Titel:

# Beiladung, Antragsgegner, Sofortige Beschwerde, Nachprüfungsverfahren, Vergabeunterlagen, Verfahren vor der Vergabekammer, Gerichtshof der Europäischen Union, Rahmenvertrag, Referenzaufträge, Außergerichtliche Kosten, Aufschiebende Wirkung, Nachprüfungsantrag, Bekanntmachung, Eignungskriterien, Zweckentsprechende Rechtsverfolgung, Kostenentscheidung, Rahmenvereinbarung, Nachweis der Leistungsfähigkeit, Technische Leistungsfähigkeit, Bieter

Schlagworte:
Rahmenvereinbarung, Drogenschnelltests, Justizvollzugseinrichtungen, Eignungskriterien, Referenzleistung, Vergabeverfahren, Nachprüfungsantrag

Vorinstanz:
Vergabekammer München, Beschluss vom 10.01.2025 – 3194. Z3-3_01-24-53

Fundstelle:
BeckRS 2025, 6717

## Tenor

I. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 10. Januar 2025, 3194.Z3-3_01-24-53, mit Ausnahme der Ziffer 3 aufgehoben.

II. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Das Vergabeverfahren ist bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht in den Stand vor Prüfung der Eignung zurückzuversetzen und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut durchzuführen.

III. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und des Beschwerdeverfahrens einschließlich des Verfahrens gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB.

Der Antragsgegner trägt ferner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin in dem Verfahren der sofortigen Beschwerde vor dem Senat und dem Verfahren gemäß § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB.

Im Übrigen tragen die Parteien ihre außergerichtlichen Kosten selbst.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

IV. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu 95.000,00 € festgesetzt.

## Gründe

I.

1
Mit am 13. August 2024 veröffentlichter Bekanntmachung schrieb der Antragsgegner im offenen Verfahren eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung von Drogenschnelltests (Becher-Urintests mit integrierter Testkassette) für die bayerischen Justizvollzugseinrichtungen aus.

2
Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung soll sich vom 1. Januar 2025 bis zum 31. Dezember 2026 erstrecken; für den Auftraggeber ist eine einseitige Verlängerungsoption um zwei Jahre vorgesehen.

3

Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit wird unter Ziffer 5.1.9. der Bekanntmachung (Eignungskriterien) u. a. eine Referenz verlangt. Wörtlich heißt es dort: „Zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit wird der Nachweis und die Darstellung mindestens einer vergleichbaren Referenzleistung aus den letzten drei Jahren (beginnend ab August 2021) gefordert. Die Vergleichbarkeit bemisst sich insbesondere an der Lieferung von Becher-Urintests zur Feststellung von Drogenkonsum und einer Auftragsmenge von mind. 10.000 Stück."

4
Einziges Zuschlagskriterium ist nach Ziffer 5.1.10. der Bekanntmachung der Preis.

5
Nach den Vergabeunterlagen („Kriterienkatalog") haben die Bieter zu den Eignungskriterien insbesondere folgende Angaben zu machen:

2.2.2.3. Beschreibung des Auftrags

„Beschreiben Sie den Auftrag näher."

2.2.2.4. Umfang des Referenzauftrags:

„Geben Sie den Umfang des Auftrags (Stückzahl Becher-Urintests) und eine Beschreibung des Becher-Urintests (kurze Produktbeschreibung) an."

2.2.2.6. Reichweite/Modalitäten der Referenzleistung:

„Beschreiben Sie kurz, ob der Auftrag eine oder mehrere (wie viele?) Lieferstellen umfasst hat und ob es sich um Lieferung(en) in einer Menge oder mit Abrufen in Teilmengen handelte."

6
Der Auftragnehmer übernimmt gemäß § 1 der Rahmenvereinbarung die Belieferung der Justizvollzugseinrichtungen des Freistaates Bayern (abrufberechtigte Stellen). § 4 der Rahmenvereinbarung enthält Regelungen zu Leistungsumfang und Ausführung. Die Anlieferung der Ware erfolgt nach Bestellung durch die jeweilige Justizvollzugseinrichtung unmittelbar an diese. Der Umfang der Leistung bestimmt sich ausschließlich nach dem tatsächlichen Bedarf und der konkreten Inanspruchnahme durch die abrufberechtigten Stellen. Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die Anlieferung der bestellten Ware innerhalb von drei Werktagen ab Bestellung sicherzustellen. In § 6 der Rahmenvereinbarung wird für die reguläre zweijährige Laufzeit eine Höchstmenge (= Obergrenze für die Erteilung von Einzelabrufen) von 100.000 Stück festgelegt.

