

IBRRS 2024, 1333

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Wann sind Wettbewerbsvorteile auszugleichen?

KG

Beschluss

vom 01.03.2024

Verg 11/22

AEUV Art. 49; GWB § 97 Abs. 2, § 121 Abs. 1, § 127 Abs. 4, 5, § 128 Abs. 2, § 160 Abs. 3; VgV § 17 Abs. 10, § 52 Abs. 2

- 1. Eignungskriterien und -nachweise können mittels Link auf einem Formblatt wirksam bekannt gemacht werden (Anschluss an OLG Düsseldorf, IBR 2018, 640).**
- 2. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, Wettbewerbsvorteile, die durch die unterschiedliche Marktstellung der Unternehmen bedingt sind, auszugleichen.**
- 3. Wettbewerbsvorteile, die sich daraus ergeben, dass das Bestandsunternehmen - anders als alle anderen Bieter - auf bestehende Infrastruktur (hier: Werkstattgrundstücke) zurückgreifen kann, bedürfen hingegen eines Wertungsausgleichs.**
- 4. Um die Rügeobliegenheit auszulösen, muss der Vergabeverstoß dem Bieter sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht erkennbar sein.**
- 5. Erkennbar sind Verstöße, die bei üblicher Sorgfalt und den üblichen Kenntnissen von einem durchschnittlichen Unternehmen erkannt werden.**
- 6. Von einem Großunternehmen ist zu erwarten, dass es sich mit Basisfragen einer Ausschreibung, u. a. der Frage, wie die Wertung der Angebote nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers vorgenommen werden soll, auseinandersetzt.**
- 7. Eine Rüge ist ausnahmsweise entbehrlich, wenn sie 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.**
- 8. Bloße Meinungsverschiedenheiten zwischen einem Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Markterkundung über die Zulässigkeit von Wertungsregeln genügen nicht, um die Rügeobliegenheit entfallen zu lassen.**

KG, Beschluss vom 01.03.2024 - Verg 11/22

vorhergehend:

VK Berlin, 30.10.2022 - VK B 1-28/21

Tenor:

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 30. Oktober 2022 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 10. November 2022, beide Aktenzeichen **VK-B1-28/21**, wie folgt abgeändert:

Die Antragsgegner werden verpflichtet, die Vergabeunterlagen zu den FBI-Aufträgen (Lose 1 und 3)

so zu ändern, dass,

- die Kosten für die Gleisanschlüsse zu den Werkstattgrundstücken, die nach § 66 Absatz 2 IHV in das Eigentum der Antragsgegner übergehen sollen, nicht in den Wertungspreis einfließen,
- die Auftragnehmer von sämtlichen Risiken und Nachteilen freigestellt werden, die daraus folgen, dass der Systemlieferant des ZBS die ZBS-Komponenten nicht spätestens 18 Monate nach verbindlicher Auftragserteilung an den Systemlieferanten in einer Frequenz von mindestens 6 Zugätzen pro Monat an den FBI liefert,
- den Auftragnehmern auf Nachweis auch ihre personellen und sachlichen Kosten aus im Einvernehmen mit den Auftraggebern geführten gerichtlichen oder außergerichtlichen Auseinandersetzungen mit dem Systemlieferanten des ZBS zu erstatten sind.

Im Übrigen wird die sofortige Beschwerde einschließlich der Erweiterung des Nachprüfungsantrages im Beschwerdeverfahren zurückgewiesen.

2. Von den Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der jeweils anderen Beteiligtenseite haben die Antragstellerin - und die Antragsgegner als Gesamtschuldner - zu tragen.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer sowie darüber hinaus der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren wird für notwendig erklärt.

4. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 30 Millionen Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens ist eine Ausschreibung der Länder ### und ### (Antragsgegner) über Aufträge zur Lieferung, Instandhaltung und Bereitstellung von Schienenfahrzeugen und deren Betrieb für die Teilnetze Nord-Süd und Stadtbahn der ### S-Bahn.

Die ausgeschriebenen Leistungen werden seit 1995 von der ### GmbH erbracht, einem 100%igen Tochterunternehmen der ### AG, die wiederum ein 100%-iges Tochterunternehmen der ### AG ist. Für die Instandhaltung nutzt die ### GmbH eigene Werkstätten auf eigenen, an das ### S-Bahn-Netz angeschlossenen Grundstücken.

Für die Beschaffung der genannten Leistungen haben die Antragsgegner nach einer Ende 2018 begonnenen Markterkundung mit der europaweiten Auftragsbekanntmachung vom 7. August 2020 ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb eingeleitet. Für die beiden Teilnetze sind jeweils gesonderte Aufträge ausgeschrieben für die Lieferung, Instandhaltung und Bereitstellung der Schienenfahrzeuge (im Folgenden: FBI-Aufträge, Fachlose FBI, Lose 1 und 3 oder Lose A) und für deren Betrieb (im Folgenden: EVU-Aufträge, Fachlose EVU, Lose 2 und 4 oder Lose B). Hierbei haben die Antragsgegner vorgesehen, dass Bieter gesonderte Angebote auf alle vier ausgeschriebenen Aufträge (Lose) abgeben dürfen (im Folgenden: Einzelangebote). Neben Einzelangeboten haben sie ergänzend oder allein die Abgabe von Angeboten für die FBI-Aufträge und die EVU-Aufträge, aber auch fachlosübergreifend für die beiden Teilnetze (Lose 1 und 2 für das

Teilnetz Nord-Süd sowie Lose 3 und 4 für das Teilnetz Stadtbahn) erlaubt (im Folgenden: Kombinationsangebote) sowie Angebote für sämtliche Leistungen (im Folgenden: Gesamtangebote).

Die im Rahmen der FBI-Aufträge zu liefernden Fahrzeuge sollen in das Eigentum einer am 17. Mai 2021 als Anstalt öffentlichen Rechts errichteten Landesanstalt Schienenfahrzeuge Berlin (LSFB) übergehen. Die Instandhaltung der Fahrzeuge soll in Werkstätten erfolgen, die von den Auftragnehmern auf eigenen oder von den Antragsgegnern hierfür zur Verfügung gestellten Grundstücken in der Nähe der Teilnetze bereitzustellen und zu unterhalten sind. Die Leistungspflichten sollten nach der ursprünglichen Planung schrittweise ab 2027 bzw. 2028 einsetzen und sich über einen Zeitraum von jedenfalls 15, nach den Vorstellungen der beteiligten Länder aber zumindest 30 Jahren erstrecken. Neben der langfristigen Sicherung des S-Bahnverkehrs auf den Teilnetzen Nord-Süd und Stadtbahn streben die Antragsgegner in den FBI-Aufträgen nach deren Beendigung auch die Verfügungsgewalt über die Betriebsstätten zur Instandhaltung der Schienenfahrzeuge an.

In der nach einer Verlängerung bis zum 11. Februar 2021 hierfür laufenden Frist gaben mehrere Unternehmen Teilnahmeanträge ab, denen die Antragsgegner am 24. März 2021 nach Prüfung der Teilnahmevoraussetzungen verbunden mit der Aufforderung zur Abgabe eines indikativen Angebotes (Erstangebotes) durchgehend stattgaben. In der mehrfach bis schließlich 2. November 2021 verlängerten Angebotsfrist gaben die Antragstellerin und weitere Bieter indikative Angebote ab, die die Antragsgegner nach Prüfung jeweils für zulässig erachtete. Diese Bieter forderten sie am 30. November 2022 zur Abgabe verbindlicher Angebote auf. Die ursprünglich bis zum 27. Juli 2023 laufende Angebotsfrist verlängerten sie mehrfach, zuletzt mit allgemeiner Bieterinformation vom 9. Februar 2024 bis zum 28. März 2024. Während des gesamten Verfahrens nahmen die Antragsgegner, teils eigenständig, teils auf Rügen oder Anregungen der Bieter, zahlreiche Änderungen an den Vergabeunterlagen vor und gaben diese jeweils allseits bekannt.

Beginnend am 1. April 2021 erhob die Antragstellerin gegenüber den Antragsgegnern zahlreiche Rügen zum Vergabeverfahren, welche die Antragsgegner überwiegend zurückwiesen, denen sie aber auch teilweise abhalfen. Ihren am 24. Juni 2021 bei der Vergabekammer des Landes Berlin eingereichten Nachprüfungsantrag, mit dem sie die zurückgewiesenen Rügen weiterverfolgt und den sie nachfolgend mehrfach erweitert hat, hat die Vergabekammer mit Beschluss vom 31. Oktober 2022 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 14. November 2022 beim Kammergericht eingegangenen sofortigen Beschwerde vom selben Tag, mit der sie ihre bereits vor der Vergabekammer erhobenen Rügen weiterverfolgt, ergänzt um weitere im Beschwerdeverfahren erhobene Rügen. Ein vom Senat angeregtes und mit Beschluss vom 17. März 2023 eingeleitetes Güteverfahren ist erfolglos geblieben und am 6. November 2023 förmlich beendet worden.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 30. Oktober 2022 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 10. November 2022, beide Aktenzeichen **VK B 1-28/21**, aufzuheben,
2. dass der Senat unter Berücksichtigung der eigenen Rechtsauffassung in der Sache selbst entscheidet oder die Sache an eine zuständige und unbefangene Vergabekammer zurückverweist,
3. die Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zurückzusetzen bzw. aufzuheben und nur unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen,

4. den Antragsgegnern die Kosten des Verfahrens einschließlich ihrer Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
6. weitergehende Akteneinsicht in die fortgeschriebene Vergabedokumentation und die digitalen Metadaten der zur Akteneinsicht von den Antragsgegnern vorgelegten Unterlagen zur Dokumentation des Vergabeverfahrens (jeweils zumindest in geschwärzter Form) zu gewähren,
7. Einsicht in die Verfahrensakten mit dem Aktenzeichen **VK B 1-28/21** der Vergabekammer des Landes Berlin (zumindest in geschwärzter Form) zu gewähren.

Die Antragsgegner beantragen,

1. die sofortige Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 31. Oktober 2022 in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 10. November 2022, beide Aktenzeichen **VK B 1-28/21**, zurückzuweisen,
2. die über die von der Vergabekammer gewährte Akteneinsicht hinausgehende Akteneinsicht in die fortgeschriebene Vergabe auf die Kap. 42, 44, 54, 55.1, 56 und 57 des leitenden Vergabevermerks und die Anlagen 32, 42, und 46 zum leitenden Vergabevermerk zu beschränken, dabei die jeweils im leitenden Vergabevermerk und den Anlagen als geheimhaltungsbedürftig gekennzeichneten Passagen zu beachten und die Akteneinsicht darüber hinaus zu verweigern,
3. die Einsicht in die Verfahrensakte der Vergabekammer Berlin auf den unter Ziffer 2 beschriebenen Umfang zu beschränken und in die geschwärzten Passagen der erstinstanzlichen Schriftsätze der Antragsgegner zu verweigern,
4. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegner im Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Im Übrigen wird für den Sach- und Streitstand auf die Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

II.

Die gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthafte und auch sonst zulässige, insbesondere nach Maßgabe von § 172 GWB form- und fristgerecht mit einem innerhalb der zweiwöchigen Beschwerdefrist am 14. November 2022 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz eingelegte sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Berlin, 1. Beschlussabteilung, vom 31. Oktober 2022 ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang wegen zwei der mit ihren Vergabenachprüfungsanträgen erhobenen vergaberechtlichen Rügen begründet, im Übrigen unbegründet. Soweit die sofortige Beschwerde der Antragstellerin danach Erfolg hat, sind ihre Nachprüfungsanträge zulässig und begründet (unter 3. und 4.); im Übrigen sind sie unbegründet, unzulässig oder haben sich in der Hauptsache erledigt. Der Erörterung der Rügen in den Terminen

zur mündlichen Verhandlung am 23. Februar 2024 und 1. März 2024 folgend, gilt für die verfahrensgegenständlichen 25 vergaberechtlichen Rügen im Einzelnen Folgendes:

1. Die Vorgaben der Antragsgegner zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten sind, soweit sie von der Antragstellerin gerügt worden sind, zwar, wie mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung am 23. Februar 2024 ausführlich erörtert, teilweise vergaberechtswidrig. Der entsprechenden Rüge der Antragstellerin war aber dennoch nicht abzuhelpen, weil ihr hierauf bezogener Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB unzulässig ist, da sie ihrer danach bestehenden Rügeobliegenheit, wie bereits die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zu Recht festgestellt hat, nicht rechtzeitig nachgekommen ist. Nach der vorgenannten Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Wie bereits die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss unter Ziffer III. 3. und 4. der Gründe auf den Seiten 28 bis 39 der Beschlussabschrift zutreffend festgestellt hat, waren die gerügten Verstöße zu den Wertungsregeln bereits in Ziffer II.1.6) der Auftragsbekanntmachung vom 7. August 2021 sowie dem dort verlinkten Dokument zur Vorgehensweise bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots (Anlage 10 der Vergabeakten) im Sinne der genannten Vorschrift erkennbar. Deswegen hätte die Antragstellerin ihre Rüge spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen am 11. Februar 2022 erheben müssen. Die erst am 1. April 2022 erhobene Rüge war daher verspätet und ihr darauf bezogener Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Ohne Erfolg wendet die Antragstellerin hiergegen ein, § 160 Abs. 3 GWB sei nicht anwendbar (a), sie habe die Rüge bereits zu einem früheren Zeitpunkt erhoben (b), sie habe die Rüge rechtzeitig erhoben (c), der gerügte Verstoß sei für sie nicht im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB erkennbar gewesen (d) und eine Rüge sei jedenfalls entbehrlich gewesen (e). Auch das ebenso eingehende wie umfangreiche Vorbringen der Antragstellerin aus ihren Schriftsätzen vom 2. und 9. Februar 2024 sowie in der Verhandlung am 1. März 2024 führen zu keinem anderen Ergebnis (f).

a) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin sind die §§ 97 ff. GWB und damit auch § 160 Abs. 3 GWB auf die vorliegende Rüge anwendbar. Die von ihr aufgeworfene Frage, ob und inwieweit die ausgeschriebenen Aufträge dem Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße unterfallen und ob und inwieweit sich insoweit Rügeobliegenheiten aus § 160 Abs. 3 GWB ergeben könnten oder im Hinblick auf das in Art. 5 Abs. 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 nicht erwähnte Rügeerfordernis nicht, stellt sich, wie auch die Vergabekammer zutreffend in dem angefochtenen Beschluss festgestellt hat (Seite 27 der Beschlussabschrift), nicht. Denn die Antragstellerin beteiligt sich an dem Vergabeverfahren allein wegen der in den Losen 1 und 3 ausgeschriebenen, auf die Lieferung und Instandsetzung von Schienenfahrzeugen bezogenen FBI-Aufträge, nur hierfür hat sie indikative Angebote abgegeben. Als reiner Fahrzeughersteller hätte sie für die EVU-Aufträge (Lose 2 und 4) auch nicht mit Aussicht auf Erfolg Angebote abgeben können, weil sie die für die Auftragsausführung bestehenden Eignungskriterien offensichtlich nicht erfüllt. Dementsprechend rügt sie die Wertungsvorgaben für die Vergabe der FBI-Aufträge und dementsprechend gelten hierfür die Rügeobliegenheiten aus § 160 Abs. 3 GWB, auch wenn die Wertungsvorgaben gleichermaßen für die ebenfalls ausgeschriebenen EVU-Aufträge (Lose 2 und 4) und für die Gesamtwertung aller ausgeschriebenen Aufträge anwendbar sind. Abgesehen davon ist das Rügeerfordernis aus § 160 Abs. 3 GWB für die Vergabe von Aufträgen, die der VO (EG) Nr. 1370/2007 unterliegen, aber zweifelsohne mit dieser Verordnung vereinbar, weil sie in ihrem Erwägungsgrund 21 für den Rechtsschutz ausdrücklich ein

"wirksames Nachprüfungsverfahren ..., das mit den entsprechenden Verfahren gemäß der RL 89/665/EWG ... bzw. der RL 92/13/EWG" - also den vergaberechtlichen Rechtsmittelrichtlinien -

vergleichbar sein sollte",

für erforderlich, damit aber auch für ausreichend hält. Darüber hinaus ist in Art. 5 Abs. 7 der VO (EG) Nr. 1370/2007 geregelt, dass die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass die gemäß den Absätzen 2 bis 6 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können. Insbesondere durch die Formulierung "rasch" hat der europäische Ordnungsgeber hinreichend zum Ausdruck gebracht, dass auch zeitgebundene Rügeobliegenheiten, die eine rasche rechtliche Überprüfung sicherstellen, mit Unionsrecht ohne weiteres vereinbar sind.

b) Zu Recht hat die Vergabekammer festgestellt, dass die Antragstellerin nicht bereits im Rahmen der Markterkundung eine den Anforderungen des § 160 Abs. 3 GWB genügende vergaberechtliche Rüge erhoben hat. Auf die entsprechenden Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss kann zur Vermeidung von Wiederholungen vollumfänglich verwiesen werden (Ziffer III. 3. a) der Gründe, Seiten 29 f. der Beschlussabschrift), zumal sich die Antragstellerin ihrerseits nur auf ihr Vorbringen vor der Vergabekammer bezogen hat, ohne sich mit der Entscheidung der Vergabekammer in diesem Punkt auseinanderzusetzen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass das Entstehen der Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 GWB den Beginn des Vergabeverfahrens voraussetzt. Eine einem Vergabeverfahren vorausgehende Markterkundung ist aber nicht Teil des dann folgenden Vergabeverfahrens, das hier erst mit der Auftragsbekanntmachung vom 7. August 2020 begonnen hatte. Mit ihren davor im Rahmen der Markterkundung erhobenen Beanstandungen konnte die Antragstellerin deswegen, selbst dann, wenn sie ansonsten die Anforderungen einer vergaberechtlichen Rüge erfüllt hätten, ihren nach § 160 Abs. 3 GWB erst mit Beginn des Vergabeverfahrens einsetzenden Rügeobliegenheiten nicht genügen.

c) Der gerügte Verstoß war für die Antragstellerin auch im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB erkennbar.

aa) Wie der Senat bereits in einem eine vergleichbare Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahren zu dem Merkmal der Erkennbarkeit in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB, das dem in Nr. 2 der Bestimmung entspricht, ausgeführt hat (Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -), muss der Vergabeverstoß dem Bieter sowohl in tatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht erkennbar sein, um die Rügeobliegenheit auszulösen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. Juli 2018 - **Verg 28/18** -; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 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** -; OLG Jena, Beschluss vom 16. September 2013 - **9 Verg 3/13** -; Senat, Beschluss vom 15. Februar 2019 - **Verg 9/17** -; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 160 Rn. 73). 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-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 160 Rn. 75). Maßgeblich ist auf das allgemeine und grundlegende Wissen der beteiligten Bieterkreise abzustellen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 - **Verg 9/17** -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2016 - **Verg 6/16** -; OLG München, Beschluss vom 22. Oktober 2015 - **Verg 5/15** -; Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 160 GWB Rn. 58).

bb) Nach diesen Vorgaben war der Antragstellerin der gerügte Vergabeverstoß im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB aus der Auftragsbekanntmachung sowohl tatsächlich als auch rechtlich erkennbar. Es kann auch insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss verwiesen werden (Ziffer III. 3. b), c) und d) der Gründe, S. 30 bis 35 BA).

(1) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin waren danach aus den im Einzelnen von der Vergabekammer unter Ziffer III 3. b) der Gründe dargelegten Erwägungen, mit denen sich die Antragstellerin nicht weiter auseinandersetzt, die Regeln zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten über den direkten Internet-Verweis (sog. DeepLink) in Ziffer II.1.6) der Auftragsbekanntmachung im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB aufgrund der Bekanntmachung erkennbar. Dafür genügt es nach der dort nachgewiesenen Rechtsprechung, wenn der Vergabeverstoß sich aus Unterlagen ergibt, die über einen DeepLink in der Auftragsbekanntmachung unmittelbar verfügbar sind (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Juli 2018 - **Verg 24/18** -; OLG München, Beschluss vom 25. Februar 2019 - **Verg 11/18** -). Wie im Termin am 1. März 2024 ausführlich besprochen, ergibt es keinen Sinn, hier zwischen der digital veröffentlichten Auftragsbekanntmachung und einem bei ihrem Aufruf unmittelbar durch einen weiteren Klick sicher erreichbaren Dokument zu unterscheiden. Wie die Antragsgegner zu Recht geltend gemacht haben, wäre ansonsten eine transparente Veröffentlichung von grundlegenden Vergabebedingungen aufgrund der begrenzten Möglichkeiten des digitalen Formulars bei komplexen Ausschreibungen wie der vorliegenden nicht möglich und würde der mit dem Formularzwang angestrebte Zuwachs an Transparenz in sein Gegenteil verkehrt.

(2) Soweit die Antragstellerin sodann die tatsächliche und rechtliche Erkennbarkeit des von ihr gerügten Verstoßes in Abrede stellt, übersieht sie im Ausgangspunkt, dass dieses Merkmal, anders als § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB, gerade keine positive Kenntnis erfordert. Vielmehr genügt, dass ein durchschnittlich fachkundiger Bieter des angesprochenen Bieterkreises bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen den Verstoß erkannt hätte, wenn also ein solcher Bieter einen Sachverhalt, der einen Verstoß begründete, tatsächlich erkannt hätte und zumindest als rechtlich problematisch einstufen würde; maßgeblich ist auf das allgemeine und grundlegende Wissen der beteiligten Bieterkreise abzustellen.

Vorliegend dürfte die Antragstellerin die mit den Wertungsregeln verbundenen Probleme schon im Vorfeld des Vergabeverfahrens bei der von den Antragsgegnern durchgeführten Markterkundung tatsächlich und rechtlich sogar erkannt haben. Denn sie hatte ihre auch rechtlichen Bedenken nach ihrem eigenen Vorbringen bereits in diesem Rahmen gegenüber den Antragsgegnern angesprochen, wenn es sich insoweit, wie bereits ausgeführt (oben a)), entgegen ihrer Auffassung auch nicht um eine vergaberechtliche Rüge handelte.

Selbst wenn man eine Kenntnis der Antragstellerin verneinte, musste sich die Problematik aufgrund der ausdrücklichen Hinweise der Antragsgegner in Ziffer IV.3.) (1.1) der Auftragsbekanntmachung für die mit der Ausschreibung dieser Großaufträge angesprochenen Großunternehmen und damit auch für die Antragstellerin geradezu aufdrängen. Von einem auch nur durchschnittlich sorgfältigen Unternehmen aus diesem Bieterkreis ist zu erwarten, dass es sich mit Basisfragen einer Ausschreibung, nämlich hier der Frage, wie die Wertung der Angebote nach den Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers vorgenommen werden soll, auseinandersetzt (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 11. Juli 2000 - **KartVerg 7/00** -). Dazu hatte die Antragstellerin, wie auch die anderen an der Ausschreibung beteiligten Unternehmen, mehr als ein halbes Jahr Zeit.

Hierbei lag, anders als die Antragstellerin glauben machen will, auch die rechtliche Problematik der von ihr verspätet gerügten Wertungsregeln für ein Unternehmen, das sich seinen Sorgfaltspflichten entsprechend hiermit befasst hatte, auf der Hand. Denn es konnte dann unschwer feststellen, dass

die Wertungsregeln der Antragsgegner nicht mit § 127 Abs. 1 GWB, einer Basisvorschrift des Vergaberechts, vereinbar waren, weil diese Regeln nicht sicher gewährleisten, dass sich ein gegenüber Einzelpreisen aus Kombinations- oder Gesamtangeboten preisgünstigeres Einzelangebot bei der Wertung durchsetzt. Dass dies rechtlich problematisch, nämlich im allgemeinen Sprachgebrauch "ungerecht" sein kann, versteht im Übrigen jeder juristische Laie, so dass die entsprechende Erkenntnis auch von Mitarbeitern eines Großunternehmens wie der Antragstellerin, die mit der Bearbeitung der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen befasst sind, bei üblicher Sorgfalt zu erwarten ist.

