

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	07.02.2024
Aktenzeichen:	Verg 23/23
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2024:0207.VERG23.23.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Februar 2024 - Verg 23/23 -, juris

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 31. Mai 2023, VK 1-35/23, aufgehoben und der Antragsgegnerin untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht und fortwirkender Angebotsbindung den Zuschlag auf das verfahrensgegenständliche Angebot der Antragstellerin zu erteilen.
3. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und die der Antragstellerin in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldnerinnen zu tragen.
4. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vor der Vergabekammer notwendig war.
5. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 65.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 15. April 2022 im offenen Verfahren den Schleusendecksdienst der Seeschleuse X. für den Zeitraum vom 1. Juli 2022 bis zum 30. Juni 2023 mit der einmaligen Möglichkeit der Verlängerung um zwölf Monate EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ...). Gefordert war die Durchführung des Schleusendecksdienstes auf der Seeschleuse im Vorhafen / Marinestützpunkt einschließlich des Fest- und Losmachens von Schiffen in den Schleusenkammern, des Erstellens und Lösens sicherer Laufgänge sowie des Fest- und Losmachens der Großschiffe des Auftraggebers im Vorhafen (Ziffer II.2.4 der Bekanntmachung). Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung).
- 2 Die Antragstellerin, die Bestandsbieterin, und die Beigeladene gaben jeweils fristgerecht Angebote ab. Mit Schreiben vom 26. Juni 2022 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB über die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene. Nach erfolgloser Rüge reichte die Antragstellerin am 3. Juli 2022 einen ersten Nachprüfungsantrag ein (VK 1-71/22), woraufhin die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8. Juli 2022 erklärte, das Vergabeverfahren im Hinblick auf Mängel bei der Bekannt-

machung der Eignungskriterien in den Stand vor Auftragsbekanntmachung zurückzusetzen.

- 3 Mit Bekanntmachung vom 12. September 2022 (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ...) änderte die Antragsgegnerin die Ursprungsbekanntmachung dahingehend, dass die Laufzeit anstelle des datumsmäßig benannten Zeitraums zwölf Monate beträgt, mit Bekanntmachung vom 27. September 2022 (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer ...) fasste sie die Eignungskriterien unter Ziffer VII.1.2 abschließend neu. Der Bieter hatte sich nunmehr nach Ziffer III.1.2 zum Umsatz in den letzten drei Geschäftsjahren zu erklären, sofern entsprechende Angaben verfügbar seien. Nach III.1.3 der Bekanntmachung, Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, hatte er sich über das jährliche Mittel der Beschäftigten und Führungskräfte der letzten drei Jahre (Buchstabe a) sowie zu zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen (Buchstaben c und d) zu äußern. Zudem hatte der Bieter sich nach Buchstabe e) zu innerhalb der letzten drei Jahre erbrachten Leistungen zu erklären, die mit der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, durch Anziehen von mindestens einer Referenzleistung. Nach Buchstabe f) waren gewisse Mindestqualifikationen des Personals nachzuweisen.
- 4 Nach der Leistungsbeschreibung ist ein durchgehender Festmacherbetrieb zu gewährleisten (24/7), wobei während der regulären Betriebszeiten die Schiffe grundsätzlich mit drei Festmachern fest- und loszumachen sind. In den Nachtzeiten von 23.00 bis 5.00 Uhr beziehungsweise freitags von 22.00 bis 5.00 Uhr sowie am Wochenende ist der Festmacherdienst auf Aufforderung zu erbringen. Insgesamt werden pro Jahr circa 3.600 Schiffe geschleust.
- 5 Die Antragstellerin und die Beigeladene reichten wiederum fristgerecht Angebote ein. Mit Schreiben vom 22. November 2022 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB über die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene. Die Antragstellerin rügte die beabsichtigte Auftragserteilung an die Beigeladene mit Schreiben vom 29. November 2022. Deren Angebot sei unauskömmlich, zudem sei die Beigeladene mangels ausreichender Umsätze und Personals sowie aufgrund des Fehlens vergleichbarer Referenzen ungeeignet. Die Antragsgegnerin klärte daraufhin die Preiskalkulation der Beigeladen auf und führte mit ihr ein Aufklärungsgespräch über ihre Eignung. Anschließend verneinte sie die Eignung der Beigeladenen, weil die vorgelegte Referenz vom Leistungsumfang und Schwierigkeitsgrad her mit der ausgeschriebenen Leistung nicht vergleichbar sei. Sie informierte beide Bieter sodann nach § 134 GWB, dass nunmehr beabsichtigt sei, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen.
- 6 Nach erfolgloser Rüge leitete daraufhin die Beigeladene ein Nachprüfungsverfahren ein (VK 1-7/23). Mit Schreiben vom 16. Februar 2023 wies die Vergabekammer die Verfahrensbeteiligten auf ihre Bedenken in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens hin. Da sämtliche Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung bekannt zu machen seien, dürften nur solche Umstände zur Beurteilung der Vergleichbarkeit von Referenzprojekten herangezogen werden, die sich aus Bekanntmachung ergäben. Ein durchgehender Festmacherbetrieb 24/7 mit 3.600 Schiffen pro Jahr ergebe sich aus der Bekanntmachung nicht, sondern erst aus der Leistungsbeschreibung. Daraufhin versetzte die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in Stand vor Angebotswertung, führte eine neue Eignungsprüfung durch und bejahte die Eignung der Beigeladenen.