7
Nachdem die Antragstellerin mit Schreiben vom 11. Oktober 2024 darüber informiert worden war, dass der Zuschlag nicht auf ihr Angebot erteilt werden könne, weil es mit deutlichem Abstand zum Angebot der Beigeladenen – nach Ausschluss zweier weiterer Angebote – auf Platz zwei liege, rügte die Antragstellerin mit Schreiben vom 15. Oktober 2024 insbesondere, sie habe aus dem Markt die Kenntnis erhalten, dass es unwahrscheinlich sei, dass die Beigeladene eine passende Referenz vorweisen könne.

8
In ihrem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin vor allem ihre Argumentation wiederholt, die Beigeladene verfüge nicht über die vom Auftraggeber geforderte Referenz. Hieran sei deren Bewerbung in vergleichbaren Vergabeverfahren der Vergangenheit immer gescheitert.

9
Die Antragstellerin hat beantragt,

1. dem Antragsgegner zu untersagen, den Zuschlag der Beigeladenen zu erteilen und

2. dem Antragsgegner bei fortbestehender Vergabeabsicht aufzugeben, die Wertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

10
Der Antragsgegner hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

11
Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 10. Januar 2025, der der Antragstellerin am selben Tag zugegangen ist, zurückgewiesen.

12
Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, aber unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen sei nicht wegen Nichterfüllung der Anforderungen an die geforderte Referenz auszuschließen. Die von der Beigeladenen benannte Referenz betreffe zwar keinen einheitlichen Lieferauftrag oder Rahmenvertrag, sondern Lieferungen an verschiedene Auftraggeber in … [Land] aufgrund von Empfehlungen einer zentralen Stelle. Nach der Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4. Mai 2017 (C-387/14 – Esaprojekt, NZBau 2017, 741) könnten Bieter aber grundsätzlich ihre Erfahrungen geltend machen, indem sie sich auf zwei oder mehr Verträge zusammen als einen Referenzauftrag beriefen. Aus Ziffer 5.1.9. der Bekanntmachung gehe nach der maßgeblichen Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont eines verständigen Bieters nicht ausdrücklich und eindeutig hervor, dass die Anforderungen an die Referenz nicht auch durch eine Mehrzahl kleinerer Aufträge erfüllt werden könnten. Aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls sei auch nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner das Angebot der Beigeladenen nicht als ungewöhnlich niedrig angesehen habe und vor seiner Vergabeentscheidung keine Preisprüfung durchgeführt habe.

13
Dagegen richtet sich die am 24. Januar 2025 eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie ihre Rügen zur Eignungs- und Preisprüfung weiterverfolgt. Sie ist insbesondere der Ansicht, die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union vom 4. Mai 2017 (NZBau 2017, 741 – Esaprojekt) sei vorliegend nicht einschlägig. Es gehe hier nicht um „Erfahrungen“ (mit der Konfiguration eines Computersystems, vgl. EuGH-Entscheidung Rn. 18), sondern um die technische Leistungsfähigkeit für die Erfüllung des ausgeschriebenen Rahmenvertrages zur Lieferung von bis zu 100.000 Tests innerhalb von zwei Jahren. Diese Fähigkeit sei nicht nachgewiesen, wenn über einen längeren Zeitraum von mehreren Jahren die Liefermengen aus mehreren Einzelverträgen addiert würden. Bei mehreren kleineren Aufträgen könne der Auftragnehmer von Fall zu Fall entscheiden, ob er den Auftrag annehmen möchte und ausführen könne. Der Antragsgegner hätte eine ordnungsgemäße Preisprüfung durchführen müssen. Der von der Beigeladenen angebotene Preis sei ungewöhnlich niedrig.

14
Die Antragstellerin beantragt,

1. den angefochtenen Beschluss abzuändern und nach den Schlussanträgen der Antragstellerin vor der Vergabekammer zu entscheiden und

2. die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern.

15
Der Antragsgegner beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen und

2. die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde nicht zu verlängern.

