

IBRRS 2023, 2408

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Preis ungewöhnlich niedrig: Bieter muss „Seriosität“ des Angebots nachweisen!

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

OLG Schleswig

Beschluss

vom 19.07.2023

54 Verg 3/23

VgV § 60

- 1. Kann der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Preisprüfung die geringe Höhe eines angebotenen Preises oder der angebotenen Kosten nicht zufriedenstellend aufklären, darf er den Zuschlag auf dieses Angebot ablehnen.**
- 2. Die Verwendung des Verbs "dürfen" ist nicht so zu verstehen, dass es im Belieben des Auftraggebers steht, den Auftrag trotz weiterbestehender Ungereimtheiten doch an den betreffenden Bieter zu vergeben. Die Ablehnung des Zuschlags ist vielmehr grundsätzlich geboten, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären kann.**
- 3. Auf die Aufforderung des Auftraggebers hin hat der Bieter Gelegenheit, den Nachweis der "Seriosität" seines Angebots zu erbringen. Der Bieter muss konkrete Gründe darlegen, die den Anschein widerlegen, dass sein Angebot nicht seriös ist. Dazu muss er seine Kalkulation und deren Grundlagen erläutern.**
- 4. Die Erläuterungen des Bieters müssen umfassend, in sich schlüssig und nachvollziehbar sowie gegebenenfalls durch geeignete Nachweise objektiv überprüfbar sein. Formelhafte, inhaltsleere bzw. abstrakte Erklärungen ohne Bezug zu den einzelnen Positionen, wie etwa allgemeine Hinweise auf innerbetriebliche Strukturen oder wirtschaftliche Parameter, reichen nicht aus, um die Seriosität des Angebots nachzuweisen.**
- 5. Ohne Ausübung eines Ermessens hat der Auftraggeber ein Angebot abzulehnen, wenn er festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebots ungewöhnlich niedrig sind.**

OLG Schleswig, Beschluss vom 19.07.2023 - 54 Verg 3/23

vorhergehend:

VK Schleswig-Holstein, 07.07.2023 - 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 19.07.2023

beschlossen:

- 1) Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 9. Juli 2023 werden die Beschlüsse der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 7. Juli 2023 aufgehoben.
- 2) Die Vergabekammer Schleswig-Holstein wird verpflichtet, das Nachprüfungsverfahren auf den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 7. Juli 2023 unter Beachtung der sich aus den nachfolgenden Ausführungen ergebenden Rechtsauffassung des Senats durchzuführen.
- 3) Die Kosten des Verfahrens der sofortigen Beschwerde trägt die Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin trägt die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin im Verfahren der sofortigen Beschwerde. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre außergerichtlichen Kosten selbst.
- 4) Der Streitwert für das Verfahren der sofortigen Beschwerde wird auf bis zu Euro 320.000,00 festgesetzt.

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 (Anlage 1 zum Schreiben der Antragsgegnerin an die Vergabekammer vom ###).

Die Beschaffung umfasst die Beförderung von den Wohnungen zu den Schulstandorten (Schulfahren) sowie Sonderfahrten. Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt, wobei der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist. Aus der Anlage 7 der Vergabeunterlagen "Gewichtung der Wertungskriterien" ergeben sich folgende, bereits unter VI.3) der Auftragsbekanntmachung genannte, Zuschlagskriterien:

"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 gefahrenem 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 wirtschaftlichste Angebot wird ermittelt aus der Summe der Wertungszahlen. Das wirtschaftlichste Angebot ist dabei das Angebot mit der geringsten Punktzahl."

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 zugrunde gelegt. In dem Preisblatt - alle Preise waren als Nettopreise anzugeben - waren von den Bietern 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."

Die Antragstellerin und die Beigeladene, die derzeitige Auftragnehmerin, reichten jeweils Angebote ein. Als wirtschaftlichstes Angebot ermittelte die Antragsgegnerin aufgrund der niedrigsten Punktzahl aus der Summe der vier Wertungszahlen das Angebot der Beigeladenen. Die Antragstellerin erhielt daraufhin am 16. März 2023 das Informationsschreiben der Antragsgegnerin über die Absage nach § 134 GWB unter Hinweis auf ein niedrigeres Hauptangebot: Nach Auswertung der Angebote im Hinblick auf die Wertungskriterien habe die Antragstellerin in den Losen 1 und 2 jeweils nicht das niedrigste Hauptangebot vorgelegt. Die erreichten Punktzahlen des Angebots der Antragstellerin lägen für Los 1 bei 3,22, bei Los 2 bei 3,36. Die Punktzahlen des Angebots der Beigeladenen lägen bei Los 1 bei 1,85, bei Los 2 bei 1,96 Punkten.

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 hat die Rüge der Antragstellerin mit Schreiben vom 5. April 2023 zurückgewiesen.

Die Antragstellerin stellte daraufhin am 6. April 2023 bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag.

Dort machte die Antragstellerin im Wesentlichen geltend, dass das Angebot der Beigeladenen nicht wirtschaftlich sei. Zudem seien die Teilnehmer nicht gleichbehandelt, die Bestimmungen über Ausschreibungsverfahren nicht eingehalten und die Bestimmungen der Angebotsprüfung gem. § 60 VgV nicht beachtet worden, letzteres trotz eines vermuteten enormen Unterschieds. Darüber hinaus sei die Angebotswertung anhand falscher Erwartungswerte vorgenommen und eine unzureichende Angebotswertung durchgeführt worden, die den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zur Folge hätte haben müssen. Das Angebot der Beigeladenen entspreche zudem nicht den sozial-, umwelt- und arbeitsrechtlichen gesetzlichen Vorgaben.