- 7 Mit Schreiben vom 6. April 2023 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB über die nunmehr beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene. Die Antragstellerin rügte die beabsichtigte Auftragserteilung an die Beigeladene mit Schreiben vom 13. April 2023. Die Beigeladene sei mangels ausreichender Umsätze und mangels vergleichbarer Referenzen ungeeignet; der seemännische Begriff "Decksdienst" bezeichne eine dauerhafte Tätigkeit, so dass gelegentliche Aushilfstätigkeiten nicht ausreichend seien. Diese Rüge wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17. April 2023 mit der Begründung zurück, ein Mindestumsatz sei nicht gefordert, die Referenz habe nach der Auftragsbekanntmachung in den Augen eines verständigen Bieters nur die Eignungskriterien zu Qualifikation und Erfahrung des Personals abdecken müssen.
- 8 Die Antragstellerin hat darauf mit Antwortschreiben vom 20. April 2023 die Einleitung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens beantragt, zu dessen Begründung sie ihre Rügen wiederholt und vertieft hat. Der Beigeladenen fehle die erforderliche Eignung. Sie sei weder nach ihrem Umsatz noch nach Zahl und Qualifikation ihrer Mitarbeiter geeignet, den Festmacherdienst an der Seeschleuse X. zu verrichten. Auch verfüge sie nicht über die geforderte, mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbare Referenz. Die Seeschleuse X. sei die größte Seeschleuse Deutschlands, sie verbinde den Vorhafen mit dem Innenhafen und dem F.. Was gefordert sei, bestimme sich aus der Sicht des verständigen Bieters, wobei die in der Auftragsbekanntmachung in Bezug genommenen Vergabeunterlagen mit heranzuziehen seien. Eine vergleichbare Referenz müsse zeigen, dass der Bieter mit den Anforderungen an Arbeits- und Gesundheitsschutz im Rahmen des dauerhaften Festmacherbetriebs einer von Großschiffen genutzten Seeschleuse vertraut sei. Die Beigeladene habe hingegen lediglich im Rahmen einer Aushilfstätigkeit sporadisch einige wenige Schiffe in der Seeschleuse festgemacht; über Erfahrungen mit einem 24/7 Betrieb verfüge sie nicht.
- 9 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 10 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters K. zu erteilen;
- 11 2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Angebot des Bieters K. von dem Vergabeverfahren auszuschließen;
- 12 hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Ausschluss des Angebots des Bieters K.. von dem Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut zu prüfen;
- 13 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Zuschlag auf das zweitplatzierte Angebot zu erteilen;
- 14 hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Zuschlag unter Berücksichtigung des Ausschlusses des Angebots des Bieters K. neu zu erteilen;
- 15 4. ihr Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
- 16 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen

- 17 6. die Hinzuziehung ihres Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 18 Die Antragsgegnerin und die mit Beiladungsbeschluss vom 26. April 2023 zum Verfahren hinzu gezogene Beigeladene haben beantragt,
- 19 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 20 2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.
- 21 Die Beigeladene hat zudem beantragt,
- 22 3. die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 23 Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, ihre Eignungsprüfung sei sachgerecht und vergaberechtskonform erfolgt. Konkrete Mindestanforderungen seien nur für Betriebshaftpflichtversicherung sowie die Qualifikation des Personals definiert gewesen. Auch die von der Beigeladenen vorgelegte Referenz verhalte sich über vergleichbare Leistungen. Die Beigeladene habe in der auftragsgegenständlichen Schleuse mehrfach Schiffe fest- und losgemacht. Dass dies bislang nur nachts und angeblich nur bei einem Schiffstyp erfolgt sei, stelle ihr Prüfungsergebnis nicht in Frage.
- 24 Die Beigeladene hat ergänzend vorgetragen, ein Mindestumsatz sei nicht gefordert gewesen. Ihre Referenzleistung sei mit der ausgeschriebenen in technischer Hinsicht vergleichbar gewesen. Das geringere Volumen habe insoweit keine Auswirkungen, denn der Umfang einer Tätigkeit lasse keinen Rückschluss auf ihre Schwierigkeit zu. Ein 24/7-Betrieb sei in der Auftragsbekanntmachung als Vergleichsmaßstab nicht gefordert gewesen.
- 25 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 31. Mai 2023 den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Soweit die Antragstellerin nunmehr auch Zahl und Qualifikation der Mitarbeiter der Beigeladenen beanstande, sei sie hiermit in Ermangelung einer Rüge bereits präkludiert. Im Übrigen sei der Antrag unbegründet. Die Antragsgegnerin habe sich bei der Eignungsprüfung im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums gehalten. Ein Mindestumsatz sei nicht gefordert gewesen. Die von der Beigeladenen vorgelegte Referenz erlaube einen tragfähigen Rückschluss auf deren Leistungsfähigkeit. Vergleichsmaßstab sei allein, was sich aus der Auftragsbekanntmachung ergebe. Allein dort seien die Eignungsanforderungen aufzustellen. In den übrigen Vergabeunterlagen könnten diese allenfalls erläutert, aber nicht erweitert werden. Da in der Auftragsbekanntmachung der konkrete, in zeitlicher und mengenmäßiger Hinsicht zu bewältigende Umfang nicht beschrieben werde, könne dieser auch nicht zu Lasten der Beigeladenen berücksichtigt werden.
- 26 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Antragsgegnerin habe die Eignung der Beigeladenen beurteilungsfehlerhaft bejaht. So fuße ihre Entscheidung auf einem rechtsfehlerhaften Verständnis des Eignungskriteriums der vergleichbaren Referenz. Eine solche Referenz müsse der ausgeschriebenen Leistung so nahekommen, dass sie einen belastbaren Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters gezogen werden könne. Dafür müsse sie einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad als die ausgeschriebene Leistung aufweisen. Ausgeschrieben worden sei der Schleusendecksdienst an der Seeschleuse X.. Vorliegend ergebe sich die Komplexität der Leistung für einen verständigen und mit der ausgeschriebenen Leistung vertrauten Bieter, der über das erforderliche Fachwissen verfügt, bereits

aus dem Begriff "Schleusendecksdienst", der die dauerhafte Verantwortungsübernahme für den Decksdienst auf der Schleuse bezeichne. Die Seeschleuse X., eine Doppelschleuse, sei die größte Seeschleuse Deutschlands und eine der größten der Welt. Dies schaffe Gefährdungssituationen, die enge Absprachen mit den Kapitänen und Lotsen erforderten. Insoweit könnten die Eignungsanforderungen aus Auftragsbekanntmachung in den Vergabeunterlagen konkretisiert werden. Die Beigeladene habe jedoch keinerlei Erfahrung in der Aufrechterhaltung eines 24/7-Festmacherbetriebs und damit einhergehenden Anforderungen im Bereich des Arbeits- und Gesundheitsschutzes sowie der Personaldisposition. Bislang habe sie nur aushilfsweise in geringen Umfang Festmachertätigkeiten ausgeführt. So habe der auf sie entfallende Anteil im Jahr 2022 nur 0,97 Prozent der hier ausgeschriebenen Leistung betragen. Besonders große Schiffe, Havaristen oder besondere Geräte, mit deren Schleusung gesteigerte Gefahren verbunden seien, seien darunter nicht gewesen. Falls eine an den konkreten Anforderungen orientierte Auslegung der vergleichbaren Referenz nicht möglich sei, fehle es an aussagekräftigen Eignungskriterien und die Ausschreibung müsse wiederholt werden.

