
Datum: 21.02.2024
Gericht: Vergabekammer Westfalen
Spruchkörper: 3.
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VK 3 - 42/23

Schlagworte: Präklusion, Rahmenvereinbarung, Höchstmenge, Interessenkonflikt

Normen: GWB §160 Abs. 3; VgV §6 Abs. 3 Nr. 2

Sachgebiet: Vergaberecht

Leitsätze:

1. Obwohl ein Durchschnittsbieter, der an der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung teilnimmt, um das nicht eindeutig festgelegte Auftragsvolumen nach § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV und die damit verbundenen Ungewissheiten bei der Kalkulation wissen muss, ist für ihn nach einer zumindest laienhaft rechtlichen Bewertung nicht erkennbar im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB, dass die fehlende Angabe der Höchstmenge in rechtlicher Hinsicht einen Vergaberechtsverstoß darstellt. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich erst aus einer Auslegung des Gleichheits- und des Transparenzgrundsatzes und begründet sich mit dem nicht zumutbaren und unüberschaubaren Risiko, das einer nicht begrenzten Rahmenvereinbarung immanent ist (EuGH, Beschluss vom 17. Juni 2021, C-23/20). Dies gilt jedenfalls deshalb, da ein Durchschnittsbieter den Vergabeverstoß nicht zufällig beim Studium der Vergabeunterlagen auffallen kann, da erst das Fehlen der Information den Vergabeverstoß begründet. Es bedarf mit anderen Worten rechtlicher Beratung und Auswertung der Vergabeunterlagen.

2. Ausgehend von Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz muss die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sowohl die Angabe der Schätzmenge und/oder des Schätzwerts als auch eine Höchstmenge und/oder einen Höchstwert sowie den Hinweis enthalten, dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht ist (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20 und hieran anknüpfend OLG Koblenz,

Beschluss vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22; andere Auffassung noch die am Wortlaut des § 21 VgV orientierte Rechtsprechung des KG Berlin, Beschluss vom 20. März 2020, Verg 7/19 und der VK Bund, Beschluss vom 19. Juli 2019, VK 1 – 39/19). Dies ist erforderlich, da der Bieter erst auf Grundlage dieser Schätzung seine Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung beurteilen kann (vgl. EuGH aaO). Wäre der Höchstwert oder die Höchstmenge der Rahmenvereinbarung nicht angegeben oder die Angabe nicht rechtlich verbindlich, könnten sich öffentliche Auftraggeber zudem über diese Höchstmenge hinwegsetzen (vgl. EuGH aaO). Dann könnten Zuschlagsempfänger wegen Nichterfüllung der Rahmenvereinbarung vertraglich haftbar gemacht werden, wenn sie die von den öffentlichen Auftraggebern geforderten Mengen nicht leisten könnten, selbst wenn diese Mengen die Höchstmenge in der Bekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen überschreiten (vgl. EuGH aaO).

3. Ohne Angabe der Höchstmenge ist das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Bekanntmachung zurückzusetzen. Eine Korrektur des Verfahrensfehlers ist nur durch Überarbeitung der Bekanntmachung möglich. Denn bereits aus der Bekanntmachung muss sich für den Bieterkreis die Schätz- und Höchstmenge einer Rahmenvereinbarung ergeben, damit dieser seine Leistungsfähigkeit beurteilen und entscheiden kann, ob er an dem Vergabeverfahren teilnimmt (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20).

Tenor:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren in den Zustand vor Bekanntmachung zurückzusetzen. Insoweit sind Bekanntmachung und Vergabeunterlagen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu überarbeiten.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf [...] € festgesetzt.
3. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom 18. Juli 2023 (Referenznummer der Bekanntmachung: [...]) schrieb die Antragsgegnerin Sicherheitsdienstleistungen für Kulturbetriebe im nicht offenen Verfahren als Rahmenvereinbarung in zwei Losen aus. Los 1 betraf Sicherheitsdienstleistungen in Museen und Los 2 Sicherheitsdienstleistungen in kulturellen

1

2

3

Einrichtungen. Die Laufzeit des Vertrages betrug ein Jahr mit der Option, den Vertrag dreimal um jeweils ein weiteres Jahr zu verlängern. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem für EU-Vergaben maßgeblichen Schwellenwert für Sicherheitsdienstleistungen.

Für den Teilnahmewettbewerb sah Ziffer II.2.9 der Bekanntmachung teils unterschiedlich gewichtete Auswahlkriterien vor, anhand derer die Antragsgegnerin eine Wertungsreihenfolge zur Auswahl nur der fünf bestplatzierten Teilnehmer zu erstellen beabsichtigte. Die Auswahl sollte unter anderem erfolgen nach Anzahl und Berufserfahrung der eingesetzten Sicherheitsdienstmitarbeiter sowie der sich aus Referenzen ergebenden Berufserfahrung der Teilnehmer selbst in Bezug auf die Durchführung von Aufträgen vergleichbarer Größenordnung. Ziffer IV.1.3 der Bekanntmachung lautete:

Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit mehreren Wirtschaftsteilnehmern, geplante Höchstzahl: 2 5

Einziges Zuschlagskriterium war der Angebotspreis. 6

Die Vergabeunterlagen bestanden neben dem Teilnahmeantrag insbesondere aus den Leistungsbeschreibungen für die jeweils zu sichernden Objekte (von der Antragsgegnerin als „Position“ bezeichnet), den Preisblättern und „Besondere[n] Vertragsbedingungen für Sicherheitsdienstleistungen für die Kulturbetriebe [der Antragsgegnerin]“. 7

Mit dem Teilnahmeantrag wiederholte die Antragsgegnerin die Auswahlkriterien aus der Bekanntmachung und fragte insbesondere Mitarbeiterzahlen der Teilnehmer aus den Jahren 2020, 2021 und 2022 sowie Referenzobjekte ab, bei denen 8

die Sicherungsdienstleistungen in Museen vergleichbarer Größenordnung (Los 1: Anzahl Objekte: [...] Museen, Stundenvolumen Auftrag: ca. [...] h pro Jahr) oder in kulturellen Einrichtungen (Los 2: Anzahl Objekte: [...] kulturelle Einrichtungen, Stundenvolumen Auftrag: ca. [...] h pro Jahr) durchgeführt wurden. 9

Die Preisblätter enthielten für die einzelnen zu sichernden Objekte jeweils die Leistungen „Standardbewachung“ (Ziffern [...]1 bis [...]6), „Sonderveranstaltung“ (Ziffern [...]7 bis [...]12) und „Spontanbewachung“ (Ziffern [...]13 bis [...]18), wobei die Antragsgegnerin vereinzelt die Stundenwerte der Gesamtstunden für ein Jahr vorgab. 10

