings wortgleich in der Neufassung in Art. 33 Abs. 3 UAbs. 1 RL 2014/24/EU wiederfindet, gefolgert werden kann (so etwa Csaki/Winkelmann, NZBau 2019, 758, 762; Fischer/Schleper, NZBau 2019, 762, 765; a.A etwa VK Bund, Beschluss vom 19. Juli 2019 - VK 1 - 39/19 -, juris Rn. 67; Schimanek, jurisPR-VergR 11/2019, Anm. 5, S. 5), erscheint aus den oben genannten Gründen zweifelhaft, kann aber dahinstehen. Denn eine solche Vorschrift enthält die vorliegend einschlägige Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU jedenfalls nicht. Sie enthält auch sonst keinen Anhaltspunkt, dass der Sektorenauftraggeber mehr als die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge anzugeben hätte und dass ein schon der Natur einer Rahmenvereinbarung innewohnender Vorbehalt, in dem vergaberechtlich nach den Kriterien des Art. 89 RL 2014/25/EU, § 132 GWB zulässigen Umfang weitergehende Abrufe vorzunehmen (VK Bund, Beschluss vom 19. Juli 2019 - VK 1 - 39/19 -, juris Rn. 68; Schimanek, jurisPR-VergR 11/2019, Anm. 5, S. 6), unzulässig wäre. Das erschiene auch gerade im Sektorenbereich bei den hier regelmäßig über lange Laufzeiten auszuschreibenden Aufträgen von erheblichem Umfang ersichtlich unzweckmäßig. Der öffentliche Auftraggeber hätte keinen Spielraum, sich vertraglich vorzubehalten, über den in aller Regel anzugebenden voraussichtlichen Bedarf hinaus aus einer langjährigen Rahmenvereinbarung in den oben aufgezeigten, durchaus engen vergaberechtlichen Grenzen weitere Abrufe zu tätigen. Die Flexibilität, welche die Richtlinie 2014/25/EU dem Sektorenauftraggeber mit dem Instrument des Rahmenvertrages gerade zubilligen will (vgl. Erwägungsgründe 71 f.; Fischer/Schleper, NZBau 2019, 762, 763; a.A. Csaki/Winkelmann, NZBau 2019, 758, 761), würde ihm zugleich in nicht unerheblichem Umfang wieder genommen.
- 55 b) Der danach allein nach § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO bestehenden Verpflichtung, das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekanntzugeben, ist die Antragstellerin nachgekommen.
- 56 aa) Sie hat schon bei der Aufforderung zur Interessenbestätigung vom 15. Dezember 2016 ihre voraussichtliche Gesamtbedarfsmenge an neuen U-Bahn-Fahrzeugen im Zeitraum 2020 bis 2033 angegeben, die sie nach Maßgabe ihres Verkehrsvertrages mit dem Land Berlin ermittelt hatte. Zusätzlich hat sie eine verbindliche Mindestabnahmemenge festgelegt, um den Bietern eine hinreichende Kalkulationssicherheit zu geben (Seite 9 des Vergabevermerks). Die voraussichtliche Gesamtbedarfsmenge sowie die Mindestabnahmemenge hat sie bei der Aufforderung zur Abgabe eines zweiten Angebotes jeweils erhöht, weil sich aufgrund neuer Anforderungen des Landes Berlin ein erhöhter Bedarf an U-Bahn-Fahrzeugen abzeichnete. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte und wird auch von der Antragstellerin nicht geltend gemacht, dass die Antragsgegnerin die von ihr benannte voraussichtliche Höchstabnahmemenge nicht so genau, wie ihr dies aufgrund der Vorgaben aus dem Verkehrsvertrag mit dem Land Berlin möglich war, ermittelt hätte.

Dass die Antragstellerin sich ausdrücklich vorbehalten hat, möglicherweise auch über die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge hinaus aufgrund des Rahmenvertrages Fahrzeuge zu bestellen hat, ist nicht nur mit § 19 Abs. 1 S. 2 SektVO vereinbar, sondern entspricht auch den europarechtlichen Vorgaben und dem Sinn und Zweck der Rahmenvereinbarung als Beschaffungsinstrument für öffentliche Auftraggeber. Für eine im Sinne von § 19 Abs. 1 S. 3 SektVO missbräuchliche Verwendung dieses Instrumentes ist vorliegend nichts ersichtlich. Mit ihrem Vorbehalt, möglicherweise auch mehr Fahrzeuge abrufen zu wollen, bringt die Antragsgegnerin vielmehr, wie ausgeführt, legitime Interessen an einer flexiblen Beschaffung zum Ausdruck.

- 57 bb) Soweit die Antragstellerin die Auffassung vertritt, die Antragsgegnerin habe sich mit ihrem Vorbehalt, gegebenenfalls mehr als die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge abrufen zu wollen, einen vergaberechtswidrigen Spielraum geschaffen, ist dem aus den oben unter a) genannten Gründen nicht zu folgen. Die Antragsgegnerin ist vergaberechtlich keineswegs frei darin, über die von ihr angegebene voraussichtliche Gesamtabnahmemenge hinaus auf der Grundlage des ausgeschriebenen Rahmenvertrages in beliebigem Umfang weitere U-Bahn-Fahrzeuge zu bestellen. Vielmehr sind die Möglichkeiten, auf der Grundlage des ausgeschriebenen Rahmenvertrages weitere U-Bahn-Fahrzeuge zu beschaffen, dann erschöpft, wenn die in Art. 89 Abs. 1 lit. e), Abs. 4 der Richtlinie 2014/25 EU, § 132 GWB allgemein festgelegte Grenze einer wesentlichen Änderung des Rahmenvertrages überschritten wäre. Überschreitet der Abruf die in Aussicht genommene Bestellmenge um diese Grenzwerte, bedarf es einer erneuten Ausschreibung (vgl. oben B. I. 3. a) bb) (1)). Sofern die Antragsgegnerin die insoweit bestehende Grenze nicht einhalten würde, läge in den insoweit aufgrund des Rahmenvertrages abgeschlossenen Lieferverträgen eine unzulässige, nicht mehr von dem Rahmenvertrag gedeckte Vergabe ohne die gegebenenfalls nach den §§ 97 ff. GWB erforderliche erneute Ausschreibung. Das wäre dann aber eben erst bei Erteilung dieser nicht mehr von dem Rahmenvertrag gedeckten Aufträge in einem künftigen Vergabeverfahren und nicht schon bei der Vergabe des Rahmenvertrages zu überprüfen. Hierbei ist durch die von der Antragsgegnerin übernommene, aber ohnehin gesetzlich bestehende Verpflichtung, spätestens die Ausschöpfung der geschätzten Höchstabnahmemenge bekannt zu machen, die notwendige Transparenz gewährleistet (vgl. oben B. I. 3. a) bb) (2)). Ob dieses Ziel tatsächlich erreicht wird, ist im Übrigen unabhängig davon, ob die Gesamtabnahmemenge verbindlich ist oder nicht, sondern hängt davon ab, ob der öffentliche Auftraggeber seinen Bekanntmachungspflichten nachkommt.

II.

- 58 Auch mit ihrer Rüge, die Antragsgegnerin habe unter verschiedenen Gesichtspunkten die Eignungsprüfung der Beigeladenen hinsichtlich des mit dem Rahmenvertrag über die Lieferung der U-Bahn-Fahrzeuge ausgeschriebenen Ersatzteilversorgungsvertrages nicht vergaberechtskonform durchgeführt, dringt die Antragstellerin nicht durch. Vielmehr konnte die Antragsgegnerin aufgrund der von ihr verlangten und von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen rechtsfehlerfrei davon ausgehen, dass die Beigeladene zur Ausführung auch des ausgeschriebenen Ersatzteilversorgungsvertrages geeignet ist. Für einen Ausschluss der Beigeladenen insoweit ist und war entgegen der Ansicht der Antragstellerin kein Raum.

- 59 1. Nach § 122 Abs. 1 GWB werden öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123, 124 GWB ausgeschlossen worden sind. Ein Unternehmen ist geeignet, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des Auftrages festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt (§ 122 Abs. 2 S. 1 GWB). Hierbei kann der Auftraggeber in Ausübung der ihm eingeräumten Bestimmungsfreiheit unter anderem in der Aufforderung zur Interessenbestätigung (vgl. § 122 Abs. 4 S. 2 GWB) eindeutig zu formulierende Mindestanforderungen an die nachzuweisende Eignung festlegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. November 2014 - VII-Verg 21/14 -, juris Rn. 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018 - VII-Verg 4/18 -, juris Rn. 42; Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 122 Rn. 123; Fehling in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 122 GWB Rn. 18), wie es hier die Antragstellerin auf den Seiten 22 f. (Bl. 315 f. der Vergabeakten) ihrer Aufforderung zur Interessenbekundung unter anderem hinsichtlich des mit zu vergebenden Ersatzteilversorgungsvertrages getan hat. Von diesen Mindestanforderungen darf er im Nachhinein nicht abweichen (Gnittke/Hattig, a.a.O., § 122 Rn. 127; Braun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 30 Rn. 24). Nach Maßgabe der von ihm wirksam aufgestellten Eignungskriterien hat der Auftraggeber sodann die Eignung der Bieter zu prüfen. Die Eignungsprüfung bezieht sich in formeller Hinsicht auf das Vorliegen der geforderten Eignungsbelege und materiell auf die Frage, ob der Bieter für den Auftrag geeignet ist (Ziekow in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 122 GWB Rn. 9; Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 122 Rn. 116; Braun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 30 Rn. 19), ob er also den Eignungskriterien genügt. Weil diese Prüfung ein wertender Vorgang ist, der in eine Prognoseentscheidung über die Eignung des Bieters oder Bewerbers mündet, steht der Vergabestelle bei der Beurteilung der Eignung ein Spielraum zu, so dass ihre Entscheidung nur einer eingeschränkten Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018 - VII-Verg 28/18 -, juris Rn. 36; Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 122 Rn. 115; Fehling in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 122 GWB Rn. 10). Die Entscheidung der Vergabestelle über die Eignung kann von den Nachprüfungsinstanzen daher nur daraufhin überprüft werden, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der öffentliche Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben eingehalten hat, ob er den zugrundegelegten Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat sowie dass er bei seiner Entscheidung keine sachwidrigen Erwägungen angestellt und auch nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen hat (OLG Naumburg, Beschluss vom 22. September 2014 - 2 Verg 2/13 -, juris Rn. 21.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018 - VII-Verg 28/18 -, juris Rn. 36; Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 122 Rn. 133; Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 122 GWB Rn. 19).
- 60 2. Nach diesen Grundsätzen ist es nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin von der Eignung der Beigeladenen im Sinne des § 122 Abs. 1 GWB zur Durchführung des ausgeschriebenen Ersatzteilversorgungsvertrages ausgegangen ist. Ihre in ihrem tabellarischen Vermerk zur Eignungsprüfung auf den Seiten 134 f. der Vergabeakten festgehaltene Annahme, dass die Beigeladene die Eignungskriterien erfüllt, ist ebensowenig zu beanstanden (a), wie ihre Wertung, dass die Beigeladene dies anhand der aufgestellten Referenzanforderungen belegt habe (b). Zudem konnte die Antragsgegnerin hilfsweise in

ihrem Schriftsatz vom 29. Januar 2020 unter Berücksichtigung der in diesem Nachprüfungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse fehlerfrei zu dem Ergebnis gelangen, dass die Beigeladene zur Durchführung des Ersatzteilversorgungsvertrages geeignet sei (c).

- 61 a) Maßstab der Eignungsprüfung sind gemäß § 122 Abs. 2 S. 1 GWB die von der Antragsgegnerin festgelegten Eignungskriterien, also die für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages festgelegten Kriterien (vgl. zuvor unter 1.). Anders als die Antragstellerin meint, sind dies nur die auf den Seiten 22 f. der Aufforderung zur Interessenbekundung eingangs sowie unter i. und ii. aufgeführten Vorgaben, nicht aber die näheren Anforderungen für deren Nachweis auf Seite 23; insoweit handelt es sich vielmehr um von den Eignungskriterien zu unterscheidende Referenzanforderungen.
- 62 aa) Danach hatte die Antragsgegnerin folgende Eignungskriterien aufgestellt:
- 63 - Instandhaltungs- und/oder Ersatzteilversorgungsvertrag für ausgelieferte und in Betrieb genommene Triebfahrzeuge im schienengebundenen Personenverkehr mit einer vereinbarten Laufzeit von mindestens acht Jahren nach Inkrafttreten und einer Leistungserbringung von mindestens einem Jahr zum Zeitpunkt der Einreichung des Teilnahmeantrages (20. März 2017);
- 64 - dauerhafte Versorgung des referenzgebenden Auftraggebers mit Ersatzteilen unter vertraglich definierten Güteparametern zu Lösungszeit, wobei Teile und Baugruppen (ohne Einbezug der DIN- und Normteile) der betroffenen Fahrzeuge vertraglich erfasst sein müssen;
- 65 - ein bei Antragseinreichung zur Leistungserbringung im laufenden Betrieb angewandtes Logistikkonzept, welches die Erreichung der vertraglich zwischen Bewerber und referenzgebendem Auftraggeber vereinbarten Güteparameter zur Lösungszeit gewährleistet.
- 66 bb) In nicht zu beanstandender Weise ist die Antragsgegnerin in ihrem tabellarischen Vermerk über die Eignungsprüfung auf den Seiten 134 f. der Vergabeakten zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beigeladene diese Eignungskriterien erfüllt. Die Eintragungen in dem tabellarischen Vermerk werten die Angaben der Beigeladenen in ihrer mit ihrer Interessenbekundung eingereichten Referenz zu ihrem Instandhaltungsvertrag mit B. zutreffend aus und kommen zu dem ebenso zutreffenden Ergebnis, dass die Eignungskriterien erfüllt sind. - Im Einzelnen:
- 67 (1) Der Instandhaltungsvertrag der Beigeladenen mit B. ist ein Instandhaltungsvertrag für ausgelieferte und in Betrieb genommene Triebfahrzeuge im schienengebundenen Personenverkehr mit einer vereinbarten Laufzeit von mindestens acht Jahren nach Inkrafttreten und einer Leistungserbringung von mindestens einem Jahr zum Zeitpunkt der Einreichung des Teilnahmeantrages (20. März 2017), nämlich mit einer Vertragslaufzeit von 16 Jahren vom 1. Januar 2011 bis zum 31. Dezember 2026. Entgegen der Annahme Antragstellerin können keine Zweifel bestehen, dass auch die von der B. betriebene Straßenbahn darunter fällt. Für eine einschränkende Auslegung, dass es sich nach den Anfor-

derungen um Schienenfahrzeuge im Sinne von § 1 AEG handeln solle, bestehen keinerlei Anhaltspunkte. Sie würde auch der auf Seite 28 des Vergabevermerks niedergelegten Intention der Antragsgegnerin widersprechen, wonach die Referenzen sich auf alle Triebwagen von personengebundenen Schienenfahrzeugen erstrecken können sollten.

