Gericht:	Thüringer Oberlandesgericht Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	19.02.2025
Aktenzeichen:	Verg 10/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGTH:2025:0219.VERG10.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	juris
Normen:	§ 97 Abs 1 S 1 GWB, § 122 GWB, § 46 Abs 3 Nr 1 VgV

Vergabenachprüfungsverfahren: Anforderungen an die Vergleichbarkeit einer Referenz

Orientierungssatz

1. Zweck von Referenzen i.S.v. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ist es, die tatsächliche Fähigkeit des Bieters zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung nachzuweisen.(Rn.108)

2. Bei dem Begriff „vergleichbare Leistung“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der anhand des Wortlauts der Vergabeunterlagen und von Sinn und Zweck der geforderten Angaben unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen ist. Dabei bedeutet die Formulierung „vergleichbar“ nicht „gleich“ oder gar „identisch“, sondern, dass die Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten.(Rn.109)

3. Erforderlich, aber auch ausreichend ist deshalb die Vorlage solcher Referenzleistungen, die der ausgeschriebenen Leistung soweit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters auch für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen.(Rn.110)

4. Das Ziel des Nachweises der tatsächlichen Befähigung zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags setzt auch nicht voraus, dass die betreffenden Referenzen sich auf abgeschlossene Aufträge beziehen. Bei mehrjährigen Dienstleistungsaufträgen, deren „passgenauer“ Ablauf letztlich zufällig ist, kann der gewünschte Nachweis auch dadurch erbracht werden, dass die Leistungserbringung bereits seit längerer Zeit erfolgt.(Rn.116)

5. Es ist im Hinblick auf die Zielrichtung als Eignungsnachweis unerheblich, dass der betreffende Auftrag auf einer festgestellt vergaberechtswidrigen Interimsvergabe beruht. Andernfalls würde dem Bieter ein ihm nicht zuzurechnender Vergaberechtsverstoß eines öffentlichen Auftraggebers angelastet.(Rn.118)

Tenor

1.

Auf die sofortigen Beschwerden des Antragsgegners und des Beigeladenen wird der Beschluss der Vergabekammer vom ..., Az.... - aufgehoben. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom ... wird zurückgewiesen.

2.

Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird als unzulässig verworfen.

3.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und des Beigeladenen zu tragen. Die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Die Antragstellerin hat die Kosten des vorliegenden Beschwerdeverfahrens sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens mit dem Aktenzeichen des Thüringer Oberlandesgerichts ... jeweils einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und des Beigeladenen zu tragen.

3.

Der Streitwert für das vorliegende Beschwerdeverfahren wird auf ...,- € festgesetzt.

Gründe

I.

1 Der Antragsgegner - Vergabestelle - schrieb den in den Nrn. II. 1.1), 1.4), 2.4) und 2.7) des Supplements zum Amtsblatt der EU vom ... (Tag der Absendung der Bekanntmachung) näher bezeichneten und im Zeitraum vom ... bis ... zu erbringenden Dienstleistungsauftrag betreffend Winterdienst und Störungsbeseitigung auf Bundes- und Landesstraßen im U. im Rahmen eines offenen Verfahrens europaweit öffentlich aus.

2 Nach Nr. II. 2.5) der Auftragsbekanntmachung war der Preis alleiniges Zuschlagskriterium. Der Antragsgegner benannte in Nr. III.1) die für die Bieter geltenden Eignungskriterien und die von ihnen zu erbringenden Angaben und Nachweise. So verlangte der Antragsgegner in Nr. III.1.2) „Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" bestimmte Angaben mit dem Formblatt „Eigenerklärung zur Eignung" sowie in Nr. III.1.3) „Technische und berufliche Leistungsfähigkeit" u.a. die Vorlage bestimmter Referenzen, den Nachweis der Eignung der tauenden Streustoffe (Salz Natriumchlorid und Sole Natriumchloridlösung), den Nachweis der Vorhaltung eines Bereitschaftsdienstes in einem bestimmten Umfang, den Verfügbarkeitsnachweis über eine Mindeststreusalzmenge von 1.060 t im U. sowie den Verfügbarkeitsnachweis über eine Mindestsolelagerkapazität von 90 t im U.. Es wird ergänzend auf die Darstellung des Inhalts der Auftragsbekanntmachung in der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer (Seite 2- 5) Bezug genommen.

3 Der AG teilte der Antragstellerin mit Bieterinformation vom 08.07.2022 mit, dass beabsichtigt sei, nach Ablauf der Informationsfrist, frühestens am 19.07.2022, den Zuschlag auf das Angebot des Beigeladenen zu erteilen. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 14.07.2022 die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags auf das Angebot des Beigeladenen als vergaberechtswidrig. Bezüglich des Inhaltes der Rüge wird auf die Darstellung in der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer, Seite 5-7, Bezug genommen.

4 Nach Zurückweisung der Rüge durch den AG am 18.07.2022 stellte die Antragstellerin am selben Tage einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer.

5 Im Zuge der gewährten Akteneinsicht stellte die Antragstellerin fest, dass das Angebot des BEI an einer Stelle von der Ausschreibung abwich. Als Nachweis für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die Eignung der tauenden Streustoffe hatte dieser einen Massenanteil von wasserunlöslichen Solebestandteilen von < 0,1 % angegeben, wohingegen nach der Vorgabe der AG nur ein Anteil von ≤ 0,03 % zulässig war. Zugleich hatte der BEI die Sole im Angebot als „K+S Natriumchlorid-Sole (ca. 22% NaCl) gem. EN 16811-1, Sole für Winterdienst“ näher bezeichnet. Auf die Beanstandung dieses Vorgangs durch die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren entschied die Vergabekammer mit Beschluss vom 05.04.2023, dass das vom AG durchgeführte Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen und die Antragstellerin hierdurch in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden sei. Darüber hinaus verpflichtete sie den AG, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Prüfung und Wertung der Angebote zurückzuversetzen und das Vergabeverfahren von diesem Zeitpunkt an unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. In ihrer Entscheidung setzte sich die Vergabekammer ausschließlich mit der „Korrektur“ der Angabe zu den wasserunlöslichen Solebestandteilen auseinander und ging auf die sonstigen Rügen nicht ein. Auf die dagegen eingelegte Beschwerde des Beigeladenen hob der Senat die Entscheidung der Vergabekammer mit Beschluss vom 05.07.2023 (Verg 2/23) auf und verpflichtete die Vergabekammer, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Sache, einschließlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens, zu entscheiden.

6 In dem den I. betreffenden Vergabeverfahren schloss der AG den Beigeladenen nach § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB von der Teilnahme mit der Begründung aus, der BEI habe zum Nachweis der geforderten Mindestsolelagerkapazität von 500 t sowie der sach/fachgerechten Lagerung für Streusalz und Sole für die Lagerstätte am Standort S. einen 1. Änderungsbescheid der Stadt S. vom 21.06.2021 mit seinem Angebot vorgelegt, der eine Gesamtlagermenge von 500 m3 Salzlauge ausweise, wohingegen die Stadt S. mitgeteilt habe, dass der durch die Stadt S. erlassene 1. Änderungsbescheid vom 21.06.2021 100 m3 ausweise und ein weiterer Änderungsbescheid durch die Untere Wasserbehörde der Stadt S. nicht erlassen worden sei. Mit Schreiben vom 26.09.2023 schloss der AG den Beigeladenen von der Teilnahme an dem hier verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren und sein Angebot gemäß § 42 Abs. 1 VgV i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB von der Wertung aus. Der hierauf bezogenen Rüge des Beigeladenen vom 28.09.2023 half der AG nicht ab. Den mit Schriftsatz vom 16.10.2023 bei der Vergabekammer gestellten und unter dem Aktenzeichen ... geführten Nachprüfungsantrag des Beigeladenen gegen seinen Ausschluss im vorliegenden Verfahren verwarf die Vergabekammer mit Beschluss vom 21.02.2024 als unzulässig mit der Begründung, dass der Beigeladene mit seinem Rügevorbringen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert sei. Auf die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde des Beigeladenen hob der Senat diese Entscheidung mit Beschluss vom 07.05.2024 auf (Verg 3/24) und verpflichtete die Vergabekammer, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Sache, einschließlich der Kosten des Beschwerdeverfahrens, zu entscheiden. Mit dem daraufhin erlassenen weiteren Beschluss vom 25.06.2024 wies die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurück, der AG habe seine Entscheidung im Vergabeverfahren zu Recht auf den Ausschlusstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 8 Var. 1 GWB gestützt. Auf die hiergegen erhobene sofortige Beschwerde des Beigeladenen hob der Senat mit Beschluss vom 02.10.2024 (Verg 5/24) die Entscheidung der Vergabekammer sowie die Entscheidung des AG über den Ausschluss des Beigeladenen von der

Teilnahme am Vergabeverfahren auf und verpflichtete den AG bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht, das Vergabeverfahren unter Beteiligung des Beigeladenen und Berücksichtigung seines Angebotes fortzuführen.

7 Im Übrigen wird für die Darstellung des Vortrags der Beteiligten im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer auf den angefochtenen Beschluss, Seiten 7 - 18, Bezug genommen.

8 Mit dem nunmehr angefochtenen Beschluss vom 10.12.2024 hat die Vergabekammer festgestellt, dass das vom AG durchgeführte Vergabeverfahren rechtswidrig war und die Antragstellerin hierdurch in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt worden ist, und den AG bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand der Prüfung und Wertung zurückzuversetzen und das Vergabeverfahren von diesem Zeitpunkt an unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Zur Begründung hat die Vergabekammer - soweit den Erfolg des Nachprüfungsantrages tragend - ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

9 Dass der Beigeladene die in Nr. III.1.2) der europaweiten Auftragsbekanntmachung vom AG geforderte Vorlage geeigneter Referenzen über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungen betreffend in den letzten höchstens drei Jahren erbrachte wesentliche Leistungen, dabei in mindestens 3 Fällen vergleichbare Leistungen im Winterdienst und in mindestens 1 Fall in der Störungsbeseitigung - wie gefordert - erbracht habe, könne nicht festgestellt werden, da es an einer Prognoseentscheidung des AG fehle, zumindest diese nicht dokumentiert sei. Die von dem BEI vorgelegten Referenzen seien geeignet, da die vom Beigeladenen vorgelegten Referenzen im Winterdienst auf dem klassifizierten Straßennetz erbracht worden seien. Ob die Vergleichbarkeit der von dem Beigeladenen vorgelegten Referenzen anzunehmen sei, lasse sich der Vergabeakte nicht entnehmen, da es angesichts der vom Beigeladenen vorgelegten Referenzen in der Vergabeakte an einer nachzuvollziehenden Prüfung und einer hierfür erforderlichen Prognoseentscheidung des AG fehle. Während die Referenzen im Winterdienst durch Betreuung des klassifizierten Straßennetzes nachzuweisen gewesen seien, sei die zu vergebende Leistung auf der freien Strecke zu erbringen. Die von dem Beigeladenen vorgelegten Winterdienst-Referenzen ähnelten dem Auftragsgegenstand weder in der zu betreuenden Fläche, noch in finanziellem Umfang und nur zum Teil in personeller Hinsicht. Es lasse sich der Vergabeakte nicht entnehmen, dass und ob der AG von seinem Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht habe und inwiefern er letztlich zu einer Vergleichbarkeit der vom Beigeladenen vorgelegten Referenzen komme, um einen sicheren Rückschluss zuzulassen, dass die für eine ordnungsgemäße Auftragsdurchführung erforderliche Fachkunde und Leistungsfähigkeit beim Beigeladenen vorhanden sei. Insofern differenziere der AG nicht zwischen geeigneten und vergleichbaren Referenzen. Der Beigeladene habe die geforderte Angabe der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung für den Tätigkeitsbereich Winterdienst und Störungsbeseitigung eingesetzt werden sollten, erbracht. Der AG habe jedoch zu überprüfen, ob die Mitarbeiter dem Beigeladenen tatsächlich noch im Zeitpunkt des Zuschlags zur Verfügung stünden. Zwar dürfe der AG auf das Leistungsversprechen des Beigeladenen grundsätzlich vertrauen. Gelangten ihm aber konkrete Hinweise zur Kenntnis, hier weitere zahlreiche Aufträge, sei der AG gehalten zu prüfen, ob der Bieter vor diesem Hintergrund in der Lage sein werde, mit dem vorhandenen Personal und den

Mitteln den vorliegenden Auftrag ordnungsgemäß ausführen zu können. Dies habe der AG vorliegend unterlassen.

10 Der Beigeladene habe den Nachweis der Verfügbarkeit über eine Mindeststreusalzlagerkapazität von 1.060 t und eine Mindestsolelagerkapazität von 90 t im U. nicht erbracht. Die Vergabekammer könne der Vergabeakte und dem Angebot des Beigeladenen schon nicht entnehmen, dass der Beigeladene Lagerkapazitäten nachgewiesen habe. Der Beigeladene habe lediglich nachgewiesen, dass ihm eine *Grundstückfläche* vermietet werden solle. Insofern habe auch hier eine nicht hinreichende Aufklärung durch den AG stattgefunden. Der Beigeladene habe nicht, wie in der Auftragsbekanntmachung gefordert, die Gesamtlagerkapazität für Salz und Sole angegeben. Dass der Beigeladene ausweichend hinsichtlich der Gesamtlagerkapazität eines Lagers antworte, spreche dafür, dass er eben nur über die Bestätigung einer Grundstücksfläche und eben nicht über die Bestätigung einer im Bedarfsfall anzumietenden Lagerhalle an dem angegebenen Standort verfügen werde. Die Vergabekammer gehe weiter davon aus, dass der Beigeladene den Verfügbarkeitsnachweis über die 90 t Sole darüber hinaus auch nicht hinreichend erbracht haben könnte, da bei einer Flüssigkeit hiermit untrennbar zusammenhänge, über die entsprechenden Behälter im Landkreis U. am Standort M. zu verfügen. Das würde heißen, dass für die Sole zumindest auch die Verfügbarkeit über entsprechende Behälter mit einem Volumen von mindestens 90 t für den Standort M. belastbar nachzuweisen sei, was die Vergabekammer den Unterlagen nicht entnehmen könne.