16
Er ist der Ansicht, der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen, da die sofortige Beschwerde keine Erfolgsaussichten habe und der verlässlichen Belieferung mit Drogenschnelltests für die Sicherheit und Ordnung in den bayerischen Justizvollzugsanstalten Vorrang gebühre. Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet. Die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen sei nachgewiesen. Der tatsächliche Bedarf der 36 Justizvollzugsanstalten führe zu kleinen Abrufmengen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union dürften Bieter mehrere Verträge für eine Referenzleistung zusammenfassen. Die engen Voraussetzungen für einen

ausdrücklichen, ausnahmsweise möglichen Ausschluss einer kumulativen Betrachtung von Lieferleistungen lägen hier nicht vor. Es sei nicht erforderlich, dass alle Lieferungen auf der Grundlage eines Rahmenvertrags erfolgten. Eine tragfähige Grundlage für die Eignungsprognose bildeten vor allem die tatsächlich erbrachten Lieferleistungen.

17
Der Senat hat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer zunächst mit Beschluss vom 5. Februar 2025 einstweilen und mit Beschluss vom 19. Februar 2025 bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

II.

18
Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat auch in der Sache Erfolg.

19
Das Angebot der Beigeladenen ist nach § 57 Abs. 1 Halbsatz 1 VgV mangels Nachweises ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit zwingend auszuschließen.

20
1. Ohne Erfolg wendet sich der Antragsgegner gegen die Annahme der Vergabekammer, die Rüge der Antragstellerin, die Beigeladene könne keine den Anforderungen entsprechende Referenz vorweisen, sei substantiiert genug, weil sich die von der Beigeladenen eingereichte Referenz der Kenntnis der Antragstellerin entziehe und vom Antragsgegner unschwer überprüft werden könne, ob die vorgelegte Referenz den von ihm aufgestellten Anforderungen entspreche. Selbst wenn das Nachprüfungsverfahren zunächst mangels einer substantiierten Rüge unzulässig gewesen wäre, könnte die Antragstellerin einen ihr erst während des Nachprüfungsverfahrens bekannt gewordenen Umstand aufgreifen und ihn zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens machen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. September 2022, Verg 16/22, juris Rn. 50).

21
Im Übrigen ist die Rüge der Antragstellerin, die Beigeladene könne keine den Anforderungen entsprechende Referenz vorweisen, aus den von der Vergabekammer dargelegten Gründen hinreichend substantiiert.

22
a) An Rügen ist ein großzügiger Maßstab anzulegen. Ein Bieter darf im Nachprüfungsverfahren behaupten, was er auf der Grundlage seines – oft nur beschränkten – Informationsstands redlicherweise für wahrscheinlich oder möglich halten darf (vgl. BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2023, Verg 14/22, VergabeR 2023, 572 [juris Rn. 67]; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2022, Verg 11/22, NZBau 2024, 362 [juris Rn. 51 f.] jeweils m. w. N.). Der Antragsteller muss zumindest tatsächliche Anknüpfungstatsachen oder Indizien vortragen, die einen hinreichenden Verdacht auf einen bestimmten Vergaberechtsverstoß begründen. Eine pauschale, „ins Blaue hinein“ erhobene Rüge, die sich in reinen Vermutungen erschöpft (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 [juris Rn. 39]; OLG Düsseldorf, NZBau 2024, 362 [juris Rn. 52 f.]; OLG München, Beschluss vom 7. August 2007, Verg 8/07, VergabeR 2007, 802 [juris Rn. 18]) oder nicht plausibel ist (vgl. BayObLG, VergabeR 2023, 572 [juris Rn. 69 ff.]; Summa in Summa/Schneevogl, jurisPK-Vergaberecht, 7. Aufl. 2024, § 160 GWB Rn. 102), genügt dagegen nicht.

23
b) Die – zwar knapp formulierte – Rüge der Antragstellerin ist hinreichend substantiiert. Die Rüge enthält eine konkrete vergaberechtliche Beanstandung. Sie bezieht sich eindeutig auf den in Ziffer 5.1.9. der Bekanntmachung (Eignungskriterien) unter Ziffer 1 geforderten Nachweis einer vergleichbaren Referenzleistung. Dies hat der Antragsgegner auch so verstanden, der die Rüge zum Anlass genommen hat, die Beigeladene am 16. Oktober 2024 aufzufordern, näher zu spezifizieren, in konkret welchem Jahr oder welchen Jahren eine Auftragsmenge von mindestens 10.000 Stück im maßgeblichen Zeitraum ab August 2021 erreicht worden sei, und hierzu geeignete Belege oder Erklärungen vorzulegen.