- 68 (2) Aus der von der Beigeladenen vorgelegten Referenz lässt sich ersehen, dass eine dauerhafte Versorgung des referenzgebenden Auftraggebers mit Ersatzteilen unter vertraglich definierten Güteparametern zur Lösungszeit vereinbart ist, wobei sämtliche Teile und Baugruppen (ohne Einbezug der DIN- und Normteile) der betroffenen Fahrzeuge vertraglich erfasst sind. Wie die Antragsgegnerin zutreffend in ihrem tabellarischen Vermerk über die Eignungsprüfung im Einzelnen festgehalten hat, werden die Parameter beschrieben (je Lieferung vereinbart), der Auftragsumfang beschrieben (Gewährleistung der generellen Fahrzeugverfügbarkeit), wird das Logistikkonzept erläutert, werden Lagerorte genannt (B. und B.), werden Angaben zur Lagerung, Einrichtung und Konzeption gemacht (elektronisches Wareneingangs- und Überwachungssystem), finden sich Angaben zur Logistikkette (Lieferung nach Bedarf von B. nach B., je nach Dringlichkeit Einzellieferungen oder Sammelieferungen) und zu Transportmitteln und -wegen (nach Bedarf).
- 69 (3) Schließlich war bei der Antragseinreichung das von Beigeladener und B. vereinbarte Logistikkonzept zur Gewährleistung der Güteparameter zur Lösungszeit auch bei der Ausführung des Instandhaltungsvertrages im laufenden Betrieb im Einsatz.
- 70 b) Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin in nicht beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Beigeladene mit der vorgelegten Referenz über ihren Instandhaltungsvertrag mit B. auch die aufgestellten Referenzanforderungen erfüllt hat. Insoweit kann dahinstehen, ob und inwieweit dies überhaupt notwendig ist, wenn im Ergebnis feststeht, dass die Eignungskriterien erfüllt sind.
- 71 aa) Die Antragsgegnerin hatte auf Seite 23 der Aufforderung zur Interessenbekundung folgende Anforderungen für den Nachweis der von ihr festgelegten Eignungskriterien aufgestellt:
- 72 - Vorlage mindestens einer Referenz über einen den Eignungskriterien entsprechenden Instandhaltungs- und/oder Ersatzteilversorgungsvertrag;
- 73 - Vorgaben für die Angaben in der Referenz:
- 74 -- Referenznennung durch Angabe der vereinbarten und tatsächlichen Vertragslaufzeit;
- 75 -- Zeitpunkt des Inkrafttretens
- 76 -- detaillierte Angaben zu den vereinbarten Güteparametern zur Lösungszeit

- 77 -- Beschreibung des Auftragsumfangs (welche Teile, Baugruppen und Leistungen?)
- 78 -- Erläuterungen zum Logistikkonzept, nämlich mindestens Angaben zu den Lagerorten, zur Konzeption der Lagerorte, Lagereinrichtung und zur Logistikkette und den darin genutzten Transportmitteln und -wegen
- 79 bb) Die Antragsgegnerin ist im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums in nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass die Beigeladene mit der vorgelegten Referenz über den Instandhaltungsvertrag mit B. die Referenzanforderungen erfüllt hat, und hat dies auch hinreichend in dem tabellarischen Vermerk über die Eignungsprüfung auf den Seiten 134 f. der Vergabeakten festgehalten.
- 80 Hierbei stand der Berücksichtigung der Referenz, anders als die Antragstellerin meint, nicht entgegen, dass sie als Teil der Interessenbekundung der Beigeladenen nicht fortlaufend paginiert zu den Vergabeakten genommen worden ist. Denn es bestehen vorliegend keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte, die Zweifel erlauben würden, dass sich die Referenz bei der von der Beigeladenen eingereichten Interessenbekundung befunden hatte. Nur wenn solche begründbaren Zweifel bestünden und es sich zudem um tragende Teile des Angebots als solchem handeln würde, also gerade nicht bloß wie hier um Eignungsnachweise, wäre die Antragsgegnerin gehindert gewesen, die Referenz zu berücksichtigen und eine Aufhebung des Verfahrens in Betracht zu ziehen (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 21. Januar 2016 - 2 U 151/12 -, juris Rn. 42).
- 81 Zu den nicht zu beanstandenden Erwägungen der Antragsgegnerin im Einzelnen:
- 82 (1) Die Antragsgegnerin konnte davon ausgehen, dass die Beigeladene jedenfalls, wie gefordert, eine Referenz über einen den Eignungskriterien entsprechenden Instandhaltungsvertrag vorgelegt hat, nämlich den mit der B..
- 83 (2) Auch die Annahme der Antragsgegnerin, dass die von der Beigeladenen vorgelegte Referenz über den Instandhaltungsvertrag mit der B. die geforderten Angaben enthielt, weist keinen Beurteilungsmangel auf:
- 84 (a) In der Referenz ist die vereinbarte und tatsächliche Vertragslaufzeit mit 16 Jahren vom 1. Januar 2011 bis 2026 angegeben.
- 85 (b) Als Zeitpunkt des Inkrafttretens konnte die Antragsgegnerin mangels anderer Angaben den Beginn der Vertragslaufzeit, also den 1. Januar 2011 annehmen.
- 86 (c) Die Annahme der Antragsgegnerin, dass die Beigeladene der Anforderung, detaillierte Angaben zu den vereinbarten Güteparametern zur Lösungszeit zu machen, bereits durch die Mitteilung nachgekommen sei, dass sie nach dem Instandhaltungsvertrag mit B. die generelle Fahrzeugverfügbarkeit zu gewährleisten habe, ist nicht zu beanstanden.

Denn dies bedeutet, dass die Beigeladene nach den vertraglichen Vorgaben selbst dafür Sorge zu tragen hat, dass sie dem Ziel der generellen Fahrzeugverfügbarkeit entspricht: Darin liegen die vereinbarten Güteparameter zur Lösungszeit, die aufgrund der pauschalen Regelung, für die generelle Fahrzeugverfügbarkeit Sorge zu tragen, nicht detaillierter ausgestaltet sind und ausgestaltet werden mussten, so dass die Beigeladene insoweit auch nicht weitergehende Angaben machen konnte und musste.

- 87 (d) Die Beigeladene hat im dritten Absatz der von ihr vorgelegten Referenz ("Der Begriff 'Material' bezeichnet dabei...") im Einzelnen den Auftragsumfang in dem von der Antragsgegnerin verstandenen Sinn beschrieben, nämlich Angaben zu den zu liefernden Teilen und Baugruppen sowie Leistungen gemacht.
- 88 (e) Die Antragsgegnerin konnte auch zu dem Ergebnis gelangen, dass die Beigeladene in ihrer Referenz das Logistikkonzept im Sinne der aufgestellten Anforderungen erläutert hat. Zur Erläuterung waren nach den Vorgaben mindestens Angaben zu den Lagerorten, zur Konzeption der Lagerorte, zur Lagereinrichtung und zur Logistikkette und den darin genutzten Transportmitteln und -wegen zu machen. Die Feststellung der Antragsgegnerin, dass die Referenz der Beigeladenen zu ihrem Instandhaltungsvertrag mit B. solche Angaben enthalte, lässt Fehler nicht erkennen: Die Lagerorte werden benannt (bei der Beigeladenen in B. und B.); die Konzeption wird allgemein beschrieben, also, was wann wo eingelagert wird; die Lagereinrichtung wird in dem Sinn beschrieben, dass die Einlagerung der bestellten und gelieferten Teile geschildert wird; die Logistikkette wird von der Bestellung bis zur Verteilung des Materials auf die Lagerplätze in B. erläutert; hierbei werden auch die Transportmittel und -wege beschrieben, nämlich nach Lieferung der Teile der Versand von B. nach B., wobei auch der Versand im Einzelnen erläutert wird (nach Möglichkeit Sammellieferung, Zusammenstellung von Liefereinheiten, Lieferschein erstellen, frachtschein- und zolltechnische Abfertigung durchführen, Versand veranlassen).
- 89 cc) Soweit die Antragstellerin meint, die Antragsgegnerin sei selbst nicht davon ausgegangen, dass die Beigeladene die Referenzanforderungen erfüllt habe, weil sie diese noch habe überprüfen wollen, verkennt sie den Zweck dieser Überprüfung. Die Antragsgegnerin hatte ersichtlich keine Zweifel an den Referenzen. Sie wollte sich durch die Nachfrage bei den Referenzgebern nur vergewissern, dass die mit den Referenzen abgefragten Ersatzteilversorgungsverträge auch in der Praxis gut funktionieren. Davon hat sie sich überzeugen können, ohne dass die Antragstellerin in irgendeiner Weise darlegt, warum dies nicht tragfähig gewesen sein sollte.
- 90 In entsprechender Weise verfehlt die Antragstellerin Sinn und Zweck der von der Antragsgegnerin den Bietern angebotenen Vor-Ort-Besichtigungen in ihren Betriebsstätten, wenn sie annimmt, dies sei Ausdruck von Zweifeln an der fachlichen Eignung der Bieter gewesen. Darum ging es nicht. Vielmehr hat die Antragsgegnerin nachvollziehbar erläutert, dass sie allen Bietern einen Einblick in die Schnittstelle der Ersatzteilversorgung gewähren wollte. Damit wollte die Antragsgegnerin insbesondere Gelegenheit geben, den Erfahrungsvorsprung der bereits für sie tätigen Bieter auszugleichen (vgl. im Einzelnen Vergabevermerk, Seite 44 ff.).

91 c) Nur ergänzend und ohne dass dies noch näherer Ausführungen bedürfte, weist der Senat darauf hin, dass die Antragsgegnerin die Eignung der Beigeladenen zur Durchführung des Ersatzteilversorgungsvertrages zudem in nicht zu beanstandender Weise auf den Seiten 20 bis 29 ihres Schriftsatzes vom 27. Januar 2020 unter Berücksichtigung des Vorbringens der Beigeladenen im Nachprüfungsverfahren, insbesondere der von ihr eingeholten und vorgelegten Referenzgeberbestätigungen (Bl. 22 bis 29/V d.A.), festgestellt hat.

92 Dem steht insbesondere nicht entgegen, dass die erneute Feststellung der Eignung erst im Nachprüfungsverfahren erfolgt ist. Denn der öffentliche Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, sämtliche Erkenntnisse, die er im Nachprüfungsverfahren zu vergaberelevanten Fragen erhält, zugunsten der Bieter, aber auch zu ihrem Nachteil zu berücksichtigen (Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 122 GWB Rn. 27, 30 f.; Fehling in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 122 GWB Rn. 11). Er kann und darf es nicht ignorieren, wenn sämtliche Eignungskriterien sowie die für den Nachweis aufgestellten Referenzanforderungen erfüllt sind (vgl. Opitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, § 122 GWB Rn. 30; a.A. wohl OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. August 2019 - 15 Verg 10/19 -, juris Rn. 39). Hierin liegt kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, weil der öffentliche Auftraggeber gegenüber allen Bietern so zu verfahren hat. Auch gegen den Wettbewerbsgrundsatz wird nicht verstoßen, sondern ihm vielmehr gedient, indem ein in der Sache nicht gerechtfertigter Ausschluss eines geeigneten Bieters vermieden wird. Aus dem Gesichtspunkt, dass für andere Angebote die Eignungskriterien bereits bei Ablauf der Frist zur Interessenbekundung vorgelegen haben, folgt nichts anderes, weil § 51 Abs. 2 S. 1 SektVO ausdrücklich Nachforderungen bei unvollständigen oder fehlerhaften Nachweisen erlaubt. Es ist auch nicht so, dass die Eignungskriterien selbst erst nach Ablauf der Frist zur Interessenbekundung erfüllt worden wären, was eine Feststellung der Eignung nicht ermöglichen würde, da die Eignung zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegen muss (vgl. in diesem Sinne OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018 - VII-Verg 28/18 -, juris Rn. 46). Nur insoweit könnte von einem nicht den Anforderungen entsprechenden, vorliegend aber gerade nicht festzustellenden "Hineinwachsen" in die Eignung die Rede sein.

III.

93 Ohne Erfolg rügt die Antragstellerin das Vorgehen der Antragsgegnerin bei der mit E-Mail vom 15. März 2019 (Bl. 10533 f. der Vergabeakten) eingeleiteten Nachprüfung des Angebotes der Beigeladenen. Weder handelt es sich insoweit um eine vergaberechtlich unzulässige Nachforderung (1.), noch hatte die Antragsgegnerin nach dem Ergebnis ihrer Nachprüfung Anlass, begründet daran zu zweifeln, dass die Beigeladene in der Lage sein würde, die von ihr angebotenen Leistungen, insbesondere in den Bereichen, die Gegenstand der Nachprüfung waren, ordnungsgemäß zu erbringen (2.), noch war die Antragsgegnerin gehalten, die Beigeladene im Hinblick auf ihre nach Ansicht der Antragstellerin unzureichenden Antworten auf die gestellten Fragen auszuschließen (3.).

94 1. Zu Recht hat bereits die Vergabekammer unter II. B. 2. und 11., S. 24. f., 30 f. des angefochtenen Beschlusses vom 30. Juli 2019 festgestellt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Beigeladenen in zulässiger Weise aufgeklärt hat. Insbesondere lag hierin

entgegen der Auffassung der Antragstellerin keine unzulässige Nachforderung mit der Folge, dass das Angebot der Beigeladenen auszuschließen gewesen wäre.

- 95 a) Nach § 51 Abs. 3 S. 1 SektVO ist eine Nachforderung von leistungsbezogenen Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, ausgeschlossen. Zulässig ist hingegen gemäß § 51 Abs. 2 S. 1 SektVO eine Aufforderung an den Bieter, fehlende oder unvollständige Unterlagen nachzureichen oder zu vervollständigen. Abgesehen davon ist stets eine Aufklärung von Angeboten zulässig, die sich von der Nachforderung, soweit sie zulässig ist, darin unterscheidet, dass das Angebot nicht vervollständigt, sondern das vollständige Angebot bei durch bloße Auslegung nicht zu klärende Unklarheiten erläutert werden soll (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2017 - VII-Verg 17717 -, juris Rn. 38; Steck in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 15 VgV Rn. 15; Horn in: Müller-Wrede, SektVO, 1. Auflage 2018, § 51 Rn. 69). Die Zulässigkeit einer Angebotsaufklärung ist, auch wenn sie in den Vergaberichtlinien nicht gesondert geregelt ist, allgemein und insbesondere auch vom EuGH (vgl. nur Urteil vom 11. Mai 2017 - C-131/16 -, juris Rn. 39) anerkannt, mag der deutsche Gesetzgeber dies auch nur fragmentarisch in § 15 Abs. 5 S. 1 VgV zum Ausdruck gebracht haben (Horn, a.a.O., § 15 VgV Rn. 14). Die Abgrenzung zwischen Aufklärung (§ 15 Abs. 5 S. 1 VgV) sowie zulässiger Nachforderung (§ 51 Abs. 2 S. 1 SektVO) einerseits und unzulässiger Nachverhandlung (§ 15 Abs. 5 S. 2 VgV, § 51 Abs. 3 S. 1 SektVO) andererseits ist danach vorzunehmen, ob sich die Klärung im Rahmen des abgegebenen Angebotes bewegt - dies ist zulässig - oder ob sie auf eine unzulässige Änderung des Angebotes hinauslaufen würde (vgl. EuGH, Urteil vom 7. April 2016 - C-324/14 -, juris Rn. 63 bis 65; Gnittke/Hattig in; Müller-Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2018, § 15 VgV Rn. 63).
- 96 b) Vorliegend hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit den ersten beiden Fragen in ihrer E-Mail vom 15. März 2019 lediglich zu einer Erläuterung ihrer Angaben zur Masse sowie über die Maße der Luftkanäle und die Auswirkung von deren neuem Standort auf die Sitzkonstruktion aufgefordert. Es ist schon im Ansatz nicht ersichtlich, dass mit den Anfragen der Antragsgegnerin die Grenzen einer Klärung des Angebotes überschritten worden wären und der Beigeladenen Gelegenheit gegeben worden wäre, ihr Angebot zu ändern. Unerheblich ist, ob die von der Antragsgegnerin abgefragten Angaben in dem Angebot enthalten waren oder ob die Beigeladene sie erst auf die Anfrage der Antragsgegnerin mitgeteilt hat; auch Letzteres wäre als Vervollständigung der Unterlagen zulässig. Eine unzulässige Erweiterung oder Abänderung des von der Beigeladenen abgegebenen Angebotes ist in einen wie im anderen Fall nicht feststellbar.
- 97 Auch mit der dritten Aufklärungsfrage in ihrer E-Mail vom 15. März 2019 hat die Antragsgegnerin der Beigeladenen keine Gelegenheit zur Angebotsänderung gegeben, sondern das Angebot der Beigeladenen lediglich aufgeklärt. Wie schon die Vergabekammer zu Recht und mit zutreffender Begründung festgestellt hat, hat die Antragsgegnerin die Beigeladene lediglich zur Berichtigung ihrer Angaben zu den Geräuschwerten im Stand aufgefordert. Diese Werte hatte die Beigeladene erkennbar irrtümlich nicht halbiert in die entsprechende Tabelle H eingetragen, so dass es sich um einen bloßen Umrechnungsfehler des im Angebot angegebenen Messergebnisses handelte (Seite 32 des angefochtenen Beschlusses unter II. B. 13.). Die Antragstellerin, die hierin eine Angebotsänderung sehen möchte, verkennt, dass gerade nach der von ihr selbst zitierten Rechtspre-

chung der EuGH sowie des OLG Düsseldorf solche Berichtigungen von Umrechnungsfehlern stets zulässig sind, weil hierin denknötwendig nie eine Angebotsänderung liegen kann (vgl. nur EuGH, Urteil vom 7. April 2016 - C-324/14 -, juris Rn. 63). Zur Aufklärung solcher Fehler ist der öffentliche Auftraggeber zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens sogar verpflichtet, zumal es unter anderem Sinn des Vergabeverfahrens ist, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen und ein solches nicht an formalistischen Gesichtspunkten scheitern zu lassen (vgl. Senat, Beschluss vom 7. August 2015 - Verg 1/15 -, juris Rn. 50; OLG München, Beschluss vom 29. Juli 2010 - Verg 9/10 -, juris Rn. 73; jetzt im Bereich der VOB/A wohl im Ergebnis auch BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 - X ZR 86/17 -, juris Rn. 21; a.A. wohl OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14. August 2019 - 15 Verg 10/19 -, juris Rn. 39).