11 Weiterhin fehle es für den Nachweis an einer sach-/fachgerechten Lagerung, wie von dem AG unter III.1.3) gefordert, an der mit dem Angebot vorzulegenden Anzeige zur Lagerung wassergefährdender Stoffe durch die zuständige Untere Wasserbehörde. Beigelegt habe der Beigeladene seinem Angebot die Anzeige einer Umschlaganlage bei der unteren Naturschutzbehörde, nicht jedoch die von dem AG geforderte Anzeige einer Lageranlage. Bei der vom BEI vorzulegenden Anzeige bei der unteren Wasserbehörde handele es sich um eine leistungsbezogene Anzeige i.S.d. § 56 Abs. 2 S. 12.Alt. VgV, die einer Korrektur nicht zugänglich sei.

12 Der Beigeladene habe die in Nr. II.1.3) der europaweiten Auftragsbekanntmachung geforderte Bestätigung der N... GmbH, dass die Leistungserfassung des Winterdienstes via M. zum Zeitpunkt der Auftragserteilung gewährleistet sei, nicht vollständig nachgewiesen. Es fehle der Nachweis für das Fahrzeug mit dem Kennzeichen ....

13 Der Beigeladene habe den Nachweis der Ausstattung (Geräte und welche technische Ausrüstung) mit Abgabe der Vordrucke „Geräteverzeichnis für Winterdienstfahrzeuge" und „Geräteverzeichnis für zusätzliche Schneeräumtechnik" erbracht. Angesichts der der Vergabekammer im Verfahren ... zur Kenntnis gelangten Zuschlagserteilungen an den BEI im Landkreis H. und S., im Landkreis S., im Landkreis W. sowie im vor der Vergabekammer anhängigen Nachprüfungsverfahren ... im Rahmen einer Interimsvergabe, wäre hier durch den AG zu überprüfen, ob die angegebenen im Geräteverzeichnis für Winterdienstfahrzeuge und zusätzliche Schneeräumtechnik angegebenen Fahrzeuge und Geräte dem Beigeladenen tatsächlich noch im Zeitpunkt des Zuschlags zur Verfügung stünden. Im Offenen Verfahren werde die Eignung der Bieter - anders als die Vollständigkeit der Angebote und der geforderten Eignungsnachweise - nicht bezogen auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder den Fristablauf für die Einreichung der Nachweise, sondern bezogen auf den Zeitpunkt der Wertung bzw. des Zuschlags geprüft.

14 Der AG sei seiner Preisaufklärungspflicht nach näherer Maßgabe der §§ 60 Absätze 1 und 2 VgV, 9 Abs. 2 ThürVgG bislang nicht vollständig nachgekommen und habe nur eine Teil-Preisaufklärung betrieben. Die Vergabekammer entnehme der Kostenschätzung des AG, dass das Angebot des Beigeladenen die aktuelle Kostenermittlung um mehr als 10 % unterschreite. Weiterhin liege das Angebot des Beigeladenen preislich um mehr als 20 % unterhalb des nächsthöheren Angebots der Antragstellerin und habe damit die spezifische Aufgreifschwelle des § 9 Abs. 2 Satz 1 ThürVgG überschritten. Damit sei eine Verpflichtung des AG zur Überprüfung der Angemessenheit des Gesamtpreises des Beigeladenen nach näherer Maßgabe der §§ 60 Absätze 1 und 2 VgV, 9 Abs. 2 ThürVgG entstanden. Der Vergabedokumentation des AG lasse sich keine konkrete Preisaufklärung entnehmen. Aus welchen Gründen der AG offenbar davon ausgehe, dass der Beigeladene nachvollziehbar und auskömmlich kalkuliert habe, könne nicht nachvollzogen werden. Es fehle an einer nachvollziehbaren verbalisierten Niederlegung des Ergebnisses seiner Prüfung. Auch lasse sich den Vergabeunterlagen nicht entnehmen, dass der AG den Beigeladenen an der gebotenen Preisaufklärung beteiligt habe. Zwar lasse sich der Vergabeakte der Ansatz einer Beteiligung des Beigeladenen bei der Preisaufklärung des AG mit Schreiben vom 13.06.2022 entnehmen, der jedoch wieder fallen gelassen worden sei.

15 Der AG sei seiner Dokumentationspflicht nach § 8 VgV nicht vollumfänglich nachgekommen. Damit liege ein Verstoß gegen das bieterschützende Transparenzgebot gemäß § 97 Abs. 1 GWB vor. Es fehle z.T. an der unmittelbaren Nachvollziehbarkeit der hier für das Verfahren wesentlichen Entscheidungen. Nach Auffassung der Vergabekammer sei es dazu in der Regel erforderlich, die Entscheidung auch in verbalisierter Form darzustellen. So sollten der Vergabeakte regelmäßig zumindest in Kurzform die Gründe dafür zu entnehmen sein, warum ein Bieter den Zuschlag bekomme oder auch nicht oder warum ein Bieter vom Verfahren ausgeschlossen worden sei. Eine verbale Zusammenfassung mit einhergehender Begründung des Ergebnisses des Prüfungsprozesses der Eignung in nachprüfbarer Form, der auch den Prozess des Nachforderns von Unterlagen abbilde, sei der Vergabeakte nicht zu entnehmen. Dies gelte auch für die Prüfung der Angemessenheit der Preise.

16 Ergänzend wird auf den angefochtenen Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

17 Gegen diesen, dem AG am 13.12.2024 (Verfahrensakte Vergabekammer, Blatt 2682), dem Beigeladenen am 10.12.2024 (Verfahrensakte Vergabekammer, Blatt 2689) und der Antragstellerin am 10.12.2024 (Verfahrensakte Vergabekammer, Blatt 2676) zugestellten Beschluss richten sich die am 23.12.2024 bei Gericht eingegangenen Beschwerden des AG und des Beigeladenen. Die Antragstellerin hat zudem mit ihrem am 17.01.2025 bei Gericht eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage Anschlussbeschwerde eingelegt.

18 **Mit seiner Beschwerde trägt der AG vor:**

19 Die Erwägungen der Vergabekammer zu den Punkten der Verfügbarkeit technischer Geräte, der Preisaufklärungspflicht sowie einer ordnungsgemäßen Dokumentation könnten den angegriffenen Beschluss nicht stützen, da es sich hier um präkludiertes Vorbringen handele, welches in die materielle Prüfung durch die Vergabekammer gar keinen Zugang hätte finden dürfen.

20 Der Beigeladene habe geeignete und vergleichbare Referenzen Winterdienst vorgelegt. Nach inhaltlicher Prüfung und Bewertung durch den Antragsgegner seien die in den Referenzen erbrachten Leistungen vergleichbar, da sie dem ausgeschriebenen Leistungsbild entsprächen. Nach den vorgelegten Referenzen habe der Beigeladene Winterdienst in den Städten M. und S. im kompletten Stadtgebiet und Ortsteilen, dazu gehörten alle Landes-, Kreis-, und Stadtstraßen (Referenz 1 und 2), sowie Winterdienst im Landkreis S., auf Kreisstraßen im T. (Referenz 3) und Winterdienst auf Bundes- und Landesstraßen im Landkreis S. (Referenz 4) erbracht. Nach der vom AG getroffenen Prognose, belegten diese durchgeführten Aufträge, dass der Beigeladene die fachliche und technische Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag besitze. Mit der Ausschreibung seien bewusst keine Anforderungen an die Quantität der Leistung gestellt worden, etwa in Bezug auf die Länge des Streckennetzes oder auf innerörtliche oder außerörtlichen Leistungen, sondern es sei nur auf die Klassifizierung der zu bearbeitenden Strecken abgestellt worden, um den Wettbewerb nicht übermäßig einzuschränken. Dies beruhe auch darauf, dass sowohl die Verbindungsfunktion als auch die Sicherheitsanforderungen betreffend Winterdienst innerörtlich entsprechend zu wahren seien wie auch außerörtlich. Insoweit sei auch auf die Straßengesetze abzustellen mit den entsprechenden Anforderungen bzgl. Bundes-, Landes- und Kreisstraßen. Maßgeblich sei daher, dass der Bieter dafür Sorge tragen könne, dass der Verkehr auf entsprechend klassifizierten Straßen gefahrlos laufe. Deswegen sei durch den Auftraggeber die Prüfung der Vergleichbarkeit auf die Prüfung der Klassifizierung der Strecken abgestellt. Im Vergabeverfahren sei durch die Vergabekammer nur kontrollfähig, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden sei, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers nicht auf sachwidrigen Erwägungen beruhe und nicht gegen allgemein gültige Vergabegrundsätze verstoßen worden sei. Gegen keinen dieser Punkte habe der Antragsgegner in seiner Prognoseentscheidung verstoßen. Mithin sei auch die Vergabekammer nicht berechtigt, die Prognoseentscheidung durch eigene Erwägungen zu ersetzen.

21 Der Beigeladene habe auch geeignete Referenzen Störungsbeseitigung vorgelegt. Diese seien geprüft und als geeignet bestätigt worden. Die erbrachten Leistungen seien vergleichbar, da diese dem ausgeschriebenen Leistungsbild entsprächen. Über die Dauer der Leistungserbringung seien keine Vorgaben gemacht worden. Die in der Referenz erbrachte Störungsbeseitigung auf Bundes- und Landesstraßen im Landkreis S. habe auch die Bereitstellung eines 24/7 Bereitschaftsdienstes während der gesamten Vertragslaufzeit umfasst. Insofern könne man davon ausgehen, dass ein Bieter, der dieses Leistungsbild über 3 Monate erbringe, auch über die fachliche und technische Leistungsfähigkeit verfüge, diese Leistungen innerhalb eines Leistungszeitraumes von 4 Jahren zu erbringen. Entgegenstehende Sachverhaltsangaben oder -erwägungen lägen nicht vor.

22 Der Beigeladene habe die geforderten Angaben und Nachweise der technischen Fachkräfte oder der technischen Stellen, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung für den Tätigkeitsbereich Winterdienst und Störungsbeseitigung eingesetzt werden sollten, erbracht. Nach der formellen und materiellen Prüfung im Rahmen der Eignungsprüfung habe der Antragsgegner davon ausgehen müssen, dass der Beigeladene mit den von ihm nachgewiesenen Mitarbeitern grundsätzlich in der Lage sei, die ausgeschriebenen Winterdienstleistungen für den Antragsgegner zu erbringen. Der Auftraggeber dürfe seine Entscheidung auf eine methodisch vertretbar erarbeitete, befriedigende Erkenntnislage stützen und von einer Überprüfung von Eigenerklärungen absehen, wenn und

soweit sich keine objektiv begründeten, konkreten Zweifel an der Richtigkeit ergäben. Nur in diesem Fall sei er gehalten, weitere Nachforschungen anzustellen und gegebenenfalls von neuem in die Eignungsprüfung einzutreten. Ansonsten sei die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über die Eignung eines Bieters bereits dann hinzunehmen, wenn sie unter Berücksichtigung der schon bei Aufstellung der Prognose aufgrund zumutbarer Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse (noch) vertretbar erscheine. Ausgehend von diesen Vorgaben sei der Antragsgegner nicht gehalten, mittels einer nochmaligen Prüfung Zweifel an der personellen Leistungsfähigkeit mit Blick auf eine beabsichtigte Auftragserfüllung zu hegen und in eine vertiefte Prüfung der Auftragslage der Beigeladenen einzutreten.

