


Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 28.06.2023
Aktenzeichen: Verg 44/22
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2023:0628.VERG44.22.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 
Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2023 - Verg 44/22 -, juris

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 28. September 2022 (VK 1 - 79/22) wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zu tragen.
3. Der Wert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis 1.000.000,00 Euro festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung vom 13. April 2022 im offenen Verfahren den Festmacherdienst auf der Großen Schleuse in L. und an der Großen sowie der Kleinen Schleuse in C. für den Zeitraum vom 9. Januar 2023 bis zum 10. Januar 2028 EU-weit aus (Referenznummer der Bekanntmachung: ...). Gefordert waren das sichere und verzögerungsfreie Festmachen und Lösen aller Wasserfahrzeuge (ausgenommen kleine Sportboote) sowie die Herstellung und das Lösen von sicheren Landverbindungen im Schichtdienst 24/7 (Ziffer II.2.4 der Bekanntmachung). Der Auftrag war in zwei Lose unterteilt. Vorliegend streitgegenständlich ist Los 1, der Festmacherdienst auf der Großen Schleuse in L. . Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 18. Mai 2022 (Ziffer IV.2.2 der Bekanntmachung), Bindefristende war der 30. Juli 2022 (Ziffer IV.2.6 der Bekanntmachung).
- 2 Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung). In Ziffer III.1.3 der Bekanntmachung, Technische und berufliche Leistungsfähigkeit, war das Formblatt 133/333b-L "Eigenerklärung zur Eignung" direkt verlinkt. Danach waren neben Erklärungen zu den Ausschlussgründen nach §§ 123, 124 GWB nach Ziffer 3 gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 2 VgV Angaben zu den technischen Fachkräften zu machen. Nach Ziffer 6 war gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 3 VgV eine Betriebshaftpflichtversicherung nachzuweisen oder zu erklären, dass diese im Auftragsfall abgeschlossen wird. Nach Ziffer 7 hatte sich der Bieter gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV über den Gesamtumsatz und den Umsatz im ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeitsbereich in den letzten drei Geschäftsjahren zu erklären, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind. Nach Ziffer 8 hatte er Nachweise nach § 46 Abs. 3 Nr. 6 VgV über die Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für den Inhaber oder die Führungskräfte des Unternehmens zu erbringen.

- 3 Nach Ziffer 9 hatte sich der Bieter gemäß § 46 Absatz 3 Nr. 1 VgV über die in den letzten Jahren erbrachten Leistungen zu erklären, die der zu vergebenden Leistung vergleichbar sind, und zwar gemäß der in der Bekanntmachung geforderten Mindestanzahl an geeigneten Referenzen. Das Formular wies drei Felder für die Eintragung von Referenzen auf sowie eine Schaltfläche mit "weitere Referenz hinzufügen" auf. Diesbezüglich sah Ziffer 3.1 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots vor, dass Newcomer, bei denen keine Referenzen vorhanden sind, stattdessen eine formlose Darstellung der Leistungsfähigkeit einreichen.
- 4 Unter Ziffer 10 Formblatt 133/333b-L waren Erklärung nach § 46 Absatz 3 Nr. 8 VgV über das jährliche Mittel der Beschäftigten und der Anzahl der Führungskräfte und unter den Ziffern 11 und 12 Erklärung nach § 46 Absatz 3 Nr. 3 und Nr. 9 VgV über die technische Ausrüstung gefordert. Nach Ziffer 13 hatte sich der Bieter nach § 44 Absatz 1 VgV zur Eintragung in das Berufs-/Handelsregister zu erklären. Das Formblatt schloss mit dem Hinweis, dass die jeweils genannten Bestätigungen/Nachweise zu den Eigenerklärungen auf gesondertes Verlangen der Vergabestelle innerhalb der gesetzten Frist vorgelegt werden müssen und das Angebot ausgeschlossen werden kann, wenn die Unterlagen nicht vollständig innerhalb dieser Frist vorgelegt werden.
- 5 Die Leistungsbeschreibung sah in Ziffer 2 eine Durchführung mit gleichbleibender Qualität für die Schifffahrt auf den Schleusen durch Fachfirmen vor, wobei nach den Erfahrungswerten im Mittel zehn und maximal zwölf Festmacher für den Betrieb der großen Schleusen nötig seien. Dabei dürfen nach Ziffer 4 nur unterwiesene Personen oder Mitarbeiter mit Erfahrungen in Festmachertätigkeiten auf Schiffen oder in Häfen eingesetzt werden, da es sich um eine gefahrgeneigte Tätigkeit handele. Die geltenden Arbeitssicherheitsvorschriften seien zu beachten und selbständig einzuhalten, Gefährdungsbeurteilungen seien zu fertigen und die daraus resultierenden Schutzmaßnahmen und Unterweisungen der Mitarbeiter seien selbständig vorzunehmen. Es seien nur Festmacher einzusetzen, die über gute deutsche Sprachkenntnisse und Grundkenntnisse in der englischen Sprache verfügen. Nach Ziffer 12 waren vom Auftragnehmer Räumlichkeiten für seine Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen und durch einen Einrichtungsplan für die vom Auftraggeber bereitgestellten Unterkünfte und Sanitärgebäude nachzuweisen.
- 6 Die Antragstellerin, die Bestandsbieterin, und die Beigeladene gaben jeweils fristgerecht bis zum 18. Mai 2022 Angebote ab. Die Beigeladene firmierte bei der Angebotsabgabe als GmbH in Gründung, die notariell beglaubigte Gründungsurkunde hatte sie beigelegt. Die Eintragung ins Handelsregister ist am 19. Juli 2022 erfolgt. In ihrem Angebotschreiben berief sich die Beigeladene darauf, als Newcomerin nicht über Referenzen zu verfügen. Dem Angebot war stattdessen eine formlose Darstellung der Leistungsfähigkeit beigelegt, die Darlegungen zur bisherigen Tätigkeit des Konzernverbundes, zur Absicherung des erforderlichen Personaleinsatzes, zur Personalgewinnung sowie zu den auftragsbezogenen Angaben enthielt, wobei die Gewinnung des erforderlichen Festmacherpersonals auf verschiedenen Wegen, auch mit Personaldienstleistern erfolgen sollte. Ein Einrichtungsplan zu den Aufenthaltsräumen der Festmacher lag dem Angebot nicht bei. Preislich war das Angebot der Beigeladenen günstiger als das der Antragstellerin, wobei der Preisabstand im einstelligen Prozentbereich lag.
- 7 Die Antragsgegnerin führte mit der Beigeladenen am 8. Juni 2022 ein Gespräch zur Aufklärung des Angebotsinhalts und zur Erfüllung der Eignungsanforderungen als "Newcomer" in dem Fragen zum Konzept gestellt und beantwortet wurden. Hierüber fertigte sie

ein Protokoll für die Vergabeakte. Mit Schreiben vom 12. Juli 2022 teilte sie der Antragstellerin gemäß § 134 GWB mit, dass sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

