

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Vorschriften über die Preisprüfung sind drittschützend!

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

OLG Schleswig

Beschluss

vom 27.11.2023

54 Verg 4/23

GWB § 160 Abs. 2, § 173; VgV § 60

1. Der öffentliche Auftraggeber muss eine Preisprüfung durchführen und in diesem Rahmen vom betreffenden Bieter Aufklärung verlangen, wenn der Angebotspreis ungewöhnlich niedrig erscheint.

2. Kann der öffentliche Auftraggeber nach der Prüfung gem. § 60 Abs. 1, 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen.

3. Die Vorschriften über die Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV, die Vorgaben über die Vornahme der Prüfung nach Maßgabe von § 60 Abs. 2 VgV und die Beachtung der Vorschriften gem. § 60 Abs. 3 VgV sind drittschützend.

OLG Schleswig, Beschluss vom 27.11.2023 - 54 Verg 4/23

vorhergehend:

VK Schleswig-Holstein, 29.09.2023 - VK-SH 11/23

In Sachen

(...)

hat der Vergabesenat des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht ###, den Richter am Oberlandesgericht ### und den Richter am Oberlandesgericht ### am 27.11.2023

beschlossen:

1) Die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29. September 2023, Az. VK-SH 11/23 wird bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

2) Unter Zurückweisung des weitergehenden Antrages der Antragstellerin auf Akteneinsicht erhält die Antragstellerin Akteneinsicht durch eine die Vorgehensweise der Beigeladenen bei der Kalkulation des Preises pro Besetzkilometer Schulfahrten sowie des wöchentlichen Tourenpreises für die Lose 1 und 2 beschreibende schriftliche Mitteilung des Senats. Dies soll in zwei Wochen geschehen.

3) Die Entscheidung über die Kosten dieses Verfahrens bleibt der Entscheidung in dem Verfahren

über die sofortige Beschwerde (Az. 54 Verg 5/23) vorbehalten.

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom ### im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union - ### Vergabe-Nr. ### - berichtigt durch Bekanntmachung vom ### im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union - ### - hat die Antragsgegnerin den Auftrag "Schüler*innenbeförderung der Förderzentren; Schüler*innenbeförderung für die Schuljahre 2023/2024 bis 2025/2026 mit der Option zweimal um jeweils ein Jahr zu verlängern" im offenen Verfahren europaweit ausgeschrieben. Nach Ziffer I.3 der Auftragsbekanntmachung stehen die Auftragsunterlagen online zur Verfügung.

Die Beschaffung umfasst nach II.2 der Auftragsbekanntmachung die Beförderung von den Wohnungen der Schülerinnen und Schüler zu den Schulstandorten ### (Los 1) und ### (Los 2) und zurück sowie Einzelbeförderungen von Schüler/innen im Los 3.

In jedem Los sind Schulfahrten und Sondertouren (z.B. bei Ausflügen, Klassenfahrten oder in den Ferien) zu planen und durchzuführen. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt, wobei der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist. Beabsichtigt ist der Abschluss eines Vertrages über drei Jahre vom 1. August 2023 bis zum 31. Juli 2026 mit der zweimaligen Verlängerungsoption um ein Jahr, Ziffer II.2.7 der Auftragsbekanntmachung.

Ziffer VIII "Preiskalkulation" der Auftragsunterlage "Allgemeine Leistungsbeschreibung und Hinweise zur Angebotserstellung und zur Preiskalkulation Vergabe-Nr. ###" lautet u.a.:

"In den angebotenen Kilometer- und Tourenpreisen müssen sämtliche preisbeeinflussende Faktoren berücksichtigt sein. Die angebotenen Preise müssen die vollständige und vertragsgemäße Durchführung der Leistung umfassen.

*Die Vergütung der Leistungen des*der Auftragnehmer*in erfolgt in Form eines wöchentlichen Tourenpreises je Los. Der Aufwand für zu berücksichtigende Besonderheiten in der Beförderung der Schüler*innen ist damit abgegolten. Hierzu zählt u.a.:*

(...)

*Die jeweiligen Preise sind von dem*der Bieter*in in dem jeweils beigefügten Preisblatt ... einzutragen. Die anzugebenden Preise verstehen sich Netto zzgl. der gesetzlich gültigen Umsatzsteuer.*

(...)