Am 20. April 2023 gewährte die Vergabekammer der Antragstellerin teilweise geschwärzte Akteneinsicht. Die Antragstellerin führte in der Folgezeit ferner aus, dass das Angebot der Beigeladenen auszuschließen sei, da sie nicht die erforderlichen Eignungsnachweise mit dem

Angebot vorgelegt habe und eine Nachforderung von wettbewerbserheblichen Unterlagen Angebotsprüfung nicht zulässig sei. Der Preis der Beigeladenen könne nicht auskömmlich sein. Zudem müsse die Beigeladene einen deutlich unter dem Preis der Antragstellerin liegenden Preis für Schulfahrten pro Kilometer angegeben haben. Dieser Preis multipliziert mit den angegebenen Gesamtkilometern werde nicht im Ergebnis den wöchentlichen Tourenpreis der Beigeladenen ergeben. Da nur die Positionen 2), 3), 4) und 5) des Preisblattes der jeweiligen Lose in die Wertung gelangen würden, sei die Prüfung über den wöchentlichen Tourenpreis daher untauglich.

Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin mit bestandskräftigem Beschluss vom 23. Mai 2023 untersagt, auf der Grundlage der bisher unterlassenen Auskömmlichkeitsprüfung das Angebot der Beigeladenen zu bezuschlagen und ihr aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor § 60 VgV bzw. Auskömmlichkeitsprüfung zurückzusetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

Zur Begründung hat die Vergabekammer hierzu im Wesentlichen ausgeführt:

Der im Übrigen unzulässige und unbegegründete Nachprüfungsantrag sei im Hinblick auf eine von der Antragsgegnerin nachzuholenden Preisprüfung nach § 60 VgV teilweise begründet. Die Antragsgegnerin habe diese Prüfung anhand tauglicher und tatsächlich vergleichbarer Werte nachzuholen. Hierbei seien fiktive Werte, die von der Antragstellerin eigenhändig errechnet worden seien, außen vor zu lassen, da diese nicht zur Hochrechnung eines vergleichbaren Gesamtangebotspreises geeignet seien.

Zwar stelle die Antragsgegnerin auf den falschen Ansatzpunkt, hier die Gesamtpunktzahl der Auswertung, ab. Dieser Gesamtpunktzahl lägen allerdings zu erheblichen Teilen die Gewichtungen der Einzelpreise zugrunde. Diese Punktzahl sei der Antragstellerin von der Antragsgegnerin mitgeteilt worden, sodass sie hier einen Ansatzpunkt hinsichtlich einer Aufgreifschwelle habe setzen können. Dieser könne der von der Antragstellerin geltend gemachte Abstand, 74% bzw. 71% ihres Angebots, nicht entnommen werden. Die Angaben der Antragstellerin hinsichtlich des prozentualen Abstandes beruhten auf den Gesamtpunktzahlen der jeweiligen Lose, welche sich aus verschiedenen Wertungskriterien ergäben. Diese Punktzahlen eigneten sich nicht für die Prüfung der Aufgreifkriterien des § 60 VgV.

Entgegen der von der Antragsgegnerin vertretenen Auffassung dürfe aber auch nicht auf den unter 20% liegenden Abstand zwischen den von der Antragsgegnerin ermittelten Gesamtvolumina der jeweiligen Lose abgestellt werden. Die Antragsgegnerin habe die Errechnung des Gesamtangebotspreises fehlerhaft vorgenommen und einen falschen Vergleichsmaßstab herangezogen, um eine mögliche Aufgreifschwelle zu prüfen: So hätten die Preisangaben der Bieter zu den Sonderfahrten keine Berücksichtigung bei einer Gesamtpreisermittlung des jeweiligen Bieters gefunden, sondern nur ein von der Antragsgegnerin fiktiv errechneter Wert. Zudem sei der Antragsgegnerin bei der Berechnung des Gesamtvolumens ein Fehler unterlaufen, indem sie nicht nur den Gesamtpreis der Schulfahrten eines Schuljahres bei 38 Schulwochen mit dem (fiktiv ermittelten) Gesamtpreis der Sonderfahrten eines Schuljahres ermittelt, sondern zusätzlich einen weiteren wöchentlichen Tourenpreis addiert habe, so dass insgesamt 39 Wochen berechnet worden seien.

Für eine Prüfung nach § 60 VgV seien alle preisbildenden Positionen des Preisblattes heranzuziehen, da weder zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung noch zum jetzigen Zeitpunkt ein Gesamtangebotspreis, der in der Regel für die Prüfungspflicht nach § 60 VgV heranzuziehen wäre, ermittelt werden könne. Während es regelmäßig geboten sei, den Gesamtpreis und nicht den Preis für eine Einzelposition für das Vorliegen der Aufgreifschwelle heranzuziehen, verhalte es sich hier in Ermangelung eines tauglichen anderweitigen Wertes anders.

Da für die Antragsgegnerin ein erheblicher Unterschied zwischen den Einzelpositionen der Angaben in den Preisblättern erkennbar gewesen sei, hätte sie in eine Aufklärung über den Preis der einzelnen Positionen eintreten müssen. Bei Betrachtung der preisbildenden Positionen des Preisblattes bestehe zwischen einzelnen Positionen der Antragstellerin und der Beigeladenen ein im Rahmen der Angebotsauswertung erkennbarer Unterschied von weit mehr als 20 %.

