



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 – 34/22

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „*Errichtung und Betrieb von öffentlich zugänglicher HPC-Schnellladeinfrastruktur* [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und die ehrenamtliche Beisitzerin Theurer im schriftlichen Verfahren nach Lage der Akte gem. § 166 Abs. 1 Satz 3, 2. Alt. GWB am 26. April 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Der Antrag auf Berichtigung des Rubrums sowie der Antrag auf Akteneinsicht wird jeweils zurückgewiesen.

3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

### Gründe:

#### I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „*Errichtung und Betrieb von öffentlich zugänglicher HPC-Schnellladeinfrastruktur [...]*“, im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb unionsweit bekannt.

Gegenstand des Vergabeverfahrens ist die Errichtung und der Betrieb von Schnellladesäulen (High-Power-Chargern – HPC) und entsprechenden Infrastrukturen im öffentlichen und halb-öffentlichen Raum für den Mittel- und Langstreckenverkehr gem. § 3 Abs. 1 SchnellLG. Insgesamt sollen diese an bundesweit 900 Standorten [...] errichtet werden. [...].

Unter Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit) wurde die Vorlage von Referenzen zur Errichtung und zum Betrieb von Ladepunkten des Bewerbers, der Mitglieder der Bergergemeinschaft oder eines eignungsverleihenden Unterauftragnehmers gefordert.

Als „*Mindestanforderungen/Grundeignung*“ wurde verlangt:

*„In Formblatt 9 (Exceltabellenblätter) muss für eine Beteiligung im Rahmen der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit mindestens nachgewiesen werden:*

*- die Errichtung und der Betrieb von mind. 10 öffentlich zugänglichen Ladepunkten mit mind. 50 kW*

*oder*

*- die Errichtung und der Betrieb von mind. 5 öffentlich zugänglichen Ladepunkten mit mind. 100 kW.*

*\*\*\*\*\**

*Hinsichtlich der abgefragten Referenzen gilt:*

*- Die Errichtung umfasst die bauliche Herstellung bis zur Inbetriebnahme der Ladepunkte.*

- *Betreiber ist, wer unter Berücksichtigung der rechtlichen, wirtschaftlichen und tatsächlichen Umstände bestimmenden Einfluss auf den Betrieb eines Ladepunkts ausübt (vgl. § 2 Nr. 12 LSV).*
- *Der Zeitpunkt der Errichtung ist unerheblich; der Betrieb muss hingegen innerhalb der letzten 3 Jahre und für mindestens 6 Monate geführt worden sein.*
- *Die Errichtung und der Betrieb müssen sich nicht auf dieselben Ladepunkte beziehen, d.h. es können auch Ladepunkte genannt werden, die lediglich errichtet, aber nicht betrieben oder nicht errichtet, aber betrieben wurden. Beispiel: Bewerber A hat 10 Ladepunkte errichtet, davon hat er in den letzten drei Jahren lediglich 5 Ladepunkte länger als 6 Monate betrieben. Zudem hat Bewerber A den Betrieb von 3 Ladepunkten, die er selbst nicht errichtet hat, übernommen. Diese Ladepunkte betreibt er seit einem Jahr. Im Ergebnis werden für Bewerber A die Referenzen „Errichtung und Betrieb“ für 8 Ladepunkte anerkannt.“*

Soweit die vorgelegten Referenzen die Mindestanforderungen erfüllen, sollten sie gem. den Vorgaben Ziff. II.2.9 im Rahmen der Beschränkung der Anzahl der Bewerber qualitativ bewertet werden.

Ablauf der Frist für die Einreichung der Teilnahmeanträge war der 10. November 2021.

Unter Ziffer VI.4.3) „*Einlegung von Rechtsbehelfen*“ wird unter Wiedergabe der gesetzlichen Bestimmung des § 160 GWB „*ausdrücklich*“ auf die Rügeobliegenheiten sowie auf die Präklusionsregelungen von § 160 Abs. 3 GWB hingewiesen.

[...].

Aufgrund weiterer Bewerberfragen zu den Anforderungen an Ladepunkte in europäischen Mitgliedstaaten und im außereuropäischen Ausland stellte die Ag mit Änderungsbekanntmachung vom [...] klar:

*„Ein Ladepunkt ist öffentlich zugänglich, wenn er in den Anwendungsbereich der Verordnung über technische Mindestanforderungen an den sicheren und interoperablen Aufbau und Betrieb von öffentlich zugänglichen Ladepunkten für Elektromobile (Ladesäulenverordnung - LSV) fällt (vgl. §§ 1, 2 Nr. 9 LSV) und deren Anforderungen (insb. § 4 LSV) erfüllt. Soweit ein Bewerber Ladepunkte angibt, die sich nicht im Gebiet der Bundesrepublik befinden, muss der Ladepunkt die Anforderungen im Sinne der LSV ebenfalls erfüllen.*

*Sind die vom Bewerber angegebenen Ladepunkte auf der Liste öffentlich-zugänglicher Ladepunkte der Bundesnetzagentur aufgeführt (vgl. § 5 LSV), wird die Einhaltung der Anforderungen der LSV vermutet. Sind Ladepunkte auf dieser Liste einem anderen Betreiber als dem Bewerber zugeordnet, bedarf es eines Nachweises, warum diese Ladepunkte dem Bewerber zuzurechnen sind. Gibt ein Bewerber Ladepunkte an, die sich nicht im Gebiet der Bundesrepublik befinden, bedarf es eines Nachweises dafür, dass die Anforderungen der LSV eingehalten werden.“*

Hierzu wurden bis zum Schlusstermin der Teilnahmeanträge am 10. November 2022 keine weiteren Bewerberfragen gestellt.

Die antragstellende Bietergemeinschaft (Antragstellerin, ASt) reichte keinen Teilnahmeantrag ein. Dagegen stellte die [...], das Mitglied zu 1. der ASt, jeweils fristgerecht am [...] einen Teilnahmeantrag [...]. Im Teilnahmeantrag wurde jeweils angekreuzt, dass der Antrag als „als Einzelbewerber mit Unterauftragnehmer“ erfolge. Außerdem wurde jeweils ein Formblatt „Verzeichnis Drittunternehmen“ ausgefüllt, in dem die Mitglieder zu 2. und 3. der ASt als Eignungsleihgeber zur technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit und diesbezüglich zur Beibringung der nötigen Referenzen im Bereich Errichtung und Betrieb von Ladesäulen gem. Formblatt 9 aufgeführt wurden.

Dabei wurden im Tabellenblatt A zum Formblatt 9 als Referenzen zur Errichtung u.a. [...]Ladepunkte benannt, die für [...] errichtet wurden.