- 8 Die Antragstellerin rügt die beabsichtigte Bezuschlagung am 18. Juli 2022 als vergaberechtswidrig, die Beigeladene könne die Eignungsanforderungen der Ausschreibung nicht erfüllen. Die Antragsgegnerin stellte der Beigeladene daraufhin mit Schreiben vom 22. Juli 2022 ergänzende Fragen zur Leistungsfähigkeit, insbesondere zur Personalgewinnung, und forderte die bislang fehlenden Einrichtungspläne zu den Aufenthaltsräumen der Festmacher nach. Beidem kam die Beigeladene mit Schreiben vom 27. Juli 2022 fristgerecht nach. Daraufhin wies die Antragsgegnerin die Rüge mit Schreiben vom 9. August 2022 zurück und informierte am 10. August 2022 die Antragstellerin erneut gemäß § 134 GWB über die beabsichtigte Erteilung des Zuschlags an die Beigeladene.
- 9 Die Antragstellerin beantragte darauf mit Anwaltsschreiben vom 16. August 2022 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Es sei nicht nachvollziehbar, wie ein noch in Gründung befindliches Unternehmen ohne Personal, ohne eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und ohne Bezug zur maritimen Wirtschaft einen so umfangreichen und bedeutenden Auftrag ordnungsgemäß abwickeln könne. Die Eignungsfeststellung sei vergaberechtswidrig erfolgt. Sie beruhe auf einer fehlerhaften Tatsachengrundlage und Nichtberücksichtigung der Eignungsvorgaben, indem die Antragsgegnerin offensichtlich ein Konzept der Beigeladenen zur Auftragsabwicklung akzeptiert habe, obwohl diese aufgrund Arbeitskräftemangels nicht über einsetzbares Festmacherpersonal und Knowhow verfüge. Es handele sich um eine gefahrgeneigte Tätigkeit, die nur durch qualifiziertes und erfahrenes Personal erbracht werden könne, welches unmittelbar an einer Schleuse ausgebildet worden sein müsse. Es sei ausgeschlossen, dass die Beigeladene zu Auftragsbeginn über die geforderte Mindestpersonalstärke verfüge. Für eine Eignungslleihe fehle es an entsprechenden Verpflichtungserklärungen, zudem sei die Eignung der Eignungslleiher zu prüfen. Die Konzeptergänzungen vom 8. Juni 2022 und die weitere Aufklärung stellten eine unzulässige nachträgliche Änderung des Angebotsinhalts dar. Auch bestünden Zweifel, ob das Formblatt Eigenerklärung zur Eignung vollständig sei, Newcomer seien nur von der Vorlage von Referenzen "befreit", nicht aber von verpflichtenden Angaben zum Personal, den Führungskräften, der Betriebshaftpflichtversicherung, zum Gesamt- und auftragsbezogenen Umsatz im Tätigkeitsbereich sowie zu Handelsregistereintragung. Jedenfalls aber habe die Beigeladene den geforderten Einrichtungsplan nicht vorgelegt, eine Nachforderung sei insoweit ausgeschlossen gewesen, da das gesonderte Verlangen bereits in der Angebotsaufforderung gelegen habe. Zudem habe die Antragsgegnerin die erforderliche Preisprüfung unterlassen.
- 10 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 11 1. das von der Beigeladenen in dem Vergabeverfahren abgegebene Angebot mangels Eignung von der Wertung auszuschließen;
- 12 2. den Zuschlag in dem Vergabeverfahren auf ihr Angebot zu erteilen,
- 13 3. hilfsweise - für den Fall des Nichtobsiegens mit dem Antrag zu 2. - die Wertung der zur Wertung zuzulassenden Angebote erneut unter Berücksichtigung des in der Auftragsbekanntmachung und in dem Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe angegebenen Zuschlagskriteriums sowie etwaiger weiterer Vorgaben der angerufenen Vergabekammer vorzunehmen und eine den Vergabebestimmungen und den Vergabeunterlagen so-

wie etwaiger weiterer Vorgaben der angerufenen Vergabekammer und damit letztlich vergaberechtsgemäße Zuschlagsentscheidung zu treffen;

- 14 4. ihr Akteneinsicht in die beizuziehende Vergabeakte der Vergabestelle zum Vergabeverfahren "Schleusendecksdienst an den Schleusen in L.(Festmachertätigkeit) vom 9. Januar 2023 bis 10. Januar 2028 (Langfristfreigabe), Los 1, Referenznummer der Bekanntmachung: ... einschließlich des Konzeptes der Beigeladenen sowie weitere der Vergabekammer zur Entscheidung vorzulegende Unterlagen - mit Ausnahme der unter den Geheimschutz fallenden Unterlagen sowie der berechtigt als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis kenntlich gemachten Unterlagen - nach § 165 GWB zu gewähren;
- 15 5. die Kosten der Hinzuziehung ihrer anwaltlichen Bevollmächtigten für notwendig zu erklären und der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen die Kosten des Vergabenaachprüfungsverfahrens aufzuerlegen;
- 16 6. hilfsweise - für den Fall des Nichtobsiegens mit dem Antrag zu 1. - von der Beigeladenen Aufklärung wegen unangemessen niedrigen Angebotspreises nach § 60 VgV zu verlangen und eine Überprüfung des unangemessen niedrigen Angebotspreises des Angebotes der Beigeladenen nach § 60 VgV unter Berücksichtigung etwaiger Vorgaben der angerufenen Vergabekammer durchzuführen;
- 17 7. die Wertung der zur Wertung zuzulassenden Angebote erneut unter Berücksichtigung der Aufklärung und Prüfung des Angebotspreises des Angebotes der Beigeladenen nach § 60 VgV sowie unter Berücksichtigung des in der Auftragsbekanntmachung und im Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe angegebenen Zuschlagskriteriums sowie etwaiger weiterer Vorgaben der angerufenen Vergabekammer vorzunehmen und eine den Vergabebestimmungen und den Vergabeunterlagen sowie etwaiger weiterer Vorgaben der angerufenen Vergabekammer und damit letztendlich vergaberechtsgemäße Zuschlagsentscheidung zu treffen;
- 18 8. rechtzeitig vor Ablauf der einmal verlängerten Bindefrist, die am 25. September 2022 abläuft, die Bieter, deren Angebote in der Wertung verbleiben müssen, zur Verlängerung der Bindefrist nochmals aufzufordern.
- 19 Die Antragsgegnerin und die mit Beiladungsbeschluss vom 19. August 2022 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene haben beantragt,
- 20 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 21 2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.
- 22 Die Beigeladene hat zudem beantragt,
- 23 3. den Antrag auf Akteneinsicht zurückzuweisen;
- 24 4. festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer Bevollmächtigten notwendig war.
- 25 Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, die Beigeladene habe ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht und sei entsprechend der bekannt gemachten Eignungs- und Leistungsanforderungen geeignet und leistungsfähig. Sie habe keine Mindestanforderungen an die Eignung gestellt. Die Eignungsanforderungen seien abschließend in der Eigenerklärung zur Eignung niedergelegt und für die Beigeladene als Newcomerin ohne Referenzen habe es genügt, eine formlose Darstellung der Leistungsfähigkeit in Form eines Kon-

zepts mit dem Angebot einzureichen. Dieses habe die Beigeladene zum Zwecke der weiteren Aufklärung zusätzlich erläutert. Dabei stütze sich die Beigeladene überzeugend auf mehrere Säulen der Fremdrekrutierung und der Eigenausbildung. Nach eingehender Prüfung bestünden keine Bedenken, dass die Beigeladene ihre Leistung in Anbetracht einer Vorlaufzeit von mehreren Monaten ordnungsgemäß mit ausreichend geeigneten und unterwiesenen Personal erbringen werde. Eine besondere Qualifikation sei nicht erforderlich, entsprechende Schulungen würden von diversen Bildungsträgern wie N. in I. oder der T. angeboten. Der geforderte Einrichtungsplan habe nachgefordert werden dürfen. Bei dem Termin am 8. Juni 2022 handele es sich um ein zulässiges Aufklärungsgespräch, Nachverhandlungen hätten nicht stattgefunden.