Sofern die Antragstellerin allerdings vorbringe, dass die Beigeladene den wöchentlichen Tourenpreis (Ziffer 1 des Preisblattes) vermutlich nach einer unterschiedlichen Rechenformel ermittelt hätte und die Preise damit nicht vergleichbar seien, könne ihre Darstellung des vermeintlich anzunehmenden Rechenweges nicht überzeugen. Der Wert zu 1) müsse sich nicht zwingend aus der Multiplikation der Werte zu 2) (Gesamtkilometer) und zu 3) (Preis pro besetzt gefahrenem Kilometer inkl. aller beeinflussenden Faktoren für Schulfahrten) errechnen.

Damit sei festzustellen, dass eine Prüfung nach § 60 VgV insgesamt unterblieben sei. Auch die Argumentation der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen habe auch nach einer zuletzt erfolgten Preisanpassung als Bestandsanbieterin noch über dem derzeitigen Auftragswert gelegen, so dass von der Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen ausgegangen werden könne, könne eine einheitliche Prüfungspraxis hinsichtlich der durch die Rechtsprechung entwickelten Aufgreifschwelle nicht ersetzen. Vielmehr müsse der Auftraggeber bei Überschreitung der Aufgreifschwelle in eine Aufklärung über den Preis eintreten.

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 mit, der Rüge nicht abzuweichen.

Die Antragstellerin stellte am 7. Juli 2023 bei der Vergabekammer 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 Antragstellerin hat für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer als Antrag angekündigt:

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 ### 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.

5. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 7. Juli 2023 das Nachprüfungsverfahren auf die Vorsitzende und die hauptamtliche Beisitzerin übertragen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Die Voraussetzungen für die Übertragung eines Nachprüfungsverfahrens auf einen Einzelrichter nach § **157** Abs. 3 S. 2 GWB lägen vor. Zwar statuiere § **157** Abs. 3 GWB, dass entweder dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer das Verfahren zur alleinigen Entscheidung übertragen werden könne. A maoire ad minus müsse dies erst Recht gelten, wenn das Verfahren auf zwei Mitglieder übertragen werde.

Mit weiterem Beschluss vom 7. Juli 2023 hat die Vergabekammer durch die Vorsitzende und die hauptamtliche Beisitzerin beschlossen, den Nachprüfungsantrag vom 7. Juli 2023 der Antragsgegnerin nicht zuzustellen.

Zur Begründung hat die Vergabekammer im Wesentlichen ausgeführt:

Nach § **163** Abs. 2 GWB sei der Nachprüfungsantrag der Antragsgegnerin nicht zuzustellen. Der Nachprüfungsantrag sei nicht zustellungsreif, da er jedenfalls offensichtlich unzulässig sei. Es fehle die nach § **160** Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis. Insbesondere greife der Vortrag, dass die von der Antragsgegnerin vorgenommene Angebots- und Auskömmlichkeitsprüfung der Antragsgegnerin nicht nach den vorher selbst festgelegten - und für alle verbindlichen - Zuschlagskriterien vorgenommen worden und daher falsch sei, nicht durch. Es würden hier keine Indizien oder näheren Erläuterungen dargelegt, worauf die Behauptungen gestützt werden könnten, sodass dieser Vortrag als Behauptung ins Blaue hinein gewertet werden müsse. Es werde kein Anlass für weitere Untersuchungen oder Nachfragen begründet.

Der Nachprüfungsantrag wäre im Übrigen auch unbegründet. Selbst wenn das Vorbringen der Antragstellerin, dass für eine Auskömmlichkeitsprüfung nicht auf den wöchentlichen Tourenpreis abgestellt hätte werden dürfen, als zulässig erachtet werde, könne nicht nachvollzogen werden, wie der Antragstellerin hierdurch ein Schaden entstanden sei.

Denn es stehe fest, dass die Antragsgegnerin mindestens die preisbildenden Einzelpositionen des Preisblattes einer Prüfung nach § **60** VgV unterzogen habe, wie es ihr durch den zuvor ergangenen Beschluss aufgegeben worden sei. Dies habe die Antragsgegnerin durch die Nichtabhilfemitteilung vom 29. Juni 2023 bestätigt, indem sie dort ausgeführt habe, die Auskömmlichkeitsprüfung auf Grundlage des Beschlusses VK-SH 06/23 geprüft zu haben. Sollte zudem die Position 1 für eine Prüfung herangezogen worden sein, bedeute das "Mehr" an Überprüfung durch die Antragsgegnerin für die Antragstellerin die Sicherheit, dass tatsächlich alle weiteren Preise plausibel seien. Nach § **60** Abs. 3 S. 1 VgV habe der öffentliche Auftraggeber zudem immer noch ein Ermessen, solange nicht gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen wird, welche Rechtsfolgen an nicht aufklärbare Angebote zu stellen seien. Ein Ausschluss stelle dabei nur die letzte Möglichkeit des Handelns dar. Zudem könne ein Bieter auch ein Unterkostenangebot abgeben, ohne dass eine mangelnde Erfüllung oder gar ein Rechtsverstoß gegeben wäre, etwa wenn ein Unternehmen sich am Markt ertüchtigen wolle.

Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und der sofortigen Beschwerde vom 9. Juli 2023, mit der sie im Wesentlichen geltend macht:

Der Beschluss der Vergabekammer sei wegen eines Verstoßes gegen den gesetzlichen Richter gem. Art. **101** GG unwirksam.

Die Antragstellerin habe auch einen Anspruch darauf, dass der Antrag an die Antragsgegnerin übermittelt wird. Es liege kein Fall des § 163 Abs. 2 GWB vor. Der Antrag sei weder unzulässig noch unbegründet.

Es gehe hier - wie in dem Beschluss der Vergabekammer vom 23. Mai 2023 der Antragsgegnerin zur Prüfung aufgegeben - darum, ob der in die Wertung mit einfließende Preis ein auskömmlicher Preis sein könne und die Beigeladene mit ihrem Angebot auszuschließen sei.