- 98 2. Die Antragsgegnerin konnte des Weiteren zu dem Ergebnis gelangen, dass an der Realisierbarkeit des Angebotes der Beigeladenen hinsichtlich Masse, Luftkanälen, Türsäulen und Geräuschentwicklung keine durchgreifenden Zweifel bestehen. Da es sich bei der Frage der Realisierbarkeit um eine in die Zukunft gerichtete Wertung handelt, steht dem öffentlichen Auftraggeber insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, den die Antragsgegnerin in ihrem Prüfvermerk (Bl. 10541 bis 10547 VA) unter Berücksichtigung der Stellungnahme der Beigeladenen 20. März 2019 (Bl. 10536 bis 1539 VA) zu ihren Aufklärungsfragen vom 15. März 2019 (Bl. 10540 VA) eingehalten hat. Dabei hatte die Antragsgegnerin entgegen der Auffassung der Antragstellerin lediglich eine Plausibilitätsprüfung durchzuführen, weil es bei einem zur Erfüllung des Auftrages erst herzustellenen Produkt selbstverständlich, vergaberechtlich nicht zu beanstanden, nur genau darauf ankommt und ankommen kann (vgl. OLG München, Beschluss vom 11. Mai 2007 - Verg 4/07 -, juris Rn. 67). Im Einzelnen:
- 99 a) Die Annahme der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin in mehreren Punkten bei der von der Beigeladenen angebotenen Masse, also dem Gewicht der zu liefernden U-Bahn-Fahrzeuge von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen sei, ist unzutreffend. Die Wertung, die Erläuterungen der Beigeladenen seien plausibel und ließen in Verbindung mit ihren eigenen Erwägungen das Angebot hinsichtlich der Masse durchführbar erscheinen, ist von dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin gedeckt.
- 100 aa) Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin hat sich die Antragsgegnerin mit der Reduzierung des Gewichts beim Großprofilfahrzeug im finalen Angebot der Beigeladenen auseinandergesetzt. Dies hat sie im Rahmen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums plausibel damit begründet, die Gewichtsangaben der Beigeladenen entsprächen etwa denen der anderen Bieter und seien marktüblich. Anlass, diesen Punkt näher zu prüfen, hatte sie deswegen nicht.
- 101 bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin konnte die Antragsgegnerin die Gewichtsreduzierung zwischen zweitem und finalem Angebot der Beigeladenen (75,5 t zu 72,5 t, Differenz 3.000 kg) auch mit einem Vergleich zu den im Einsatz befindlichen IK-Fahrzeugen (Differenz: 1.000 kg) der Beigeladenen prüfen. Der Schluss, dass die Beigeladene in der Lage sein werde, die angebotene Gewichtsreduzierung im Hinblick auf das Gewicht der von ihr hergestellten IK-Fahrzeuge zu realisieren, hält sich ohne Weiteres in dem der Antragsgegnerin zustehenden Beurteilungsspielraum.

- 102 cc) Es ist nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin bei ihren Erwägungen von dem tatsächlich gewogenen Gewicht eines Zuges der IK-Baureihe (73.500 kg nach Wiegeprotokoll für den Zug 1059) ausgegangen ist, nicht aber von den auf der Wagenaufschrift vermerkten 75.230 kg. Die hierfür gegebene Begründung der Antragsgegnerin, dass es sich bei dem auf der Wagenaufschrift vermerkten Gewicht nur um das vor der Produktion theoretisch berechnete maximale Gewicht handele, das auf den Wagen vermerkt werde, damit Rettungsdienste im Notfall über das maximale Gewicht sogleich informiert seien, ist nachvollziehbar. Im Übrigen hält es sich schon angesichts der insgesamt nur geringfügigen Abweichungen jedenfalls im Rahmen des der Antragsgegnerin zustehenden Beurteilungsspielraums, das tatsächlich gemessene Gewicht eines Kleinprofilzuges der Baureihe IK bei ihrer Plausibilitätsprüfung zugrunde zu legen.
- 103 dd) Soweit die Antragstellerin rügt, die Antragsgegnerin habe ein Mehrgewicht von 200 kg durch die Modularität unberücksichtigt gelassen, ist dieses Vorbringen schon nicht nachvollziehbar. Zur Bestimmung des Gewichts war nach den Vergabeunterlagen das Leergewicht von zwei End- und zwei Mittelwagen zugrunde zu legen. Inwieweit sich durch diese Modularität ein Mehrgewicht gegenüber den Zügen der Baureihe IK ergeben soll, erschließt sich nicht und wird von der Antragstellerin auch nicht dargelegt. Abgesehen davon wäre das insoweit nach Auffassung der Antragstellerin zu berücksichtigende Mehrgewicht derart geringfügig, dass es die Beurteilung der Antragsgegnerin, die Beigeladene werde die U-Bahn-Fahrzeuge mit dem angebotenen Gewicht liefern, nicht erschüttern würde.
- 104 ee) Zutreffend weist die Antragstellerin darauf hin, dass das Mehrgewicht der Kleinprofilzüge nach den Angaben der Beigeladenen voraussichtlich nicht die von der Antragsgegnerin zugrunde gelegten 600 kg (für 12 Motoren und Getriebe bei einem Zug ein Mehrgewicht von jeweils 50 kg), sondern 832 kg betragen sollte. Dieses Mehrgewicht der Kleinprofilzüge resultiert daraus, dass in Groß- und Kleinprofilen die gleichen Teile zu verwenden sind, für das Großprofil bei Motoren und Getrieben aber größere Teile erforderlich sind. Indes erscheinen auch die von der Antragsgegnerin zugrunde gelegten Werte durchaus plausibel. Jedenfalls handelt es sich bloß um eine ausgesprochen geringfügige und daher zu vernachlässigende Abweichung gegenüber den auch von der Beigeladenen bloß geplanten Werten, die nicht geeignet ist, die insgesamt getroffene Prognose der Antragsgegnerin, dass die Beigeladene das angebotene Gewicht einhalten kann, in Frage zu stellen.
- 105 ff) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin auch die restliche Gewichtsreduktion um 560 kg hinreichend berücksichtigt. In ihrem Prüfvermerk hat sie diese Reduktion mit den von der Beigeladenen allgemein in ihrer Stellungnahme angeführten Maßnahmen begründet (Bl. 10542 der Vergabeakten). Allein dies ist entgegen der von der Antragstellerin vertretenen Auffassung eine im Rahmen des Beurteilungsermessens der Antragsgegnerin stehende tragfähige Begründung, warum das zuletzt von der Beigeladenen angebotene Gewicht plausibel erscheint.
- 106 b) Auch die Annahme der Antragsgegnerin, es bestünden nach der Stellungnahme der Beigeladenen keine Anhaltspunkte, dass diese die Vorgaben zu den Luftkanälen und

dem Abstand der Sitze einhalten werde, begegnet keinen Bedenken. Sie bewegt sich in dem ihr zustehenden Beurteilungsspielraum, wenn sie in ihrem Prüfvermerk festhält, dass ihre Fragen zum Querschnitt der Luftkanäle und zur Verringerung des Sitzabstandes von der Beigeladenen so beantwortet seien, dass sie keine Unvereinbarkeit mit den von ihr im Lastenheft vorgegebenen Anforderungen feststellen könne. Die Antragstellerin zeigt schon nicht auf, inwieweit dies unzutreffend und Antragsgegnerin hier ihren Beurteilungsspielraum missachtet haben sollte.

- 107 Soweit die Antragstellerin darüber hinaus beanstandet, es fänden sich in dem Prüfvermerk keine Angaben dazu, dass der freie Durchblick durch den Wagen nicht mehr als notwendig beeinträchtigt sei, war dies von der Antragsgegnerin nicht problematisiert worden und ist auch nicht zu sehen, warum es hätte problematisiert werden müssen. Die Annahme, das Angebot der Beigeladenen erfülle dieses Kriterium nicht und sei deswegen auszuschließen, entbehrt, wie bereits die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat (unter II. B. 2., S. 24 f.), jeder erkennbaren tatsächlichen Grundlage. Vielmehr bietet die Beigeladene an, die Vorgaben einzuhalten, und es nicht zu sehen, warum hieran für die Antragsgegnerin Zweifel bestanden haben sollten.
- 108 c) Auch die Wertung der Antragsgegnerin, die Beigeladene werde die Anforderungen an die Geräuschentwicklung einhalten können, lässt im Rahmen des ihr zustehenden Spielraums keine Beurteilungsfehler erkennen.
- 109 aa) Bei der Aufklärungsfrage der Antragsgegnerin zu einer Eintragung der Beigeladenen in der Tabelle H zu der Geräuschentwicklung im Stand ging es lediglich um einen erkennbaren Übertragungsfehler, den die Beigeladene entsprechend berichtigt hat. Zweifel daran, dass die Beigeladene die von ihr ansonsten in ihrem Angebot zutreffend angegebenen und dann in der Tabelle H berichtigten Werte zur Geräuschentwicklung im Stand würde einhalten können, bestanden zu keinem Zeitpunkt; auch die Antragstellerin macht insoweit nur eine unzulässige - indes tatsächlich nicht vorliegende (vgl. oben B. III. 1. b)) - Angebotsänderung geltend.
- 110 bb) Soweit die Antragstellerin ansonsten erstmals in ihrem Schriftsatz vom 13. Februar 2020 (Seite 36 bis 39) behauptet, es sei von der Antragsgegnerin nicht geklärt worden, ob die die Beigeladene bei der von ihr angebotenen Verlegung der Luftkanäle die Grenzwerte für die Geräuschemissionen einhalten könnte, trifft dies nicht zu. Diesen Gesichtspunkt hatte die Antragsgegnerin in ihrer Aufklärungsfrage zu den Luftkanälen angesprochen. Dort heißt es (Bl. 10534 der Vergabeakten):
- 111 "Bitte benennen Sie den freien Querschnitt (Breite x Tiefe) des hinter den Sitzen angeordneten Luftkanals. Wir befürchten aufgrund des extremen Schlankheitsgrades des Kanals einen zu hohen Druckverlust, der sich negativ auf die Geräusche auswirken könnte. Nach unserem Kenntnisstand sind Seitenverhältnisse Tiefe/Breite von ?--- (1/7) gerade noch realistisch. Bitte nehmen Sie dazu Stellung."
- 112 Nachdem die Beigeladene in ihrer Antwort einen Luftkanal mit einem Seitenverhältnis 1 : 4 angegeben hatte (Bl. 10538 der Vergabeakten), war das Thema nach der Frage-

stellung der Antragsgegnerin erledigt, da selbst bei einem Seitenverhältnis von 1 : 7 die Auswirkung auf die Geräuscentwicklung noch als unproblematisch angesehen wird. Dementsprechend hält der Prüfvermerk auch fest, dass die von der Beigeladenen vorgeschlagenen Luftkanäle auch hinsichtlich des Geräuschpegels akzeptabel seien (Bl. 10546 der Vergabeakten). Vor diesem Hintergrund sind die entgegenstehenden Ausführungen der Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Es ist auch insoweit weder ersichtlich, dass das Angebot der Beigeladenen den Vorgaben der Antragsgegnerin für die vertraglichen Leistungen nicht entsprechen würde, noch inwiefern die Beigeladene nicht zur Ausführung der von ihr angebotenen Leistungen in der Lage sein sollte. Auch hinsichtlich der Vorgaben zur Geräuscentwicklung gibt es für beides keinerlei konkrete Anhaltspunkte, und zwar weder im Vorbringen der Antragstellerin noch sonst.

- 113 d) Soweit die Antragstellerin schließlich meint, die Antragsgegnerin habe weitere Prüfungen hinsichtlich der Realisierbarkeit durchführen müssen, verkennt sie zum einen, dass sich der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich auf die Angaben des Bieters in seinem Angebot verlassen darf, zumal dieser bei Vertragsschluss daran gebunden ist, und zum anderen, dass sich die Antragsgegnerin mit ihrer Annahme, dass die angebotenen Leistungen realisierbar seien, im Bereich ihres Beurteilungsspielraums bewegt. Aus dem Sachvortrag der Antragstellerin ist auch nicht zu entnehmen, dass die technischen Lösungen der Beigeladenen nicht realisierbar seien. Sie weist nur punktuell auf Folgeprobleme bei den von der Beigeladenen angebotenen technischen Werten hin, bei denen aber nicht ersichtlich ist, dass sie nicht durchgehend lösbar wären. Das gilt etwa auch, soweit sie die von der Beigeladenen angegebenen Geräuschwerte für auffallend gering hält, zumal sie hier maßgeblich auf das bisher von der Beigeladenen angebotene Modell IK abstellt und nicht berücksichtigt, dass für die vorliegende Ausschreibung ein neues Modell zu entwickeln ist, bei dem nicht ersichtlich ist, dass die Beigeladene die angebotenen und bei Vertragsschluss gegebenenfalls für sie verbindlichen Vorgaben an den Geräuschpegel nicht werde einhalten können.
- 114 3. Schließlich war die Antragsgegnerin entgegen der Auffassung der Antragstellerin keineswegs verpflichtet und wohl auch nicht berechtigt, die Beigeladene auszuschließen, weil diese teilweise die Aufklärungsfragen aus ihrer E-Mail vom 15. März 2019 nicht vollständig beantwortet hatte.
- 115 a) Die Entscheidung über den Ausschluss eines Angebotes wegen verweigerter oder nicht fristgerechter Aufklärung ist von der Vergabestelle im Wege einer pflichtgemäßen Ermessensentscheidung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu treffen. Voraussetzung für einen rechtmäßigen Ausschluss ist jedenfalls ein Aufklärungsbedarf, die Eignung der geforderten Informationen zur Befriedigung des Informationsinteresses, die Unmöglichkeit, die benötigten Informationen auf einfachere Weise zu erlangen, und die Verweigerung der Aufklärung durch den Bieter oder das Verstreichen einer ihm gesetzten angemessenen Frist (Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2017, § 15 VgV Rn. 111). Die Angebotsaufklärung hat danach lediglich dienende Funktion; sie ist kein Selbstzweck. Sie wird häufig der Klärung inhaltlicher Fragen dienen, kann sich aber auch, wie hier die Fragen zum Fahrzeuggewicht und der Lage der Luftkanäle, auf die Realisierbarkeit beziehen. Bezugspunkt der Klärung ist in jedem Fall die Frage, ob und wie das Angebot zu werten ist. Statt der insoweit möglichen Nachforderung (§ 51 Abs. 2 S. 1 SektVO) oder Aufklärung (§ 15 Abs. 5 S. 1 VgV analog) kann und

muss der öffentliche Auftraggeber stets auf vorhandene eigene oder selbst gewonnene Erkenntnisse zurückgreifen, um die von ihm aufgeworfenen Fragen zu dem Angebot eines Bieters zu beantworten. Das entspricht nicht nur dem stets zu beachtenden vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GWB), der es verbietet, Bieter wegen im Ergebnis unerheblicher Formverstöße trotz inhaltlich überzeugenden Angebotes aus dem Verfahren auszuschließen. Es entspricht vielmehr auch dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, da der öffentliche Auftraggeber gegenüber allen Bietern gleichermaßen verhältnismäßig vorzugehen hat. Davon zu unterscheiden ist die auch mit dem Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GWB) und dem Grundsatz eines fairen Verfahrens nicht vereinbare über die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinausgehende Begünstigung einzelner Bieter.