23 Der Beigeladene habe den Nachweis über die Verfügbarkeit der Mindeststreusalzlagerkapazität und Mindestsolelagerkapazität erbracht. Mit dem Angebot habe der Beigeladene eine auf den 18.05.2022 datierte Erklärung beigefügt, in der er die konkrete Anschrift des Lagers benenne, erkläre, dass es sich nicht um eine Neuerrichtung eines Lagers handele, sondern vorhandene Lagerhallen genutzt würden, die gesamte Lagerkapazität des Lagers für Salz mit 1060 t benenne, die gesamte Lagerkapazität des Lagers für Sole mit 90 t Lauge benenne, ein Schreiben vom 22.04.2022 beifüge, indem die Anschrift des Anlagenbetreibers genannt sei und in dem der Anlagenbetreiber für die benannte Lageranschrift bestätige, dass er dem Beigeladenen eine Grundstücksfläche auf dem Firmengelände vermiete. Diese solle zur Nutzung als Streusalz- und Laugenlagerstätte verwendet werden. Aufgrund der Stellungnahme der Antragstellerin vom 17.01.2025 seien durch den Antragsgegner aktuelle Auszüge aus dem Liegenschaftskataster sowie aus dem Grundbuch für sämtliche fraglichen Grundstücke unter der Anschrift W. angefordert worden. Im Ergebnis lasse sich festhalten, dass die Angaben aus dem Angebot des Beigeladenen anhand der vorliegenden Registerauszüge bestätigt werden könnten. In der Erklärung vom 17.06.2022 habe der Beigeladene eindeutig beantwortet, dass der Anteil der Lagerkapazität, die im Rahmen der vorliegenden Ausschreibung genutzt werden solle, für Salz 1060 t und für Sole 90 t betrage. Nach seinen Angaben würden Streusalz und Sole in der gesamten Lagerhalle nur für die Mengen der Ausschreibung W. eingelagert. Die Prüfung der Eignung sei zweistufig erfolgt: Auf der ersten Stufe sei die formale Vollständigkeit der Erklärungen und Nachweise geprüft und auf der zweiten Stufe die inhaltliche Prüfung, also díe materiellrechtliche Prüfung, vorgenommen worden. Im Rahmen der formellen Prüfung der Eignung hätten spätestens mit der Erklärung des Beigeladenen vom 17.06.2022 alle geforderten Nachweise zur Verfügbarkeit der Mindeststreusalzlagerkapazität und Mindestsolelagerkapazität vorgelegen. Gegenstand der materiellen Eignungsprüfung sei die inhaltliche Frage, ob der Bieter für den Auftrag geeignet sei. Der Antragsgegner habe die Anschrift des angegebenen Lagers auf Richtigkeit überprüft und nachvollzogen, ob der genannte Anlagenbetreiber Grundstückseigentümer der Lagerfläche bzw. Anlagenbetreiber sei. Die Richtigkeit dieser Angaben habe bestätigt werden können. Mit der Erklärung, eine Grundstücksfläche zu vermieten, sei gleichzeitig die Vermietung der darauf stehenden Gebäude verbunden. Insofern erstrecke sich die Bestätigung des Grundstückseigentümers eindeutig auch auf die zu dem Grundstück gehörenden Lagerhallen. Des Weiteren sei anhand der vom Beigeladenen mit dem Angebot (Erklärung vom 18.05.2022) unter Anlage 1 vorgelegten Bilder sowie anhand von Google Maps - Luftbildern nachvollzogen worden, dass sich auf der benannten Grundstücksanschrift Lagerhallen befänden, die für die Nutzung eines Streusalz- und Solelagers mit der geforderten Menge geeignet seien. Entscheidend für die Eignungsprüfung anhand des vorliegenden Nachweises sei, dass nach objektiver Erkenntnislage die Verfügbarkeit der Mindestsolelagerkapazität für die vorliegende Ausschreibung gegeben sei. Das von der

Antragstellerin angesprochene abgelaufene Prüfzeugnis für einen der Behälter sei von dem Beigeladenen unaufgefordert eingereicht worden und nicht notwendig gewesen. Inwieweit der Beigeladene durch die Umsetzung der Solebehälter gezwungen sei, neue Solebehälter ggf. für den Standort S. zu beschaffen, unterliege seiner unternehmerischen Planung und Freiheit.

24 Der Nachweis einer sach-/fachgerechten Lagerung, wie in 111.1.3) der Auftragsbekanntmachung gefordert, sei vom Beigeladenen erbracht. Die Anzeige bei der unteren Naturschutzbehörde liege vor. Die Verwendung der Anzeige als Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit führe dazu, dass es sich um eine eignungsbezogene Angabe handele. Es handele sich damit um eine unternehmensbezogene Unterlage i.S.v. § 56 Abs. 2 S. 1 VgV, da sie die Eignungsprüfung betreffe. Da der Beigeladene die Angabe zur Art der Anlage falsch ausgefüllt habe, liege eine fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlage vor, die einer Korrektur im Sinne des § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV zugänglich sei. Es sei maßgeblich, dass die Untere Naturschutzbehörde von dem Vorhaben der Lagerung von Salz und Sole Kenntnis erhalten habe. Zwar sei insoweit mit „Umschlaganlage“ ein falsches Kreuz gesetzt worden, aber aus den weiteren Ausführungen in der Anzeige habe sich auch für die Untere Naturschutzbehörde erkennbar ergeben, dass es tatsächlich nicht um Umschlag sondern um Lagerung gehe. Die Untere Naturschutzbehörde sei daher in der Lage, die ihr obliegenden Prüfungen durchzuführen.

25 Für das im Vergabekammerbeschluss benannte Fahrzeug mit dem Kennzeichen ... sei keine N.-Bestätigung erforderlich. Dieses Fahrzeug sei ein zusätzliches Winterdienst-Fahrzeug, welches für die Leistungspositionen 02.01.0003; 04.01.0003; 06.01.0003 und 08.01.0003 eingesetzt werde. Diese Positionen würden mittels Stundennachweis abgerechnet. Im Gegensatz zu den anderen Leistungspositionen, bei denen die Abrechnung mittels des N. Systems erfolge, enthielten diese Positionen nicht den Vermerk „Das in der Ausführungsbeschreibung Punkt D angegebene Datenerfassungssystem ist anzuwenden."

26 Der Beigeladene habe die geforderten Angaben der technischen Ausstattung, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung für den Tätigkeitsbereich Winterdienst und Störungsbeseitigung eingesetzt werden sollten, erbracht. Nach der formellen und materiellen Prüfung im Rahmen der Eignungsprüfung habe der Antragsgegner davon ausgehen müssen, dass der Beigeladene mit der von ihm nachgewiesenen technischen Ausstattung grundsätzlich in der Lage sei, die ausgeschriebenen Winterdienstleistungen für den Antragsgegner zu erbringen. Der Antragsgegner sei nicht verpflichtet, die derzeitige Auftragslage des Beigeladenen zu eruieren, um festzustellen, welche technische Ausstattung mittlerweile gebunden sei.

27 Die Prüfung auf Angemessenheit der Preise habe anhand des mit Angebotsabgabe vorgelegten Formblattes „Kalkulation mit vorbestimmten Zuschlägen" stattgefunden. Darüber hinaus sei eine Prüfung hinsichtlich Spekulation oder Mischkalkulation erfolgt. Anhand eines selbst erstellten Preisspiegels (S. 2917 - 2935 der Vergabeakte; Darstellung der 4 verbliebenen Jahresscheiben) sei geprüft worden, ob auffällige Einheitspreise (untersetzt bzw. überhöht) vorlägen. Es hätten keine Belege hierfür gefunden werden können. Das Ergebnis sei unter Punkt 3 des Formblattes „E TH - HVA L-StB Angebotsprüfung HA" dokumentiert. Hierbei sei festgestellt worden, dass die Stoff-und Gerätekosten bei der Antragstellerin höher seien als bei dem Beigeladenen. Dies lasse sich dadurch erklären, dass entsprechend dem Geräteverzeichnis der Antragstellerin auch mehr Fahrzeuge für den Winterdienst vorgesehen seien als bei dem Beigeladenen. Daher seien die

im Kalkulationsblatt ausgewiesenen geringeren Geräte- und Stoffkosten des Beigeladenen schlüssig. Des Weiteren habe der Beigeladene ím Gegensatz zur Kalkulation der Antragstellerin ohne sonstige Kosten und Nachunternehmerleistungen kalkuliert. Die entsprechende Dokumentation sei unter Punkt 10.1 des Vergabevermerks erfolgt, der diese Preisprüfung abhandele. Für die Dokumentation zum „Ergebnis und Bewertung der Aufklärung" sei auf einen entsprechenden Aktenvermerk verwiesen worden. Dieser sei Bestandteil der Vergabeakte.

28 Zutreffend rüge der Beigeladene die Aufnahme nicht protokollierter Einlassungen der Beteiligten in der Begründetheit des Vergabekammerbeschlusses.

29 **Mit seiner Beschwerde beantragt der AG:**

30 1. Der Beschluss der Vergabekammer des Freistaates Thüringen – Az. ... - vom ... wird aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

31 2. Die Kosten des Verfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

32 **Mit seiner Beschwerde trägt der Beigeladene vor:**

33 Soweit die Vergabekammer in dem Beschluss nicht protokollierte „Einlassungen“ in der Begründetheit verwerte, greife die Rüge der Aktenwidrigkeit ein. Das Protokoll der mündlichen Verhandlung und der von der Vergabekammer selbst erstellte Tatbestand ergäben die Einlassungen nicht. In Wirklichkeit seien die „Einlassungen“ belastbar und sprächen für eine ordnungsgemäße Bewertung. Die Einlassungen hätten protokolliert und den Vernommenen zur Kontrolle vorgespielt und von diesen genehmigt werden müssen. Dies sei rechtswidrig unterlassen worden. Die Vergabekammer sähe die „Einlassungen“ als entscheidungserheblich an. Der Beschluss verwende fehlerhafte „Einlassungen“, die den Verlauf der mündlichen Verhandlung nicht widerspiegelten. Darin liege eine entscheidungserhebliche Verletzung des Grundsatzes des fairen Verfahrens und des rechtlichen Gehörs.

34 Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Missbrauchsgründe gemäß § 180 GWB vorlägen. Es gehe der Antragstellerin nicht um den Gewinn des Auftrages im Wettbewerb, sondern um Verdrängung des Beigeladenen aus dem Markt. Die Antragstellerin habe rechtswidrig versucht, den Beigeladenen auszuspionieren. Weiterhin habe die Antragstellerin in Sachen Salzlagerstätte vorsätzlich oder fahrlässig versucht, mit fehlerhaften Interpretationen (u.a. durch die Vorlage der Eidesstattliche Versicherung der Frau K.) einen Ausschluss des Beigeladenen zu erwirken. Dies führe insgesamt zum Ausschluss der Antragstellerin.

35 Präkludierte Verstöße dürften nicht von Amts wegen aufgegriffen werden. Die Vergabekammer hätte demnach folgende Punkte nicht aufgreifen dürfen:

36 • Der Antragsgegner habe im Hinblick auf die gewonnenen Verfahren zu überprüfen, ob die im Geräteverzeichnis für Winterdienstfahrzeuge und zusätzliche Schneeräumtechnik angegebenen Fahrzeuge und Geräte dem Beigeladenen tatsächlich noch im Zeitpunkt des Zuschlags zur Verfügung stünden (Beschluss, S. 36).

37 • Der Antragsgegner sei seiner Preisaufklärungspflicht bisher nicht in ausreichendem Maße nachgekommen (Beschluss, S. 36 - 27).

38 • Es liege eine unzureichende Dokumentation vor (Verstoß gegen das Transparenzgebot).

39 In der Rüge vom 14. Juli 2022 seien diese Punkte nicht angegriffen worden. Ein Aufgreifen durch die Vergabekammer sei mithin nicht möglich.

40 Der Beigeladene habe die erforderlichen Referenzen erbracht. Die Dokumentation sei ordnungsgemäß. Die Überprüfung der Vergleichbarkeit sei darauf beschränkt, ob der Antragsgegner als Vergabestelle den der Eignungsprüfung zugrunde gelegten Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und bei der Eignungsprüfung berücksichtigt habe sowie ob er allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten habe und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt hätten. Davon sei im konkreten Fall auszugehen. Die Prüfung der Vergabekammer verletze die o.g. Vorgaben. In dem Prüfungspunkt „Referenzen“ arbeite die Vergabekammer mit eigenen Feststellungen und nicht mit der Überprüfung der von dem Antragsgegner gefundenen Ergebnisse. Die Vergabekammer verkenne den ihr zustehenden Prüfungsrahmen. Der Antragsgegner habe seine Entscheidung aufgrund einer zutreffenden und vollständigen Tatsachengrundlage ermittelt. Eine bestimmte „Begründungstiefe“ werde hierfür nicht verlangt.

41 Bei den zur Kenntnis der Vergabekammer gelangten Zuschlagserteilungen an den Beigeladenen im Landkreis H. und S., im Landkreis S., im Landkreis W. sowie im vor der Vergabekammer anhängigen Nachprüfungsverfahren … im Rahmen einer Interimsvergabe im Landkreis I. gehe es, bis auf die Interimsvergabe im I. nicht um Winterdienst, sondern um Reinigungsleistungen, die grundsätzlich nicht parallel anfielen. Die Überlegungen der Vergabekammer zum Prüfungszeitpunkt seien rechtlich nicht haltbar

42 In Bezug auf den Nachweis der Lagerkapazitäten setze die Vergabekammer fehlerhaft ihre Rechtsansicht an die Stelle derjenigen des Antragsgegners, ohne eine ermessenfehlerhafte Bewertung durch den Antragsgegner aufzuzeigen. Die Vergabekammer ziehe unzutreffend sowohl die Angaben zur Lagerhalle als auch zu der vom Beigeladenen geplanten und erläuterten Umsetzung von Solebehältern vom Standort S. zum Standort M. mit zahlreichen Mutmaßungen in Zweifel. Dass der Beigeladene die Halle genau deswegen, weil sie zur geforderten Größenordnung passe, ausgesucht habe, so dass die zitierten Angaben genau den geforderten Nachweis enthielten, komme der Vergabekammer offenbar nicht in den Sinn, obwohl sich dies schon aus der mit dem Angebot eingereichten Anzeige bei der unteren Wasserbehörde ergebe. Hier habe sich die Vergabekammer nur mit dem versehentlich falschen Kreuz bei der „Umschlaganlage“ statt bei der „Lageranlage“ befasst, aber die ansonsten eindeutigen Angaben offensichtlich nicht beachtet. Im weiteren Genehmigungsverfahren bei der Behörde sei dies ohne weiteres zu ändern und daher hier unerheblich. Ebenso zweifele die Vergabekammer ohne nähere Hinweise schlicht an, dass der Beigeladene beide benannten Lagerbehälter aus S. nach M. zu verlegen beabsichtige, weil dies nach ihrer Auffassung nicht sinnvoll sei. Die Lagerkapazitäten in S. seien aber nicht Gegenstand des hiesigen Verfahrens. Auch die weiteren Ausführungen zeigten auf, dass die Vergabekammer sich als Vergabestelle und nicht als rechtliche Überprüfungsinstanz sehe. Die Vergabekammer setze hier fehlerhaft ihre rechtliche Meinung an die Stelle derjenigen des Antragsgegners, ohne dass sie aber eine ermessenfehlerhafte Bewertung aufzeige. Auch die Ausführungen der Vergabekammer (Beschluss, S. 35) zur Gültigkeitsdauer des Prüfbescheids, der der Anzeige bei der unteren Wasserbehörde beigelegen habe, könnten nicht überzeugen. Denn dieser Prüfbescheid beziehe sich nur auf die Prüfung des Bauproduktes „GFK-Behälter“ an sich und

damit auf die Verwendung des Prüfbescheids im Sinne von erstmaligem Einbau des Gegenstandes, nicht aber auf die Verwendung im Sinne der späteren Nutzung. Der unteren Wasserbehörde habe dies genügt; am Ende müsse die Anlage (nach dem Umsetzen der Behälter) insgesamt am neuen Standort neu genehmigt werden. Zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns werde eine genehmigte Anlage zur Verfügung stehen. Der Beigeladene habe sein Leistungsversprechen abgegeben und werde es auch halten. In dem Zeitpunkt, in dem die Leistung beginne, würden die entsprechenden Mittel vorhanden sein. Mehr sei nicht erforderlich. Unwahr trage die Antragstellerin vor, dass die Ausführungen des Antragsgegners zur Verfügbarkeit der Mindeststreulagerkapazität und Mindestsolelagerkapazität und zur sach-/fachgerechten Lagerung von Salz und Sole fehlerhaft seien.