24

Mit der Berufung auf ihre Marktkenntnisse hat die Antragstellerin zumindest ein Indiz dafür aufgezeigt, weshalb sie davon ausgeht, die Beigeladene verfüge wahrscheinlich nicht über eine den Anforderungen entsprechende Referenz. Weitere Angaben waren im vorliegenden Fall nicht erforderlich. Welche weiteren Erkenntnisquellen die Antragstellerin hätte nutzen können und müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Dezember 2022, Verg 11/22, VergR 2024, 463 [juris Rn. 53]), legt der Antragsgegner weder dar noch ist dies sonst ersichtlich. Vom Antragsgegner zu prüfen war lediglich, ob die von der Beigeladenen angegebenen Referenzen als ausreichend anzusehen sind und insbesondere, ob sie die an die Vergleichbarkeit gestellten Mindestanforderungen erfüllten. Auf welchen Erkenntnissen die von der Antragstellerin erhobenen Zweifel beruhten, ist dabei von untergeordneter Bedeutung.

25
Mit dem der Entscheidung des Senats vom 20. Januar 2023 (VergabeR 2023, 572 [juris Rn. 70]) zugrundeliegenden Fall ist der vorliegende nicht vergleichbar. Dort hat der Senat entscheidend darauf abgestellt, dass der Antragsteller ihm bekannte Umstände ausgeblendet hat und deshalb – unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls – nicht davon ausgehen durfte, die Konkurrenten hätten bei Einhaltung der Kalkulationsvorgaben keine günstigeren Angebote abgeben können.

26
2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, denn die von der Beigeladenen angegebene Referenz genügt nicht den in Ziffer 5.1.9. der Bekanntmachung gemäß § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3, Abs. 4 GWB und § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV aufgestellten Anforderungen. Aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergibt sich eindeutig, dass der auf einem einheitlichen (Rahmen-)Vertrag beruhende Referenzauftrag die Lieferung von mindestens 10.000 Stück umfassen muss und es insoweit ausgeschlossen ist, sich auf die im Rahmen mehrerer Verträge erworbenen Erfahrungen zu berufen.

27
Nicht entscheidungserheblich ist daher, ob der Antragsgegner nach § 60 VgV zur Preisaufklärung verpflichtet war und ob sich der von der Beilgeladenen angebotene niedrige Preis zufriedenstellend aufklären ließ.

28
a) Der Auftraggeber darf nach § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB nur Eignungskriterien aufstellen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu ihm in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Eignungskriterien müssen geeignet und erforderlich sein, um die Leistungsfähigkeit in Bezug auf den ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 6. September 2023, Verg 5/22, juris Rn. 40 m. w. N.).

29
Wegen des Transparenzgebots und der bei Nichtbeachtung von Ausschreibungsbedingungen drohenden Gefahr eines Angebotsausschlusses müssen die Bieter der Ausschreibung klar entnehmen können, welche Voraussetzungen an ihre Eignung gestellt werden und welche Erklärungen und Nachweise von ihnen in diesem Zusammenhang verlangt werden (BGH, Urt. v. 3. April 2012, X ZR 130/10 – Straßenausbau, NZBau 2012, 513 Rn. 9; OLG München, Beschluss vom 30. November 2020, Verg 6/20, juris Rn. 104). Die Eignungskriterien sind nach § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Die vorzulegenden Eignungsnachweise müssen nach Art, Inhalt und Zeitpunkt der Vorlage eindeutig gefordert sein (BayObLG, Beschluss vom 26. Mai 2023, Verg 2/23, VergabeR 2023, 647, juris Rn. 66; Dittmann in Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 57 Rn. 100). Maßgeblich für das Verständnis ist der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises (BGH NZBau 2012, 513 Rn. 10 – Straßenausbau; OLG Frankfurt, Beschluss vom 5. November 2019, 11 Verg 4/19, juris Rn. 39). Bestehen nach der Auslegung noch Unklarheiten und Widersprüche, gehen sie zu Lasten des Auftraggebers (BayObLG VergabeR 2023, 647 [juris Rn. 67]; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Dezember 2021, 11 Verg 6/21, NZBau 2022, 241 [juris Rn. 74]; Friton in BeckOK VergabeR, 35. Ed. Stand: 15. Februar 2025, GWB § 122 Rn. 58).