- 116 b) Nach diesen Vorgaben ist die Vorgehensweise der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden und kam ein Ausschluss der Beigeladenen nicht in Betracht. Zwar hat die Beigeladene die von der Antragsgegnerin angefragten Belege zu ihrer Gewichtskalkulation nicht vorgelegt und ist insoweit der Aufforderung zur Erläuterung ihres finalen Angebotes hinsichtlich des Gewichtes nicht vollständig nachgekommen. Indes hat sich für die Antragsgegnerin ausweislich ihres Prüfvermerks bei der Prüfung der Frage, ob das von der Beigeladenen angebotene Gewicht ihrer U-Bahn-Fahrzeuge nachvollziehbar und plausibel sei, herausgestellt, dass sie diese Frage auch ohne die von der Beigeladenen geforderten Belege selbständig bejahen konnte. Bei dieser Sachlage wäre ein Ausschluss der Beigeladenen unverhältnismäßig gewesen, weil die Erteilung der erbetenen Informationen zur Beantwortung der Aufklärungsfrage schon nicht erforderlich waren und die Antragsgegnerin sich diesen ihren eigenen Erkenntnissen nicht hätte verschließen dürfen. Für eine unzulässige Begünstigung der Beigeladenen und eine gleichheitswidrige "großzügige Handhabe" ist danach entgegen dem pauschalen und gänzlich unsubstantiierten Vorbringen der Antragstellerin nichts feststellbar.

IV.

- 117 Der Nachprüfungsantrag ist auch wegen der weiteren von der Antragstellerin bereits im Verfahren vor der Vergabekammer erhobenen vergaberechtlichen Rügen entweder unzulässig oder jedenfalls unbegründet.
- 118 Hierbei gilt, der Abhandlung der Rügen durch die Vergabekammer folgend, für die von der Vergabekammer wegen Verletzung der Rügeobliegenheit (1.) und fehlender Antragsbefugnis (2.) für unzulässig und die übrigen für unbegründet (3.) gehaltenen Rügen im Einzelnen das Folgende:
- 119 1. Soweit die Vergabekammer festgestellt hat, dass die Antragstellerin wegen eines Teils der Rügen gegen die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 3 GWB verstoßen habe, so dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei (unter II. A. 1. auf den Seiten 14 bis 21 des angefochtenen Beschlusses), nämlich
- 120 - fehlerhafte Bewertungsmethodik im Allgemeinen (dazu unter a))

- 121 - unzureichende Berücksichtigung der Ersatzteilversorgung in der Bewertungsmatrix (dazu unter b))
- 122 - Änderung der Bewertungsmethode für Energieverbräuche (dazu unter c))
- 123 - fehlende Überprüfbarkeit der Zuschlagskriterien (dazu unter d))
- 124 - Mehrfachbewertung des Kriteriums Masse (dazu unter e))
- 125 - ungleicher Umgang mit Fristverlängerungen (dazu unter f))
- 126 - unzulässige Beeinflussung der Verhandlungen bezüglich des Preises (dazu unter g))
- 127 - unzulässige Beeinflussung der Verhandlungen bezüglich der Antriebskonstruktion (Traktion) (dazu unter h))
- 128 ist dem zwar auf der Grundlage der oben unter B. I. 2. bereits dargelegten rechtlichen Vorgaben nicht durchgehend zu folgen; allerdings ist der Nachprüfungsantrag insoweit jedenfalls jeweils unbegründet.
- 129 Hierbei ist zu beachten, dass die Rügeobliegenheit bei unbegründeten Rügen von vornherein nicht bestehen kann, weil tatsächlich nicht vorliegende Verstöße im Sinne des § 160 Abs. 3 GWB weder erkannt werden noch erkennbar sein können (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 209 m.w.N.). Die Präklusionsvorschriften machen überhaupt nur Sinn, soweit ein rügefähiger Vergabeverstöß zumindest vorliegen könnte. Denn in diesem Fall führt die Präklusion dazu, dass der an sich begründete Vergabeverstöß unberücksichtigt bleibt. Rügen, die sich als unbegründet erweisen, bleibt demgegenüber unabhängig von der Beachtung der Rügeobliegenheit, eben weil sie unbegründet sind, der Erfolg versagt; der Nachprüfungsantrag ist schlicht unbegründet (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 211). Insoweit begegnet es auch keinen Bedenken, möglicherweise präkludierte Rügen als jedenfalls unbegründet zurückzuweisen, weil sich die Frage der Unzulässigkeit wegen einer Präklusion dann gar nicht erst stellt (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 212; a.A. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - VII-Verg 28/14 -, juris Rn. 37). Die im Zivilprozess bestehende Problematik, dass bei unzulässiger Klage der Anspruch erneut geltend gemacht werden könnte, besteht bei einer präkludierten Rüge schon deswegen nicht (a.A. OLG Düsseldorf, a.a.O.), weil die Entscheidung über die Präklusion in Rechtskraft erwächst und der betreffende Antragsteller die Rüge in nachfolgenden Nachprüfungsverfahren nicht mehr in zulässiger Weise geltend machen könnte.

- 130 a) Nach diesen Grundsätzen ist die allgemein gegen die Bewertungsmethodik gerichtete Rüge der Antragstellerin jedenfalls unbegründet, weil es an einem Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften fehlt.
- 131 aa) Gegenstand der allgemeinen Beanstandung der Bewertungsmethodik ist nach dem von der Antragstellerin nicht beanstandeten Verständnis der Vergabekammer, dass die Antragsgegnerin bei den einzelnen Unterkriterien zur Leistung unterschiedliche Bewertungsmethoden verwandt und dass sie beim Kriterium des Preises diesen in der Formel verdoppelt habe. Die Antragstellerin meint, die Bewertungsmethode sei deswegen inkonsistent. Hierin liege ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB), den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) sowie die Vorgaben des § 127 GWB.
- 132 bb) Dem ist nicht zu folgen. Die von der Antragstellerin in den genannten Punkten allgemein für vergaberechtswidrig gehaltene Bewertungsmethode der Antragsgegnerin ist nicht zu beanstanden. Abgesehen davon, dass dem öffentlichen Auftraggeber bei der Bestimmung der Bewertungsmethode zu den Zuschlagskriterien ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt, wie die Vergabekammer auf Seite 16 des angefochtenen Beschlusses zutreffend herausgearbeitet hat und worauf zu verweisen ist, ist auch nicht ansatzweise erkennbar, warum die Verwendung verschiedener Bewertungsmethoden für verschiedene Leistungskomponenten zu einer nicht leistungsgerechten Bewertung führen soll, wenn bei den einzelnen Komponenten die Punkte nachvollziehbar vergeben werden und die Punkte der Einzelkomponenten sich zu der zu vergebenden Gesamtpunktzahl addieren.
- 133 Ebenso wenig ist verständlich, was an der Formel zur Ermittlung der Punktzahl für den Preis problematisch sein soll. Die Antragstellerin erläutert dies auch in ihrer Beschwerdeschrift nicht. Die Formel führt dazu, dass im Ergebnis Preise, die doppelt oder mehr als doppelt so hoch sind wie der niedrigste Preis, keine Punkte erhalten. Das ist vollkommen unproblematisch und ohne Weiteres von dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers gedeckt. Ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) sowie seine Ausprägung in § 127 GWB ist insoweit nicht ansatzweise erkennbar. Ebenso liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) offenkundig nicht vor, weil die von der Antragsgegnerin vorgegebenen Zuschlagskriterien für alle Bieter gleichermaßen galten, ohne dass eine Benachteiligung einzelner Bieter, auch der Antragstellerin in irgend einer Weise erkennbar wäre.
- 134 b) Die Rüge der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin gegen die Vorgaben des § 127 GWB verstoßen habe, indem sie bezüglich des mit ausgeschriebenen Ersatzteilversorgungsvertrages keine qualitativen Zuschlagskriterien festgesetzt hat und diese Leistungskomponente nur über den Preis bewertet wird, ist offensichtlich unbegründet, so dass sich auch hier die Frage der Präklusion mangels eines rügefähigen Vergabeverstoßes gar nicht erst stellt. Abgesehen davon, dass, wie bereits ausgeführt, dem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung der Zuschlagskriterien ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt, dessen Verletzung die Antragstellerin auch in ihrer Beschwerde in keiner Weise aufzeigt, verbietet § 127 GWB gerade nicht, den Zuschlag alleine vom Preis abhängig zu machen und von der qualitativen Bewertung abzusehen. Vielmehr kann

§ 127 Abs. 1 S. 4 GWB ohne jeden Zweifel entnommen werden, dass - umgekehrt - der Preis stets zu berücksichtigen ist, während qualitative Kriterien nur fakultativ herangezogen werden können, mag vor der letzten Vergaberechtsreform die Rechtslage insofern auch noch unklar gewesen sein. Im Übrigen sind, wie auch die Antragstellerin erkennt, bei der Angebotswertung insgesamt sehr wohl auch qualitative Kriterien Gegenstand der Bewertung gewesen, nur eben nicht bei der Leistungskomponente "Ersatzteilversorgung". Hiervon abzusehen war aber ohne jeden Zweifel von dem Beurteilungsspielraum der Antragsgegnerin umfasst, wobei auch nicht ansatzweise zu sehen ist, dass und warum diese von der Antragstellerin vermeintlich festgestellte "Inkonsistenz" vergaberechtswidrig wäre.

- 135 c) Auch die Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe unter Verstoß gegen § 127 Abs. 5 GWB die Zuschlagskriterien im Laufe des Vergabeverfahrens geändert, indem sie bei den Energieverbräuchen nachträglich die Bremsenergie rückgewinnung nicht berücksichtigt habe, sondern nur die Beschleunigungsenergie, geht fehl. Auch diese Rüge ist schlicht unbegründet, so dass sich die Frage einer Präklusion im Hinblick auf ihre seit Dezember 2018 bestehende Kenntnis des genannten Umstandes nicht stellt. Denn, wie bereits die Vergabekammer zutreffend festgestellt hat, liegt die vermeintliche Änderung der Zuschlagskriterien tatsächlich nicht vor.
- 136 Die Bewertung des Energieverbrauchs sollte nach Ziffer 2.5.1 der Erläuterungen der Bewertungsmatrix auf der Grundlage der Beschreibungen im Lastenheft im Abschnitt 5 und der Anlage 1-51 sowie den darin genannten Unterlagen stattfinden. Aus diesen in Bezug genommenen Unterlagen ergab sich aber zweifelsfrei, dass nur der Energieverbrauch der Beschleunigungsphase zugrunde zu legen war. Da die Antragstellerin ebenso wie andere Bieter dies falsch verstanden hatte, hat es die Antragsgegnerin nachfolgend klargestellt und der Antragstellerin Gelegenheit gegeben, ihren Irrtum zu berichtigen.
- 137 Soweit die Antragstellerin darüber hinaus geltend machen will, die Beschränkung der Leistungsbewertung beim Energieverbrauch auf die Beschleunigungsphase sei nicht sachgerecht, ist auch nicht ansatzweise erkennbar, dass unter Berücksichtigung des, wie ausgeführt, insoweit bestehenden Beurteilungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 127 GWB vorläge. Abgesehen davon hat die Antragsgegnerin auch nachvollziehbar im Einzelnen dargelegt, warum sie die Bremsenergie rückgewinnung nicht berücksichtigt habe, nämlich weil die entsprechenden Werte zufällig seien und im Wesentlichen nicht von dem Fahrzeug abhingen, sondern von der Aufnahmefähigkeit des Gleichstromnetzes des Betreibers.
- 138 d) Ebenso ist die Rüge der Antragstellerin, die von der Antragsgegnerin festgelegten Zuschlagskriterien seien unter Verstoß gegen § 127 Abs. 4 S. 1 GWB nicht überprüfbar, jedenfalls unbegründet. Auf die entsprechenden Ausführungen auf den Seiten 18 f. des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer kann zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Auch hier stellt sich die Frage der Erkennbarkeit des gar nicht vorliegenden Verstoßes und einer Präklusion der Antragstellerin mit dieser schon unbegründeten Rüge nicht.

- 139 Nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB müssen Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass unter anderem eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Diesen Anforderungen genügen die in der Anlage G2 im Einzelnen umschriebenen Zuschlagskriterien ohne Weiteres. Die Antragstellerin trägt schon nicht ansatzweise vor, inwieweit die Kriterien etwa auch zur Geräuschemission nicht überprüfbar sein sollten, und behauptet dies nur ebenso pauschal wie nicht nachvollziehbar. Selbstverständlich kann anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv überprüft werden, ob, wie es der EuGH in seinem auch von der Antragstellerin herangezogenen Urteil vom 4. Dezember 2003 - C-448/01 -, Rn. 50 gefordert hat, die Bieter mit ihren Angeboten die Zuschlagskriterien erfüllen.
- 140 Überprüfbarkeit der Zuschlagskriterien im Sinne des § 127 Abs. 4 S. 1 GWB bedeutet im Übrigen auch nicht, dass sie sich auf ein bereits hergestelltes Produkt beziehen müssten, da dies denkbare nicht möglich ist. Es geht vielmehr darum, dass die vorgegebenen qualitativen Kriterien einen Abgleich mit den Angeboten ermöglichen, was entsprechend klare Vorgaben erfordert, nicht aber das Vorhandensein des - wie hier - erst herzustellenden Produkts. Ist das Produkt - wie hier - noch zu entwickeln, ist die Prüfung auf die Plausibilität der Angaben des Bieters gerichtet und ist genau das Gegenstand der Überprüfung und, wenn die Kriterien wie hier entsprechend gefasst sind, auch ohne weiteres prüfbar.
- 141 Soweit die Antragstellerin im Zusammenhang mit ihrer allgemeinen Rüge der fehlenden Überprüfbarkeit der Zuschlagskriterien völlig unsubstantiiert behauptet, die Antragsgegnerin habe die Einhaltung der Kriterien tatsächlich nicht hinreichend überprüft, würde dies an der nach § 127 Abs. 4 S. 1 GWB allein maßgeblichen Überprüfbarkeit nichts ändern. Entgegen ihrer Ansicht steht der Überprüfbarkeit auch nicht entgegen, dass es sich lediglich um eine Prognose aufgrund der Bieterangaben handelt. Vielmehr bezieht sich die Beurteilung, ob die Zuschlagskriterien eingehalten sind, in aller Regel auf Bieterangaben, nämlich deren Angebote und die entsprechenden Erläuterungen dazu, und handelt es sich bei der Frage, ob die Kriterien bei der Vertragsdurchführung auch eingehalten werden, wie bereits ausgeführt, stets um eine Prognose. Die Überprüfbarkeit der Zuschlagskriterien ist daher bereits dann gegeben, wenn diese Prognose aufgrund der Bieterangaben, wie vorliegend ohne Weiteres, möglich ist.
- 142 Schließlich ist auch die von ihr nicht näher begründete Annahme der Antragstellerin, die qualitativen Kriterien entzögen sich einer Nachprüfung, weil sie vertraglich nicht abgesichert seien, in keiner Weise nachvollziehbar. Natürlich hat der Auftragnehmer nach den vorliegenden umfangreichen Vertragsunterlagen die Leistung in der von der Antragsgegnerin gewünschten, im Einzelnen festgelegten Weise zu erbringen und würden sämtliche vertragsrechtlichen Sanktionen greifen, wenn er seine vertraglichen Pflichten nicht oder schlecht erfüllen sollte.
- 143 e) Soweit die Antragstellerin rügt, es verstoße gegen § 127 Abs. 3 S. 1 GWB und § 97 Abs. 1 S. 2 GWB, wenn die bei der qualitativen Bewertung als eigenständiges Unterkriterium aufgeführte Masse zudem bei dem Energieverbrauch eine Rolle spiele, erschließt sich dies nicht und ist auch diese Rüge schlicht unbegründet. Nach § 127 Abs. 3 S. 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.