Mit Schreiben vom 17. Dezember 2021 fragte die Ag zu den Teilnahmeanträgen des Mitglieds zu 1. der ASt der [...], nach, ob die Mitglieder zu 2. und 3. der ASt nicht nur als Eignungsleihgeber, sondern auch als Unterauftragnehmer eingesetzt werden sollen. Weiterhin erfragte die Ag, ob die von letzteren für die [...] errichteten Ladepunkte öffentlich zugänglich seien. Wörtlich heißt es in diesem Schreiben:

*„Die im Rahmen dieser Referenzen benennbaren Ladepunkte müssen zudem - mit Ausnahme der Ladepunkte im Wertungskriterium 3 (Schnellladehubs) - öffentlich zugänglich sein. Ein in der Bundesrepublik Deutschland liegender Ladepunkt ist dabei öffentlich zugänglich, wenn er in den Anwendungsbereich der Verordnung über technische Mindestanforderungen an den sicheren und interoperablen Aufbau und Betrieb von öffentlich zugänglichen Ladepunkten für Elektromobile (Ladesäulenverordnung - LSV) fällt und deren Anforderungen erfüllt. Die LSV basiert in wesentlichen Teilen auf der Umsetzung der Richtlinie 2014/94/EU. Sofern Ladepunkte angegeben werden, die sich nicht im Gebiet*

*der Bundesrepublik Deutschland, sondern im europäischen Ausland befinden, müssen diese [...] ebenfalls öffentlich zugänglich sein und ein punktuelles Laden (Ad-hoc-Laden) im Sinne der Richtlinie 2014/94/EU ermöglichen. Wir bitten Sie daher um Erklärung und ggf. Begründung, ob die benannten Ladepunkte der [...] öffentlich zugänglich im vorgenannten Sinne sind.“*

Das Mitglied zu 1. der ASt bejahte fristgerecht, dass die Mitglieder zu 2. und 3. der ASt auch als Unterauftragnehmer eingesetzt werden sollen und beantwortete die weitere Frage wie folgt:

*„Die [...] Ladepunkte sind öffentlich zugänglich i.S.v. § 2 Nr. 5 LSV. Zum einen haben alle angegebenen [...] Ladesäulen bereits CCS Stecker verbaut, womit die nutzungsbezogenen Anforderungen an eine öffentliche Ladesäule erfüllt sind und die Ladesäulen von einem unbestimmten Personenkreis genutzt werden können. Außerdem können die Ladesäulen von einem unbestimmten Personenkreis tatsächlich befahren werden. Sie befinden sich alle auf öffentlich zugänglichen Parkplätzen, welche nicht durch Schranken beschränkt sind und welche außerdem nicht durch Verbotsschilder oder andere Hindernisse der breiten Öffentlichkeit verwehrt werden. Es liegen damit keine physischen Hindernisse zum Befahren der Ladesäulen für einen unbestimmten Personenkreis vor. Damit erfüllen die [...] Ladepunkte die genannten Anforderungen.“*

Gleichzeitig wurde ein ergänztes Formblatt 9 eingereicht.

Mit elektronisch über die Vergabeplattform und per Telefax übermitteltem Schreiben vom 27. Januar 2022 teilte die Ag der [...] mit, dass deren Teilnahmeanträge nicht berücksichtigt, sondern gem. § 57 Abs. 1 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen seien, da die für die Eignung erforderlichen Mindeststandards gem. Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung nicht erfüllt worden seien.

Der wesentliche Teil der im Bereich Errichtung genannten Ladepunkte mit der erforderlichen Ladeleistung sei nicht öffentlich zugänglich i.S.d. Ausschreibungsvorgaben und ermögliche kein punktuelles Laden. Entscheidend sei dabei, dass sich das Ladeangebot des Betreibers an einen unbestimmten oder nur nach allgemeinen Merkmalen bestimmbar Personenkreis richten und das Laden für Dritte außerhalb eines Dauerschuldverhältnisses (Ad hoc Laden) ermöglichen müsse. Ergänzend wurde auf § 160 Abs. 1 bis 3 GWB verwiesen.

Am 8. Februar 2022 mandatierte die [...] die Verfahrensbevollmächtigte mit der Wahrnehmung ihrer Interessen. Diese erstellte zu Zwecken der internen Beratung einen Vermerk, auf dessen Grundlage eine Rüge abgestimmt wurde.

Die Verfahrensbevollmächtigte der ASt war bereits im Vorfeld der Ausschreibung mit dieser befasst und gab am 30. September 2021 ausweislich der von der Ag eingereichten Anlage ([...]) im Online-Magazin der [...] [...] erschienenen Artikel ein Interview zu der vorliegenden, damals unmittelbar bevorstehenden Ausschreibung. Darin wurde über rechtliche Bedenken gegen eine geplante Preisobergrenze und Verstöße gegen Beihilfe- und Grundrechte der EU berichtet, die Gegenstand eines „Appells der Ladeinfrastrukturbetreiber“ mehrerer Unternehmen gegenüber der Ag waren. Unter diesen Unternehmen befand sich auch ein Unternehmen, das gesellschaftsrechtlich mit der [...] verknüpft ist, seinen Sitz unter derselben Anschrift hat und auch von demselben Geschäftsführer vertreten wird. Weiter heißt es [...]:

*„Eine interessante Zwischenrolle scheint hier [...] zu spielen: Sein CEO [...] hat schon bestätigt, dass das begehrte [...]Netz für alle Elektroautos geöffnet wird. Das könnte noch in diesem Jahr beginnen — aber bei der staatlichen Bedarfsplanung werden die aktuell rund [...] nicht berücksichtigt, weil sie derzeit noch exklusiv sind.“*

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22. Februar 2022, Zugang bei der Ag vorab per Email am 23. Februar 2022, rügte das Mitglied zu 1. der ASt sodann den Ausschluss der Teilnahmeanträge als vergaberechtswidrig. Es wurde vorgetragen, dass die Rüge rechtzeitig erfolge, weil die erforderliche positive Kenntnis hinsichtlich der rechtlichen Wertung in solch komplexen Ausschreibungsverfahren erst nach anwaltlicher Beratung vorliege: Das finale Memo zu der rechtlichen Einschätzung auf Grundlage der Kenntnis der Teilnahmeunterlagen sei der Mandantin erst am 22. Februar 2022 zugegangen. In der Sache wurde ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot bei Anwendung der Eignungskriterien der Ziffer III.1.3) der Bekanntmachung gerügt, in dem die als Referenzen angegebenen [...]Ladepunkte der [...] nicht berücksichtigt worden seien. Anforderungen an die Errichtung der Ladesäulen würden in unzulässiger Weise mit den Anforderungen an den Betrieb vermengt. [...] plane laut Bekanntmachung vom Juni 2021 den [...]Zugang zunehmend den Fahrern von Fremdmarken zu ermöglichen im Rahmen eines Pilotprojekts ermöglichen. Weiter heißt es:

*„Die Funktion des punktuellen Ladens (sog. „ad-hoc Laden“, § 4 LSV) wird durch einen einfachen Schritt [...] durch Anbringung eines QR-Codes umgesetzt. Funktionen bei La-*

*desystemen sind updatebar. Im Falle des ad-hoc-Ladens ist die Software in den [...]n bereits angelegt. Sie muss lediglich durch Aufbringen des QR-Codes an dem äußeren Ladesäulenmantel ergänzt werden, um aktiv genutzt werden zu können.“*

Für die Kompetenz zur Errichtung von Ladeinfrastruktur sei aber unerheblich, welcher Art das Ladesystem sei und das Paymentsystem werde allein durch die installierte Software der Ladesysteme beeinflusst. Die Kompetenz hierfür falle aber allein in den Verantwortungsbereich des Betreibers und nicht in den der Errichtung.