30
Die Forderung eines Belegs der Eignung ohne Rückbezug zu eigenständig definierten Eignungskriterien genügt, sofern daraus Rückschlüsse auf damit mittelbar gestellte Eignungskriterien möglich sind (BayObLG

VergabeR 2023, 647 [juris Rn. 69]; OLG Frankfurt NZBau 2022, 241 [juris Rn. 73]). Daran bestehen hier keine Zweifel.

31
Welche Belege für den Nachweis der beruflichen und technischen Leistungsfähigkeit verlangt werden können, ist in § 46 Abs. 3 VgV abschließend geregelt. Nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ist der Auftraggeber berechtigt, „geeignete Referenzen“ über früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu verlangen. Eine Referenz ist dann vergleichbar, wenn die Referenzleistung der ausgeschriebenen Leistung so weit ähnelt, dass sie einen tragfähigen Rückschluss auf die Leistungsfähigkeit des Bieters für die ausgeschriebene Leistung eröffnet (vgl. BayObLG, Beschluss vom 9. November 2021, Verg 5/21, NZBau 2022, 308 Rn. 82, [juris 112] m. w. N.). Der Auftraggeber kann insoweit auch Mindestanforderungen festlegen und definieren, welche Art von Aufträgen er nach Leistungsinhalt und -umfang für „geeignet“ hält (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2023, Verg 48/22, juris Rn. 46; OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, NZBau 2015, 51 Rn. 57; Goldbrunner in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl. 2024, § 46 VgV Rn 14; von Hoff in Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 46 Rn. 10). An die von ihm selbst aufgestellten und bekannt gegebenen Anforderungen ist der Auftraggeber im weiteren Verfahren gebunden (vgl. OLG Frankfurt a. a. O.).

32
Nach der von den Beteiligten zitierten Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur Möglichkeit des Bieters, sich auf mehrere Referenzen für Teilleistungen zu berufen (NZBau 2017, 741 Rn. 87 f. – Esaprojekt; kritisch: Opitz in Burgi/Dreher/Opitz, 4. Aufl. 2022, GWB, § 122 Rn. 73), sind zunächst die Angaben in der Bekanntmachung und in den Vergabeunterlagen auszulegen. Denn die Möglichkeit, sich auf Erfahrungen zu berufen, die im Rahmen mehrerer Verträge erworben wurden, besteht nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union nur dann, wenn sie weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen ausgeschlossen wurde (EuGH a. a. O.).

33
b) Die Auslegung der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen ergibt eindeutig, dass der auf einem einheitlichen (Rahmen-)Vertrag beruhende Referenzauftrag die Lieferung von mindestens 10.000 Stück umfassen muss. Aus dieser – nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV zulässigen – Festlegung ergibt sich, dass die Bieter sich hinsichtlich dieser Mindestauftragsmenge nur auf einen einzigen Referenzauftrag und nicht auf mehrere Aufträge berufen können.

34
aa) Dies folgt aus der in Ziffer 5.1.9. der Bekanntmachung verwendeten Formulierung „Auftragsmenge von mind. 10.000 Stück“. „Auftrag“ und „Vertrag“ werden üblicherweise als Synonyme verstanden. Der Senat folgt der Auffassung des Antragsgegners, dass mit „Auftragsmenge“ bei einem Lieferauftrag die Gesamtmenge der gelieferten Produkte gemeint ist. Entscheidend ist jedoch – entgegen der Ansicht des Antragsgegners – die aufgrund des Referenzauftrags gelieferte Menge.