Nach § 97 Abs. 1 S. 2 GWB sind die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit zu wahren. Es entbehrt jeder Grundlage und wird von der Antragstellerin auch nicht dargelegt, warum die angebliche Doppelbewertung gegen die Vorgaben aus den genannten Vorschriften verstoßen soll. Auch andere Rechtsverletzungen sind schon im Ansatz nicht ersichtlich. Im Übrigen fehlt es tatsächlich auch an der vermeintlichen Doppelbewertung, weil die Masse in völlig anderen Zusammenhängen, einmal für sich genommen und dann, wenn überhaupt, nur mittelbar beim Energieverbrauch bei der Beschleunigung berücksichtigt ist.

- 144 f) Soweit die Antragstellerin einen gleichheitswidrigen Umgang der Antragsgegnerin mit ihren Fristverlängerungsanträgen rügt, ist ihr Nachprüfungsantrag unzulässig, weil sie mit dieser Rüge präkludiert ist (aa) und ihr insoweit im Übrigen auch die Antragsbefugnis fehlt (bb).
- 145 aa) Zu Recht hat die Vergabekammer angenommen, dass die Antragstellerin mit ihrer Rüge, sie sei bei der Behandlung von Fristverlängerungsanträgen unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB ungleich behandelt worden, nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist. Denn ihr war bekannt, wie ihre eigenen Fristverlängerungsanträge und die der anderen Bieter beschieden worden waren, da die Fristverlängerungen immer für alle Bieter gleichermaßen bewilligt oder versagt worden sind. Dass hierin ein vergaberechtswidriger Verstoß gegen den grundlegenden Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB liegen konnte, war, vorausgesetzt ein solcher Verstoß lag überhaupt vor, für sie als erfahrenes Großunternehmen bei der Vergabe eines Großauftrags im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1. Nr. 3 GWB erkennbar (vgl. bereits oben B. I. 1.).
- 146 bb) Darüber hinaus lässt sich aus dem Vorbringen der Antragstellerin auch weder ersehen, dass die Antragsgegnerin bei dem Umgang mit Fristverlängerungsanträgen gleichheitswidrig verfahren wäre, noch dass ihr ein Schaden entstanden sein könnte, so dass ihr für diese Rüge die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis fehlt.
- 147 Zur Darlegung einer Rechtsverletzung hätte es eines Vorbringens bedurft, welcher Fristverlängerungsantrag nach den maßgeblichen Vorgaben der §§ 14, 15 SektVO in welcher Weise unrichtig behandelt worden sein soll. Das Vorbringen, den einen Anträgen sei gefolgt worden, den anderen nicht oder nur zum Teil, reicht insoweit nicht aus, weil daraus nicht zu ersehen ist, ob und inwieweit dies die Vorgaben aus den genannten Vorschriften verletzt hätte. Auch unter Berücksichtigung des Amtsermittlungsgrundsatzes aus § 163 GWB ist es nicht Sache der Nachprüfungsinstanzen ohne nähere Bezeichnung und Darlegung des Verstoßes nach möglichen Vergaberechtsverstößen zu forschen, sondern sie können sich auf das beschränken, was von den Beteiligten vorgebracht wird und sonst bekannt sein muss (§ 163 Abs. 1 S. 2 GWB).
- 148 Soweit die Antragstellerin den Schaden darin sieht, dass die Beigeladene aufgrund der ihr gewährten Fristverlängerung ihr Angebot grundlegend habe überarbeiten können, was ihr ohne Fristverlängerung nicht möglich gewesen wäre, ist dies rechtlich nicht ansatzweise nachvollziehbar, weil nicht erkennbar ist, dass die Antragsgegnerin den für die Bescheidung von Fristverlängerungsanträgen maßgeblichen Vorgaben aus §§ 14, 15

SektVO nicht genügt hätte. Es ist aber auch tatsächlich nicht nachvollziehbar, weil die Antragsgegnerin den Fristverlängerungsanträgen der Antragstellerin weitgehend stattgegeben hat. So ist sie ihrem Antrag auf Verlängerung der Frist für die Abgabe des ersten Angebotes teilweise gefolgt und hat die Frist bis zum 31. Januar 2018 (beantragt war 16. Februar 2018) verlängert und nur einem weiteren Antrag vom 8. Dezember 2017 auf Fristverlängerung bis zum 28. Februar 2018 nicht entsprochen, weil die Frist für die Bearbeitung des Angebotes von 8,5 Monaten bis zur bereits verlängerten Angebotsfrist am 31. Januar 2018 ausreichend erscheine. Fehler bei dieser Bescheidung der Fristverlängerungsanträge der Antragstellerin sind nicht erkennbar. Auch bei der ursprünglich bis zum 8. Februar 2019 gesetzten Frist für die Abgabe des finalen Angebotes ist den Fristverlängerungsanträgen der Bieter nur teilweise und jeweils mit sachlicher, nachvollziehbarer Begründung entsprochen worden und die Frist bis zum 1. März 2019 und dann noch einmal bis zum 7. März 2019 verlängert worden (vgl. Vergabevermerk, S. 61).

- 149 g) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat des Weiteren keinen Erfolg, soweit sie eine unzulässige Beeinflussung der Verhandlungen über den Preis durch die Antragsgegnerin rügt.
- 150 aa) Allerdings ist die Antragstellerin mit dieser Rüge entgegen der Auffassung der Vergabekammer jedenfalls dann nicht nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert, wenn diese Rüge so verstanden wird, wie die Antragstellerin sie in ihrer Beschwerdeschrift verstanden haben möchte. Danach beanstandet sie konkret, dass die Antragsgegnerin sie aufgefordert habe, ihre Preise um 10-15% zu senken, was aber nicht gerechtfertigt gewesen sei, weil ihre Preise besser als die der anderen Bieter gewesen seien. Da sie dies unstrittig erst bei der Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren erfahren hat, konnte sie den gerügten Verstoß, nämlich die beanstandete Irreführung durch die Antragsgegnerin, nicht vorher erkennen und kann ihre so verstandene Rüge daher nicht verspätet sein.
- 151 bb) Rügt die Antragstellerin also nicht die Beeinflussung als solche, sondern die von der Antragsgegnerin bestrittene Irreführung über ihre Preisgestaltung im Verhältnis zur Preisgestaltung der anderen Bieter, lässt sich ihrem Vorbringen nicht entnehmen, inwieweit ihr hieraus ein Nachteil erwachsen sein soll, so dass ihr diesbezüglich die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB mangelt. Nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB bedarf es insoweit unter anderem der Darlegung eines bereits entstandenen oder drohenden Schadens (vgl. zu den Anforderungen bereits oben B. I. 1. a)). Daran fehlt es. Durch die behauptete Beeinflussung der Antragsgegnerin können sich ihre Zuschlagschancen nicht verschlechtert haben, weil die behauptete Beeinflussung allein zu einer Senkung der Preise Anlass hätten geben können und sich damit die Chancen für den Zuschlag sogar erhöht hätten. Soweit die Antragstellerin behauptet, sie hätte ohne den Hinweis den Preis nicht gesenkt, sondern die Qualität ihres Angebotes verbessert, ist zum einen nicht ersichtlich, warum sie dafür Anlass hätte haben sollen und warum sie konkret durch die Preiserabsetzung in welcher Weise auf eine Qualitätserhöhung verzichtet hätte - ihr Sachvortrag ist insoweit völlig unsubstantiiert. Zum anderen wären aufgrund der starken Orientierung der Vergabe am Preis die deutlich größeren Vorteile durch eine Senkung des Preises zu erzielen gewesen, so dass die behauptete Qualitätsverbesserung auch nicht plausibel ist. Soweit die Antragstellerin schließlich behauptet, dass auch die Beigeladene bei der Preisgestaltung beeinflusst worden sei, gibt es dafür weder nach dem Sachvor-

trag der Antragstellerin noch sonst irgendwelche tatsächlichen Anhaltspunkte, geschweige denn Beweise.

- 152 cc) Würde der Antragstellerin aus den genannten Gründen für ihre Rüge einer angeblichen vergaberechtswidrigen Beeinflussung der Preisbildung nicht bereits die Antragsbefugnis fehlen, wäre der Antrag jedenfalls unbegründet, weil das tatsächliche Vorbringen der Antragstellerin vollkommen substanzlos bleibt und für ihre Behauptungen keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte erkennbar sind.
- 153 h) Soweit die Antragstellerin eine vergaberechtswidrige Beeinflussung der Verhandlungen bezüglich der Antriebskonstruktion (Traktion) durch die Antragsgegnerin behauptet, bleibt ihr Nachprüfungsantrag auch insoweit ohne Erfolg. Sollte die Antragsgegnerin die Antragstellerin nämlich darauf hingewiesen haben, dass sie ihre Antriebskonstruktion (Traktion) auf 75% verbessern müsse, was die Antragsgegnerin bestreitet, hätte hierin eine offensichtlich vergaberechtswidrige Begünstigung der Antragstellerin gelegen, ein Vergabeverstoß, den die Antragstellerin nicht nur tatsächlich, sondern auch rechtlich als Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot erkannt haben musste. Ob sie deswegen mit ihrer Rüge bereits nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ausgeschlossen ist, weil sie nicht fristgerecht binnen zehn Tagen erfolgte, kann indes dahinstehen. Denn der Antragstellerin kann, wie auch die Vergabekammer zutreffend festgestellt hat, aus diesem Vergabeverstoß ersichtlich kein Nachteil, sondern allenfalls ein Vorteil erwachsen sein, indem sie ihr Angebot entsprechend optimieren konnte, weswegen ihr jedenfalls mangels eines Schadens aus dem behaupteten Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB fehlt.
- 154 2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat auch wegen der fünf weiteren Rügen, bei denen der Antragstellerin nach Auffassung der Vergabekammer die Antragsbefugnis im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB fehlt (unter II. A. 2. auf den Seiten 21 bis 23 des angefochtenen Beschlusses), nämlich
- 155 - fehlerhafte Zuschlagskriterien beim Kriterium "Masse" (dazu unter a))
- 156 - unterlassene Weiterleitung einer Bieterfrage (dazu unter b))
- 157 - unaukömmliche Preise der Beigeladenen (dazu unter c))
- 158 - Mitteilung der Preise der Antragstellerin an die Beigeladene (dazu unter d))
- 159 - Nichtverwendung der bekannt gemachten Bewertungsmethode (dazu unter e))
- 160 keinen Erfolg.

- 161 a) Wegen ihrer Rüge, die Antragsgegnerin habe beim Kriterium "Masse" fehlerhafte Zuschlagskriterien aufgestellt, ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zwar zulässig (aa), jedoch unbegründet (bb).
- 162 aa) Entgegen der Ansicht der Vergabekammer ist die Antragstellerin wegen dieser Rüge antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Die Antragstellerin hat hinreichend substantiiert dargelegt, aufgrund welcher tatsächlicher Umstände sie in der Bewertungsmethode bei dem qualitativen Unterkriterium der Masse, also des Gewichtes eines aus vier Wagen bestehenden U-Bahn-Zuges einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB) und der Sache nach auch einen Verstoß gegen das Gebot der leistungsgerechten Bewertung bei den Zuschlagskriterien (§ 127 GWB) sieht. Sie hat im Einzelnen dargelegt, dass eine Unterschreitung des vertraglich vorgesehenen Maximalgewichtes um 2,3% vorliegend bereits zum Erreichen der Höchstpunktzahl von 40 geführt habe und dass dies im Verhältnis zu dem Umstand, dass der Vertrag (Ziffer 25.7) bei einer Gewichtsüberschreitung von je angefangenen 1.000 kg eine Kaufpreisminderung von 40.000 Euro über die vierzigjährige Lebensdauer eines Wagens vorsieht, unverhältnismäßig sei. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer ist dies nicht lediglich eine pauschale Wertung der Bewertungsmethode, sondern eine konkrete, auf Tatsachen gestützte Begründung des geltend gemachten vergaberechtlichen Verstoßes (§ 160 Abs. 2 S. 1 GWB). Da sich dies ersichtlich zu Lasten der Antragstellerin auswirken konnte, ist auch ein möglicher Schaden hinreichend dargelegt (§ 160 Abs. 2 S. 2 GWB).
- 163 bb) Die Rüge ist aber unbegründet. Die Vorstellung der Antragstellerin, dass sich die Punkte aus der Bewertung des Unterkriteriums Masse über die Punkte bei dem Kriterium des Preises gleichsam in eine bestimmte Summe umrechnen lassen müssten, überzeugt nicht, weil die Punkte eben gerade nicht ein Index für den Preis, sondern für die Wirtschaftlichkeit als Mischung preislicher und qualitativer Kriterien sind. Insoweit verbietet sich auch eine Gleichsetzung mit den bei Überschreitung des vertraglich vereinbarten Höchstgewichtes vorgesehenen Vertragsstrafen. Das eine - qualitative Wertung einer Unterschreitung des Maximalgewichtes - hat mit dem anderen - Vertragsstrafe bei Überschreiten des vertraglich vorgesehenen Maximalgewichtes - nichts zu tun. Soweit sich bereits geringe Gewichtsunterschreitungen auch dahin auswirken können, dass der Bieter für das Unterkriterium Masse vergleichsweise viele Punkte erhält, lässt sich nicht erkennen, dass die Antragsgegnerin insoweit die Grenzen des ihr zukommenden Beurteilungsspielraums bei der Festlegung der Zuschlagskriterien nach § 127 GWB überschritten hätte. Es war ihr nicht verwehrt, bei diesem Merkmal einen starken Anreiz für Unterschreitungen des nach dem Vertrag einzuhaltenden Höchstgewichtes vorzusehen, zumal das Unterkriterium mit 40 Punkten nur zu 4% in die Gesamtwertung eingeflossen ist.
- 164 b) Nicht nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt ist die Antragstellerin, wenn sie rügt, dass die Anfrage eines Bieters zur Verlängerung der Angebotsfrist nicht weitergeleitet worden sei. Entgegen der Ansicht der Vergabekammer hat die Antragstellerin damit allerdings einen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften konkret dargelegt (§ 160 Abs. 2 S. 1 GWB), mag auch die Schlussfolgerung, dies sei noch in weiteren Fällen vorgekommen, eine nicht hinreichend aus dem einen Einzelfall ableitbare Folgerung sein. Indes hat die Antragstellerin auch in ihrer Beschwerde entgegen den Vorgaben des § 160 Abs. 2 S. 2

GWB in keiner Weise dargelegt, inwieweit ihr hieraus ein Schaden entstanden sein oder noch drohen könnte; dies auch sonst nicht ansatzweise erkennbar.