27 Die Antragstellerin beantragt,

28 1. die Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes vom 31. Mai 2023 - VK 1-35/23 - aufzuheben;

29 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, den Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen;

30 3. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Angebot der Beigeladenen von dem Vergabeverfahren auszuschließen und den Zuschlag bei fortbestehender Beschaffungsabsicht auf das zweitplatzierte Angebot zu erteilen;

31 4. hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Stand vor Prüfung und Wertung der Angebote zurückzusetzen und der Antragsgegnerin aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts erneut über den Zuschlag zu entscheiden;

32 5. hilfsweise, das Vergabeverfahren in den Stand vor Auftragsbekanntmachung der Ausschreibung zurückzusetzen;

33 hilfsweise, der Vergabekammer aufzugeben, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden;

34 6. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

35 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

36 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

37 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

38 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Eignungsanforderungen müssten sämtlich in der Auftragsbekanntmachung aufgeführt werden, andernfalls seien sie nicht wirksam gefordert. Die von der Beigeladenen vorgelegte Referenz sei vor dem Hintergrund der Angaben in der Bekanntmachung vergleichbar gewesen.

39 Die Beigeladene trägt ergänzend vor, sie erbringe im Rahmen ihres derzeitigen Auftrags sämtliche Festmacherdienstleistungen in der Seeschleuse X.. Dabei mache sie überwiegend zur Nachtzeit auf jeweilige Aufforderung Großschiffe fest und los. Da diese Leistungen unregelmäßig und kurzfristig abgerufen würden, sei sie darin geübt, unter schwierigen Bedingungen eine reibungslose Organisation zu gewährleisten. Das nötige Know-how gewährleiste ihr Geschäftsführer, der als Port Facility Security Officer über langjährige Erfahrung verfüge. Soweit ihre derzeitige Tätigkeit vom Umfang her geringer sei als die vorliegend ausgeschriebenen Leistungen, führe das nicht dazu, dass ihre Tätigkeit als Hilfstätigkeit zu qualifizieren wäre. Mit ihrer Beanstandung der Festlegung der Eignungskriterien sei die Antragstellerin präkludiert.

II.

40 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

41 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen hat.

42 2. Die sofortige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Der zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist begründet. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht mangels Eignung der Beigeladenen gemäß § 57 Abs. 1. Hs. 1 VgV von der Wertung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB. Nach § 57 Abs. 1. Hs. 1 VgV sind Angebote von solchen Unternehmen von der Wertung auszuschließen, die die Eignungskriterien nicht erfüllen. Vorliegend erfüllt die Beigeladene die wirksam gestellten Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nicht, denn die zum Nachweis vorgelegte Referenz verhält sich nicht über eine Leistung, die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist.

43 a) Die in Ziffer III.1.3. der Auftragsbekanntmachung in der Fassung der Änderungsbekanntmachung vom 27. September 2022 aufgestellten Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit sind wirksam aufgestellt worden.

44 aa) Ein Verstoß gegen § 46 Abs. 1 VgV liegt nicht vor. Nach dieser Vorschrift kann der öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass der Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügt, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. Die Antragsgegnerin hat hier Anforderungen an die berufliche Erfahrung der Bieter gestellt, denn wie sich aus der Forderung nach einer Referenz über eine vergleichbare Leistung ergibt, sollte der Bieter in den letzten drei Jahren mindestens einen Auftrag durchgeführt haben, der Leistungen zum Gegenstand hatte, die mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar sind.

45 bb) Vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin zum Nachweis der zuvor genannten Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Vorlage einer Referenz gefordert hat. Nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit

des Bieters geeignete Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge verlangen.