Soweit die Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung am 1. März 2024 vorgetragen hat, ihre Mitarbeiter hätten sich in der Teilnahmephase des Vergabeverfahrens nicht mit den Vorgaben zur vergleichenden Wertung befasst, da es hierauf erst für die Angebotsabgabe angekommen sei, kann dahinstehen, ob dieses Vorbringens glaubhaft ist. Selbst wenn dies so gewesen sein sollte, wäre sie den aufgezeigten, äußerst geringen Anforderungen an die Beschäftigung mit der Ausschreibung und den für sie geltenden Bedingungen nicht nachgekommen. Es war von jedem Unternehmen, das sich an der vorliegenden Ausschreibung beteiligt hat, zu erwarten, dass es den Ausschreibungstext einschließlich der zweiseitigen Vorgaben zur vergleichenden Wertung zur Kenntnis nimmt und in Beziehung zu seiner Absicht setzt, sich an dem Verfahren zu beteiligen und dort Angebote abzugeben. Dies umfasst selbstverständlich auch einen Blick auf die wesentlichen Zuschlagskriterien und Wertungsvorgaben, weil davon abhängt, ob es überhaupt Sinn ergibt, einen Teilnahmeantrag abzugeben und sich an dem Verfahren zu beteiligen. Kein Unternehmen, das auch nur grundlegenden Anforderungen einer zweckentsprechenden Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen genügt, beschäftigt sich vor Abgabe eines Teilnahmeantrags nicht mit diesen Fragen. Jedenfalls sind dies die minimalen Sorgfaltsanforderungen, die im Rahmen der Erkennbarkeit an die an einer öffentlichen Ausschreibung interessierten Unternehmen gestellt werden und die Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB auslösen.

d) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin stellten die aufgrund der Auftragsbekanntmachung erkennbaren, von ihr verspätet gerügten Vorgaben zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten bereits in der Teilnahmephase des als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb geführten Vergabeverfahrens einen rügefähigen Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB dar.

aa) Der Antragstellerin ist zwar zu folgen, soweit sie eine Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB verneint, solange mangels eines Schadens im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB keine Antragsbefugnis für einen Vergabenachprüfungsantrag besteht (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 19. September 2022 - **54 Verg 3/22** -). Die Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 GWB besteht nur für Vergabeverstöße, die Gegenstand eines zulässigen und begründeten Nachprüfungsantrags sein können (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -). Sie irrt aber, dass ein solcher drohender Schaden hier nicht bereits mit Beginn des als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb geführten Vergabeverfahrens bestanden habe. Denn die Antragsgegner hatten die maßgeblichen Entscheidungen für die von der Antragstellerin gerügte vergleichende Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten bereits mit der Auftragsbekanntmachung getroffen. Dass sie sich eine Änderung auch dieser Regeln vorbehalten haben, ändert daran ebenso wenig wie der Umstand, dass noch offen war und ist, ob sich die Regeln tatsächlich nachteilig auf die Zuschlagschancen der Antragstellerin auswirken werden. Es genügt nämlich für einen drohenden Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB, dass durch die gerügten Verstöße die Chancen auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können (OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 - **Verg 15/16** -). Eine solche potentielle Verschlechterung der Zuschlagschancen war hier bereits mit Bekanntmachung der von der Antragstellerin beanstandeten Wertungsregeln eingetreten. Die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB für ein etwaiges Nachprüfungsverfahren wegen dieser Regeln bestand hier deswegen bereits mit Bekanntmachung dieser Regeln, zumal ein Interessent die

Entscheidung, ob er einen Teilnahmeantrag einreicht, nicht zuletzt davon abhängig macht, nach welchen Kriterien im weiteren Verlauf des Verfahrens der Zuschlag erteilt werden soll (OLG München, Beschluss vom 13. März 2017 - **Verg 15/16** -).

bb) Soweit die Antragstellerin auf ihre konkrete Situation verweist, wonach sie erst durch den Wegfall eines Konsortialpartners mit der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote von den Regeln zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten betroffen sei, war sie dennoch schon zuvor nachteilig von diesen Wertungsregeln betroffen. Denn aus den genannten Gründen war sie bereits durch diese ihre Zuschlagschancen berührenden Regeln in ihrem Handlungsspielraum bei der Frage beschränkt, ob sie überhaupt einen Teilnahmeantrag stellen sollte. Mit dieser Begründung wäre ein etwaiger bereits in der Teilnahmephase des Verhandlungsverfahrens gestellter Nachprüfungsantrag jedenfalls nicht an der fehlenden Antragsbefugnis wegen eines noch nicht im Sinne von § **160** Abs. 2 S. 2 GWB drohenden Schadens gescheitert. Er wäre vielmehr zulässig und, wie der Senat im Termin zur mündlichen Verhandlung am 23. Februar 2024 ausführlich mit den Beteiligten erörtert hatte, teilweise auch begründet gewesen.

e) Die Rüge war auch weder aus den Gesichtspunkten von Treu und Glauben (für das Zivilrecht: § **242** BGB) entbehrlich noch, weil der gerügte Verstoß gegen Vergaberecht von Amts wegen zu berücksichtigen gewesen wäre. Es kann dahinstehen, ob und inwieweit diesen richterrechtlich begründeten Einschränkungen der Rügeobliegenheit aus § **160** Abs. 3 GWB gefolgt werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -; Senat, Beschluss vom 10. Mai 2022 - **Verg 2/21** -), da aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses (Seiten 36 bis 38 der Beschlussabschrift), auf die zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen ist, die jeweiligen Voraussetzungen hierfür vorliegend jedenfalls nicht gegeben sind.

aa) In der Rechtsprechung wird zu einer Entbehrlichkeit der Rüge nach den Grundsätzen des § **242** BGB 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 - **Verg 56/18** -).

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 - **Verg 56/18** -; 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 als eine bloße Förmerei anzusehen (Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -).

Um einen derartigen Sachverhalt handelt es sich hier aber nicht. Bloße Meinungsverschiedenheiten über die Zulässigkeit von Wertungsregeln, wie sie hier zwischen der Antragstellerin und den Antragsgegnern schon vor Beginn des Vergabeverfahrens im Rahmen der von den Antragsgegnern durchgeführten Markterkundung bestanden, genügen keinesfalls, um von den gesetzlichen Vorgaben zur Rügeobliegenheit zu dispensieren. Denn dies hätte zur Folge, dass den öffentlichen Auftraggebern nahezu jede Berufung auf die Präklusionsnormen als missbräuchlich vorgehalten werden könnte, was auf eine auch richterrechtlich nicht legitimierbare Nichtanwendung der gesetzlichen Vorgaben in § **160** Abs. 3 GWB und der mit ihnen verfolgten Zwecke an einem funktionsfähigen Beschaffungswesen der öffentlichen Hand hinausliefe (vgl. Senat, a.a.O., m.w.N.). Abgesehen davon ist die Antragstellerin selbst davon ausgegangen, dass die Antragsgegner sich auf die gerügten Wertungsregeln wegen des von ihnen insoweit erklärten Änderungsvorbehalts zu den

Zuschlagskriterien noch nicht abschließend festgelegt hätten, wenn sie auf Seite 38 ihrer Beschwerdeschrift vom 14. November 2022 ausführt, es habe in der Teilnahmephase "noch gar nicht fest, dass die Wertungsmethodik zu den Kombinationslosen auch für die Verhandlungsphase aufrechterhalten" bleibe, eine rügefähige Entscheidung hätten "die Antragsgegner damit noch gar nicht manifestiert". Es kann demnach auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin keine Rede davon sein, dass eine Rüge den Antragsgegnern nicht grundsätzlich auch zu einer Änderung der beanstandeten Wertungsregeln hätte Anlass geben können, zumal die Antragsgegner dies unter Ziffer IV.3. der Auftragsbekanntmachung bei sie überzeugenden Argumenten sogar ausdrücklich in Aussicht gestellt hatten und sich selbst in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat im Beschwerdeverfahren insoweit zunächst aufgeschlossen gezeigt hatten.

bb) Auch für einen Eingriff in die von der Antragstellerin beanstandeten Wertungsregeln der Antragsgegner von Amts wegen fehlen sämtliche Voraussetzungen. Es kann keine Rede davon sein, dass diese Vorgaben ohne ein Eingreifen der Nachprüfungsinstanzen keinen ordnungsgemäßen Abschluss des Vergabeverfahrens ermöglichen würde. Allein dann wäre ein solcher Eingriff gerechtfertigt. Die Präklusionsregeln dürfen über den Untersuchungsgrundsatz und vermeintlich unabwendbare Korrekturbedürfnisse der Nachprüfungsinstanzen "von Amts wegen" nicht umgangen werden (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 22. Januar 2019 - **54 Verg 3/17** -, m.w.N.). Vielmehr führen die von der Antragstellerin gerügten Regeln vorliegend zu klaren Ergebnissen, auch wenn sich dann unter bestimmten Umständen wirtschaftlichere Einzel- oder Kombinationsangebote gegen weniger wirtschaftliche Kombinations- und Gesamtangebote unter Verstoß gegen § **127** Abs. 1 S. 1 und 3 GWB nicht durchsetzen könnten. Insbesondere wären die Antragsgegner gegebenenfalls auch nicht zu einer insgesamt unwirtschaftlichen Vergabe genötigt, weil sie das Vergabeverfahren nach § **63** Abs. 1 Nr. 3 VgV ganz oder teilweise aufheben dürften, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt werden sollte.

f) Soweit die Antragstellerin in ihrem Vorbringen zuletzt nochmals insbesondere die Erkennbarkeit im Sinne des § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB der von ihr als vergaberechtswidrig gerügten Vorgaben zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten in Abrede gestellt hat, vermag dies nicht zu überzeugen.

aa) So beruhen sämtliche der von der Antragstellerin zuletzt in Bezug genommenen Entscheidungen des OLG Koblenz sowie der Vergabekammer des Bundes auf den auch vom Senat zugrunde gelegten Rechtsgrundsätzen (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Dezember 2022 - **Verg 3/22** -; VK Bund, Beschluss vom 6. November 2023 - **VK 1-77/23** -). Dass diese Rechtsgrundsätze aufgrund unterschiedlicher Gegebenheiten der Einzelfälle zu unterschiedlichen Ergebnissen führen können, liegt in der Natur der Sache. Dabei kann dahinstehen, ob die Präklusionsvorschriften, wie die Vergabekammer des Bundes meint, was jeweils zweifelhaft erscheint, "Ausnahmevorschriften" seien und deswegen "restriktiv" auszulegen seien (VK Bund, Beschluss vom 6. November 2023 - **VK 1-77/23** -). Auch die Vergabekammer des Bundes und das OLG Koblenz lassen nicht erkennen, die Vorschriften in der von ihnen geteilten Auslegung im Ergebnis nicht anwenden zu wollen.

Zu betonen bleibt demgegenüber, dass § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB nur die tatsächliche und rechtliche Erkennbarkeit des dann gerügten Vergaberechtsverstößes fordert, nicht seine positive Kenntnis. Die Auslegung des § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB darf nicht dazu führen, dass im Widerspruch zu diesen gesetzlichen Vorgaben von Teilnehmern eines Vergabeverfahrens entgegen der insoweit auch zivilrechtlich bestehenden vorvertraglichen Pflichten keinerlei Anstrengungen bei der Befassung mit der Auftragsbekanntmachung und den Vergabeunterlagen mehr zu verlangen wären. Dies würde die Effektivität öffentlicher Beschaffungsvorgänge erheblich beeinträchtigen, was die Normen gerade in einem angemessenen Ausgleich mit den Rechtsschutzinteressen der Bieter zu vermeiden suchen. Sie möchten sowohl sorglosem als auch taktischem Bieterverhalten entgegenwirken, das geeignet wäre, die Beschaffung in die Länge zu ziehen oder sonst zu

erschweren.

Es bleibt deswegen dabei, dass aus den Normen für die am Vergabeverfahren interessierten Unternehmen im Hinblick auf die Erkennbarkeit der dann gerügten Vergabeverstöße Sorgfaltspflichten bzw. Obliegenheiten zu sorgfältigem Handeln herzuleiten sind, deren Verletzung die Wertung trägt, dass der jeweils gerügte Vergabeverstöß tatsächlich und rechtlich erkennbar gewesen sei. Wegen des Maßstabs der rechtlichen Erkennbarkeit besteht Einigkeit, dass auf die (kognitiven) Möglichkeiten eines durchschnittlichen Bieters (bzw. seiner Mitarbeiter) aus dem durch die Ausschreibung angesprochenen Bieterkreis abzustellen ist. Dies erfordert notwendig die Überlegung, was von einem solchen Bieter und daher von seinen Mitarbeitern zu erwarten ist und vorliegend zu erwarten gewesen wäre.

Zu fordern ist in der Teilnahmephase einer Ausschreibung von der Größe der vorliegenden, dass der Bieter die Ausführungen in der Auftragsbekanntmachung und zumindest die wesentlichen Informationen zu den Teilnahme- und Vergabebedingungen, soweit sie bekannt gemacht worden sind, zur Kenntnis nimmt und zumindest im Rahmen des von Bieter des Bieterkreises zu erwartenden Erkenntnisvermögens auch als rechtlicher Laie jedenfalls in dem Sinne würdigt, ob diese aus seiner laienhaften Sicht so in Ordnung sind oder ob hier rechtlich etwas nicht stimmen könnte, problematisch sein könnte oder "so nicht gehen" könnte (OLG Frankfurt, Beschluss vom 4. Dezember 2023 - **11 Verg 5/23** -). Insoweit besteht zwar keine Obliegenheit zur Einholung von Rechtsrat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. September 2018 - **Verg 37/17** -), aber selbstverständlich eine Obliegenheit zur laienhaften rechtlichen Würdigung, deren Verletzung die rechtliche Erkennbarkeit des Vergabeverstößes begründet. Aus einer laienhaften Sicht sind in dieser Weise insbesondere alle Bedingungen problematisch, die laienhaft "ungerecht", "unfair" oder "unverständlich" sind, die "dem Bieter Unmögliches abverlangen", insbesondere ihm "die Erstellung und Kalkulation eines Angebotes unmöglich machen oder unzumutbar erschweren" oder ihn "unübersehbaren Risiken" aussetzen würden.

Nach diesem Maßstab wäre, wie bereits ausgeführt, von einem Bieter des von der vorliegenden Ausschreibung angesprochenen Bieterkreises, zu dem die Antragstellerin zweifelsohne gehört, zu erwarten gewesen, dass er die gerügten Zuschlagsbedingungen gerade in dem von der Antragstellerin beanstandeten Punkt, nämlich der vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten, laienhaft als "unfair" und "ungerecht" bewertet hätte. Soweit die Antragsgegner auf die Erkenntnisse der Antragstellerin aus der Markterkundung vor dem Vergabeverfahren verweisen, spielen diese zwar unmittelbar für die "Erkennbarkeit" keine Rolle, weil es gerade nicht um das rechtliche und tatsächliche Erkennen des Vergaberechtsverstößes durch den Bieter geht, sondern die Erkennbarkeit im Ausgangspunkt normativ nach einem objektiven Maßstab zu beurteilen ist (Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 160 Rn. 73 m.w.N.; vgl. aber zur Berücksichtigung besonderer Kenntnisse einzelner Bieter unten II. 2. a) cc)). Mittelbar veranschaulichen sie aber, dass von Bieter aus dem mit der Ausschreibung angesprochenen Bieterkreis die Erkenntnis erwartet werden konnte, dass die von den Antragsgegnern vorgesehene Wertung in den von der Antragstellerin beanstandeten Fällen rechtlich problematisch sein konnte. Sie belegen, dass die rechtliche Problematik von rechtlichen Laien, nämlich der Antragstellerin und deshalb auch von ihren Mitarbeitern, erkannt worden ist und, worauf es für die Erkennbarkeit allein ankommt, von einem rechtlichen Laien die Erkenntnis der rechtlichen Problematik zu erwarten war, woraus sodann auch die rechtliche Erkennbarkeit folgt. Ob eine in dieser Weise vergaberechtlich problematische Wertungsmethode bereits in der vergaberechtlichen Rechtsprechung oder Literatur thematisiert worden war, kann zwar zusätzlich für die Erkennbarkeit des Vergaberechtsverstößes sprechen (Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -), fehlende Thematisierung steht ihr aber keineswegs entgegen (a.A. wohl VK Bund, Beschluss vom 6. November 2023 - **VK 1-77/23** -).

bb) Soweit die Antragstellerin die durchgehende Verfügbarkeit des mit der Auftragsbekanntmachung verlinkten Dokumentes mit den Vorgaben zur vergleichenden Wertung der Einzel-, Kombinations- und Gesamtangebote bis zum Ende der Angebotsfrist in Abrede gestellt hat, ist dies weder für die tatsächliche und rechtliche Erkennbarkeit des von ihr gerügten Vergabeverstößes noch sonst erheblich. Denn jedenfalls hatte sie Kenntnis von den Vorgaben genommen und zu keinem Zeitpunkt während der gesamten Teilnahmephase geltend gemacht, sie könne das verlinkte Dokument zur Vorgehensweise bei der vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten nicht abrufen. Im Übrigen hat die Antragstellerin das Dokument nach dem unbestritten gebliebenen Sachvortrag der Antragsgegner auch mehrfach heruntergeladen, zuletzt am 20. Dezember 2023.

cc) Schließlich führt auch die von der Antragstellerin im Termin zur mündlichen Verhandlung am 1. März 2024 zur Begründung ihrer abweichenden Rechtsauffassung in Bezug genommene Entscheidung des EuGH vom 27. Februar 2003 - **C-327/00** (Santex) - zu keinem anderen Ergebnis. Nach dieser Entscheidung sind nationale Präklusionsvorschriften, wie sie in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB enthalten sind, ohne jeden Zweifel europarechtlich zulässig (EuGH, a.a.O., Rn. 50 bis 52). Sie sind in europarechtskonformer Auslegung allerdings dann nicht anzuwenden, wenn der öffentliche Auftraggeber durch sein Verhalten eine Ungewissheit hinsichtlich der Auslegung einer Klausel geschaffen hat, die er erst nach Ablauf der Rügefristen beseitigt hat (vgl. EuGH, a.a.O., Rn. 58, 65). Um einen solchen Fall handelt es sich hier indes nicht. Die von der Antragstellerin als vergaberechtswidrig gerügten Vorgaben der Antragsgegner zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten waren seit der Ausschreibungsbekanntmachung klar und unmissverständlich ausformuliert. Von dem öffentlichen Auftraggeber zu verantwortende Ungewissheiten und Unklarheiten bei den Ausschreibungsbedingungen wie in dem der Entscheidung des EuGH zugrundeliegenden Fall gab es nicht.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch wegen ihrer Rüge, die Antragsgegner hätten mit den Vorgaben in der Ausschreibung der FBI-Aufträge zur Bereitstellung von Werkstätten durch die Auftragnehmer gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB verstoßen, soweit dem Bestandsunternehmen die Nutzung der eigenen Werkstätten erlaubt ist und die Kosten für die Bereitstellung der Werkstätten ohne Ausgleich dieses Umstandes in den Wertungspreis einfließen, unzulässig, weil auch diese Rüge, der Beurteilung der Vergabekammer folgend, nach Maßgabe von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert ist. Die danach für eine Präklusion bestehenden Voraussetzungen sind aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses (Ziffer III. 5. der Gründe, Seite 39 der Beschlussabschrift) sowie den hier entsprechend geltenden Ausführungen des Senats zu der die Vorgaben der vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten betreffenden Rüge (oben unter II. 1.) erfüllt. Hierauf ist zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen zu verweisen und ergänzend nur Folgendes auszuführen:

a) Der von der Antragstellerin verspätet erst am 1. April 2021 gerügte Vergabeverstoß zu den Werkstätten für die Instandhaltung war im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB tatsächlich und rechtlich aufgrund der Auftragsbekanntmachung und den in der Teilnahmephase des Vergabeverfahrens veröffentlichten Vergabeunterlagen bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen am 11. Februar 2021 erkennbar.

aa) Aus Ziffer II.2.4) der Auftragsbekanntmachung zu den FBI-Aufträgen (Lose 1 und 3) in Verbindung mit Ziffer 16.2 des 1. Vergabebriefs war zweifelsfrei ersichtlich, dass die Bieter eine Betriebsstätte auf eigene Kosten auf einem ihnen gestellten Grundstück zu errichten hatten und dem Bestandsunternehmen die Option blieb, eine bestehende Betriebsstätte zu nutzen. Nach Ziffer 16.1 des mit der Ausschreibung veröffentlichten ersten Verfahrensbriefs vom 7. August 2020 (Anlage Ast. 12, S. 15) war ein in die Wertung der Angebote einfließender Preis für die Errichtung bzw. Herrichtung der erforderlichen Werkstattpkapazitäten anzugeben ("Werkstattpauschale gemäß Anlage F8_FBI-NS bzw. Anlage F8_FBI-SB"). Damit war klar, dass diese Vorgaben die

Konkurrenzunternehmen des sich gegebenenfalls an dem Vergabeverfahren beteiligenden Bestandsunternehmens benachteiligen konnten, auch wenn die Anlage F8 den Unternehmen erst mit der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote am 24. März 2021 zur Verfügung stand. Von einem Ausgleich dieses Vorteils für das Bestandsunternehmen als möglichem Bieter war nirgends die Rede.

Dass hierin eine gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB, eine vergaberechtliche Basisvorschrift, verstoßende vergaberechtswidrige Ungleichbehandlung liegen konnte, lag auf der Hand. Auch ein vergaberechtlicher Laie konnte unschwer erkennen, dass diese Bedingungen das Bestandsunternehmen begünstigen und insofern "unfair" erscheinen.

bb) Entgegen der Annahme der Antragstellerin handelte es sich bei diesen Vorgaben auch nicht etwa um Einzelheiten aus den Vergabeunterlagen, die erst für die konkrete Angebotserstellung erheblich hätten werden können und mit denen ein Unternehmen sich erst im Teilnahmewettbewerb bis zum Ablauf Frist für Teilnahmeanträge beschäftigen würde (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018 - **Verg 54/17** -). Vielmehr enthielt der den Interessenten mit der Auftragsbekanntmachung zugänglich gemachte, lediglich 30-seitige erste Verfahrensbrief die wesentlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens, anhand derer den Interessenten die Entscheidung ermöglicht werden sollte, einen Teilnahmeantrag für das Verhandlungsverfahren zu stellen oder davon abzusehen. Von jedem Unternehmen, dass sich an einer Ausschreibung in der Größenordnung wie der vorliegenden beteiligen wollte, war deswegen zu erwarten, dass es sich in der über sechsmonatigen Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge mit diesen grundlegenden Bedingungen der Ausschreibung befassen würde und die sich aufdrängende rechtliche Problematik gegenüber den Antragsgegnern in der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge rügen würde. Darauf, dass der damit tatsächlich wie rechtlich erkennbare Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften von der Antragstellerin nach ihrem Vorbringen dennoch nicht erkannt worden sei, obgleich er auf der Hand lag, kommt es dagegen nicht an.

cc) Ohne dass es entscheidend darauf ankommt, war der Antragstellerin die von ihr gerügte rechtliche Problematik auch aus dem Vergabenachprüfungsverfahren vor dem OLG Schleswig - **54 Verg 2/19** -, an dem sie ebenfalls als Antragstellerin beteiligt war, geläufig. Dort hatte sie unter anderem einen vergleichbaren unzureichenden Ausgleich von Wettbewerbsvorteilen wegen technischer Vorgaben der dort zu liefernden Schienenfahrzeuge gerügt. Dieses Verfahren endete mit Beschluss vom 13. Juni 2019 und enthielt eingehende rechtliche Ausführungen zu der hier wie dort maßgeblichen Frage, ob und inwieweit aus den Beschaffungsvorgaben folgende Vorteile von Teilnehmern eines Vergabeverfahrens gegenüber anderen Teilnehmern zur Wahrung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 97 Abs. 2 GWB auszugleichen sind (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 13. Juni 2019 - **54 Verg 2/19** -). Vor diesem Hintergrund ist schwer verständlich, dass die Antragstellerin die von ihr in diesem Verfahren erkannte und gerügte Problematik im vorliegenden Verfahren nicht erkannt haben will und erscheint zweifelhaft, dass es für die Sorgfaltsanforderungen bei der Erkennbarkeit (vgl. oben II. 1. c) aa)) nicht auch auf besondere Kenntnisse einzelner Bieter ankommen soll (dafür auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Oktober 2005 - **Verg 35/06** -; vgl. im Übrigen Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 160 Rn. 73 m.w.N.), was bei dem zivilrechtlichen Sorgfaltsmaßstab eine Selbstverständlichkeit ist (vgl. nur Caspers in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 276 Rn. 30 m.w.N.).

b) Der Rügeobliegenheit stand nicht entgegen, dass die Antragstellerin (noch) nicht nach § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt gewesen wäre (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 19. September 2022 - **54 Verg 3/22** -). Sie war antragsbefugt, weil die aus der Auftragsbekanntmachung und dem ersten Verfahrensbrief ersichtlichen Vorgaben der Antragsgegner ihre Zuschlagschancen beeinträchtigen konnten, was für die Annahme eines im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB drohenden Schadens genügt (vgl. oben I. 1. d)). Nur wenn und sobald, wie nicht, festgestanden hätte, dass das

Bestandsunternehmen nicht an dem Vergabeverfahren teilgenommen hätte, hätte der wegen dessen möglicher Teilnahme drohende Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entfallen können; dann allerdings wäre die Antragstellerin genau aus diesem Grund nicht (mehr) antragsbefugt gewesen.

3. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat Erfolg, soweit sie rügt, dass die Kosten für die Gleisanschlüsse an die optional zu nutzenden Grundstücke für die Errichtung von Werkstätten zur Instandsetzung der Schienenfahrzeuge bei den FBI-Aufträgen (Lose 1 und 3) in den Wertungspreis einfließen.

a) Der Nachprüfungsantrag ist wegen dieser Rüge der Antragstellerin zulässig - Bedenken bestehen insoweit ersichtlich nicht - und begründet (vgl. unter bb)).

aa) Ein Verstoß gegen den vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus § 97 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GWB liegt entgegen der Auffassung der Antragstellerin allerdings nicht vor. Die anfänglichen Kalkulationsprobleme zu den Gleisanschlusskosten wirken sich nicht (mehr) aus. Diese Kosten sind nunmehr auf die in der Anlage KW Version 15 der Vergabeunterlagen angegebenen Beträge begrenzt, die auf Kostenschätzungen beruhen, die die Antragsgegner auf der Grundlage von Verhandlungen mit der ### AG ermittelt hat. Weitergehende Kosten sind von den Antragsgegnern und nicht den Auftragnehmern zu tragen. Die von den Beteiligten erörterte Frage, ob diese Ausgestaltung der Vergabeunterlagen wirtschaftlich sei, stellt sich vor dem Hintergrund des Leistungsbestimmungsrechts der Antragsgegner nicht. Soweit die Antragstellerin geltend macht, ihre eigenen Kosten bei einem Gleisanschluss seien trotz der nunmehr bestehenden Begrenzung der Kostentragungslast nicht kalkulierbar, ist ihr Vortrag unsubstantiiert und nicht nachvollziehbar.

bb) Soweit die Gleisanschlüsse für die den Auftragnehmern optional zur Verfügung gestellten Werkstattgrundstücke von den Bietern in ihren Angeboten anzubieten sind, soweit sie diese Grundstücke nutzen wollen, und die dafür angesetzten Preise in den Wertungspreis einfließen, stellt sich dies als eine mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB unvereinbare Benachteiligung gegenüber dem Bestandsunternehmen als möglichem Bieter dar. Denn anders als andere Bieter, ist es dem Bestandsunternehmen erlaubt, auf seine bestehenden Werkstattgrundstücke zuzugreifen, so dass ihm die insgesamt einen zweistelligen Millionenbetrag ausmachenden Kosten nicht entstehen, während sie bei Bietern, die auf die von den Antragsgegnern angebotenen Grundstücke für die Errichtung von Werkstätten zugreifen wollen, in den Wertungspreis einfließen und diese Bieter gegenüber dem Bestandsunternehmen als möglichem Konkurrenzunternehmen entsprechend benachteiligen.

Entgegen der Ansicht der Antragsgegner ist diese Bevorzugung des Bestandsunternehmens gegenüber anderen Bietern auch nicht allein durch dessen Marktstellung oder seine überlegenen Erfahrungen und Informationen als Bestandsbieter begründet und gerechtfertigt (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 5. Dezember 2008 - **1 Verg 9/08** -), sondern beruht auf Umständen, die ihm als Bestandsunternehmen aufgrund des konkret bestehenden geringeren Kostenaufwandes für das Angebot der nachgefragten Leistung ein günstigeres Angebot ermöglichen (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 13. Juni 2019 - **54 Verg 2/19** -). Solche Vorteile sind zur Vermeidung eines Verstoßes gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB auszugleichen, sei es durch Zu- oder Abschläge bei der Wertung, sei es durch das Ausklammern bei der Wertung, sei es auf sonstige Weise (vgl. OLG Naumburg, a.a.O.; OLG Schleswig, a.a.O.).

Soweit die Antragsgegner in Abrede stellen, dass die Option des Bestandsunternehmens, bei den FBI-Aufträgen (Lose 1 und 3) auf seine bereits an das Gleisnetz der ### S-Bahn angeschlossenen Betriebsstätten zurückgreifen zu können, ein ausgleichsbedürftiger Wettbewerbsvorteil sei, überzeugt dies nicht. Der Vorteil des Bestandsunternehmens, der ### GmbH, folgt gerade nicht aus seiner im freien Wettbewerb errungenen Marktstellung, sondern daraus, dass es aufgrund seiner nahezu 30-

jährigen Leistungsbeziehungen zu den Antragsgegnern eine konkret auf deren Beschaffungsbedarf bezogene günstigere Ausgangsposition hat, weil es maßgeblich auch für die bisherige Leistungserbringung die an das Gleisnetz der ### S-Bahn angeschlossenen Werkstätten vorgehalten hat. Die Möglichkeit, auf funktionsfähige, an das Gleisnetz der ### S-Bahn angeschlossene Betriebsstätten zurückgreifen zu können, ist ein Ausstattungsvorteil des Bestandsunternehmens, der ihm gerade auch durch seine langjährige Tätigkeit außerhalb des Wettbewerbs für die Antragsgegner und die hierbei erwirtschafteten Erträge zugewachsen ist.

Solch ein maßgeblich aus der bisherigen Leistungsbeziehung herrührender Ausstattungsvorteil - hier: die vorhandenen Gleisanschlüsse zu den vorhandenen funktionsfähigen Werkstätten - ist bei einer erneuten Ausschreibung der Leistungen gegenüber den Unternehmen, die gezwungen sind, die Ausstattung neu anzuschaffen, ein Wettbewerbsvorteil, der zur Vermeidung einer nach § 97 Abs. 2 GWB vergaberechtswidrigen Ungleichbehandlung ausgleichsbedürftig ist.

Anders als die Antragsgegner meinen, fehlt es an einem hinreichenden Ausgleich dieses Wettbewerbsvorteils des Bestandsunternehmens als möglichem Bieter. Soweit sie darauf verweisen, dass andere Bieter die Werkstätten des Bestandsunternehmens aufgrund einer Vereinbarung mit diesem nutzen könnten, geht dies fehl, weil es sich nicht um eine hinreichend sicher realisierbare Alternative zur Vermeidung der Gleisanschlusskosten handelt. Vielmehr muss es nach dem eigenen Vorbringen der Antragsgegner als offen angesehen werden, ob Bieter von dieser Option überhaupt Gebrauch machen können. Die ### GmbH hat sich danach weder gegenüber den Antragsgegnern noch gegenüber der Antragstellerin in irgendeiner Weise, sei es auch nur optional, zu einer solchen Nutzungsüberlassung verpflichten wollen, sondern vielmehr zu erkennen gegeben, dazu nicht bereit zu sein. Soweit nach dem Vorbringen der Antragsgegner möglicherweise ein eisenbahnrechtlicher Überlassungsanspruch gegen die ### GmbH bestehen könnte, ist unklar geblieben, mit welchem Inhalt, wie er mit den Vorgaben des von den Antragsgegnern vorgegebenen Instandhaltungsvertrages vereinbar ist und ob eine solche Vereinbarung in der kurzen, von den Antragsgegnern gesetzten Frist (grundsätzlich sechs Monate) verhandelbar wäre. Soweit die Antragsgegner darauf verweisen, das unkooperative Verhalten der ### GmbH sei ihnen nicht zuzurechnen, übersehen sie, dass es an ihnen läge, die vermeintliche Option als tatsächlich verfügbare Ausweichmöglichkeit zur Vermeidung der ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteile des Bestandsunternehmens auszugestalten.

b) Zur Beseitigung des damit von der Antragstellerin zulässig und begründet gerügten vergaberechtlichen Verstoßes wegen der Behandlung der Gleisanschlusskosten, hat der Senat die Antragsgegner entsprechend § 168 Abs. 1 S. 1 GWB in dem Beschlusstenor zu Ziffer 1 angewiesen, diese Kosten bei dem Wertungspreis nicht zu berücksichtigen. Dadurch wird die gleichheitswidrige Bevorzugung des Bestandsunternehmens als möglichem Teilnehmer an dem Vergabeverfahren ausgeglichen. Wie die Antragsgegner diese Vorgabe vergaberechtskonform umsetzen, bleibt ihnen überlassen. Eine solche Umsetzung ist jedenfalls bei dem derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens vor Ablauf der Frist zur Abgabe endgültiger Angebote unschwer möglich.

4. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch zulässig und begründet, soweit sie sich zuletzt noch gegen Vorgaben wegen der in die Schienenfahrzeuge einzubauenden Zugbeeinflussungssysteme (ZBS) gewandt hat, weil diese sie gegenüber dem Systemlieferanten als möglichem Teilnehmer an dem Vergabeverfahren benachteiligen würden, so dass den Antragsgegnern entsprechend § 168 Abs. 1 S. 1 GWB aufzugeben war, die Vergabebedingungen wie aus dem Beschlusstenor zu Ziffer 1 ersichtlich anzupassen.

a) Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist wegen ihrer Rügen zu den Vorgaben der Antragsgegner zum ZBS zulässig. Er ist entgegen der Auffassung der Antragsgegner nicht etwa deswegen nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 oder 3 GWB unzulässig, weil die Antragstellerin diese

Rügen sogleich in das Nachprüfungsverfahren eingebracht hat, ohne sie zunächst unmittelbar gegenüber den Antragsgegnern zu erheben.

aa) Soweit ersichtlich, wird nur für den Präklusionstatbestand des § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB die Auffassung vertreten, der Nachprüfungsantrag sei unheilbar unzulässig, wenn der Antragsteller mit ihm einen im Sinne der Vorschrift erkannten Vergaberechtsverstoß geltend macht, den er nicht zuvor gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber gerügt hat (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 27. Juni 2016 - **1 Verg 2/16** -; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 160 Rn. 43 m.w.N.; Summa in: jurisPKVergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 25. Oktober 2023, § **160** GWB Rn. 201). Bei den anderen Präklusionstatbeständen stelle sich diese Frage nicht, weil sie daran anknüpften, dass nicht gerügt worden sei (Summa, a.a.O., Rn. 201 Fn. 111), was schon deswegen nicht überzeugt, weil auch bei den Präklusionstatbeständen in § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB der Vergabeverstoß zum Zeitpunkt der Rüge erkannt ist.

bb) Indes kann hier dahingestellt bleiben, ob ein ohne vorherige Rüge erhobener Nachprüfungsantrag unzulässig bleibt, wenn zeitlich nachfolgend, auf welche Weise auch immer, in den nach § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 und 3 GWB vorgesehenen Fristen gerügt wird (dagegen für einen Sonderfall OLG Karlsruhe, Beschluss 15. Januar 2021 - **15 Verg 11/20** -; a.A. Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 25. Oktober 2023, § **160** GWB Rn. 205), was wegen der ganz erheblichen Verkürzung des vergaberechtlichen Rechtsschutzes kaum mit den Vorgaben der europarechtlichen Rechtsmittelrichtlinien und dem Grundsatz effektiven Rechtsschutzes vereinbar sein dürfte. Denn unstreitig besteht keine (fristgebundene) Rügeobliegenheit nach § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB, wenn der Bieter erst im Verlauf eines bereits anhängigen Nachprüfungsverfahrens von einem Vergabeverstoß Kenntnis erlangt oder der Verstoß erst während des Verfahrens erkennbar geworden ist. Das mit der Rügeobliegenheit verfolgte Ziel, die Einleitung eines (nur möglicherweise überflüssigen) Vergabenachprüfungsverfahrens zu vermeiden, lässt sich dann nicht mehr erreichen. Der Antragsteller ist dann lediglich gehalten, den Vergabeverstoß, sobald er ihn erkennt, unverzüglich im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens geltend zu machen (BGH, Beschluss vom 29. Juni 2006 - **X ZB 14/06** -; OLG Schleswig, Beschluss vom 13. Juni 2019 - **54 Verg 2/19** -). Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin hier genügt, indem sie, beginnend mit ihrer Rüge vom 22. Mai 2022, fortlaufend die von der Antragstellerin immer wieder geänderten Vorgaben zum ZBS beanstandet hat, soweit sie diese für immer noch vergaberechtswidrig gehalten hat.

b) Der Nachprüfungsantrag ist wegen dieser Rüge hinsichtlich der zuletzt noch von der Antragstellerin beanstandeten Gesichtspunkte auch begründet.

Zwar ist den Antragsgegnern insoweit nicht vorzuwerfen, sie machten unter Verstoß gegen § **121** Abs. 1 GWB, § **97** Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GWB nicht hinreichend bestimmte und damit kalkulierbare Leistungsvorgaben. Indes bleiben auch nach den vielfältigen Änderungen der Vertragsbedingungen zu dem ZBS, zu denen sich die Antragsgegner vor allem auf die Rügen der Antragstellerin veranlasst gesehen haben, die zuletzt von der Antragstellerin noch gerügten beiden gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz des § **97** Abs. 2 GWB verstoßende Benachteiligungen gegenüber dem Systemlieferanten als möglichem Konkurrenten.

Zum einen beanstandet die Antragstellerin zu Recht die Unklarheiten bei den Lieferfristen des Systemlieferanten der ZBS. Zwar ist es grundsätzlich unproblematisch, wenn Lieferfristen noch nicht feststehen und potentielle Lieferanten von Auftragnehmern sich nur unverbindlich dazu äußern; dies führt zu keinen untragbaren Unklarheiten der Leistungsbeschreibung und stellt kein unzumutbares Lieferrisiko dar. Allerdings liegt hierin eine Ungleichbehandlung gegenüber dem Systemlieferanten als möglichem unmittelbarem oder mittelbarem Teilnehmer an dem Vergabeverfahren. Denn für ihn bestehen diese Unwägbarkeiten nicht und er braucht sie, anders als die anderen Bieter, bei einem etwaigen Angebot nicht mit entsprechenden sich auf den Wertungspreis auswirkenden

Risikozuschlägen zu berücksichtigen.

Zum anderen haben die Antragsgegner den Bietern zwar die Prozessrisiken für Rechtsstreitigkeiten mit dem Systemlieferanten weitgehend durch die Verpflichtung zur Übernahme sämtlicher notwendigen und tatsächlichen Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -verteidigung genommen; diese Risiken hätte der Systemlieferant als möglicher Teilnehmer an dem Vergabeverfahren nicht, so dass diese Kostenübernahme zur Vermeidung einer vergaberechtswidrigen möglichen Ungleichbehandlung erforderlich war. Da die eigenen personellen und sachlichen Aufwendungen der Bieter aber nicht erfasst sind, bleibt es insoweit bei einer ausgleichsbedürftigen Ungleichbehandlung.

5. Soweit die Antragstellerin gerügt hat, die Antragsgegner hätten es versäumt, ein nach ihren Vermutungen am Vergabeverfahren beteiligtes, nach § 1 GWB, Art. 101 Abs. 1 AEUV kartellrechtswidriges Gemeinschaftsunternehmen gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB von dem Vergabeverfahren auszuschließen und dies ordnungsgemäß nach § 42 Abs. 2 GWB zu prüfen, ist ihre Rüge derzeit, entgegen der Auffassung der Vergabekammer, jedenfalls unzulässig, weil der Antragstellerin hierfür die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB fehlt.

a) Der Antragstellerin ist aufgrund der behaupteten Rechtsverletzung, wie auch die Vergabekammer richtig erkannt hat, schon deswegen weder ein Schaden entstanden noch droht er ihr derzeit im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB zu entstehen, weil noch offen ist, ob und inwieweit sich durch die Teilnahme eines Gemeinschaftsunternehmens an dem Vergabeverfahren die Zuschlagschancen der Antragstellerin verschlechtern. Ein Schaden droht erst dann, wenn der öffentliche Auftraggeber nach § 134 GWB mitgeteilt hat, dass einem nach Auffassung des Antragstellers auszuschließenden Konkurrenzunternehmen der Zuschlag erteilt werden soll (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018 - **Verg 39/17** -, konkret für den Fall des Ausschlussgrundes nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB).

In der bloßen dem antragstellenden Unternehmen in der Regel, so auch hier, weder förmlich bekannten und vor ihm sogar nach § 5 VgV geheim zu haltenden Teilnahme eines vom öffentlichen Auftraggeber möglicherweise auszuschließenden Konkurrenzunternehmens liegt danach noch keine einen Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 1 GWB begründende Gefährdung seiner Zuschlagschancen. Das zeigt auch § 41 Abs. 3 VgV, der dem öffentlichen Auftraggeber im offenen Verfahren ausdrücklich erlaubt, die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung und damit auch der Prüfung von Ausschlussgründen durchzuführen. Erst bei einer hier noch ausstehenden außenwirksamen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, einen vergaberechtlich gebotenen Ausschluss zu unterlassen, könnte einem konkurrierenden Unternehmen im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB ein Schaden drohen, weil sich seine Zuschlagschancen verringern. Die Fallgestaltung ähnelt den Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber eine möglicherweise vergaberechtswidrige Entscheidung erst ankündigt oder sich diese vorbehält. Auch dort droht vor der angekündigten oder vorbehaltenen Entscheidung noch kein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB, weil sich die Zuschlagschancen des dies rügenden Unternehmens durch möglicherweise vergaberechtswidrige Vorbehalte und Ankündigungen möglicherweise vergaberechtswidriger Entscheidungen nicht verschlechtern können (vgl. im Einzelnen die Ausführungen zu den aus diesem Grund unzulässigen Rügen der Antragstellerin zu den von den Antragsgegnern erklärten Änderungs- und Verhandlungsvorbehalten unten II. 6. und II.18.). Anders liegt es allenfalls dann, wenn anders als hier das Verhandlungsverfahren als solches als vergaberechtswidrig gerügt wird, weil dann gerade in dem Verhandeln als solchem und unabhängig von der Teilnahme bestimmter konkurrierender Unternehmen der drohende Schaden liegt (vgl. BGH, Beschluss vom 10. November 2009 - **X ZB 8/09** -; Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 25. Oktober 2023, § 160 GWB Rn. 129).

b) Zu einer Entscheidung über den Ausschluss eines Unternehmens ist der öffentliche Auftraggeber

vor seiner abschließenden Entscheidung, wem er den Zuschlag erteilen möchte, grundsätzlich auch nicht verpflichtet. Vielmehr kann die Entscheidung über den Ausschluss erst bei der Mitteilung des beabsichtigten Zuschlags für ein Konkurrenzunternehmen nach § 134 GWB erfolgen (OLG Düsseldorf, a.a.O.), nicht selten ergänzend zu der Feststellung, das Angebot sei auch nicht das wirtschaftlichste gewesen. Eine Auslegung des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB dahin, dass bereits eine Gefährdung von Zuschlagschancen durch eine mögliche vergaberechtswidrige interne Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, einen gebotenen Ausschluss eines Konkurrenzunternehmens nicht zu erklären, einen drohenden Schaden begründete, würde den Vergaberechtsschutz zudem in nicht zweckmäßiger Weise vorverlagern. Denn dann müsste über Sachverhalte entschieden werden, die dem antragstellenden Konkurrenzunternehmen im Hinblick auf den Geheimwettbewerb in der Regel nicht bekannt sind, über die es daher, wie auch vorliegend, nur spekulieren kann und zu dem ihm in einem Nachprüfungsverfahren - vor der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung nach § 134 GWB - eben zur Wahrung des Geheimwettbewerbs auch keine weiteren Informationen etwa über eine Akteneinsicht erteilt werden dürfen. Schließlich entstehen auch keinerlei Rechtsschutzlücken, weil der öffentliche Auftraggeber seine Zuschlagsentscheidung nach § 134 Abs. 1 GWB den Bietern mitzuteilen hat, ohne eine solche Mitteilung und vor Ablauf der Fristen des § 134 Abs. 2 GWB ein wirksamer Zuschlag nach Maßgabe von § 135 GWB nicht erteilt werden darf und durch einen Nachprüfungsantrag wegen des dadurch nach § 169 Abs. 1 GWB ausgelösten Zuschlagsverbots auch verhindert werden kann. Frühere Rügen stehen Unternehmen jederzeit frei, sie können ihnen aber mangels Antragsbefugnis nicht im Sinne von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 oder 3 GWB obliegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2018 - **Verg 39/17** -; OLG Schleswig, Beschluss vom 19. September 2022 - **54 Verg 3/22** -; vgl. auch oben II. 1. d) aa)) und ihren Rechtsschutz auch insoweit nicht verkürzen. Das gilt jedenfalls dann, wenn sie wie vorliegend einen Schaden mangels der dafür erforderlichen Kenntnisse über das Vorgehen des öffentlichen Auftraggebers nicht, wie es § 160 Abs. 2 S. 2 GWB fordert, darlegen können und zur Gewährleistung des Geheimwettbewerbs (§ 165 Abs. 2 GWB, § 5 VgV) keinen Anspruch auf entsprechende Auskünfte haben (vgl. Senat, Beschluss vom 19. Dezember 2019 - **Verg 9/19** -).

Nichts anderes folgt entgegen der Ansicht der Antragstellerin aus den Vorgaben des § 42 Abs. 2 S. 1 GWB. Danach fordert der öffentliche Auftraggeber im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, im wettbewerblichen Dialog und in der Innovationspartnerschaft nur solche Bewerber zur Abgabe eines Angebotes auf, die ihre Eignung nachgewiesen haben und nicht ausgeschlossen worden sind. Vorliegend lässt sich aber unter Beachtung der Grundsätze des Geheimwettbewerbs aus § 5 VgV aufgrund des rein spekulativen Vorbringens der Antragstellerin, der Antragsgegner habe ein nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB auszuschließendes Gemeinschaftsunternehmen nicht ausgeschlossen, nicht feststellen, dass ein Verstoß gegen § 42 Abs. 2 S. 1 GWB vorliegt. Denn es ist nicht nur nicht feststellbar, dass überhaupt ein Gemeinschaftsunternehmen an dem Vergabeverfahren teilgenommen hat und wer wie an ihm in kartellrechtlich nach § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu beanstandender Weise (vgl. zu den Voraussetzungen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juli 2015 - **Verg 17/15** -; Beschluss vom 17. Januar 2018 - **Verg 39/17** -; OLG Celle, Beschluss vom 8. Juli 2016 - **13 Verg 2/16** -) beteiligt sein soll, sondern ebenso wenig ist dargetan, dass die Antragsgegner es versäumt hätten, im Sinne des § 42 Abs. 2 S.1 GWB die Eignung eines möglicherweise am Vergabeverfahren beteiligten Gemeinschaftsunternehmens zu prüfen und zu einer ermessensfehlerfreien Entscheidung auch zum Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB zu gelangen. Vermieden werden Nachprüfungsverfahren über Rügen, auf die es möglicherweise gar nicht ankommt, weil die vergaberechtlich gebotene Entscheidung möglicherweise noch getroffen wird, was dem öffentlichen Auftraggeber bei Ausschlussgründen bis zum Zuschlag möglich ist und bleibt, oder das Unterbleiben einer gebotenen Entscheidung erweist sich als unerheblich, weil das Unternehmen, das möglicherweise auszuschließen gewesen wäre, sich bei der Angebotswertung nicht durchsetzen kann. Mit diesen Erwägungen setzt sich der Senat auch nicht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (vgl. den von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung

in Bezug genommenen Beschluss vom 29. März 2021 - VII-**Verg 9/21**), da dort - anders als hier - eine gemäß § **134** GWB außenwirksame Entscheidung vorlag, vorliegend demgegenüber noch nicht einmal bekannt ist, ob ein Gemeinschaftsunternehmen sich überhaupt beteiligt. Zu der hiesigen Konstellation aber verhält sich das OLG Düsseldorf nicht.

6. Das Nachprüfungsverfahren hat sich wegen der Rüge des in Ziffer 18 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote vom 24. März 2021 enthaltenen Änderungsvorbehalts in der Hauptsache erledigt, nachdem die Erstangebotsphase spätestens mit der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote am 30. November 2022 ohne die vorbehaltenen Änderungen geendet hat. Im Hinblick auf die Kostenentscheidung ist festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag wegen dieser Rüge weder zulässig noch begründet war.

a) Der Nachprüfungsantrag war bereits unzulässig, weil die Antragstellerin entgegen § **160** Abs. 2 S. 2 GWB nicht dargelegt hat, inwieweit sich aus dem Vorbehalt der Antragsgegner in Ziffer 18 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote, Zuschlagskriterien oder ihre Wertung zu ändern, ein Schaden ergeben haben oder ihr drohen könnte. Die dafür erforderliche Beeinträchtigung in ihren Zuschlagschancen (vgl. nur Senat, Beschluss vom 20. März 2022 - **Verg 7/19** -, m.w.N.) ist auch sonst nicht ersichtlich. Das vorbehaltene Verhalten, hier die Änderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Wertung, ist weder Gegenstand der Rüge noch ist erkennbar, dass der als vergaberechtswidrig gerügte Vorbehalt als solcher in irgendeiner Weise für die Zuschlagschancen der Antragstellerin erheblich sein oder werden könnte.

b) Im Übrigen war der Nachprüfungsantrag aber auch unbegründet. Hierbei kann dahinstehen, ob und inwieweit die in Ziffer 18 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote vorbehaltenen Änderungen von Zuschlagskriterien und ihrer Wertung zulässig oder vergaberechtswidrig wären. Denn der bloße Vorbehalt einer möglicherweise vergaberechtswidrigen Entscheidung führt für sich genommen noch nicht zu einer Verletzung der an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen in eigenen Rechten (§ **97** Abs. 6 GWB). Zwar ist der Vorbehalt vergaberechtswidrigen Verhaltens, erst recht seine Ankündigung, ohne Weiteres ebenfalls vergaberechtswidrig. Es fehlt aber eben (noch) an der für den kartellvergaberechtlichen Rechtsschutz unentbehrlichen Verletzung einer eigenen Rechtsposition, die Maßnahmen der Nachprüfungsinstanzen nach § **168** Abs. 1 S. 1 GWB erfordern oder auch nur erlauben würde (Senat, Beschluss vom 16. November 2021 - **Verg 8/19** -, Bl. 966, 969 VK, S. 4 BA; VK Südbayern, Beschluss vom 31. Januar 2018 - Z3-3-319446-08/17 -). Einen präventiven Rechtsschutz im Vergabenachprüfungsverfahren gewährt das Kartellvergaberecht gerade nicht (OLG Koblenz, Beschluss vom 18. September 2003 - **1 Verg 4/03** -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Mai 2009 - **Verg 68/08** -; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 160 Rn. 29 m.w.N.).