*Der*die Bieter*in hat die jeweiligen Strecken des Loses, für die er*sie eine Angebotsabgabe plant, als Kalkulationsgrundlage zu ermitteln.*

*Nach Zuschlagserteilung ist der*die Auftragnehmer*in verpflichtet, innerhalb einer Frist von 3 Wochen der Auftraggeberin eine detaillierte Aufstellung der Wochenkilometerleistung, soweit die Daten der eingesetzten Fahrzeuge (Fahrzeugtyp, Kennzeichen ###) zu übermitteln. Die Angaben des*der Auftragnehmer*in gelten als Vertragsbestandteile und werden als Anlage zum Vertrag aufgeführt.*

(...)"

Ziffer IX. enthält eine Preisgleitklausel für Veränderungen der Personalkosten und der Kraftstoffkosten. Ziffer X. "Sonderregelungen Pandemie" lautet u.a.:

*"Bei mehrtägigen Komplettausfällen, zum Beispiel durch pandemiebedingte Schulschließungen, erhält der*die Auftragnehmer*in für den Zeitraum der Schulschließungen eine Erstattung in Höhe von 85% der anfallenden Fixkosten der Schüler*innenbeförderung.*

*Falls einzelne Fahrten in den Zeitraum der Schulschließung fallen und von der*dem Auftragnehmer*in erbracht werden, erhält er*sie dafür je Los den vertraglich festgelegten Kilometerpreis, abzüglich der Fixkosten.*

Unter Fixkosten sind Kosten zu verstehen, die auch ohne Erbringung der Leistung bestehen, zum Beispiel Leasingraten, Verwaltungskosten oder Lohnkosten.

(...)"

Nach Ziffer XI der Leistungsbeschreibung erfolgt die "Abrechnung" monatlich nach Übersenden der tatsächlich gefahrenen Kilometer und Routen.

Aus der Anlage 7 der Auftragsunterlagen "Gewichtung der Wertungskriterien" ergeben sich folgende, bereits unter VI.3) der Auftragsbekanntmachung genannte Zuschlagskriterien und deren Gewichtung:

1. die Gesamtkilometer zu 50%; Grundlage der Punktebewertung ist dabei eine Wertungszahl, die ermittelt wird aus den sich bei einer Subtraktion von Erfahrungskilometern mit den angebotenen Kilometern dividiert durch 1.000 multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor (50%),
2. der Preis pro besetzt gefahrenen Kilometer inklusive aller preisbeeinflussenden Faktoren Schulfahrten zu 35%, dabei ergibt sich die Wertungszahl aus dem angebotenen Preis multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor (35%),
3. der Preis pro besetzt gefahrenen Kilometer inklusive aller preisbeeinflussenden Faktoren Sonderfahrten zu 10%, dabei ergibt sich die Wertungszahl aus dem angebotenen Preis multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor (10%),
4. der Preis der Anfahrtspauschale für Sonderfahrten, dabei ergibt sich die Wertungszahl aus dem angegebenen Preis multipliziert mit dem Gewichtungsfaktor (5%).

Das - losbezogen - wirtschaftlichste Angebot soll nach dem Vorbringen der Parteien das Angebot mit der geringsten Punktzahl aus der Summe der obigen Wertungszahlen sein.

Die Erfahrungskilometer wurden nicht in den Vergabeunterlagen bekannt gegeben, sondern von der Antragsgegnerin nach Maßgabe der im Schuljahr 2022/2023 für das Schuljahr 2021/2022 durch die Beigeladene endgültig abgerechneten Kilometer ermittelt und der Auswertung mit 5711 km für das Los 1 und mit 2481 für das Los 2 zugrunde gelegt. Die Antragsgegnerin hatte auf entsprechende Nachfrage der Vergabekammer unter dem 25. April 2023 hierzu mitgeteilt, dass die Erfahrungskilometer einbezogen worden seien, um ein realistischeres Bild der Wirtschaftlichkeit für die Erfüllung des Auftrages zu schaffen; die Bieterin, die realistischer mit ihrer Einschätzung an die jeweiligen Erfahrungskilometer heranrücke, werde besser bewertet. Auf dem Formular "Angaben zum Angebot" hatten die Bieter für die Lose jeweils eine Los-Endsumme netto, die Umsatzsteuer und die Los-Endsumme brutto anzugeben