- 26 Die Beigeladene hat ergänzend vorgetragen, die Eignungsanforderungen seien bewusst herabgesetzt worden, um Newcomern die Möglichkeit zur Angebotsabgabe zu geben. Die zur Ausübung der Festmachertätigkeit erforderlichen Kenntnisse könnten in einem zweitägigen Lehrgang erlernt werden. Ihr Konzept sei zulässigerweise in einem mündlichen Aufklärungsgespräch am 8. Juni 2022 und nachfolgend per Schreiben vom 22. Juli 2022 aufgeklärt worden. Eine Eintragung ins Handelsregister und ins Berufsregister sei nicht gefordert gewesen, verlangt worden sei nur eine wahrheitsgemäße Erklärung diesbezüglich. Die Angebotsabgabe durch eine Vor-GmbH begegne keinen vergaberechtlichen Bedenken.
- 27 Die Vergabekammer hat der Antragstellerin und der Beigeladenen Einsicht in die teilgeschwärzte Vergabeakte gewährt. Mit Beschluss vom 28. September 2022 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Weder dem Formblatt 133/333 "Eigenerklärung zur Eignung" noch der Angebotsaufforderung sei die Forderung einer Mindestanzahl an Referenzen oder ein bereits eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb mit Umsätzen und Mitarbeitern zu entnehmen. So werde unter Ziffer 9 der Eigenerklärung lediglich auf eine in der Bekanntmachung geforderte Mindestanzahl an geeigneten Referenzen verwiesen, die Bekanntmachung selbst enthalte hierzu jedoch keine Angabe. Die Betriebshaftpflichtversicherung müsse erst "im Auftragsfall" nachgewiesen werden, Umsatzabgaben seien ausdrücklich nur gefordert, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind. Der Einrichtungsplan habe gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 VgV nachgefordert werden dürfen, in der Angebotsaufforderung vom 12. April 2022 könne ein solches gesondertes Verlangen schon deswegen nicht gesehen werden, weil dies Bestandteil derselben Vergabeunterlagen gewesen sei. Die Rechts- und Geschäftsfähigkeit einer Vor GmbH in der Gründungsphase seit anerkannt, die Berücksichtigung eines Bieters, der das Angebot unter einer neu gegründeten Firma abgebe, sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Beigeladene habe die bekannt gemachten Eignungsanforderungen folglich formell erfüllt. Eine Rüge vergaberechtswidriger mangelnder Festlegung von Mindesteignungsanforderungen sei gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert. Die Antragsgegnerin habe ausweislich der Vergabeakte die vorgelegte Eigenerklärung und das Konzept zur Leistungsfähigkeit geprüft und in zulässiger Weise gemäß § 15 Abs. 5 Satz 1 VgV aufgeklärt. Auf dieser Grundlage habe die Antragsgegnerin die Prognoseentscheidung getroffen, die Beigeladene sei in der Lage, den Vertrag ordnungsgemäß durchzuführen. Diese Prognoseentscheidung, die Eignung der Beigeladenen als Newcomerin zu bejahen, bewegt sich im Rahmen des Beurteilungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers. Seine Eignungsprognose dürfe und solle der öffentliche Auftraggeber in der Regel auf Eigenerklärungen stützen. Die Beigeladene habe als Newcomerin ein ausführliches Konzept zur Leistungsfähigkeit vorgelegt und dargestellt auf welche Weise sie das zur Auftragsausführung benötigte Personal zu rekrutiere-

ren und einzuweisen beabsichtigt, wozu auch der Einsatz von Personaldienstleistern gehöre. Für die Tätigkeit sei der Einsatz ungelernter Arbeitskräfte zugelassen und es gibt keinerlei Mindestanforderungen an eine vorherige Berufsausbildung des eingesetzten Festmacherpersonals. Eine Preisprüfung sei aufgrund des Preisabstandes der Angebote deutlich unter der Aufgreifschwelle von 20 Prozent nicht geboten.

- 28 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Die Vergabekammer habe ihr Grundrecht auf rechtliches Gehör verletzt, weil sie im Rahmen der Prüfung der materiellen Eignungsfeststellung der Beigeladenen Informationen aus der Vergabeakte verwertet habe, zu der sie aufgrund der Schwärzungen in der ihr zur Verfügung gestellten Vergabeakte und den Schriftsätzen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen nicht habe Stellung nehmen können. Ein In-Camera-Verfahren scheidet aus, jedenfalls aber für die Berücksichtigung geschwärzten Vorbringens aus Schriftsätzen sei kein Raum. Das Grundrecht auf rechtliches Gehör sei ein prozessuales Unrecht. Eine weitere Verletzung rechtlichen Gehörs liege in der Nichtberücksichtigung ihres Vortrags zum Fehlen der nach § 47 VgV erforderlichen Verpflichtungserklärung und Eignungsprüfung des Personaldienstleiters, auf den die Beigeladene bei Stellung des erforderlichen Personals zurückgreifen wolle, und des in der Branche herrschenden Arbeitskräftemangels, der eine Gewinnung des erforderlichen Personals bis zum Auftragsbeginn unmöglich mache. Aus der Gesamtheit der Vergabeunterlagen wie Angebotsauforderungsschreiben, Leistungsbeschreibung, insbesondere deren Ziffer 2, und Bieterangabenverzeichnis ergäben Anforderungen an den Umfang des für eine ordnungsgemäße Erfüllung erforderlichen Festmacherpersonals, weshalb ein Rückgriff auf Personaldienstleister eine Eignungsleihe darstelle. Bezüglich des von der Beigeladenen zu rekrutierenden Personals sei zwar richtig, dass ein Bieter das benötigte Personal nicht schon vorhalten müsse, es bedürfe jedoch eines belastbaren Konzepts zur Personalgewinnung, welches das Vorhandensein potentieller Mitarbeiter auf dem Arbeitsmarkt umfassen müsse. Dass die Beigeladene zur Rekrutierung ausreichenden Personals nicht in der Lage sei, zeige im Übrigen nunmehr auch der Umstand, dass sie nicht einen Interimsauftrag für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erhalten, sondern sie - die Antragstellerin - mit der weiteren Ausführung betraut worden sei. Eine Verschiebung des Vertragsbeginns durch erwartbare Verfahrensverzögerungen könne den Bieter nicht entlasten. Vielmehr müsse der öffentliche Auftraggeber derartige Verzögerungen bei seiner Prognoseentscheidung berücksichtigen. Es habe nicht einfach von einem 5-monatigen Verlauf ausgegangen werden können. Zudem erfülle die Beigeladene auch die Eignungsanforderung mit Blick auf die Umsatzangaben nicht, aus dem Verweis aus § 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV folge für Newcomer die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Eignungsleihe. Zudem sei die Forderung nach der Angabe der im jährlichen Mittel Beschäftigten im Sinne einer Mindestanforderung unter Berücksichtigung der Leistungsbeschreibung zu verstehen gewesen. Desweiteren sei das Angebot der Beigeladenen wegen nachträglicher Änderungen auszuschließen, das Gespräch vom 8. Juni 2022 und die Antworten auf die Schreiben vom 22. und 27. Juli 2022 hätten nicht nur der Erläuterung, sondern auch der Ergänzung des Konzepts gedient. Zudem halte sie ihre übrigen Rügen wie die unterlassene Angebotspreisprüfung, die sachwidrigen Erwägungen zur Eignungsfeststellung und die Unzulässigkeit der Nachforderung der Einrichtungspläne aufrecht.
- 29 Die Antragstellerin beantragt,
- 30 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 28. September 2022 zum Aktenzeichen VK 1-79/22 aufzuheben und

- 31 a) der Vergabestelle aufzugeben,
- 32 aa) das von der Beigeladenen in dem Vergabeverfahren abgegebene Angebot (mangels Eignung der Beigeladenen und/oder wegen unzulässigen Nachverhandelns) von der Wertung auszuschließen;
- 33 bb) den Zuschlag in dem Vergabeverfahren auf ihr Angebot zu erteilen,
- 34 cc) hilfsweise - für den Fall des Nichtobsiegens mit dem Antrag zu 1.a)bb). - die Wertung der zur Wertung zuzulassenden Angebote erneut unter Berücksichtigung des in der Auftragsbekanntmachung und in dem Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe angegebenen Zuschlagskriteriums sowie etwaiger weiterer Vorgaben des angerufenen Vergabesenats vorzunehmen und eine den Vergabebestimmungen und den Vergabeunterlagen sowie etwaiger weiterer Vorgaben der angerufenen Vergabekammer und damit letztlich vergaberechtsgemäße Zuschlagsentscheidung zu treffen;
- 35 b) die Kosten der Hinzuziehung ihrer anwaltlichen Bevollmächtigten vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären;
- 36 c) der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer aufzuerlegen;
- 37 2. ihr Akteneinsicht in die beizuziehende Vergabeakte der Vergabestelle zum Vergabeverfahren "Schleusendecksdienst an den Schleusen in L.(Festmachertätigkeit) vom 9. Januar 2023 bis 10. Januar 2028 (Langfristfreigabe), Los 1, Referenznummer der Bekanntmachung: ... einschließlich des Konzeptes der Beigeladenen und in die beizuziehende Verfahrensakte der 1. Vergabekammer des Bundes zum Aktenzeichen VK 1-79/22 - mit Ausnahme der unter den Geheimschutz fallenden Unterlagen sowie der berechtigt als Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis kenntlich gemachten Unterlagen - nach § 165 GWB-zu gewähren;
- 38 3. der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.
- 39 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,
- 40 1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen;
- 41 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.
- 42 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Die Berücksichtigung aus Gründen des Schutzes von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geschwärtzten Informationen der Vergabeakte durch die Nachprüfungsinstanzen sei das Ergebnis der Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen und stehe im Einklang mit der höchstrichterlichen Rechtsprechung. Soweit es Schwärzungen in den Schriftsätzen gebe, handele es sich um Wiedergaben entsprechender Auszüge aus der Vergabeakte. Ihre Eignungsfeststellung halte sich im Rahmen ihres Prognose- und Beurteilungsspielraums. Maßgeblich sei das Formblatt 133/333b-L/F V2.0 "Eigenerklärung zur Eignung". Danach seien Erklärungen zum Umsatz gerade nicht zwingend verlangt, sondern nur, soweit verfügbar. Referenzen seien nicht wirksam gefordert, da in der Bekanntmachung eine Mindestzahl gerade nicht genannt werde. Im Übrigen hätten Newcomer diese nach der Angebotsaufforderung durch eine formlose Darstellung ihrer Leistungsfähigkeit