Hierdurch entstehen auch keine Rechtsschutzlücken. Insbesondere ist das vorbehaltene oder angekündigte, möglicherweise vergaberechtswidrige Verhalten des öffentlichen Auftraggebers mangels einer bereits vorliegenden Verletzung in eigenen vergaberechtlichen Rechten nicht nach § **160** Abs. 3 GWB rügebedürftig (Senat, a.a.O.) und können sich durch eine Realisierung des vorbehaltenen oder angekündigten Verhaltens ggf. in ihren Rechten betroffene Unternehmen durch entsprechende vergaberechtliche Rügen und gegebenenfalls Nachprüfungsanträge wehren, sobald sich der öffentliche Auftraggeber seinem Vorbehalt oder seiner Ankündigung gemäß verhält. Gegenstand der Rüge ist dann aber eben dieses, das Unternehmen gegebenenfalls in seinen Rechten verletzende Verhalten und nicht der Vorbehalt oder die Ankündigung hierzu. Dennoch können und sollten Unternehmen angekündigtes oder vorbehaltenes, möglicherweise vergaberechtswidriges Verhalten gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber auch schon präventiv rügen, um auch im eigenen Interesse frühzeitig auf ein rechtmäßiges Vergabeverfahren hinzuwirken und rechtlichen Auseinandersetzungen vorzubeugen. Eine Rechtspflicht hierzu oder auch nur Obliegenheit etwa nach § **160** Abs. 3 GWB gibt es aber nicht, zumal es allein in der Verantwortung

des öffentlichen Auftraggebers liegt, das von ihm durchgeführte Vergabeverfahren rechtskonform zu gestalten und hieran interessierte Unternehmen nicht in ihren Rechten zu verletzen.

7. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit die Antragstellerin die Aufforderung der Antragsgegner an die Bieter vom 15. Juli 2022, sich die dynamischen Strecken- und Trassierungsdaten über das Informationsportal Infrastrukturdaten (IPID) der ### AG (seit 27. Dezember 2023 verschmolzen mit der .. S AG zur .. I AG) zu beschaffen als Verstoß gegen die Grundsätze der Vertraulichkeit aus § 5 VgV rügt, weder zulässig noch begründet.

a) Zu Recht hat die Vergabekammer angenommen, dass die Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB) der Antragstellerin zumindest nachträglich entfallen ist, nachdem sie sich zum IPID registriert und die für die Angebotserstellung notwendigen Daten abgerufen hatte, weil ihr kein (weiterer) Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB mehr entstehen konnte.

Indes war die Antragstellerin aber ohnehin zu keinem Zeitpunkt wegen dieser Rüge antragsbefugt, weil nicht ersichtlich ist, dass ihr durch die gerügten Vorgaben der Antragsgegner ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB hätte entstehen können.

Dass sich durch die Kenntnis möglicher konkurrierenden Unternehmen aus dem Konzern der ### AG von ihrer Teilnahme an dem vorliegenden Vergabeverfahren ihre Zuschlagschancen hätten verschlechtern können, ist abwegig und wird von ihr auch nicht weiter dargelegt. Im Übrigen lag aufgrund öffentlicher Äußerungen ihres Managements (vgl. dazu unten I. 21. a)) ohnehin auf der Hand, dass sie sich an dem vorliegenden Vergabeverfahren beteiligen würde.

b) Im Übrigen stellt sich der Nachprüfungsantrag wegen dieser Rüge aber auch als unbegründet dar. Insbesondere lag in der Aufforderung der Antragsgegner an die Bieter, sich die dynamischen Strecken- und Trassierungsdaten für die Angebotserstellung über das IPID zu beschaffen entgegen der Auffassung der Antragstellerin kein Verstoß gegen die Grundsätze der Vertraulichkeit aus § 5 VgV.

Da die Antragsgegner mit ihrem Schreiben keine vertraulichen Informationen weitergegeben haben (§ 5 Abs. 1 VgV), käme von vornherein nur eine Verletzung von § 5 Abs. 2 S. 1 VgV in Betracht. Danach muss der öffentliche Auftraggeber bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Interessenbekundungen, Interessenbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote einschließlich ihrer Anlagen gewährleisten. Zu den danach geheimhaltungsbedürftigen Umständen gehört zweifelsohne auch schon der Umstand, welches Unternehmen sich an einem Vergabeverfahren beteiligt.

Gegen diese Pflicht zur Gewährleistung der Vertraulichkeit haben die Antragsgegner durch die Vorgaben aus ihrem Schreiben vom 15. Juli 2022 nicht verstoßen. Alles, was der ### AG als Betreiberin des IPID bekannt geworden ist, ist der Umstand, dass das jeweilige Unternehmen die fraglichen Daten nachfragt. Ob, inwieweit und in welcher Weise sich ein Unternehmen an dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, geht daraus nicht hervor. Darüber hinaus ist die ### AG nicht nur vertragsrechtlich aufgrund der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum IPID, sondern auch gesetzlich, wie die Antragsgegner zutreffend im Einzelnen auf den Seiten 23 bis 26 ihrer Beschwerdeerwiderung vom 10. Februar 2023 ausführen, nach den §§ 4 Abs. 1, 8 Abs. 5 ERegG (Eisenbahnregulierungsgesetz) sowie allgemein nach § 4 Abs. 2 Nr. 3 GeschGehG verpflichtet, diesen Umstand auch gegenüber anderen Konzernunternehmen und Einheiten der ### AG vertraulich zu behandeln. Überobligatorisch haben sich die Antragsgegner zudem mit mehreren Schreiben davon vergewissert, dass die ### AG ihre danach bestehenden Verschwiegenheitspflichten auch intern und gegenüber Konzernunternehmen der ### AG einhalten

würden.

Soweit dennoch über die Hunderte von Unternehmen enthaltende Liste von Eisenbahnverkehrsunternehmen, die sich überhaupt nur beim IPID registrieren lassen und Zugriff auf die Streckendaten der ### AG nehmen können, ein Rückschluss auf mögliche Teilnehmer am Vergabeverfahren denkbar wäre, besteht die Pflicht zur Gewährleistung der Vertraulichkeit nach § 5 Abs. 2 S.1 VgV wie jede Rechtspflicht auch nur im Bereich des Möglichen und Zumutbaren. Da die fraglichen Daten für die Erstellung der Angebote zwingend notwendig waren, die ### AG es auf Anfrage der Antragsgegner verweigert hat, ihnen die Daten zur Weitergabe an die Bieter zur Verfügung zu stellen, und die Antragsgegner sich zudem noch von der Einhaltung der ohnehin für die ### AG bestehenden Verschwiegenheitspflichten vergewissert haben, sind sie dieser Pflicht nachgekommen.

Selbst wenn in den Vorgaben der Antragsgegner in ihrem Schreiben vom 15. Juli 2022 ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 5 Abs. 2 S. 1 VgV gelegen hätte, wäre nach der Registrierung der Antragstellerin auf dem IPID und Abruf der für die Angebotserstellung notwendigen Daten für Maßnahmen der Vergabenachprüfungsinstanzen nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB kein Raum mehr gewesen, weil damit der ### AG als Betreiberin des IPID bekannt geworden war, dass die Antragstellerin die fraglichen Daten abgerufen hatte. Auch war allen Bietern bereits aufgrund des Schreibens der Antragsgegner vom 15. Juli 2021 bekannt geworden, dass die konkurrierenden Bieter ebenfalls die Zugangsberechtigung zum IPID nach § 1 Abs. 12 Nr. 1 ERegG hatten. Dies meinte die Vergabekammer, soweit sie einen etwaigen Verstoß gegen die Vertraulichkeitsverpflichtung in dem angefochtenen Beschluss als "unheilbar" bezeichnet hatte. Rechtlich hatte sich das Nachprüfungsverfahren wegen dieser Rüge damit in der Hauptsache erledigt. Warum das Vergabeverfahren nach einem solchen etwaigen Verstoß nicht weitergeführt und inwieweit eine Rückversetzung oder gar Aufhebung des Vergabeverfahrens geboten gewesen sein sollte, wie die Antragstellerin in ihrer Beschwerdeschrift meint (vgl. zu dieser weiteren Rüge unten II. 22.), ist nicht nachvollziehbar.

8. Der Nachprüfungsantrag hat sich wegen der Rüge der Antragstellerin, der Wertungspreis zum Energieverbrauch sei wegen lücken- und fehlerhafter Strecken- und Trassierungsdaten nicht zuverlässig zu ermitteln, in der Hauptsache erledigt, nachdem die Antragsgegner dieser Rüge auch nach Auffassung der Antragstellerin durch entsprechende Änderungen an den Vergabeunterlagen abgeholfen haben.

Im Hinblick auf die Kostenentscheidung ist festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag wegen dieser Rüge zulässig und begründet gewesen ist. Wie dem Schriftsatz der Antragsgegner vom 8. Januar 2024 entnommen werden kann, war die Rüge berechtigt, weil sie den Bietern die Streckendaten für die Wertungspreisermittlung zum Energieverbrauch der zu liefernden Schienenfahrzeuge nur unzureichend zur Verfügung gestellt hatten. Sie hatten der Antragstellerin damit Anlass gegeben, ihre Rügen mit Schriftsätzen vom 2. August 2021 und 9. August 2022 zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens zu machen, nachdem sie mit Schreiben vom 16. Juli 2021 und 29. Juli 2022 zunächst erklärt hatten, den Rügen nicht abhelfen zu wollen. Nachdem die Antragsgegner sich wegen dieser Rügen erst mit Schreiben vom 23. Januar 2023 wieder an die Antragstellerin gewandt und nachfolgend wegen der gerügten Probleme einige Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hatten, hatte die Antragstellerin auch Anlass gehabt, im Beschwerdeverfahren zunächst an diesen Rügen festzuhalten.

9. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zu ihrer Rüge der von den Antragsgegnern ausbedungenen Optionsrechte über die Anzahl der im Rahmen der FBI-Aufträge (Lose 1 und 3) gegebenenfalls zu liefernden Schienenfahrzeuge weder zulässig noch begründet.

a) Die Vergabekammer hat zu Recht festgestellt, dass die Antragstellerin mit dieser Rüge gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB präkludiert ist, weil sämtliche Angaben hierzu bereits in der Auftragsbekanntmachung vom 7. August 2020 und den den Bietern am 17. Dezember 2020 bekannt gemachten Fahrzeugkaufverträgen enthalten waren. Damit waren der Antragstellerin die von ihr gerügten Vergabeverstöße bereits zum Ablauf der Angebotsfrist am 11. Februar 2021 im Sinne von § 160 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB erkennbar und war die von der Antragstellerin erstmals am 11. Juni 2021 erhobene Rüge verspätet. Hierbei kommt es für die Erkennbarkeit nicht darauf an, ob die Antragstellerin die gerügten Verstöße tatsächlich erkannt hat, sondern ob ein von der Ausschreibung der Antragsgegner angesprochenes Unternehmen die gerügten Verstöße bei dem von ihm als Interessenten an den zu vergebenden Aufträgen zu fordernden Sorgfalt tatsächlich und rechtlich hätte erkennen können (vgl. im Einzelnen bereits oben II. 1. c)).

Dies war hier der Fall. Die beabsichtigten Optionsrechte für die Anzahl der zu liefernden Halbzüge waren unübersehbar bereits in den Ziffern II.2.11) der Auftragsbekanntmachung vom 7. August 2020 zu den FBI-Aufträgen (Lose 1 und 3) dem Grunde und der Höhe nach erwähnt. Die von der Antragstellerin dann erhobenen Rügen fußten auf dem vergaberechtlichen Basiswissen, das bei jedem sich an öffentlichen Ausschreibungen beteiligenden Unternehmen vorauszusetzen ist. Selbst einem nur laienhaft vergaberechtlich gebildeten Bieter hätte auffallen müssen, was die Antragstellerin rechtlich mit ihrer Rüge beanstandet hat, nämlich, dass die Vorgaben zu den Optionen nicht hinreichend bestimmt seien und ihr keine hinreichend verlässliche Kalkulation ihrer Angebote erlaubten, weswegen die Berücksichtigung ihrer Preise hierzu bei der Ermittlung des Wertungspreises vergaberechtlich unzulässig sei. Dass dies laienhaft "unfair" und "ungerecht" sein konnte, kam gerade bei nur oberflächlicher und laienhafter, wenn auch letztlich fehlerhafter Würdigung (dazu sogleich unter b)) der tatsächlich unübersehbar von den Antragsgegnern vorgesehenen Optionsrechte auf der Grundlage des bei jedem Teilnehmer an einer öffentlichen Ausschreibung vorauszusetzenden vergaberechtlichen Basiswissens in Betracht und wäre dementsprechend von der Antragstellerin in den nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB vorgesehenen Fristen zu rügen gewesen und nicht erst verspätet in der Angebotsphase des Verhandlungsverfahrens.

b) Die Rüge der Antragstellerin zu den von den Antragsgegnern ausbedungenen Optionsrechten über die Anzahl der im Rahmen der FBI-Aufträge (Lose 1 und 3) gegebenenfalls zu liefernden Halbzüge ist darüber hinaus jedenfalls unbegründet.

aa) Ein Verstoß gegen die Anforderungen des § 121 Abs. 1 GWB zur Leistungsbestimmung oder den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB liegt nicht vor.

Die Antragsgegner haben in den jeweiligen Fahrzeugkaufverträgen in Ausübung ihres Leistungsbestimmungsrechts und im Rahmen der ihnen zustehenden Beschaffungsautonomie klar festgelegt, zu welchen Zeitpunkten und in welchem Umfang sie über die festgelegte Liefermenge hinaus berechtigt sein wollen, von dem Auftragnehmer optional die Lieferung weiterer Fahrzeuge zu verlangen. Die Regelungen in § 25 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 FKV genügen ohne Weiteres den genannten gesetzlichen Vorgaben an die Bestimmtheit der vorgesehenen Leistungspflichten und der insoweit gebotenen Transparenz. Sie umschreiben die Optionsrechte nach Art und Umfang sowie Zeitpunkt ihrer Ausübbarkeit genau, wobei durch die inhaltlichen Vorgaben dafür Sorge getragen ist, dass die gegebenenfalls entstehenden zusätzlichen Leistungspflichten für die Auftragnehmer überschaubar sind. So sind die Optionsrechte nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 FKV zwei Jahre vor dem Auslieferungsbeginn jeder Lieferserie auszuüben und dem Umfang nach für jede Lieferserie auf eine gegenüber dem Gesamtumfang der Optionen deutlich begrenzte Menge bezogen. Die Optionsrechte nach § 25 Abs. 1 Nr. 2 FKV sind von den Antragsgegnern zwei Jahre vor Produktionsende der letzten Lieferserie geltend zu machen und beziehen sich unter Anrechnung der nach § 25 Abs. 1 Nr. 1 FKV bereits geltend gemachten Lieferoptionen nur auf einen Teil der insgesamt vorgesehenen Optionen, nämlich

85 (Teilnetz Nord-Süd, Los 1) bzw. 48 (Teilnetz Stadtbahn, Los 3) Halbzüge.

Ansonsten liegt, ohne dass es im Hinblick auf die Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber entscheidend darauf ankäme, auf der Hand, dass die Antragsgegner als öffentliche Auftraggeber aufgrund ihrer Pflicht zum wirtschaftlichen und sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln gehalten sind, nur Leistungen zu beschaffen, für die auch tatsächlich ein Bedarf besteht. Das macht es bei Großaufträgen zur Beschaffung von Fahrzeugen für den öffentlichen Personennahverkehr aufgrund der Lieferzeiten und der nur begrenzt absehbaren Entwicklung der Rahmenbedingungen unvermeidbar, auch in größerem Umfang vertragliche Beschaffungsoptionen vorzusehen.

bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin lassen die Optionsregelungen zu den zusätzlich bestellbaren Schienenfahrzeugen in den Ausschreibungen der FBI-Aufträge auch keine gegen die Vorgaben des § 132 Abs. 2 S. 1 GWB und hierbei insbesondere Nr. 1 verstoßende Vergabe von Leistungen zu.

(1) Nach § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB ist die Änderung eines öffentlichen Auftrags ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig, wenn in den ursprünglichen Vergabeunterlagen klare, genaue und eindeutig formulierte Überprüfungsklauseln oder Optionen vorgesehen sind, die Angaben zu Art, Umfang und Voraussetzungen möglicher Auftragsänderungen enthalten, und sich aufgrund der Änderung der Gesamtcharakter des Auftrags nicht verändert. Hierbei sind Optionen, die in der genannten Weise bereits in den Vergabeunterlagen des Ausgangsauftrags selbst angelegt waren grundsätzlich unproblematisch, weil sie mit dem Ausgangsauftrag ein einheitliches Auftragswerk bilden, das als Gesamtheit bereits Gegenstand eines Vergabewettbewerbs war (von Engelhardt/Kaebele in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 132 Rn. 44 m.w.N.).

(2) Gegen diese Vorgaben verstoßen die von den Antragsgegnern vorgesehenen Optionen nicht. Wie bereits ausgeführt, enthalten die Optionsrechte hinreichend bestimmte Angaben zu Art, Umfang, Zeitpunkt und den weiteren Voraussetzungen der durch ihre Ausübung gegebenenfalls eintretenden Auftragsänderungen. Eine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags ist mit der bloß quantitativen Erweiterung des Lieferumfangs nicht verbunden. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob und inwieweit sich der Preis der insgesamt abgenommenen Leistungen bei der Wahrnehmung sämtlicher Optionen um mehr als 50 Prozent erhöhen könnte, weil dies ein rein quantitativer Umstand ist, der nichts an der Qualität und damit dem Gesamtcharakter des Auftrags ändert. Die in § 132 Abs. 2 S. 2 und 3 GWB enthaltene 50-Prozent-Regelung ist nur für die hier nicht einschlägigen Fälle des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB relevant und gilt gerade nicht für die Tatbestände des § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GWB, was ausweislich der Gesetzesmaterialien (BT-Drs. 18/6281, S. 119) auch bewusst so geregelt worden ist (von Engelhardt/Kaebele in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 132 Rn. 44). Ob und inwieweit quantitativ deutlich über 50 Prozent hinausgehende Optionsrechte im Einzelfall doch auch in eine qualitative Änderung des Gesamtcharakters umschlagen können, kann dahinstehen, da jedenfalls die vorliegenden Optionsrechte nicht derart weitgehend sind.

cc) Schließlich sind entgegen der Auffassung der Antragstellerin auch die Vorgaben aus § 127 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB offenkundig nicht verletzt. Da die Angebotspreise für die Optionen in die Wertung der Angebote einfließen, könnte ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB allerdings vorliegen, wenn die Optionen nicht hinreichend klar geregelt wären oder wegen der Vorgaben des § 132 Abs. 2 S. 1 GWB nicht ausgeübt werden dürften. Da die Optionen zur Bestellung weiterer Halbzüge aber, wie ausgeführt, weder intransparent noch nicht hinreichend bestimmt (§§ 121 Abs. 1, 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GWB), noch mit den Vorgaben des § 132 Abs. 2 S. 1 GWB unvereinbar sind, ist auch nichts dagegen einzuwenden, dass die Preise für die Wahrnehmung der Optionen in die Wertung der Angebote einfließen.

10. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Nachprüfungsantrag, wie die Vergabekammer unter Ziffer III. 8. der Gründe des angefochtenen Beschlusses (Seiten 41 f. der Beschlussabschrift) gemeint hat, zulässig ist, soweit die Antragstellerin die vertragliche Option zur Umrüstung der zu liefernden Schienenfahrzeuge von 750 V auf 1.500 V als vergaberechtswidrig gerügt hat. Jedenfalls ist er wegen dieser Rüge unbegründet. Denn es stand und steht den Antragsgegnern im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechts frei, in § 25 Abs. 1 Nr. 8 FKV eine Option zur Gewährleistung der Mehrspannungsfähigkeit der Schienenfahrzeuge vorzusehen. Der öffentliche Auftraggeber darf so beschaffen, wie es seinem Bedarf entspricht. Er ist nicht verpflichtet, so zu beschaffen, wie es den Bietern oder Teilen von ihnen angenehm wäre, soweit er sich an die wenigen, seine Beschaffungsautonomie einschränkenden kartellvergaberechtlichen Vorgaben hält. Selbstverständlich können die Antragsgegner daher fordern, dass die von ihnen gewünschten Schienenfahrzeuge mehrspannungsfähig oder entsprechend umrüstbar sein sollen.

Da die Antragsgegner sämtliche Kosten für die Ausübung der Option übernehmen und diese Kosten dementsprechend nicht in den Wertungspreis einfließen, ist schon im Ansatz nicht erkennbar, inwiefern die Regelungen, wie die Antragstellerin meint, nicht mit den Vorgaben aus § 127 GWB oder § 97 Abs. 2 GWB vereinbar sein sollten. Die vorgesehene Option zur Mehrspannungsfähigkeit der Triebzüge würde im Übrigen, wenn die Antragsgegner von ihr Gebrauch machen sollten, auch offenkundig weder qualitativ noch quantitativ eine erhebliche Änderung des Inhalts der FBI-Aufträge im Sinne von § 132 Abs. 2 S. 1 GWB darstellen (vgl. dazu bereits oben unter II. 9. b) bb)). Denn diese Änderung betreffe nur eine von unzähligen Komponenten der zu liefernden Schienenfahrzeuge, ohne dass Auswirkungen auf die im Rahmen der FBI-Aufträge ebenfalls anzubietende Instandsetzung und Bereitstellung der Fahrzeuge ersichtlich wären.

11. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin hat sich hinsichtlich ihrer Rüge, wonach der Ausschlussgrund der "nicht objektiv umsetzbaren Konzepte" für Werkstattimmobilien und Personal in der Aufforderung der Antragsgegner zur Abgabe indikativer Angebote vom 24. März 2021 inhaltlich unklar und nicht hinreichend transparent gewesen sei, in der Hauptsache erledigt (a). Im Hinblick auf die Kosten ist festzustellen, dass er zwar zulässig, aber unbegründet war (b).

a) Der Nachprüfungsantrag hat sich wegen der genannten Rüge in der Hauptsache erledigt, nachdem der die indikativen Angebote betreffende Abschnitt des Vergabeverfahrens spätestens mit der Aufforderung der Antragsgegner an die Bieter zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 sein Ende gefunden hat und ein Ausschluss der Antragstellerin aufgrund der von ihr gerügten Regelungen nicht erfolgt ist. Die Folgeregelung in Ziffer 12.11 der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote hat die Antragstellerin, soweit ersichtlich, nicht gerügt; jedenfalls hat sie eine entsprechende Rüge nicht in das Nachprüfungsverfahren vor dem Senat eingebracht.

b) Der Nachprüfungsantrag war wegen dieser Rüge zwar zulässig (aa), aber von Beginn an unbegründet (bb).

aa) Der Vergabekammer ist nicht zu folgen, dass der Antragstellerin schon die Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB) für die Rüge der genannten Vorgaben in Ziffer 14.10 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote gefehlt hätte (Ziffer III. 7. der Gründe des angefochtenen Beschlusses, Seiten 39 f. der Beschlussabschrift). Denn nähme man mit der Antragstellerin an, dass diese Vorgaben einen vergaberechtlich zu beanstandenden Ausschluss ihrer Angebote ermöglicht hätten, hätte ihr bereits aus diesen Vorgaben ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB gedroht, da sie sich zu einem späteren Zeitpunkt wegen der nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB bestehenden Rügeobliegenheit nicht mehr sicher dagegen hätte wehren können. Die Frage, ob die von ihr angenommene Rechtsverletzung tatsächlich vorlag, war demgegenüber eine solche der Begründetheit ihres diese Rüge betreffenden Nachprüfungsantrags.

bb) An dieser Begründetheit fehlte es vorliegend. Die von der Antragstellerin als nicht hinreichend bestimmt gerügten Vorgaben in Ziffer 14.10 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote vom 24. März 2021 waren vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Nicht hinreichend bestimmte Vorgaben zu Ausschlussgründen können einen Verstoß gegen das Gebot zur möglichst eindeutigen Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 GWB) sowie das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB darstellen. Davon konnte hier aber schon im Ansatz keine Rede sein. In der genannten Bestimmung der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten war klar geregelt, dass die Antragsgegner als öffentliche Auftraggeber die von den Bietern eingereichten Konzepte an den aufgestellten Leistungsvorgaben messen wollten, dass Zweifel an der Erfüllung dieser Vorgaben nach Abgabe der indikativen Angebote an die jeweiligen Bieter herangetragen werden sollten und dass eine Nichterfüllung der Vorgaben Anlass hätte geben können, die Angebote auszuschließen. All dies war in keiner Weise vergaberechtlich zu beanstanden, sondern entspricht vielmehr dem Vorgehen in einem auf den Leistungswettbewerb ausgerichteten Vergabeverfahren, wobei es weder möglich noch notwendig ist, die unübersehbar vielen denkbaren konkreten Gründe, warum ein Konzept sich als undurchführbar erweisen könnte, im Einzelnen in den Vergabeunterlagen zu benennen.