- 46 Soweit die Antragsgegnerin gefordert hat, dass sich die Referenz über eine Leistung verhalten muss, die mit der zu vergebenden Leistung "vergleichbar" ist, liegt ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz nicht vor (ebenso OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17, BeckRS 2018, 18361 Rn. 31). Bei dem Begriff "vergleichbare Leistung" handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der aus der maßgeblichen objektiven Sicht eines mit solchen Ausschreibungen vertrauten Bieterkreises auszulegen ist (§§ 133, 157 BGB). Dabei bedeutet die Formulierung "vergleichbar" bereits nach allgemeinem Sprachgebrauch, dass die referenzierten Leistungen mit der ausgeschriebenen Leistung nicht "gleich" oder gar "identisch" sein müssen, sondern ausreichend ist, dass sie in Bezug auf ihren Umfang und ihre Komplexität in technischer oder organisatorischer Art einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad aufweisen müssen (ebenso OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, NZBau 2015, 51 Rn. 58). Dabei ist aus Sicht der angesprochenen Bieterkreise offenkundig, dass Bezugspunkt der Vergleichsbetrachtung nur der konkret ausgeschriebene Auftrag sein kann und zwar so wie er in der Bekanntmachung kurz beschrieben und in den weiteren Vergabeunterlagen konkretisiert ist. Hierfür spricht bereits § 46 Abs. 1 VgV. Die Referenzen dienen als Beleg für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Bieters. Anhand von Referenzen will der Auftraggeber feststellen, ob der potentielle Auftragnehmer Erfahrungen auf dem Gebiet der nachgefragten Leistung hat und ob er in der Lage sein wird, den Auftrag auch tatsächlich auszuführen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9. Juli 2010, 11 Verg 5/10, BeckRS 2010, 19010, unter II.2.). Dafür muss die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet (OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17, BeckRS 2018, 18361 Rn. 31; OLG München, Beschluss vom 12. November 2012, Verg 23/12, BeckRS 2012, 23578, unter II.B.1.b.cc.; Goldbrunner in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 46 Rn. 14). Dies erfordert einen Vergleich zwischen der referenzierten und der ausgeschriebenen Leistung. Dabei ist anders als die Vergabekammer meint nicht allein auf die Beschreibung des Auftrags in der Auftragsbekanntmachung abzustellen, sondern auch auf die den Auftrag konkretisierenden Ausführungen in den Vergabeunterlagen, denn anderenfalls kann nicht festgestellt werden, ob beide Leistungen vergleichbar sind. Darin liegt kein Widerspruch zu dem in § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB normierten Grundsatz, wonach sämtliche Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen sind (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZBau 2019, 64 Rn. 30). Die genannte Vorschrift verlangt nur, dass das Eignungskriterium selbst in der Bekanntmachung aufgeführt wird. Dies ist vorliegend mit der Forderung nach einer mit der zu vergebenden Leistung vergleichbaren Referenzleistung in Ziffer III.1.3.e) in der Fassung der Änderungsbekanntmachung vom 27. September 2022 geschehen. Ein potenzieller Bieter ersieht so bereits aus der Bekanntmachung, dass der Nachweis einer vergleichbaren Referenzleistung gefordert ist; damit ist dem Zweck des § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB genügt. Sinn und Zweck der Bekanntmachung ist es, Interessenten auf das Vergabeverfahren aufmerksam zu machen und sie in knapper Form über dessen wesentlichen Inhalt und die insoweit grundsätzlich bestehenden Anforderungen zu informieren. Eine vollständige Entscheidungsgrundlage soll und kann die Bekanntmachung nicht bieten. Für seine abschließende Entscheidung, ob er ein Angebot abgibt, muss sich ein potenzieller Bieter ohnehin mit den Vergabeunterlagen befassen, da nur diese ein vollständiges Bild über die ausgeschrie-

bene Leistung vermitteln. Es ist daher vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Bieter in Bezug auf die geforderte Referenz eines "vergleichbaren" Dienstleistungsauftrags eine nähere Beschreibung der Leistung erst im Zusammenhang mit den Auftragsunterlagen entnehmen kann (OLG Celle, Beschluss vom 3. Juli 2018, 13 Verg 8/17, BeckRS 2018, 18361 Rn. 36) und sich damit die an die Referenz zu stellenden Anforderungen auch aus der Auftragsbeschreibung ergeben (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, NZBau 2015, 51 Rn. 77).