ersetzen dürfen. In Ermangelung von Mindestanforderungen stelle sich die Frage nach der Verpflichtungserklärung eines Dritten im Rahmen der Eignungsleihe nicht. Es komme folglich allein darauf an, ob die Erklärungen des Bieters den Schluss auf eine hinreichende Leistungsfähigkeit zuließen. Daran habe sie nach eingehender Prüfung und Erläuterung des Konzepts bei der Beigeladenen keinen Zweifel. Diese habe konkret, plausibel und glaubhaft erläutert, mittels welcher Möglichkeiten ihr zu Vertragsbeginn ausreichend Personal zur Verfügung stehen werde. Eine nachträgliche Änderung des Angebots sei nicht erfolgt, dieses sei lediglich erläutert worden. Der fehlende Einrichtungsplan habe nachgefordert werden dürfen. Die Betriebshaftpflicht müsse erst vor Vertragsbeginn nachgewiesen werden.

43 Die Beigeladene trägt ergänzend vor, Maßstab der Eignungsprüfung seien allein die in der Auftragsbekanntmachung aufgeführten oder direkt verlinkten Eignungskriterien. Im Formblatt "Eigenerklärung zur Eignung" seien aber zu Umsatz, Ausstattung und Beschäftigten bloße Erklärungen verlangt, aber keine Mindestanforderungen formuliert worden. Von daher bedürfe es auch einer Eignungsleihe nicht. Es habe nur eines Konzepts bedurft, in dem sie die Leistungserbringung dargelegt habe. Besondere Probleme im Bereich Personalgewinnung gebe es nicht, die Anforderungen an die Qualifikation seien sehr überschaubar. Dies zumal eine mehrmonatige Vorlaufzeit vorgesehen gewesen sei, Bindefristende sei der 30. Juli 2022 gewesen. Verzögerungen, aufgrund derer die ausgeschriebenen Fristen und Termine nicht mehr eingehalten werden könnten, sei durch Anpassungen Rechnung zu tragen. Diese dürften nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich nicht zu Lasten des erfolgreichen Bieters gehen.

44 Mit nachterminlichen Schriftsätzen vom 19. Mai und vom 1. Juni 2023 hat die Antragstellerin ihre Auffassung zum Vorliegen einer Eignungsleihe in Bezug auf die Gestellung von Personal durch die Personaldienstleister und zum Fehlen ausreichender Personalkapazitäten bekräftigt.

II.

45 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, in der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg.

46 1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingereicht. Die erforderliche Beschwer der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 Satz 2 GWB gegeben, weil sie am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt war und die Vergabekammer ihren Nachprüfungsantrag bezüglich des beschwerdegegenständlichen Teils zurückgewiesen hat.

47 2. Die sofortige Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin in verfahrenskonformer Weise zu Recht zurückgewiesen; eine Verletzung rechtlichen Gehörs der Antragstellerin ist nicht gegeben. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, ist vergaberechtskonform und verletzt die Antragstellerin nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB.

48 a) Das Angebot der Beigeladenen ist nicht wegen fehlender Unterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen. Weder fehlte der geforderte Einrichtungsplan, noch ein Nachweis zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit oder die Verpflichtungserklärung eines Eignungsleihgebers.

- 49 aa) Zwar hat die Beigeladene den gemäß Ziff. 12 der Leistungsbeschreibung geforderten Einrichtungsplan für die von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Räume für die Festmacher mit ihrem Angebot nicht vorgelegt, sondern erst am 27. Juli 2022 auf gesonderte Nachforderung mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 22. Juli 2022. Jedoch war die Antragsgegnerin zur Nachforderung berechtigt, zumal sie die Möglichkeit einer Nachforderung nicht nach § 56 Abs. 2 S. 2 VgV ausgeschlossen hat. Nach § 56 Abs. 2 VgV kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter unter Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung auffordern, fehlende, unvollständige oder fehlerhafte unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen. Der Begriff der Unterlagen, der den zuvor verwendeten Begriff der Erklärungen und Nachweise entspricht (Steck in Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 56 Rn. 8), ist - gleichviel, ob er auftragsbezogene oder unternehmensbezogene Angaben, Willenserklärungen oder Wissensmitteilungen betrifft - nach dem Zweck der Norm denkbar weit zu verstehen (Senatsbeschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 35/15, BeckRS 2015, 18388 Rn. 18). Zu diesen Unterlagen gehört auch der Einrichtungsplan, dessen Nachforderung nicht nach § 56 Abs. 3 VgV ausgeschlossen war. Der Einrichtungsplan ist keine leistungsbezogene Unterlage, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung des Angebots anhand der Zuschlagskriterien betrifft. Einziges Zuschlagskriterium ist vorliegend der Preis.
- 50 bb) Das Angebot der Beigeladenen ist nicht deshalb auszuschließen, weil sie zum Nachweis ihrer finanziellen Leistungsfähigkeit keine Angaben unter Ziff. 7.1. und 7.2 der "Eigenerklärung zur Eignung" gemacht hat.
- 51 Die Beigeladene war als Newcomerin von Angaben zum Gesamtumsatz und zum Umsatz im ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeitsbereich in der "Eigenerklärung zur Eignung" befreit. Nach Ziffer 7.1 des in Auftragsbekanntmachung verlinkten Formblatts 133/333 "Eigenerklärung zur Eignung" hatte sich der Bieter gemäß § 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV über den Gesamtumsatz und nach Ziffer 7.2 über den Umsatz im ausschreibungsgegenständlichen Tätigkeitsbereich in den letzten drei Geschäftsjahren zu erklären, sofern entsprechende Angaben verfügbar sind. Die Antragsgegnerin hatte folglich zum einen von der in § 45 Abs. 1 Nr. 1 VgV vorgesehenen Möglichkeit, einen bestimmten Jahresmindestumsatz zu fordern in Ermangelung einer betragsmäßigen Vorgabe keinen Gebrauch gemacht. § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VgV gestattet dem öffentlichen Auftraggeber ausweislich der Verwendung des Verbs "kann" lediglich die Festlegung eines bestimmten Mindestjahresumsatzes. Hiervon muss er jedoch durch die Festlegung eines bestimmten Betrags Gebrauch machen. Zum anderen hat die Antragsgegnerin selbst die bloße Angabe des Jahresumsatzes der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre unter den Vorbehalt gestellt, dass entsprechende Angaben verfügbar sind. Von neu gegründeten oder in Gründung befindlichen Unternehmen wie der Beigeladenen, die naturgemäß noch nicht auf abgeschlossene Geschäftsjahre zurückblicken können, waren folglich überhaupt keine Umsatzangaben gefordert.
- 52 cc) Dem Angebot der Beigeladenen fehlte nicht deshalb eine Unterlage, weil sie zum Nachweis ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit keine Verpflichtungserklärung eines Eignungsleihgebers vorgelegt hat.
- 53 Die Beigeladene hat sich weder ausdrücklich noch konkludent zur Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags auf die Eignung eines Dritten im Sinne von § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV berufen. Sie hat in ihrem zum Nachweis ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit nach Ziff. 9 - 12 der "Eigenerklärung zur Eignung" vorgelegten Konzept

ausgeführt, dass sie das für die Festmacherdienste erforderliche Personal unter anderem auch durch die Inanspruchnahme von Personaldienstleistungsunternehmen zu rekrutieren beabsichtigt. Darin liegt jedoch kein Fall der Eignungsleihe im Sinne von § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV.