In den mit dem Angebot einzureichenden Preisblättern für die Lose 1 bis 3, den Anlagen 1 - 3 zur

Leistungsbeschreibung, waren von den Bietern anzugeben (alle Preise waren als Nettopreise anzugeben):

1) wöchentlicher Tourenpreis für alle Hin- und Rücktouren einschließlich Fahrten für Unterrichtsangebote inkl. aller preisbeeinflussenden Faktoren,

a) prozentualer Anteil der Personalkosten am wöchentlichen Tourenpreis,

b) prozentualer Anteil der Kosten für die Anschaffung und den Unterhalt der Fahrzeuge am wöchentlichen Tourenpreis,

2) Gesamtkilometer für alle Hin- und Rücktouren und Fahrten für Unterrichtsangebote in einer Kalenderwoche,

3) Preis pro besetzt gefahrenen Kilometer inkl. aller beeinflussenden Faktoren für Schulfahrten,

4) Preis pro besetzt gefahrenen Kilometer inkl. aller beeinflussenden Faktoren für Sonderfahrten,

5) Anfahrtspauschale für Sonderfahrten,

6) Zusätzlicher Preis je Busbegleitung pro gefahrenen Kilometer.

In den Preisblättern zu den Losen 1 und 2 heißt es u.a. jeweils im zweiten Absatz:

*"Sollten sich Veränderungen durch Schüler*innenwechsel ergeben, werden die eingesparten oder zusätzlichen Kilometer nach dem im Preisblatt angegebenen Kilometerpreis umgerechnet."*

Die Antragstellerin und die Beigeladene, die derzeitige Auftragnehmerin, reichten jeweils Angebote ein, wobei sie bei den jeweiligen Los-Endsummen in dem Formular "Angaben zum Angebot" für die Lose 1 und 2 die in den jeweiligen Preisblättern angegebenen Werte für den "wöchentlichen Tourenpreis für alle Hin- und Rücktouren einschließlich Fahrten für Unterrichtsangebote inkl. aller preisbeeinflussenden Faktoren" eingetragen hatten.

Die Antragstellerin erhielt am 16. März 2023 das Informationsschreiben der Antragsgegnerin über die Absage nach § 134 GWB unter Hinweis auf ein niedrigeres Hauptangebot. Die Antragsgegnerin teilt dort mit, dass die Antragstellerin nach Auswertung der Angebote im Hinblick auf die Wertungskriterien in den Losen 1 und 2 jeweils nicht das niedrigste Hauptangebot vorgelegt habe. Die Punktzahlen des Angebots der Antragstellerin lägen für das Los 1 bei 3,22 und für das Los 2 bei 3,36, während die Beigeladene bei Los 1 eine Punktzahl von 1,85 und bei Los 2 eine Punktzahl von 1,96 Punkten erreicht habe.

Mit Schreiben vom 21. März 2023 erhob die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin eine Rüge mit dem Ziel, das Angebot der Beigeladenen von der Wertung auszuschließen und ihr den Auftrag zu erteilen. Die Antragsgegnerin wies die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. April 2023 zurück. Die Antragstellerin stellte daraufhin am 6. April 2023 bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein einen Nachprüfungsantrag. Auf die Verhandlung vom 15. Mai 2023 hat die Vergabekammer Schleswig-Holstein das Nachprüfungsverfahren (Az. VK-SH 06/23) mit bestandskräftigem Beschluss vom 23. Mai 2023 in der Hauptsache wie folgt entschieden:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, auf der Grundlage der bisher unterlassenen Auskömmlichkeitsprüfung das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen.

2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor § 60 VgV bzw. Auskömmlichkeitsprüfung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

Die Antragsgegnerin trat sodann mit E-Mail an die Beigeladene vom 1. Juni 2023 in die Preisprüfung ein. Die Beigeladene beantwortete im Rahmen einer sich daran anschließenden E-Mail Korrespondenz die Fragen der Antragsgegnerin und übersandte Unterlagen zu ihrer Kalkulation. Die Antragsgegnerin bejahte die Plausibilität der Angaben der Beigeladenen und die Auskömmlichkeit deren Angebots mit einem Vermerk vom 22. Juni 2023.