Soweit die Antragstellerin dennoch die inhaltliche Bestimmtheit der Vorgaben vermisst hat, ist dies nicht nachzuvollziehen. Die inhaltlichen Vorgaben ergaben sich im Einzelnen aus den auch ausdrücklich in Bezug genommenen Anlagen K_FBI bzw. K_EVU. Was hier nicht hinreichend bestimmt gewesen sein soll, erschließt sich nicht und ist von der Antragstellerin auch nicht dargelegt worden. Hierbei war auch das Abstellen auf die fehlende "objektive" Umsetzbarkeit entgegen der Auffassung der Antragstellerin kein Zeichen mangelnder Transparenz, sondern hat die Ausrichtung der von den Antragsgegnern beabsichtigten Prüfung der Werkstattimmobilien- und Personalkonzepte verdeutlicht. Es soll eine objektive, nämlich kriteriengeleitete Prüfung anhand der genannten Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung sein, gerade keine, im Übrigen vergaberechtlich unzulässige, subjektive, in ihren Aussagen nicht weiter begründungsbedürftige oder -fähige Prüfung. Eine von der Antragstellerin befürchtete willkürliche Entscheidung "durch die Hintertür" zu ihren Lasten war damit weder nach den Vorgaben der Antragsgegner erlaubt, noch wäre sie sonst vergaberechtlich zulässig gewesen.

Dies hätte selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass die Antragsgegner ihren eigenen Vorgaben bei deren konkreter Anwendung nicht gerecht geworden wären. Indes war das nicht Gegenstand der Rüge und konnte es - begründet - auch nicht sein, da die Antragsgegner sich auf diesen Ausschlussgrund nicht berufen hatten und dies gegebenenfalls auch erst in der abschließenden Phase des Vergabeverfahrens hätten tun wollen, dann aber nicht auf der Grundlage der Vertragsbedingungen zur Abgabe indikativer Angebote.

Sämtliche Erwägungen zu den von der Antragstellerin beanstandeten Regelungen in Ziffer 14.10 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote würden schließlich entsprechend für die ähnlichen Regelungen in Ziffer 12.11 der Aufforderung zur Abgabe endgültiger Angebote vom 30. November 2022 gelten, sollte man meinen, die Rüge der Antragstellerin sei auch hierauf zu beziehen, wofür es indes keine Grundlage gibt.

12. Soweit die Antragstellerin es als vergaberechtswidrig gerügt hat, dass die Antragsgegner unter Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB) nicht klar formuliert hätten, ob sie Mindestanforderungen an die Angebote stellten, hat sich ihr Nachprüfungsantrag in der Hauptsache erledigt (a). Im Hinblick auf die Kosten war festzustellen, dass der Antrag sowohl unzulässig als auch unbegründet war (b).

a) Der Nachprüfungsantrag hat sich wegen vorgenannter Rüge nach Beendigung des Verfahrensabschnitts über die indikativen Angebote spätestens mit der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote in der Hauptsache erledigt, weil die Leistungsbestimmung nunmehr

verbindlich ist. Für Eingriffe des Senats in das Vergabeverfahren wegen des gerügten Fehlens von Mindestanforderungen in der abgeschlossenen Erstangebotsphase des Verfahrens ist deswegen kein Raum.

b) Der Nachprüfungsantrag dürfte wegen der Rüge fehlender Mindestbedingungen im Sinne des § 17 Abs. 10 VgV in der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote bereits unzulässig gewesen sein (a); jedenfalls war er unbegründet (b).

aa) Der Antragstellerin dürfte wegen der genannten Rüge von Anbeginn die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB gefehlt haben. Denn die Antragstellerin konnte nicht darlegen, wie ihr aus dem gerügten Fehlen von Mindestbedingungen ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entstanden sein soll oder hätte entstehen können. Eine dafür erforderliche Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen war auch sonst nicht ersichtlich. Insbesondere war jederzeit erkennbar, was im Wesentlichen Gegenstand der Ausschreibung war, so dass die Bieter ohne Weiteres prüfen konnten, ob es für sie sinnvoll war, sich an dem Verhandlungsverfahren mit einem indikativen Angebot zu beteiligen.

bb) Die Rüge war aber jedenfalls unbegründet, weil Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV im Verhandlungsverfahren nicht zwingend angegeben werden müssen (1), ansonsten aber der Sache nach bereits bei der Aufforderung zur Abgabe der indikativen Angebote von den Antragsgegnern aufgestellt worden waren (2).

(1) Nach § 17 Abs. 10 S. 2 VgV darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien. Weder aus diesem Wortlaut der Vorschrift sowie den sich mit Mindestanforderungen im Verhandlungsverfahren beschäftigenden sonstigen Vorschriften noch aus den zugrundeliegenden europarechtlichen Vorgaben lässt sich entnehmen, dass in einem Verhandlungsverfahren für das Erstangebot Mindestanforderungen im Sinne der genannten Vorschrift aufgestellt werden müssen (vgl. eingehend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018 - **Verg 54/17** -). Insbesondere ist in Erwägungsgrund 45 der RL 2014/24/EU lediglich eine nicht verbindliche Empfehlung enthalten, dass Mindestanforderungen im Voraus angegeben werden "sollten" (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Zu ergänzen ist, dass diese Empfehlung in keinem Artikel der RL 2014/24/EU aufgenommen, noch gar als zwingende Vorgabe ausgestaltet worden ist. Vor allem aber könnten zwingende "Mindestanforderungen" vor der Aufforderung zur Abgabe der finalen Angebote die mit dem Verhandlungsverfahren verfolgten Zwecke unterlaufen. "Verhandlungen über den ausgeschriebenen Leistungsgegenstand und über die hierauf abgegebenen Angebote sind zulässig und erwünscht, im Regelfall zur Konkretisierung des späteren Vertragsinhalts sogar notwendig (...). Nach Ablauf der Angebotsfrist beginnt ein dynamischer Prozess, in dem sich durch Verhandlung sowohl auf Nachfrage- als auch auf Bieterseite Veränderungen ergeben können" (so zutreffend OLG Düsseldorf, a.a.O.). Vor diesem Hintergrund gibt die Formulierung von Mindestbedingungen dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, Bedingungen festzulegen, über die er keine Verhandlungen mehr wünscht und die er insoweit als verbindlich ansieht. Die Folge hiervon ist, dass er Bieter vom Verfahren ausschließen darf oder sogar muss, die sich mit ihren indikativen Angeboten nicht hieran halten, während den Bietern ansonsten eine Abweichung von den Bedingungen erlaubt ist und ein hierauf gestützter Ausschluss unzulässig wäre (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. Mai 2021 - **15 Verg 4/21** -). Derart starke Einschränkungen bereits bei der Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten, die weder in ihrem Interesse noch dem der Bieter gelegen hätten, wollten die Antragsgegner hier vermeiden.

(2) Abgesehen davon hatten die Antragsgegner der Sache nach bereits bei der Aufforderung zur Abgabe der indikativen Angebote "Mindestanforderungen" formuliert.

(a) "Mindestanforderungen" im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV sind die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen, die jedes Angebot erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte, damit der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann (Verordnungsbegründung zu § 17 Abs. 10 VgV, BR-Drs. 87/16, S. 173). Nach Erwägungsgrund 45 der RL 2014/24/EU wird durch sie "das Wesen der Beschaffung" charakterisiert. In Art. 29 Abs. 1 Satz 2 und 3 der RL 2014/24/EU ist festgehalten, dass die öffentlichen Auftraggeber in den Auftragsunterlagen den Auftragsgegenstand angeben, indem sie ihre Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Lieferungen, Bauleistungen oder Dienstleistungen beschreiben und die Zuschlagskriterien spezifizieren. Ferner geben sie an, welche Elemente der Beschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen (Satz 3).

Diesen Normen lässt sich entnehmen, dass Mindestanforderungen nicht etwa zusätzliche Anforderungen neben der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB) sind, sondern dass sie mit diesen inhaltlich übereinstimmen. Mindestanforderungen unterscheiden sich nur dadurch von gewöhnlichen Vorgaben der Leistungsbeschreibung, dass der öffentlichen Auftraggeber sie als solche festlegt, wobei sie "das Wesen der Beschaffung charakterisieren" sollen. Mithin geht es darum, dass der öffentliche Auftraggeber das von ihm zu charakterisierende "Wesen der Beschaffung" nicht im laufenden Verhandlungsverfahren ändern soll. Dessen Teilnehmer sollen sich darauf verlassen können, dass der ausgeschriebene Auftrag in seinem Wesenskern unverändert bleibt, was bei einer gewöhnlichen offenen Ausschreibung selbstverständlich ist, bei einem Verhandlungsverfahren wegen der Verhandlungen über den Leistungsinhalt aber nicht notwendigerweise.

(b) Vorliegend hatten die Antragsgegner in der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote zwar ausdrücklich angegeben, keine "Mindestanforderungen" festzulegen. Dennoch war der Leistungsgegenstand der Sache nach in seinem Kernbereich von Anbeginn festgelegt gewesen, nämlich die Lieferung einer konstant gebliebenen Mindestanzahl von Schienenfahrzeugen nebst deren Instandhaltung und Bereitstellung sowie deren Betrieb auf den Teilnetzen Nord-Süd sowie Stadtbahn der ### S-Bahn frühestens ab Ende 2027. Gleiches galt für eine Vielzahl von inhaltlichen Vorgaben an die hier jeweils zu erbringenden Leistungen. Insoweit hat die Antragstellerin zu Recht beanstandet, dass die Formulierung in der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote, keine Mindestanforderungen festlegen zu wollen, widersprüchlich gewesen ist. Tatsächlich war sie, was für jeden Bieter bei einer am Empfängerhorizont orientierten Auslegung (§ § 133, 157 BGB; vgl. Senat, Beschluss vom 17. Oktober 2022 - **Verg 7/22** -) ohne weiteres erkennbar war, schlicht unzutreffend.

Denn die Antragstellerin hatte "das Wesen der Beschaffung" durch die vorgenannten inhaltlichen Anforderungen an den von ihr gewünschten Leistungsgegenstand bereits sowohl in der Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen als auch der zur Abgabe indikativer Angebote verbindlich charakterisiert. Diese Anforderungen waren von vornherein gesetzt, von ihnen wollten die Antragsgegner im Verhandlungsverfahren nicht abweichen und sind von ihnen bis hin zur Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 auch nicht abgewichen. Insoweit unterscheidet sich der vorliegende Sachverhalt auch von dem, den die Vergabekammer Südbayern in ihrem von der Antragstellerin in Bezug genommenen Beschluss vom 18. Juni 2017 - **Z3-3-3194-1-46-08/17** - zu beurteilen hatte. Während dort der Auftragsgegenstand in der Leistungsbeschreibung unter Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB in seinem Kernbereich gerade nicht hinreichend von dem öffentlichen Auftraggeber bestimmt war, war dies vorliegend, wie ausgeführt, ohne Weiteres der Fall.

13. Soweit sich die Antragstellerin gegen die Wertungsvorgaben der Antragsgegner zu den Lärmemissionen der zu liefernden Schienenfahrzeuge wendet, ist ihr Nachprüfungsantrag unbegründet.

a) Die Antragstellerin hat die Wertungskriterien zu den Lärmemissionen im Einklang mit den Vorgaben aus § 127 Abs. 4 S. 1 GWB festgelegt.

aa) Danach müssen die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Hierbei steht es dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen seiner Beschaffungsautonomie frei, in welchem Umfang er einem bestimmten Qualitätsmerkmal ein mehr oder weniger großes Gewicht beimessen möchte (vgl. nur Senat, Beschluss vom 17. Oktober 2022 - **Verg 7/22** -; Müller-Wrede/Delcuvé in: MüllerWrede, GWB, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 194 m.w.N.).

bb) Den danach bestehenden Anforderungen genügen die Wertungsvorgaben der Antragsgegner zu den Lärmemissionen als nach § 127 Abs. 1 S. 4 GWB zulässigem qualitativen Zuschlagskriterium. Die Festlegung, die Lärmemissionen nur bis zu einem bestimmten von ihnen für ausreichend gehaltenen Niveau bei der qualitativen Wertung zu berücksichtigen, fällt ohne Weiteres in den vergaberechtlich nicht antastbaren und von Vergabenaachprüfungsinstanzen zu respektierenden Kernbereich der den Antragsgegnern als öffentlichen Auftraggebern zukommenden Beschaffungsautonomie. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht verpflichtet, die von ihm festgelegten Zuschlagskriterien für ein Qualitätsmerkmal "auszuskalieren", sondern es steht ihm frei, sich mit dem Erreichen eines bestimmten Qualitätsstandards zufrieden zu geben und weitergehende Qualitätsvorteile, an denen er kein Interesse hat, dementsprechend nicht zu honorieren.

b) Soweit die Antragstellerin darüber hinaus behauptet, sie werde durch die genannten Wertungsvorgaben unter Verstoß gegen die §§ 97 Abs. 2, 127 Abs. 4 S. 1 GWB diskriminiert, entbehrt ihr Sachvortrag jeder konkreten Darlegung, worin die Diskriminierung liegen sollte. Eine solche folgt nicht bereits daraus, dass die Antragstellerin meint, beim Lärmschutz besser als ihre Mitbewerber zu sein, weil es, wie ausgeführt, dem Antragsgegner zusteht, das mit der Ausschreibung gewünschte Qualitätsniveau zu definieren und nicht den Bietern. Das gilt umso mehr, als mit einer höheren Leistungsqualität regelmäßig auch Mehrkosten verbunden sind, so dass es sich ohne Weiteres als legitimes Anliegen darstellt, solche Mehrkosten durch eine nur begrenzte Berücksichtigung einer höheren Qualität zu vermeiden. Auch sonst fehlt für eine irgendwie geartete Benachteiligungsabsicht gegenüber Mitbewerbern, also die Absicht, durch die gewählte Ausgestaltung die Antragstellerin gegenüber anderen Bietern zu benachteiligen, jeder Anhaltspunkt. Es ist in keiner Weise ersichtlich, dass die Ausgestaltung der für alle Bieter gleichen Vorgaben sich gerade zu Ungunsten der Antragstellerin und ihrer Möglichkeit ein Angebot abzugeben, auswirken könnte und würde. Letztlich begehrt die Antragstellerin genau das, was sie den Antragsgegnern in anderem Zusammenhang zugunsten ihrer Mitbewerber vorwirft, nämlich eine sie bevorzugende Ausrichtung der Ausschreibung auf ihre tatsächlichen oder vermeintlichen Leistungsstärken bei den Lärmemissionen, an denen die Antragsgegner indes, wie ausgeführt, kein Interesse haben und auch nicht haben müssen.

14. Der Nachprüfungsantrag ist auch unbegründet, soweit die Antragstellerin rügt, dass die Antragsgegner den Bietern der Höhe nach begrenzte Stundensätze für zusätzliche Instandhaltungsleistungen abfordert und die angebotenen Preise in die Angebotswertung einfließen lassen möchte.

a) Das folgt allerdings entgegen der Auffassung der Vergabekammer (Ziffer IV. 5. der Gründe ihres Beschlusses vom 31. Oktober 2021, Seite 50 der Beschlussabschrift) nicht bereits daraus, dass die Antragsgegner sich noch nicht abschließend festgelegt hätten, die angefragten Stundensätze in die Wertung der Angebote einfließen zu lassen. Tatsächlich haben sie dies bereits bei der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote so festgelegt. Zudem haben sie in den nachfolgenden Verhandlungen mit der Antragstellerin zu erkennen gegeben, hieran festhalten zu wollen, und die

entsprechenden Vorgaben, leicht verändert zum Gegenstand ihrer Aufforderung zur Abgabe endgültiger Angebote vom 30. November 2022 gemacht.

b) Es steht den Antragsgegnern aber entgegen der Auffassung der Antragstellerin frei, Stundensätze für bestimmte Zusatzleistungen nach ihren Bedürfnissen abzufragen und die angegebenen Preise zum Gegenstand der Wertung der Angebote zu machen. Dies ist, wenn, wie vorliegend, die Kalkulationsvorgaben im Einklang mit § 127 Abs. 4 S. 1 GWB hinreichend eindeutig und bestimmt sind (OLG Naumburg, Beschluss vom - **7 Verg 3/16** -, m.w.N.), in keiner Weise zu beanstanden, zumal das Preis-Leistungs-Verhältnis nach § 127 Abs. 1 S. 3 GWB das maßgebliche Kriterium für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit ist und der nach § 127 Abs. 3 S. 1 GWB erforderliche Bezug zum Auftragsgegenstand auf der Hand liegt. Die Annahme der Antragstellerin, die Preise erlaubten keinen Vergleich der Wirtschaftlichkeit der Angebote, ist nicht nachvollziehbar. Genau hieraus kann ermittelt werden, ob ein Angebot wirtschaftlicher als das andere ist. Was dies mit der Produktivität zu tun haben soll und dass eine unterschiedliche Produktivität der Bieter nicht abgebildet werden könne, wie die Antragstellerin meint, erschließt sich nicht. Der Preisvergleich erlaubt jedenfalls, worauf es nach § 127 Abs. 1 S. 3 GWB allein ankommt, einen Vergleich der Wirtschaftlichkeit. Die Antragstellerin hat auch weder vergaberechtlich noch sonst einen Anspruch darauf, dass die Antragsgegner die Preisabfragen auf ihre Tarif- und Vergütungsstrukturen zuschneidet, sondern es ist an ihr, sich auf die Wünsche der Antragsgegner einzustellen. Eine von ihr in Anspruch genommene aus ihrer Berufsfreiheit hergeleitete "Kalkulationsfreiheit" wird dadurch in keiner Weise in Frage gestellt, da sie nicht gezwungen ist, ihre Kalkulation auf die Ausschreibung auszurichten und sich überhaupt um die Aufträge für die ausgeschriebenen Leistungen zu bewerben.

c) Soweit die Antragsgegner für die Zusatzleistungen Höchstpreise festgesetzt haben, ist auch das nicht zu beanstanden. Eine solche Deckelung ist zulässig, weil der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Beschaffungsautonomie nicht gezwungen ist, Dienstleistungen zu Stundensätzen nachzufragen, die oberhalb dessen liegen, was er hierfür aufwenden möchte. Abgesehen davon handelt es sich nach Angaben der Antragsgegner bereits um Sätze, die oberhalb der üblichen Vergütung für die jeweils genannten Leistungen liegen. Soweit die Antragstellerin behauptet hat, die Stundensätze seien dennoch nicht auskömmlich, ist ihr Sachvortrag unsubstantiiert. Sie trägt nicht vor, welche Stundensätze inwieweit nicht auskömmlich sein sollten. Vielmehr dürften die von den Antragsgegnern angegebenen Werte der üblichen Vergütung für die jeweiligen Tätigkeiten entsprechen. Zudem unterliegen sie einer von der Antragstellerin nicht beanstandeten Preisanpassungsregelung über die gesamte Vertragslaufzeit.

15. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist ferner unbegründet, soweit sie rügt, die Antragsgegner hätten das Vergabeverfahren über die FBI-Aufträge (Lose 1 und 3) unter Verstoß gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV) auf die ### GmbH als Bestandsunternehmen und potentiellen Bieter zugeschnitten und zum Beleg hierfür die vorgesehene Türbreite der zu liefernden Schienenfahrzeuge (1,30 m) und die vorgesehene Nennspannung von 750 V anführen.

a) Wie bereits wiederholt ausgeführt (vgl. oben II. 10. und 13. b))), liegt das, was der öffentliche Auftraggeber beschaffen möchte, grundsätzlich im Bereich seiner Beschaffungsautonomie. Insbesondere kann er eine bewährte Lösung zum Gegenstand der Ausschreibung eines Anschlussauftrags machen, auch wenn dies möglicherweise dem Unternehmen zugutekommt, das bisher für ihn tätig geworden ist. Dies stellt für sich genommen weder einen Verstoß gegen das Gebot produktneutraler Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 S. 1 VgV) dar noch verstößt es gegen das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB (vgl. BayObLG, Beschluss vom 29. Juli 2022 - **Verg 13/21** -). Es handelt sich bei den von der Antragstellerin gerügten Beschaffungsvorgaben zu den Türbreiten und der Mehrspannungsfähigkeit auch nicht um Vorteile, die dem Bestandsunternehmen aus seiner bisherigen Leistungsbeziehung zu den Antragsgegnern erwachsen wären und deswegen

zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung ausgleichspflichtig sein könnten (vgl. dazu eingehend oben II. 2. a) cc) und 3. a) bb)), sondern um allgemeine Bestimmungen zum Leistungsgegenstand, auf die sich unabhängig von der Vorbefassung des Bestandsunternehmens sämtliche am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmen mit ihrem unterschiedlichen Leistungsspektrum und ihren Schwächen und Stärken mehr oder weniger einstellen müssen.

Vor allem gibt es keinen Erfahrungssatz, dass Bestandsunternehmen bei der fortgeschriebenen Beschaffung von Leistungen stets einen Wettbewerbsvorteil hätten. Vielmehr können Bestandsunternehmen aufgrund der von ihnen gewählten Lösungen auch Wettbewerbsnachteile haben, weil sie nicht so wie neu anbietende Unternehmen unbefangen von der bisherigen Auftragsdurchführung anbieten können, sondern in ihren alten Lösungen, die nicht notwendig die wirtschaftlichsten sein müssen, verhaftet sind. Dass diese Nachteile von den Vorteilen aus der Kenntnis des Auftraggebers und Auftragsgegenstandes auch nur aufgewogen würden, lässt sich nicht ohne Weiteres feststellen.

b) Abgesehen davon sind die von der Antragstellerin genannten Punkte, nämlich die Vorgaben zu den Türbreiten und zur Nennspannung in den Leistungsbeschreibungen der FBI-Aufträge, aber auch schon im Ansatz keine Vorgaben, die nicht produktneutral wären und einen Verstoß gegen § 61 Abs. 6 S. 1 VgV oder Gleichbehandlungsgebote aus § 97 Abs. 2 GWB begründen könnten. Vielmehr sind diese Vorgaben derart allgemein, dass die Antragsgegner sie nach ihrem Belieben vorgeben konnten, ohne dass dies - jedenfalls im Vorhinein - in irgendeiner Weise weiter zu rechtfertigen gewesen wäre. Abgesehen davon haben sich die Antragsgegner aber auch überobligatorisch ausführlich mit den Beanstandungen der Antragstellerin auseinandergesetzt und ihre Vorgaben zu den Türbreiten sowie der Nennspannung inhaltlich nachvollziehbar gerechtfertigt. Damit haben sie den Vorhaltungen der Antragstellerin, die Leistungsbeschreibung sei in den genannten Punkten auf das Bestandsunternehmen zugeschrieben, aus den zutreffenden Gründen des angefochtenen Beschlusses, auf die der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen verweist (Ziffer IV. 7. der Gründe des Beschlusses der Vergabekammer vom 31. Oktober 2021, Seiten 51 f. der Beschlussabschrift), noch weitergehend die Grundlage entzogen.

c) Soweit die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren als weiteren Punkt zum Beleg ihrer Rüge der mangelnden Produktneutralität der Ausschreibung zu den FBI-Aufträgen die Nutzung bestehender Werkstätten ohne Ausgleich für Wettbewerber angeführt hat, ergeben sich aus ihrem Vorbringen gegenüber ihrer insoweit gesondert erhobenen und begründeten Rüge keine zusätzlichen Gesichtspunkte, so dass auf die obigen Ausführungen unter II. 2. zu verweisen ist. Dementsprechend ist ihre Rüge, was diesen Gesichtspunkt betrifft, präkludiert, weil sie ihn nicht rechtzeitig gerügt hat.