- 54 Nach § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV kann ein Bieter auch im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden. Allerdings ist Voraussetzung hierfür, dass die von einem Dritten zur Verfügung gestellten Kapazitäten die Eignung des Bieters zur Durchführung des Auftrags begründen oder sichern, was bei einer Fachpersonalausleihe der Fall ist (Senatsbeschluss vom 30. Juni 2010, VII-Verg 13/10, NZBau 2011, 54, 55). Stellt der Personaldienstleister dem Bieter hingegen nur ungelerntes Personal zur Verfügung, dass gegebenenfalls im Rahmen der Personalausleihe vom Bieter selbst oder in dessen Auftrag von einer Schulungseinrichtung angelernt werden soll, handelt es sich lediglich um die Beschaffung der zur Auftragsdurchführung notwendigen Mittel, anhand derer der Bieter seine eigene berufliche Leistungsfähigkeit herstellt (vgl. auch Schaller, Nachunternehmer bei EU-weiten Vergabeverfahren - Qualifizierte und einfache Unterauftragnehmer nach der Vergabeverordnung, ZfBR 2021, 244, 245).
- 55 Letzteres ist hier der Fall. Nach ihrem Konzept möchte die Beigeladene die benannten Personaldienstleister als Mittel der Personalgewinnung in Anspruch nehmen, um ungelernstes Personal zu erhalten, dem die für den Festmacherdienst notwendigen Kenntnisse erst über Lehrgänge eines Lehrgangsveranstalters vermittelt werden sollen. Es geht ihr nicht darum bestimmtes Fachpersonal zu rekrutieren, zumal die Anforderungen an die Qualifikation gering sind, wie sich aus der Leistungsbeschreibung und dem Vortrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen ergibt. Dass es sich bei Festmacherdiensten um gefahrgeneigte Arbeit handelt, ändert daran nichts.
- 56 b) Die Entscheidung der Antragsgegnerin, das Angebot der Beigeladenen nicht gemäß § 57 Abs. 1 VgV wegen fehlender Eignung auszuschließen, verletzt die Antragstellerin nicht in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren aus § 97 Abs. 6 GWB. Die Bejahung der Eignung der Beigeladenen ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 57 aa) Die Beigeladene ist nicht deshalb mangels Eignung auszuschließen, weil sie eine an die Eignung gestellte Mindestanforderung nicht erfüllt hat.
- 58 Gemäß § 122 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge an geeignete Unternehmer zu vergeben. Welche Anforderungen an die Eignung gestellt werden, bestimmt der Auftraggeber durch entsprechende Vorgaben in der Ausschreibung. Dort legt er auch die Nachweise fest, anhand derer er die Prüfung vornehmen will (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Oktober 2020, 11 Verg 9/20, ZfBr 2021, 91, 94). Dabei sind Eignungskriterien sämtlich gemäß § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbestätigung aufzuführen (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZBau 2019, 64 Rn. 30), wobei ein Link auf das Formblatt Eigenerklärung zur Eignung, aus dem sich die Eignungsanforderungen ergeben, ausreichend ist, wenn das am Auftrag interessierte Unternehmen durch bloßes Anklicken zu dem Formblatt gelangen kann (Senatsbeschluss vom 11. Juli 2018, VII-Verg 24/18, NZ-

Bau 2019, 64 Rnrn 35, 36). Andere Eignungsanforderungen sind nicht wirksam aufgestellt (Senatsbeschluss vom 14. Oktober 2020, VII-Verg 36/19, ZfBR 2021, 84, 88).

- 59 Vorliegend waren weder der Bekanntmachung noch dem in ihr verlinkten Formblatt 133/333 "Eigenerklärung zur Eignung" Mindestanforderungen an den Personalbestand des Bieters zu entnehmen. Das Formblatt verlangte unter Ziffer 10 lediglich eine Erklärung nach § 46 Absatz 3 Nr. 8 VgV über das jährliche Mittel der Beschäftigten und der Anzahl der Führungskräfte. Der Wortlaut ermöglichte zur Beantwortung der begehrten Auskunft auch die Eintragung "0" durch den Bieter, weil weder die Bekanntmachung noch das Formblatt 333-L einen Hinweis darauf enthielten, dass bei einer Eintragung mit "0", das Angebot aus der Wertung genommen wird (vgl. Senatsbeschluss vom 5. November 2014, VII-Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625 unter II.1.b.cc.). Einer Betrachtung der Gesamtheit der Vergabeunterlagen einschließlich des Angebotsaufforderungsschreibens, der Leistungsbeschreibung und des Bieterangabenverzeichnisses steht - wie vorstehend ausgeführt - § 122 Abs. 4 Satz 2 GWB entgegen, wonach die Eignungsanforderungen in der Auftragsbekanntmachung anzugeben sind.
- 60 bb) Die Einschätzung der Antragsgegnerin, dass die Beigeladene das für die Auftragsdurchführung erforderliche Personal bis zum Vertragsbeginn zur Verfügung stehen wird, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 61 (1) Hat der öffentliche Auftraggeber - so wie hier - von der Möglichkeit, konkrete Anforderungen an Anzahl, Qualifikation und Verfügbarkeit der benötigten Arbeitskräfte zu stellen, keinen Gebrauch gemacht, kann die Leistungsfähigkeit des Bieters nur dann verneint werden, wenn Art und Umfang der angebotenen Leistungen sowie der vorgesehene Ausführungszeitraum objektiv zumindest ernsthafte Zweifel daran wecken, ob der Bieter mit dem ihm zur Verfügung stehenden Personal den Auftrag ordnungsgemäß und fristgerecht ausführen wird (BGH, Beschluss vom 6. Oktober 2020, XIII ZR 21/19, NZBau 2021, 57 Rn. 23 - Ortenau Klinikum).
- 62 Bei der Beurteilung der Eignung eines Bieters handelt es sich um eine Prognoseentscheidung, ob vom künftigen Auftragnehmer die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erwartet werden kann. Dem öffentlichen Auftraggeber steht ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur daraufhin überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten worden ist, ob der Auftraggeber die von ihm selbst aufgestellten Bewertungsvorgaben beachtet hat, der zugrunde gelegte Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt worden ist, keine sachwidrigen Erwägungen angestellt worden sind und nicht gegen allgemeine Bewertungsgrundsätze verstoßen worden ist (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 32). Die Eignung des Bieters, insbesondere der Umstand, dass er zu den ausgeschriebenen Leistungen in der Lage ist, muss im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung geklärt sein und in diesem Zeitpunkt bejaht werden können (Senatsbeschlüsse vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 39, vom 5. November 2014, VII-Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625 unter II.2.b), und vom 4. Februar 2013, VII-Verg 52/12, BeckRS 2013, 21179). Der Auftraggeber darf keinen Auftrag an einen Bieter vergeben, der nicht aufgrund gesicherter Erkenntnisse fachkundig und/oder leistungsfähig ist (Senatsbeschluss vom 5. November 2014, VII-Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625 unter II.2.b).
- 63 Hierbei ist nicht erforderlich, dass dem Bieter die zur Leistungserbringung erforderlichen Mittel bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe oder bei Zuschlagserteilung zur Verfü-

gung stehen. Der Auftragnehmer muss, sofern sich der öffentliche Auftraggeber nicht in der Bekanntmachung einen anderen Zeitpunkt vorbehält - was vorliegend nicht der Fall ist -, in der Regel erst zum Zeitpunkt der Leistungserbringung über die eignungsrelevanten Mittel verfügen und das benötigte Personal einstellen (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 39; BayObLG, Beschluss vom 9. April 2021, Verg 3/21, BeckRS 2021, 9135 Rn. 65). Dies gilt namentlich für Personal, das erst auf der Grundlage des erteilten Auftrags für den Bieter erforderlich ist und arbeitsvertraglich gebunden werden muss. Es ist wegen des bestehenden Wettbewerbs keinem Bieter zuzumuten, Personal einzustellen, das erst auf der Grundlage des erteilten Auftrags für den Bieter erforderlich ist und arbeitsvertraglich gebunden werden muss. Andernfalls würde dem Bieter in nicht zumutbarer Weise abverlangt, weitreichende Dispositionen auf die bloße Vermutung eines Zuschlags hin zu treffen (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 39; BayObLG, Beschluss vom 9. April 2021, Verg 3/21, BeckRS 2021, 9135 Rn. 65; OLG Jena, Beschluss vom 24. Februar 2016, 2 Verg 1/16, BeckRS 2016, 19212 Rn. 156).