Sie wies in den Preisblättern auf Folgendes hin: 11

Bei den angegebenen Stundenzahlen handelt es sich ausschließlich um eine fiktive Mengenangabe für die Wertung, basierend auf den voraussichtlichen Standardeinsatzzeiten sowie den Erfahrungen aus den Vorjahren. Die tatsächliche Abrufhöhe kann hiervon abweichen. 12

In dem Preisblatt betreffend die Sicherung des Objekts „[D]“ waren die Preise für eine Vertragslaufzeit von einem Jahr, in den übrigen Preisblättern für vier Jahre anzugeben. 13

In den „Besondere[n] Vertragsbedingungen für Sicherheitsdienstleistungen für die Kulturbetriebe [der Antragsgegnerin]“ ergänzte die Antragsgegnerin unter der Überschrift „Kalkulation – Mehrleistung“, Ziffer VI.3, dass 14

die Mengenangaben in der Preisabfrage auf Erfahrungswerten aus den letzten Jahren [basieren]. Eine Über- sowie Unterschreitung der Menge ist daher möglich. [...] 15

16

Neben weiteren Teilnehmern reichten die Antragstellerin und die Beigeladene einen Teilnahmeantrag ein. Die Antragsgegnerin prüfte die Teilnahmeanträge durch ihren FB 19.2 („Vergabestelle“) ohne Einbeziehung des EB 41 („Museen/Bibliotheken/Stadtarchiv/[...]“). Auf Grundlage der vorgenannten Eignungskriterien forderte die Antragsgegnerin die fünf Unternehmen mit der höchsten Wertungspunktzahl im Teilnahmewettbewerb, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene, zur Abgabe eines Angebots bis Ablauf des 24. Oktober 2023 auf. Innerhalb der Angebotsfrist gingen vier Angebote ein.

Im Zusammenhang mit der Prüfung der Angemessenheit der Preise übermittelte FB 19 dem EB 41 das Angebot der Beigeladenen für Los 1 „zur Durchsicht“. Bevor EB 41 am 2. November 2023 die Angemessenheit bestätigte, nahm eine Mitarbeiterin aus dem EB 41 unmittelbar Kontakt mit den Mitarbeitern der Antragstellerin auf. Sie forderte diese zur Abgabe von Blankobewerbungen auf, damit sie die Bewerbungen nach Auftragserteilung dem neuen Auftraggeber übergeben könne. Auf eine aus den Vergabeunterlagen nicht ersichtliche Reaktion der Antragstellerin antwortete die vorgenannte Mitarbeiterin aus dem Bereich 41 am 3. November 2023:

Ihre Mitarbeiter wurden nicht aufgefordert, sich bei einer anderen Firma zu bewerben; sie wurden aufgefordert, mir Blankobewerbungen ohne Adressaten zu überreichen. Es wurden alle Mitarbeiter*innen angesprochen, die ggf. Interesse haben, bei den Museen zu bleiben. Sollte nach Ende der Ausschreibungsfrist feststehen, dass die [Antragstellerin] den Zuschlag für die Ausschreibung nicht bekommt, können die Bewerbungen an die neue Firma überreicht werden. Dies ist ein ganz normaler Vorgang und wurde bei dem Wechsel von der Vorgängerfirma zur Antragstellerin identisch gehandhabt. Auch die [Antragstellerin] hat damals Blanko-Bewerbungen erhalten, da zum Zeitpunkt der Bewerbungserstellung noch nicht feststand, welche Firma den Zuschlag erhält. Dies müssen wir so handhaben, damit Zeit gespart wird. Sollte die [Antragstellerin] den Zuschlag erhalten, würden die Bewerbungen an die Mitarbeiter*innen zurückgeschickt.

Mit freundlichen Grüßen 19

Im Auftrage [...] 20

Zu diesem Zeitpunkt war die Auswahlentscheidung noch nicht getroffen. Vielmehr setzte FB 19 nach Rückmeldung des EB 41 die Angebotsprüfung fort. Beispielsweise fragte FB 19 einen Auszug aus dem Wettbewerbsregister nach und bat einen weiteren Fachbereich um Mitteilung, ob gewerberechtliche Bedenken gegen die Beauftragung der Beigeladenen bestünden. Da der Angebotspreis der Beigeladenen für Los 2 geringer als die Kostenschätzung ausfiel, bat FB 19 EB 41 mit E-Mail vom 16. November 2023 weiterhin um Erläuterung insbesondere der Position 5 (Preisabfrage [S]). EB 41 teilte mit, dass es aufgrund der Schließung eines Objekts wegen Umbaumaßnahmen neben dem regulären Bedarf für vier Jahren zusätzlich die (verringerten) Kosten während des geschlossenen Betriebs abgefragt habe.

In der Kostenschätzung wurden die verringerten Kosten während des geschlossenen Betriebs [...] für drei Jahre einkalkuliert und nicht wie in der Preisabfrage für ein Jahr [...]. 22

FB 19 führte aus: 23

Fraglich ist, ob die Preisabfrage angepasst werden müsste, da ein Bedarf abgefragt worden ist, der voraussichtlich in geringerem Umfang abgerufen wird. 24