16. Der Nachprüfungsantrag ist wegen der von der Antragstellerin gerügten Dokumentationsmängel weder zulässig (a) noch begründet (b).

a) Der Antragstellerin fehlt die gemäß § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis, so dass ihr Nachprüfungsantrag bereits unzulässig ist. Nach ihrem Sachvortrag ist nicht ersichtlich, dass ihr aus den behaupteten Dokumentationsmängeln, wie es § 160 Abs. 2 S. 2 GWB erfordert, ein Schaden, nämlich eine Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen erwachsen wäre oder noch erwachsen könnte. Dies wäre aber Voraussetzung dafür, dass ein Dokumentationsmangel auch nur als nach § 97 Abs. 6 GWB rügefähige Rechtsverletzung anzusehen sein kann (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Oktober 2018 - **Verg 6/18** -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - **Verg 28/14** -; Goede/Hänsel in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 8 VgV Rn. 12 m.w.N.), auch wenn die in § 8 VgV normierten Dokumentationspflichten des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich bieterschützend sind (Fülling in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2017, § 8 VgV Rn. 102 f. m.w.N.). Ein Verstoß gegen Dokumentationspflichten nach § 8 VgV löst also für sich genommen noch keine vergaberechtlichen Ansprüche aus (OLG München, Beschluss vom 5. April 2012 - **Verg 3/12** -;

Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 160 Rn. 35). Deswegen sind entsprechende Rügen mangels rügefähiger Rechtsverletzung im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB und möglichen Schadens unzulässig, weil dem Antragsteller, so auch hier der Antragstellerin, die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis fehlt (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Oktober 2018 - **Verg 6/18** -; Fülling, a.a.O., § 8 VgV Rn. 103 m.w.N.).

b) Der Nachprüfungsantrag ist wegen der gerügten Dokumentationsmängel im Übrigen auch unbegründet, weil nicht zu sehen ist, in welcher Weise der Senat Anlass haben könnte, in das Vergabeverfahren entsprechend § 168 Abs. 1 S. 1 GWB einzugreifen. Zudem ist nicht erkennbar, dass die Antragsgegner überhaupt gegen die Dokumentationspflichten aus § 8 VgV verstoßen haben. Sie haben die ### GmbH mit der Durchführung des Vergabeverfahrens beauftragt und mussten schon deswegen nicht unmittelbar an jeder Einzelentscheidung mitwirken. Der Leitende Vergabevermerk jedenfalls ist von Vertretern beider Antragsgegner unterzeichnet, womit sich diese auch die dortigen Feststellungen und die in Bezug genommenen Anlagen zu eigen gemacht haben. Soweit die Antragstellerin die fehlende Chronologie dieses Vermerks rügt, ist das nicht nachvollziehbar. Dieser ist, wie der Senat den ihm vorliegenden drei Versionen zu unterschiedlichen Zeitpunkten des Vergabenachprüfungsverfahrens entnehmen kann, jeweils fortgeschrieben und um die weiteren Vorkommnisse im Vergabeverfahren ergänzt worden, ohne dass die jeweils früheren Feststellungen angetastet oder geändert worden wären. Grundlegende Mängel der Dokumentation sind deswegen entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht feststellbar. Ergänzend kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss zu Fragen der Dokumentation verwiesen werden (IV. 8. der Gründe des angefochtenen Beschlusses, Seiten 52 bis 55 der Beschlussabschrift).

17. Soweit die Antragstellerin die Fortführung des Vergabeverfahrens und hierbei insbesondere die Aufforderung zur Abgabe eines verbindlichen Angebots am 30. November 2022 als vergaberechtswidrig gerügt hat, weil der Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin mit Urteil vom 16. November 2022 - **VerfGH 154/21** - die Abgeordnetenhauswahlen vom 26. September 2021 für ungültig erklärt hatte, hat sich diese Rüge nach den Neuwahlen zum Abgeordnetenhaus am 12. Februar 2023 in der Hauptsache erledigt. Wegen der Kosten ist festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag wegen dieser Rüge von Anfang an unzulässig (a) und unbegründet war (b).

a) Der Nachprüfungsantrag war wegen dieser Rüge unzulässig, weil es der Antragstellerin insoweit an der nach § 160 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis gefehlt hat. Denn sie hat nicht dargelegt, wie ihr aus dem vermeintlichen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften - Fortführung des Vergabeverfahrens trotz des vom Verfassungsgerichtshof postulierten Zurückhaltungsgebotes nach den für ungültig erklärten Wahlen zum Abgeordnetenhaus B. - ein Schaden entstanden sein soll oder im Sinne von § 160 Abs. 2 S. 2 GWB hätte drohen können.

b) Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag wegen der vorgenannten Rüge aber auch unbegründet.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin gibt und gab es keinen vergaberechtlichen Anknüpfungspunkt für die von der Antragstellerin angenommene Verpflichtung der Antragsgegner zur Aussetzung des Vergabeverfahrens wegen der nach dem Urteil des Verfassungsgerichtshofs des Landes Berlin vom 16. November 2021 - **VerfGH 154/21** - erforderliche Wiederholung der Wahl vom 26. September 2021 zum Abgeordnetenhaus und zu den Bezirksverordnetenversammlungen. Das Vergabeverfahren ist und war weder unmittelbar noch mittelbar hierdurch berührt.

Das in dem Urteil postulierte Zurückhaltungsgebot richtete sich von vornherein zumindest primär an die Organe des Antragsgegners zu 1), dessen Mitglieder neu zu wählen waren, mithin das Abgeordnetenhaus von Berlin sowie die Bezirksverordnetenversammlungen ###. Vor diesem Hintergrund waren die für den Antragsgegner zu 1) tätigen Verwaltungen nicht gehindert, das

vorliegende, sich über einen langen Zeitraum erstreckende Vergabeverfahren planmäßig durch die Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote am 30. November 2022 fortzuführen. Allenfalls, wenn seine Fortführung erkennbar und konkret politisch umstritten gewesen wäre, hätte es geboten sein können, das Verfahren zunächst nicht weiterzuführen. Dafür trägt die Antragstellerin indes weder etwas vor, noch ist es sonst ersichtlich. Insbesondere kann aus dem Auftragsvolumen als solchem nicht abgeleitet werden, dass ein Projekt in der kurzen Schwebephase bis zu der Wiederholungswahl am 12. Februar 2023 nicht hätte weitergeführt werden dürfen, weil daraus noch keine politische Relevanz der Entscheidung, das Verfahren fortzuführen, folgt.

Im Übrigen handelt es sich bei den Vorgaben aus dem Urteil des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin vom 16. November 2022 auch nicht um eine Rechtsposition, aus der die Antragstellerin überhaupt eigene Rechte im Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB hätte herleiten können. Eine Verletzung sie schützender vergaberechtlicher Vorschriften liegt nicht vor. Selbst, wenn das Vorgehen der Antragsgegner staatsrechtlich zweifelhaft gewesen wäre, hätte hierin weder ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 97 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GWB), das ohnehin nicht unternehmensschützend ist (vgl. Lux in: Müller-Wrede, GWBVergaberecht, 2. Auflage 2023, § 97 Rn. 41), noch gegen den vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GWB) gelegen. Die von der Antragstellerin vertretene abweichende Rechtsauffassung ist nicht nachvollziehbar. Das gilt auch für ihre Annahme, die Antragsgegner seien vertragsrechtlich verpflichtet gewesen, die genannten Umstände zu berücksichtigen.

18. Der Nachprüfungsantrag ist wegen des von der Antragstellerin gerügten Verhandlungsvorbehalts in der Aufforderung der Antragsgegner zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 weder zulässig (a) noch begründet (b).

a) Der Nachprüfungsantrag ist wegen der genannten Rüge mangels Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB bereits unzulässig, weil die Entstehung oder das Drohen eines Schadens im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB, also eine Verschlechterung der Zuschlagschancen aus der behaupteten Rechtsverletzung, nämlich dem Vorbehalt oder der Ankündigung eines möglicherweise vergaberechtswidrigen Verhaltens, nicht feststellbar ist (vgl. Summa in: jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 25. Oktober 2023, § 160 GWB Rn. 112 für den rechtswidrigen Vorbehalt der Festsetzung von Eignungskriterien entgegen § 122 Abs. 4 GWB).

b) Jedenfalls ist der Nachprüfungsantrag wegen dieser Rüge aber unbegründet, weil es an einer Verletzung der Antragstellerin in nach § 97 Abs. 6 GWB rügefähigen Rechten fehlt. Wie bereits zu der Rüge der Antragstellerin zum Änderungsvorbehalt in Ziffer 18 der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote vom 24. März 2021 ausgeführt (oben II. 6.) ist der Vorbehalt oder die Ankündigung eines vergaberechtswidrigen Verhaltens durch den öffentlichen Auftraggeber zwar gegebenenfalls vergaberechtswidrig (vgl. Summa in: jurisPKVergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 25. Oktober 2023, § 160 GWB Rn. 112 für den rechtswidrigen Vorbehalt der Festsetzung von Eignungskriterien entgegen § 122 Abs. 4 GWB), verletzt aber Teilnehmer eines Vergabeverfahrens nicht in nach § 97 Abs. 6 GWB rügefähigen Rechten, deren Schutz allein Anlass zu Maßnahmen der Vergabenachprüfungsinstanzen nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB bieten könnte. Eine Rechtsverletzung läge gegebenenfalls erst in dem Vollzug des vorbehaltenen oder angekündigten Verhaltens; ein vorbeugender kartellvergaberechtlicher Rechtsschutz hiergegen ist nicht vorgesehen. Die Rüge des Vorbehalts oder der Ankündigung, mögen sie auch gegebenenfalls vergaberechtswidrig sein, ist danach unbegründet.

19. Soweit die Antragstellerin Änderungen der Wertungskriterien in der Aufforderung der Antragsgegner zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 rügt, ist ihr Nachprüfungsantrag unbegründet, weil diese Änderungen vergaberechtlich nicht zu beanstanden sind.

a) Nach § 127 Abs. 5 GWB müssen die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden. Im Verhandlungsverfahren enthält die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots gemäß § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 VgV die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung oder gegebenenfalls die Kriterien in der Rangfolge ihrer Bedeutung, wenn diese Angaben nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessenbestätigung enthalten sind. Auch wenn die vergaberechtlichen Bestimmungen kein ausdrückliches Verbot einer Änderung der festgelegten Zuschlagskriterien und deren Gewichtung enthalten (Müller-Wrede/Delcuvé in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 294), "sollten" sie doch selbst im Verhandlungsverfahren nach EG 45 UAbs. 1 S. 3 RL 2014/24/EU "während des gesamten Verfahrens stabil bleiben und nicht verhandelbar sein, um die Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu gewährleisten". Für das Verhandlungsverfahren sieht § 17 Abs. 10 S. 2 GWB in Übereinstimmung mit Art. 29 Abs. 3 UAbs. 2 RL 2014/24/EU, dem folgend, zwar ein Verbot für die Zuschlagskriterien vor, nicht aber ein Änderungsverbot (Müller-Wrede/Delcuvé in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 298; a.A. VK Südbayern, Beschluss vom 31. Januar 2018 - Z3-3-3194-46-08/17 -).

Die von den Beteiligten in Bezug genommene Rechtsprechung nationaler Gerichte sowie des EuGH hat durchgehend Fallgestaltungen zum Gegenstand gehabt, bei denen es um die Änderung von Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung bzw. Bewertungsmethoden nach deren Festlegung in der Ausschreibung oder - im Verhandlungsverfahren - der Aufforderung zur Angebotsabgabe ging (EuGH, Urteil vom 6. Juli 2016 - **C-6/15** (Dimarso) -, Rn. 22 bis 25) oder sogar um die Zulässigkeit solcher Änderungen nach Angebotsabgabe (EuGH, Urteil vom 6. Juli 2016 - **C-6/15** (Dimarso) -, Rn. 26). Sämtliche Entscheidungen gehen davon aus, dass eine Änderung zulässig ist, wenn sie transparent und nicht diskriminierend erfolgt (EuGH, Urteil vom 6. Juli 2016 - **C-6/15** (Dimarso) -, Rn. 26; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - **Verg 28/14** -). Je nach Gewichtigkeit der Änderung genügt eine Änderung im laufenden Verfahren oder ist eine Zurückversetzung vor Angebotsabgabe (also im Verhandlungsverfahren eine erneute Aufforderung zur Abgabe von Angeboten mit geänderten Vorgaben) notwendig oder entbehrlich. Wegen der Vorgabe in § 127 Abs. 5 GWB, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden müssen, wird bei deren Änderung nach der Vergaberechtsmodernisierung von 2016 eine erneute Aufforderung zur Angebotsabgabe mit den geänderten Vergabeunterlagen jedenfalls nach Angebotsabgabe zwingend erforderlich sein (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 23. Januar 2019 - 15 Verg 1/19 -, BeckRS 2019, 29934 Rn. 12 f.) und ansonsten eine Änderung den Unternehmen genügend Zeit lassen müssen, ihr Angebot auf die geänderten Bedingungen auszurichten.

146bb) Vorliegend haben die Antragsgegner die Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung oder die Bewertungsmethoden nicht nach deren Festlegung in den Vergabeunterlagen und ihrer Aufforderung zur Abgabe endgültiger Angebote vom 30. November 2022 geändert, sondern sie haben Änderungen an den Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie der Bewertungsmethode nur im Verhältnis zu den Vorgaben aus ihrer Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote vom 24. März 2021 vorgenommen. Nur dies hat die Antragstellerin am 3. Januar 2023 pauschal gerügt und rügen können. Solche Änderungen zwischen den "Aufforderungsphasen" im Verhandlungsverfahren sind selbstverständlich - wie auch unter den unter aa) vorgenannten Bedingungen die zu einem späteren Zeitpunkt erfolgenden Änderungen - zulässig, soweit die Änderungen formell ordnungsgemäß, transparent und nicht diskriminierend erfolgen (Müller-Wrede/Delcuvé in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 298; a.A. VK Südbayern, Beschluss vom 31. Januar 2018 - Z3-33194-46-08/17 -).

(1) Erforderlich ist in formeller Hinsicht, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in den Vergabeunterlagen, die der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher oder endgültiger Angebote

zugrunde liegen, entsprechend § 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 VgV benannt sind, womit der Vorgabe des § 127 Abs. 5 GWB entsprochen ist, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in den Vergabeunterlagen, nämlich denen in der Aufforderung zur Abgabe finaler oder verbindlicher Angebote, festgelegt sind. Damit wird regelmäßig zugleich den Vorgaben des Transparenzgrundsatzes (§ 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB) Genüge getan sein, dessen Verwirklichung § 127 Abs. 5 GWB und § 52 Abs. 2 VgV gerade dienen sollen.

Wie sonst auch, dürfen die geänderten Vorgaben nicht unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) diskriminierend sein, wobei aus dem Umstand, dass es zwischen der Verfahrensphase der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote und der Phase zur Abgabe verbindlicher Angebote zu Änderungen gekommen ist, gerade kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz folgt, weil das Verhandlungsverfahren auf Änderungen im Zuge der Verhandlungen ausgerichtet ist, wenn auch der öffentliche Auftraggeber über die Zuschlagskriterien ebenso wie über Mindestbedingungen nach § 17 Abs. 10 S. 2 VgV nicht mit den Bietern verhandeln darf. Aus den Verhandlungen über den Auftragsgegenstand, aber auch Anmerkungen der Bieter zu den Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung kann sich aber für den öffentlichen Auftraggeber Anlass ergeben, die Zuschlagskriterien, ihre Gewichtung oder auch die vorgesehene Bewertungsmethode zu ändern. All dies ist unproblematisch, soweit es nicht im Einzelfall zu einer den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB verletzenden Diskriminierung einzelner am Verhandlungsverfahren beteiligter Unternehmen führt. Eine solche Diskriminierung wäre dann von dem Unternehmen in seiner Rüge konkret unter Darlegung der Rechtsverletzung und des hieraus erwachsenden oder drohenden Schadens darzulegen (§ 160 Abs. 2 GWB).

(2) Nach diesen Grundsätzen sind die Änderungen in den Vergabeunterlagen, die der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 zugrunde liegen, im Verhältnis zu früheren Versionen dieser Unterlagen vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Antragsgegner haben die dieser Aufforderung zugrundeliegenden Vertragsbedingungen allen Bietern entsprechend § 127 Abs. 5 GWB, § 52 Abs. 2 VgV ordnungsgemäß bekannt gemacht. Damit ist den gesetzlich ausgestalteten Anforderungen an den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB genüge getan. Auch für eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus § 97 Abs. 2 GWB ist nichts ersichtlich. Er folgt, anders als die Antragstellerin wohl meint und wie oben ausgeführt, nicht bereits aus der Änderung der Vertragsunterlagen als solcher, die vergaberechtlich ohne Weiteres zulässig war. Konkrete, ihre Zuschlagschancen beeinträchtigende Diskriminierungen durch bestimmte Änderungen legt die Antragstellerin im Zusammenhang mit dieser Rüge nicht dar. Einer Würdigung der umfangreichen Erwägungen der Antragsgegner sowohl im Vergabeverfahren (Ziffer 55.1, S. 95 bis 191 des Leitenden Vergabeverkehrs) als auch im Nachprüfungsverfahren, aus welchen Gründen sie sich zu den Änderungen veranlasst gesehen haben, bedarf es danach nicht. Allerdings lassen diese Erwägungen in keiner Weise erkennen, dass die Änderungen, die den Antragsgegnern ohnehin im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechts erlaubt waren, nicht sachlich begründet gewesen wären und ihnen eine die Antragstellerin diskriminierende Tendenz innewohnen könnte.

Entsprechendes gilt für die wenigen geringfügigen Änderungen, die die Antragsgegner an den Vergabeunterlagen nach ihrer Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote vorgenommen und sämtlichen Bietern mitgeteilt haben. Auch diese schon nicht von der Rüge der Antragstellerin vom 3. Januar 2023 und ihrer Einführung in das Nachprüfungsverfahren am 20. März 2023 (Bl. 7 bis 9a/IV d.A.) erfassten Änderungen haben die Antragsgegner im Einzelnen inhaltlich begründet (Ziffer 64.1 und 64.9, S. 120, 125 f. des Leitenden Vergabeverkehrs), ohne dass ersichtlich oder von der Antragstellerin dargelegt wäre, inwieweit von diesen Änderungen eine die Antragstellerin diskriminierende Wirkung ausgehen sollte.

20. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (a), aber nicht begründet (b), soweit die Antragstellerin die

Vorgaben zur ortsgebundenen Komponentenaufbereitung in der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote zu den FBI-Aufträgen (Lose 1 und 3) rügt.

a) Entgegen der Auffassung der Antragsgegner ist die Rüge der Antragstellerin vom 13. Februar 2023 nicht gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GWB präkludiert und ihr Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig. Die ausdrückliche Einbeziehung der "Aufarbeitung von Komponenten" in den Instandhaltungsvertrag mit der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 war neu. In der Auftragsbekanntmachung vom 7. August 2020 konnte aus Ziffer II.2.4 gerade nicht entnommen werden, dass die Regelung der ortsgebundenen Instandhaltung auch für Kleinkomponenten gelten sollte. Es war vielmehr möglich, die Regelung so zu verstehen, dass mit ihr nur eine Verlegung der Fahrzeuge zu Zwecken der Instandhaltung eingeschränkt werden sollte und für die Instandsetzung ausbaubarer Kleinkomponenten keine Vorgabe an den Ort der Instandsetzung gemacht werden sollte. Entgegen der Auffassung der Antragsgegner war dies auch in den von ihnen zitierten Fassungen des Instandhaltungsvertrages, die der Aufforderung zur Abgabe indikativer Angebote zugrunde lag, nicht eindeutig geregelt, selbst wenn die Problematik des Umgangs mit der Instandsetzung von Komponenten mit Ausnahme von Großkomponenten in den Verhandlungen vom 15. Februar 2022 und 1. März 2022 bereits thematisiert worden sein sollte. Sonst wäre die von der Antragstellerin gerügte Ergänzung des Instandhaltungsvertrages in der der Aufforderung zur Abgabe verbindlicher Angebote vom 30. November 2022 zugrundeliegenden Fassung auch entbehrlich gewesen. Es liegt aber auf der Hand, dass die Antragsgegner die Ergänzung gerade deswegen vorgenommen haben, weil eben wegen der Reichweite des Gebots der ortsgebundenen Instandsetzung Unklarheiten bestanden, die sie mit der Regelung ausräumen wollten. Dafür, dass die Antragstellerin die mit ihrer Rüge vom 13. Februar 2023 vor Ablauf der Frist für die Abgabe verbindlicher Angebote geltend gemachten Vergaberechtsverstöße bereits zu einem früheren Zeitpunkt positiv erkannt hätte und ihre Rüge deswegen gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert wäre, ist weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich.

b) Ein Vergaberechtsverstoß liegt wegen der Vorgaben zum Ort der ausgeschriebenen Instandhaltungsleistungen für Fahrzeugkomponenten nicht vor. Es handelt sich insoweit um eine nach Maßgabe von § 128 Abs. 2 GWB zulässige Ausführungsbestimmung, die die hierfür bestehenden Anforderungen erfüllt, indem sie ordnungsgemäß bekannt gemacht ist (§ 128 Abs. 2 S. 2 GWB), einen Sachbezug zum Auftragsgegenstand aufweist (§ 128 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GWB), nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB zulässigen wirtschaftlichen Belangen dient und auch im Übrigen vergaberechtlich ist (vgl. zu diesen Voraussetzungen Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 128 Rn. 25 sowie die Ausführungen unter II. 23. die hier entsprechend gelten). Die von der Antragstellerin insoweit gerügte Unvereinbarkeit der Vorgaben zur ortsgebundenen Komponentenaufbereitung mit dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) und der EUrechtlich gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV liegt nicht vor.

aa) Die Bestimmung des Ortes, an dem die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen sind, unterliegt grundsätzlich dem Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers (OLG Koblenz, Beschluss vom 22. Juli 2014 - **1 Verg 3/14** -), weswegen er sich grundsätzlich nicht für seine Vorgaben zu rechtfertigen hat und diese insbesondere nicht sachlich begründen muss (insoweit zumindest missverständlich OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. März 2018 - **11 Verg 16/17** -). Allerdings hat er uneingeschränkt das Gleichbehandlungsgebot des § 97 Abs. 2 GWB zu beachten, das diskriminierende Leistungsbestimmungen verbietet (OLG Koblenz, a.a.O.; OLG Frankfurt, a.a.O.). Aus der europarechtlich nach Art. 49 AEUV gewährleisteten Dienstleistungsfreiheit folgt zudem, dass ihm Anforderungen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, verwehrt sind, soweit sie nicht vier Voraussetzungen erfüllen, nämlich in nicht diskriminierender Weise angewandt werden, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind, geeignet sind, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung

dieses Zieles erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2005 - **C-234/03** -, Rn. 25 m.w.N.).

bb) Gegen diese Vorgaben verstoßen die Antragsgegner mit den von ihnen vorgesehenen Ausführungsbedingungen zur ortsnahen Instandsetzung von Fahrzeugkomponenten nicht.

(1) Zu würdigen sind insoweit die Regelungen des von den Antragsgegnern vorgegebenen Instandhaltungsvertrages in der Fassung ihrer Änderungsmitteilung vom 9. September 2023, nicht in der Fassung vom 30. November 2022, die Gegenstand der ursprünglichen Rüge der Antragstellerin war. Die Antragsgegner sind den Einwendungen der Antragstellerin zur ortsgebundenen Instandhaltung der Fahrzeugkomponenten in der späteren Fassung unter teilweiser Abhilfe der Rüge der Antragstellerin in großem Umfang entgegengekommen und haben den Spielraum für die Instandhaltung außerhalb der Werkstätten erheblich erweitert.

(2) Die von der Antragstellerin gerügten Vorgaben führen zu keiner mit § 97 Abs. 2 GWB nicht vereinbaren Ungleichbehandlung mit dem Bestandsunternehmen oder anderen Bietern. Denn sämtliche Unternehmen haben in gleicher Weise die Anforderungen in dem Instandhaltungsvertrag zu erfüllen. Soweit die Antragstellerin hier Vorteile des Bestandsunternehmens als möglichem Bieter sieht, leitet sie diese aus dem Vorhandensein der Werkstätten ab, die es dem Bestandsunternehmen leichter machten, den Vorgaben zu entsprechen. Da aber alle Unternehmen gehalten sind, Werkstätten in der Nähe des jeweiligen Teilnetzes zu errichten, liegt die Ungleichbehandlung gegebenenfalls in diesem von der Antragstellerin gesondert gerügten Erfordernis (vgl. oben II. 2.), nicht aber darin, in den von allen Bietern gleichermaßen vorzuhaltenden Werkstätten die Instandhaltungsleistungen zu erbringen.

(3) Auch verstoßen die Antragsgegner entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht gegen die Vorgaben der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 49 AEUV. Die Regelungen in § 11 Abs. 2 IHV beschränken den Auftragnehmer zwar darin, wo er die Instandhaltungsleistungen erbringen kann, was für ihn selbst, aber auch für den Zugriff auf Zulieferer und Subunternehmer nachteilige Auswirkungen haben und daher die Erbringung der Dienstleistung für ihn weniger attraktiv machen kann. Dies ist aber auf der Grundlage der angeführten Rechtsprechung des EuGH hinzunehmen, weil die hierfür vom EuGH aufgestellten Voraussetzungen erfüllt sind.