- 47 Anderes lässt sich den von der Beigeladenen angeführten Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des Kammergerichts nicht entnehmen, so dass allein schon deshalb eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nach § 179 Abs. 2 GWB nicht veranlasst ist. Das Bayerische Oberste Landesgericht verlangt bei der Forderung einer vergleichbaren Referenzleistung, dass diese der "ausgeschriebenen Leistung" so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet (BayObLG, Beschluss vom 9. November 2021, Verg 5/21, NZBau 2022, 308 Rn. 82). Vergleichsmaßstab ist folglich auch hier der konkrete Auftrag, so wie er sich aus der Bekanntmachung und den übrigen Vergabeunterlagen ergibt. Nur wenn der öffentliche Auftraggeber sicherstellen möchte, dass der Bieter "exakt die zu beschaffende Leistung" schon einmal früher erfolgreich durchgeführt hat, reicht die Forderung nach einer "vergleichbaren" Referenzleistung in der Bekanntmachung nicht aus, sondern es sind - so das Bayerische Oberste Landesgericht - entsprechende konkretisierende Vorgaben in der Bekanntmachung festzulegen. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Die Entscheidung des Kammergerichts vom 10. Mai 2022, Verg 2/22, enthält ebenfalls keinerlei Ausführungen dazu, ob Bezugspunkt für eine Vergleichsbetrachtung zwischen der ausgeschriebenen und der referenzierten Leistung allein die Angaben in der Bekanntmachung sein dürfen oder ob eine Konkretisierung des ausgeschriebenen Auftrags in den Vergabeunterlagen zulässig ist. Der Entscheidung ist nur zu entnehmen, dass bei der Eignungsprüfung allein auf die in der Auftragsbekanntmachung festgelegten Eignungskriterien und Nachweise abzustellen ist (NZBau 2023, 69 Rn. 19). Hiervon geht aber auch der erkennende Senat aus.
- 48 b) Vor diesem Hintergrund ist die materielle Eignungsprüfung der Antragsgegnerin vergaberechtlich zu beanstanden und kann keinen Bestand haben. Die Antragsgegnerin hat ihren Beurteilungsspielraum überschritten, indem sie eine Vergleichbarkeit zwischen den referenzierten und den ausgeschriebenen Schleusendeckdiensten angenommen und infolgedessen die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Beigeladenen bejaht hat.
- 49 Bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 32). Der Auftraggeber überschreitet danach seinen Beurteilungsspielraum, wenn er ausdrücklich benannte Eignungskriterien unberücksichtigt lässt und Bieter, die die Eignungsanforderungen nicht erfüllen, nicht zwingend wegen fehlender Eig-

nung ausschließt (Senatsbeschlüsse vom 17. September 2019, VII-Verg 36/18, NZBau 2019, 737 Rn 36; vom 2. Januar 2006, VII-Verg 93/05; BeckRS 2006, 2917, und vom 18. Juli 2001, VII-Verg 16/01, BeckRS 2001, 17504; Stolz in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 42 Rn 8). Fordert er ausdrücklich Referenzen über "vergleichbare" Aufträge, so darf er wegen des Gebots der Gleichbehandlung und der Transparenz nur solche Referenzen berücksichtigen, die vergleichbare Leistungen nachweisen (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, NZBau 2015, 51 Rn. 57; OLG Koblenz, Beschluss vom 13. Juni 2012, 1 Verg 2/12, NZBau 2012, 724, 275).