Die Antragsgegnerin teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 28. Juni 2023 ihre Absicht mit, der Beigeladenen den Auftrag zu erteilen. Sie habe die ihr im Beschluss der Vergabekammer vom 23. Mai 2023 auferlegte Prüfung nach § 60 VgV durchgeführt und im Ergebnis keine Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebotes der Beigeladenen. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 29. Juni 2023 die beabsichtigte Zuschlagserteilung u.a. unter Hinweis darauf, dass die Preisprüfung nicht sachgerecht durchgeführt worden und das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei. Die Antragsgegnerin teilte am gleichen Tage und ferner mit Schreiben vom 3. Juli 2023 (Anlage Ast 6) mit, der Rüge nicht abzuweichen.

Die Antragstellerin stellte am 7. Juli 2023 bei der Vergabekammer Schleswig-Holstein erneut einen Nachprüfungsantrag. Dort machte sie u.a. geltend, dass die Preisprüfung nicht sachgerecht durchgeführt worden sei, insbesondere der für Pos. 3 von der Beigeladenen angegebene Preis zu niedrig sei und hiermit die Vorgaben aus der Leistungsbeschreibung und die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt werden könnten.

Die Vergabekammer hat am 7. Juli 2023 beschlossen, den Nachprüfungsantrag der Antragsgegnerin nicht zuzustellen. Der Nachprüfungsantrag sei nicht zustellungsreif, da er jedenfalls offensichtlich unzulässig sei. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 7. Juli 2023 hat der Senat (Az. **54 Verg 3/23**) mit Beschluss vom 11. Juli 2023 den Nachprüfungsantrag der Antragsgegnerin zugestellt, die Zuschlagsprätendentin beigeladen und mit weiterem Beschluss vom 19. Juli 2023 den Beschluss der Vergabekammer vom 7. Juli 2023 aufgehoben und die Vergabekammer Schleswig-Holstein verpflichtet, das Nachprüfungsverfahren unter Beachtung der sich aus dem Beschluss des Senats ergebenden Rechtsauffassung des Senats durchzuführen.

Die Antragstellerin hat beantragt:

1. Der Antragsgegnerin aufzugeben, den Zuschlag im Ausschreibungsverfahren für Schüler*Innenbeförderung der Förderzentren, Schüler*Innenbeförderung für die Schuljahre 2023/2024 bis 2025/2026 mit der Option 2 x um jeweils ein Jahr zu verlängern, Vergabenummer 52.2.900.23 nicht dem Bieter ### zu erteilen,

2. Das Angebot des Bieters ### auszuschließen,

3. Der Antragsgegnerin aufzugeben, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabe festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,

hilfsweise

für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlages durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsgutverletzung vorgelegen hat.

4. Einsicht in die Vergabeakte gem. § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat beantragt,

den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin Akteneinsicht in die Korrespondenz zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zur Preisprüfung aus der Vergabeakte durch die elektronische Übersendung teilgeschwärtzter Unterlagen am 3. August 2023 gewährt. Von der Schwärzung betroffen sind nahezu alle inhaltlichen Angaben der Beigeladenen sowie Teile der Fragen der Antragsgegnerin und Einzelheiten des Vermerks der Beigeladenen vom 22. Juni 2023.

Die Vergabekammer hat ihre auf die Sitzung vom 22. September 2023 ergangene, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückweisende Entscheidung vom 29. September 2023 im Wesentlichen wie folgt begründet: Der zulässige Nachprüfungsantrag sei nicht begründet. Aufgrund des bestandskräftigen Beschlusses der Vergabekammer vom 23. Mai 2023 (Az. VK-SH 06/23) sei in Anbetracht der Preisabstände nur eine Preisprüfung nach § 60 VgV geboten. Das Nachprüfungsverfahren beschränke sich auf diesen Aspekt, neue Vergaberechtsverstöße seien weder vorgetragen noch erkennbar. Die Antragsgegnerin habe die erforderliche Prüfung nunmehr ordnungsgemäß vorgenommen. Der von der Antragstellerin gerügte Verstoß gegen § 60 VgV liege nicht vor. Die Antragsgegnerin habe die erforderliche Preisprüfung sachgemäß und gründlich durchgeführt. Aufgrund dieser dokumentierten Prüfung sei sie in plausibler Weise ohne erkennbare Beurteilungs- oder Ermessensfehler zu dem Ergebnis gekommen, dass der von der Beigeladenen angebotene Preis nachvollziehbar und auskömmlich sei.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 12. Oktober 2023 mit im Wesentlichen den folgenden Beschwerdeangriffen:

Ihr sei nicht in dem gebotenen Umfang Akteneinsicht gewährt worden. Es fehle ihr an der Möglichkeit, die Angaben der Beigeladenen zu beurteilen. Ihr sei es nicht ermöglicht worden, die von der Vergabestelle aufzuklärende Preisdifferenz aus der Wertung nachzuvollziehen. Wie das Oberlandesgericht zutreffend ausgeführt habe, werde es erst durch transparente Akteneinsicht möglich, weitere Rügen zu erheben. Dies werde durch die vorgenommenen Schwärzungen unterbunden. Der Antragstellerin liege bis heute weder eine inhaltliche Stellungnahme der Antragsgegnerin noch eine sonstige konzeptionelle Darstellung der Beigeladenen vor, wie sich die Überprüfung des außergewöhnlich niedrigen Preises darstelle. Insbesondere die vollständige Schwärzung der Antwort vom 20. Juni 2023 zu dem Punkt "Preis pro besetzt gefahrenen Kilometer" sei zwingend zu offenbaren.

Ferner seien die Erläuterungen zu den Differenzen bzw. die Antworten (S. 2/3) offenzulegen. Aus den Differenzen könnte die Antragstellerin erkennen, wie groß die Abweichungen seien. Derzeit könne sie weder erkennen, welche Preise zugrunde gelegt worden seien noch worauf diese beruhten.

Die Fragen der Antragsgegnerin in Bezug auf die Auskömmlichkeitsantworten der Beigeladenen seien ohne weitere Erläuterung unverständlich und ohne weitere Darstellung nicht zu bewerten.

Die Ausführungen auf Seite 16 der Entscheidung der Vergabekammer zur Akteneinsicht ließen sich mit den Darlegungen des Senats zur Akteneinsicht in dem Beschluss vom 20. Juli 2023 nicht

vereinbaren.

Weder die Antragsgegnerin - noch die Vergabekammer in ihren diversen Entscheidungen - erläuterten den Inhalt der Preisposition 3. Dies sei geboten, um sich dieser Position nähern zu können. Die Antragstellerin habe insoweit dargelegt, dass es sich mathematisch nicht erklären lasse, dass diese Position, die nach den Ausführungen der Antragsgegnerin die einzige signifikante Abweichung darstelle, alle Kostenpositionen beinhalte, die zur Einhaltung aller gesetzlichen Vorschriften erforderlich seien. Hierbei sei zunächst zu prüfen, ob der Bieter die Schlüssigkeit seines Angebots aus betriebswirtschaftlicher Sicht sinnvoll begründen könne (vgl. VK Bund, Beschluss vom 22.03.2005 - VK 3-13/05). Damit höre jedoch die Überprüfung nicht auf. Es sei ferner zu prüfen, ob die Wirtschaftlichkeit der Erbringung der Dienstleistung gewährleistet sei, die Besonderheiten der angebotenen Dienstleistungen berücksichtigt worden seien und die Verpflichtungen nach § **128** GWB, insbesondere für die Dienstleistung geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften eingehalten worden seien (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 10.09.2020, Rs. C-367/19).

Wenn die Vergabekammer in ihrem Beschluss zu dem Ergebnis gelange, dass die Wirtschaftlichkeit gewährleistet sei, sei dies nicht ausreichend, um die Vorgaben, welche bei einem ungewöhnlich niedrigen Preis zu prüfen seien, zu berücksichtigen. Ein Angebot sei dann auch zwingend gemäß § **60** Abs. 4 VgV auszuschließen, wenn es unter Verstoß gegen § **128** GWB zustande gekommen ist.

Zwar führe der Beschluss der Vergabekammer auf S.13 aus, dass der gesetzliche Mindestlohn eingehalten sei - es fehle jedoch zum Einen die Überprüfung der weiteren gesetzlichen Vorgaben und zum Anderen auch die Beurteilung, die zu der Annahme führe, dass die gesetzlichen Vorgaben über den Preis Pos. 3 abgedeckt seien.