Die Ag wies mit Schreiben vom 2. März 2022 die Rüge als nicht fristgerecht und im Übrigen unbegründet zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. März 2022 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 18. März 2022 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt macht geltend,

- dass die Rüge fristgerecht erhoben worden sei. Eine Rügeobliegenheit binnen der Teilnahmefrist, dem 10. November 2021, habe mangels Erkennbarkeit der Vergabeverstöße aus der Bekanntmachung nicht bestanden. Erstmals mit Erhalt des Ablehnungsschreibens seien bei der ASt Zweifel aufgekommen, ob sie die Eignungskriterien und die Anforderungen an die Referenzen im Sinne der Ag verstanden habe. Dazu habe sie den Rechtsrat der Verfahrensbevollmächtigten eingeholt, weil sie die Ablehnungsgründe vergaberechtlich nicht habe bewerten können. Dies habe eine Verlängerung der Rügefrist bewirkt. Am 19. Februar 2022 habe die Verfahrensbevollmächtigte dann eine rechtliche Stellungnahme an die Mandantin gerichtet. Erst zu diesem Zeitpunkt habe positive Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß vorgelegen und die Rüge sei am 23. Februar 2022 fristgerecht erhoben worden. Die Expertise und Vorbefassung der Verfahrensbevollmächtigten könne nicht dazu herangezogen werden, die notwendige Einholung von Rechtsrat zu verkürzen. Gleiches gelte für die gesellschaftsrechtlichen Strukturen der Mitglieder der ASt.

Der Vergaberechtsverstoß sei auch nicht bereits während der Teilnahmefrist gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB erkennbar gewesen. Nach dem objektiven Empfängerhorizont habe die Ag klar zwischen Referenzanforderungen zwischen der Errich-

tung und des Betriebs eines Ladepunktes differenziert und es sei ausdrücklich zugelassen, getrennte Referenzen hierzu beizubringen. Daher hätten die Referenzanforderungen nur dahingehend verstanden werden können, dass gleichwertige Referenzen gefordert würden und die Referenzen für die Errichtung nicht die Anforderungen an den Betrieb gem. § 4 LSV erfüllen mussten.

- Wenn die Ag nun verlange, dass der Nachweis zur Errichtung eines öffentlich zugänglichen Ladepunktes auch die Möglichkeit des punktuellen Ladens gem. § 4 LSV einschlieÙe, stelle dies eine rechtlich unzulässige bzw. rechtlich unmögliche Forderung dar, da sich § 4 wie die gesamte LSV nur an den Betreiber und nicht an den Errichter richte. Es dürfe für die Bewertung der Referenzen zur Errichtung von Ladepunkten nur darauf ankommen, ob errichtungstechnisch alle Anforderungen an im öffentlichen Raum errichtete, öffentlich zugängliche Ladepunkte erfüllt wurden. Dies begründe einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gem. § 97 Abs. 2 GWB sowie gegen § 46 Abs. 3 Nr. 1 und § 31 Abs. 6 VgV. Darüber hinaus bestünden Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Ausschreibung unter Berufung auf den gesetzlichen Auftrag in § 3 Abs.1 SchnellLG, denn diese Vorschrift verlange gerade nicht, dass die Schnellladeinfrastruktur öffentlich zugänglich sein müsse. Von der Verordnungsermächtigung gem. § 7 i.V.m. § 3 Abs. 5 SchnellLG habe die Ag keinen Gebrauch gemacht. Überdies verstoÙe die Ausschreibung gegen Beihilfenrecht gem. Art. 107 Abs. 1 AEUV.
- Unter Verweis auf Pressemitteilungen und -berichte von Februar und März 2022 bekräftigte die ASt, dass beabsichtigt sei, zukünftig die Nutzung der bislang nur [...]Kunden vorbehaltenen [...]Ladepunkte auch für Fahrer anderer Fabrikate zu öffnen und diesen die Möglichkeit des ad-hoc-Ladens einzuräumen. Die bei den [...]Ladepunkten teilweise verbauten Schranken dienten lediglich der Regulierung des Parkraums und auch dies sei eine Ausstattung, die allein in den Verantwortungsbe- reich des Betreibers falle. Eine Aussage über die Kompetenzen des Errichters des Ladepunktes könne auf dieser Grundlage nicht getroffen werden. Auch der konkrete Zeitpunkt der Inbetriebnahme sei für Referenzen zur Errichtung eines Ladepunktes nicht erheblich.
- Zur Begründung ihres mit Schriftsatz vom 6. April 2022 gestellten Antrags auf Berich- tigung des Aktivrubrums führte die ASt aus, dass diese im Rubrum des Nachprü- fungsantrags formell falsch bezeichnet worden sei. Bewerberin im verfahrensgegen- ständlichen Vergabeverfahren sei nur die [...] als Einzelbieterin. Tatsächlich habe es keine Bietergemeinschaft gegeben, sondern die als Mitglieder zu 2. und 3. der ASt

aufgeführten Unternehmen hätten lediglich als Unterauftragnehmerinnen der [...] als Einzelbieterin fungiert. Aus der Zusammenschau mit der Rüge und den von der ASt vorgelegten Anlagen sei offensichtlich, dass es sich um eine irrtümliche Falschbezeichnung im Rubrum handele. Eine solche Rubrumsberichtigung sei auch im Nachprüfungsverfahren durch die Rechtsprechung als zulässig anerkannt. Soweit diese sich auf Falschbezeichnungen des Antragsgegners beziehe, müsse Gleiches auch für eine falsche Bezeichnung der Antragstellerin gelten.

Die ASt beantragt:

1. Ein Nachprüfungsverfahren gem. § 160 Abs. 1 GWB wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Ausschreibung der Ag zur Vergabe des Auftrags [...] wird eingeleitet.
2. Der Ag wird aufgegeben, den Ausschluss der Teilnahmeanträge der ASt zurückzunehmen und die Wertung der Bewerbungen unter Einbeziehung der Teilnahmeanträge der ASt zu wiederholen.
3. Hilfsweise: Der Ag wird untersagt, das Vergabeverfahren durch Zuschlagserteilung abzuschließen.
4. Der ASt wird Akteneinsicht gewährt.
5. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt.
6. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag notwendig war.

Die Ag wendet ein:

- Der ASt fehle die Antragsbefugnis, da sie sich nicht an dem Vergabeverfahren beteiligt oder in sonstiger Weise ihr Interesse am Auftrag bekundet habe. Eine Berichtigung des Aktivrubrums sei rechtlich nicht vorgesehen. Es handele sich auch nicht um eine irrtümliche Falschbezeichnung, bei der unzweifelhaft erkennbar wäre, welcher der richtige Antragsteller sein solle, wobei Zweifel zu Lasten der ASt gingen. Vielmehr

habe die ASt zunächst nach rechtlichem Hinweis die Rücknahme des Nachprüfungsantrags für die Mitglieder zu 2. und 3. der ASt erklärt und damit bestätigt, dass keine irrtümliche Falschbezeichnung vorgelegen habe. In der Sache handele es sich um eine Parteiänderung, der seitens der Ag nicht zugestimmt werde und die auch nicht sachdienlich sei.