- 50 Hiernach durfte die Antragsgegnerin die referenzierten Schleusendeckdienste der Beigeladenen nicht mit den ausgeschriebenen Schleusendeckdiensten als vergleichbar ansehen, so wie sie es nach dem rechtlich unzutreffenden Hinweis der Vergabekammer vom 16. Februar 2023 allein unter Berücksichtigung der Auftragsbeschreibung in der Auftragsbekanntmachung getan hat.
- 51 Die Referenzen dienen - wie bereits vorstehend ausgeführt - als Beleg für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Bieters, wofür die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähneln muss, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet. Dies bedingt zwingend, dass die Geeignetheit einer Referenz nur dann gegeben ist, wenn jedenfalls ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit zwischen der referenzierten und der ausgeschriebenen Leistung besteht, wobei zu den Kernelementen auch der Leistungsumfang gehört (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21, ZfBR 2022, 295, 299, 300). Es bestehen Anforderungen sowohl an die Art als auch an den Umfang geforderter Referenzarbeiten. Ein umfangreicher Auftrag stellt andere Anforderungen an Leistungsfähigkeit und Logistik eines Unternehmens (Senatsbeschluss vom 8. Juni 2022, VII-Verg 19/22, NZBau 2023, 259 Rn. 39).
- 52 Die referenzierte Tätigkeit der Beigeladenen bleibt von ihrem Umfang in zeitlicher und personeller Hinsicht deutlich hinter der ausgeschriebenen Leistung zurück. Gemäß den Erkenntnissen aus dem Aufklärungsgespräch vom 8. Dezember 2022 hat die Beigeladene zwar für eine im Hafen ansässige Reederei Schleusendeckdienste an der Seeschleuse X. durchgeführt. Diese nur zur Nachtzeit und auf Aufforderung zu erbringenden Dienste betrafen aber nur etwa 20 Großschiffe jährlich. Die ausgeschriebenen Schleusendeckdienste haben hingegen einen deutlich größeren zeitlichen und personellen Umfang, wie die Antragsgegnerin vor dem rechtlichen Hinweis der Vergabekammer und der anschließenden erneuten Eignungsprüfung in ihrem ergänzenden Prüfvermerk vom 18. Januar 2023 zutreffend ausgeführt hat. Der ausgeschriebene Auftrag umfasst eine durchgehende Gewährleistung des Schleusendeckdienstes 24 Stunden am Tag und sieben Tage die Woche in einem Umfang von 3.600 Schiffen pro Jahr. Der nach der Änderungsbekanntmachung vom 12. September 2022 durchgehend über zwölf Monate zu leistende Schleusendeckdienst wurde in der Leistungsbeschreibung dahingehend konkretisiert, dass während der regulären Betriebszeiten die Schiffe grundsätzlich mit drei Festmachern fest- und loszumachen sind, während in den Nachtzeiten von 23.00 bis 5.00 Uhr beziehungsweise freitags von 22.00 bis 5.00 Uhr sowie am Wochenende der Festmacherdienst nur auf Aufforderung zu erbringen ist, und dass insgesamt pro Jahr circa 3.600 Schiffe fest- und loszumachen sind. Der Auftragnehmer hat folglich 24 Stunden am Tag und sieben Tage die Woche geeignetes Personal während der Betriebszeiten präsent und im Übrigen auf Anforderung bereit zu halten. Die durchgehende Gewährleistung des Schleusendeckdienstes 24 Stunden am Tag und sieben Tage die Woche in einem Um-

fang von 3.600 Schiffen pro Jahr erfordert deutlich größere personelle Ressourcen und eine wesentlich bessere logistische Aufstellung des Dienstleisters als eine gelegentliche Festmachertätigkeit auf Anforderung zu bestimmten Zeiten und im Umfang von 20 Schiffen im Jahr. Der Umstand, dass ein Bieter rein technisch in der Lage ist, einzelne Schiffe auf Aufforderung festzumachen, erlaubt daher keinen tragfähigen Rückschluss, ob er in der Lage ist, einen langfristigen Schichtdienst zu organisieren und sicherzustellen, dass er auch ein um den Faktor 180 größeres Schiffsvolumen zuverlässig zu bedienen kann.