25

Vorliegend handelt es sich um einen Rahmenvertrag. Die angegebenen Mengen dienen ausschließlich als Grundlage für die Wertung. Es besteht weder eine Verpflichtung die angegebenen Mengen abzurufen noch die generelle Abnahme einzelner Positionen. Eine Über- sowie Unterschreitung der Menge wurde sich in den Besonderen Vertragsbedingungen vorbehalten. Es werden nur die tatsächlichen Leistungen abgerechnet.	
Da die Beigeladene in beiden Losen preisgünstiger war, informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin am 24. November 2023 gemäß § 134 GWB über ihre Absicht, der Beigeladenen am 5. Dezember 2023 den Zuschlag zu erteilen.	26
Mit E-Mail vom 27. November 2023, 7:58 Uhr wandte sich die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus dem Bereich 41 an die Mitarbeiter der Antragstellerin.	27
„An: [...]“	28
Betreff Wechsel der Wachfirma	29
Guten Morgen alle zusammen, ich wurde heute darüber informiert, dass es aller Wahrscheinlichkeit nach am 16.12.2023 zu einem Wechsel der Wachfirma kommt. [...]. Die [Beigeladene] hat das beste Angebot abgegeben. [...]. Ich habe heute auch direkt Kontakt mit der wahrscheinlich neuen Firma aufgenommen und würde, sobald sich diese bei mir zurückmeldet, als allererstes die Personalfrage klären. Ich weise noch einmal darauf hin, dass die endgültige Entscheidung erst am 05.12.2023 mit Vertragsunterzeichnung fällt. Dennoch habe ich vom Vergabebeamten die Freigabe erhalten, mir der wahrscheinlich neuen Firma schon in Kontakt zu treten. Sollte die neue Firma mitteilen, dass sie Interesse an der Übernahme des jetzigen Personals hat, würde ich die Bewerbungen, die Sie mir gegeben haben, weitergeben. Einige Bewerbungen enthalten alle notwendigen Unterlagen wie Führungszeugnis etc., andere nicht. Ich würde deswegen, vorbehaltlich Ihrer Einwilligung, die Bewerbungen mit den Unterlagen aufstocken, die ich von der [Antragstellerin] zur Verfügung gestellt bekommen habe. [...]	30
Am 27. November 2023, 14:55 Uhr ergänzte sie:	31
Die Vorstellungsgespräche mit Ihnen finden dann am 04.12.2023 [in den Räumlichkeiten der Antragsgegnerin] statt.	32
Weitere, ähnliche Korrespondenz ist der von der Kammer mit Schriftsatz vom 22. Dezember 2023 angeforderten Vergabedokumentation zu entnehmen.	33
Die Antragstellerin rügte das Absageschreiben vom 24. November 2023 am 28. November 2023 insoweit als vergaberechtswidrig als darin die vollständigen Gründe für die Nichtberücksichtigung und die Mitteilung der Platzierung ihres Angebots fehlten. Weiterhin rügte sie, dass der Zuschlag nur an ein Unternehmen erteilt werden solle. Dies widerspreche der Bekanntmachung, in der es heiße: „Geplante Höchstanzahl an Beteiligten an der Rahmenvereinbarung: 2“.	34
Am 29. November 2023 stellte die Antragsgegnerin der Antragstellerin eine Antwort in Aussicht, die nicht erfolgte.	35
Nach unbeantworteter weiterer Rüge vom 2. Dezember 2023 verfolgt die Antragstellerin ihr Rügevorbringen mit Nachprüfungsantrag vom 4. Dezember 2023 weiter.	36
	37

Sie ist der Auffassung, dass ein Vergabeverstoß bereits in der fehlenden Angabe einer Schätz- oder Höchstmenge zu sehen sei, was gegen Transparenz und Gleichbehandlung verstoße. Die aus den Preisblättern ersichtlichen fiktiven Abnahmemengen oder Vordersätze seien keine Höchstabnahmemengen. Im Gegenteil behalte sich die Antragsgegnerin in den Besonderen Vertragsbedingungen der Antragsgegnerin ein Über- oder Unterschreiten dieser Mengen vor. In der Folge bestehe für einen Bieter das Risiko, weit über den angegebenen Schätzwert leistungsfähig sein zu müssen. In Kenntnis einer konkreten Höchstabnahmemenge hätte die Antragstellerin schärfer kalkulieren und einen niedrigeren Gesamtpreis anbieten können.

Weiterhin frage die Antragsgegnerin rein fiktive Preise ab, die nicht zu den jeweiligen Vorgaben der Leistungsbeschreibung passten und damit gegen § 127 Abs. 3 GWB verstießen. Bei den Objekten [D] und [S] sei die Binnengewichtung ebenso fehlerhaft wie einige Vordersätze bei den Objekten [Z] und [D]. Dies lade zu Spekulationen und unzulässigen Mischkalkulationen ein. 38

Auch habe die Antragsgegnerin ausweislich der Bekanntmachung zwei Unternehmen beauftragen wollen, den zweitplatzierten Bieter im Zuschlagsschreiben aber nicht mitgeteilt. 39

Das Vergabeverfahren könne nicht rechtmäßig beendet werden, da bei der Mitarbeiterin aus dem Kulturbereich ein Interessenkonflikt bestanden habe und sich dieser auf das Vergabeverfahren ausgewirkt habe. Schließlich habe die vorgenannte Mitarbeiterin die Beigeladene vor Zuschlagserteilung und auch während der GWB-Wartefrist in rechtswidriger Weise bei der Suche nach Personal unterstützt. Dass zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen offenbar schon länger Kontakt bestanden habe, ergebe sich insbesondere aus den E-Mails der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus dem Kulturbereich vom 27. November 2023. Wenn die Antragsgegnerin davon ausgehe, die Aufforderung an Mitarbeiter der Antragstellerin, bei der Antragsgegnerin vorausgefüllte Blankobewerbungen einzureichen, um diese an die Beigeladene weiterzugeben, sei ein „ganz normalen Vorgang zur Zeitersparnis“, verkenne sie offenbar die Rechtslage. Eine vermeintliche Eilbedürftigkeit sei kein tauglicher Grund für eine derartige Diskriminierung. Dass auch die Vergabestelle voreingenommen sei, zeige sich daran, dass diese eine Erwiderung auf die Rüge in Aussicht gestellt, diese aber schlussendlich unterlassen habe. Hierdurch entstehe der Eindruck, als wolle die Antragsgegnerin Zeit gewinnen und die Antragstellerin durch irreführende Aussagen von der fristgerechten Einleitung rechtlicher Schritte abhalten. 40

Die Beigeladene sei nicht geeignet. Sie könne weder Gewähr für ihre finanzielle Leistungsfähigkeit bieten noch vergleichbare Referenzen vorweisen. Ihr Unternehmen sei sehr klein und habe in den letzten Jahren keinerlei Mitarbeiterwachstum zu verzeichnen gehabt. Ab dem Jahr 2020 seien keine Unternehmensbilanzen der Beigeladenen auffindbar. Dies deute darauf hin, dass Minusjahre verschleiert würden. Auch lasse sich weder auf der Plattform TED noch von der Homepage der Beigeladenen entnehmen, dass die Beigeladene Erfahrung mit der Bewachung von Museen habe. Da nicht nur ein Museum bzw. eine Kultureinrichtung Gegenstand des jeweiligen Loses sei, könne auch die Bewachung eines einzelnen Museums nicht als vergleichbare Referenz gewertet werden. Zudem seien die Referenzen je Los zu betrachten. Während ein Museum zugleich auch als kulturelle Einrichtung zu werten sei, könne umgekehrt nicht jedwede kulturelle Einrichtung als Museum gelten. 41

Auch habe die Antragsgegnerin das Verfahren nicht zeitnah, fortlaufend und mit der gebotenen inhaltlichen Tiefe dokumentiert. Dass die Antragsgegnerin überprüft habe, ob die von der Beigeladenen vorgelegten Referenzen vergleichbare Leistungen beträfen, ihr Umsatz 42

als ausreichend erachtet werde und für die Leistungserbringung hinreichend Mitarbeiter zur Verfügung stünden, lasse sich der Vergabeakte nicht einwandfrei entnehmen.