43 Das Fahrzeug mit dem Kennzeichen ... sei im Angebot ausdrücklich als zusätzliches Winterdienst-Fahrzeug aufgelistet. Wie sich eindeutig aus den Vergabeunterlagen ergebe, sei für dieses Fahrzeug die N.-Bestätigung nicht erforderlich.

44 Die Verfügbarkeit von technischen Geräten sei gegeben. Die Vergabekammer missachte die eigene Rechtsprechung, wonach die Verfügbarkeit erst zum Leistungsbeginn feststehen müsse. Davon sei im konkreten Fall auszugehen. Der Beigeladene habe sein Leistungsversprechen abgegeben und werde es auch halten. In dem Zeitpunkt, in dem die Leistung beginne, würden die entsprechenden Mittel, also Personal und Fahrzeuge, vorhanden sein.

45 Der Antragsgegner sei seiner Preisaufklärungspflicht in ausreichendem Maße nachgekommen. Die Vergabekammer ersetze auch hier die Wertung des Antragsgegners durch ihre eigene Wertung. Dies sei rechtswidrig, weil das Auswahlverfahren des Antragsgegners nicht auf Ermessensfehler überprüft, sondern eigene Ermessenserwägungen angestellt würden. Bei der Antragstellerin handele es sich um eine oligopole Anbieterin mit überhöhten Preisen. Das Angebot der Antragstellerin müsse daher als spekulatives Überkostenangebot eines oligopolen Marktteilnehmers ausgeschlossen werden. Der Beigeladene habe seine Preise so kalkuliert, dass er den Auftrag erfüllen und gegenüber der Antragstellerin bestehen könne. Bei der hier vorliegenden Zweier-Konstellation sei nicht von dem Vorliegen einer Aufgreifschwelle auszugehen. Es liegt ein Überkostenangebot der Antragstellerin vor. Der Beigeladene sei im ausgeschriebenen Bereich seit sehr vielen Jahren vor Ort tätig. Der Beigeladene habe seinen preislichen Gestaltungsrahmen ausgeschöpft.

46 Der Antragsgegner habe das Vergabeverfahren mit der vorliegenden Dokumentation ausreichend dokumentiert. Weder müsse die Vergabestelle jedes Detail ihrer Überlegungen festhalten, noch müsse sie mit sachverständiger Hilfe vorab eine detaillierte Kostenschätzung in Form einer Preiskalkulation für alle Einzelpositionen der Leistungsbeschreibung vornehmen. Eine solche Anforderung würde den zumutbaren Rahmen eines Vergabeverfahrens sprengen. Verbleibende Dokumentationsmängel seien heilbar und könnten durch nachgeschobenen Vortrag der Antragsgegnerin im Verfahren geheilt werden.

47 Die Vergabekammer habe in der bisherigen Besetzung entschieden, da die Besorgnis der Befangenheit der Hauptamtlichen Beisitzerin nicht festgestellt worden sei. Aus den in den Schriftsätzen vom 22. August 2023 darstellten Gründen sei der Befangenheitsantrag allerdings begründet. Auf die Schriftsätze werde zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen. Die Befangenheit werde auch dadurch dokumentiert, dass die lange Vorgeschichte zum hiesigen Verfahren durch die Vergabekammer (erneut) ausgeblendet werde. Es falle auf, dass die Vergabekammer die von der Antragstellerin als un-

mittelbarer Wettbewerberin des Beigeladenen angeführten Punkte offenbar grundsätzlich für wahr halte, obwohl diese vielfach reine Mutmaßungen oder irrelevante Wertungen eines konkurrierenden Bieters im Verfahren seien. Dies dokumentiere zusätzlich die Befangenheit der abgelehnten Beisitzerin.

48 Die Antragstellerin habe im Nachprüfungsantrag vom 18. Juli 2023 (S. 15, 16), im Schriftsatz vom 12. August 2022 (S. 7, 10, 11) und im Schriftsatz vom 13. Februar 2023 (S. 17) Schwärzungen vorgenommen. Es werde insofern die Verletzung rechtlichen Gehörs gerügt.

49 Die Entscheidung über die Kosten sei fehlerhaft.

50 **Mit seiner Beschwerde beantragt der Beigeladene:**

1.

51 Der Beschluss der Vergabekammer des Freistaates T. - Az. ...– vom ... wird aufgehoben und der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2.

52 Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Beigeladenen, auch im Nachprüfungsverfahren, trägt die Antragstellerin und Beschwerdegegnerin.

3.

53 Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Beigeladenen wird für das Verfahren vor der Vergabekammer für notwendig erklärt.

54 **Die Antragstellerin beantragt zu den Beschwerden des AG und des Beigeladenen:**

55 Die sofortigen Beschwerden des Antragsgegners und des Beigeladenen werden kostenpflichtig zurückgewiesen.

56 **Die Antragstellerin trägt zu den Beschwerden des AG und des Beigeladenen vor:**

57 In der in der Anlage AST 10 vorgelegten, 10-seitigen Rüge der Antragstellerin (Anwaltsschreiben) vom 14.07.2022 seien alle Punkte enthalten, die die Antragstellerin auch im Nachprüfungsantrag vom 18.07.2022 eingewendet habe. Dazu gehöre auch die nicht ausreichende Angabe bzw. das fehlende Vorhandensein von technischer Ausrüstung (WD-Fahrzeuge und Geräte) bei dem Beigeladenen. Die weiteren Punkte, fehlende Preisaufklärung und nicht ausreichende Dokumentation, seien erst im Ergebnis der Akteneinsicht und der dort erkannten Hinweise auf Vergabefehler in diesen beiden Punkten ergänzt worden. Vergabefehler, die erst im Verlaufe des Nachprüfungsverfahrens erkannt würden, seien nicht zu rügen.

58 Entgegen der Behauptung des Beigeladenen seien die von der Vergabekammer entschiedenen Ausschlussgründe nicht „verbraucht". Im Beschluss des OLG Jena vom 02.10.2024 (Az.: Verg .../24) sei nur die Verpflichtung ausgesprochen worden, das Vergabeverfahren unter Beteiligung des Antragstellers und unter Berücksichtigung seines An-

gebotes fortzuführen. Eine Prüfung von weiteren Eignungskriterien und -nachweisen sei in diesem Verfahren (Az.: Verg .../24) nicht erfolgt. Im ersten Verfahren (Az.: Verg .../23) habe der Vergabesenat im Beschluss vom 05.07.2023 (Az.: Verg .../23) ausdrücklich entschieden und darauf hingewiesen, dass die weiteren von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag- und -verfahren Az.: ... genannten Ausschlussgründe und Eignungsmängel durch die Vergabekammer bis dahin nicht geprüft worden seien und noch geprüft werden müssten. Dieser Prüfung sei die Vergabekammer jetzt nachgekommen.

59 Soweit sich der Antragsgegner gegen die Feststellungen der Vergabekammer T. bezüglich einer fehlenden Prognoseentscheidung und einer fehlenden Dokumentation der Ermessensentscheidung wende, seien die Feststellungen der Vergabekammer Thüringen richtig, denn offensichtlich habe der Antragsgegner weder seine Prognoseentscheidung zur Eignung, noch die entsprechende Dokumentation dazu vorgenommen. Entgegen der Meinung des Antragsgegners habe die Vergabekammer Thüringen gerade nicht in den Beurteilungsspielraum der Vergabestelle in Bezug auf den Mindestjahresumsatz für die Winterdienstleistungen oder in Bezug auf die Referenzen für den Winterdienst eingegriffen. Ebenso wenig habe die Vergabekammer Thüringen „eigene Anforderungen" an die Vergleichbarkeit der Referenzen gestellt. Die Vergabekammer Thüringen habe gerügt, dass die Prognose und das Ermessen nicht ordnungsgemäß ausgeübt, in jedem Fall aber nicht dokumentiert seien, weshalb die ordnungsgemäße Ausübung von Prognose und Ermessen letztlich auch nicht habe festgestellt werden können. Eine fehlende oder lückenhafte Dokumentation hätte durch den Antragsgegner innerhalb des Nachprüfungsverfahrens nachgeholt werden müssen. Das sei nicht erfolgt. Auch der aktuelle Vortrag des Antragsgegners sei nicht geeignet, die Prognoseentscheidung und die Ermessensentscheidung des Antragsgegners hinsichtlich der Referenzen (aber auch bezüglich der weiteren Eignungskriterien!) ausreichend zu dokumentieren.

60 Die Vergabekammer habe zu Recht bestätigt, dass, wenn die Vergabestelle ausdrücklich „3 vergleichbare Referenzen" über „früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungen in den letzten höchstens 3 Jahren" fordere und auch noch ausdrücklich hervorhebe: „Achtung: Winterdienstleistungen auf klassifiziertem Straßennetz (Bundes-, Landes- und Kreisstraßen)", „die mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind", dass dann der Antragsgegner selbst höhere Anforderungen an die Vergleichbarkeit gestellt habe, an diese auch gebunden sei und damit seinen Ermessensspielraum bei der Bewertung eingeschränkt habe. Die Vergabekammer habe im Ergebnis zu Recht bestätigt, dass die Beigeladene mit den vorgelegten Referenzen Winterdienst keine Referenz nachgewiesen habe, die mit den hier ausgeschriebenen 281 km Bundes- und Landesstraßen vergleichbar wäre. Der Winterdienst Stadt S. betreffe kein klassifiziertes Straßennetz, sondern innerörtlichen Winterdienst. Beim Winterdienst Stadt M. habe die Beigeladene lediglich 20 % der Referenzleistungen innerhalb der ARGE erbracht und dazu auch noch falsche Erklärungen abgegeben. Zu Recht halte die Vergabekammer den Winterdienst bzgl. Kreisstraßen im LK S. mit 18 km Länge sowohl von den technischen wie den personell notwendigen Anforderungen und Kapazitäten für letztlich nicht vergleichbar mit den hier ausgeschriebenen 281 km Bundes- und Landesstraßen.

61 Im Tätigkeitsbereich Störungsbeseitigung habe der Beigeladene zwei (geschwärzte) Referenzen und als dritte Referenz den „Interimsauftrag Störungsbeseitigung im Landkreis S. vom 01.11.20... bis 31.12.20..." (Seite 2712) genannt. Soweit der Antragsgegner auf Seite 4 unten zu dieser Referenz Störungsbeseitigung im Landkreis S. vortrage, stimme der vorgetragene Leistungszeitraum nicht. Nach den Angaben des Beigeladenen habe

der angebliche Leistungszeitraum bereits mit dem 31.12.2020 geendet. Dementsprechend habe der Antragsgegner an dieser Stelle nicht ordnungsgemäß geprüft. Dementsprechend hätte die Beigeladene die Leistungen Störungsbeseitigung nicht über drei Monate, sondern lediglich über zwei Monate erbracht. Dem Antragsgegner habe als Auftraggeber auch selbst bekannt sein können, dass in dem Leistungszeitraum 01.11.2020 bis 31.12.2020 regelmäßig keine Leistungen der Störungsbeseitigung durchgeführt würden. Außerdem sei ihm bekannt, dass es innerhalb von 2 Monaten nicht möglich sei, Leistungen Störungsbeseitigung mit einem Mindestjahresumsatz von 50.000,00 € zu erbringen.

62 Bezüglich der Angaben der technischen Ausrüstung und der technischen Fachkräfte habe die Vergabekammer sehr deutlich aufgezeigt, dass dem Antragsgegner eine Reihe von Widersprüchen in den Erklärungen des Beigeladenen und Beschwerdeführers aufgefallen seien und er den Beigeladenen und Beschwerdeführer zur Aufklärung aufgefordert habe; sie habe aber auch festgestellt, dass sich der Antragsgegner dann mit Versicherungen oder fehlerhaften Angaben begnügt oder verbleibende Widersprüche gar nicht weiter verfolgt habe und dass eine Dokumentation über die Prüfung, die Gründe für die Ermessens- und Prognoseentscheidungen trotz fehlerhafter und/oder fehlender Nachweise/Angaben vergaberechtswidrig nicht erfolgt sei.