- 64 Beruft sich ein Bieter - wie hier die Beigeladene - allerdings für die Auftragsausführung auf bisher nicht verfügbares Personal, muss er darlegen und gegebenenfalls nachweisen, dass ihm dieses Personal später auch tatsächlich zur Verfügung stehen wird (Senatsbeschluss vom 5. November 2014, VII-Verg 21/14, BeckRS 2015, 11625 unter II.2.b). Es müssen belastbare Umstände vorliegen, die mit Blick auf den zukünftigen Zeitpunkt der Leistungserbringung die Annahme rechtfertigen, der Bieter sei in der Lage, das zur Auftragserfüllung erforderliche Personal rechtzeitig einzustellen (Senatsbeschluss vom 4. Februar 2013, VII-Verg 52/12, BeckRS 2013, 21179 unter II.1.). Derartige Umstände liegen allerdings bei zu vergebenden Dienstleistungsaufträgen in der Regel bereits dann vor, wenn es sich um Tätigkeiten handelt, für die ein breiter Markt an Mitarbeitern zur Verfügung steht, wie etwa im Reinigungs- oder Baugewerbe, in dem üblicherweise Personal kurzfristig zu beschaffen oder zu ersetzen ist (Senatsbeschluss vom 4. Februar 2013, VII-Verg 52/12, BeckRS 2013, 21179 unter II.1.; Hölzl in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 122 Rn. 28). Nur dann, wenn bei den zu vergebenden Dienstleistungen auf dem Arbeitsmarkt nur eine begrenzte Anzahl an geeigneten Mitarbeitern zur Verfügung steht und deswegen von einer jederzeitigen Verfügbarkeit nicht ohne weiteres ausgegangen werden kann, bedarf es der konkreten Darlegung, aus welchen Gründen dem Bieter das zur Auftragserfüllung erforderliche Personal bei Vertragsbeginn tatsächlich zur Verfügung stehen wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 40).
- 65 (2) Die Eignungsprognose der Antragsgegnerin lässt danach keine Beurteilungsfehler erkennen.
- 66 (2.1) Der Senat ist bei seiner Überprüfung nicht auf die Tatsachen und Beweismittel beschränkt, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten. Nach § 175 Abs. 2 i.V.m. § 76 Abs. 1 Satz 3 GWB darf der Senat - wie auch die Vergabekammer nach § 163 Abs. 1 GWB - von diesem Grundsatz abweichen, soweit Verfahrensbeteiligten aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Akteneinsicht nicht gewährt und der Akteninhalt aus diesen Gründen auch nicht vorgetragen worden ist (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 52/18, NZBau 2020, 258 Rn. 30). Eine Verletzung der Antragstellerin in ihrem Grundrecht auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG liegt hierin nicht.

- 67 Der Konflikt um die Akteneinsicht betrifft widerstreitende Schutzgüter von Verfassungsrang. Die Offenlegung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen berührt die Berufsausübung und das Eigentumsrecht (Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG) des Betroffenen; demgegenüber betrifft das Interesse des Kontrahenten an der Kenntnis der fraglichen Daten und Informationen seinen Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), der grundsätzlich gebietet, dass die Beteiligten sich zu allen entscheidungserheblichen Tatsachen äußern konnten (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 58 - Berliner Feuerwehr). Dieser Konflikt ist sachgerecht in entsprechender Anwendung von § 76 Abs. 1 GWB (= § 71 Abs. 1 Satz 1 GWB a.F.), der nach § 175 Abs. 2 GWB auch im Vergabepostfachverfahren Anwendung findet, zu lösen, wonach vom Grundsatz, dass der Beschluss nur auf Tatsachen und Beweismittel gestützt werden darf, zu denen die Beteiligten sich äußern konnten, abgewichen werden kann, soweit Beigeladene aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, Akteneinsicht nicht gewährt und der Akteninhalt aus diesen Gründen auch nicht vorgetragen worden ist. Diese Regelung beruht auf dem gesetzlichen Grundgedanken, dass es aus Gründen der Verhältnismäßigkeit im Interesse eines Beteiligten sachgerecht sein kann, den Grundsatz des rechtlichen Gehörs im Konflikt mit anderen Rechtsgütern von Verfassungsrang in der Weise modifiziert zurücktreten zu lassen, dass ihm bestimmte schutzwürdige Informationen vorenthalten werden können, das Gericht sie aber gleichwohl verwerten darf (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 59, 60 - Berliner Feuerwehr).
- 68 Dies steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Ein aus dem Grundrecht auf rechtliches Gehör abgeleitetes absolutes Verwertungsverbot für nicht offengelegte Informationen, wie es das Kammergericht für die im Nachprüfungsverfahren ausgetauschten Schriftsätze vertritt (Beschluss vom 18. Mai 2022, Verg 7/21, ZfBR 2022, 617, 618), ist nur im Bereich des Strafrechts geboten (BVerfG, Beschluss vom 7. September 2007, 2 BvR 1009/07, NStZ-RR 2008, 16, 17). Im Bereich des Verwaltungsrechts ist es hingegen verfassungsrechtlich zulässig, Belange der Geheimhaltung bestimmter Vorgänge und die Rechtsschutzansprüche des Betroffenen dadurch in Einklang zu bringen, dass die Akten dem Gericht vorgelegt werden, das - unter Verpflichtung zur Geheimhaltung - nachprüft ("in camera"-Verfahren). Art. 103 Abs. 1 GG steht einer solchen Ausgestaltung nicht entgegen. Zwar gibt diese Verfassungsnorm dem Einzelnen ein Recht darauf, sich zu dem einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalt zu äußern, damit er Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen kann. Indessen dürfen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 und Art. 103 Abs. 1 GG nicht in Gegensatz zueinander gerückt werden. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gemäß Art. 103 Abs. 1 GG steht vielmehr in engem Zusammenhang mit der aus Art. 19 Abs. 4 GG folgenden Rechtsschutzgarantie. Beide dienen dem gleichen Ziel, nämlich der Ermöglichung effektiven Rechtsschutzes. Eine Abwägung zwischen verschiedenen Interessen und eine darauf beruhende Einschränkung des rechtlichen Gehörs schließt Art. 103 Abs. 1 GG nicht aus. Das rechtliche Gehör kann eingeschränkt werden, wenn dies durch sachliche Gründe hinreichend gerechtfertigt ist (BVerfG, Beschluss vom 27. Oktober 1999, 1 BvR 385/90, NJW 2000, 1175, 1178). Dies hat Gesetzgeber vorliegend mit § 76 Abs. 1 Satz 3 GWB getan.
- 69 Soweit das Kammergericht dies für schriftsätzliches Vorbringen im Nachprüfungsverfahren gleichwohl verneint hat, stellt sich die Frage einer Divergenzvorlage nach § 179 Abs. 2 GWB vorliegend schon deswegen nicht, weil sich die Vergabekammer nicht auf

neues schriftsätzliches Vorbringen gestützt hat, welches der Antragstellerin nicht zur Kenntnis gebracht worden ist, und auch der Senat dies nicht beabsichtigt. Die Vergabekammer hat sich bei ihrer Entscheidung auf geschwärzte Passagen aus der Vergabeakte gestützt. Deren Zitierung in den Schriftsätzen des Nachprüfungsverfahrens, die insoweit zur Gewährleistung der Geheimhaltung in den Abschriften an die Antragstellerin ebenfalls zu schwärzen waren, macht diese nicht zu neuen Informationen. Entscheidend war und ist allein der Inhalt der Vergabeakte - insoweit einschließlich der geschwärzten Passagen - sowie der ergänzenden Vortrag im Nachprüfungsverfahren, der der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht worden ist.