Es erschließe sich nicht, woraus die Kammer ihre Kenntnis gewinnt, dass die Auskömmlichkeitsprüfung durch die Antragsgegnerin in nachvollziehbarer Weise erfolgt wäre. Die von der Antragsgegnerin hiernach ihr mitgeteilten Informationen seien nach wie vor die gleichen wie vor dem Beschluss der Vergabekammer vom 23. Mai 2023; die Absageschreiben seien identisch bis auf den inhaltlich völlig uninformativen Zusatz "Im Beschluss "VK-SH 06/23" wurde von der Vergabekammer Schleswig-Holstein die Ausschreibung in den Stand vor § 60 VgV - bzw. Auskömmlichkeitsprüfung zurückversetzt. Die Auskömmlichkeitsprüfung wurde durchgeführt. Das Ergebnis ist, dass kein Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots der ### besteht und das Angebot auskömmlich ist.

Es sei nicht nachvollziehbar, wie die Vergabekammer zur Unzulässigkeit oder Unbegründetheit ihres Nachprüfungsantrages komme, da sie keine Kenntnis über den Umfang der gemäß ihrem eigenen Beschluss vom 23. Mai 2023 zu erfolgenden Preisprüfung der Antragsgegnerin habe.

Die Antragstellerin kündigt als Anträge an:

A. Im Wege der Einstweiligen Verfügung die Vergabekammer Schleswig-Holstein zu verpflichten, die Antragsgegnerin in Textform über den Eingang des Nachprüfungsantrag zu informieren und somit das Zuschlagverbot gem. § 169 Abs.1 GWB auszulösen.

B. Im Wege der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 07.07.2023

1. Die Entscheidung der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 07.07.2023 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 ### 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.

6. Dem Antragsgegner die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Verfahrens der Vergabekammer Schleswig-Holstein, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen und die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Der Senat hat mit Beschluss vom 11. Juli 2023 die Beiladung der Zuschlagsprätendentin angeordnet, die - daraufhin vollzogene - Übermittlung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vom 7. Juli 2023 an die Antragsgegnerin beschlossen und den Beteiligten Hinweise erteilt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

Die Beteiligten haben einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung nach § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit der entsprechenden Anwendung von § 65 Abs. 1 Halbsatz 2 GWB mit Erklärungen vom 13. Juli 2023 (Antragstellerin) und 14. Juli 2023 (Antragsgegnerin und Beigeladene) zugestimmt, weshalb der von dem Senat auf den 20. Juli 2023 anberaumte Termin aufgehoben und vom Senat ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die sofortige Beschwerde der Antragstellerin entschieden werden konnte.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 9. Juli 2023 gegen die Entscheidung der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 7. Juli 2023, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 7. Juli 2023 gemäß § 163 Abs. 2 GWB nicht der Antragsgegnerin zuzustellen, ist zulässig (A) und begründet (B).

A.

Die sofortige Beschwerde ist nach § 171 Abs. 1, 3 GWB zulässig. Hiernach ist für die am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten die sofortige Beschwerde gegen Entscheidungen der Vergabekammer zum Vergabesenat zulässig. Um eine derartige Entscheidung handelt es sich bei dem Beschluss der Vergabekammer vom 7. Juli 2023, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 7. Juli 2023 der Antragsgegnerin nicht zuzustellen. Den formellen Anforderungen des § 172 GWB entspricht die sofortige Beschwerde vom 9. Juli 2023.

Der mit der sofortigen Beschwerde vom 9. Juli 2023 verbundene Antrag der Antragstellerin auf Erlass einer einstweiligen Verfügung durch den Vergabesenat dahingehend, die Vergabekammer Schleswig-Holstein zu verpflichten, die Antragsgegnerin in Textform über den Eingang des Nachprüfungsantrages zu informieren, ist als Antrag an den Senat zu verstehen, im Rahmen des Verfahrens der sofortigen Beschwerde selbst nach § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB tätig zu werden.

Der auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerichtete Antrag der Antragstellerin in dem Schriftsatz vom 9. Juli 2023 ist nach Maßgabe der für seine Auslegung heranzuziehenden §§ 133, 157 BGB interessengerecht in dieser Weise auszulegen: Der Vergabesenat wäre für den Erlass der von der Antragstellerin begehrten einstweiligen Verfügung nach den §§ 935, 940 ZPO im Rahmen der ihm nach den §§ 171 ff. GWB eröffneten Kompetenzen, die eine derartige Entscheidung nicht vorsehen, nicht zuständig. Der Senat kann und soll jedoch den von der Antragstellerin mit ihrem Verfügungsantrag erstrebten Suspensiveffekt nach § 169 Abs. 1 GWB durch die ihm im Rahmen des Beschwerdeverfahrens mögliche Übermittlung einer Kopie der Antragsschrift vom 7. Juli 2023 an die Antragsgegnerin nach § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB selbst herbeiführen, wenn er der sofortigen Beschwerde eine Erfolgsaussicht beimisst (vgl. allg.: Jäger in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Auflage 2022, § 163, Rn. 16; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 4. Aufl. 2020, § 163, Rn. 13a). Dies hat der Senat mit Beschluss vom 11. Juli 2023 bereits veranlasst.

B.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 9. Juli 2023 ist auch begründet. Die Beschlüsse der Vergabekammer Schleswig-Holstein vom 7. Juli 2023 waren nach § 178 Satz 1, 2 GWB aufzuheben und die Vergabekammer zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats über den von dem Senat der Antragsgegnerin übermittelten Nachprüfungsantrag vom 7. Juli 2023 erneut zu entscheiden.

