

<b>Gericht:</b>	KG Berlin Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	08.01.2020
<b>Aktenzeichen:</b>	Verg 7/19
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Zitiervorschlag:</b>	KG Berlin, Beschluss vom 08. Januar 2020 – Verg 7/19 -, juris

---

### **Leitsatz**

Die Entscheidung über einen Vergabenachprüfungsantrag darf gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 Abs. 1 S. 2 GWB nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, die ihnen also vorgelegen haben oder deren Inhalt zumindest vorgetragen worden ist (§ 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 72 Abs. 2 S. 3 GWB). Gewicht und Bedeutung des

Grundrechts auf rechtliches Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) sprechen dafür, dass Umstände und Unterlagen, wegen derer sich ein Beteiligter erfolgreich auf seinen Geheimschutz beruft, die also den anderen Beteiligten nicht offenbart werden dürfen, mit allen für ihn damit verbundenen Nachteilen bei der Entscheidung unberücksichtigt bleiben (entgegen BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB

10/16 -, juris Rn. 60).

### **Tenor**

Der Antragstellerin wird auf ihren ergänzenden Akteneinsichtsantrag vom 28. November 2019 hin Einsicht in die Referenz (Eigenerklärung) zu dem Instandhaltungsvertrag der Beigeladenen mit der B. als Teil der Interessenbestätigung der Beigeladenen sowie in Teile des Prüfvermerks der Antragsgegnerin zu den von der Beigeladenen im finalen Angebot angebotenen Fahrzeuggewichten sowie der Türsäulentiefe und dem Sitzabstand (Bl. 10541 bis 10547), wie aus der Beschlussanlage ersichtlich, bewilligt.

### **Gründe**

- 1 Der Antragstellerin war auf ihren Antrag entsprechend § 165 Abs. 1 GWB sowie gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 72 Abs. 2 S. 4 GWB (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007 - VII-Verg 40/07 -, juris Rn. 36; Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 175 GWB Rn. 13) in dem aus dem Beschluss-tenor ersichtlichen Umfang ergänzend Einsicht in die Vergabeakten zu bewilligen.
  
- 2 Wie der Senat bereits in seinen Beschlüssen vom 15. November 2019 und 3. Dezember 2019 ausgeführt hat, ist hierbei das grundsätzlich gegebene Recht auf Einsicht in die Vergabeakten und das damit anerkannte Informationsinteresse gegen, die entsprechend

§§ 72 Abs. 2 S. 4, 165 Abs. 2 GWB zu berücksichtigenden gegenläufigen Interessen insbesondere des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen abzuwägen. Demgemäß ist Akteneinsicht zu versagen, soweit solche wichtigen Gründe überwiegen.

- 3 Die danach durchzuführende Abwägung ist allerdings abhängig von der jeweiligen Verfahrenssituation. So kann die Einsicht in die Vergabeakten unabhängig von den entgegenstehenden Interessen der Beteiligten etwa dann zu versagen sein, wenn der Nachprüfungsantrag unzulässig ist (Behrens in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 165 Rn. 21 m.w.N.) oder wenn es der Akteneinsicht zur Durchsetzung des Rechtsschutzzieles überhaupt nicht bedarf (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 60). Auch sonst hängt das Ergebnis der Abwägung von dem jeweiligen Sach- und Streitstand und danach zu berücksichtigenden Umständen ab. Ändern sich diese Umstände, kann dies Anlass zu einer Neubewertung und gegebenenfalls zu einer Erweiterung der Akteneinsicht sein. Eine solche Neubewertung haben die Vergabenachprüfungsinstanzen von Amts wegen jedenfalls dann vorzunehmen, wenn eine Entscheidung über den Nachprüfungsantrag unter Beachtung des Grundrechts auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nur dann möglich ist, wenn Verfahrensbeteiligte Einsicht in weitere entscheidungsrehebliche Unterlagen erhalten.
- 4 Danach war der Antragstellerin vorliegend ergänzend Einsicht in die aus dem Beschluss-tenor ersichtlichen Unterlagen zu gewähren. Denn nach dem Vorbringen aus ihrem Schriftsatz vom 16. Dezember 2019 kann eine Entscheidung, die auch das entgegenstehende Vorbringen der Antragsgegnerin und Beigeladenen berücksichtigt, nicht ohne Einbeziehung dieser weiteren von dem Senat im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes (§ 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 70 Abs. 1 GWB) ohnehin zu berücksichtigenden Unterlagen ergehen. Der Senat darf seine Entscheidung gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 Abs. 1 S. 2 GWB nur auf Tatsachen und Beweismittel stützen, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, die ihnen also vorgelegen haben oder deren Inhalt zumindest vorgetragen worden ist (§ 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 72 Abs. 2 S. 3 GWB). Hierbei käme eine Akteneinsicht im Hinblick auf die von der Antragsgegnerin und Beigeladenen geltend gemachten Geheimschutzinteressen nur dann nicht in Betracht, wenn diese Interessen derart gewichtig wären, dass die fraglichen Unterlagen ohne ihre Zustimmung nicht offenbart werden könnten. Ob in einem solchen Fall eine Entscheidung tragend auf auch die nicht offenbarten Unterlagen gestützt werden könnte (so wohl BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 60), erscheint dem Senat fraglich und im Widerspruch zu Art. 103 Abs. 1 GG (ablehnend auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007 - VII-Verg 40/07 -, juris Rn. 43; Stoye/Gielen in: Müller-Wrede, GWB, 1. Auflage 2016, § 175 Rn. 49; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, § 165 GWB Rn. 10). Gewicht und Bedeutung des rechtlichen Gehörs sprechen vielmehr dafür, dass die Umstände und Unterlagen, wegen derer er sich erfolgreich auf seinen Geheimschutz beruft, mit allen für ihn damit verbundenen Nachteilen bei der Entscheidung unberücksichtigt bleiben und dieser den Geheimschutz geltend machende Beteiligte dann eine wegen Nichtberücksichtigung dieser Umstände und Unterlagen für ihn nachteilige Entscheidung hinzunehmen hätte, weil er dann durch den Vorrang seines Geheimschutzes diesem mehr Gewicht beimisst als der für ihn günstigen Entscheidung. Aus § 71 Abs. 1 S. 3 GWB, der lediglich die Akteneinsicht an Beigeladene betrifft, folgt nichts anderes, weil dies ausweislich der Einschränkung in § 71 Abs. 1 S. 4

GWB gerade dann nicht mehr gilt, wenn das Grundrecht des Beigeladenen auf rechtliches Gehör betroffen wäre (a.A. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 61). Dies kann aber vorliegend dahinstehen, da die Antragsgegnerin und Beigeladene für die aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Unterlagen zwar grundsätzlich Geheimschutz beanspruchen können, die Geheimhaltungsinteressen aber nicht derart gewichtig erscheinen, dass eine Offenbarung unter Schwärzung konkreter technischer Werte, Darlegungen und Konstruktionszeichnungen - insoweit setzt sich der Geheimschutz durch - unter Berücksichtigung des Informationsinteresses der Antragstellerin und ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) nicht hinnehmbar wäre. Denn es erschließt sich nicht, dass die Antragstellerin im Verhältnis zur Antragsgegnerin und der Beigeladenen durch die Offenbarung der weiteren Unterlagen konkrete über das vorliegend zur Nachprüfung stehende Vergabeverfahren hinausgehende Vorteile haben könnte (vgl. auch BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16 -, juris Rn. 49; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007 - VII-Verg 40/07 -, juris Rn. 44).