- 70 (2.2) Grundlage der Eignungsprüfung war das mit dem Angebot vorgelegte Konzept der Beigeladenen, ihre Ausführungen in dem protokollierten Aufklärungsgespräch am 8. Juni 2022 und die Antworten auf die von der Antragsgegnerin formulierten Fragen mit Schreiben vom 27. Juli 2022. Sie ist gestützt darauf zu dem Ergebnis gelangt, dass die Bieterin im Gespräch zur Aufklärung der Leistungsfähigkeit überzeugen konnte und Nachfragen erschöpfend beantwortet worden sind (Vergabevermerk Seite 9 und 17). Bei ihrer Einschätzung, dass die Beigeladene zum Zeitpunkt des Vertragsbeginns über das erforderliche Personal verfügen wird, hat die Antragsgegnerin entgegen den Ausführungen der Antragstellerin auch die konkrete Situation auf dem Arbeitsmarkt berücksichtigt. Zwar enthält die Vergabedokumentation zu diesem Aspekt keine konkreten Ausführungen. Dieser Dokumentationsmangel ist jedoch im Nachprüfungsverfahren durch entsprechenden Vortrag der Antragsgegnerin, insbesondere in ihrer Erwiderung vom 23. August 2022 vor der Vergabekammer geheilt worden.
- 71 Es entspricht ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats, dass Begründungs- und Dokumentationsmängel durch nachgeschobenen Vortrag im Nachprüfungsverfahren geheilt werden, solange sich keine Anhaltspunkte für Manipulationen finden und nicht zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentationen nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auftragserteilung zu gewährleisten (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, NZBau 2011, 175 Rn. 73 - Abellio Rail; Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 47 und 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14, BeckRS 2015, 18210 Rn. 175; OLG Celle, Beschluss vom 12. Mai 2016, 13 Verg 10/15, juris, Rn. 73). Es kann der Vergabestelle nicht unter dem Gesichtspunkt fehlender Dokumentation verwehrt werden, weitere Umstände oder Gesichtspunkte vorzutragen, mit denen die sachliche Richtigkeit einer angefochtenen Vergabeentscheidung außerdem nachträglich verteidigt werden soll (BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, NZBau 2011, 175 Rn. 73 - Abellio Rail). Eine nachträgliche Heilung ist demnach möglich, wenn die Vergabestelle ihre Erwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens lediglich ergänzt und präzisiert (Senatsbeschlüsse 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 47 und vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10, NZBau 2011, 369, 371).
- 72 Anhaltspunkte für eine Manipulation liegen hier nicht vor. Die Antragsgegnerin hat ihre positive Einschätzung zur Tragfähigkeit des Konzepts der Beigeladenen inklusive der Erläuterungen im Aufklärungsgespräch in ihrer Antragserwiderung vom 23. August 2022 vor der Vergabekammer verteidigt und insbesondere dazu vorgetragen, warum die zeitliche Umsetzung des Konzepts ihrer Meinung nach realistisch ist. So bewertet sie positiv, dass die Beigeladene in ihrem Konzept die Personalbeschaffung auf mehrere Säulen der Fremdrekrutierung und der Eigenausbildung stützt. In Anbetracht einer mehrmonatigen Vorlaufzeit im Fall der Zuschlagserteilung und der Anforderungen an das Festmacherper-

sonal ist ihrer Meinung davon auszugehen, dass die Beigeladene den Auftrag ordnungsgemäß mit ausreichend geeigneten und unterwiesenen Personal erfüllen kann. Eine besondere Qualifikation sei nicht erforderlich, entsprechende Schulungen würden von diversen Bildungsträgern wie N. in I. oder der T. angeboten. Die praktische Übung könne in jeder Hafenanlage erfolgen. Die Abläufe eines störungsfreien Betriebsablaufs könnten durch eine Einweisung bzw. Begehung der Schleusenanlage vermittelt werden. Soweit gute deutsche Sprachkenntnisse und Grundkenntnisse in der englischen Sprache Voraussetzung seien, führt die Antragsgegnerin weiter aus, dass die Anzahl der deutschen und englischen Fachbegriffe eher begrenzt sei.

- 73 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Antragsgegnerin zudem gestützt auf die Erfahrung des Wasserstraßen- und Schifffahrtsamts aus einer Vielzahl von vergleichbaren Ausschreibungen bekräftigt, dass das Festmacherpersonal nach ihrer Einschätzung leicht zu beschaffen sei, zumal es sich um eine Tätigkeit handle, die im Grunde jeder könne; das Personal könne vor Ort angelernt werden.
- 74 Die Einschätzung der Antragsgegnerin ist vertretbar und damit vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Es sind keine Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass sie im Hinblick auf die aktuelle Situation auf dem Arbeitsmarkt von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist. Die von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 27. April 2023 vorgelegten Presseberichte zu einem Arbeitskräftemangel sind nicht geeignet, die Einschätzung der Antragsgegnerin in Zweifel zu ziehen. Diese Presseberichte betreffen gerade nicht den Arbeitsmarkt für ungelernte Arbeitskräfte, sondern den für Fachpersonal. So handelt es sich bei dem Artikel aus den Kieler Neusten Nachrichten vom 16. September 2022 um fehlendes Verkaufspersonal im Facheinzelhandel, nicht umsonst wird ein Inhaber mit der Aussage zitiert "Der Fachkräftemangel in unserer Branche ist eklatant". Gegenstand des Artikels vom 4. Oktober 2022 ist fehlendes Fahrpersonal bei den örtlichen Verkehrsbetrieben, die neben der Schlepp- und Fährgesellschaft "mit Fachkräftemangel zu kämpfen haben". Der Artikel vom 21. Dezember 2022, im Begleitschreiben fälschlich mit 16. September 2022 bezeichnet, befasst sich mit dem Personalmangel bei einem erfolgreichen Bieter von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen, der das erforderliche Personal nicht in ausreichender Zahl rekrutieren konnte. Auch hier handelt es sich aber offensichtlich um Fachpersonal wie Triebfahrzeugführer.
- 75 Nicht zu beanstanden ist ferner, dass die Antragsgegnerin bei ihrer Prognoseentscheidung eine mehrmonatige Vorlaufzeit zwischen dem Ablauf der Bindefrist am 30. Juli 2022 und dem bekanntgemachten Auftragsbeginn am 9. Januar 2023 berücksichtigt hat.
- 76 Der Bieter muss sich bei seinen Dispositionen grundsätzlich auf die Gewährleistung der sich aus dem bekanntgemachten Ende der Bindefrist als dem letztmöglichen Zeitpunkt des Zuschlags und dem ausgeschriebenen Auftragsbeginn ergebenden Zeitraum verlassen können, der öffentliche Auftraggeber muss sich an dem hieraus ergebenden Vorlaufzeitraum festhalten lassen. Auch wenn Bindefristverlängerungen üblich sind, ist entscheidend, dass auf diese kein Anspruch besteht. Der öffentliche Auftraggeber muss folglich ein Angebot auch dann werten und gegebenenfalls für den Zuschlag vorsehen, wenn er positiv weiß, dass der Bieter einer eventuell erforderlichen Bindefristverlängerung nicht zustimmen wird. Das Risiko, dass seine Mühe im Falle der Verzögerung vergeblich war, trägt er; die Risiken einer zeitlichen Verzögerung durch Einleitung eines unberechtigten Nachprüfungsverfahrens sind dem öffentlichen Auftraggeber als Herrn des Vergabeverfahrens zugewiesen (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08, NJW 2009, 2443 Rn. 51). Vor diesem Hintergrund kann Grundlage der Prognose, ob der Bieter bei

Auftragsbeginn leistungsfähig sein wird, nur der sich aus dem bekanntgemachten Ende der Bindefrist und dem ausgeschriebenen Auftragsbeginn ergebende Zeitraum sein, da andernfalls ein Bieter, der diesen Vorlauf benötigt, aber gewillt ist, von seinem Recht, einer Bindefristverlängerung nicht zuzustimmen, Gebrauch zu machen, aus sachwidrigen Gründen und damit vergaberechtswidrig benachteiligt würde. Von daher können aber auch weder die Zustimmung der Beigeladenen zu einer Bindefristverlängerung noch der Umstand, dass die seit dem 9. Januar 2023 erforderlichen Interimsaufträge der Antragstellerin erteilt werden, weil die Beigeladene den Auftrag nicht kurzfristig übernehmen kann, taugliche Anknüpfungspunkte sein, an ihrer ursprünglich bejahten Eignung zu zweifeln und erneut in die Eignungsprüfung einzutreten.