- 53 3. Auf den Antrag der Antragstellerin war der Antragsgegnerin hier ausnahmsweise unter dem Vorbehalt fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.
- 54 Zwar kann ein öffentlicher Auftraggeber auch bei einer fehlerhaften Auswahlentscheidung grundsätzlich nicht zur Erteilung des Zuschlags gezwungen werden, da ein Kontrahierungszwang seiner wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit zuwiderlaufen würde (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13, NZBau 2014, 310 Rn. 20; Senatsbeschluss vom 17. April 2019, VII-Verg 36/18, NZBau 2019, 737 Rn. 63). Der Vergabestelle steht bei der Entscheidung über den Zuschlag ein Wertungsspielraum zu und die Nachprüfungsorgane dürfen sich nicht an die Stelle des Auftraggebers setzen. Nur in Ausnahmefällen, in denen unter Beachtung aller Beurteilungsspielräume die Erteilung des Zuschlags an den Antragsteller die einzige rechtmäßige Entscheidung ist, kann die Anweisung an die Vergabestelle in Betracht kommen, dem Antragsteller den Zuschlag zu erteilen (Senatsbeschlüsse vom 17. April 2019, VII-Verg 36/18, NZBau 2019, 737 Rn. 63, vom 28. November 2018, VII-Verg 35/18, BeckRS 2018, 46756 Rn. 40, und vom 27. April 2005, VII-Verg 10/05, juris, Rn. 11; OLG Celle, Beschluss vom 10. Januar 2008, 13 Verg 11/07, juris, Rn. 96 f.; OLG Naumburg, Beschluss vom 13. Oktober 2006, 1 Verg 7/06, juris, Rn. 41; Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, GWB § 168 Rn. 14 m.w.N.).
- 55 Ein solcher Ausnahmefall liegt hier vor. Das neben dem Angebot der Antragstellerin einzige weitere abgegebene Angebot, das der Beigeladenen, ist aufgrund mangelnder Eignung der Beigeladenen nicht zuschlagsfähig. Ausweislich des erweiterten Prüfungsvermerks vom 18. Januar 2023 hatte die Antragsgegnerin für diesen Fall das Angebot der Antragstellerin für den Zuschlag vorgesehen. Dass sie ihr eventuell noch verbliebene abweichende Wertungsspielräume sieht und nutzen will, ist nicht ersichtlich (vgl. a. Senatsbeschluss vom 28. November 2018, VII-Verg 35/18, BeckRS 2018, 46756 Rn. 40) und von ihr auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung verneint worden.
- 56 4. Soweit die Beigeladene mit nachterminlichem Schriftsatz vom 29. Januar 2024 hilfsweise die Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen beantragt hat, besteht eine Vorlagepflicht nicht. Eine klärungsbedürftige Frage über die richtlinienkonforme Auslegung von § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB besteht nicht. Art. 58 Abs. 5 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU, wonach Eignungskriterien zusammen mit den geeigneten Nachweisen in der Auftragsbekanntmachung anzugeben sind, fordert ebenso wie § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB die Angabe der Eignungskriterien und -nachweise in der Bekanntmachung. Dass bei der Forderung einer Referenz über eine mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbaren Leistung bei der Vergleichbarkeitsprüfung allein auf die Beschreibung des Auftrags in der Auftragsbekanntmachung und nicht auch auf konkretisierende Beschreibungen des Auftrags in den Vergabeunterlagen abgestellt werden kann, ergibt sich aus dieser Bestimmung nicht ansatzweise.

III.

- 57 Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldnerinnen nach § 182 Abs. 3 Satz 1, 2 und Abs. 4 Satz 1 GWB zu tragen, da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag Erfolg hat. Ein Beigeladener ist kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzt, indem er sich mit einer sachlichen Stellungnahme an diesem beteiligt (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63; Senatsbeschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12, BeckRS 2012, 12845; OLG Celle, Beschluss vom 27. August 2008, 13 Verg 2/08; Frister in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 175 GWB Rn. 26). Dies ist vorliegend geschehen.
- 58 Dabei sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG auch die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erstattungsfähig, da deren Hinzuziehung im Verfahren vor der Vergabekammer in Anbetracht der dort aufgetretenen Schwierigkeiten im Ergebnis notwendig war. Hierüber ist nicht schematisch, sondern auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalls zu entscheiden (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge; Senatsbeschlüsse vom 16. März 2020, VII-Verg 38/18, BeckRS 2020, 29123 Rn. 34 und vom 15. Mai 2018, VII-Verg 58/17; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 2. November 2017, 11 Verg 8/17, ZfBR 2018, 198, 199). Entscheidend ist, ob der Beteiligte unter den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, aufgrund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen und hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung oder -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 61 - Polizeianzüge). Vorliegend stellten sich schwierige Fragen zum Verständnis der Eignungsanforderungen, deren Beantwortung von einem normalen Bieter wie der Antragstellerin nicht erwartet werden konnte.
- 59 Die Kostenentscheidung betreffend das Beschwerdeverfahren beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben als Gesamtschuldnerinnen auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
- 60 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56). Insoweit ist auch die Option der Verlängerung um zwölf Monate zu berücksichtigen, wobei der Ungewissheit darüber, ob der Auftraggeber das Optionsrecht ausüben wird, durch einen Abschlag von 50 Prozent Rechnung zu tragen ist (BGH, Beschluss vom 18. März 2014, X ZB 12/13, NZBau 2014, 452 Rn. 11 ff).