- Der Antrag sei auch gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert. Aus den Vergabeunterlagen (Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung) ergäbe sich, dass als Mindestanforderung Referenzen einheitlich für die Errichtung und den Betrieb öffentlich zugänglicher Ladepunkte gefordert wurden. Was unter öffentlicher Zugänglichkeit zu verstehen sei, sei auch durch Verweis auf § 3 und § 4 LSV und die Änderungsbekanntmachung klargestellt worden. Nur wenn eine Schnellladeinfrastruktur öffentlich zugänglich sei, könne ein Zugang diskriminierungsfrei zu marktgerechten Bedingungen gem. § 2 Nr. 4, § 3 Abs. 1 und 3 SchnellLG gewährleistet werden. Die Errichtung und der Betrieb nicht öffentlicher Ladestellen sei nicht vergleichbar, weil bei einem unbestimmten Nutzerkreis andere Formen der Authentifizierung und Abrechnung des Ladevorgangs erforderlich seien. Dass die von [...] betriebenen [...] Ladepunkte nicht öffentlich zugänglich seien und insbesondere kein punktuell Laden i.S.d. § 4 LSV ermöglichen, ergäbe sich bereits aus deren Bewerberfrage. Diese sei nur deshalb nicht an die anderen Bewerber weitergeleitet worden, weil sie bewerbenspezifische Sachverhalte betroffen hätte und eine Anonymisierung nicht möglich gewesen wäre, ohne die Identität und die besondere Stellung des Bewerbers zu offenbaren. Die Rüge sei auch gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB als verspätet präkludiert. Die Rüge sei bereits nach dem Aufklärungsverlangen der Ag vom 17. Dezember 2021 geboten gewesen. Daraufhin habe die [...] im Schreiben vom 4. Januar 2022 unzutreffend behauptet, die referenzierten [...] seien unbeschränkt öffentlich zugänglich. Tatsächlich seien die von der [...] benannten [...] Ladepunkte aber durch Schranken sowie Halteverbots- und Hinweisschilder („Zugänglich nur für [...] während des Ladevorgangs“) zugangsbeschränkt, was durch Vorlage von Bildmaterial belegt werde. Die Rüge nach der Mitteilung über die Ausschlussentscheidung sei verspätet erfolgt. Eine Überlegungsfrist sei gesetzlich nicht vorgesehen. Die Verfahrensbevollmächtigte der ASt sei auch eine ausgewiesene Expertin in allen Rechtsfragen im Zusammenhang mit E-Mobilität und habe sich bereits im Rahmen eines Interviews [...] Rechtsfragen zu dieser Ausschreibung befasst.

- Im Übrigen sei der Antrag auch unbegründet. Die aufgestellten Anforderungen an die Referenzen seien durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und die angegebenen Referenzen der [...] erfüllten nicht die bekannt gegebenen Mindestanforderungen.
3. Die Vergabekammer hat am 30. März 2022 einen rechtlichen Hinweis zur vorläufigen Rechtsauffassung über die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrag an die Verfahrensbeteiligten versandt und hierzu Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 5. April 2022 gegeben. Problematisiert hat die Vergabekammer die Antragsbefugnis, § 160 Abs. 2 GWB, da die ASt als Bieter- bzw. (korrekt) Bewerbungsgemeinschaft nicht Bewerberin im Vergabewettbewerb sei, sondern sich die [...] als ein Mitglied der Bietergemeinschaft am Vergabewettbewerb beteiligt habe. Ein Auftragsinteresse der ASt liege daher mangels Identität von ASt und Teilnehmerin am Vergabewettbewerb mutmaßlich nicht vor. Ebenfalls liege keine Rüge der ASt, sondern nur eine Rüge der [...] vom 23. Februar 2022 vor, die allerdings rein zeitlich betrachtet den Zehn-Tages-Zeitraum des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB nach Erhalt der Information vom 27. Januar 2022 über die Nichtberücksichtigung überschritten habe.

Mit Schriftsatz vom 4. April, eingegangen bei der Vergabekammer am 5. April 2022, hat die ASt erklärt, „den Antrag namens und in Vollmacht der Antragstellerinnen zu 2) und 3) zurück“ zu nehmen.

Mit weiterem rechtlichem Hinweis der Vergabekammer vom 5. April 2022 wurde der ASt mitgeteilt, dass nach Verständnis der Vergabekammer der Nachprüfungsantrag vom 17. März 2022 seitens einer Bietergemeinschaft als Antragstellerin gestellt wurde, die § 43 Abs. 2 S. 1 VgV einem Einzelbieter gleichgestellt ist, so dass eine geteilte Rücknahme nur für einzelne Mitglieder einer Bietergemeinschaft rechtlich unzulässig sei. Die ASt wurde aufgefordert, mitzuteilen, ob der Nachprüfungsantrag insgesamt zurückgenommen oder aufrechterhalten werde; für den letztgenannten Fall beabsichtige die Vergabekammer, den Nachprüfungsantrag wie im rechtlichen Hinweis vom 30. März 2022 dargelegt als unzulässig zu verwerfen.

Daraufhin erklärte die ASt mit Schriftsatz vom 6. April 2022, dass der Nachprüfungsantrag nicht zurückgenommen werde und beantragte Rubrumsberichtigung dahingehend, dass nur das Mitglied zu 1. der ASt, die [...], vorliegend als Antragstellerin fungieren solle. Die ASt sei im Rubrum des Nachprüfungsantrags falsch bezeichnet worden. Bewerberin sei lediglich die [...]. Die weiteren, als Bietergemeinschaftsmitglieder bezeichneten Unternehmen seien in der

Bewerbung als Unterauftragnehmer genannt. Aus der Zusammenschau von Nachprüfungsantrag und Rüge sowie den von der ASt vorgelegten Anlagen sei offensichtlich, dass es sich um eine irrtümliche Falschbezeichnung im Rubrum handle. Die [...] sei die tatsächlich gemeinte alleinige Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren. Eine Rubrumsberichtigung sei auch im Vergabenachprüfungsverfahren anerkannt, wofür die ASt Rechtsprechungsnachweise anführt. Eine Beeinträchtigung des Anspruchs auf rechtliches Gehör eines Verfahrensbeteiligten ginge nicht mit der Rubrumsberichtigung einher. Die Verfahrensbevollmächtigte sei von allen drei Unternehmen bevollmächtigt, die Argumentation in Bezug auf die Rechtsverletzung bliebe dieselbe.