63 Der Beigeladene habe die in der Bekanntmachung geforderten Nachweise zur Verfügbarkeit der Mindeststreusalzlagerkapazität und der Mindestsolelagerkapazität nicht erbracht und der Antragsgegner habe die widersprüchlichen Angaben auch nicht überprüft. Auch in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer habe der Beigeladene die Lagerkapazitäten nicht zweifelsfrei aufklären können. Und auch der Antragsgegner habe in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer die Lagerkapazitäten des Beigeladenen nicht erklären können. Damit seien die in der Bekanntmachung geforderten Nachweise über die Verfügbarkeit der Mindeststreusalzlagerkapazität und der Mindestsolelagerkapazität nicht erbracht gewesen, was zu einem Ausschluss des Beigeladenen führe. In der Lagerhalle in der W. befänden sich Stallungen von Pferden. Auch die Gebäude und Freiflächen würden genutzt. Die Grundstückseigentümerin, Frau C. K., bestätige in ihrer eidesstattlichen Versicherung, dass sie ihr Grundstück weder dem Beigeladenen, noch einem anderen Unternehmen zur Vermietung oder anderweitigen Verfügung angeboten oder eine solche bestätigt habe. Eine schriftliche Erklärung von ihr als Grundstückseigentümerin bezüglich einer Nutzung habe sie ebenfalls nicht abgegeben. Die auf dem Grundstück vorhandenen Gebäude und Stallungen seien in Benutzung und würden auch keiner Firma zur Nutzung angeboten. Frau K. habe auch erklärt, dass etwaige Erklärungen ihres Ex-Mannes ungültig seien, weil er keine Besitz- oder Eigentumsansprüche auf die Grundstücke und Gebäude habe. Weder nach der eidesstattlichen Versicherung von Frau K. noch nach der aktuellen Nutzung der Hallen und Gebäude sei die von dem Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung erklärte und von deren Bevollmächtigten nochmals ausdrücklich versicherte Verfügbarkeit eines Lagers für Streusalz und Sole gegeben, noch könne eine Anzeige bei der Unteren Naturschutzbehörde (uNB) für dieses Grundstück vorliegen. Sämtliche „fehlerhaften" Angaben des Beigeladenen seien nicht „offensichtliche Fehler" und nicht behebbar, weil es keine offensichtlich gebotenen, bloßen Klarstellungen gewesen seien, sondern das Angebot geändert worden sei. Der Antragsgegner habe die verschiedenen, fehlerhaften Angaben des Beigeladenen in der Anzeige lediglich als Schreibfehler gesehen. Ob das die uNB ebenso sehe, ob überhaupt eine korrigierte Anzeige bei der uNB eingereicht worden sei, die Grundlage für eine aktuelle Genehmigung/Zustimmung sein könnte, dazu sage der Antragsgegner nichts. Ein

Nachweis über die Einreichung der korrigierten Anzeige, die eine erhebliche Bedeutung für den Nachweis der Eignung und der Verfügbarkeit eines Salz- und Solelagers habe, liege nicht vor. Für einen der Solebehälter habe der Beigeladene zudem ein abgelaufenes Prüfzeugnis vorgelegt.

64 Nach der Bekanntmachung sei für alle WD-Fahrzeuge, die im Winterdienst eingesetzt würden, und somit auch für das Ersatz-Fahrzeug ... ohne Ausnahme die Leistungserfassung des Winterdienstes via MBDE und der Nachweis durch schriftliche NOVASIB-Bestätigung zu erbringen, unabhängig davon, ob ein Fahrzeug später in LV-Positionen mit Stundenabrechnung eingesetzt werde oder nicht.

65 Bezüglich der technischen Ausstattung verfüge der Beigeladene nicht über eine ausreichende Anzahl WD-Fahrzeuge. Die 8 Fahrzeuge, über die er verfüge, seien bereits bei laufenden Verträgen bei den Autobahnmeistereien und für die Betreuung der Kreisstraßen (Stadt S., Stadt M., Kreisstraßen M.) vertraglich gebunden, (außer Stadt S.) auch bis in den zukünftigen Vertragszeitraum. Der Antragsgegner sei bei solchen Informationen (zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung gemäß OLG Jena, Beschluss vom 02.10.2024, Verg .../24), verpflichtet, solche erheblichen Änderungen bezüglich der technischen Ausstattung und damit der Eignung zu berücksichtigen und die Eignung erneut zu prüfen.

66 Zur Preisaufklärungspflicht habe die Vergabekammer die Rechtsansicht bezüglich der fehlerhaften Preisaufklärung bei 20 % Preisabstand bestätigt. Insoweit bleibe es bei dem Vortrag dazu.

67 Der Überzeugungsbildung der Vergabekammer liege kein Verfahrensfehler in Form aktenwidriger Feststellungen zugrunde. Eine „aktenwidrige Entscheidung" liege erst vor, wenn der Streitstoff, den das Tatsachengericht seiner Entscheidung zugrunde lege, von dem tatsächlichen Streitstoff, wie er sich aus den Akten ergebe, zu entscheidungserheblichen Fragen abweiche, sei es, dass er darüber hinausgehe, indem aktenwidrig – „ins Blaue hinein" – Tatsachen angenommen würden, sei es, dass er dahinter zurückbleibe, indem Akteninhalt übergangen werde. Die Rüge der Aktenwidrigkeit verlange den schlüssigen Vortrag, zwischen den in der angegriffenen Entscheidung getroffenen tatsächlichen Annahmen und dem insoweit unumstrittenen Akteninhalt sei ein Widerspruch gegeben, und zudem eine genaue Darstellung des Verstoßes durch konkrete Angaben von Textstellen aus den vorinstanzlichen Verfahren, aus denen sich der Widerspruch ergeben solle. Dieser Widerspruch müsse offensichtlich sein, so dass es einer weiteren Beweiserhebung zur Klärung des richtigen Sachverhalts nicht bedürfe. Auch nach dem Vortrag des Beigeladenen sei unstreitig, dass sämtliche der fünf Fragestellungen in der mündlichen Verhandlung erörtert worden seien. Streitig sei lediglich der Inhalt der Erörterung. Zudem weise die Rüge der Aktenwidrigkeit des Beigeladenen erhebliche Darstellungsmängel auf. Denn Teil der Darstellung müsse neben der Widersprüchlichkeit zum einen die Entscheidungserheblichkeit des vermeintlichen Widerspruchs sein. Deshalb sei es unerlässlich, dazu vorzutragen, was aus Sicht des Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung besprochen worden sei und welche abweichende Entscheidung sich hieraus zwangsläufig für die Kammer hätte ergeben müssen. Auch ohne die nicht protokollierten Aussagen / Ergebnisse der Nachfragen der Vergabekammer sei dem Nachprüfungsantrag bereits aus den im Nachprüfungsantrag genannten, verschiedenen Vergabefehlern bei der Eignungsprüfung stattzugeben. Bei der Ansicht der Vergabeakten und der dazu vorliegenden Nachweise und der dazu geführten Diskussion zwischen Vergabekammer, Beigeladenem und Antragsgegner sei die Antragstellerin aus Vertraulichkeitsgrün-

den nicht zugelassen gewesen. Die Ergebnisse dieser Befragung der Vergabekammer, vertrauliche Feststellungen und Ergebnisse der Diskussion dürften gerade nicht protokolliert werden.

68 Weder lägen behauptete Missbrauchsgründe gem. § 180 GWB vor, noch bestünden Ausschlussgründe nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB. Die Antragstellerin und Herr V. T. hätten keine Verfehlungen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit im Sinne des § 124 Abs. 1, Nr. 3 GWB begangen und es hätten auch keine Absprachen bzw. wettbewerbswidrige oder vergaberechtswidrige Vereinbarungen oder Verhandlungen im Sinne von §§ 124, 180 GWB stattgefunden. Der Inhalt der beiden Gespräche sei wesentlich anders gewesen, als glauben gemacht werden solle. Die als Anlage BF 5 und BF 6 beigefügten Versicherungen an Eides statt der Herren J. und A. W. entsprächen nicht den inhaltlichen Anforderungen an eine Versicherung an Eides statt und seien daher im vorliegenden Nachprüfungsverfahren nicht weiter von der Vergabekammer zu beachten. Ob die von Herrn J. W. unterschriebene Versicherung an Eides statt überhaupt als Beweismittel zulässig sei, stoße auf Bedenken. Durch die dargebotene Versicherung an Eides statt erkläre sich Herr W. unzulässigerweise als Partei über Behauptungen, zu deren Abgabe er prozessual (noch) nicht befugt sei. Zudem bestünden Bedenken, ob eine Glaubhaftmachung durch eine Versicherung an Eides statt möglich sei. Denn eine Glaubhaftmachung und somit die Versicherung an Eides statt sei nur dort zulässig, in denen eine gesetzliche Regelung eine Glaubhaftmachung nach § 294 Abs. 1 ZPO ausdrücklich vorschreibe.

69 Die hauptamtliche Beisitzerin sei nicht befangen. Dazu gebe es die Prüfung und Entscheidung mit Beschluss. Der Beigeladene habe auch nichts Konkretes vorgetragen, worin eine angebliche Befangenheit der hauptamtlichen Beisitzerin liegen solle. Allein der Vortrag „die lange Vorgeschichte zum hiesigen Verfahren sei durch die Vergabekammer ausgeblendet worden" sei für eine Befangenheit nicht ausreichend.

70 Der Antrag des Beigeladenen, ihm die geschwärzten Inhalte zugänglich zu machen oder diese entsprechend der Entscheidung des Kammergerichtes nicht zu bewerten, sei zurückzuweisen.

71 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 18.Juli 2022 enthalte keine geschwärzte Stelle und auch keine mit Sperrvermerk hinterlegten Anlagen. Selbst wenn Inhalte geschwärzt wären, trage der Beigeladene nicht vor, dass und warum die geschwärzten Inhalte für die Entscheidung erheblich seien. Wenn bereits aufgrund der bekannten Akteninhalte feststehe, dass und wie die Entscheidung erfolgt sei, sei der Antrag zurückzuweisen. Vergaberechtliche Vorgaben, die die Offenlegung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen verböten, seien auch im Nachprüfungsverfahren zu beachten. Technische Details oder Spezifikationen sowie Preise und Preiskalkulationen seien und blieben nach diesen Maßstäben schutzwürdig. Im Übrigen sei der Beigeladene mit diesem Vortrag präkludiert. Wenn, dann hätte der Beigeladene den Einwand vermeintlich unzulässiger Schwärzung bereits im Nachprüfungsverfahren erheben müssen.

72 Die Kostenentscheidung der Vergabekammer entspreche der getroffenen Entscheidung und sei daher nicht fehlerhaft oder abzuändern.

73 **Mit ihrer Anschlussbeschwerde beantragt die Antragstellerin**:

74 Der Beschluss der Vergabekammer T. - Az.: ... - vom 10.12.2024 wird in dem Umfang aufgehoben, wie die Vergabekammer eine Eignung der Beigeladenen wegen nachgewie-

senem Mindestjahresumsatz im Tätigkeitsbereich Störungsbeseitigung von 50.000,00 € bejaht hat.

75 **Die Antragstellerin trägt zu ihrer Anschlussbeschwerde vor:**

76 Der Beigeladene verfüge nicht über einen Mindestjahresumsatz von 50.000 im Tätigkeitsbereich Störungsbeseitigung und erst recht nicht über die drei Mindestjahresumsätze gemäß der Eigenerklärung zur Eignung.

77 Der Beigeladene verfüge über keinen als „Mindeststandard" geforderten Mindestjahresumsatz von 50.000,- € im Tätigkeitsbereich Störungsbeseitigung, weil er keine Tätigkeiten in der Störungsbeseitigung erbracht habe. Der Beigeladene habe in der von ihm vorgelegten Eigenerklärung zur Eignung für den Bereich Störungsbeseitigung (Vergabeakte Seiten 2708 ff.) die vergaberechtswidrig erteilte Interimsvergabe „Störungsbeseitigung im Landkreis S." (Seite 2712) als Referenz mit dem Zeitraum „vom ... bis ..." und somit lediglich zwei Monate angegeben. Das sei auch die einzige Referenz, die der Beigeladene für den Bereich der Störungsbeseitigung angegeben habe. Damit sei das auch die einzige Referenz, mit der der Beigeladene Umsatz im Bereich der Störungsbeseitigung hätte generieren können. In diesen 2 Monaten sei es schlicht nicht möglich, 50.000 € Mindestjahresumsatz im Tätigkeitsbereich Störungsbeseitigung zu erwirtschaften. Auch nicht in 3 Monaten (bis ...), die fälschlich die Vergabestelle und auch die Vergabekammer bei ihrer Prüfung zugrunde gelegt hätten. Bei der vergaberechtswidrigen Interimsvergabe Landkreis S. sei sowohl Winterdienst, als auch Störungsbeseitigung an den Beigeladenen beauftragt worden. Auch der Vergabestelle im U. sei bekannt, dass üblicherweise im Zeitraum ... bis ... Winterdienst ausgeführt werde und eben gerade keine Störungsbeseitigung stattfinde. Die Bestätigung des Steuerberaters für das Jahr ... sei schlicht falsch. Das wäre für den Antragsgegner im Übrigen sehr einfach zu kontrollieren, weil der Antragsgegner selbst den Interimsauftrag Lkrs. S. an die Beigeladene beauftragt gehabt habe.

78 Darüber hinaus seien die Bieter mit der Bekanntmachung durch den ausdrücklichen Verweis auf die Eigenerklärung zur Eignung verpflichtet worden, den Mindestjahresumsatz im Bereich der Störungsbeseitigung für drei Jahre anzugeben. Es ergebe sich trotz geschwärzter Zahlen, dass der Steuerberater für alle drei Jahre entgegen der geforderten Bestätigung keinen Jahresumsatz Störungsbeseitigung bestätigt habe, sondern vielmehr Umsatz für alternative Leistungen, die aber gerade gemäß Bekanntmachung bei Mindestjahresumsatz Störungsbeseitigung nicht zugelassen seien. Das sei objektiv eine fehlerhafte Eigenerklärung, der kein Beweiswert zukommt.