Die Antragstellerin beantragt in dem Verfahren der sofortigen Beschwerde (54 Verg 5/23):

1. Die Entscheidung der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 29.09.2023 Az. VK-SH 11/23 aufzuheben,
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,
3. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, den Zuschlag nicht an die Fa. ### GmbH & Co KG zu erteilen und deren Angebot auszuschließen,
4. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen,
5. Einsicht in die Vergabeakten gem. § **165** Abs. 1 GWB zu gewähren, hilfsweise für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlages durch Aufhebung oder in sonstiger Weise erledigt hat, festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat.

Die Antragstellerin beantragt in diesem Verfahren:

Gemäß § **173** Abs. 1 Satz 3 GWB die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerin hat bisher einen Antrag nicht angekündigt.

Die Beigeladene beantragt im Verfahren 54 Verg 5/23,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die Beigeladene beantragt in diesem Verfahren,

den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB abzulehnen.

Sie tritt den Angriffen der sofortigen Beschwerde entgegen und führt im Wesentlichen aus:

Die Beschwerdeangriffe rechtfertigten eine vom Beschluss der Vergabekammer abweichende Entscheidung nicht. Der Antragstellerin sei in ausreichender Weise Akteneinsicht gewährt worden; die Prüfung der Antragsgegnerin nach § 60 VgV sei nicht zu beanstanden.

Die Vergabekammer sei mit der gewährten Akteneinsicht über das der Beigeladenen Zumutbare hinausgegangen, habe das Offenlegungsinteresse der Antragstellerin gegenüber ihrem Geheimhaltungsinteresse deutlich bevorzugt. Ein Anspruch der Antragstellerin auf die Kenntnis der von der Beigeladenen angebotenen Preise sowie der Bestandteile, aus denen sich die Preiskalkulation zusammensetze, bestehe nicht. Damit wäre jegliches Geheimhaltungsinteresse der Beigeladenen preisgegeben. Die Antragstellerin habe auf der Grundlage der ihr zur Verfügung gestellten Informationen sowohl die Struktur ihrer Kalkulation als auch das Vorgehen der Antragsgegnerin bei der Auskömmlichkeitsprüfung ohne weiteres nachvollziehen können. Eine weitergehende Akteneinsicht führte dazu, dass die Beigeladene in zukünftigen Vergabeverfahren im Verhältnis zur Antragstellerin erhebliche Nachteile erleiden müsste. Die Prüfung der Antragsgegnerin nach § 60 VgV sei nicht zu beanstanden.

Der Senat hat die Akten des Nachprüfungsverfahrens Vergabekammer Schleswig-Holstein, Az. VK SH 6/23 beigezogen.

II.

Der zulässige Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde ist begründet, § 173 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 GWB (A).

Die Antragstellerin hat nach den §§ 175, 165 Abs. 2 GWB einen Anspruch auf erweiterte Akteneinsicht, dem der Senat durch die in Ziffer 2 des Tenors beschriebene Verfahrensweise unter Beachtung des Geheimhaltungsbedürfnisses der Beigeladenen Rechnung trägt; der weitergehende Antrag auf Akteneinsicht war zurückzuweisen (B).

A.

Der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde vom 12. Oktober 2023 ist nach § 173 GWB zulässig und begründet.

Gemäß § 173 Abs. 1 Satz 1 GWB hat die sofortige Beschwerde aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer, wobei diese Wirkung zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist entfällt, § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht nach § 173 Abs. 1 Satz 3 auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde

verlängern.

Nach § 173 Abs. 2 GWB wird der Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abgelehnt, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Interessenabwägung sind unter anderem die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die Aussichten des Antragstellers auf Erhalt des Auftrags und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen, § 173 Abs. 2 Satz 4 GWB. Bei der Auslegung ist das unionsrechtliche Gebot eines effektiven Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde haben daher entscheidendes Gewicht, sodass nur ausnahmsweise Gründe des Allgemeinwohls überwiegen können (Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., § 173 GWB, Rn. 47; von Werder in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 173 GWB, Rn. 47 f.). Hat die sofortige Beschwerde bei summarischer Prüfung hohe Erfolgsaussichten, wird dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung in der Regel stattzugeben sein, hat sie dagegen nur geringe Erfolgsaussichten, ist ein schutzwürdiges Interesse an der Verlängerung in der Regel nicht anzunehmen (Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 173 GWB, Rn. 52 f.; von Werder in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 173 GWB, Rn. 50).