Die Entscheidung ergeht im schriftlichen Verfahren nach Lage der Akten wegen Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags gem. § 166 Abs. 1 S. 3 Alt 2. GWB. Aus diesem Grunde wurde davon abgesehen, der ASt Akteneinsicht zu gewähren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig. Darüber hinaus wäre er aller Voraussicht nach auch unbegründet gewesen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Es mangelt der ASt an der erforderlichen Antragsbefugnis, eine Rüge der ASt liegt nicht vor (a). Selbst wenn man bei einer fiktiven Betrachtung auf die [...] als Antragstellerin abstellen würde, so wäre der Nachprüfungsantrag präkludiert gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GWB (b).

a) Es mangelt der ASt an der erforderlichen Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 GWB. Eine Rüge der ASt gem. § 160 Abs. 3 GWB, liegt nicht vor.

aa) Die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB setzt ein Interesse des jeweiligen Antragstellers am Auftrag voraus. Dieses Auftragsinteresse muss in Bezug auf den Antragsteller selbst gegeben sein. Vorliegend hat jedoch die ASt als Bietergemeinschaft den Nachprüfungsantrag gestellt, wohingegen die [...] sich am Teilnahmewettbewerb beteiligt hat. Antragsteller und Teilnehmer am Wettbewerb fallen somit auseinander, womit das für die

Antragsbefugnis geforderte Auftragsinteresse der ASt i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB nicht gegeben ist. Unterauftragnehmer wie die Mitglieder der ASt zu 2. und 3. haben zwar ein indirektes wirtschaftliches Interesse daran, dass der Teilnehmer am Wettbewerb, also der – im Fall der Auftragserteilung – zukünftige Auftraggeber und Vertragspartner der Unterauftragnehmer den Auftrag erhält. Dies begründet aber mangels eigenem Interesse an dem zur Vergabe anstehenden und im Nachprüfungsverfahren streitig gestellten Auftrag keine Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB (vgl. Schäfer, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 160, RdNr. 49 m.w.N.).

Als Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren eindeutig bezeichnet ist eine Bietergemeinschaft (richtiger im Stadium des Teilnahmewettbewerbs: Bewerbergemeinschaft), bestehend aus drei Unternehmen. Entsprechend ging die Vergabekammer nach Erhalt des Nachprüfungsantrags im Zuge der vor Übermittlung an den Auftraggeber nach § 163 Abs. 2 S. 1 GWB gebotenen cursorischen Zulässigkeitsprüfung davon aus, dass diese Bietergemeinschaft Antragstellerin ist. Eine Berichtigung des Rubrums wegen offensichtlicher Falschbezeichnung oder eine Parteiänderung dahin, die Bewerbergemeinschaft als Antragstellerin zu ersetzen durch die [...] als Mitglied zu 1. der ASt, kommt nicht in Betracht.

Weder ergibt eine Auslegung, dass eigentlich ein einzelnes Mitglied der Bietergemeinschaft als Antragsteller fungieren sollte, so dass eine Rubrumsberichtigung wegen fehlerhafter Parteibezeichnung bei fortbestehender Identität der Partei ausscheidet. Aufgrund der eindeutigen Bezeichnung der ASt im Nachprüfungsantrag besteht schon kein Auslegungsbedarf. Abgesehen vom fehlenden Auslegungsbedarf wurde die Rüge mit Eingang am 23. Februar 2022 ebenso wie der Nachprüfungsantrag von der Verfahrensbevollmächtigten der ASt vorgebracht. Die Rüge erfolgte im Namen der [...] als Teilnehmerin am Vergabewettbewerb. Die Thematik Subunternehmer und Eignungsleihe war im Vergabeverfahren seitens der Ag in Form einer Nachfrage am 17. Dezember 2021 bereits adressiert worden; die [...] bestätigte daraufhin, dass die beiden Mitglieder zu 2. und 3. der ASt Unterauftragnehmer sein sollen. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der [...] bewusst war, dass die weiteren Unternehmen der antragstellenden Bewerbergemeinschaft nicht selbst Teilnehmer am Wettbewerb sind, sondern dass sie lediglich als Unterauftragnehmer der [...] fungieren. Wenn nun der Nachprüfungsantrag seitens einer „Bietergemeinschaft“ gestellt wird, so muss davon ausgegangen werden, dass es gerade ge-

wünscht war, die beiden Unterauftragnehmer mit in den Nachprüfungsantrag einzubeziehen. Dass der Einbezug der Unterauftragnehmer auf einer bewussten Entscheidung beruhte, belegt der Umstand, dass die ASt als erste Reaktion auf den rechtlichen Hinweis der Vergabekammer vom 30. März 2022 am 5. April 2022 eine Rücknahme des Nachprüfungsantrags für Antragstellerinnen zu 2. und 3. erklärte. Erst auf den Hinweis der Vergabekammer ebenfalls vom 5. April 2022, wonach es nur eine Antragstellerin gäbe, erfolgte der Antrag auf Rubrumsberichtigung wegen angeblicher Falschbezeichnung der eigentlich gemeinten Antragstellerin [...] als Einzelbewerberin.

Hinzu kommt, dass die ASt vorträgt, die Verfahrensbevollmächtigte sei von allen drei Unternehmen mandatiert worden, was nicht erforderlich wäre, wenn diese nicht ebenfalls am Nachprüfungsverfahren beteiligt hätten sein sollen. Es ist im Ergebnis vielmehr davon auszugehen, dass auch die Unterauftragnehmer am Nachprüfungsverfahren beteiligt werden sollten und als Mitglieder der antragstellenden Bewerbergemeinschaft auch beteiligt wurden, dass aber übersehen wurde, dass die Antragsbefugnis in rechtlicher Hinsicht über das Interesse am Auftrag die Identität des Teilnehmers am Wettbewerb und des Antragstellers im Nachprüfungsverfahren voraussetzt. Eine Bewerber-/Bietergemeinschaft ist der Zusammenschluss von Unternehmen zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks, einen Auftrag zu erhalten und diesen nach Vertragsschluss als Arbeitsgemeinschaft auch gemeinsam durchzuführen. Es handelt sich um eine BGB-Gesellschaft, deren Mitglieder sich nach Auftragserteilung alle in vertraglicher Beziehung zum Auftraggeber befinden, was bei Unterauftragnehmern gerade nicht der Fall ist; diese stehen nur in vertraglicher Beziehung zum Auftragnehmer, der seinerseits allein dem Auftraggeber gegenüber vertraglich gebunden ist. Das einzelne Mitglied und die Bieter-/Bewerbergemeinschaft, die nach § 43 Abs. 2 S. 1 VgV ihrerseits einem Einzelbieter gleich steht, sind nicht gleichzusetzen.