79 Eine Öffnungsklausel, wie bei den Referenzen, wo der Antragsgegner ausdrücklich definiert habe, was er ebenfalls als vergleichbare Referenzen anerkenne, gebe es für den Mindestjahresumsatz nicht. Eine Aufweitung auf ähnliche Leistungen, wie bei den Referenzen für Störungsbeseitigung (Liefern und Aufstellen von Verkehrszeichen, Absicherung von Gefahrenstellen, Baum- und Gehölzarbeiten, Reinigung von Verkehrsflächen) habe der Antragsgegner beim Mindestjahresumsatz gerade nicht zugelassen. Insoweit habe von der Vergabestelle und auch von der Vergabekammer nur der Mindestjahresumsatz aus Leistungen der Störungsbeseitigung im engen Sinn bewertet werden dürfen.

80 Der Beigeladene erfülle nicht die geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und sei zwingend auszuschließen.

81 **Der Antragsgegner beantragt zur Anschlussbeschwerde der Antragstellerin:**

82 1. Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.

83 2. Die Kosten der Anschlussbeschwerde der Antragstellerin aufzuerlegen.

84 **Der Antragsgegner trägt zur Anschlussbeschwerde der Antragstellerin vor:**

85 Die Anschlussbeschwerde sei mangels formeller Beschwer unzulässig. Die Vergabekammer habe über den Nachprüfungsantrag im Sinne der Antragstellerin entschieden.

86 Der Beigeladene habe den geforderten Mindestjahresumsatz im Bereich Störungsbeseitigung wirksam nachgewiesen. Mit Beschluss vom 21.12.2022, Verg .../..., habe das OLG Jena bestätigt, dass die Angaben des Beigeladenen aus der Eigenerklärung zur Eignung (EzE) durch eine entsprechende Bescheinigung des Steuerberaters belegt worden seien. Die geforderten Mindestjahresumsätze seien somit, wie durch den Beigeladenen angegeben, nachgewiesen.

87 **Der Beigeladene beantragt zur Anschlussbeschwerde der Antragstellerin:**

88 Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen. Die Kosten der Anschlussbeschwerde trägt die Antragstellerin.

89 **Der Beigeladene trägt zur Anschlussbeschwerde der Antragstellerin vor:**

90 Die Anschlussbeschwerde sei unzulässig. Es fehle eine formelle Beschwer der Antragstellerin, denn die Vergabekammer sei ihrem Antrag gefolgt. Auf die Begründung der Vergabekammerentscheidung komme es dabei nicht an. Auch eine materielle Beschwer liege nicht vor. Der Auftraggeber werde nach Ziffer 2 des angefochtenen Beschlusses bei fortbestehender Beschaffungsabsicht verpflichtet, das Vergabeverfahren in den Stand der Prüfung und Wertung zurückzuversetzen und das Vergabeverfahren von diesem Zeitpunkt an unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen. Wie der Antragsgegner diesen Beschluss umsetze, sei seine Angelegenheit. Aufgrund der Vertragsfreiheit könne und dürfe der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich nicht dazu gezwungen werden, einen Auftrag an einen geeigneten Bieter zu erteilen.

II.

91 Die gemäß § 171 Abs. 1 Satz 1 GWB statthaften und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegten Beschwerden des Antragsgegners und des Beigeladenen sind begründet. Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin ist unzulässig.

1.

92 Die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin ist unzulässig.

93 Es ist anerkannt, dass die in §§ 171 ff. GWB nicht explizit vorgesehene Anschlussbeschwerde den Beteiligten des Vergabenachprüfungsverfahrens grundsätzlich zur Verfügung steht (MüKoEuWettbR/Gröning, 4. Aufl. 2022, GWB § 171 Rn. 14; Ziekow/Völlink/Dicks/Willner, 5. Aufl. 2024, GWB § 171 Rn. 8 f.; BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17 –, Rn. 18, juris; OLG Celle, Beschluss vom 7. Juli 2022 – 13 Verg 4/22 –, Rn. 71, juris). Für die Zulässigkeit der Anschlussbeschwerde sind die Vorschriften der ZPO über die Anschlussberufung entsprechend heranzuziehen (Ziekow/Völlink/Dicks/Willner,

5. Aufl. 2024, GWB § 171 Rn. 9, beck-online; BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17 –, Rn. 18, juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. April 2022 – 11 Verg 11/21 –, Rn. 81, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2019 – VII-Verg 36/18 –, Rn. 85, juris).

94 Die Anschlussbeschwerde muss analog § 524 Abs. 2 S. 2 ZPO bis zum Ablauf der Beschwerdeerwiderungsfrist erhoben werden (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17 –, Rn. 18, juris; Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – 54 Verg 1/18 –, Rn. 70, juris, m.w.N.), was vorliegend geschehen ist. Sie kann auch bedingt erhoben werden für den Fall, dass dem in erster Linie gestellten Antrag auf Zurückweisung des Rechtsmittels nicht entsprochen wird (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 9. August 2004 – Verg 015/04 –, Rn. 6, juris).

95 Die Anschlussbeschwerde verliert ihre Wirkung, wenn die Beschwerde zurückgenommen oder als unzulässig verworfen wird (§ 524 Abs. 4 ZPO; Ziekow/Völlink/Dicks/Willner, 5. Aufl. 2024, GWB § 171 Rn. 9, beck-online), nicht aber, wenn - wie vorliegend - über die Beschwerde in der Sache entschieden wird.

96 Die Anschlussbeschwerde bedarf zwar keiner eigenen Beschwer (Ziekow/Völlink/Dicks/Willner, 5. Aufl. 2024, GWB § 171 Rn. 9, beck-online). Jedoch muss eine Abänderung der angefochtenen Entscheidung zugunsten des Anschlussbeschwerdeführers möglich sein (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 21. Dezember 2018 – 54 Verg 1/18, Rn. 76, juris). Es handelt sich um einen „Gegenangriff“ innerhalb des vom Rechtsmittelführer angestrengten Rechtsmittelverfahrens. Ihre Zulässigkeit setzt somit voraus, dass sie sich mit einem gegenläufigen Ziel gegen den Rechtsmittelführer richtet, d.h. mit der Anschließung muss ein über die Zurückweisung des Rechtsmittels hinausgehender Erfolg gegen den Rechtsmittelführer angestrebt werden (OLG Koblenz, Beschluss vom 16. Januar 2017 – Verg 5/16 –, Rn. 23, juris). Im Rahmen der Anschlussbeschwerde bedarf es daher eines Antrags, der materiell über die bloße Zurückweisung der sofortigen Beschwerde selbst hinausgeht (BeckOK VergabeR/Michaels, 34. Ed. 1.2.2023, GWB § 171 Rn. 41, beck-online). Das Anschlussrechtsmittel ist deshalb unzulässig, wenn man mit ihr in Wahrheit nur ein bereits mit der Erstentscheidung zuerkanntes Begehren verfolgt, etwa, um das bereits zuerkannte Begehren auch aus einem anderen in der Erstentscheidung verneinten Grund zu erreichen (zur Anschlussberufung: Anders/Gehle/Göertz, 83. Aufl. 2025, ZPO § 524 Rn. 21, beck-online). Nicht zulässig ist die Einlegung eines Anschlussrechtsmittels deswegen lediglich zwecks Änderung der Gründe der angefochtenen Entscheidung (vgl. zur Anschlussberufung: Zöller - Heßler, ZPO; 35. A., § 524 ZPO, Rn. 30).

97 Hier erschöpft sich die Anschlussbeschwerde der Antragstellerin materiell in der Verteidigung der angefochtenen Entscheidung mit der ergänzenden Begründung, der Beigeladene habe entgegen der Auffassung der Vergabekammer den erforderlichen Nachweis des Mindestjahresumsatzes nicht erbracht. Die Anschlussbeschwerde richtet sich damit allein gegen einen Begründungsstrang der Entscheidung der Vergabekammer, nicht aber gegen deren Ergebnis.

98 Die Anschlussbeschwerde ist auch nicht erforderlich, um zu verhindern, dass eine Entscheidung in der Sache lediglich unter Berücksichtigung der von den Beschwerdeführern angegriffenen Erwägungen getroffen wird. Gemäß § 175 Abs. 2 iVm §§ 75 Abs. 1, 76 Abs. 1 GWB erforscht das Beschwerdegericht den Sachverhalt von Amts wegen und entscheidet nach seiner freien, aus dem Gesamtergebnis des Verfahrens gewonnenen Überzeugung. Diese Verpflichtung reicht so weit, wie das Vorbringen der Beteiligten oder der sonstige Tatsachenstoff bei verständiger Würdigung dazu einen hinreichenden Anlass

bietet. Demgemäß hat das Beschwerdegericht den Sachverhalt aufgrund eigener Ermittlungen (nur) insoweit aufzuklären, als der Vortrag der Beteiligten reicht oder sich entscheidungserhebliche Tatsachen aufdrängen. Hingegen zwingt der Untersuchungsgrundsatz nicht dazu, allen denkbaren Möglichkeiten von Amts wegen nachzugehen. Dem Beschwerdegericht obliegt eine Aufklärungs- und Ermittlungspflicht (nur) insoweit, als das Vorbringen der Beteiligten oder der Sachverhalt als solcher bei sorgfältiger Überlegung der Gestaltungsmöglichkeiten dazu Veranlassung gibt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. März 2019 – VII-Verg 42/18 –, Rn. 37, juris). In diesem Rahmen hat das Beschwerdegericht auch in erster Instanz erfolglos geltend gemachte Vergaberechtsverstöße zu berücksichtigen, soweit dies für die materiell zutreffende Entscheidung in der Sache erforderlich ist, ohne dass es einer erneuten förmlichen Geltendmachung bedarf. Der Beschwerdegegner ist im Umfang seiner Verteidigung, nicht auf diejenigen Vergaberechtsverstöße beschränkt, die der Beschwerdeführer zum Gegenstand seiner Beschwerdebegründung macht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Juli 2001 – Verg 16/01 –, Rn. 55, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 28. Dezember 1999 – Verg 7/99 –, Rn. 16, juris).

2.

99 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig. Die Antragstellerin ist als Mitbewerberin ohne Weiteres antragsbefugt i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB.

100 Sie ist mit ihrem Vorbringen auch nicht gemäß § 160 Abs. 3 GWB präkludiert, soweit Aufklärungs- und Dokumentationsmängel geltend gemacht werden. Von diesen hat sie erst während des Nachprüfungsverfahrens im Zuge der Akteneinsicht Kenntnis erhalten. Einer Rüge bedarf es insoweit nicht (BGH, Beschluss v. 26. September 2006 – X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, Rn. 37). Alle übrigen Beanstandungen waren Gegenstand ihres umfangreichen Rügeschreibens.

101 Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags spricht auch nicht eine von dem Beigeladenen geltend gemachte Rechtsmissbräuchlichkeit. Eine solche wird in § 180 GWB als Grund für einen Schadensersatzanspruch normiert und wäre insbesondere dann gegeben, wenn der Nachprüfungsantrag ausschließlich zu dem Zweck erhoben worden wäre, die Auftragserteilung zu verhindern oder dem Beigeladenen zu schaden. Wer aber „sich selbst realistische Chancen auf den Auftrag ausrechnen kann und selbst um diesen kämpft, dem kann schwerlich Behinderungs- oder Schädigungsabsicht unterstellt bzw. nachgewiesen werden“ (MüKoEuWettbR/Gröning, 4. Aufl. 2022, GWB § 180 Rn. 18). Vorliegend besteht zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen ein intensiver Wettbewerb, in dem Auseinandersetzungen mit „harten Bandagen“ ausgetragen werden. Es ist nicht Aufgabe des Senats, die Grenzen wettbewerbsadäquaten Verhaltens allgemein zu bestimmen. Jedenfalls für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags kommt es im Hinblick auf das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis (vgl. Hertwig, VergabeR/Hertwig, 7. Aufl. 2021, Rn. 384) allein darauf an, dass der Wille der Antragstellerin erkennbar ist, anstelle des Beigeladenen mit der ausgeschriebenen Leistung beauftragt zu werden, und das Nachprüfungsverfahren diesem Ziel dient. Dies ist angesichts des Vortrags ganz offensichtlich der Fall. Für die Berücksichtigung weitergehender Motive bietet das geltende Recht keinen Ansatzpunkt.

102 Soweit der Beigeladene das Vorliegen der Ausschlussgründe gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 3, 8, 9 GWB in Bezug auf die Antragstellerin geltend macht, steht dies der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ebenfalls nicht entgegen. Es gilt grundsätzlich das Vorste-

hende entsprechend. Überdies handelt es sich nicht um zwingende, sondern um fakultative Ausschlussgründe, über deren Berücksichtigung der Antragsgegner (MüKoEuWettbR/Pauka/Krüger, 4. Aufl. 2022, GWB § 124 Rn. 46, 48; Ziekow/Völlink/Stolz, 5. Aufl. 2024, GWB § 124 Rn. 2), nicht der Senat zu entscheiden hat. Der Antragsgegner hat nicht zu erkennen gegeben, dass er einen Ausschluss des Antragstellers aus den von dem Beigeladenen vorgetragenen Gründen in Betracht zieht. Für eine Ermessensfehlerhaftigkeit dieser Entscheidung sieht der Senat keinen Anhaltspunkt.

3.