35
Auch der Wortlaut der Vergabeunterlagen spricht dafür, dass es für die Vergleichbarkeit der Referenzleistung allein auf die sich aus einem Vertrag ergebende Auftragsmenge ankommt. Nach Ziffer 2.2.2.3. ist eine Beschreibung des Auftrags erforderlich, nach Ziffer 2.2.2.4. sind Angaben zu dem Umfang des Auftrags zu machen. Auch die in Ziffer 2.2.2.6. geforderte Angabe, ob es sich „um Lieferung(en) in einer Menge oder mit Abrufen in Teilmengen“ handelte, bezieht sich auf den Auftrag. Ein Abruf in Teilmengen kann auf der Grundlage eines Rahmenvertrags erfolgen, der bestimmte Bedingungen für die abzuschließenden Einzelverträge festlegt. Auch bei echten Sukzessivlieferungsverträgen können Lieferungen nach Bedarf und auf Abruf erbracht werden (vgl. BGH, Urt. v. 5. November 1980, VIII ZR 232/79, NJW 1981, 679 [juris Rn. 23]; Grüneberg in Grüneberg, BGB, 84. Aufl. 2025, Überbl v § 311 Rn. 27). Dass bei dem Referenzauftrag auch Teillieferungen zugelassen waren, spricht somit entgegen der Ansicht des Antragsgegners nicht dagegen, dass die Lieferungen auf der Grundlage eines Vertrags erbracht worden sein mussten. Werden dagegen nacheinander über kleinere Mengen gesonderte, nicht auf einem Rahmenvertrag beruhende Verträge abgeschlossen und diese zur Erfüllung des jeweiligen Vertrags geliefert, handelt es sich nicht um „Teilmengen“ bzw. Teilleistungen nach § 266 BGB.

36

Zutreffend weist der Antragsgegner zwar darauf hin, dass auch bei einem Rahmenvertrag die Lieferungen auf mehreren Verträgen, nämlich den durch die Bestellungen zustande kommenden Einzelverträgen beruhten. Er blendet dabei jedoch die sich aus dem Rahmenvertrag ergebende Verpflichtung aus, über die im Rahmenvertrag nach Art, Preis und Menge eingegrenzten Vertragswaren einzelne Lieferverträge zu schließen (vgl. Weber in Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2023, § 510 Rn. 12).

37
Entgegen der Ansicht des Antragsgegners enthalten die Vergabeunterlagen keine Anhaltspunkte dafür, dass der „Art der vertraglichen Vereinbarung“ neben den tatsächlich erbrachten Lieferleistungen bei dem Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit keine eigenständige Bedeutung zukäme. Nach Ziffer 2.2.2.4. sind insbesondere Angaben zum Umfang des Referenzauftrags zu machen. Dass zu den vertraglichen Regelungen des Referenzauftrags keine weiteren Auskünfte verlangt wurden, ist ohne Bedeutung.

38
bb) Unerheblich ist, ob die Antragstellerin – wie der Antragsgegner meint – bei Angebotserstellung selbst von einem anderen Verständnis ausgegangen ist.

39
Maßgeblich ist das verobjektivierte Verständnis des jeweils angesprochenen Empfängerkreises insgesamt, nicht das tatsächliche Verständnis einzelner Bieter (vgl. BayObLG, Beschluss vom 31. August 2022, Verg 18/21, juris Rn. 100).

40
cc) Nicht gefolgt werden kann der Argumentation des Antragsgegners, die geforderte Mindestmenge von 10.000 Stück habe auch bei einer kumulativen Betrachtung eine erhebliche Aussagekraft, da nach diesem Maßstab beispielsweise Bieter als ungeeignet anzusehen wären, aus deren Referenzen sich lediglich ergibt, dass sie „bislang nur wenige Prototypen oder geringe Stückzahlen eines vergleichbaren Produkts“ geliefert haben. Auch ohne Festlegung einer Mindestauftragsmenge dürfte eine Referenz, aus der sich ergibt, dass der Bieter „bislang nur wenige Prototypen oder geringe Stückzahlen eines vergleichbaren Produkts“ geliefert hat, angesichts des Volumens des streitgegenständlichen Auftrags nicht als geeignet anzusehen sein.