1) Der Entscheidung der Vergabekammer vom 7. Juli 2023, nach § 163 Abs. 2 GWB die Übermittlung des Nachprüfungsantrages an die Antragsgegnerin zu unterlassen, die lediglich von der Vorsitzenden und der hauptamtlichen Beisitzerin beschlossen wurde, ist bereits wegen der fehlerhaften Besetzung der Vergabekammer aufzuheben.

Im Rahmen von § 163 Abs. 2 GWB hat die Vergabekammer zunächst eine summarische Prüfung des Nachprüfungsantrages daraufhin vorzunehmen, ob dieser offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Die summarische Vorprüfung ist grundsätzlich durch die Vergabekammer, also einschließlich der ehrenamtlichen Beisitzerin durchzuführen. Die ehrenamtliche Beisitzerin ist somit auch in die etwaige Entscheidung über die Feststellung einer offensichtlichen Unzulässigkeit oder offensichtlichen Unbegründetheit mit einzubeziehen (vgl. Horn/Hofmann in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 163, Rn. 19).

Die hier vorliegende Entscheidung der Sache durch die Vorsitzende und die hauptamtliche Beisitzerin ist greifbar gesetzeswidrig, weil § 157 Abs. 2, 3 GWB eine Entscheidung der Vergabekammer in der Besetzung durch die Vorsitzende und die hauptamtliche Beisitzerin nicht vorsieht. Vor diesem Hintergrund ist auch der Beschluss zur Übertragung der Sache von der Vergabekammer auf die Vorsitzende und die hauptamtliche Beisitzerin zur Entscheidung vom 7. Juli 2023 wegen greifbarer Gesetzeswidrigkeit aufzuheben. Im Einzelnen:

a) Zwar liegt in der fehlerhaften Besetzung der Kammer nicht der von der sofortigen Beschwerde geltend gemachte Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wonach niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf. Bei der Vergabekammer handelt es sich bereits nicht um den gesetzlichen Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG.

Die Vergabekammer sind nach insoweit maßgeblichen nationalem Recht - anders als nach europäischem Recht im Hinblick auf die Vorlagepflicht des Art. 267 AEUV (vgl. EuGH, Urteil vom 18. September 2014 - C 549/13, Rn. 21 ff. - Bundesdruckerei) - kein Gericht im Sinne der Art. 92, 97 f. GG; ihren Mitgliedern fehlt die erforderliche organisatorische und persönliche Unabhängigkeit.

Die Vergabekammern üben nach § 157 Abs. 1 GWB ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze unabhängig und in eigener Verantwortung; die Mitglieder der Kammer werden für eine Amtszeit von fünf Jahren bestellt, entscheiden unabhängig und sind nur dem Gesetz unterworfen, § 157 Abs. 4 GWB.

Die Mitglieder der Vergabekammern sind hiernach sachlich, aber - angesichts ihrer Eingliederung als gerichtsähnlicher Einrichtungen in die Verwaltung - nicht organisatorisch (Art. 20 Abs. 2, 92 GG) und angesichts ihrer Ab- und Versetzbarkeit auch nicht persönlich (Art. 97 Abs. 2 GG) unabhängig (vgl. Horn/Hofmann, Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, § 157, Rn. 11 - 24 mwN).

b) Der in Zweier-Besetzung gefasste Beschluss der Vergabekammer vom 7. Juli 2023 ist aber wegen offensichtlicher Gesetzeswidrigkeit der Besetzung der Vergabekammer aufzuheben.

Die Vergabekammern entscheiden nach § 157 Abs. 2 GWB in der Besetzung mit einem Vorsitzenden und zwei Beisitzern, von denen einer ein ehrenamtlicher Beisitzer ist. Nach § 157 Abs. 3 GWB kann

die Vergabekammer dem Vorsitzenden oder dem hauptamtlichen Beisitzer ohne mündliche Verhandlung durch unanfechtbaren Beschluss zur alleinigen Entscheidung übertragen, sofern die Sache keine wesentlichen Schwierigkeiten in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht aufweist und die Entscheidung nicht von grundsätzlicher Bedeutung sein wird.

Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 7. Juli 2023 die Entscheidung über den Nachprüfungsantrag jedoch auf die Vorsitzende und die hauptamtliche Beisitzerin zu Entscheidung übertragen.

Dieses Vorgehen widerspricht der an die §§ **348a** ZPO, **6** Abs. 1 VwGO angelehnten Regelung in § **157** Abs. 3 GWB zur Übertragung der Sache zur alleinigen Entscheidung auf ein hauptamtliches Mitglied der Vergabekammer, an die die Mitglieder der Vergabekammer nach § **157** Abs. 1 GWB ("üben ihre Tätigkeit im Rahmen der Gesetze aus") gebunden sind. Der in dem Übertragungsbeschluss vom 7. Juli 2023 unter Hinweis auf § **157** Abs. 3 GWB angestellte "Erstrecht-Schluss" zur Zulässigkeit der Übertragung der Sache auf Vorsitzende und hauptamtliche Beisitzerin angesichts der Zulässigkeit einer Übertragung auf ein hauptamtliches Mitglied verbietet sich im Rahmen der ausdrücklichen Zuweisung von Kompetenzen an ein Mitglied des Entscheidungsorgans zur "alleinigen Entscheidung" durch das Gesetz; diese Entscheidung ist unvertretbar und willkürlich. Angesichts der bei widerstreitenden Auffassungen der Mitglieder der Vergabekammer bestehenden Möglichkeit einer Blockade des Spruchkörpers bei nur zwei Mitgliedern hatte der Gesetzgeber gute Gründe dafür, Entscheidungen nur durch die vollbesetzte Kammer oder ein (hauptamtliches) Mitglied der Vergabekammer zuzulassen. Die Relevanz der ordnungsgemäßen Besetzung wird etwa auch daran deutlich, dass die Verfahrensordnungen in einer vorschriftswidrigen Besetzung des Gerichts einen absoluten Revisionsgrund sehen, vgl. § **138** Nr. 1 VwGO, **547** Nr. 1 ZPO, 338 Nr. 1 - 3 StPO. Diese Überlegungen gelten auch für die gerichtsähnlich tätig werdenden Vergabekammern.