103 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist unbegründet, weswegen die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen ist.

a)

104 Der Beigeladene hat seine Eignung nachgewiesen.

aa)

105 Der Beigeladene hat die geforderten Referenzen Winterdienst und Störungsbeseitigung erbracht.

106 Gemäß der Bekanntmachung waren drei „vergleichbare Leistungen“ im Winterdienst, ergänzt um den Hinweis: „Achtung: Referenznachweise für die Erbringung von Winterdienstleistungen auf dem klassifizierten Straßennetz/Bundes-, Landes- oder Kreisstraßen“, und eine „vergleichbare Leistung“ in der Störungsbeseitigung im Zeitraum 20...-20... nachzuweisen. Weitere Anforderungen, insbesondere in Bezug auf die Länge und Lage der Strecken hat der Antragsgegner nicht formuliert. Dies geschah nach seiner mehrfachen und unwidersprochen gebliebenen Darlegung im Verlauf der Nachprüfung bewusst, um den Wettbewerb offen zu halten.

(1)

107 Der Beigeladene hat vier Referenzen für den Winterdienst erbracht, wovon sich zwei auf Stadtgebiete/Ortsteile einschließlich dort befindlicher Bundes-, Landes- und Kreisstraßen bezogen, davon ca. 18 km freie Strecke. Deren Bewertung als vergleichbare Leistungen durch den Antragsgegner ist nicht zu beanstanden.

108 Zweck von Referenzen i.S.v. § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ist es, die tatsächliche Fähigkeit des Bieters zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung nachzuweisen. Das OLG Celle (Urteil vom 23.05.2019 – 13 U 72/17) hat diesbezüglich zutreffend ausgeführt:

109 „Bei dem Begriff „vergleichbare Leistung“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der anhand des Wortlauts der Vergabeunterlagen und von Sinn und Zweck der geforderten Angaben unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes auszulegen ist. Dabei bedeutet die Formulierung „vergleichbar“ nicht „gleich“ oder gar „identisch“, sondern, dass die Leistungen im technischen oder organisatorischen Bereich einen gleich hohen oder höheren Schwierigkeitsgrad hatten (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O., Rn. 58; OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Oktober 2006 - 11 Verg 8/06, juris Rn. 38; Schleswig -Holsteinisches OLG, Beschluss vom 28. Juni 2016 - 54 Verg 2/16, juris Rn. 111; OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 39; VK Bund, Beschluss vom

14. Dezember 2011 - VK 1- 153/11, juris Rn. 46). Die Referenzen für die Ausführung vergleichbarer Leistungen sind Teil einer Prognosegrundlage für die (spätere) Phase der Leistungserbringung.

110 Deshalb geht es nicht um einen „1:1“ Vergleich bereits abgearbeiteter Aufträge mit dem zu vergebenden Auftrag, sondern allein darum, ob im Hinblick auf bereits durchgeführte Aufträge die Prognose gerechtfertigt ist, dass die fachliche und technische Leistungsfähigkeit auch im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag gegeben ist. Diese Auslegung des Begriffs der „Vergleichbarkeit“ wird auch regelmäßig dem Sinn des Vergabeverfahrens und dem Wettbewerb gerecht, da anderenfalls alle Bewerber, die die ausgeschriebene Leistung bisher nicht oder nicht so in ihrem Programm hatten, von vornherein ausgeschlossen wären (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Oktober 2006 - 11 Verg 8/06, juris Rn. 38; OLG München, a.a.O., Rn. 49). Erforderlich, aber auch ausreichend ist deshalb die Vorlage solcher Referenzleistungen, die der ausgeschriebenen Leistung soweit ähneln, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bieters auch für die ausgeschriebene Leistung ermöglichen (vgl. OLG München, a.a.O., Rn. 47; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014 - 11 Verg 1/14, juris Rn. 58, sowie Beschluss vom 24. Oktober 2006 - 11 Verg 8/06, juris Rn. 38; OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 39; Schleswig- Holsteinisches OLG, a.a.O., Rn. 111, VK Bund, a.a.O., Rn. 46).“

111 Anzulegen ist mithin (nur) ein Ähnlichkeitsmaßstab (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.2.2024 – Verg 23/23; MüKoEuWettbR/Hölzl, 4. Aufl. 2022, VgV § 46 Rn. 16 Beck VergabeR/Mager, 3. Aufl. 2019, VgV § 46 Rn. 15). Es kommt – nicht zuletzt vor dem Hintergrund des vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatzes, § 97 Abs. 1 GWB – gerade nicht auf eine völlige oder auch nur weitgehende Übereinstimmung früherer Leistungen mit der ausgeschriebenen Leistung an, sondern allein auf die kategoriale Vergleichbarkeit. Erforderlich ist allein, dass die „Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet“ (OLG München, Beschluss vom 27.07.2018 - Verg 02/18). Zu diesem Zweck muss „jedenfalls ein Mindestmaß an Vergleichbarkeit zwischen der referenzierten Leistung und der ausgeschriebenen Leistung besteh[en]“ (OLG Frankfurt, Beschl. vom 23. Dez. 2021 – 11 Verg 6/21, ZfBR 2022, 295, 299).

112 Bei der Anwendung dieses Maßstabs „kommt der Vergabestelle, die regelmäßig über spezifisches Fachwissen und fachliche Erfahrung verfügt, ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu“ (OLG München, Beschluss vom 27.07.2018 - Verg 02/18). Diesen hat das OLG Celle zutreffend wie folgt gekennzeichnet:

113 „Zwar steht der Vergabestelle bei der Prüfung der Eignung eines Bieters grundsätzlich ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Das gilt namentlich für die Überprüfung von Referenzen und die Beurteilung von deren Vergleichbarkeit (vgl. OLG München, Beschluss vom 12. November 2012, Verg 23/12, juris Rn. 48; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014 - 11 Verg 1/14, juris Rn. 56; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2008 - VII- Verg 54/08, juris Rn. 42). Die Überprüfung der Vergleichbarkeit ist deshalb darauf beschränkt, ob der der Eignungsprüfung zugrunde gelegte Sachverhalt zutreffend und vollständig ermittelt und bei der Eignungsprüfung berücksichtigt worden ist sowie allgemeine Bewertungsmaßstäbe eingehalten worden sind und sachwidrige Erwägungen dabei keine Rolle gespielt haben (vgl. OLG Frankfurt, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O., Rn. 51; Summa in: jurisPK -Vergaberecht, 4. Aufl., § 16 VOB/A 2012 Rn. 311).“

114 Diesen Maßstab zu Grunde gelegt, ist die Wertung des Antragsgegners nicht zu beanstanden. Es handelt sich in allen Fällen unstreitig um Winterdienstleistungen von wirtschaftlich erheblichem Umfang. Soweit zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen streitig ist, ob die Winterdienstleistungen inner- oder außerorts schwieriger zu erbringen sind, kommt es darauf nicht an. Indem der Antragsgegner bewusst darauf verzichtet hat, Anforderungen an deren Erbringung aufzustellen, die über die Straßenklassifizierung - mit der spezifische Qualitätserfordernisse einhergehen - hinausgehen, hat er den Maßstab der Vergleichbarkeit in einer nicht rechtswidrigen Weise bestimmt und in der Folge konsequent angewendet. Denn beim Fehlen von – ggf. weiteren – Vorgaben, welche Art von Referenzaufträgen der Auftraggeber „als geeignet ansieht, liegt eine „geeignete“ Referenz bereits dann vor, wenn der Leistungsgegenstand der Art nach in der Vergangenheit bereits erbracht wurde“ (Ziekow/Völlink/Goldbrunner, 5. Aufl. 2024, VgV § 46 Rn. 14). Für sachwidrige Erwägungen und damit für eine willkürliche Handhabung bestehen keine Anhaltspunkte. Vielmehr ist sowohl die Festlegung der Anforderungen an Referenzen als auch deren Bewertung in einer besonders wettbewerbsorientierten Weise erfolgt (zur Gebotenheit siehe auch MüKoEuWettbR/Hölzl, 4. Aufl. 2022, VgV § 46 Rn. 16 m.w.N.). Den geforderten Nachweis der Befähigung zur Erfüllung der Qualitätsanforderungen im Winterdienst auf Bundes-, Landes- und Kreisstraßen konnte der Beigeladene mit den vorgelegten Referenzen daher erbringen.

115 Da der Beigeladene in Bezug auf den Winterdienst vier statt der geforderten drei Referenzen vorgelegt hat, kommt es nicht darauf an, ob die Referenz aus Meiningen im Hinblick darauf berücksichtigt werden kann, dass er dort als Teil einer ARGE tätig geworden ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch dies durch die Fassung der Bekanntmachung nicht ausgeschlossen wurde (zur grundsätzlichen Zulässigkeit siehe auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12.9.2012 – VII-Verg 108/11).

116 Zutreffend hat die Vergabekammer es ungeachtet der Formulierung des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV („früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge“) nicht beanstandet, dass der Antragsgegner eine Referenz berücksichtigt hat, die auf einem zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht vollständig erbrachten Auftrag beruht hat. Gegenteiliges war auf Grundlage der Bekanntmachung in Übereinstimmung mit der möglichst weitgehenden Wettbewerbsöffnung nicht gefordert und auch normativ nicht zwingend geboten. Vielmehr spricht der Wettbewerbsgrundsatz, § 97 Abs. 1 S. 1 GWB, tendenziell für ein anderweitiges Verständnis (vgl. Tomerius, in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 46 VgV Rn. 7). Das Ziel des Nachweises der tatsächlichen Befähigung zur Erfüllung des ausgeschriebenen Auftrags setzt auch nicht voraus, dass die betreffenden Referenzen sich auf abgeschlossene Aufträge beziehen (Voppel/Osenbrück/Bubert VgV/Voppel, 4. Aufl. 2018, VgV § 46 Rn. 31; a.A. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal/Ackermann/Jauch, 3. Aufl. 2022, VgV § 46 Rn. 22; zur entgegengesetzten Problematik eines von der Vergabestelle geforderten „erfolgreichen Abschlusses“ OLG Schleswig, Beschl. v. 28.6.2016 – 54 Verg 2/16, NZBau 2016, 593). Bei mehrjährigen Dienstleistungsaufträgen, deren „passgenauer“ Ablauf letztlich zufällig ist, kann der gewünschte Nachweis auch dadurch erbracht werden, dass die Leistungserbringung bereits seit längerer Zeit erfolgt (vgl. MüKoEuWettbR/Hölzl, 4. Aufl. 2022, VgV § 46 Rn. 17). Damit scheiden soeben begonnene Aufträge als Referenz aus. Solche stehen vorliegend jedoch nicht in Frage.

(2)

117 Nicht zu beanstanden ist des Weiteren die Berücksichtigung der Referenz zur Störungsbeseitigung.

118 Dass der betreffende Auftrag auf einer festgestellt vergaberechtswidrigen Interimsvergabe beruht, ist im Hinblick auf die Zielrichtung als Eignungsnachweis unerheblich. Andernfalls würde dem Bieter ein ihm nicht zuzurechnender Vergaberechtsverstoß eines öffentlichen Auftraggebers angelastet. Es geht jedoch nicht um den Nachweis umfassender Rechtmäßigkeit früherer Beauftragungen, sondern um denjenigen der Befähigung zur Leistungserbringung durch den Bieter. Diese wiederum ist von der Rechtmäßigkeit einer Beauftragung unabhängig.

119 Die kurze Dauer der Referenz in Bezug auf die Störungsbeseitigung stellt die Bewertung als vergleichbar durch den Antragsgegner unter Berücksichtigung der oben dargestellten Maßstäbe nicht in Frage. Der Antragsgegner hat bewusst auf potenziell die Zahl der Teilnehmer am Vergabewettbewerb beschränkende Anforderungen verzichtet und damit seinen Beurteilungsspielraum dahingehend genutzt, die Vergleichbarkeit im weitestmöglichen Maße zu bestimmen.

bb)

120 Der Beigeladene hat auch den geforderten Nachweis über Mindestjahresumsätze erbracht.

121 Die Vergabekammer hat in zutreffender Auslegung der Formulierung in der Bekanntmachung („Angaben zu bestimmtem Mindestjahresumsatz, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags“) ungeachtet des Raums für drei Jahreseintragungen in den Vergabeunterlagen entschieden, dass nur ein derartiger Nachweis zu erbringen war, nicht aber – wie von der Antragstellerin angenommen – drei Nachweise.

122 Der Beigeladene hat die geforderte Erklärung eines Steuerberaters über einen Mindestjahresumsatz (auch) im Bereich Störungsbeseitigung beigebracht. Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 21.12.2022 - Verg 3/22 - hierzu ausgeführt: „Der Senat bestätigt aufgrund seiner Aktenkenntnis, dass die Angaben des Beigeladenen seitens des Steuerberaters bestätigt wurden.“ In Anbetracht dessen hatte der Antragsgegner ungeachtet der im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens von der Antragstellerin geäußerten Zweifel an der Belastbarkeit der Angaben keine Veranlassung, an der Nachweisführung zu zweifeln.

123 Erneut ist es schließlich unerheblich, dass sich der Nachweis auf einen Auftrag bezieht, der vergaberechtswidrig erteilt wurde. Insofern gilt das Vorstehende in gleicher Weise.

cc)

124 Es fehlt dem Beigeladenen auch nicht mangels beizubringender Verfügbarkeitsnachweise an der Eignung.

(1)

125 Dies gilt zunächst für die Verfügbarkeit von Mindeststreusalz- und -solemengen. Der Beigeladene hat die hierfür erforderliche Zusagen seines Lieferanten beigebracht.