Die Antragstellerin beantragt: 43

1. Der Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren gemäß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und gemäß der Vergabeverordnung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen. 44

2. Der Antragsgegnerseite wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, die Angebotsphase unter Zugrundelegung rechtskonformer Preisblätter und unter rechtskonformer Prüfung der Angebote im Hinblick auf die Erfüllung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung gemäß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und gemäß der Vergabeverordnung zu wiederholen, 45

Hilfsweise: das Verfahren in den Zeitpunkt vor Prüfung der Teilnahmeanträge zurückzusetzen und das Verfahren ab diesem Zeitpunkt und mithin die Eignungsprüfung sowie die Wertung der Teilnahmeanträge gemäß dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und gemäß der Vergabeverordnung nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen, 46

Äußerst hilfsweise: Das Verfahren in den Stand vor Absendung der EU-Bekanntmachung zurückzusetzen. 47

3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerseite wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt. 48

4. Die Antragsgegnerseite hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerseite zu tragen. 49

Die Antragsgegnerin beantragt, 50

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. 51

Der Nachprüfungsantrag sei erfolglos, da er teilweise unzulässig und im Übrigen jedenfalls unbegründet sei. 52

Soweit die Antragstellerin zur fehlenden Leistungsfähigkeit der Beigeladenen vortrage, sei der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB unzulässig. Der Vortrag, dass die Beigeladene nicht unter den besten fünf Teilnehmern gewesen sein könne, sei rein spekulativ. Die Beigeladene habe alle geforderten Eignungsnachweise eingereicht sowie ihre finanzielle Leistungsfähigkeit in den letzten drei Jahren und eine ausreichende Zahl an Mitarbeitenden nachgewiesen. Außerdem sei die Beigeladene der Antragsgegnerin als Auftragnehmerin bekannt. Referenzen im Zusammenhang mit Sicherungsdienstleistungen für Museen seien keine zwingend zu erfüllenden Mindestanforderungen an die Eignung. Diese seien optional gewesen und im Falle des Einreichens mit Zusatzpunkten bewertet worden. 53

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB in Bezug auf die fehlende Angabe der Höchstabnahmemenge einerseits und die vermeintlich fehlerhaften Preisblätter andererseits. Beides hätte die Antragstellerin aus den Vergabeunterlagen erkennen können und bis Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen. Abgesehen davon sei nicht 54

ersichtlich, dass die Preisblätter Mischkalkulationen begünstigten. Bei keinem Bieter seien große Abweichungen zu marktüblichen Preisen erkennbar. Die Bieter hätten die passenden Stundenverrechnungssätze eingereicht und gesetzlich vorgeschriebene Abgaben sowie die erforderlichen Sonntags-, Nacht- und Feiertagszuschläge eingehalten. Da die [S] voraussichtlich ab Oktober 2024 für Umbaumaßnahmen geschlossen werde, habe die Antragsgegnerin neben dem regulären Bedarf für vier Jahre zusätzlich die verringerten Kosten für Sicherheitsdienstleistungen während des geschlossenen Betriebs abgefragt. In der Leistungsbeschreibung sei transparent dargestellt, dass die [S] geschlossen werde und die Dauer der Umbaumaßnahme noch nicht bekannt sei. Die Mengenangaben in den Preisblättern seien auf der Grundlage langjähriger Erfahrung und voraussichtlicher Standardeinsatzzeiten erstellt worden. Bei den angegebenen Stundenzahlen handele es sich ausschließlich um fiktive Mengenangaben.

Die gesetzlichen Anforderungen an die Information gemäß § 134 GWB seien eingehalten worden. Da der Preis das alleinige Zuschlagskriterium sei, reiche es aus, den Bietern mitzuteilen, dass das eingereichte Angebot nicht das wirtschaftlichste sei. Hinsichtlich der an der Rahmenvereinbarung zu beteiligenden Bieter liege nach dem Wortlaut unter Punkt IV.1.3 der Bekanntmachung „Geplante Höchstzahl an Beteiligten: 2“ keine verbindliche Angabe vor, den Vertrag mit mehr als einem Bieter schließen zu müssen. 55

Auch hätten weder Mitarbeitende der Antragsgegnerin gegen das Mitwirkungsverbot verstoßen, noch liege ein Interessenkonflikt gemäß § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV vor. Bei der erstmaligen Kontaktaufnahme durch eine Mitarbeiterin der Antragsgegnerin zu Mitarbeitenden der Antragstellerin Ende Oktober 2023 habe diese keine Informationen über das Vergabeverfahren weitergegeben. Die Kündigung der Mitarbeitenden der Antragstellerin sei bereits zum 16. Dezember 2023 erfolgt. Mit der Beigeladenen habe die vorgenannte Mitarbeiterin der Antragsgegnerin erstmals Kontakt aufgenommen, nachdem die Antragsgegnerin die Informationsschreiben gemäß § 134 GWB verschickt habe und alle Bieter gewusst hätten, dass die Beigeladene den Auftrag in beiden Losen erhalten solle. Die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin, die mit den Mitarbeitenden der Antragstellerin und der Beigeladenen in Kontakt getreten sei, sei bei den Kulturbetrieben beschäftigt und habe auf den Ausgang des Verfahrens keinen Einfluss gehabt. Die Antragsgegnerin führte in der mündlichen Verhandlung ergänzend aus, dass die Vergabestelle eine von der Fachstelle unabhängige Entscheidung treffe. Es handele sich eher um eine Anhörung des Fachbereichs als eine tatsächliche Mitwirkung im Vergabeverfahren. Die Mitarbeiterin aus dem Kulturbereich sei lediglich bemüht gewesen, langjährige und bewährte Mitarbeitende, die eine Kündigung erhalten hätten, zu erhalten. Bei der Einreichung von Blankobewerbungen handele es sich um eine langjährige Praxis, welche die Antragsgegnerin unter anderem bei der Beauftragung der Antragstellerin vor vier Jahren analog gehandhabt habe. Zwischen der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin und den Mitarbeitenden der Antragstellerin hätten keine Gespräche stattgefunden, die in irgendeiner Weise als „für“ oder „gegen“ die Antragstellerin wirkende Handlungen gewertet werden könnten. 56

Ein Interessenkonflikt sei nicht daraus abzuleiten, dass die Antragsgegnerin auf die Rügeschreiben der Antragstellerin nicht reagiert habe. Eine Stellungnahme sei nur wegen des engen zeitlichen Rahmens nicht erfolgt. Auch der zweiten Rüge vom 2. Dezember 2023 habe die Antragsgegnerin nicht abhelfen können, weil hierfür die von der Antragstellerin gesetzte Frist zu kurz gewesen sei. 57