2) Auch unabhängig von den unter 1) angestellten Erwägungen hat die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 7. Juli 2023 zum Unterbleiben der Übermittlung des Nachprüfungsantrages Erfolg.

In dem derzeitigen Verfahrensstadium kann dem Nachprüfungsantrag die Zulässigkeit und Begründetheit nicht abgesprochen werden, weshalb - die von dem Senat zwischenzeitlich gemäß Beschluss vom 11. Juli 2023 vollzogene Übermittlung einer Kopie des Nachprüfungsantrags vom 7. Juli 2023 an die Antragsgegnerin (§ **169** Abs. 1 GWB) - gemäß § **163** Abs. 2 GWB durch die Vergabekammer veranlasst gewesen wäre.

a) Nach § **163** Abs. 2 Satz 1 und 3 GWB prüft die Vergabekammer den Antrag darauf, ob er offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist und übermittelt, sofern der Antrag nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, dem Auftraggeber eine Kopie des Antrags und fordert bei ihm die Akten an, die das Vergabeverfahren dokumentieren.

Im Rahmen von § **163** Abs. 2 GWB hat die Vergabekammer zunächst eine summarische Prüfung des Nachprüfungsantrages daraufhin vorzunehmen, ob dieser offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist. Kommt die Vergabekammer im Rahmen der summarischen Vorprüfung zu dem Ergebnis, dass der Nachprüfungsantrag entweder offensichtlich unzulässig oder offensichtlich unbegründet ist, übermittelt sie ihn nicht. Hintergrund ist, dass mit dem durch die Zustellung ausgelösten gesetzlichen Zuschlagsverbot des § **169** Abs. 1 GWB eine einschneidende Rechtsfolge für den öffentlichen Auftraggeber und für die Vergabe des Auftrags verbunden ist, die dann nicht gerechtfertigt ist, wenn der Antrag von vornherein erkennbar keine Aussicht auf Erfolg haben kann (vgl. Horn/Hofmann in: Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl. 2022, §

163, Rn. 19 f.).

b) Die Voraussetzungen für eine Zurückweisung der Zustellung des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vom 7. Juli 2023 nach § 163 Abs. 2 GWB wegen offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages liegen nicht vor.

Jedenfalls soweit die Antragstellerin eine nach § 60 Abs. 3 VgV gebotenen Ablehnung des Angebots der Beigeladenen als Ergebnis der nach § 60 Abs. 1, 2 VgV durchzuführenden Preisprüfung geltend macht, kann (jedenfalls derzeit) eine Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrages der Antragstellerin vom 7. Juli 2023 nicht angenommen werden.

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 drittsschützend (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.

Die Berechtigung des Auftraggebers, den Zuschlag auf derartige Angebote abzulehnen, trägt dem Anliegen des Vergabewettbewerbs Rechnung, die wirtschaftlichste Beschaffung zu realisieren. Unangemessen niedrige Angebotspreise bergen gesteigerte Risiken, die sich in vielfältiger Weise verwirklichen können. So kann der Auftragnehmer infolge der zu geringen Vergütung in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten und den Auftrag deshalb nicht vollständig ausführen. Der Schutz der öffentlichen Interessen setzt aber nicht erst bei derart gravierenden Gefährdungen ein. Öffentliche Interessen sind in schützenswerter Weise auch dadurch gefährdet, dass der betreffende Anbieter in Anbetracht des zu niedrigen Preises versuchen könnte, sich des Auftrags so unaufwändig wie möglich und insoweit auch nicht vertragsgerecht zu entledigen, durch möglichst viele Nachträge Kompensation zu erhalten oder die Ressourcen seines Unternehmens auf besser bezahlte Aufträge zu verlagern, sobald sich die Möglichkeit dazu bietet. Dies gilt ungeachtet der einem Bieter zukommenden Möglichkeit zu einem Preis zu bieten, der ihm lediglich einen Deckungsbeitrag zu seinen Fixkosten verspricht (Unterkostenangebot). Dass ein solches Angebot nicht von vornherein unzulässig ist, ändert nichts an den hiermit verbundenen Gefahren.

Dem Auftraggeber ist im Rahmen von § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV ein rechtlich gebundenes Ermessen eingeräumt. Die Verwendung des Verbs "dürfen" in § 60 Abs. 3 VgV ist nicht so zu verstehen, dass es im Belieben des Auftraggebers stünde, den Auftrag trotz weiterbestehender Ungereimtheiten doch an den betreffenden Bieter zu vergeben. Die Ablehnung des Zuschlags ist vielmehr grundsätzlich geboten, wenn der Auftraggeber verbleibende Ungewissheiten nicht zufriedenstellend aufklären kann. Bei der Beurteilung der Anforderungen an eine zufriedenstellende Aufklärung berücksichtigt der Auftraggeber Art und Umfang der im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftrags erledigung (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - X ZB 10/16, Rn. 29 ff.). Der Bieter hat hier einen Anspruch auf ordnungsgemäße Ermessenausübung (Pauka/Frischmuth in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 60 VgV, Rn. 9).