126 Des Weiteren hat er auch den Nachweis des Zugriffs auf die erforderlichen Lagerkapazitäten durch den Nachweis der Anmietbarkeit einer Grundstücksfläche beigebracht, auf der sich auch überdachte Lagerhallen mit der für den Auftrag erforderlichen Aufnahmekapazität befinden. Mehr ist im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht geboten. Soweit das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der Vermietungssituation sowie der baulichen Gegebenheiten vor Ort darauf abzielt, dies in Zweifel zu ziehen, berücksichtigt sie nicht die Eigentumsverhältnisse der unter einer Adresse zusammengefassten Grundstücke. Es ist unstreitig, dass unter der benannten Adresse insgesamt vier Grundstücke zusammengefasst sind. Die Angaben (nur) einer Grundstückseigentümerin, die die Antragstellerin im Beschwerdeverfahren in Bezug genommen hat, sind daher ohne Aussagekraft. Darüber hinaus verkennt die Antragstellerin, dass eine Vorbereitung des anzumietenden Grundstücks auf die Nutzung als Salz- und Solelager zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe durch den Beigeladenen noch nicht erfolgt sein muss.

127 Das von dem Beigeladenen eingereichte, allerdings abgelaufene Prüfzeugnis der angegebenen Solebehälter trifft keine Aussage über deren Verwendbarkeit und steht der Eignung des Beigeladenen ebenfalls nicht entgegen. Der Antragsgegner konnte dieses schon deshalb im Rahmen der Eignungsprüfung nicht berücksichtigen, weil er ein entsprechendes Zeugnis nicht angefordert hat. Auch gestattet das unaufgefordert eingereichte Zeugnis nicht den Schluss darauf, dass der Solebehälter des Beigeladenen zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung nicht verwendbar wäre. Vielmehr obliegt es dem Beigeladenen in eigener Verantwortung, nicht nur dessen tatsächliche Verfügbarkeit, sondern auch seine rechtliche Nutzbarkeit sicherzustellen.

(2)

128 Eine fehlende Eignung des Beigeladenen folgt auch nicht daraus, dass er bei der Anzeige an die untere Naturschutzbehörde in dem betreffenden Formular „Umschlaganlage“ statt – wie richtigerweise geboten – „Lageranlage“ angekreuzt hat. Zwar ist diese Angabe unzutreffend. Dies ist jedoch aufgrund der textlichen Darstellung, die klar auf eine Lageranlage verweist, für die Fachbehörde ohne Weiteres ersichtlich. Der Informationszweck der Anzeige wurde somit uneingeschränkt erreicht. Vorliegend ausgestaltet als Eignungserfordernis zielt die Notwendigkeit der Beibringung der Anzeige nicht darauf ab, die Fähigkeit der Bieter zur zutreffenden Ausfüllung von Formularen aller Art zu überprüfen, sondern ausschließlich auf einen frühzeitigen Hinweis der Fachbehörde auf mögliche Entwicklungen in ihrem Aufgabenbereich, der als unternehmensbezogenes Kriterium von den Bietern mit ihrem Angebot einzureichen war. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer hätte der Antragsgegner daher eine Korrektur nach § 56 Abs. 2 S. 1 VgV veranlassen können. Es stand jedoch in seinem Ermessen, dies zu unterlassen, da der Zweck der Anzeige auch mit dem falsch angekreuzten Anzeigeformular erreicht wurde.

(3)

129 Die Eignung des Beigeladenen entfällt auch nicht, weil unstreitig das Winterdienstfahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen ... über kein NOVASIB-Zertifikat verfügt. Die damit zu bestätigende technische Ausstattung war nicht erforderlich, da nach der Leistungsbeschreibung bei dem nachzuweisenden zusätzlichen Winterdienstfahrzeug zwar sämtliche technischen Anforderungen zu erfüllen waren, allerdings mit einer explizit benannten Ausnahme für die elektronische Leistungserfassung. Gerade deren Vorliegen wird jedoch durch das NOVASIB-Zertifikat bestätigt. Es steht zur Überzeugung des Senats fest,

dass dem betreffenden Fahrzeug im Angebot des Beigeladenen die Funktion eines zusätzlichen Winterdienstfahrzeugs zukommen sollte. Das insoweit fehlende NOVASIB-Zertifikat war daher auch nicht beizubringen.

b)

130 Aufklärungsmängel in Bezug auf das Angebot des Beigeladenen sind dem Antragsgegner nicht vorzuwerfen.

aa)

131 Dies gilt zunächst im Hinblick auf den Fortbestand der Leistungsfähigkeit des Beigeladenen. Dessen mit der Angebotsabgabe abgegebene Erklärung der Verfügbarkeit von Personal und Fahrzeugen sowie des Solelagers liegt mehr als zwei Jahre zurück, so dass diesbezügliche Änderungen nicht ausgeschlossen sind. Dies gilt auch im Hinblick auf zwischenzeitlich erlangte andere Aufträge. Jedoch sind allein solche nicht geeignet, die Leistungsfähigkeit eines Bieters in Frage zu stellen, handelt es sich doch um normale Vorgänge des Wirtschaftslebens. In Anbetracht der wiederholt im Zusammenhang mit der Verlängerung der Bindungswirkung des Angebots von dem Beigeladenen implizit erklärten fortbestehenden Leistungswilligkeit und Leistungsfähigkeit bestand mangels sonstiger Anhaltspunkte für den Antragsgegner keine Veranlassung für weitergehende Aufklärungsmaßnahmen.

bb)

132 Soweit die Vergabekammer Bedenken hinsichtlich der Erklärung des Beigeladenen gegenüber dem Antragsgegner hinsichtlich der Gesamtlagerkapazität für Salz und Sole hat, teilt der Senat diese nicht. Der Beigeladene hat zweifelsfrei erklärt, dass ihm die geforderten Mindestlagerkapazitäten zur Verfügung stehen. Zu darüber hinausgehenden Angaben ist er mit Blick auf den zu vergebenden Auftrag nicht verpflichtet. Überdies können von Bietern in einer Situation wie der vorliegenden, in der die Anmietung des Grundstücks und der darauf befindlichen, als Lager zu nutzenden Gebäude noch nicht erfolgt ist, keine Angaben verlangt werden, von denen er selbst mangels Besitzes nicht notwendig Kenntnis haben muss. Für eine Kenntnisverschaffungspflicht fehlt es – auch mangels Auftragsbezugs – an einer rechtlichen Grundlage.

cc)

133 Auch die unterbliebene Einbeziehung des Beigeladenen in die Aufklärung der Preisangemessenheit durch den Antragsgegner stellt keinen Vergaberechtsverstoß dar. Unerheblich sind dabei die zwischen der Antragstellerin und dem Beigeladenen umstrittenen Gründe für den deutlich günstigeren Angebotspreis des Beigeladenen.

134 Grundsätzlich hat im Falle eines ungewöhnlich niedrigen Angebots, das vorliegend aufgrund der Preisdifferenz von mehr als 10 % gegeben war, der öffentliche Auftraggeber nach § 60 Abs. 1 VgV von dem betreffenden Bieter Aufklärung zu verlangen; hierauf hat ein Wettbewerber gemäß § 97 Abs. 6 GWB Anspruch „insofern, als er, dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs vergleichbar, verlangen kann, dass sein Angebot nicht ohne den Versuch der vorherigen Aufklärung der aufgekommenen Fragen und Ausräumung entstandener Bedenken aus der Wertung genommen wird“ (BGH, Beschluss vom 31.1.2017 – X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 20, 22). Diese Aufklärung ist vorliegend unterblieben. Im Hinblick auf die auch dem Schutz des betreffenden Bieters dienende Zweckset-

zung (EuGH, Urteil vom 29.3.2012 – C-599/10, NZBau 2012, 376 Rn. 27 ff. – NDS) ist dessen Beteiligung jedoch verzichtbar, wenn der öffentliche Auftraggeber anderweitig Klarheit über die Seriosität des Angebotspreises erlangen kann. Denn „[d]as Gebot einer Aufklärung durch das betroffene Bieterunternehmen besteht ... nicht um seiner selbst willen. Sofern der öffentliche Auftraggeber aufgrund anderweitiger gesicherter Erkenntnisse zu der beanstandungsfreien Feststellung gelangt, das Angebot eines Bieters sei nicht ungewöhnlich oder unangemessen niedrig, darf er auf eine Aufklärung durch den betroffenen Bieter verzichten ... Eine Aufklärung nach § 60 Abs. 1 S. 2 VgV hat nicht lediglich aus formalen Gründen zu erfolgen“ (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26.10.2022 – VII-Verg 18/22, NZBau 2024, 425, Rn. 68).

135 So liegt der Fall hier. Der Antragsgegner hat auf der Grundlage der ihm bereits vorliegenden Angaben die Preiskalkulation des Beigeladenen umfassend nachvollziehen können und ist auf dieser Grundlage nachvollziehbar zu der Einschätzung gekommen, dass es weder weiterer Erläuterung bedürfe noch Risiken für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung bestünden. Die Zwecke des § 60 Abs. 1 VgV wurden mithin umfassend auch ohne Einbeziehung des Beigeladenen erreicht, so dass diese rechtlich nicht erforderlich war.

dd)

136 Die Antragstellerin wird schließlich nicht durch Dokumentationsmängel in ihren Rechten nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB (ex post-Transparenz) verletzt. Wenngleich die Verwendung von Formularen zum Ankreuzen per se zur Dokumentation von Entscheidungen im Vergabeverfahren nicht zu beanstanden ist, muss diese doch die jeweils maßgeblichen Gründe erkennen lassen. Daran fehlt es vorliegend bei isolierter Betrachtung der Dokumentation in Bezug auf die Vergleichbarkeit der als Referenz angegebenen Leistungen, die Verfügbarkeit des Lagers und die Angemessenheit des Preises. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass Dokumentationsmängel durch geeigneten Vortrag infolge einer Rüge oder im Nachprüfungsverfahren geheilt werden können (ausführlich m.w.N. Leinemann/Otting/Kirch/Homann/v. Ulmenstein, 1. Aufl. 2024, VgV § 8 Rn. 33 ff.). Der Antragsgegner hat jedenfalls vor der Vergabekammer wie auch vor dem erkennenden Senat schriftsätzlich und mündlich ausführlich und nachvollziehbar die Gründe für seine Entscheidungen dargelegt. Der Senat hat keinen Anlass, an der Richtigkeit der Darlegungen zu zweifeln, so dass die vormaligen Dokumentationsmängel geheilt sind.

4.

137 Die Kostentragung durch die Antragstellerin entspricht der Billigkeit.

138 Da die Antragstellerin im vorliegenden Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unterliegt, hat sie gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Verfahrens und gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten des Antragsgegners zu tragen. Darüber hinaus entspricht es der Billigkeit, ihr gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung erforderlichen Kosten des Beigeladenen aufzuerlegen, weil sich die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Beigeladenen gestellt und der Beigeladene sich aktiv und mit eigenen Anträgen am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004 – VII-Verg 12/03 –, Rn. 5, ju-

ris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 23. Mai 2002 – Verg 7/02 –, Rn. 21, juris).

139 Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch den Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer war gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB iVm § 80 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG für notwendig zu erklären, da der Beigeladene der Wahrnehmung seiner Interessen bei den für Vergabenachprüfungsverfahren üblichen gesteigerten rechtlichen Anforderungen nur durch die Bevollmächtigung eines Rechtskundigen gerecht werden konnte (Burgi/Dreher/Opitz/Krohn, 4. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 63, beck-online; Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 9. Januar 2009 – 1 Verg 1/08 –, Rn. 10, juris), da nichts dafür ersichtlich ist, dass der Beigeladene auch ohnedies zweifelsfrei selbst über die erforderlichen personellen Kapazitäten verfügt hat, um eine der Komplexität des Falles gerecht werdende Bearbeitung des Nachprüfungsverfahrens sicherzustellen (Willenbruch - Schneevogl, Vergaberecht, 5. A., § 182 GWB, Rn. 65).

140 Es entspricht der Billigkeit, der Antragstellerin die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten im Beschwerdeverfahren Verg 2/23 aufzuerlegen (§§ 175 Abs. 2 iVm 71 Satz 1 GWB), da sie im Beschwerdeverfahren unterlegen ist. Im Regelfall entspricht es der Billigkeit, dass ein obsiegender Beschwerdeführer die Erstattung seiner Kosten verlangen kann. Ein Erstattungsanspruch ist bei einem Erfolg der Beschwerde nur zu versagen, wenn der Fall ausnahmsweise Besonderheiten aufweist, die einen solchen Anspruch unter Abwägung aller Umstände unbillig erscheinen lassen. Der Verfahrensausgang erweist sich damit im Regelfall weiterhin als das entscheidende Kriterium. Eine andere Verteilung ist zwar möglich, setzt aber besondere Umstände voraus (Burgi/Dreher/Opitz/Krohn, 4. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 84, beck-online), die hier nicht vorliegen. Dies umfasst die Kosten des Beigeladenen im Beschwerdeverfahren, weil sich der Beigeladene aktiv und mit eigenen Anträgen auch am Beschwerdeverfahren beteiligt hat (Burgi/Dreher/Opitz/Krohn, 4. Aufl. 2022, GWB § 182 Rn. 95, beck-online; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014 – VII-Verg 10/14 –, Rn. 38, juris). Es ist nicht erforderlich, dass für das Beschwerdeverfahren gesondert die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts festgestellt wird, da § 80 Abs. 2 VwVfG über § 182 Abs. 4 S. 2 GWB nur für das Verfahren vor der Vergabekammer gilt (Beckscher Vergaberechtskommentar - Willner, 4. Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 14).

5.

141 Die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.