- 165 c) Auch mit der Rüge, die Antragsgegnerin habe nicht beachtet, dass die Preise der Beigeladenen unauskömmlich seien, ist der Nachprüfungsantrag zwar zulässig (aa), aber unbegründet (bb).
- 166 aa) Entgegen der Auffassung der Vergabekammer ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht bereits unzulässig, weil der Antragstellerin für diese Rüge die Antragsbefugnis fehlen würde. Vielmehr sind die insoweit nach § 160 Abs. 2 GWB bestehenden Anforderungen erfüllt. Wie die Vergabekammer zutreffend herausgearbeitet hat, macht die Antragstellerin geltend, dass die von der Beigeladenen geforderten Preise nicht auskömmlich seien, was die Antragsgegnerin nicht hinreichend geprüft habe. Damit macht die Antragstellerin einen Verstoß gegen § 54 SektVO geltend. Der Schaden für die Antragstellerin würde sich daraus ergeben, dass bei nicht feststellbarer Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen, deren Angebot auszuschließen gewesen wäre (§ 54 Abs. 3 S. 1 SektVO), so dass sich die Zuschlagschancen der Antragstellerin verbessert hätten.
- 167 bb) Indes ist die Rüge unbegründet. Die Antragstellerin behauptet nicht, dass die Preise der Beigeladenen derart niedrig gewesen wären, dass bereits die Preisabweichungen eine Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebotes erfordert hätten. Es bleibt bei dem allgemeinen Vorbringen, dass die Preise der Beigeladenen aufgrund der von ihr angebotenen Qualität bei der Bautiefe der Türsäulen, des Energieverbrauchs und der Geräuschwerte nicht auskömmlich seien. Zum einen ist die Antragsgegnerin, wie die Antragstellerin selbst im Einzelnen auf der Grundlage ihrer Einsicht in die Vergabeakten aufgezeigt hat, aber der Frage nachgegangen, ob die Beigeladene die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen auch erbringen kann und hat diese Frage im Ergebnis bejaht. Zum anderen zeigt die Antragstellerin nicht auf, warum dies entgegen dem Prüfergebnis der Antragsgegnerin nicht der Fall sein sollte. Das folgt, anders als die Antragstellerin meint, noch nicht daraus, dass die Preise der Beigeladenen ähnlich - tatsächlich sogar, wenn auch geringfügig, höher - wie ihre eigenen seien, sie aber für diese Preise die von der Beigeladenen angebotene Qualität nicht gewährleisten könne, und es folgt auch nicht daraus, dass die Beigeladene im Laufe des Verhandlungsverfahrens ihre Preise, übrigens ebenso wie die Antragstellerin, deutlich (12%) gesenkt hat. Vielmehr wäre hier gegebenenfalls im Einzelnen darzulegen gewesen, dass und warum die von der Beigeladenen angebotenen Lösungen zwingend nur zu höheren Preisen auskömmlich hätten angeboten werden können. Dafür trägt die Antragstellerin aber weder etwas vor noch ist es sonst ersichtlich. Es gibt vielmehr keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte, dass die Beigeladene die von ihr angebotenen U-Bahn-Fahrzeuge nicht auskömmlich für die von ihr angesetzten Preise herstellen könnte.
- 168 Auch der Vorwurf, die Antragsgegnerin habe bei ihrer Preisprüfung in unzulässiger Weise auf das Angebot eines ausgeschlossenen Bieters Bezug genommen, trifft nicht zu. Die Antragsgegnerin hat sich in der Wertung des finalen Angebotes nicht auf den Preis der ausgeschlossenen Bieterin bezogen. Dazu gab es auch keinen Anlass, weil die Preise der verbliebenen Bieter, nämlich der Antragstellerin und der Beigeladenen, derart nah bei-

einander lagen, dass keinerlei Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen aufkommen konnten.

- 169 d) Auch soweit die Antragstellerin rügt, die Antragsgegnerin habe der Beigeladenen die Preise der weiteren Bieter mitgeteilt, bleibt dies ohne Erfolg.
- 170 aa) Allerdings ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wegen dieser Rüge nicht bereits unzulässig. Die Antragstellerin rügt einen schwerwiegenden Verstoß gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB), der sich auch zum Nachteil der Antragstellerin hätte auswirken können. Die Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB) ist damit entgegen der Auffassung der Vergabekammer gegeben. Insbesondere handelt es sich nicht um pauschale Vermutungen, sondern die Antragstellerin stützt ihre Behauptung einer Weitergabe ihrer Preise an die Beigeladene auf mehrere Hilfstatsachen, was für eine hinreichend substantiierte Geltendmachung einer Rechtsverletzung nach § 160 Abs. 2 GWB genügt (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Dezember 2019 - Verg 9/19 -, juris Rn. 6).
- 171 bb) Die Rüge ist aber unbegründet. Denn anders als die Antragstellerin meint, genügen die von ihr vorgebrachten Indizien keineswegs für den von ihr gezogenen Schluss, die Antragsgegnerin müsse insbesondere den von ihr angebotenen Preis an die Beigeladene weitergegeben haben. So besagt der Umstand, dass die Beigeladene einen geringfügig höheren Preis als die Antragstellerin angeboten hat, nichts dafür, dass die Antragsgegnerin sie entsprechend informiert habe. Vielmehr hätte es dann ganz im Gegenteil nahe gelegen, dass die Beigeladene den Preis der Antragstellerin unterboten hätte. Auch für eine Weitergabe der Preise anderer Bieter bestehen keine konkreten Anhaltspunkte. Die gesamte Argumentation der Antragstellerin, wonach der Umstand, dass die Beigeladene ihr finales Angebot optimiert habe, ein sicheres Zeichen sei, dass sie Hinweise der Antragsgegnerin erhalten habe, berücksichtigt nicht, dass genau dies das ebenso typische wie zweckrationale Verhalten von Wettbewerbern in einem Vergabeverfahren ist. Auch die behauptete Weitergabe von Preisinformationen an die Beigeladene durch die Antragsgegnerin ist danach schlicht nicht feststellbar.
- 172 e) Auch die Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe die bekannt gemachten Bewertungsmethode bei der Angebotswertung nicht ordnungsgemäß angewendet, ist jedenfalls unbegründet. Dies ist weder bei dem Unterkriterium Masse (aa) noch bei einem der sonstigen Kriterien (bb) der Fall.
- 173 aa) Weder ist das Kriterium "Masse" nach den Vergabeunterlagen so zu werten, wie es die Antragstellerin für richtig hält, so dass die von der Antragsgegnerin vorgenommene Wertung unter Verstoß gegen § 127 GWB insoweit fehlerhaft wäre, noch sind die Vorgaben zur Wertung des Kriteriums "Masse" unter Verstoß gegen das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 S. 1 GWB in einer Weise intransparent, dass sich ihnen nicht entnehmen ließe, wie die Wertung durchzuführen wäre. Der Antragstellerin ist lediglich insoweit zu folgen, dass sich die Bewertungsmethode nicht ohne weiteres aus den Angaben in den Vergabeunterlagen erschließt, sondern eine einem durchschnittlichen Bieter durchaus mögliche Auslegung der entsprechenden Vorgaben abnötigt.

- 174 Die einzige nach den Erläuterungen in Ziffer 2.4 der Anlage G 2 möglicherweise nicht ganz deutliche Festlegung, an welcher Stelle die Gewichtung von 70 zu 30 zwischen Groß- und Kleinprofilzügen durchzuführen ist, wird durch die Anlage H geklärt. In die in dieser Anlage enthaltene Aufstellung waren von dem Bieter das Gewicht eines Zuges in Groß- und Kleinprofil einzutragen. Daraus kann abgeleitet werden, dass diese Werte jeweils nach der Formel A 2 aus der Anlage G 1 gewichtet werden und sodann im Verhältnis von 70 zu 30 in die Gesamtpunktzahl einfließen sollten. Für das Verständnis der Antragstellerin, dass die Gewichte als solche im Verhältnis von 70 zu 30 in ein Gesamtgewicht umgerechnet werden sollen, auf das dann die Formel A 2 angewandt werden soll, gibt es vor dem Hintergrund der damit nicht vereinbaren Anlage H keine Anhaltspunkte. Kein solcher Anhaltspunkte ist auch, dass dann eine Vergabe sämtlicher bei dem Unterkriterium "Masse" erreichbarer 40 Punkte nicht sichergestellt ist, weil nirgendwo angegeben ist, dass notwendigerweise 40 Punkte vergeben werden müssten. Nach den Erläuterungen in Ziffer 2.4 der Anlage G 2 handelt es sich vielmehr nur um einen maximal möglichen Wert, was auch sonst vergaberechtlich nicht weiter zu beanstanden ist, wie auch die Vergabekammer unter II. B. 5. auf Seite 26 des angefochtenen Beschlusses zutreffend festgestellt hat.
- 175 Die Antragsgegnerin hat die Bewertung der Angebote zu dem Unterkriterium "Masse" entsprechend vorgenommen: Sie hat für Groß- und Kleinprofil die Punktwerte nach Maßgabe der Bewertungsformel A 2 gesondert ermittelt und dann aus den sich ergebenden Werten im Verhältnis 70 zu 30 auch rechnerisch zutreffend die Punktzahl hergeleitet.
- 176 bb) Auch bei den sonstigen Kriterien hat die Antragsgegnerin die von ihr vorgegebenen Bewertungsmethoden angewandt. Obgleich tatsächliche Anhaltspunkte für die behauptete Abweichung von bekannt gegebener und angewandter Bewertungsmethode nicht ersichtlich und auch von der Antragstellerin nicht benannt worden waren, hat der Senat im Rahmen der ihm gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 70 Abs. 1 GWB obliegenden Amtsermittlung geprüft, ob die Antragsgegnerin die Werte in der Auswertungstabelle (Blatt 10602 der Vergabeakten) unter Anwendung der vorgegebenen Berechnungsformeln rechnerisch zutreffend ermittelt hat, und hat dies bestätigt gefunden. Die Werte in der Tabelle geben danach die Ergebnisse der Angebotswertung nach Maßgabe der in der Anlage G 1 festgelegten Bewertungsmatrix zutreffend wieder.
- 177 3. Auch wegen der übrigen Rügen der Antragstellerin, die die Vergabekammer für zulässig, aber unbegründet gehalten hat, weil die geltend gemachten Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen nicht vorlägen (unter II. B. auf den Seiten 23 bis 33 des angefochtenen Beschlusses), bleibt ihre sofortige Beschwerde ohne Erfolg. Das hat der Senat wegen der Rügen zur fehlenden Beschränkung der Rahmenvertragshöchstmengen (vgl. S. 27 f. des angefochtenen Beschlusses unter II. B. 6.) bereits ausgeführt (oben unter B. I.), ebenso wegen der Rüge zur Bewertung des qualitativen Unterkriteriums "Masse" (vgl. S. 25 f. des angefochtenen Beschlusses unter II. B. 4. und 5.; dazu oben unter B. IV. 2. e) aa)), der Rüge zur unzureichenden Überprüfung von Referenzangaben (vgl. I. B. 7., 8. und 12. des angefochtenen Beschlusses, S. 28 f., 31 f.; dazu unter B. II.), der Rüge der unzulässigen Aufklärung, Nachforderung und Korrektur zum Angebot der Beigeladenen (vgl. Beschluss der Vergabekammer unter II. B. 2., 11. und 13., S. 24. f., 30 f., 32; dazu oben unter B. III.).

- 178 Zu würdigen bleiben danach noch die Rügen der Antragstellerin, die Antragsgegnerin sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Beigeladene die Vorgaben an die Geräuschemission eingehalten habe, diese Vorgaben seien auch nicht vergaberechtskonform ausgestaltet (1.), sowie die Rüge, die Antragsgegnerin habe es vergaberechtswidrig unterlassen, die Eignungskriterien nach Ausweitung der voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge aus dem Rahmenvertrag anzupassen (2.).
- 179 1. Zu Recht hat die Vergabekammer die Rügen der Antragstellerin, die Antragsgegnerin sei unzutreffend davon ausgegangen, dass die Beigeladene die vorgegebenen Werte für die Geräuschemission eingehalten habe (a) und sie habe das Vergabeverfahren hinsichtlich dieses Kriteriums nicht vergaberechtskonform ausgestaltet (b), für unbegründet gehalten (Seite 20 f. des Beschlusses der Vergabekammer).
- 180 a) Die Antragsgegnerin hat es nicht vergaberechtswidrig unterlassen, die Beigeladene auszuschließen, weil diese die Vorgaben zur Geräuschemission nicht eingehalten hätte, was zwingend geboten gewesen wäre, wenn das Angebot der Beigeladenen nicht den nach § 121 Abs. 1 GWB in der Leistungsbeschreibung an die Geräuschemission gesetzten Anforderungen genügen würde. Denn die Annahme der Antragstellerin, die Beigeladene habe in ihrem Angebot Emissionswerte mit einer Toleranz von 2 dB (A) angegeben, entbehrt jeder tatsächlichen Grundlage. Die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin erlaubt entgegen der Annahme der Antragstellerin nicht, Messwerte mit einer solchen Toleranz anzugeben. Vielmehr ist an der von der Antragstellerin auch zutreffend zitierten Stelle des Lastenheftes unmissverständlich der Grenzwert von 76 dB (A) vorgegeben. Der Umstand, dass bei einem der Messverfahren nach der technischen Norm VDV 154 bei der Messung eine Toleranz von 2 dB (A) eingeräumt ist, beruht auf der Ungenauigkeit der Messergebnisse nach dem entsprechenden Messverfahren und erlaubt dem Bieter keineswegs eine Abweichung von den Angaben in der Leistungsbeschreibung. Auch dafür, dass die Beigeladene die Werte nicht einhalten könnte, bestehen, wie bereits ausgeführt (oben unter B. III. 2. c) und d)), keinerlei tatsächliche Anhaltspunkte.
- 181 b) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin durch ihre Ausgestaltung der Ausschreibung bei dem Unterkriterium der Geräuschemission auch nicht gegen den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nach §§ 97 Abs. 1 S. 2, 127 Abs. 1 GWB verstoßen. Die Annahme der Antragstellerin, die Einhaltung der zulässigen Geräuschemission sei durch die von der Antragsgegnerin vorgesehenen vertraglichen Regelungen nicht hinreichend gewährleistet, ist unzutreffend. Vielmehr sind die Vorgaben an die Geräuschemission unmissverständlich in dem Lastenheft formuliert und wäre die Lieferung eines U-Bahn-Fahrzeuges, das diese Vorgaben nicht einhalten würde, ohne weiteres mit allen sich daraus ergebenden schuldrechtlichen Konsequenzen nicht vertragsgerecht. Die Vorgaben in dem Vertrag zu der Überprüfung bestimmter Leistungsanforderungen erlauben entgegen der Ansicht der Antragstellerin gerade nicht den Schluss, dass die vertraglich vorgesehenen Vorgaben zu der Geräuschemission nicht einzuhalten wären. Auch die von ihr selbst zitierte vertragliche Regelung, dass die Abnahme unter anderem die uneingeschränkte Erfüllung der sicherheitsrelevanten und konstruktiven Eigenschaften aus dem Lasten- und/oder Pflichtenheft voraussetzt, wozu auch die Einhaltung der Grenzwerte für die Geräuschemissionen zählt, besagt das Gegenteil.