Ohne Ausübung eines Ermessens hat der Auftraggeber das Angebot nach § 60 Abs. 3 Satz 2 GWB abzulehnen, wenn er festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebots ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 60 Abs. 2 Satz 2 Nr. 4 VgV, mithin die Verpflichtungen nach § 128 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften, nicht eingehalten

werden. Hiermit korrespondiert ein Anspruch des durch das Unterkostenangebot benachteiligten Bieters.

Gemessen an diesen Anforderungen gilt hier:

aa) 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.

Auf die Aufforderung des Auftraggebers hin hat der Bieter Gelegenheit, den Nachweis der "Seriosität" seines Angebots zu erbringen. Damit geht die diesbezügliche Darlegungs- und Beweislast auf ihn über. Nur er kann über die innerbetrieblichen und geschäftlichen Verhältnisse Auskunft erteilen, was ihm zuzumuten ist, weil der Auftraggeber keine Kenntnisse von den internen Betriebsstrukturen hat. Der Bieter muss konkrete Gründe darlegen, die den Anschein widerlegen, dass sein Angebot nicht seriös ist. Dazu muss er seine Kalkulation und deren Grundlagen erläutern. Die Erläuterungen des Bieters müssen umfassend, in sich schlüssig und nachvollziehbar sowie ggf. durch geeignete Nachweise objektiv überprüfbar sein. Formelhafte, inhaltsleere bzw. abstrakte Erklärungen ohne Bezug zu den einzelnen Positionen, wie etwa allgemeine Hinweise auf innerbetriebliche Strukturen oder wirtschaftliche Parameter, reichen nicht aus, um die Seriosität des Angebots nachzuweisen (vgl. Lausen in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 60, Rn. 17 mwN).

bb) Ob die Antragsgegnerin die Preisbildung des Angebots der Beigeladenen entsprechend den durch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs konkretisierten Anforderungen des § 60 Abs. 2 VgV aufgeklärt hat, kann im derzeitigen Verfahrensstadium nicht nachvollzogen werden.

Der auch insoweit gebotene effektive Rechtsschutz für die Mitbewerber muss die Überprüfung einer nach § 60 Abs. 1, 2 VgV vorzunehmenden Preisprüfung durch Mitbieter, Vergabekammer und Vergabesenat ermöglichen. Die Ausführungen der Antragsgegnerin in dem Schreiben nach § 134 GWB vom 28. Juni 2023 hierzu "Im Beschluss "VK-SK 06/23" wurde von der Vergabekammer Schleswig-Holstein die Ausschreibung in den Stand vor § 60 VgV - bzw. Auskömmlichkeitsprüfung zurückversetzt. Die Auskömmlichkeitsprüfung wurde durchgeführt. Das Ergebnis ist, dass keine Zweifel an der Auskömmlichkeit des Angebots der #### bestehen und das Angebot auskömmlich ist, wie auch die im Wesentlichen gleichlautenden Angaben in der E-Mail der Antragsgegnerin vom 29. Juni 2023 sowie die allgemein gehaltenen Ausführungen der Antragsgegnerin in der Stellungnahme vom 3. Juli 2023 zu der Berechnung nach den Preisblättern für Los 1 und 2 der Ausschreibung ermöglichen es Mitbietern, Vergabekammer und Vergabesenat nicht, die Ordnungsgemäßheit der Nachprüfung des Angebots der Beigeladenen durch die Antragsgegnerin zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund kann von der Antragstellerin im Rahmen der Überprüfung der Zulässigkeit wie auch der Begründetheit eines auf das Vorliegen eines zur Ablehnung der Auftragserteilung führenden Unterpreisangebots gestützten Nachprüfungsantrages nicht verlangt werden, zu der durchgeführten Preisprüfung substantiiert vorzutragen.

Der Nachprüfungsantrag darf in einem solchen Fall nicht nach § 163 Abs. 2 GWB als offensichtlich unzulässig verworfen oder offensichtlich unbegründet zurückgewiesen werden. Zu einem substantiierten Vorbringen zu Inhalt und Ausmaß einer im Verhältnis zwischen der Vergabestelle und der Zuschlagsprätendentin - und damit außerhalb der Sphäre und Erkenntnismöglichkeiten der Antragstellerin - vorgenommenen Preisprüfung ist die Antragstellerin auf der Grundlage der Mitteilungen der Vergabestelle naturgemäß nicht in der Lage, sondern darauf angewiesen, im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens aus dem insoweit gebotenen Vortrag der Antragsgegnerin und dem mit dem Nachprüfungsantrag (Antrag zu 4) nach § 165 Abs. 1 GWB gestellten Antrag auf

Akteneinsicht Kenntnis von Inhalt und Umfang der Preisprüfung durch die Antragsgegnerin zu erhalten. Bei einem anderen Verständnis liefe der Rechtsschutz für den die Nachprüfung begehrenden Bieter vollständig leer.

C.

Zum weiteren Verfahren vor der Vergabekammer

1) Für das weitere Verfahren vor der Vergabekammer weist der Senat darauf hin, dass - wie von der Antragsgegnerin in dem Schriftsatz vom 14. Juli 2023 angesprochen - im Rahmen der Nachprüfung Geschäftsgeheimnisinteressen der Beigeladenen berührt sein dürften. Wird - wie hier - ein Nachprüfungsantrag mit dem Ziel der Überprüfung eines der Antragstellerin ungewöhnlich niedrig erscheinenden Angebotspreises gestellt, gehören die mit diesem Angebot eingereichten und von dem Auftraggeber zur Aufklärung des niedrigen Preises nachgeforderten Unterlagen zu den der Vergabekammer und ggf. dem Vergabesenat vollumfänglich vorzulegenden Vergabeakten. Darin können Informationen enthalten sein, die der von der Preisprüfung betroffene Bieter als seine Geschäftsgeheimnisse ansieht.