Die hiernach gebotene Interessenabwägung fällt zugunsten des Antrages der Antragstellerin aus. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat bei summarischer Prüfung Aussicht auf Erfolg; das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens tritt dahinter zurück. Die Antragstellerin hat bei einem Ausschluss des Angebots der Beigeladenen oder der Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor die Bekanntmachung des Auftrages auch eine Aussicht, den Auftrag zu erhalten.

Es besteht Anlass zu der Annahme, dass eine nach den §§ 57, 60 VgV zu beanstandende Preiskalkulation der Beigeladenen vorliegt. In Betracht kommt ggf. auch eine die Rechte der Antragstellerin verletzende Intransparenz der Ausschreibungsunterlagen.

Die Regelungen über die Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV, die Vorgaben über die Vornahme der Prüfung nach Maßgabe von § 60 Abs. 2 VgV und auch die Beachtung der Vorschriften gemäß § 60 Abs. 3 VgV sind drittschützend (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, Rn. 23 ff.), so dass die Antragstellerin insoweit nach den §§ 160 Abs. 2, 97 Abs. 6 GWB antragsbefugt ist.

Kann der öffentliche Auftraggeber nach der Prüfung gemäß § 60 Abs. 1 und 2 VgV die geringe Höhe des angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen, § 60 Abs 3 Satz 2 VgV. Nach dem Inhalt des bestandskräftigen Beschlusses der Vergabekammer vom 23. Mai 2023 (VK-SH 06/23, dort Seite 23 ff.) steht fest, dass der Preis für das Angebot der Beigeladenen ungewöhnlich niedrig war, weshalb die Antragsgegnerin eine Preisprüfung durchzuführen und in diesem Rahmen von der Beigeladenen insoweit Aufklärung zu verlangen hatte, § 60 VgV.

Nach den aus der Aufklärung des Angebots durch die Antragsgegnerin aus der Korrespondenz mit der Beigeladenen neu gewonnenen Erkenntnissen zu der Kalkulation der Beigeladenen könnte sich der Vortrag der Antragstellerin bestätigen, wonach die Beigeladene für den in den Losen 1 und 2 jeweils wertungsrelevanten Preis pro Besetzkilometer Schulfahrten nicht den für sie auskömmlichen, von ihr aber im Falle einer etwaigen Auftragserteilung nach ihrer Vorstellung im Rahmen der Abrechnung über den wöchentlichen Tourenpreis geltend zu machenden Preis angegeben hat.

Sollte dieses Vorgehen jedoch als zulässig anzusehen und nicht nur ein Verständnis der Angaben in den Vergabeunterlagen nach den §§ 133, 157 BGB in Betracht kommen, könnten die Angaben in

den Vergabeunterlagen zu Tourenpreis, Gesamtkilometerzahl je Woche und Preis je Besetzkilometer Schulfahrten den nach § 97 Abs. 6 GWB bieterschützenden Transparenzgrundsatz verletzen.

Anhaltspunkte dafür, dass die im wöchentlichen Tourenpreis für die Schulfahrten in Los 1 und 2 berücksichtigten Kostenansätze der Beigeladenen nicht auskömmlich sind, liegen nicht vor. Insoweit dürfte die Preisprüfung der Antragsgegnerin nicht zu beanstanden sein.

B. Die Antragstellerin kann nach den §§ 175, 165 GWB lediglich in dem sich aus dem Beschlusstenor zu 2) ergebenden Umfang weitere Akteneinsicht in die Vergabeakten verlangen; der weitergehende Antrag war zurückzuweisen.

Nach § 165 Abs. 4 GWB kann eine von der Vergabekammer versagte Akteneinsicht nur im Zusammenhang mit der sofortigen Beschwerde nach § 171 GWB angegriffen werden. Dementsprechend kann im Beschwerdeverfahren auch überprüft werden, ob und in welchem Umfang der Beschwerdeführerin weitergehende Einsicht in bestimmte, dem Vergabeverfahren zuzuordnende Akten zu bewilligen ist, um die Akteneinsicht diesbezüglich gegebenenfalls nachzuholen (OLG Düsseldorf NZBau 2009, 334 - Bahnhof O.). Dies ist zum Teil der Fall.