Noch würde eine Auswechslung analog zu den Grundsätzen der Klageänderung in der Form des Klägerwechsels der [...] weiterhelfen. Ob ein derartiger Parteiwechsel – den die ASt im Übrigen nicht explizit beantragt und dem die Ag vorsorglich widersprochen hat – analog zu zivilprozessualen Grundsätzen im vorliegenden Verwaltungsverfahren in Betracht kommen kann, ist letztendlich nicht relevant. Denn auch ein Parteiwechsel auf Antragstellerseite – wollte man diesen zulassen – kann frühestens zu dem Zeitpunkt rechtliche Wirkung entfalten, zu dem er erklärt wurde. Da die Ag mit Schreiben vom 2. März 2022 die Rüge der ASt vom 23. Februar 2022 zurückgewiesen hat, ein Antrag auf Auswechslung der ASt durch die [...] als neue Antragstellerin aber frühestens in die Schreiben

der ASt vom [...] hineingelesen werden kann, so würde der Nachprüfungsantrag der [...] als neuer Antragstellerin an der 15-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB scheitern. Entsprechend der Hemmung der Verjährung, die nur durch die wirksame Klage des materiell Berechtigten, nicht durch späteren Parteiwechsel auf Klägerseite bewirkt wird (vgl. z.B. OLG Koblenz, Urteil vom 17. Dezember 2010 – 10 U 1417/09 zu § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB; Bundesgerichtshof, Urteil vom 29. Oktober 2009 – I ZR 191/07 – NJW 2010, 2270 zu § 209 Abs. 1 BGB i.d.F. vom 25. August 1998; vgl. a. Foerste, in: Musielak/Voit, ZPO, 19. Auflage 2022, § 263, RdNr. 22), könnte auch im Nachprüfungsverfahren ein Parteiwechsel auf Antragstellerseite nicht genutzt werden, um versäumte Fristen zu umgehen oder Fehlvorstellungen über Zulässigkeitsvoraussetzungen (§ 160 Abs. 2 GWB) rückwirkend durch Parteiwechsel zu heilen.

Schlussendlich ist darauf hinzuweisen, dass es für einen Antragsteller zwar in Bezug auf den richtigen Antragsgegner Unsicherheiten geben kann, etwa wenn bei einem privatrechtlich organisierten öffentlichen Auftraggeber verschiedene Konzernunternehmen im Vergabeverfahren auftreten. Legitime Gründe dafür, dass auf Antragstellerseite selbst eine falsche Person auftritt, sind indes regelmäßig nicht gegeben.

bb) Aus obigen Ausführungen ergibt sich gleichzeitig, dass die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags auch daran scheitert, dass die ASt keine Rüge ausgesprochen hat, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 – 3 GWB.

- b) Es gibt keinen Anlass, die oben dargelegten Grundsätze einer näheren Überprüfung angesichts des konkreten Sachverhalts zu unterziehen, etwa dahin, ob ausnahmsweise ein Auftragsinteresse i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB trotz fehlender Identität zwischen Bewerber und Antragsteller bejaht werden könnte. Denn das Nachprüfungsbegehren wäre mangels rechtzeitiger Rüge auch dann unzulässig gewesen, wenn die [...] den Nachprüfungsantrag gestellt hätte. Die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße waren für den fachkundigen Bewerberkreis, auf den bei der Auslegung der Bekanntmachung abzustellen ist, nämlich bereits aufgrund der Bekanntmachung der Referenzanforderungen gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB erkennbar (aa). Weiterhin läge auch keine Rüge vor, die i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig gewesen wäre (bb). Auf das Erfordernis einer Rüge sowie auf die gesetzlichen Rügetatbestände des § 160 Abs. 3 GWB hatte die Ag sowohl allgemein in der Bekanntmachung als auch nochmals bilateral der [...] gegenüber im Absageschreiben vom 27. Januar 2022 ausdrücklich hingewiesen.

aa) Soweit sich das Nachprüfungsbegehren auf einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gem. § 97 Abs. 2 GWB sowie gegen § 46 Abs. 3 Nr. 1 und § 31 Abs. 6 VgV bezieht, weil die Referenzierung von [...] [...] nicht als öffentlich-zugängliche Ladepunkte i.S.d. der Mindestanforderungen gem. Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung anerkannt werden wurden, war dies für durchschnittlich fachkundige Bieter der vorliegenden Ausschreibung i.S.d. §160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB erkennbar. Gleiches gilt für die Referenzvorgaben, wonach nicht zwischen Errichtung und Betrieb von Ladesäulen unterschieden wird, sondern einheitliche Vorgaben sowohl für die Errichtung als auch für den Betrieb gelten. Danach wäre dieser Verstoß bis zum Ablauf der Teilnahmefrist am 10. November 2021 zu rügen gewesen.

Erkennbarkeit i.S.d. §160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB setzt voraus, dass der Verstoß von einem durchschnittlichen Bieter bei üblicher Sorgfalt und üblichen Kenntnissen erkannt werden kann. Die dem Verstoß zugrundeliegenden Tatsachen müssen erkennbar sein und bei zumindest laienhafter rechtlicher Bewertung als Vergaberechtsverstöße erkannt werden können.

Eine Rügepräklusion kommt nur bei ins Auge fallenden Rechtsverstößen in Betracht, die einem durchschnittlich erfahrenen Bieter auch ohne dahingehende Überprüfung der Auftragsbekanntmachung bzw. der Vergabeunterlagen auffallen müssen. Der Bieter muss dabei die mit der Rüge verbundenen Rechtsfragen nicht vollständig durchdringen. Er ist nur gehalten, die auf einen Vergaberechtsverstoß hindeutenden Tatsachen zu benennen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Mai 2019 - Verg 47/18 m.w.N; OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12. November 2020 – 54 Verg 2/20 m.w.N.).

Nach diesen Maßgaben war der geltend gemachte Verstoß vorliegend erkennbar. Bereits aus dem Wortlaut der Bekanntmachung unter Ziffer III.1.3 ergab sich, dass zum Nachweis der Mindestanforderungen an die Eignung nur Referenzen für „*Errichtung und Betrieb von [...] öffentlich zugänglichen Ladepunkten*“ anerkannt werden würden. Was die Ag unter öffentlich-zugänglichen Ladepunkten verstand, wurde im Rahmen einer Änderungsbekanntmachung am 19. Oktober 2021 noch einmal präzisiert und es wurde ausdrücklich vorgegeben, dass diese insbesondere die Anforderungen an das punktuelle Laden gem. § 4 LSV erfüllen mussten.

In tatsächlicher Hinsicht musste dem Adressatenkreis fachkundiger Bieter bekannt sein, dass [...] [...] diese Anforderung nicht erfüllten, weil deren Ladedienstleistungen aufgrund

einer bewussten Geschäftsentscheidung von [...] exklusiv Fahrern von [...] -Fahrzeugen vorbehalten bleiben sollten. Diese Beschränkung wurde technisch durch den Ausschluss punktuellen Ladens i.S.d. § 4 LSV für Fahrer anderer E-Fahrzeugfabrikate umgesetzt und wird durch physische Zugangsbeschränkungen und rechtliche Nutzungsvorgaben in Form von Schrankenanlagen und Hinweistafeln flankiert. Dass diese Tatsache in den fachkundigen Bewerberkreisen allgemein bekannt und für die konkrete Ausschreibung relevant war, wird auch durch den Artikel des [...] sowie die Bewerberfrage der [...] bestätigt, denn diese geht zweifelsfrei davon aus, dass der Nachweis öffentlicher Zugänglichkeit von Ladesäulen derzeit nicht anhand von [...] -Ladepunkten erbracht werden kann.

In rechtlicher Hinsicht musste es sich einem fachkundigen Bieter im Sinne einer durchaus zumutbaren laienhaften Parallelwertung aufdrängen, dass dies eine Ungleichbehandlung von Ladepunkten der Firma [...] mit Zugangsbeschränkung zu Ladesäulen ohne Zugangsbeschränkung beinhaltet.