(a) So sind die Vorgaben aus dem Instandhaltungsvertrag nicht diskriminierend, weil sie sich für alle Bieter gleichermaßen auswirken und, wie bereits ausgeführt, die Ungleichbehandlung gegenüber dem Bestandsunternehmen als möglichem Bieter allenfalls darin liegt, dass es, anders als andere Bieter auf die vorhandenen Werkstätten zurückgreifen kann, während alle Bieter gehalten sind, die Leistungen in dem im Instandhaltungsvertrag beschriebenen Umfang ortsnah zum jeweiligen S-Bahn-Netz zu erbringen.

(b) Soweit auch nach den von den Antragsgegnern vorgenommenen Änderungen Komponenten verbleiben, die in Ortsnähe instand zu halten sind, bezieht sich dies im Wesentlichen auf Großkomponenten (mit Ausnahme schwerer Unfallschäden). Insoweit haben die Antragsgegner aber ein legitimes Interesse daran, dass die auf ihre Kosten vorzuhaltenden Werkstätten auch für die Instandsetzung solcher Großkomponenten genutzt werden. Als sachliche Gründe dafür geben die Antragsgegner unter anderem die von ihnen beabsichtigte Übernahme der Werkstätten bei Vertragsbeendigung, die Bearbeitungskompetenz des Werkstattpersonals, die sichere Verfügbarkeit der Fahrzeuge sowie die Kontrollierbarkeit der Instandhaltungstätigkeiten an. Die Vorgabe des Instandhaltungsvertrages, diese verbliebenen Komponenten grundsätzlich in einer Entfernung von nicht mehr als 200 km von den Streckennetzen instand zu setzen, sind aus den genannten als zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu wertenden sachlichen Gründen geeignet, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, ohne darüber hinauszugehen. Letzteres wird insbesondere dadurch sichergestellt, dass im Einzelfall immer eine Freistellung von dem

Erfordernis der ortsnahen Instandsetzung in Betracht kommt und der Auftragnehmer hierauf sogar einen Anspruch hat, wenn sein Lieferant zu einer Instandsetzung in Ortsnähe zu dem jeweiligen Streckennetz nicht bereit ist.

21. Der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls unbegründet, soweit die Antragstellerin dem Antragsgegner vorwirft, unter Verstoß gegen ihre Geheimhaltungspflichten aus § 5 VgV Informationen aus dem Nachprüfungsverfahren an Dritte, und hierbei insbesondere Mitbewerber aus dem Bereich der ### AG, weitergegeben zu haben.

a) Ein solcher Verstoß gegen Grundsätze des Geheimwettbewerbs (§ 5 VgV) durch Bedienstete der Antragsgegner ist schon nicht feststellbar. Aus dem Vorbringen der Antragstellerin lässt sich nicht entnehmen, welcher Vertreter der ### AG, was genau in einer mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer Südbayern in dem eine Ausschreibung der ### S-Bahn betreffenden Vergabenaachprüfungsverfahren gesagt haben soll. Soweit es um die Teilnahme der Antragstellerin an der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung geht, dürfte diese durch öffentliche Äußerungen ihrer eigenen Bediensteten nahegelegt worden sein. Auch sonst ist unklar, ob Kenntnisse aus dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren an die ### AG gelangt sind, welche dies genau sein sollen und inwieweit diese Kenntnisse von Bediensteten der Antragsgegner und nicht etwa auch solchen der Antragstellerin dorthin gelangt sein sollten.

b) Abgesehen davon wäre selbst dann, wenn die behaupteten Äußerungen in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer Südbayern gefallen sein sollten, nicht ersichtlich, dass und welcher Weise der Senat Anlass hätte, gemäß § 168 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GWB durch Maßnahmen in das verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren einzugreifen. Die Antragsgegner haben nachvollziehbar vorgetragen, dass Verstöße gegen die Vertraulichkeit ihrer Ausschreibung auch nicht in ihrem Interesse lägen, weil gerade der Geheimwettbewerb auch dazu beiträgt, ihnen als öffentlichen Auftraggebern zu möglichst wirtschaftlichen Angeboten zu verhelfen. Im Übrigen sind sie, wie sie in ihrem Schreiben vom 27. September 2023 an die Antragstellerin unter Zurückweisung der Rüge auch ausgeführt haben, den Beanstandungen der Antragstellerin nachgegangen, ohne dass sich aus den dort genannten Gründen Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen die Geheimhaltungsvorgaben in ihrem Verantwortungsbereich ergeben haben.

22. Der Nachprüfungsantrag ist weder zulässig noch begründet, soweit die Antragstellerin gerügt hat, dass die Antragsgegner das Vergabeverfahren nicht wegen des von ihr gerügten und von der Vergabekammer als "unheilbar" bezeichneten Vergabeverstoßes der Verpflichtung der Bieter zur Beschaffung von Strecken- und Trassierungsdaten bei der ### AG (vgl. oben II. 7.) aufgehoben haben.

a) Der Nachprüfungsantrag ist wegen dieser Rüge unzulässig, weil die Antragstellerin den Verstoß gegen Grundsätze des Geheimwettbewerbs wegen der Vorgabe der Antragsgegner zur Beschaffung der Strecken- und Trassierungsdaten bei ### AG bereits gesondert gerügt und die Aufhebung des Vergabeverfahrens als Rechtsfolge gefordert hatte (vgl. oben II. 7.). Für die wiederholte Befassung des Senats mit ihren bereits im Rahmen einer anderen Rüge erhobenen und zur Entscheidung stehenden Beanstandungen fehlt ihr das erforderliche Rechtsschutzbedürfnis.

b) Jedenfalls ist der Nachprüfungsantrag wegen der genannten Rüge unbegründet. Die wegen der Verpflichtung der Bieter zur Beschaffung von Strecken- und Trassierungsdaten bei der ### AG erhobene Rüge ist aus den oben unter II. 7. bereits dargelegten Gründen unbegründet, weswegen die Antragsgegner keinen Anlass zu der von der Antragstellerin für geboten gehaltenen Aufhebung des Vergabeverfahrens hatten.

23. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit die Antragstellerin die von den Antragsgegnern

wegen der Werkstätten zur Komponentenaufarbeitung und den Grundstücken, auf denen sich diese Werkstätten befinden, vorgesehenen Übereignungspflichten als vergaberechtswidrig rügt.

a) Es handelt sich bei diesen von der Antragstellerin gerügten Vorgaben um Ausführungsbedingungen im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB (aa), die den hierfür bestehenden Anforderungen genügen (bb).

aa) Die von der Antragstellerin beanstandete Übereignungsverpflichtung für die Komponentenaufarbeitungsanlagen sowie -werkstätten und die zugehörigen Grundstücke in § 66 Abs. 2 S. 2 IHV ist eine Ausführungsbedingung im Sinne des § 128 Abs. 2 S. 1 GWB. Danach sind Ausführungsbedingungen besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags. Darunter sind sämtliche vertraglichen Verpflichtungen des Auftragnehmers zu verstehen, die über die unmittelbar den Auftrag betreffenden Leistungsverpflichtungen, wie sie aus der Leistungsbeschreibung im Sinne des § 121 GWB ersichtlich sind, hinausgehen (Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 128 Rn. 20 m.w.N.). Anders als die Antragsgegner meinen, bezog sich die Beschaffung vorliegend nicht auf den Erwerb von Werkstätten und Werkstattgrundstücken zur Instandhaltung von Schienenfahrzeugen für die ### S-Bahn, so dass es sich hierbei um Leistungspflichten handeln würde, die den Beschaffungsgegenstand selbst betreffen würden. Vielmehr war Beschaffungsgegenstand der ausgeschriebenen FBI-Aufträge (Lose 1 und 3) die Lieferung, Instandhaltung und Bereitstellung von Triebzügen für Teilnetze Nord-Süd und Stadtbahn der ### S-Bahn. Die von der Antragstellerin gerügten Übereignungspflichten zum Ende der Instandsetzungsverträge stellen sich damit als zusätzliche Verpflichtungen bei der Vertragsabwicklung dar und sind mithin als Ausführungsbedingungen im Rahmen der bei den FBI-Aufträgen ausgeschriebenen Instandhaltungsverträge zu werten.

bb) Die von der Antragstellerin gerügten Übereignungspflichten genügen den aus § 128 Abs. 2 GWB im Einzelnen folgenden Anforderungen. Voraussetzung für die rechtmäßige Festlegung von Ausführungsbedingungen ist, dass sie ordnungsgemäß bekannt gemacht sind (§ 128 Abs. 2 S. 2 GWB), einen Sachbezug zum Auftragsgegenstand aufweisen (§ 128 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GWB), einen nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB zulässigen Inhalt haben und allgemeinen Rechtmäßigkeitsanforderungen genügen (Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 128 Rn. 25). Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

(1) Die Antragsgegner haben die von der Antragstellerin gerügten Übereignungspflichten aus § 66 Abs. 2 S. 2 IHV in ihrer zuletzt weiter von der Antragstellerin angegriffenen Fassung sämtlichen Bietern mit Schreiben vom 22. Januar 2024 bekanntgegeben und damit nach § 128 Abs. 2 S. 2 GWB formgerecht zum Gegenstand der Vertragsunterlagen gemacht.

(2) Die Übereignungspflichten aus § 66 Abs. 2 S. 2 IHV stehen auch im Sinne von § 128 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GWB mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 S. 1 GWB in Verbindung. Das ist der Fall, wenn die Bedingungen auf die Ausführung des konkreten Auftrags bezogen bleiben und inhaltlich etwas mit der vertragsgegenständlichen Leistung "zu tun haben" und nicht lediglich den öffentlichen Auftrag zum Anlass nehmen, um eine für wünschenswert gehaltene Gestaltung herbeizuführen (Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 128 Rn. 29 m.w.N.). Daran kann hier kein Zweifel bestehen. Die Übereignungsverpflichtung steht im Zusammenhang mit der Verpflichtung der Auftragnehmer, die Instandhaltungsleistungen in Werkstätten in der Nähe des S-Bahn-Netzes durchzuführen, die auf Kosten der Antragsgegner zu errichten und zu unterhalten sind. Es handelt sich um eine Regelung, mit der sich die Antragsgegner die Vorteile aus ihren Investitionen in diese Werkstätten über die Ausführung der FBI-Aufträge hinaus sichern wollen, womit der Bezug auf den Auftragsgegenstand besteht.

(3) Die von den Antragsgegnern vorgesehenen Übereignungspflichten dienen wirtschaftlichen

Belangen im Sinne des § 128 Abs. 2 S. 3 GWB. Die Antragsgegner wollen sich damit nach Beendigung der ausgeschriebenen FBI-Aufträge die Verfügungsgewalt über die Werkstätten und Werkstattgrundstücke auch für die Komponenteninstandhaltung möglichst sichern, um auch über die ausgeschriebenen Aufträge hinaus in Zukunft die entsprechenden Instandhaltungsleistungen zu angemessenen Preisen am Markt beschaffen zu können. Das setzt nach auch auf Erfahrungen mit dem bisherigen Dienstleister gestützter Einschätzung der Antragsgegner voraus, über die Werkstätten und die Werkstattgrundstücke verfügen zu können, um sie Auftragnehmern bei einem Folgeauftrag zur Erbringung der Leistungen zur Verfügung stellen zu können und nicht von einem Bestandsunternehmen abhängig zu sein, das allein hierüber verfügt und dann die Preise diktieren kann.

(4) Die vorgesehenen Übereignungspflichten sind als Ausführungsbedingungen im Sinne des § 128 Abs. 2 S. 1 GWB auch im Übrigen vergaberechtlich. Insbesondere müssen sie mit den Rechtsgrundsätzen aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB und den damit positivierten unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar sein (vgl. Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 128 Rn. 44 m.w.N.), aber auch als Teil der Leistungsbeschreibung den Anforderungen vor allem des § 121 GWB genügen (vgl. ausführlich Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 128 Rn. 21). Das ist vorliegend der Fall. Insbesondere gehen die Einwände der Antragstellerin gegen die Bestimmtheit (a) und Verhältnismäßigkeit (b) der Übereignungspflichten für Komponentenwerkstätten und die entsprechenden Werkstattgrundstücke fehl.

(a) Die Regelungen zu den Übereignungspflichten entsprechen den Vorgaben des § 121 Abs. 1 GWB. Nach § 121 Abs. 1 S. 1 GWB ist in der Leistungsbeschreibung der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, sodass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Dass die von der Antragstellerin beanstandete Regelung in § 66 Abs. 2 S. 2 IHV diesen Anforderungen nicht genügen würde, ist weder aus der Regelung selbst heraus feststellbar, noch zeigt die Antragstellerin sonst auf, inwieweit die ihr nicht genehmen Regelungen nicht hinreichend klar sein sollten.

(b) Die Vorgaben zu den Übereignungspflichten für die Komponentenaufarbeitungswerkstätten greifen auch nicht unter Verletzung von § 97 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GWB unverhältnismäßig in die Interessen der Bieter ein, sondern stellen sich als Wahrnehmung des dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen seiner Beschaffungsautonomie zustehenden Rechts nach § 128 Abs. 2 GWB dar, Ausführungsbedingungen aufzustellen. Es endet erst dort, wo der Auftraggeber die nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB zulässigen Belange in unverhältnismäßiger Weise verfolgt, die Ausführungsbedingungen also nicht geeignet, erforderlich oder angemessen sind, um diese Belange zu erreichen.

Der Antragstellerin ist zwar, die Gesetzesbegründung zu § 97 GWB in der Fassung der Vergaberechtsmodernisierung von 2016 zitierend, darin zu folgen, "dass öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungsaktivitäten auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen, insbesondere bei den Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die Eignung, den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen" (BT-Drs. 18/6281, S. 68). Das bedeutet aber nicht, dass sich der öffentliche Auftraggeber einer freien, keinen weiteren Kriterien unterliegenden Verhältnismäßigkeitsprüfung seiner Beschaffung aussetzen müsste. Insbesondere geht es vor dem Hintergrund der Beschaffungsautonomie öffentlicher Auftraggeber nicht an, seitens eines Bieters unerwünschte Beschaffungsvorgaben, so wie es die Antragstellerin unternimmt, pauschal einer Legitimationsprüfung zu unterziehen. Vielmehr findet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Ausdruck in den Normen zur Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB), Eignung (§ 122 bis 126 GWB), zum Zuschlag (§ 127 GWB) und zu den Ausführungsbedingungen (§ § 128 f. GWB). Genügt das an diesen Vorschriften zu messende Verhalten den danach jeweils bestehenden normativen Vorgaben, ist es auch verhältnismäßig, wobei bei der Prüfung dieser Normen häufig auch Gesichtspunkte der

Verhältnismäßigkeit eine Rolle spielen (vgl. Lux in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 97 Rn. 42, 44 m.w.N.). Dementsprechend überzeugt es nicht, unter Berufung auf den vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diese gesetzlichen Konkretisierungen durch allgemeine Billigkeitserwägungen zu unterlaufen.

Danach sind die als Ausführungsbedingungen nicht zu beanstandenden Vorgaben der Antragsgegner für die Verpflichtung, die Komponentenaufarbeitungswerkstätten und die entsprechenden Grundstücke zu übereignen, auch unter Berücksichtigung des vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aus § 97 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GWB nicht zu beanstanden, weil diese Vorgaben den konkreten Anforderungen aus § 128 Abs. 2 GWB genügen und darüberhinausgehende, von diesen Konkretisierungen nicht erfasste Verletzungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nicht erkennbar sind.

Vorliegend geht es den Antragsgegnern mit der in § 66 Abs. 2 S. 2 IHV vorgesehenen Übereignungspflicht für die Komponentenaufarbeitungswerkstätten und die zugehörigen Grundstücke darum, sich diese Produktionsmittel für künftige Aufträge zur Instandhaltung von Triebwagen für den Betrieb der S-Bahn Berlin zu sichern. Die Antragsgegner wollen in Zeiten knapper werdender Ressourcen an Grund und Boden in Berlin Zugriff auf Werkstattimmobilien haben, um ohne Abhängigkeit von einzelnen Unternehmen die Instandhaltungsleistungen auch in Zukunft wirtschaftlich am Markt beschaffen zu können.

Um dieses nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB legitime Ziel (wirtschaftliche Belange) zu erreichen, sind die von der Antragstellerin beanstandeten Übereignungspflichten auch für die Werkstätten zur Komponentenaufbereitung und die für die Werkstätten genutzten Grundstücke geeignet, weil die Antragsgegner so die Verfügungsgewalt hierüber bei Beendigung des Auftragsverhältnisses erlangen können. Sie sind auch erforderlich, weil sie nur so ohne Entstehen neuer Abhängigkeit tatsächlich Zugriff auf die Werkstätten und die zugehörigen Grundstücke haben. Die Schwierigkeiten der Antragsgegner, das Bestandsunternehmen zu einer Kooperation bei der vorliegenden Ausschreibung zu bewegen, zeigen deutlich, dass jede Art von Entscheidungsspielraum, der dem Bestandsunternehmen verbleibt, die erneute Ausschreibung der Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt beeinträchtigen kann.

Die Regelungen sind schließlich auch angemessen. Hier ist im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass die Kosten für die Errichtung der Werkstätten im Rahmen der FBI-Aufträge von den Antragsgegnern getragen werden. Die Antragsgegner bauen im Rahmen dieser Aufträge im Ergebnis die betriebliche Infrastruktur für die Instandhaltungsleistungen auch an den Fahrzeugkomponenten auf und wollen diese von ihnen bezahlte Infrastruktur dann bei Vertragsbeendigung auch übernehmen, um die mit dem Bestandsunternehmen in der vorliegenden Ausschreibung gemachten negativen Erfahrungen nicht wiederholen zu müssen. Zugleich bestehen die Übereignungspflichten auch nur unter eingeschränkten und von den Antragsgegnern auch auf die Rügen der Antragstellerin weiter eingeschränkten Voraussetzungen. So sind nur die Werkstätten in direkter Nähe zum S-Bahn-Netz und nur die Werkstätten, die bei Beendigung des Instandhaltungsvertrages für die Komponentenaufbereitung genutzt werden, erfasst. Soweit die Übereignungspflicht auch dann besteht, wenn nur teilweise Komponenten im Rahmen der FBI-Aufträge aufgearbeitet werden, sie sich also auch auf Werkstätten beziehen könnte, die teilweise für die Instandhaltung anderer Komponenten genutzt werden, ist dies gerechtfertigt, weil sonst umgekehrt die Gefahr bestünde, dass die Übereignungspflicht unterlaufen würde, indem auch andere Instandhaltungen in den Werkstätten durchgeführt würden. Hinzu kommt hier, dass es dem Auftragnehmer unbenommen bleibt, eine solche Entwicklung zu vermeiden, indem er andere Instandhaltungen nicht an den Standorten durchführt, die er für die Erfüllung der Instandhaltungspflichten im Rahmen der FBI-Aufträge nutzt. Die hierin liegende Einschränkung ihres Spielraums muss die Antragstellerin wie alle anderen Bieter vor dem Hintergrund der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers

hinnehmen.

24. Soweit die Antragstellerin die mangelnde Ausschreibungsreife rügt und auf die zahlreichen Änderungen im laufenden Vergabeverfahren verweist, ist ihr Nachprüfungsantrag weder zulässig (a) noch begründet (b).

a) Der Antrag ist wegen dieser Rüge unzulässig, weil die Antragstellerin die Rüge entgegen § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 nicht binnen fünfzehn Tagen nach Zurückweisung durch die Antragsgegner in das Nachprüfungsverfahren vor dem Senat eingeführt hat, sondern erst am 2. Februar 2024. Der überwiegend für notwendig gehaltene Hinweis auf diese Frist (vgl. Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 160 Rn. 95) war in dem die Rüge der Antragstellerin vom 16. November 2023 zurückweisenden Schreiben der Antragsgegner vom 8. Dezember 2023 enthalten.

b) Der Antrag ist im Übrigen auch unbegründet, weil eine Vielzahl von Änderungen der Vergabeunterlagen aufgrund von Bieterhinweisen und -rügen nicht bedeutet, dass die ausgeschriebenen Aufträge aufgrund der Vergabeunterlagen nicht vergeben werden könnten. Dies gilt in besonderem Maße für das von den Antragsgegnern gewählte Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, dessen Sinn und Zweck gerade darin bestehen, durch Diskussionen mit den Bietern die Anforderungen an die zu beschaffende Leistung zu optimieren. Eine Unmöglichkeit der Vergabe würde erst dann eintreten, wenn die Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB) sowie die Festlegung der Eignungs- und Zuschlagskriterien (§§ 122, 127 GWB) derart lücken- und fehlerhaft wären, dass ein Zuschlag nicht erteilt werden könnte, wofür hier nichts ersichtlich oder von der Antragstellerin vorgetragen ist.

25. Soweit die Antragsgegner einer von der Antragstellerin beantragten Verlängerung der Frist zur Abgabe verbindlicher Angebote aufgrund der Aufforderung vom 30. November 2022 bis zum 12. April 2024 mit Schreiben vom 9. Februar 2024 nur teilweise entsprochen und die Frist bis zum 28. März 2024 verlängert haben, haben sie in ihrem Schriftsatz vom 15. Februar 2024 umfangreich und plausibel begründet, dass die bewilligte Fristverlängerung nach den einschlägigen Vorgaben in § 20 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, S. 2 VgV genüge. Aus den dort genannten Gründen, auf die der Senat Bezug nimmt, wäre der Nachprüfungsantrag wegen einer etwaigen Rüge der Antragstellerin, ihrem Fristverlängerungsantrag sei von den Antragsgegnern nicht vollständig stattgegeben worden, jedenfalls unbegründet.

III.

Die Anträge und Anregungen der Antragstellerin zum Verfahren haben keinen Erfolg. Weder war das Verfahren wegen der zum Verfahren vor der Vergabekammer von ihr geltend gemachten Verfahrensverstöße an die Vergabekammer zurückzuverweisen (1), noch bedurfte es einer Beiladung weiterer Teilnehmer des Vergabeverfahrens (2) oder der Gewährung weiterer Akteneinsicht vor einer Entscheidung (3), noch kam eine Vorlage des Verfahrens an den Bundesgerichtshof oder den Europäischen Gerichtshof in Betracht (4).

1. Das Nachprüfungsverfahren war wegen der von der Antragstellerin behaupteten Verfahrensverstöße der Vergabekammer nicht zur erneuten Entscheidung an diese zurückzuverweisen; vielmehr konnte der Senat in der Sache selbst entscheiden.

a) Gemäß § 178 S. 2 GWB entscheidet das Gericht, wenn es eine sofortige Beschwerde für begründet hält, in der Sache selbst oder spricht die Verpflichtung der Vergabekammer aus, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Beschwerdegerichts über die Sache erneut zu entscheiden. Der Senat hat von einer in seinem pflichtgemäßen Ermessen liegenden

Zurückverweisung in der Vergangenheit nur bei ganz erheblichen Verfahrensfehlern der Vergabekammer, die die Verfahrensrechte der Antragsteller in dem Verfahren vor der Vergabekammer regelrecht entwertet haben, Gebrauch gemacht (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Januar 2020 - **Verg 9/19** -; Beschluss vom 10. Februar 2020 - **Verg 6/19** -: keine mündliche Verhandlung, keine Akteneinsicht, keine Beiladung nach fehlerhafter Würdigung des Sachvortrags des Antragstellers). Im Regelfall ist eine Zurückverweisung auch bei Fehlern im Verfahren der Vergabekammer weder rechtlich geboten noch zweckmäßig, sondern ist schon wegen des Beschleunigungsgrundsatzes nach § 178 S. 2 Hs. 1 GWB eine Entscheidung durch den Senat selbst vorzuziehen (vgl. Senat, Beschluss vom 21. Dezember 2018 - **Verg 7/18** -, m.w.N.; Anger in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 178 Rn. 31 m.w.N.).

b) Nach diesen Grundsätzen waren die von der Antragstellerin gerügten Mängel des Verfahrens vor der Vergabekammer nicht geeignet, eine Zurückverweisung des Vergabenachprüfungsverfahrens nach § 178 S. 2 Hs. 2 GWB an die Vergabekammer zu rechtfertigen.

aa) Überwiegend sind die von der Antragstellerin vorgetragene Mängel schon nicht feststellbar.

(1) So sind die Beanstandungen der Antragstellerin zur Befangenheit einer der Beisitzerinnen, die bei der Entscheidung der Vergabekammer mitgewirkt haben, rein spekulativ. Die Beisitzerin hatte auch auf der Grundlage des Vorbringens der Antragstellerin keinen zwingenden Anlass zu einer Anzeige einer möglichen Beratung eines möglicherweise im Vergabeverfahren konkurrierenden Unternehmens durch Kollegen einer Rechtsanwaltssozietät, der sie zu einem früheren Zeitpunkt angehört hatte. Konkrete Ablehnungsgründe trägt die Antragstellerin insoweit nicht vor. Sie sind auch sonst nicht ersichtlich.