Die Beigeladene stellte keinen Antrag. 58

59

Der Vorsitzende hat die Entscheidungsfrist nach § 167 GWB mit Schreiben vom 21. Dezember 2023 bis Ablauf des 29. Februar 2024 verlängert. Am 2. Februar 2024 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

II.	60
1. Die Vergabekammer Westfalen ist zuständig. Die örtliche Zuständigkeit ergibt sich aus §§ 159 Abs. 3 Satz 1 GWB, 2 Abs. 2 VK ZustV NRW, da die Antragsgegnerin ihren Sitz im räumlichen Bezirk der Vergabekammer Westfalen hat. Die Vergabekammer ist sachlich zuständig im Sinne des § 155 GWB, da die Antragsgegnerin als Gebietskörperschaft öffentliche Auftraggeberin nach § 99 Nr. 1 GWB ist und die aus der Rahmenvereinbarung abgerufene Sicherheitsdienstleistung oberhalb des für Dienstleistungen erforderlichen Schwellenwertes liegt, §§ 106 Abs. 2 Nr. 1, 1. Hs. GWB, Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit Art. 1 Nr. 1 c) der delegierten Verordnung 2021/1952/EU, 3 Abs. 4 VgV.	61
2. Der teilweise zulässige Nachprüfungsantrag hat Erfolg, da er begründet ist.	62
2.1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit die Antragstellerin zur fehlenden Angabe einer Höchstmenge der Rahmenvereinbarung und zur Voreingenommenheit der Antragsgegnerin vorträgt.	63
a. Insoweit hat die Antragstellerin ihr Interesse am Auftrag nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB durch Abgabe ihres Angebots vom 23. Oktober 2023 hinreichend dokumentiert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.08.2021, Verg 52/20).	64
Es erscheint möglich, dass die fehlende Angabe der Höchstmenge in der Rahmenvereinbarung sowie die exklusive Kommunikation zwischen einer Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus dem Fachbereich „Kultur“ mit der Beigeladenen vor Zuschlagserteilung die Antragstellerin in ihrem Anspruch auf ein transparentes, nichtdiskriminierendes Vergabeverfahren insbesondere aus § 97 Abs. 6, 2 und 1 GWB verletzt. Die unterbliebene Angabe der Höchstmenge verletzt möglicherweise Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz, da die Antragstellerin ohne die vorgenannte Information nicht abschätzen kann, ob sie den Auftrag überhaupt erfüllen können wird. Die exklusive Kommunikation mit der Beigeladenen stellt möglicherweise einen Verstoß gegen § 6 VgV dar, sofern bei der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin tatsächlich ein Interessenkonflikt bestand. Dies ist indes eine Frage der Begründetheit.	65
Der Antragstellerin entsteht durch die benannten Vergabeverstöße ein Schaden. Es ist nicht auszuschließen, dass sich bei angegebener Höchstmenge die Zuschlagschancen der Antragstellerin erhöht hätten. Denn zum einen hätte sie näher am tatsächlichen Bedarf kalkulieren können. Zum anderen erscheint es möglich, dass Mitbewerber ihre fehlende Leistungsfähigkeit erkannt hätten, der Wettbewerbsdruck für die Antragstellerin also abgenommen hätte. Ebenso kann sich ein Interessenkonflikt auf die Zuschlagschancen, insbesondere die Auswahlentscheidung der Antragsgegnerin ausgewirkt haben. Dies insbesondere, da dem Fachbereich „Kultur“ die Angebote zur Auskömmlichkeitsprüfung vorlagen.	66
Eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB scheidet im vorgenannten Umfang aus.	67
Der Nachprüfungsantrag ist in Bezug auf den geltend gemachten Interessenkonflikt nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig. Die Antragstellerin hat erst auf Grundlage der E-Mails insbesondere vom 27. November 2023 erkannt, dass die vorbenannte	68

Mitarbeiterin der Antragsgegnerin die Beigeladene mit der Vervollständigung von Bewerbungen unterstützt haben könnte. Dies hat sie innerhalb der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB am 28. November 2023 gerügt.

Auf den 3. November 2023, an dem die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus dem Kulturbereich auf die Frage der Antragstellerin antwortete, warum diese ihre Mitarbeiter abwerbe, ist hingegen – zumindest vor dem Hintergrund eines möglichen Interessenkonflikts – nicht abzustellen. Zu diesem Zeitpunkt war für die Antragstellerin nur erkennbar, dass die Antragsgegnerin ihre Mitarbeiter zur Abgabe von Blankobewerbungen aufgefordert hat. Eine einen Interessenkonflikt möglicherweise begründende Nähe zur Beigeladenen ergibt sich indes erst aus der Überlegung, die Bewerbungen der Mitarbeiter der Antragstellerin mit deren Unterlagen zu vervollständigen und im Anschluss der Beigeladenen zu übergeben. 69

Die fehlende Angabe der Höchstmenge führt nicht zur Unzulässigkeit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB. Diese ist einem durchschnittlich fachkundigen, die übliche Sorgfalt anwendenden (objektiven) Bieter nicht erkennbar. 70

Ein Vergaberechtsverstoß ist für den vorgenannten Personenkreis erkennbar, wenn dieser Zugang zu den den Vergaberechtsverstoß begründenden Tatsachen hat und nach (zumindest laienhafter) rechtlicher Bewertung einen solchen feststellen kann (vgl. BayObLG, Beschluss vom 6. September 2023, Verg 5/22; OLG Frankfurt, Beschluss vom 30. März 2021; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020, Verg 20/19 und Beschluss vom 11. Juli 2018, Verg 24/18 m.w.N.). Bei der Feststellung des Vergaberechtsverstoßes ist kein zu strenger Maßstab anzulegen: Für einen objektiven Bieter genügt es, wenn er auch ohne Einbeziehung einer rechtlichen Beratung einen Widerspruch oder eine Unstimmigkeit in den Vergabeunterlagen ausmacht (vgl. VK Westfalen, Beschluss vom 15. Juni 2022, VK 1 – 10/22). Ob er diese rechtlich zutreffend subsumieren kann, ist hingegen unerheblich. Maßgeblich ist vielmehr, ob sich ihm der Verstoß bei der Vorbereitung seines Angebots bzw. seiner Bewerbung aufdrängt bzw. nach der Diktion des OLG Düsseldorf Beschluss vom 3. August 2011, Verg 30/11 ins Auge fällt. Dabei ist zu beachten, dass ein Durchschnittsbietler weder umfassend die vergaberechtliche Literatur noch im Einzelnen die Rechtsprechung zur Auslegung der maßgeblichen Bestimmungen kennen muss (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22). 71