41
Für nicht überzeugend hält der Senat den Einwand des Antragsgegners, eine tragfähige Grundlage für die Eignungsprognose lieferten vor allem die tatsächlich erbrachten Lieferleistungen, die Art der vertraglichen Vereinbarung habe daneben keine eigenständige Bedeutung. Zweck einer Referenz im Sinne des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV ist der Nachweis, dass ein früherer – vergleichbarer – Auftrag ausgeführt wurde. Die Ausführung bzw. Erfüllung dieses Auftrags kann nicht ohne die zugrundeliegende vertragliche Verpflichtung beurteilt werden. Dass ein Bieter in einem bestimmten Zeitraum aufgrund mehrerer, jeweils auf einer gesonderten Entscheidung der Parteien zustande gekommener Kaufverträge eine bestimmte Anzahl eines Produkts geliefert hat, ist nicht mit der Bestätigung vergleichbar, dass ein Unternehmen einen (Rahmen-)vertrag, durch den es längerfristig zur Lieferung einer bestimmten Stückzahl verpflichtet war, erfüllt hat. Eine kontinuierliche Belieferung über einen längeren Zeitraum kann nur durch eine entsprechende vertragliche Verpflichtung sichergestellt werden. Aus diesem Grund strebt der Antragsgegner den Abschluss einer Rahmenvereinbarung an (vgl. S. 10 des Schriftsatzes vom 6. Dezember 2024). Wie sich aus dem Wortlaut des § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV („früher ausgeführte Liefer- und Dienstleistungsaufträge“) ergibt, ist auch bei Rahmenverträgen entscheidend, welche Leistungen aufgrund dieser vertraglichen Verpflichtung ausgeführt wurden (vgl. von Hoff in Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 46 Rn. 14).

42
dd) Die Ansicht des Antragsgegners, die vom Gerichtshof der Europäischen Union in seiner Entscheidung vom 4. Mai 2017 (NZBau 2017, 741 – Esaprojekt) aufgestellten engen Voraussetzungen für einen ausdrücklichen, ausnahmsweise möglichen Ausschluss einer kumulativen Betrachtung von Lieferleistungen lägen nicht vor, teilt der Senat nicht. Die Festlegung, die Vergleichbarkeit bemesse sich insbesondere an der Lieferung von Becher-Urintests zur Feststellung von Drogenkonsum und einer Auftragsmenge von mindestens 10.000 Stück, ist aus den oben genannten Gründen eindeutig dahin zu verstehen, dass sie sich auf einen einzigen Auftrag bezieht. Einer weiteren Festlegung, dass diese Mindestauftragsmenge nicht durch mehrere Aufträge erfüllt werden könne, bedurfte es nicht.

43
Der Gerichtshof der Europäischen Union hat die Vorlagefrage, ob sich ein Wirtschaftsteilnehmer auf zwei oder mehr Verträge zusammen als einen Auftrag berufen darf, obwohl der Auftraggeber weder in der Bekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen diese Möglichkeit vorgesehen hat (NZBau 2017, 741 – Esaprojekt Rn. 33 unter 7.), dahin beantwortet, dass ein Wirtschaftsteilnehmer Erfahrung geltend machen kann, indem er sich auf zwei oder mehrere Verträge zusammen als einen Auftrag beruft, es sei denn, der öffentliche Auftragsgeber habe eine solche Möglichkeit aufgrund von Anforderungen ausgeschlossen (a. a. O. Rn. 88). Dass der Ausschluss dieser Möglichkeit die Ausnahme ist, bedeutet nicht, dass ein Ausnahmefall nur dann anzunehmen ist, wenn in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ausdrücklich festgelegt ist, dass der Wirtschaftsteilnehmer sich bei bestimmten Eignungskriterien nicht auf mehrere Verträge berufen darf. Es genügt, dass sich dies – wie vorliegend – eindeutig aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen ergibt.

44
c) Der Auslegung, dass sich der Bieter hinsichtlich der Mindestauftragsmenge von 10.000 Stück nicht auf mehrere Verträge berufen darf, steht nicht entgegen, dass die an die Eignungsnachweise gestellten Anforderungen nach § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen (vgl. EuGH NZBau 2017, 741 Rn. 88 – Esaprojekt; Hausmann/von Hoff in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl. 2020, § 122 Rn. 39 ff.).

45
Ein Auftragsbezug ist zweifellos gegeben. Es werden keine Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit gestellt, die über die Zurverfügungstellung eines bestimmten Produkts hinausgehen (vgl. von Hoff in Röwekamp/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 46 Rn. 3). Mit der Festlegung, es müsse zum Nachweis der Leistungsfähigkeit mindestens ein Referenzauftrag aus den letzten drei Jahren mit einer Mindestauftragsmenge von 10.000 Stück benannt werden, werden auch keine unangemessen hohen Anforderungen gestellt, auch wenn damit notwendigerweise eine Wettbewerbsbeschränkung verbunden ist. Die Stückzahl von mindestens 10.000 bezogen auf den gesamten Referenzauftrag, der sich auch über mehrere Jahre erstrecken kann, entspricht einem Viertel der geschätzten jährlichen Liefermenge der streitgegenständlichen Ausschreibung. Die Referenz soll dem Auftraggeber eine geeignete Grundlage für die Beurteilung liefern, ob der Auftraggeber voraussichtlich in der Lage sein wird, den Bedarf der bayerischen Justizvollzugsanstalten kontinuierlich zu decken.