Der Einwand, dass eine Differenzierung von Errichtung und Betrieb sachgerecht wäre, weil sich die rechtlichen Vorgaben der LSV nur an den Betreiber einer Ladeinfrastruktur richteten, nicht aber an die Errichter, greift nicht durch, denn diese Differenzierung ist im Wortlaut der in der Bekanntmachung veröffentlichten Vorgaben nicht angelegt. An keiner Stelle ist eine Differenzierung der bekannt gemachten Anforderungen hinsichtlich der Errichtung einerseits und des Betriebs eines Ladepunktes andererseits erkennbar. Für beide gelten dieselben Anforderungen. Allein der Umstand, dass die Ag die Beibringung gesonderter Referenzen für Errichtung und Betrieb zugelassen hat, folgt nicht, dass hierfür unterschiedliche Anforderungen gelten.

Im Gegenteil stellt auch das Berechnungsbeispiel unmissverständlich klar, dass auch bei gesonderten Referenzen nur eine einheitliche Anzahl an Referenzen für Errichtung und Betrieb öffentlich zugänglicher Ladepunkte anerkannt werde und ein etwaiger Überhang von Errichtungs-Referenzen nicht gewertet wird.

Darüber hinaus war durchschnittlich fachkundigen Bietern der vorliegenden Ausschreibung auch zuzumuten, ihr Verständnis des Begriffs „*öffentlich zugänglicher Ladepunkte*“ anhand der spezifischen gesetzlichen Vorgaben der vorliegenden Ausschreibung und allgemeinem Sprachgebrauch zu bilden und hieraus auf eine Ungleichbehandlung nicht öffentlich zugänglicher Ladepunkte zu schließen.

Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 4 SchnellLG gelten nur solche Standorte als Schnellladestandort, die „für jedermann zur Nutzung bereitgestellt“ werden. Auch aus § 3 Abs. 3 Satz 3 und 4 SchnellLG ergibt sich, dass der Auftragnehmer des vorliegend gem. § 4 Abs. 1 SchnellLG ausgeschriebenen Auftrags einen diskriminierungsfreien Zugang insbesondere für punktuellen Laden sicherzustellen habe. Darüber hinaus entspricht es allgemeinem Sprachgebrauch, dass öffentlich zugängliche Einrichtungen, nur solche sein können, die funktionsgemäß und rechtmäßig von einem unbestimmten Personenkreis nach diskriminierungsfreien Nutzungsregeln genutzt werden können. Für ein abweichendes Verständnis dahingehend, dass es für die Errichtung von öffentlich-zugänglichen Ladepunkten nicht auf die so definierte öffentliche Zugänglichkeit ankomme und es stattdessen genüge, wenn ein solcher Zugang zukünftig potentiell ermöglicht werden könne oder dass schon jetzt unter Missachtung der Nutzungsregeln ein nicht funktionsgemäßes Befahren der Flächen der Ladestationen ausreichend sein könnte, fehlt es an jeglichem nachvollziehbaren Anhaltspunkt.

Wenn durchschnittliche fachkundige Bewerber aufgrund dieser tatsächlichen und rechtlichen Kenntnisse der Auffassung sind, dass dennoch entgegen dem ausdrücklichen Wortlaut der Referenzanforderungen, aufgrund eigener rechtlicher Erwägungen, Referenzen für nicht öffentlich-zugängliche Infrastruktur berücksichtigt werden müssten, dann dürfen sie sich nicht stillschweigend über die Anforderungen hinwegsetzen. Vielmehr obliegt es diesen Bietern diese Erwägungen dem öffentlichen Auftraggeber entweder im Wege einer Bieterfrage oder einer Rüge mitzuteilen. Beides ist vorliegend bis zum Ablauf der Teilnahmefrist nicht erfolgt.

bb) Die Rüge der [...] vom 22. Februar 2022, der Ag übermittelt am 23. Februar 2022, war gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Zunächst ist festzuhalten, dass die Ag mit der Mitteilung vom 27. Januar 2022 über die Nichtberücksichtigung der Teilnahmeanträge mangels Erfüllung der Referenzanforderungen nur nachvollzogen hat, was bereits in aus der Bekanntmachung erkennbar war, s.o., und nicht gerügt wurde. Die Ag hat nichts anderes getan als die bekannt gegebenen Referenzanforderungen auf die eingereichten Teilnahmeanträge der [...] anzuwenden und die Teilnahmeanträge anhand der bekannt gemachten Kriterien zu bewerten. Schon aus diesem Grund war die Rüge der [...] verspätet, denn es hätte der Rüge der Bekanntmachungsvorgaben binnen der Teilnahmefrist

bedurft, um die hierauf gestützte Nichtberücksichtigung der Teilnahmeanträge mit dem Argument angreifen zu können, die Referenzvorgaben seien nicht vergabekonform.

Hinzu kommt, dass die für die Präklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB geforderte positive Kenntnis von den Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen und eine positive Vorstellung eines Verstoßes aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung der Vergabevorschriften hier zu bejahen war. Dem gleichzustellen ist auch, wenn der jeweilige Antragsteller in tatsächlicher oder rechtlicher Unkenntnis in einer Weise verharrt, die mit Blick auf einen möglichen Vergaberechtsverstoß als ein mutwilliges Sich-der-Erkenntnis-Verschließen zu bewerten ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020 – VII-Verg 20/19; Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 54/18; BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Spätestens aufgrund des Schreibens der Ag vom 17. Dezember 2021, in dem die [...] um Aufklärung mit Bezug auf die als Referenz angegebene Errichtung von Ladepunkten für die [...] gebeten wurde und noch einmal ausdrücklich auf das Erfordernis einer öffentlichen Zugänglichkeit einschließlich der Ermöglichung punktuellen Ladens (Ad-hoc-Laden) hingewiesen wurde, drängte sich aufgrund vorheriger umfassender Tatsachenkenntnis (s.o.) nun auch die positive rechtliche Erkenntnis auf, dass die Ag dieselben Anforderungen an die Referenzen für die Errichtung und den Betrieb der Ladesäulen aufgestellt habe, entsprechend die Teilnahmeanträge bewerten und die referenzierten [...] [...] Ladepunkte nicht als anforderungskonform anerkennen würde und damit ungleich mit öffentlich zugänglichen Ladepunkten behandeln werde.

Dieser Erkenntnis hat sich die [...] bewusst verschlossen. Dies ergibt sich aus ihrem Antwortschreiben vom 4. Januar 2022. In diesem geht sie auf das von der Ag noch einmal besonders betonte Erfordernis, dass die referenzierten Ladesäulen ein punktuelles Laden ermöglichen müssen, gar nicht ein. Zum anderen wird ausweichend und nachgewiesenermaßen unzutreffend behauptet, dass die referenzierten Ladepunkte i.S.d. § 2 Abs. 5 LSV öffentlich zugängliche Parkplätze seien, die von einem „*unbestimmten Personenkreis tatsächlich befahren werden*“ und „*nicht durch Schranken beschränkt sind und welche außerdem nicht durch Verbotsschilder oder andere Hindernisse der breiten Öffentlichkeit verwehrt werden.*“

Da davon auszugehen ist, dass es der [...] als fachkundigem Unternehmen bekannt sein musste, dass [...] -Ladepunkte nach dem erklärten Willen der [...] ausschließlich der Nutzung durch [...] -Fahrer vorbehalten waren, punktueller Laden ausgeschlossen war und auch die referenzierten Standorte durch Schrankenanlagen, Verbots- und Hinweisschilder weder für das Laden noch das Befahren für einen unbestimmten Personenkreis geöffnet waren, lässt dieses Antwortverhalten nur den Schluss zu, dass bewusst auf eine Rüge verzichtet wurde.