(2) Die Entscheidung der Vergabekammer, von einer Beiladung weiterer an dem Vergabeverfahren beteiligter Unternehmen abzusehen, ist nicht zu beanstanden.

(a) Nach § 162 S. 1 GWB sind Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen beigeladen worden sind, Verfahrensbeteiligte. Daraus folgt, dass Unternehmen, deren Interessen schwerwiegend durch die Entscheidung berührt werden, beizuladen sind. Soll eine solche Entscheidung ergehen, sind die nachteilig betroffenen Unternehmen beizuladen. Kommt eine solche Entscheidung, ohne dass dies bereits feststeht, aufgrund summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage in Betracht, liegt es im Ermessen der Vergabekammer, die Beiladung anzuordnen (vgl. dazu im Einzelnen unter III. 2.).

Auch wenn die Beiladung sowie ihre Ablehnung oder Unterlassung durch die Vergabekammer gemäß § 162 S. 2 GWB nicht selbstständig anfechtbar sind (Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 162 GWB Rn. 8), kann die unterlassene Beiladung einen von dem Beschwerdegericht zu prüfenden Verfahrensfehler des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer darstellen und, regelmäßig zusammen mit anderen Verfahrensfehlern, Anlass für eine Zurückverweisung des Verfahrens an die Vergabekammer nach § 178 S. 2 Hs. 2 GWB geben. Das gilt insbesondere wenn der Nachprüfungsantrag von der Vergabekammer zwar zurückgewiesen worden ist, so dass an sich keine ein anderes Unternehmen belastende Entscheidung vorliegt, diese Zurückweisung aber verfahrensfehlerhaft erfolgt ist und nach summarischer Prüfung der Sach- und Rechtslage auch eine andere Hauptsacheentscheidung denkbar ist, so dass auch die unterlassene Beiladung in Verbindung mit den weiteren Verfahrensmängeln ermessensfehlerhaft war (Senat, Beschluss vom 27. Mai 2019 - **Verg 4/19** -; Beschluss vom 10. Februar 2020 - **Verg 6/19** -; Beschluss vom 13. Januar 2020 - **Verg 9/19** -; Anger in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 178 Rn. 31).

(b) Vorliegend war eine Beiladung der übrigen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen

aufgrund der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags nicht geboten. Nach der den Beteiligten mit Schreiben vom 6. Mai 2022 (Bl. 936 VA) mitgeteilten eingehenden Prüfung der Sach- und Rechtslage durch die Vergabekammer, wonach der Nachprüfungsantrag keinen Erfolg haben dürfte, war es nicht ermessensfehlerhaft, von einer Beiladung abzusehen, auch wenn nicht ausgeschlossen war, dass der Senat in einem Beschwerdeverfahren zu einer anderen Einschätzung gelangen würde (tendenziell anders noch Senat, Beschluss vom 10. Februar 2020 - **Verg 6/19** -). Nicht erforderlich war im Übrigen, dass die Vergabekammer bereits zu Beginn des Verfahrens mit gesteigerter Sicherheit davon hätte ausgehen müssen, der Vergabenachprüfungsantrag werde keinen Erfolg haben, so dass nachteilige Auswirkungen auf die Zuschlagschancen des Beizuladenden nicht eintreten könnten (so noch Senat, Beschluss vom 10. Februar 2020 - **Verg 6/19** -). Die Vergabekammer muss Zeit und Gelegenheit haben, die für ihre Ermessensentscheidung notwendige summarische Prüfung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags durchzuführen; nur mit dieser Einschränkung sind Entscheidungen über die Beiladung "möglichst früh" (so Gaus in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 162 Rn. 42) zu treffen.

(3) Auch der Einwand der Antragstellerin, ein unabhängiges Verfahren vor der Vergabekammer sei nicht gewährleistet gewesen, weil die Vergabekammer bei der an der Ausschreibung beteiligten Senatsverwaltung für Wirtschaft des Antragsgegners zu 1) angegliedert sei, geht fehl. Die europarechtlich nicht notwendige Ausbildung einer ersten Instanz in Vergabenachprüfungsverfahren gewährt sämtlichen Beteiligten grundsätzlich ein Mehr an Rechtsschutz und ermöglicht eine schnelle verwaltungsnahe und durch die Angliederung bei den Wirtschaftsverwaltungen auch fachkompetente Abhilfe von Mängeln der Vergabeverfahren. Durch die gerichtsähnliche Ausgestaltung der Vergabekammern und ihres Verfahrens wird dies institutionell abgesichert. Gerichtlicher Rechtsschutz bleibt vorbehalten (§ 171 Abs. 1 GWB). Danach kann keine Rede davon sein, dass ein unabhängiges Verfahren vor der Vergabekammer vorliegend nicht gewährleistet gewesen wäre, zumal das Vergabeverfahren federführend auch gar nicht von der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltung geführt worden ist, sondern der für Verkehr.

bb) Soweit die Antragstellerin sich in mehrfacher Hinsicht durch die Vergabekammer in ihrem Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt sieht, trifft dies zwar teilweise zu (1), erfordert aber keine erneute Befassung der Vergabekammer mit dem Nachprüfungsverfahren (2).

(1) Zu Recht hat die Antragstellerin beanstandet, dass die Vergabekammer ihre Rüge zum Zugbeeinflussungssystem ZBS zwar in der Sachverhaltsdarstellung erwähnt, aber sodann nicht rechtlich gewürdigt habe.

Soweit die Antragstellerin der Vergabekammer des Weiteren vorhält, sie habe den Betreff ihres Beschlusses vom 31. Oktober 2022 fehlerhaft auf die Lose 1 und 3 beschränkt, während sich ihr Nachprüfungsantrag auf sämtliche Lose der Ausschreibung beziehe, ist Letzteres - bis auf den Nachprüfungsantrag zu den Vorgaben zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten (oben II. 1.) - unzutreffend. Abgesehen davon, dass dem Umstand keinerlei rechtliche Relevanz zukommt, hat die Vergabekammer dann in ihrem die Firma der Antragstellerin richtigstellenden Berichtigungsbeschluss vom 10. November 2022 auch von diesem Betreff abgesehen.

Nicht gerechtfertigt ist sodann der pauschale Vorwurf der Antragstellerin an die Vergabekammer, sie habe auch sonst ihr Vorbringen nicht gewürdigt, den Sachverhalt verkürzt dargestellt und sei auf wesentliche Argumente nicht eingegangen. Diese Beanstandungen liegen neben der Sache. Die Vergabekammer hat sich eingehend und, bis auf die Rüge zum ZBS (vgl. zuvor a) und zur Wertungspreisermittlung zum Energieverbrauch (vgl. oben II. 8.), vollständig mit dem Vorbringen der Antragstellerin auseinandergesetzt, wobei sie nicht gehalten war, sich mit jedem Argument der Antragstellerin zu befassen, sondern nur, ihre Entscheidung unter Berücksichtigung des Vorbringens

der Antragstellerin zu begründen, was sie auch getan hat.

(2) Danach kommt eine Zurückverweisung des Nachprüfungsverfahrens an die Vergabekammer nach den oben unter III. 1. a) dargelegten Grundsätzen auch wegen der gerügten, nur in geringem Umfang tatsächlich vorliegenden und im Verfahren vor dem Senat geheilten Gehörsverletzung nicht in Betracht.

2. Der Senat konnte davon absehen, weitere am Vergabeverfahren teilnehmende Unternehmen entsprechend § 162 S. 1 GWB beizuladen.

a) An dem Verfahren vor dem Beschwerdegericht sind die an dem Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten gemäß § 174 GWB beteiligt. Nach § 162 S. 1 GWB, der im Beschwerdeverfahren entsprechend anwendbar ist (vgl. im Einzelnen Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 174 GWB Rn. 2 m.w.N.), sind Unternehmen, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden und die deswegen beigeladen worden sind, Verfahrensbeteiligte. Daraus folgt, dass Unternehmen, deren Interessen schwerwiegend durch die Entscheidung berührt werden, gegebenenfalls auch noch im Beschwerdeverfahren beizuladen sind. Das ist dann der Fall, wenn die Entscheidung das Unternehmen, seine Beiladung vorausgesetzt, rechtlich zu seinem Nachteil binden würde oder sonst seine Rechte verletzen würde (vgl. OLG München, Beschluss vom 28. August 2019 - **Verg 10/19** -). Ein solcher einem Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 S. 2 GWB entsprechender Nachteil liegt vor, wenn sich seine Chancen auf den Zuschlag tatsächlich verschlechtern oder zumindest verschlechtern können (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Februar 2020 - **Verg 6/19** -). Sonstige Rechtsverletzungen könnten etwa aus Eingriffen in Geheimschutzinteressen eines Unternehmens aufgrund der Gewährung von Akteneinsicht in die Vergabeakten folgen. Ansonsten steht es aber im Ermessen der Nachprüfungsinstanzen, ob sie am Vergabeverfahren beteiligte Unternehmen beiladen, wobei bei der Ermessensentscheidung Interessen aller Art zu berücksichtigen sind (vgl. Gaus in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 162 Rn. 33 bis 37 m.w.N.), unter anderem die Kosten (die vor allem auch bei erfolglosen Anträgen den Antragsteller noch zusätzlich belasten), der Verfahrensaufwand (bei vielen Beteiligten), die Möglichkeit einvernehmlicher Lösungen (häufig ohne Beteiligung konkurrierender Unternehmen nicht sinnvoll möglich), Geheimschutzinteressen (durch die Beiladung, so auch vorliegend, werden andere am Vergabeverfahren beteiligte Unternehmen erst bekannt) und Aufklärungsinteressen (Vortrag der Beteiligten, § 163 Abs. 1 S. 2 GWB, als Erkenntnisquelle).

b) Nach diesen Grundsätzen konnte der Senat hier von einer Beiladung weiterer an dem Vergabeverfahren beteiligter Unternehmen absehen. Die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin führt lediglich dazu, dass die Antragsgegner die Vergabeunterlagen entsprechend den Vorgaben aus dem Beschlusstenor zu 1. zu ändern haben. Solche Änderungen hat es bereits vielfach in dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren gegeben. Sie führen zu keiner Bindung anderer an dem Vergabeverfahren beteiligter Unternehmen, weil diese an dem vorliegenden Vergabenachprüfungsverfahren nicht beteiligt waren. Zugleich ist aber auch sonst keine Beeinträchtigung der Interessen anderer an dem Vergabeverfahren beteiligter Unternehmen zu erkennen, weil die von dem Senat angeordneten Änderungen keinen nachteiligen Einfluss auf die Rechtsstellung der weiteren Unternehmen hat, sondern für diese entweder unerheblich ist oder diese ebenso wie die Antragstellerin begünstigt, indem die Gleisanschlusskosten nicht mehr in den Wertungspreis einfließen und den Bietern bestimmte Risiken bei der Beschaffung der Zugbeeinflussungssysteme genommen werden. Vor diesem Hintergrund hat es der Senat auch wegen des erheblichen zusätzlichen Kosten- und Verfahrensaufwandes, aber auch der möglichst weitgehenden Wahrung der Geheimhaltungsinteressen in dem noch vor Fristablauf für die Abgabe endgültiger Angebote befindlichen Vergabeverfahren für zweckmäßig gehalten, keine weiteren am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen beizuladen.

3. Nachdem die Antragstellerin während des Beschwerdeverfahrens fortlaufend Einsicht in die Vergabeakten nach ihrem jeweils aktuellen Stand erhalten hat, hat sie im Termin zur mündlichen Verhandlung am 1. März 2024 klargestellt, dass nur noch über den Antrag auf Einsicht in die digitalen Metadaten zu den Vergabeakten (Antrag zu 6) sowie in die Akten der Vergabekammer (Antrag zu 7) zu entscheiden sei. Diese Anträge waren zurückzuweisen.

a) Die Antragstellerin hat keinen Anspruch auf Einsicht in "digitale Metadaten" zu den Vergabeakten.

Der Antrag ist bereits unstatthaft, weil § 165 Abs. 1 GWB lediglich Anspruch auf Einsicht in die Vergabeakten erlaubt. Dazu zählen "digitale Metadaten", was immer die Antragstellerin hierunter genau verstehen mag, nicht (vgl. Radu in: jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 22. September 2022, § 165 GWB Rn. 12).

Aber auch bei einer etwaigen entsprechenden Anwendung der Vorschrift käme vorliegend die Einsicht in solche "digitalen Metadaten" nicht in Betracht. Die Antragsgegner haben dieser Einsicht nicht zugestimmt. Es bestünde daher nur insoweit Anspruch auf Einsicht, soweit dies für die Antragstellerin zur Geltendmachung ihrer Rechte im Vergabenachprüfungsverfahren erforderlich ist (vgl. Radu in: jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 22. September 2022, § 165 GWB Rn. 21 m.w.N.). Dafür ist nichts ersichtlich. Ihr Vorbringen, die Vergabeakten seien nicht von den Antragsgegnern oder ihren Bevollmächtigten, insbesondere der ### GmbH, geführt, entbehren jeder tatsächlichen Grundlage. Sie folgen nicht daraus, dass bestimmte Schriftstücke nach Auffassung der Antragstellerin von Bevollmächtigten der Antragsgegner zu unterzeichnen gewesen wären. Abgesehen davon ist auch in keiner Weise ersichtlich, inwieweit sich hieraus Rechtsfolgen für die von ihr im Vergabenachprüfungsverfahren geltend gemachten Rechte im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB ergeben sollten. Schließlich sind die von den Antragsgegnern mit ihren Schriftsätzen vom 10. Februar 2023, 11. Oktober 2023 und 8. Januar 2024 übermittelten aktualisierten Leitenden Vergabevermerke, die auf sämtliche in den Vergabeakten enthaltenen Unterlagen Bezug nehmen, auch jeweils von Vertretern der Antragsgegner unterschrieben, so dass keinerlei Zweifel daran bestehen können, dass die vorgelegten Akten ihnen vollumfänglich zuzurechnen sind.

b) Der Antragstellerin war vom Senat auch keine Einsicht in die Akten der Vergabekammer zu gewähren.

Die Antragstellerin hat zwar Anspruch auf Einsicht in diese Akten. Der Anspruch folgt nicht aus § 165 Abs. 1 GWB, sondern aus dem entsprechend anwendbaren § 70 Abs. 1 GWB, erstreckt sich auf sämtliche dort zu den Akten gereichte Unterlagen und ist weder an ein Rechtsschutzbedürfnis des am Nachprüfungsverfahren Beteiligten (§ 162 S. 1 GWB) geknüpft, noch durch Geheimschutzbelange anderer Beteiligter begrenzt (vgl. eingehend Radu in: jurisPK-Vergaberecht, 6. Auflage 2022, Stand: 22. September 2022, § 165 GWB Rn. 73 bis 77 m.w.N.).

Der Antragstellerin liegen indes sämtliche in den Akten der Vergabekammer enthaltene Unterlagen, soweit sie von den Beteiligten eingereicht worden sind, sowie außenwirksame Verfügungen und Entscheidungen der Vergabekammer vor, so dass sie zur Untermauerung ihres Rechtsschutzbegehrens vor dem Senat weiterer Einsichten nicht bedurfte. Insoweit bestand kein Bedürfnis für die Bewilligung einer Einsicht in die Akten der Vergabekammer durch den Senat vor einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde, weswegen dem Antrag nicht nachzukommen war. Der Antragstellerin bleibt unbenommen, bei der Vergabekammer um Einsicht in deren Akten nachzusuchen, nachdem das Beschwerdeverfahren abgeschlossen ist und die Akten der Vergabekammer an diese zurückzusenden sein werden.

4. Das Nachprüfungsverfahren war entgegen der Ansicht der Antragstellerin weder dem Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 1 S. 2 GWB noch dem EuGH nach Art. 267 AEUV vorzulegen.

a) Die von der Antragstellerin angeregten Vorlagen kommen durchweg schon deswegen nicht in Betracht, weil die Vorlagefragen nicht entscheidungserheblich sind; dies ist aber sowohl bei Vorlagen nach § 179 Abs. 1 S. 2 GWB Voraussetzung für eine Vorlage an den BGH als auch nach Art. 267 AEUV für eine solche an den EuGH (vgl. im Einzelnen Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -, m.w.N.). Ansonsten fehlt es aber auch an den von der Antragstellerin angenommenen Divergenzen bzw. am Vorliegen klärungsbedürftiger europarechtlicher Fragen; wegen Letzterem verweist der Senat zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die ebenso eingehenden wie zutreffenden Ausführungen unter Ziffer II. der Gründe des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer (Seiten 25 bis 27 der Beschlussabschrift).

b) Lediglich ergänzend stellt der Senat klar, dass auch aus dem insistierenden Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 2. Februar 2024 kein anderes Ergebnis folgt.

aa) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist auf der Grundlage der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung hier eine Erkennbarkeit des Vergabeverstoßes der Vorgaben zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten und zu der Berücksichtigung der Werkstattkosten beim Wertungspreis gegeben, weswegen eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB unzulässig wäre. Vielmehr führt die Anwendung dieser Grundsätze hier, wie ausgeführt, zur Unzulässigkeit der Nachprüfungsanträge wegen dieser Rügen (vgl. eingehend oben II. 1. und 2.).

Auch liegen keine europarechtlich klärungsbedürftigen Unklarheiten im Hinblick auf die Präklusionsvorschriften aus § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB vor, so dass eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV geboten wäre. Vielmehr wäre eine solche Vorlage unzulässig, weil die Vorschriften unzweifelhaft mit den Vorgaben aus den Rechtsmittelrichtlinien vereinbar sind. Dies hat der Senat in einem eine vergleichbare Ausschreibung betreffenden Nachprüfungsverfahren, an dem die Antragstellerin ebenfalls beteiligt war, auch bereits eingehend dargelegt und entschieden (Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -). Neue Gesichtspunkte zeigt die Antragstellerin im vorliegenden Nachprüfungsverfahren auch mit ihrem Verweis auf das Urteil vom EuGH vom 27. Februar 2003 - **C-327/00** (Santex) - nicht auf (vgl. dazu bereits oben II. 1. f) cc)), so dass zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen auf die nachgewiesenen Ausführungen in dem früheren Verfahren zu verweisen ist.

bb) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin fehlt es, was die Würdigung der Vergaberechtmäßigkeit der von der von ihr gerügten Vorgaben zur vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten mit § 127 Abs. 1 GWB betrifft, schon an der erforderlichen Divergenz mit ober- oder höchstrichterlicher Rechtsprechung, ohne dass der Senat dies allerdings näher auszuführen hatte, weil die Frage nicht entscheidungserheblich war. Denn der Nachprüfungsantrag zu der genannten Rüge war unzulässig, weil die Antragstellerin mit dieser Rüge nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert ist (vgl. im Einzelnen oben unter II. 1.). Eine Vorlage wegen nicht entscheidungserheblicher Rechtsfragen ist, wie bereits ausgeführt (vgl. oben a)), unzulässig und hat dementsprechend zu unterbleiben (Senat, Beschluss vom 20. März 2020 - **Verg 7/19** -, m.w.N.).

IV.

Der Senat hatte wie aus dem Beschlusstenor zu 2., 3. und 4. ersichtlich von Amts wegen über die Kosten (1), die Notwendigkeit einer Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten (2) sowie den Streitwert (3) zu entscheiden.

1. Nachdem die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde teilweise Erfolg hatte, war wie aus dem Beschlusstenor zu 2. ersichtlich über die Kosten des Nachprüfungsverfahrens beider Instanzen zu entscheiden.

a) Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 1 GWB nach billigem Ermessen zu treffen. Hierfür gelten im Wesentlichen die Kriterien, die auch für die Kostenentscheidung vor der Vergabekammer nach § 182 GWB, was die Kostentragung betrifft, gelten. Danach entsprach es der Billigkeit, die Kosten nach Maßgabe des Verfahrenserfolgs (§ 182 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB), dem Rechtsgedanken des § 92 Abs. 1 Hs. 2 ZPO folgend, zu quoteln (vgl. Mockel in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 175 Rn. 61 m.w.N.). Hierbei schien dem Senat unter Berücksichtigung der von der Antragstellerin verfolgten Rechtsschutzziele die aus dem Beschlusstenor zu 2. ersichtliche Quotierung billigem Ermessen zu entsprechen.

b) Entsprechend war über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer erneut zu entscheiden, wobei bei der Entscheidung zur Kostentragung (§ 182 Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1 GWB) in gleicher Weise nach Maßgabe des wechselseitigen Obsiegens und Unterliegens zu quoteln war (vgl. Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 182 Rn. 72 f., 117 m.w.N.), und zwar auch, soweit sich die Nachprüfungsanträge erledigt haben, weil das dem dann nach § 182 Abs. 3 S. 5 und Abs. 4 S. 3 GWB maßgeblichen billigen Ermessen entspricht (vgl. Radu, a.a.O., § 182 Rn. 85, 124 m.w.N.). Demgegenüber hatte der Senat keinen Anlass zur Änderung der zutreffenden Entscheidung der Vergabekammer über die Verfahrensgebühr nach § 182 Abs. 1 und 2 GWB.

2. Die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten war wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich festzustellen.

a) Für das Verfahren vor der Vergabekammer beruht die Feststellung auf § 182 Abs. 4 S. 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 und 3 S. 2 VwVfG, § 1 Abs. 1 VwVfG ###.

aa) Soweit es die Rechtsverfolgungskosten der Antragstellerin betrifft, ist davon auszugehen, dass im Verfahren vor der Vergabekammer in der Regel die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen als notwendig anzusehen ist, wenn sie nicht über tatsächlich vorhandene weitergehende Rechtskenntnisse etwa durch eine Rechtsabteilung oder bereits vor dem Verfahren eingeschaltete Rechtsanwälte verfügen (Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 182 Rn. 143 f., 147, 159). Insbesondere haben sich hier eine Vielzahl schwieriger Rechtsfragen gestellt (vgl. sogleich unter bb)), weswegen die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes selbst dann als notwendig anzusehen wäre, wenn man unterstellt, dass die Antragstellerin über eine Rechtsabteilung verfügt.

bb) Auch für die Antragsgegner war die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten anzuordnen, wie es bereits die Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss getan hat. Zwar ist die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für den öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht als notwendig anzusehen. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die sich konkret im Nachprüfungsverfahren stellenden Rechtsfragen mit den Rechtskenntnissen, die von ihm als Betreiber des Vergabeverfahrens zu erwarten sind, nicht angemessen zu bewältigen sind (Radu in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2022, § 182 Rn. 146 f., 159). Vorliegend sind vor allem die Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit der Rüge der Antragstellerin zu der vergleichenden Wertung von Einzel-, Kombinations- und Gesamtangeboten und den Werkstattimmobilien gestellt haben, aber auch die Rügen zu weiteren Wertungsfragen und der Frage der Änderbarkeit von Vergabebedingungen während eines Verhandlungsverfahrens, vergaberechtlich als derart komplex anzusehen, dass sie über das hinausgehen, was von einem öffentlichen Auftraggeber an Rechtskenntnissen üblicherweise zu erwarten ist, so dass die Beiziehung ihrer

Verfahrensbevollmächtigten im Beschwerdeverfahren als notwendig anzusehen war.

b) Für das Beschwerdeverfahren ergibt sich die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die Antragstellerin aus § 175 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach sie sich vor dem Beschwerdegericht von einem Rechtsanwalt vertreten lassen musste, so dass ihr diesbezüglicher Antrag ins Leere geht.

Dagegen hätten die Antragsgegner sich gemäß § 175 Abs. 1 S. 2 GWB im Beschwerdeverfahren selbst vertreten können. Da die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren nach § 175 Abs. 2 GWB auf der Grundlage von § 71 GWB ergeht, bedarf es insoweit auch für das Beschwerdeverfahren einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten. Es gelten hierbei dieselben Kriterien wie bei der entsprechenden Entscheidung nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB, weswegen die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts hier aus den bereits oben für das Verfahren vor der Vergabekammer genannten Gründen auch im Beschwerdeverfahren als notwendig anzusehen war (vgl. zuvor unter a) bb)).

3. Der Streitwert war gemäß § 39 Abs. 2 GKG auf den danach bestehenden Höchstwert von 30 Millionen Euro festzusetzen, weil der ansonsten nach § 50 Abs. 2 GKG auf fünf Prozent des Bruttoauftragswertes festzusetzende Streitwert deutlich höher läge. Auch wenn nach dem Zuschlagsinteresse der Antragstellerin nur auf die beiden FBI-Aufträge (Lose 1 und 3) abzustellen sein sollte und nicht auf den Auftragswert sämtlicher von der Ausschreibung umfasster Aufträge, läge der Auftragswert über 600.000 Millionen Euro und würde der Streitwert nach § 50 Abs. 2 GKG damit den Höchstwert aus § 39 Abs. 2 GKG überschreiten.