46
d) Die von der Beigeladenen angegebene Referenz genügt diesen Anforderungen nicht.

47
aa) Nach den Feststellungen der Vergabekammer hat sich aufgrund der vom Antragsgegner vorgenommenen Angebotsaufklärung herausgestellt, dass die von der Beigeladenen benannte Referenz keinen einheitlichen Lieferauftrag oder Rahmenvertrag, sondern Lieferungen an verschiedene Auftraggeber in … [Land] aufgrund von Empfehlungen einer zentralen Stelle umfasst, die von den beschaffenden Stellen selbst eingekauft und bezahlt werden.

48
bb) Fehl geht die Annahme des Antragsgegners, es sei von seiner Einschätzungsprärogative gedeckt, diese von der Beigeladenen angegebenen früheren Lieferungen als geeignete Referenz anzusehen. Der Antragsgegner muss die von ihm festgelegten Mindestanforderungen an die Vergleichbarkeit des Referenzauftrags berücksichtigen.

49
Dem Auftraggeber steht zwar bei der Entscheidung, welche Anforderungen er an die Eignung der Bieter stellen will, und bei der Bewertung der Referenzen ein weiter Beurteilungsspielraum zu, er ist aber an die von ihm selbst aufgestellten und bekannt gegebenen Anforderungen gebunden und darf hiervon nicht nachträglich zugunsten einzelner Bieter abweichen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 8. April 2014, 11 Verg 1/14, juris Rn. 57).

50
cc) Eine Berücksichtigung des neuen Vorbringens der Beigeladenen nach § 56 Abs. 2 VgV kommt nicht in Betracht. Auch Referenzangaben gehören zu den unternehmensbezogenen Unterlagen im Sinne dieser

Vorschrift (OLG Frankfurt, Beschluss vom 21. Dezember 2023, 11 Verg 4/23, juris Rn. 112). Die nachträgliche inhaltliche Abänderung oder den Austausch formal korrekter leistungsbezogener Unterlagen mit dem Ziel, ein besseres Wertungsergebnis zu erzielen, erlaubt § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV indes nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17, juris Rn. 90; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 26. Mai 2023, Verg 2/23, juris Rn. 106).

51
Die Beigeladene hat in ihrem Angebot zu der Referenz ausgeführt, sie habe „landesweit“ über 10.500 Stück pro Jahr geliefert. Die Information, sie habe in einem Zeitraum von drei Jahren an eine einzige Stelle über 10.000 Stück geliefert, stellt eine nachträgliche inhaltliche Abänderung der früheren Erklärung dar.

52
Im Übrigen kommt es nicht entscheidend darauf an, ob die Beigeladene in dem maßgeblichen Referenzzeitraum von drei Jahren ab August 2021 an eine „in der Referenz benannte Stelle“ über 10.000 Stück geliefert hat, sondern ob dies aufgrund eines Auftrags erfolgte. Ob letzteres der Fall ist, hat der Antragsgegner nicht aufgeklärt.

53
3. Die Kostenentscheidung ergibt sich hinsichtlich des Verfahrens vor der Vergabekammer aus § 182 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Sätze 1 und 2 GWB. Für das Beschwerdeverfahren einschließlich des Verfahrens nach § 173 GWB folgt die Kostenentscheidung aus § 175 Abs. 2, § 71 GWB.

54
Danach hat der unterlegene Antragsgegner die Kosten einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin tragen. Die Beigeladene hat keine Anträge gestellt. Es besteht damit kein Anlass, ihr einen Teil der Kosten bzw. der notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

55
Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin für das Verfahren vor der Vergabekammer war angesichts der rechtlich schwierigen Fragen gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 BayVwVfG für notwendig zu erklären.

56
4. Die Streitwertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.