Die gesicherte Kenntnis vom geltend gemachten Vergaberechtsverstoß in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht muss vor diesem Hintergrund jedenfalls zum Zeitpunkt der Mandatierung der Verfahrensbevollmächtigten der [...] am 8. Februar 2022 vorgelegen haben, nachdem die Ausschlussentscheidung bereits am 27. Januar 2022 bekannt gegeben worden war. Die Verfahrensbevollmächtigte war bereits konkret mit Rechtsfragen die vorliegende Ausschreibung betreffend vorbefasst, wie sich aus dem [...] ergibt. In diesem Artikel wurde sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die [...] -Standorte, „*bei der staatlichen Bedarfsplanung [...] nicht berücksichtigt [werden], weil sie derzeit noch exklusiv sind.*“

Daher muss jedenfalls zum Zeitpunkt der Mandatierung der Verfahrensbevollmächtigten aufgrund deren rechtlicher Expertise und der Vorbefassung von positiver Kenntnis des vermeintlichen Verstoßes auch in rechtlicher Hinsicht ausgegangen werden. Diese Kenntnis der Verfahrensbevollmächtigten wäre der [...] als unterstellter Antragstellerin zuzurechnen. Eine eigenmächtige Fristverlängerung zur Erstellung interner Beratungsvermerke ist gesetzlich nicht vorgesehen und muss für die Fristberechnung gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB außer Betracht bleiben.

Damit hätte die Rüge selbst bei großzügigster Betrachtung zugunsten der [...] zum 18. Februar 2022 erhoben werden müssen.

2. Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags hat die Vergabekammer sich in der Sache zwar keine abschließende Meinung gebildet und auch nicht hierüber verhandelt. Nach summarischer Einschätzung ist der Nachprüfungsantrag aber auch in der Sache als unbegründet anzusehen.

Dem öffentlichen Auftraggeber ist es gemäß § 46 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 VgV gestattet, Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in Form von Referenzen

über frühere Aufträge zu stellen, die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. In jedem Fall müssen die Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit in einem konkreten Sachzusammenhang mit dem zu vergebenden Auftrag stehen und dem Auftragsgegenstand angemessen sein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018 – VII-Verg 42/17).

Da es sich vorliegend um einen einheitlichen Auftrag für die Errichtung und den Betrieb öffentlich zugänglicher Ladeinfrastrukturen gem. des gesetzlichen Auftrags nach § 3 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 und 3f. und Abs. 5 SchnellLG handelt, besteht ein konkreter Sachzusammenhang dazu, Referenzen zur früheren Erbringung dieser Leistungen als Eignungsvoraussetzung auch einheitlich vorzugeben.

Der Umstand, dass auf eine Differenzierung der Anforderungen hinsichtlich der Errichtung und des Betriebs dieser Ladeinfrastrukturen gerade verzichtet wurde, ist nicht sachwidrig. Vielmehr ermächtigte § 3 Abs. 3 Satz 1 SchnellLG die Ag ausdrücklich Rahmenbedingungen u.a. zur Zugänglichkeit, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Nutzerfreundlichkeit vorzuzusehen. Nach Satz 3 und 4 derselben Vorschrift hat die Ag im Zuge dieser Ausschreibung diskriminierungsfreien Zugang zu den ausgeschriebenen Ladeinfrastrukturen insbesondere durch die Funktionalität punktuellen Ladens sicherzustellen. Auch aus der Begriffsbestimmung gem. § 2 Nr. 4 SchnellLG ergibt sich, dass ein Schnellladestandort i.S.d. Vorschrift nur einer ist, der „für jedermann zur Nutzung bereitgestellt“ wird.

Daher erscheint es sachlich angemessen, die Referenzanforderungen an bisherige Erfahrungen mit der erfolgreichen Bereitstellung öffentlich zugänglicher Ladepunkte zu knüpfen, die bereits punktuelles Laden ermöglichen. Diese Bereitstellung ist nur durch Errichtung und Betrieb möglich. Wenn diese Anforderungen nur an den Betrieb gestellt worden wären – wie von der ASt gefordert – würde dies das Risiko bergen, dass Unternehmen beauftragt werden, die nicht über die nötige Vorerfahrung mit der Errichtung von Ladepunkten haben, die tatsächlich eine zuverlässige, leistungsfähige und nutzerfreundliche Verwendung für alle marktgängigen Elektrofahrzeuge ermöglichen. Dies bestätigt den erforderlichen Sachzusammenhang zwischen Eignungsvoraussetzung und Ausschreibungsgegenstand.

Es mag zwar so sein, dass letztlich der Betreiber entscheidet, welche der Funktionalitäten der errichteten Anlage tatsächlich zur Nutzung freigegeben werden, aber eine solche Entscheidung führt gerade dazu, dass die für Ausschreibung erforderlichen Funktionalitäten nicht oder

nur eingeschränkt erprobt werden, so dass diese mangelnde Erprobung dann nicht als Referenz zum Nachweis der Eignung herangezogen werden kann.

Beim Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit kommt es indes auf den Nachweis einer tatsächlich erprobten und belegten Leistungsfähigkeit an und nicht darauf, dass hypothetisch eine Erprobung weitergehender Funktionalitäten möglich gewesen wäre. Im Ergebnis sind die aufgestellten Referenzanforderungen im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB.

Die Kosten (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig.

Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den öffentlichen Auftraggeber notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden. Dabei ist insbesondere darauf abzustellen, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentriert hat. Ist dies der Fall, besteht im Allgemeinen seitens des öffentlichen Auftraggebers keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwältin einzuschalten. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss der öffentliche Auftraggeber sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13, mit Anm. Wild, VergabeR 2015, 484 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2020 – VII-Verg 38/18 m.w.N).

Im vorliegenden Fall stellten sich Fragen der prozessualen Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags. Die Prüfung solcher Fragen gehört grundsätzlich nicht zu den ureigenen Aufgaben des öffentlichen Auftraggebers, für die dieser die nötigen Fach- und Rechtskenntnisse besitzen muss. Insbesondere im vorliegenden Verfahren stellten sich infolge der fehlenden Identität der Teilnehmerin am Vergabewettbewerb und der ASt im Nachprüfungsverfahren kompliziertere Zulässigkeitsfragen, die ihrerseits über übliche Zulässigkeitsfragestellungen hinausgingen.

Auch der Grundsatz der Waffengleichheit spricht im vorliegenden Fall dafür, die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten als notwendig anzuerkennen, denn die ASt hat sich ihrerseits im Nachprüfungsverfahren anwaltlich vertreten lassen.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Der hauptamtliche Beisitzer Brune ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Dr. Herlemann

Dr. Herlemann