- 182 2. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin nicht gegen die Vorgaben des § 122 GWB verstoßen, indem sie die von ihr zu Beginn des Vergabeverfahrens aufgestellten Eignungskriterien beibehalten hat, nachdem sie die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge auf der Grundlage des Rahmenvertrages von rund 1.050 auf 1.500 erhöht hatte. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer unter II. B. 8. auf Seite 29 des angefochtenen Beschlusses verwiesen werden. Danach kommt dem öffentlichen Auftraggeber, wie bereits im Einzelnen ausgeführt (oben unter B. II. 1.), bei der ihm nach § 122 Abs. 2 S. 1 GWB obliegenden Festlegung der Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, der durch die Vorgaben in § 122 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 und Abs. 4 GWB näher ausgestaltet wird und dessen Einhaltung von den Nachprüfungsinstanzen, wie auch sonst bei Bestehen von Beurteilungsspielräumen, lediglich daraufhin zu überprüfen ist, ob der Auftraggeber auf einer zutreffenden Tatsachengrundlage zu vertretbaren Ergebnissen gelangt ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018 - VII-Verg 4/18 -, juris Rn. 42 m.w.N.).
- 183 Aus den damit bestehenden Vorgaben lässt sich entgegen der Auffassung der Antragstellerin in keiner Weise entnehmen, dass der öffentliche Auftraggeber in einem Verhandlungsverfahren bei einer Ausweitung seines voraussichtlichen Bedarfs zwingend die Eignungskriterien in entsprechendem Umfang erhöhen müsste (vgl. Braun in: Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch des Vergaberechts, 2. Auflage 2017, § 30 Rn. 17). Vielmehr kann er sich, wie vorliegend die Antragsgegnerin, dazu entschließen, es bei den ursprünglichen Kriterien zu belassen, wenn ihm diese Kriterien als ausreichend erscheinen, um sich von der Eignung der Bieter zu vergewissern. Eine Selbstbindung im Sinne eines Anpassungszwangs folgt insbesondere entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht aus einem Umkehrschluss aus der grundsätzlich für den Auftraggeber bestehenden Bindung an nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB bekannt gemachte Eignungskriterien. Diese Bindung besagt als Ausfluss des Transparenzgrundsatzes (§ 97 Abs. 1 S. 1 GWB) nur, dass die Bieter - außerhalb des hier vorliegenden Verhandlungsverfahrens bis zur Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote - sich auf den Bestand der bekannt gegebenen Eignungs- und übrigens auch Zuschlagskriterien verlassen können.
- 184 Die Einschätzung, dass die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien (etwa das Erfordernis der Fertigung von mindestens 350 Wagen in den letzten zehn Jahren oder der geforderte Mindestumsatz) genügend aussagekräftig seien, um die Eignung für die Erfüllung der höheren voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge festzustellen zu können, ist auch inhaltlich nicht zu beanstanden. Nach der Eignungsprüfung war vollkommen klar, dass sämtliche verbliebenen Bewerber in jeder Weise, also wirtschaftlich wie fachlich-technisch ohne Weiteres in der Lage waren, statt eines ursprünglich angedachten Auftragsvolumens von 1.050 Wagen auch ein Auftragsvolumen von 1.500 Wagen zu bewältigen. Insbesondere waren die verbliebenen Bieter wirtschaftlich deutlich leistungsstärker als von der Antragsgegnerin ursprünglich gefordert und bestand angesichts des Volumens der von diesen Bietern tatsächlich in den Vorjahren produzierten U-Bahn-Fahrzeuge sowie der bestehenden langjährigen Ersatzteilversorgungsverträge nicht der geringste Zweifel, dass sie auch die in Aussicht genommene höhere Gesamtabnahmemenge würden bewältigen können. Dies war derart offensichtlich, dass die Antragsgegnerin

es in ihrem Vergabevermerk tatsächlich nicht eingehender erörtert hat, wozu aber eben im Hinblick auf die Offenkundigkeit auch keinerlei Anlass bestand.

V.

- 185 Auch die weiteren von der Antragstellerin im Laufe des Beschwerdeverfahrens insgesamt neu erhobenen Rügen bleiben ohne Erfolg.
- 186 1. Die Rüge, wonach die Antragsgegnerin die Vergabeunterlagen nach Angebotseingang geändert habe, indem sie sich in ihrem Schriftsatz vom 4. Oktober 2019 verpflichtet hat, gemäß § 40 Abs. 4 SektVO freiwillig eine europaweite Bekanntmachung zu veranlassen, wenn sie die von ihr geschätzte Gesamtabnahmemenge an U-Bahn-Fahrzeugen aufgrund des Rahmenvertrages abgerufen habe, geht fehl. In diesem einseitigen Zugeständnis an die Antragsgegnerin, eine solche Bekanntmachung zu veranlassen, liegt ersichtlich keine Änderung der Vertragsbedingungen oder der sonstigen Vergabeunterlagen, sondern die Ankündigung ein einseitigen zukünftigen Verhaltens, die die Vergabeunterlagen unberührt lässt.
- 187 2. Soweit die Antragstellerin meint, einer Formulierung auf Seite 14 des Aufforderungsschreibens der Antragsgegnerin zur Interessenbekundung entnehmen zu können, dass der Eignungsleihgeber sämtliche Eigenerklärungen, die von dem Bieter erwartet werden, ebenfalls vorlegen müsste, was von der Beigeladenen in ihrem Angebot nicht erfüllt werde, legt die Antragstellerin dieses Schreiben fehlerhaft entgegen seinem Sinn und Zweck aus. Selbstverständlich ist dort gemeint, dass etwaige von den Bietern benannte Eignungsleihgeber nur in dem Bereich, in dem den Bietern selbst die Eignung fehlt, entsprechende Eigenerklärungen zum Beleg ihrer Eignung vorzulegen haben, nicht aber in Bereichen, für die sie als Eignungsleihgeber gar nicht benannt und erforderlich sind und in denen sie bei der Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages keine Leistungen erbringen sollen.
- 188 3. Unrichtig ist schließlich auch die Annahme der Antragstellerin, in der Ausschreibung eines Rahmenvertrages ohne feste Höchstabnahmemenge liege eine De-facto-Vergabe, weil ein solcher Vertrag eine unbegrenzte Abnahme erlaube. Sind wie vorliegend Laufzeit und voraussichtliche Abnahmemenge bestimmt, ist der Umfang der aufgrund des Rahmenvertrages zu vergebenden Aufträge hinreichend bestimmt und eröffnet der Rahmenvertrag auch im Hinblick auf die Vorgaben des § 132 GWB sowie Art. 89 Abs. 2 UAbs. 1 der Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU keine unbeschränkte Vergabe von Aufträgen (vgl. eingehend bereits oben unter B. I. 3. a) bb) (1)). Abgesehen davon ist der Rahmenvertrag also solcher ordnungsgemäß europaweit ausgeschrieben, so dass die Voraussetzungen aus § 135 Abs. 2 Nr. 2 GWB für eine unzulässige De-facto-Vergabe offenkundig nicht vorliegen. Danach könnten allenfalls zukünftige aufgrund des Rahmenvertrages vergebene Aufträge, die von diesem nicht mehr gedeckt sind, als De-facto-Vergaben vergaberechtswidrig sein, nicht aber der Rahmenvertrag selbst, um den es vorliegend alleine geht.

C.

- 189 Der Senat war entgegen der Auffassung der Antragstellerin weder verpflichtet, das Verfahren gemäß § 179 Abs. 2 GWB dem Bundesgerichtshof vorzulegen (I.), noch bestand eine Vorlagepflicht an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV oder die Notwendigkeit einer Aussetzung wegen eines dort bereits anhängigen Vorlageverfahrens (II.).
- i.
- 190 Die Voraussetzungen für eine Vorlage des Verfahrens an den Bundesgerichtshof liegen entgegen der Auffassung der Antragstellerin in keinem der von ihr benannten Punkte und auch sonst nicht vor.
- 191 1. Nach § 179 Abs. 2 S. 1 GWB legt ein Oberlandesgericht die Sache dem Bundesgerichtshof vor, wenn es von einer Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs abweichen will. Dies ist der Fall, wenn das vorlegende Oberlandesgericht seiner Entscheidung als tragende Begründung einen Rechtssatz zugrunde legen will, der mit einem die Entscheidung eines anderen Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs tragenden Rechtssatz unvereinbar ist (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 6). Es reicht nicht aus, wenn beide Entscheidungen durch die übereinstimmende Anwendung eines Rechtssatzes zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003 - X ZB 43/02 -, juris Rn. 12; Damaske in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 179 Rn. 49). Vielmehr muss es sich auch um vergleichbare Sachverhaltskonstellationen handeln (BGH, Beschluss vom 18. Februar 2003 - X ZB 43/02 -, juris Rn. 11; BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17 -, juris Rn. 23; Senat, Beschluss vom 15. April 2002 - KartVerg 3/02 -, juris Rn. 22, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Januar 2006 - VII-Verg 96/05 -, juris Rn. 18; OLG Dresden, Beschluss vom 4. Juli 2008 - WVerg 3/08 -, juris Rn. 50). Daran fehlt es schon dann, wenn der Sachverhalt in einem zusätzlichen und entscheidungserheblichen Punkt anders liegt (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 179 GWB Rn. 13 m.w.N.). Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ist eine Vorlage zwingend geboten und kommt dem Bundesgerichtshof insoweit die Stellung eines gesetzlichen Richters im Sinne des Art 101 Abs. 1 S. 2 GG zu (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 179 GWB Rn. 16; Damaske in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 179 Rn. 38 m.w.N.). Indes kommt eine Vorlage auch nur dann in Betracht. Denn durch die mit dem Vorlageverfahren bewirkte Verzögerung der Erledigung des Verfahrens wird der obsiegende Beteiligte in seinem grundrechtlich nach Art. 19 Abs. 4 GG geschützten Recht auf effektiven Rechtsschutz (vgl. nur Sachs in: Sachs, Grundgesetz, 8. Aufl. 2018, Art. 19 Rn. 144 m.w.N.) gerade bei besonders eilbedürftigen Verfahren, wie es Vergabeverfahren in aller Regel sind, ganz erheblich berührt. Deswegen scheidet eine Vorlage insbesondere auch dann aus, wenn die Abweichung nicht entscheidungserheblich ist (Senat, Beschluss vom 10. Dezember 2002 - KartVerg 16/02 -, juris Rn. 16; Dicks, a.a.O., § 179 GWB Rn. 13; Damaske in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 179 Rn. 51).
- 192 2. Vorliegend sind diese Voraussetzungen auch in den von der Antragstellerin angeführten Punkten nicht erfüllt; andere Vorlagegründe sind nicht ersichtlich.

- 193 a) Der Senat weicht entgegen der Auffassung der Antragstellerin bei der Auslegung des Merkmals des Schadens in § 160 Abs. 2 S. 2 GWB nicht von einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder eines anderen Oberlandesgerichtes ab. Die insoweit nach der obergerichtlichen Rechtsprechung maßgeblichen Rechtsgrundsätze hat der Senat unter B. I. 1. a) der Gründe dargelegt und sie auf den vorliegenden Fall angewendet. Für eine Divergenz ist danach nichts ersichtlich. Sie folgt nicht daraus, dass die Antragstellerin in fehlerhafter Würdigung ihres eigenen Sachvortrages meint, einen Schaden nach den danach bestehenden Anforderungen dargelegt zu haben. Das ist aus den oben unter B. I. 1. b) dargelegten Gründen insbesondere bei der Rüge einer fehlenden verbindlichen Höchstabnahmemenge für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag nicht der Fall.
- 194 Selbst wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen von einer tatsächlich nicht vorliegenden Divergenz auszugehen wäre, käme eine Vorlage wegen der von der Antragsgegnerin beanstandeten Auslegung des Schadensbegriffs in § 160 Abs. 2 S. 2 GWB gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 GWB an den Bundesgerichtshof nicht in Betracht, weil es auf diese Rechtsfrage für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag nicht ankommt. Denn der Antrag ist wegen der insoweit allein erheblichen Rüge, die Antragsgegnerin habe vergaberechtswidrig keine verbindliche Höchstabnahmemenge für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag festgelegt, nicht nur deswegen unzulässig, weil die Antragstellerin entgegen § 160 Abs. 2 S. 2 GWB keinen Schaden aus dem gerügten Vergabeverstoß darzulegen vermocht hat, sondern auch, weil sie ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht genügt hat und deswegen mit dieser Rüge ausgeschlossen ist (vgl. oben B. I. 2.). Zudem ist ihr Antrag auch unbegründet, weil keine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers besteht, neben der anzugebenden voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge aus dem Rahmenvertrag eine verbindliche Höchstabnahmemenge festzulegen (vgl. oben B. I. 3.).
- 195 b) Der Senat weicht entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch bei der Auslegung des Merkmals der Erkennbarkeit in § 160 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB nicht von der Rechtsprechung des Bundesgerichts oder anderer Oberlandesgerichte ab. Vielmehr hat er die in der obergerichtlichen Rechtsprechung insoweit herausgearbeiteten und unter B. I. 2. a) der Gründe dargelegten Rechtssätze folgerichtig auf den vorliegenden Fall und hierbei insbesondere die Rüge, die Antragsgegnerin habe vergaberechtswidrig keine Höchstabnahmemenge aus dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag angegeben, angewandt (vgl. oben B. I. 2. b)). Die hiergegen von der Antragstellerin erhobenen Einwände vermögen nicht zu überzeugen.
- 196 aa) Entgegen der Annahme der Antragstellerin hat der Senat bei ihr keinen anderen Maßstab an die Erkennbarkeit im Sinne des § 160 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 GWB angelegt, weil sie ein Großunternehmen mit einer Rechtsabteilung ist. Vielmehr hat er den allgemein anerkannten Maßstab auf sie als Großunternehmen mit einer Rechtsabteilung angewendet. Dieser notwendig normative Maßstab bezieht sich auf Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Bieters des konkreten Vergabeverfahrens und nicht, wie die Antragstellerin meint, aller denkbaren Vergabeverfahren, gleich welchen Zuschnitts. Soweit obergerichtliche Entscheidungen sich überhaupt mit dieser Frage beschäftigen, stellen sie unmissverständlich klar, dass der Maßstab aus dem Erkenntnisvermögen des "ange-

sprochenen Bieterkreises" zu gewinnen ist (Zimmermann, jurisPR-VergR 12/2019 Anm. 2, S. 4; vgl. im Übrigen bereits oben unter B. I. 2. a)).

- 197 bb) Die Hinweise der Antragstellerin auf Entscheidungen, von denen der Senat nach ihrer Ansicht abweichen soll, gehen sämtlich fehl.
- 198 (1) Das OLG Düsseldorf stellt in seinem Beschluss vom 6. September 2017 - VII-Verg 9/17 - juris Rn. 64 - für die Erkennbarkeit wie der Senat ausdrücklich auf "das allgemeine und grundlegende Wissen der beteiligten Bieterkreise" ab (ebenso OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015 - Verg 5/15 -, juris Rn. 43; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2016 - VII-Verg 6/16 -, juris Rn. 36). Damit differenziert das OLG Düsseldorf ausdrücklich nach dem Erkenntnisvermögen der Bieter des konkreten Vergabeverfahrens. Dem Senat ist keine Entscheidung des Bundesgerichtshofs und eines Oberlandesgerichts bekannt, die diesen Ansatz in Zweifel ziehen würde. Richtig ist nur, dass in einer Vielzahl weiterer Entscheidungen allgemein auf einen "durchschnittlichen Bieter" abgestellt worden ist, ohne dass die Problematik weiter vertieft wurde. Eine Abweichung vom Grundsatz liegt hierin nicht.
- 199 Soweit das OLG Düsseldorf in den vorgenannten Entscheidungen Anforderungen an die Erkennbarkeit aus Entscheidungen anderer Oberlandesgerichte zitiert hat, handelt es sich um die in den jeweiligen Einzelfällen ausgeformten Anforderungen an die Erkennbarkeit. Denn selbstverständlich bedarf der an dem Erkenntnisvermögen der Bieter des jeweiligen Vergabeverfahrens ausgerichtete Maßstab der Erkennbarkeit der Konkretisierung im jeweiligen Einzelfall. Hier macht es einen erheblichen Unterschied, ob der Bieterkreis wie regelmäßig bei Aufträgen knapp über den Schwellenwerten des § 106 GWB aus mittelständischen Unternehmen besteht oder - wie hier - aus Großunternehmen mit Milliardenumsätzen, die sich europaweit ausschließlich an der Vergabe von Großaufträgen öffentlicher Auftraggeber beteiligen, bei der Ausschreibung eines Milliardenauftrages über einen langen Zeitraum. Weder die Entscheidung des OLG Düsseldorf noch eine der von ihm zitierten Entscheidungen bezieht sich auf einen derartigen Sachverhalt. Dem Senat ist auch sonst keine solche Entscheidung des Bundesgerichtshofs oder eines Oberlandesgerichts bekannt.
- 200 Daraus folgt, dass es entgegen der Auffassung der Antragstellerin keine Divergenz begründet, wenn der Senat bei den im vorliegenden Vergabeverfahren angesprochenen Bieterkreisen zu anderen Anforderungen an die Erkennbarkeit kommt als sie bei der Vielzahl der Vergabeverfahren mit deutlich geringen Auftragsvolumina und entsprechend weniger erfahrenen Bieterkreisen. Ausdrücklich kommt es vorliegend nicht auf den von dem Senat in anderer Sache vertretenen Rechtssatz an, dass darüber hinaus auch die individuellen vergaberechtlichen Kenntnisse des jeweiligen Auftraggebers zu berücksichtigen sind, die sich insbesondere daraus ergeben können, dass ein Unternehmen Erfahrungen mit öffentlichen Aufträgen hat und daher gewisse Rechtskenntnisse vorausgesetzt werden können (Senat, Beschluss vom 15. Februar 2019 - Verg 9/17 -, Rn. 36, juris; Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 70; offen gelassen von OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013 - VII-Verg 8/13 -, juris Rn. 18; vgl. auch Nowak in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 160 GWB Rn. 74). Ohnehin steht dieser Rechtssatz durchaus mit dem Ansatz im Einklang, dass der Maßstab der Erkennbarkeit im Ausgangspunkt auf das Erkenntnisvermögen des jeweils angesprochenen Bieterkreises bezogen ist. Dieser

Ansatz legt es nahe, feststellbare Unterschiede im Erkenntnisvermögen einzelner Bieter zu berücksichtigen, um eine Gleichbehandlung der Bieter zu gewährleisten.