Obwohl ein Durchschnittsbietler, der an der Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung teilnimmt, um das nicht eindeutig festgelegte Auftragsvolumen nach § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV und die damit verbundenen Ungewissheiten bei der Kalkulation wissen muss, ist für ihn nach einer zumindest laienhaft rechtlichen Bewertung nicht erkennbar, dass die fehlende Angabe der Höchstmenge in rechtlicher Hinsicht einen Vergaberechtsverstoß darstellt. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich erst aus einer Auslegung des Gleichheits- und des Transparenzgrundsatzes (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22) und begründet sich mit dem nicht zumutbaren und unüberschaubaren Risiko, das einer nicht begrenzten Rahmenvereinbarung immanent ist (EuGH, Beschluss vom 17. Juni 2021, C-23/20). Gegen die Erkennbarkeit spricht schließlich, dass einem Durchschnittsbietler der Vergabeverstoß nicht zufällig beim Studium der Vergabeunterlagen auffallen kann, da erst das Fehlen der Information den Vergabeverstoß begründet. Es bedarf mit anderen Worten rechtlicher Beratung und Auswertung der Vergabeunterlagen (vgl. OLG Koblenz m.w.N.). 72

Dass die Antragstellerin in ihrem Angebot Eventualpreispositionen, wie Spontanbewachungen und Sonderveranstaltungen (siehe in der Preisabfrage jeweils die Ziffern 7 bis 18 des jeweiligen Bewachungsobjektes) eingepreist hat, führt entgegen der von der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung zu keinem 73

anderen Ergebnis. Bei der von der Antragstellerin angegeben Stundenzahl handelt es sich weiterhin um einen Schätzwert. Ob ein Angebot diesen über- oder unterschreitet, ist dem Durchschnittsbieter nicht erkennbar.

2.2. Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag unzulässig. 74

a. Soweit die Antragstellerin zur fehlenden Leistungsfähigkeit der Beigeladenen vorträgt, fehlt ihr die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Denn unabhängig davon, dass den Bestimmungen über die Eignungsanforderungen drittschützende Wirkung zukommt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. Mai 2011, Verg 26/11) und ein Mitbewerber überprüfen lassen kann, ob der öffentliche Auftraggeber die Eignung eines Konkurrenten zu Unrecht angenommen hat (vgl. VK Bund, Beschluss vom 27. August 2018, VK 2–72/18), hat die Antragstellerin nicht hinreichend substantiiert zur Nichtbeachtung von Vergabevorschriften nach § 97 Abs. 6 GWB vorgetragen. 75

Ein hinreichend substantiiertes Vortrag setzt eine schlüssige und hinreichend konkrete Behauptung der Antragstellerin voraus, welche vergaberechtlichen Vorschriften im Verlauf des Vergabeverfahrens verletzt worden sein sollen und dass sie ohne die Rechtsverletzung eine Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, so dass der behauptete eingetretene oder drohende Schaden auf die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften zurückzuführen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 18. April 2004, X ZB 7/04). Schlüssigkeit im vergaberechtlichen Sinne meint keine Schlüssigkeit im zivilprozessualen Sinne; Vielmehr ist der Begriff weiter und untechnischer zu verstehen (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21). Es geht – angelehnt an § 42 Abs. 2 VwGO – um die Möglichkeit einer Rechtsverletzung (vgl. OLG Rostock, aaO). 76

Da ein Bieter häufig nur begrenzten Einblick in den Ablauf des Vergabeverfahrens hat, darf er auf der Grundlage dieses – oft nur beschränkten – Informationsstandes behaupten, was er redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf, etwa wenn es um Vergaberechtsverstöße geht, die sich ausschließlich in der Sphäre der Vergabestelle abspielen oder das Angebot eines Mitbewerbers betreffen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Juli 2023, 11 Verg 3/23; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. April 2020, Verg 30/19). Der Antragsteller muss aber – wenn sich der Vergaberechtsverstoß nicht vollständig seiner Einsichtsmöglichkeit entzieht – zumindest tatsächliche Anhaltspunkte oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen (vgl. aaO m.w.N.). Da die Rüge einerseits den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen soll, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren, und andererseits Zugangsvoraussetzung zum Nachprüfungsverfahren ist, ist es unabdingbar, dass der Antragsteller – um unnötige Verzögerungen des Vergabeverfahrens zu vermeiden und einem Missbrauch des Nachprüfungsverfahrens vorzubeugen – bereits frühzeitig diejenigen Umstände benennt, aufgrund derer er vom Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes ausgeht (vgl. aaO). Ein Mindestmaß an Substantiierung ist indes einzuhalten; reine Vermutungen zu eventuellen Vergabeverstößen reichen nicht aus (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Juli 2023 und Beschluss vom 09. Juli 2020, 11 Verg 5/10). Vor diesem Hintergrund genügen bloße Vermutungen nicht (vgl. OLG Düsseldorf, aaO). Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ihm ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er, um eine Überprüfung zu ermöglichen, angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (vgl. OLG Düsseldorf, aaO). 77

Eine Rechtsverletzung scheidet aus, soweit die Antragsgegnerin die fehlende Leistungsfähigkeit der Beigeladenen auf vermeintlich unzureichende Referenzen stützt. 78

Anders als die Antragstellerin meint, mussten Bieter keine Erfahrungen bei der Sicherung von Museen und Kultureinrichtungen referenzieren. Weder aus der Bekanntmachung noch aus den Vergabeunterlagen ergibt sich eine derartige Einschränkung. Nach der Bekanntmachung genügte „eine Liste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Liefer- oder Dienstleistungen, mit Angabe des Werts, des Liefer- bzw. Erbringungszeitpunkts sowie des öffentlichen oder privaten Empfängers.“ Nach dem eindeutigen und folglich keiner Auslegung bedürftigen Wortlauts des Teilnahmeantrags bezog sich die Vergleichbarkeit der Referenzaufträge nur auf den Stundenumfang und nicht auf den Einsatzbereich. Es ging der Antragsgegnerin um den Nachweis „von der Größenordnung [...] vergleichbaren“ Erfahrungen, nicht um Erfahrungen bei der Sicherung von Museen und Kultureinrichtungen.