Das Recht auf Akteneinsicht besteht nur dann und in dem Umfang, in dem es zur effektiven Durchsetzung subjektiver Rechte der Beschwerdeführerin erforderlich ist, was nur bezüglich entscheidungsrelevanter Kenntnisse gilt und soweit andere Möglichkeiten der Sachaufklärung nicht bestehen, § 70 Abs. 2 Satz 4 GWB. Akteneinsicht ist nach dem auch für das Beschwerdeverfahren anzuwendenden Maßstab des § 165 Abs. 2 GWB zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Bei den im Rahmen der Preisprüfung nach § 60 VgV offen zu legenden Kalkulationsgrundlagen der Angebote und den mit der Preisermittlung zusammenhängenden Daten und Inhalten kann es sich um Geschäftsgeheimnisse des Bieters handeln. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der eine Kenntnis der Vergabeakten als Entscheidungsgrundlage erfordert, und dem Schutz von Geheimnissen. Diese Interessen sind gegeneinander abzuwägen. Akteneinsicht ist in dem Umfang zu gewähren, der zur Durchsetzung des objektiven Rechts, bezogen auf das konkrete Rechtsschutzziel, notwendig ist, soweit keine berechtigten Geheimhaltungsinteressen entgegenstehen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, Rn. 39 ff.; OLG Düsseldorf NZBau 2021, 632, Rn. 27; OLG München NZBau 2016, 591, Rn. 27 f.).

Unter Berücksichtigung dieser Anforderungen besteht ein Anspruch der Antragstellerin auf Kenntnisnahme von den von der Beigeladenen vorgenommenen und erst im Rahmen der Preisprüfung vom Juni 2023 zu Tage getretenen Differenzierung ihrer Kalkulation im Hinblick auf den wertungsrelevanten Preis je Besetzkilometer für Schulfahrten und die Tourenpreise je Woche. Infolge einer Offenlegung dieser Verfahrensweise im Wege der Akteneinsicht sind Nachteile, vor denen die Beigeladene in zukünftigen Vergabeverfahren bewahrt werden müsste, nicht zu erwarten. Da sich die erheblichen Einzelheiten dieser Verfahrensweise nicht lediglich aus den textlichen Antworten der Beigeladenen, sondern auch aus den ihren Antworten beigefügten - und Geschäftsgeheimnisse beinhaltenden - Kalkulationen erschließen lassen, kommt eine Gewährung von Akteneinsicht durch Übersendung teilgeschwärzter Unterlagen nicht in Betracht. Der Senat wird die Akteneinsicht für die Antragstellerin vornehmen ohne Preisgabe kalkulatorischer Ansätze der Beigeladenen durch die Unterrichtung der Antragstellerin in allgemeiner Form (vgl. hierzu: BGH, aaO, Rn. 55).

Ein Anspruch der Antragstellerin auf Kenntnisnahme von den betragsmäßigen Einzelheiten der Kalkulation des Angebots der Beigeladenen besteht hiernach nicht. Bei den kalkulatorischen

Ansätzen der Beigeladenen zu den einzelnen Kosten sowie Wagnis und Gewinn handelt es sich um Geschäftsgeheimnisse der Beigeladenen, bei deren Offenlegung diese im künftigen Wettbewerb mit der Antragstellerin mit Wahrscheinlichkeit Nachteile erleiden würde. Nach vom Senat geteilter Auffassung des Bundesgerichtshofs kann in sinngemäßer Anwendung von § **76** Abs. 1 Satz 3 GWB (§ **71** Abs. 1 Satz 3 GWB a.F.) im Nachprüfungsverfahren von dem Grundsatz abgewichen werden, dass die Entscheidung nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden darf, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, soweit Beigeladene aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Akteneinsicht nicht gewährt und der Akteninhalt aus diesen Gründen auch nicht vorgetragen worden ist (BGH, aaO, Rn. 59 ff.). Die geheimhaltungsbedürftigen Informationen dürfen auch dann verwertet werden, wenn sich die Beteiligten hierzu nicht äußern konnten; dem Geheimschutz wird in den schriftlichen Gründen dadurch Rechnung getragen, dass die für die richterliche Überzeugung maßgeblichen Gründe nicht angegeben werden.