- 201 (2) Der von der Antragstellerin in Bezug genommene Beschluss des OLG Bremen vom 3. April 2007 - Verg 2/17 - ist nicht einschlägig. Er bezieht sich lediglich auf die Vorgängervorschrift zu § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, nämlich § 107 Abs. 3 S. 1 GWB in der zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Fassung (juris Rn. 56 f.), nicht dagegen auf die Vorgängervorschrift zu § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB und das Tatbestandsmerkmal der Erkennbarkeit. Entsprechendes gilt von dem von der Antragstellerin angeführten, ebenfalls allein auf § 107 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. bezogenen Beschluss des OLG Frankfurt vom 10. Juni 2008 - 11 Verg 3/08 (vgl. juris Rn. 47 f.).
- 202 cc) Selbst wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen von einer tatsächlich nicht vorliegenden Divergenz auszugehen wäre, käme eine Vorlage wegen der von der Antragsgegnerin beanstandeten Auslegung des Merkmals der Erkennbarkeit in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 GWB an den Bundesgerichtshof nicht in Betracht, weil es auf diese Rechtsfrage für die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag wegen der Rüge der unterlassenen Festlegung einer Höchstabnahmemenge für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag nicht ankommt. Denn der Antrag ist insoweit nicht nur deswegen unzulässig, weil die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB nicht genügt hat, sondern auch, weil ihr die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis fehlt (vgl. oben B. I. 2.). Zudem ist ihr Antrag auch unbegründet, weil keine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers besteht, eine von ihm festgelegte voraussichtliche Höchstabruhmengemenge aus dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag für verbindlich zu erklären (vgl. oben B. I. 3.).
- 203 2. Der Senat hatte die Sache entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch nicht dem EuGH nach Art. 267 AEUV vorzulegen oder das Nachprüfungsverfahren wegen eines dort bereits anhängigen Vorlageverfahrens auszusetzen.
- 204 a) Nach Art. 267 Abs. 1 AEUV entscheidet der Gerichtshof der Europäischen Union im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung der Verträge (a) sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union (b). Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet. Gegenstand der Vorlage nach Art. 267 Abs. 1 b) können danach sämtliche Normen des sekundären Gemeinschaftsrechts sein (Ehricke in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 267 AEUV Rn. 19), mithin auch die Auslegung der unionsrechtlichen Richtlinien zum Vergaberecht. Entscheidungen (Urteile und Beschlüsse) und Gutachten des Gerichtshofs selbst können dagegen nicht Gegenstand einer Auslegungsfrage nach Art. 267 AEUV sein (Ehricke in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 267 AEUV Rn. 20). Grundsätzlich haben die mitgliedstaatlichen Gerichte allerdings unionsrechtliche Vorschriften in eigener Zuständigkeit auszulegen. Dementsprechend kommt nach Art. 267 Abs. 2 AEUV die Vorlage durch ein mitgliedstaatliches Gericht nur in Betracht, wenn es Zweifel an der Gültigkeit oder der Auslegung einer unionsrechtlichen Bestimmung hat und es die Klärung dieser Zweifel zum Erlass einer Entscheidung im Ausgangsverfahren für erforderlich hält. Zweifel im

genannten Sinne setzen voraus, dass das vorlegende Gericht auf der Basis ernst zu nehmender Argumente hinsichtlich der Gültigkeit oder der Auslegung zwischen zwei Auffassungen schwankt (Ehricke in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 267 AEUV Rn. 37). Solche Zweifel können nicht bestehen, wenn die zu entscheidende Rechtsfrage in einem gleichgelagerten Vorlageverfahren bereits entschieden worden ist oder zu der sich stellenden Frage bereits eine gesicherte Rechtsprechung des Gerichtshofs vorliegt. Sie sind aber auch denn nicht begründet, wenn die richtige Auslegung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass keinerlei Raum für vernünftige Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt und die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und der EuGH keine Zweifel an dieser Auslegung haben würden (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 - 283/81 ("C.I.L.F.I.T.") -, Rn. 16 bis 20; EuGH, Urteil vom 15. September 2005 - C-495/03 ("Intermodal Transports") -, Rn. 33; Ehricke in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 267 AEUV Rn. 47; Gaitanides in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 267 AEUV Rn. 66 m.w.N.). Auch wenn danach Auslegungszweifel bestehen, scheidet eine Vorlage aus, wenn die Klärung der Auslegungsfrage nicht erforderlich ist, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Frage nicht entscheidungserheblich ist (Karpenstein in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Stand: Februar 2020, Art. 267 Rn. 25; Gaitanides in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Auflage 2015, Art. 267 AEUV Rn. 51, 66; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 179 GWB Rn. 19). Eine Vorlage hat dann auch deshalb zu unterbleiben, weil das Vorlageverfahren für die Beteiligten mit erheblichem finanziellem und zeitlichem Aufwand verbunden ist und insofern ihren Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG beeinträchtigen würde (vgl. Wegener in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 267 AEUV Rn. 26; vgl. auch Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 179 GWB Rn. 23; Dauer von 15,7 Monaten bis zu zwei Jahren). Umgekehrt ist eine Vorlage bei Vorliegen der Voraussetzungen des Art. 267 Abs. 3 AEUV zwingend geboten und der EuGH insoweit gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (BVerfG, Beschluss vom 22. Oktober 1986 - 2 BvR 197/83 -; Ehricke in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Auflage 2018, Art. 267 AEUV Rn. 52; Wegener in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage 2016, Art. 267 AEUV Rn. 36 m.w.N.).

- 205 b) Nach diesen Vorgaben war das Verfahren dem EuGH nicht zur Vorabentscheidung vorzulegen.
- 206 aa) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin bestand kein Anlass, dem EuGH das Verfahren wegen der Auslegung des Schadensbegriffs in § 160 Abs. 2 S. 2 GWB vorzulegen. Wie die Antragstellerin selbst erkannt hat, haben die Mitgliedstaaten Nachprüfungsverfahren jeder Person zur Verfügung zu stellen, der unter anderem durch den behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (Art. 1 Abs. 3 RL 2007/66/EG). Dem entspricht § 160 Abs. 2 S. 2 GWB ebenso wie die hierzu ergangene und von dem Senat herangezogene Rechtsprechung (ebenso etwa Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 204, 206). Warum die entsprechende Auslegung von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB nicht richtlinienkonform sein soll, wie die Antragstellerin meint, erschließt sich nicht und wird von ihr auch nicht weiter erläutert. Es fehlt danach schon im Ansatz an den nach Art 267 AEUV für eine Vorlage erforderlichen Auslegungszweifeln.

- 207 bb) Anlass zur Vorlage besteht auch nicht im Hinblick auf § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB und das dort enthaltene Merkmal der Erkennbarkeit. Soweit die Antragstellerin sich auf das Urteil des EuGH vom 28. Januar 2010 - C-406/08 ("Uniplex") -, bezieht, ist dieses nicht einschlägig, weil der EuGH sich dort allein kritisch zu dem Merkmal der Unverzüglichkeit einer Rüge in § 107 Abs. 3 S. 1 GWB a.F. geäußert hat. Es ging nicht um die Anforderungen an die Erkennbarkeit eines Vergaberechtsverstoßes. Insoweit bestehen aber auch die in der genannten Entscheidung geäußerten Bedenken an einem effektiven Rechtsschutz nicht, weil die Auslegung des Merkmals der Erkennbarkeit gerade nicht im freien Ermessen der Gerichte liegt, sondern sich an den Erkenntnismöglichkeiten der jeweils beteiligten Bieterkreise zu orientieren hat. Dementsprechend hat der EuGH es ausdrücklich für vereinbar mit Art. 1 Abs. 1 RL 89/665 erklärt, dass Präklusionsfristen ab einem Zeitpunkt zu laufen beginnen, zu dem der Kläger von dem geltend gemachten Verstoß Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen müssen (EuGH, Urteil vom 28. Januar 2010 - C-406/08 ("Uniplex") -, Rn. 32; Urteil vom 12. März 2015 - C-538/13 -, Rn. 52). Letzteres entspricht dem Merkmal der Erkennbarkeit. Insoweit unterliegt es auch europarechtlich keinerlei Bedenken, dass Bietern mit § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB abverlangt wird, Vergaberechtsverstöße, die aus den Vergabeunterlagen erkennbar sind, bis zum Ablauf der Angebotsfrist zu rügen (Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 268). Das stellt die Effektivität der vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren in keiner Weise in Frage und sichert zugleich die Effizienz der Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber auch im Interesse der Bieter, die sich im Wettbewerb gegen andere Bieter durchgesetzt haben (vgl. EuGH, Urteil vom 12. März 2015 - C-538/13 -, Rn. 51).
- 208 Soweit die Antragstellerin auf das Urteil des EuGH vom 15. Oktober 2015 - C-137/14 - verweist, ergeben sich hieraus keinerlei Bedenken gegen die Vereinbarkeit von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB mit den vergaberechtlichen Richtlinien der Europäischen Union. Vielmehr ist das Urteil in einem Vertragsverletzungsverfahren ergangen, in dem es darum ging, ob die Bundesrepublik Deutschland ihrer Verpflichtung zur Umsetzung von zwei Richtlinien aus dem Umweltschutzbereich hinreichend nachgekommen war. Soweit der EuGH Präklusionsvorschriften des deutschen Rechts als nicht richtlinienkonform beanstandet hat (Rn. 68 ff. des Urteils), ging es dort allein darum, ob die Richtlinien Einschränkungen der gerichtlichen Kontrolle bei nicht zuvor gerügten Umweltverstößen erlauben würde, was der EuGH verneint hat. Ein Bezug zu den vergaberechtlichen Richtlinien, die entsprechende Einschränkungen erlauben, und ihrer Umsetzung ist auch nicht ansatzweise erkennbar.
- 209 cc) Der Senat hat schließlich auch keine Vorabentscheidung des EuGH über die Frage einzuholen, ob der öffentliche Auftraggeber nach der Richtlinie 2014/25/EU verpflichtet ist, bei Ausschreibung eines Rahmenvertrages eine verbindliche Höchstabnahmemenge zu setzen. Die Frage ist, wie oben (B. I. 3. a)) ausgeführt, zu verneinen. Vernünftige Zweifel bestehen hieran nicht. Wie ausgeführt, enthält die Richtlinie 2014/25/EU keine ausdrückliche Verpflichtung hierzu, machen die Regelungen zu Rahmenvereinbarungen deutlich, dass dem Wesen solcher Vereinbarungen entsprechend, der öffentliche Auftraggeber nur verpflichtet sein kann, eine voraussichtliche Gesamtabnahmemenge anzugeben, und lässt sich den Vorschriften klar entnehmen, dass Abrufe über die voraussichtliche Gesamtabnahmemenge nur in engen Grenzen erlaubt sind, weswegen, auch im Hinblick auf die Bekanntmachungspflichten über die vorgenommenen Abrufe, keine

Bedenken im Hinblick auf die vergaberechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsätze bestehen.

- 210 Wie der Senat ebenfalls bereits ausgeführt hat, ändert auch das Urteil des EuGH vom 19. Dezember 2019 - C-216/17 ("Antitrust und Coopservice") - hieran nichts (vgl. oben B. I. 3. a)). Dieses Urteil verhält sich nicht zu der Frage, ob nach der Richtlinie 2014/25/EU neben der voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge auch eine verbindliche Höchstabnahmemenge anzugeben ist. Zudem war Gegenstand der Entscheidung des EuGH eine besondere, hier nicht vorliegende Konstellation (Abnahme durch Dritte, die am Rahmenvertrag nicht beteiligt waren; unterlassene Angabe einer voraussichtlichen Gesamtabnahmemenge).
- 211 Selbst wenn man aber annähme, dass sich aus dem vorgenannten Urteil des EuGH die von der Antragstellerin angenommenen Auslegungszweifel bei der Richtlinie 2014/25/EU ergäben (so etwa Fischer/Schleper, NZBau 2019, 762, 765; a.A. etwa VK Bund, Beschluss vom 19. Juli 2019 - VK 1 - 39/19 -, juris Rn. 67; Schimanek, jurisPR-VergR 11/2019, Anm. 5, S. 5: Rechtsprechung durch RL 2014/24/EU "überholt"), käme eine Vorlage nach Art. 267 Abs. 3 AEUV nicht in Betracht, weil die Auslegungsfrage nicht entscheidungserheblich wäre. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin scheidet wegen der Rüge der unterlassenen Festlegung einer verbindlichen Höchstabnahmemenge aus dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag nämlich auch daran, dass die Antragstellerin insoweit nicht antragsbefugt und mit dieser Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert ist (vgl. oben B. I. 1. und 2.).
- D.
- I.
- 212 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens waren gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 78 S. 2 GWB der Antragstellerin aufzuerlegen, weil sie mit ihrer sofortigen Beschwerde unterlegen war.
- 213 Des Weiteren entsprach es billigem Ermessen im Sinne des nach § 175 Abs. 2 GWB ebenfalls anwendbaren § 78 S. 1 GWB der Antragstellerin die Kosten für das Verfahren über ihren Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB aufzuerlegen. Zu berücksichtigen war hier neben der Erfolglosigkeit ihres Hauptsacheantrages auch, dass eine Entscheidung des Senats über den Eilantrag nach dem bloß vorläufigen Beschluss vom 21. August 2019 entbehrlich war, weil die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 3. September 2019 einen das Eilverfahren in der Hauptsache erledigenden Zuschlagsverzicht bis zur Hauptsacheentscheidung erklärt hatte.
- 214 Im Übrigen waren der Antragstellerin nach § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 78 S. 1 GWB die notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen. Das entsprach billigem Ermessen, weil die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde nicht nur unterlegen war, sondern weil die Beigeladene sich zudem mit einer Vielzahl von auf die Sach- und Rechtslage eingehenden Schriftsätzen am Verfahren beteiligt und im Übrigen auch eige-

ne Anträge gestellt hat (vgl. Mockel in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 175 Rn. 81 m.w.N.).

II.

- 215 Die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes - allerdings nicht zweier Rechtsanwälte - als Verfahrensbevollmächtigten war für die Antragsgegnerin anzuordnen, weil in dem Beschwerdeverfahren eine Vielzahl schwieriger vergaberechtlicher Fragestellungen zu beurteilen war, so dass sie sich nicht auf die gemäß § 175 Abs. 1 S. 2 GWB mögliche Vertretung durch eigene Mitarbeiter beschränken musste. Für die Antragstellerin kam eine entsprechende Anordnung nicht in Betracht, weil ihre außergerichtlichen Kosten nach der Kostenentscheidung nicht erstattungsfähig sind. Für die Beigeladene folgt die Erstattungsfähigkeit bereits aus § 175 Abs. 1 S. 1 GWB, so dass eine entsprechende Anordnung entbehrlich war.

III.

- 216 Der Streitwert war gemäß § 39 Abs. 2 GKG auf den danach bestehenden Höchstwert von 30 Millionen Euro festzusetzen, da der ansonsten nach § 50 Abs. 2 GKG auf fünf Prozent des Bruttoauftragswertes festzusetzende Streitwert deutlich höher läge.