Die Vermutung der Antragstellerin, die Beigeladene habe nur 21 Mitarbeiter, reicht für die schlüssige Begründung der fehlenden Leistungsfähigkeit der Beigeladenen und damit verbunden einer Rechtsverletzung zu Lasten der Antragstellerin nicht aus. Bereits nach den Informationen des (frei zugänglichen) Internetauftritts der Beigeladenen ist davon auszugehen, dass diese ihr Personal seit 2020 vergrößert haben muss. Es ist nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Erwägungen nicht plausibel, dass die Beigeladene 20 Mitarbeiter von zwei Standorten aus verwalten und für diesen geringen Personalstamm sogar eine eigene Ausbildungsakademie vorhalten soll. 79

Schließlich ist der Vortrag der Antragstellerin unsubstantiiert, soweit sie die fehlende Leistungsfähigkeit der Beigeladenen mit seit dem Jahr 2020 nicht auffindbaren Unternehmensbilanzen belegen will. Es ist nicht nachvollziehbar, welche Erkenntnisquellen die Antragstellerin ausgeschöpft hat und ob diese Erkenntnisquellen die benötigten Informationen überhaupt enthalten müssen. 80

b. Es fehlt an einer schlüssig vorgetragenen Rechtsverletzung im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB, soweit die Antragstellerin aus Ziffer IV.1.3) der Bekanntmachung entnehmen will, dass der Zuschlag an die beiden bestplatzierten Bieter gehen müsse. Da einziges Zuschlagskriterium der Preis ist (siehe Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung) erhält in jedem Los ausschließlich das Unternehmen mit dem preislich günstigsten Angebot den Zuschlag. Dass die „geplante Höchstanzahl an Beteiligten der Rahmenvereinbarung“ mit „2“ benannt ist, ergibt sich schlichtweg aus der Aufteilung des Auftrags in zwei Lose. 81

c. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB, da die Antragstellerin die Ausgestaltung der Preisblätter erst nach Angebotsabgabefrist gerügt hat. Insbesondere musste einem durchschnittlich fachkundigen, die übliche Sorgfalt anwendenden (objektiven) Bieter (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22) bereits bei der Angebotserstellung auffallen, dass die Preisblätter in Bezug auf die verschiedenen zu sichernden Objekte einen unterschiedlichen Leistungsumfang abfragten und dieser zumindest beim [D] nicht mit den Vorgaben der Leistungsbeschreibung übereinstimmte. 82

Ein objektiver Bieter hätte erkennen müssen, dass die Preisblätter für die verschiedenen zu sichernden Objekte unterschiedlich sind und hinsichtlich des Leistungsumfangs voneinander abweichen. Im Rahmen der Angebotserstellung müssen sich die Bieter intensiv mit den Preisblättern auseinandersetzen. Zu dieser Auseinandersetzung gehört insbesondere auch ein Abgleich der Preisblätter mit dem in der Leistungsbeschreibung vorgesehenen Stundenumfang. Nur auf Grundlage der Preisblätter erschließt sich der Leistungsinhalt regelmäßig nicht. Dies ist indes die maßgebliche Voraussetzung für die Erstellung eines Angebots, da nur bei Kenntnis von Leistungsbeschreibung und Preisblatt sowohl eine Aussage zum einzusetzenden Personal als auch zum Umfang der zu erbringenden 83

Leistungen zu treffen ist. Dass sich die Beschränkung des Leistungsumfangs auf ein Jahr anders als in der Leistungsbeschreibung zur Sicherung der [S] nicht in der Leistungsbeschreibung zum [D] wiederfindet, ist unerheblich. Die Antragstellerin konnte erkennen, dass der vorgegebene Leistungszeitraum vom 1. Oktober 2023 bis Ablauf des 30. September 2024 in Bezug auf die Sicherung des Dietrich-Keuning-Hauses in der Leistungsbeschreibung nicht enthalten ist.

3. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er begründet. 84

3.1. Indem die Antragsgegnerin die Rahmenvereinbarung ohne Angabe einer Höchstmenge ausgeschrieben hat, verletzt sie den Anspruch der Antragstellerin auf ein transparentes, alle Bieter gleich behandelndes Vergabeverfahren, § 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GWB. 85

Ausgehend von Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz muss die Ausschreibung einer Rahmenvereinbarung sowohl die Angabe der Schätzmenge und/oder des Schätzwerts als auch eine Höchstmenge und/oder einen Höchstwert sowie den Hinweis enthalten, dass die Rahmenvereinbarung ihre Wirkung verliert, wenn diese Menge oder dieser Wert erreicht ist (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20 und hieran anknüpfend OLG Koblenz, Beschluss vom 12. Dezember 2022, Verg 3/22; andere Auffassung noch die am Wortlaut des § 21 VgV orientierte Rechtsprechung des KG Berlin, Beschluss vom 20. März 2020, Verg 7/19 und der VK Bund, Beschluss vom 19. Juli 2019, VK 1 – 39/19). Dies ist erforderlich, da der Bieter erst auf Grundlage dieser Schätzung seine Leistungsfähigkeit zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Rahmenvereinbarung beurteilen kann (vgl. EuGH aaO). Wäre der Höchstwert oder die Höchstmenge der Rahmenvereinbarung nicht angegeben oder die Angabe nicht rechtlich verbindlich, könnten sich öffentliche Auftraggeber zudem über diese Höchstmenge hinwegsetzen (vgl. EuGH aaO). Dann könnten Zuschlagsempfänger wegen Nichterfüllung der Rahmenvereinbarung vertraglich haftbar gemacht werden, wenn sie die von den öffentlichen Auftraggebern geforderten Mengen nicht leisten könnten, selbst wenn diese Mengen die Höchstmenge in der Bekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen überschreiten (vgl. EuGH aaO). 86

Diesen Anforderungen genügen Bekanntmachung und Vergabeunterlagen nicht. 87

Aus der Bekanntmachung ergibt sich nur der Hinweis, dass der zu vergebende Auftrag eine Rahmenvereinbarung betrifft und dass der Auftrag zeitlich auf ein Jahr (mit der Möglichkeit zur dreimaligen Verlängerung um jeweils ein weiteres Jahr) begrenzt ist. 88

Die Vergabeunterlagen enthalten ebenfalls keine Angabe eines Höchstwerts. Im Gegenteil weist die Antragsgegnerin in den „Besondere[n] Vertragsbedingungen für Sicherheitsdienstleistungen für die Kulturbetriebe [der Antragsgegnerin]“ unter der Überschrift „Kalkulation – Mehrleistung“, Ziffer VI.3 darauf hin, dass die Über- sowie Unterschreitung der in den Preisblättern geforderten Mengenangaben möglich ist. Auf dieser Grundlage kann ein Bieter keine verlässliche Aussage zu seiner Leistungsfähigkeit treffen. 89

3.2. Aufgrund der unterbliebenen Angabe der Höchstmenge war die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Bekanntmachung zurückzusetzen. Die Antragsgegnerin kann die fehlende Angabe der Höchstmenge nur korrigieren, indem sie die Bekanntmachung überarbeitet. Denn bereits aus der Bekanntmachung muss sich für den Bieterkreis die Schätz- und Höchstmenge einer Rahmenvereinbarung ergeben, damit dieser seine Leistungsfähigkeit beurteilen und entscheiden kann, ob er an dem Vergabeverfahren teilnimmt (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20). 90