Über den Akteneinsichtsanspruch der Antragstellerin auch in solche Unterlagen ist von der Vergabekammer nach Maßgabe von § 165 Abs. 2 GWB zunächst in einem Zwischenverfahren, regelmäßig in einem sogenannten In-camera-Verfahren über deren Offenlegung oder Geheimhaltung zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - **X ZB 10/16**, Rn. 43 ff.).

Das von der Antragstellerin in dem Nachprüfungsantrag geltend gemachte Recht auf Akteneinsicht besteht in dem Umfang, in dem es zur effektiven Durchsetzung subjektiver Rechte der Antragstellerin erforderlich ist, was nur bezüglich entscheidungsrelevanter Aktenbestandteile gilt. Akteneinsicht ist nach § 165 Abs. 2 GWB zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisses oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, geboten ist. Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der eine Kenntnis der Akten 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. Auch wenn bestimmte Informationen Geschäftsgeheimnisse sind, folgt daraus nicht, dass sie unter allen Umständen von der Akteneinsicht ausgeschlossen wären, was bereits aus der entsprechenden Anwendung von § 70 Abs. 2 Satz 4 GWB folgt. Ein Geheimhaltungsvorrang muss sich hiernach als Ergebnis einer Abwägung mit den entgegenstehenden Offenlegungsinteressen ergeben. Bei dieser Abwägung sind zugunsten des Inhabers unternehmensbezogener Geheimnisse die mit einiger Wahrscheinlichkeit zu erwartenden Nachteile zu berücksichtigen, die er im zukünftigen Wettbewerb durch die Offenlegung der fraglichen Informationen erleiden könnte. Er hat deshalb in einem Streit um die Akteneinsicht plausibel - wenn auch ohne inhaltliche Preisgabe seiner Geheimnisse - aufzuzeigen, inwieweit die Kenntnis des Gegners von den fraglichen Informationen seine Stellung im zukünftigen Wettbewerb außerhalb des konkreten Nachprüfungsverfahrens beeinträchtigen könnte. Zugunsten des Akteneinsicht begehrenden Beteiligten ist zu berücksichtigen, dass es ihm regelmäßig erst die Kenntnis dieser Informationen ermöglicht, durch detailliertes und von der eigenen Sachkunde getragenes Vorbringen zu der Preisbildung beim ungewöhnlich günstigen Angebot vorzutragen (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017 - **X ZB 10/16**, Rn. 48 ff.).

Auch wenn und soweit das Geheimhaltungsinteresse überwiegen sollte, hat die Vergabekammer zu prüfen, ob und inwieweit die übrigen Verfahrensbeteiligten über die von der Akteneinsicht auszunehmenden Inhalte ohne Preisgabe des Geheimnisses zumindest in allgemeiner oder anonymisierter Form unterrichtet werden können. Die Vergabekammer darf bei der

Sachentscheidung im Übrigen entsprechend § 76 Abs. 1 Satz 3 GWB (vormals § 71 Abs. 1 Satz 3 GWB) auch Umstände berücksichtigen, deren Offenlegung sie mit Rücksicht auf ein Geheimhaltungsinteresse abgelehnt hat, das nach Abwägung aller Umstände das Interesse der Beteiligten auf rechtliches Gehör auch unter Beachtung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz überwiegt. (vgl. BGH, aaO, Rn. 55 ff.).

2) Für das weitere Verfahren vor der Vergabekammer weist der Senat ferner darauf hin, dass die Antragstellerin wegen der Bestandskraft des Vergabekammerbeschlusses vom 23. Mai 2023 mit Rügen im Ergebnis ausgeschlossen sein dürfte, die dort entscheidungstragend abschlägig beschieden worden sind (vgl. hierzu allg.: OLG Celle, Beschluss vom 17. Juni 2021 - 13 Verg/21 = **NZBau 2022, 189**, Rn. 24 f., 27 ff.; VK Niedersachsen, Beschluss vom 1. Oktober 2019 - **VgK-35/2019**; VK Münster, Beschluss vom 13. März 2012 - **VK 2/12, BeckRS 2012, 20905**; Fett in: Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, § 168 Rn. 81).

D.

Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren ergibt sich aus den §§ 172 Abs. 2, 71 Satz 1 GWB. Das Gericht kann nach § 71 Satz 1 GWB anordnen, dass die Kosten, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, von einem Beteiligten ganz oder teilweise zu erstatten sind, wenn dies der Billigkeit entspricht.

Es entspricht der Billigkeit, der Antragsgegnerin die Gerichtskosten des Verfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen, nachdem die Antragstellerin in dem Verfahren der sofortigen Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nicht an die Antragsgegnerin zu übermitteln, obsiegt hat.

E.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren war nach § 50 Abs. 2 GKG auf bis zu Euro 320.000,00 festzusetzen. Nach § 50 Abs. 2 GKG beträgt der Streitwert im Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer fünf Prozent der Bruttoauftragssumme. Für die Ermittlung der Bruttoauftragssumme ist die von der Antragstellerin zum Gegenstand ihres Angebotes gemachte Bruttovergütung für die dreijährige Vertragslaufzeit vollständig und für die optional möglichen zwei weiteren Vertragsjahre hälftig anzusetzen. Unter Anwendung der fünf- Prozent-Regelung des § 50 Abs. 2 GKG führt dies zu der Festsetzung eines Streitwertes für das Verfahren der sofortigen Beschwerde auf bis zu Euro 320.000,00.