3.3. Da die fehlende Angabe der Höchstmenge der Rahmenvereinbarung bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf bereits die Rückversetzung des Vergabeverfahrens bis in den Stand vor Bekanntmachung erforderlich macht, brauchte die Kammer nicht zu entscheiden, ob der nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV vermutete Interessenkonflikt der Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus dem Kulturbereich unmittelbar einen Vergabeverstoß nach § 6 Abs. 1 VgV in dem diesem Nachprüfungsverfahren zu Grunde liegenden Vergabeverfahren begründet. Indes weist die Kammer unter Bezugnahme auf § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB darauf hin, dass die erneute Mitwirkung der vorgenannten Person an einem zurückversetzten Vergabeverfahren einen weiteren Vergabeverstoß begründen kann. 91

Schließlich ist bereits für die Mitwirkung in diesem Vergabeverfahren ein Interessenkonflikt nach § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV zu vermuten, da die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin aus EB 41 die Beigeladene „sonst unterstützt“ hat. Da die Antragsgegnerin diese Vermutung nicht widerlegt hat, ist nicht auszuschließen, dass eine erneute Mitwirkung zu einer voreingenommenen Vergabeentscheidung führt. 92

a. „Sonst unterstützt“ erfasst eine Tätigkeit auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers, die einen Bewerber oder Bieter fördert (vgl. Dreher/Hoffmann, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 6 VgV Rn. 39). Dabei genügt nicht jedwedes Tätigwerden, wie etwa die bloße positive Äußerung über einen Mitbewerber in einem Zeitungsinterview (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 9. April 2009, 13 Verg 7/08; vgl. auch BKartA, Beschluss vom 30. Juni 2021, VK 1 - 58/21). Die Förderung muss dem Beraten (§ 6 Abs. 3 Nr. 2, 1. Alt. VgV) in seiner Intensität gleichstehen (vgl. OLG Celle aaO) und sich unmittelbar auf das Vergabeverfahren auswirken. Dies ergibt sich zum einen aus dem Gesetzeswortlaut („in dem Vergabeverfahren“), weiterhin aber auch aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift: § 6 VgV geht es darum, die Neutralität des öffentlichen Auftraggebers zu bewahren und willkürlichem/wettbewerbschädlichem Verhalten vorzubeugen (vgl. Dreher/Hoffmann, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 6 VgV Rn. 8). Diese Neutralität ist jedenfalls nicht gewahrt, wenn eine voreingenommene Person an verfahrenlenkenden Entscheidungen, wie beispielsweise bei der Auswahl von Bietern in einem Teilnahmewettbewerb, bei Zuschlagsentscheidungen etc. mitwirkt, womit eine Verfälschung des Auswahlprozesses einhergehen kann (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. März 2018, 11 Verg 16/17). Abseits der Teilnahme an verfahrenlenkenden Entscheidungen kann auch die Teilnahme an Besprechungen, die Verhandlung mit Bietern (vgl. zu § 16 VgV a.F. Meißner, in: Vergaberecht 2009, 618) oder ein sonstiges Tätigwerden eine Voreingenommenheit begründen, sofern die Unterstützungshandlung hinreichend intensiv ist und den Eindruck fehlender Neutralität des Entscheidungsträgers entstehen lässt. 93

Spätestens indem die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin mit E-Mail vom 27. November 2023, 7:58 Uhr erklärt, die für die Beigeladene vorgesehenen, unvollständigen Blankobewerbungen mit den Unterlagen der Antragstellerin „auf[zu]stocken“ und diese im Anschluss der Beigeladenen zu übergeben, liegt eine Unterstützungshandlung vor. Denn unabhängig davon, dass die Beigeladene ausweislich ihres Teilnahmeantrags (und anders als von der Antragstellerin vorgetragen) das Personal nicht zur Herstellung ihrer Leistungsfähigkeit benötigt, erleichtert das Personalangebot der Antragsgegnerin der Beigeladenen den Verwaltungsaufwand bei der Personalakquise. Weiterhin liegt eine Unterstützung darin, dass die Vorstellungsgespräche in den Räumlichkeiten der Antragsgegnerin und nicht bei der Beigeladenen selbst stattfinden. Mit beidem übernimmt die Mitarbeiterin der Antragsgegnerin originär der Beigeladenen zufallende Aufgaben, sodass zumindest der Eindruck eines Verstoßes gegen die aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 97 Abs. 2 GWB abzuleitende Neutralitätspflicht entsteht (vgl. Greb, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 94

6 VgV Rn. 3).

b. Die Vermutung eines Interessenkonflikts hat die Antragsgegnerin nicht widerlegt. 95
Insbesondere rechtfertigt die bei der Antragsgegnerin durchgeführte, gängige Praxis einer besonderen Eilbedürftigkeit und die Kontinuität der Leistungserbringung keine derartige Nähe zur Zuschlagsprätendentin vor Zuschlagserteilung.

III. 96

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer betragen [...] €. Kostenpflichtig ist 97
gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die (kostenbefreite) Antragsgegnerin als unterlegene Beteiligte. Diese hat auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen.

1. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten 98
(Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2.500 Euro. Die Gebühr soll den 99
Betrag von 50.000 Euro nicht überschreiten; sie kann im Einzelfall, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch ist, bis zu einem Betrag von 100.000 Euro erhöht werden.

Grundlage für die Kostenermittlung ist die Gebührentabelle des Bundes und der Länder für 100
Nachprüfungsverfahren.

Ausgehend von dem von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswert beträgt die Gebühr 101
[...] €.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten als unterlegene Beteiligte nach § 182 Abs. 3 Satz 1 102
GWB.

3. Die Antragsgegnerin ist als juristische Person des öffentlichen Rechts gemäß § 182 Abs. 1 103
GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Verwaltungskostengesetzes des Bundes von den Gebühren befreit.

4. Sie hat als unterlegene Beteiligte die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung 104
notwendigen Auflagen der Antragstellerin nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig. Dies gilt insbesondere in Zusammenhang mit der Frage, ob die fehlende Angabe einer Höchstmenge einen Vergabeverstoß darstellt. Dieser ergibt sich erst aus der Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, C-23/20, die den Vergabeverstoß nicht aus dem Wortlaut des Art. 33 2014/24/EU ableitet, sondern aus den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz sowie der allgemeinen Systematik der vorgenannten Richtlinie. Daneben ist das Nachprüfungsverfahren gerichtsähnlich konzipiert, so dass auch prozessuale Kenntnisse erforderlich sind, um eigene Rechte wirksam wahren zu können.