- 77 Mit der Zuweisung der Risiken einer zeitlichen Verzögerung durch Einleitung eines unberechtigten Nachprüfungsverfahrens an den öffentlichen Auftraggeber als Herrn des Vergabeverfahrens wäre es unvereinbar, dem Bieter sein freiwilliges Entgegenkommen zum Nachteil gereichen zu lassen. Die Verzögerung des Vergabeverfahrens darf nicht zu Lasten des Bieters gehen, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat. Die Einrichtung des Vergaberechtsschutzes nach dem Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen soll die Rechtsstellung der Bieter gegenüber den Auftraggebern stärken, nicht schwächen. Wird diese Rechtsposition in Anspruch genommen, darf das nicht dazu führen, dass die Bieterseite am Ende schlechter dasteht als zuvor (BGH, Urteil vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08, NJW 2009, 2443 Rn. 52).
- 78 Wenn aber die Verzögerung des Vergabeverfahrens nicht zu Lasten des Bieters gehen darf, der sich im Wettbewerb durchgesetzt hat, muss der Grundsatz, dass es keinem Bieter zuzumuten ist, Dispositionen auf die bloße Vermutung eines Zuschlags hin zu treffen und Personal einzustellen, das erst auf der Grundlage des erteilten Auftrags für den Bieter erforderlich ist, auch während des Nachprüfungsverfahrens gelten. Der zeitliche Verlauf, mit dem der Bieter nach der Ausschreibung Rechnen durfte, darf ihm nicht genommen werden. Einer durch ein Vergabenachprüfungsverfahren verursachten Verzögerung ist daher durch Anpassung des Termins, zu dem die Leistungserbringung erstmals geschuldet wird, Rechnung zu tragen, wenn der bezuschlagte Bieter den ursprünglich vorgesehenen Zeitraum zur Vorbereitung benötigt. Insoweit gilt nichts anderes als für Änderung der Grundlagen des Preises (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 11. Mai 2009, VII ZR 11/08, NJW 2009, 2443 Rn. 50).
- 79 c) Die Antragsgegnerin hat nicht deshalb gegen das Nachverhandlungsverbot nach § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV verstoßen, weil sie mit der Beigeladenen am 8. Juni 2022 ein Aufklärungsgespräch geführt und sie anschließend zur Beantwortung weiterer Fragen zur ihrer technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit aufgefordert hat.
- 80 Die Unzulässigkeit nachträglicher Verhandlungen zur Änderung der Angebote ist von der zulässigen Aufklärung ihres Inhalts abzugrenzen. Nach § 15 Abs. 5 Satz 1 VgV darf der öffentliche Auftraggeber von den Bietern Aufklärung über das Angebot oder deren Eignung verlangen. Aufklärungsgespräche über die Fachkunde, die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit des Bieters als Eigenschaften seiner Eignung sind zulässig (Dorn in Burgi/Dreher Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 15 Rn. 36). Zweifelsfragen dürfen geklärt werden (Steck in Ziekow/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 15 Rn. 23; OLG München, Beschluss vom 17. September 2007, Verg 10/07, ZfBR 2007, 828, 830), weitere Auskünfte zur Umsetzbarkeit des Leistungsversprechens können eingeholt

werden (Senatsbeschluss vom 6. Mai 2011, VII-Verg 26/11, BeckRS 2011, 18447 unter II.2.a.(1)).

- 81 In diesem Rahmen hat sich die Antragsgegnerin gehalten. Im Gespräch vom 8. Juni 2022 hat die Beigeladene aufgrund ihrer Stellung als Newcomerin ihr einleitend seitens der Antragsgegnerin als vollständig und umfassend bezeichnetes Konzept zum Beleg der Ernsthaftigkeit und Leistungsfähigkeit mündlich erläutert und zwar hinsichtlich der Beweggründe zu ihrer Gründung, zur Personalgewinnung, zur Struktur der Wachen, Einarbeitung und Vorlaufzeit, Schichtsystem und Arbeitssicherheit. Eine inhaltliche Änderung des Konzepts im Wege einer unzulässigen Nachverhandlung unter Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot war - ausweislich der Vergabeakte - damit nicht verbunden. Weder wurden die Auftragsbedingungen noch der Angebotsinhalt hierdurch modifiziert. Dem steht auch nicht der Passus im Protokoll entgegen, dass das Protokoll die zum Angebot gehörenden Konzepte "ergänze", denn das Protokoll dokumentiert insofern lediglich die im Rahmen der Aufklärung betriebene Klarstellung des Angebotsinhalts und der Eignung. Für Antwortschreiben der Beigeladenen vom 27. Juli 2022 auf die rügebedingte Nachfrage der Antragsgegnerin gilt nichts anderes, auch hier wurden lediglich nochmals die verschiedenen Säulen der Personalgewinnung erläutert.
- 82 d) Die Antragsgegnerin war auch nicht verpflichtet, das Angebot der Beigeladenen nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV wegen eines nicht zufriedenstellend aufgeklärten, im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preises auszuschießen. Es fehlt bereits an einem ungewöhnlich niedrig erscheinenden Preis.
- 83 In der Rechtsprechung der Vergabesenate sind insoweit Aufgreifschwelle anerkannt, bei deren Erreichen eine Verpflichtung des Auftraggebers angenommen wird, in eine nähere Prüfung der Preisbildung des fraglichen Angebots einzutreten. Diese Aufgreifschwelle ist in der Regel erst bei einem Preisabstand von 20 Prozent zum nächsthöheren Angebot erreicht (Senatsbeschlüsse vom 25. April 2012, Verg 61/11, ZfBR 2012, 613, 615, und vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13, BeckRS 2014, 9478 m. w. Nw.), was der Bundesgerichtshof gebilligt hat (Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 14) und jedenfalls von der Mehrheit der Vergabesenate so praktiziert wird (Pauka/Frischmuth in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, VgV § 60 Rn. 5.; so jetzt auch OLG München, Beschluss vom 7. März 2013, Verg 36/12, BeckRS 2013, 5399).
- 84 Vorliegend lag der Preisabstand der Angebote der Antragstellerin und der Beigeladenen im einstelligen Prozentbereich und damit deutlich unter der Aufgreifschwelle von 20 Prozent, weshalb eine Aufklärung nicht geboten war. Andere Gründe, die eine Aufklärung trotz deutlicher Unterschreitung der Aufgreifschwelle gleichwohl geboten erscheinen lassen, hat weder die Antragstellerin aufgezeigt noch sind diese sonst ersichtlich.
- 85 In Ermangelung eines ungewöhnlich niedrigen Angebotspreises war auch für die Annahme hierauf fußender sachfremder Erwägungen zur Eignungsfeststellung kein Raum.
- 86 e) Wegen der übrigen, in der Beschwerdeschrift nicht weiter ausgeführten Rügen kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer verwiesen werden. Vor dem Hintergrund des Fehlens eines substantiierten Beschwerdeangriffs erscheinen dem Senat diesbezügliche Ausführungen nicht erforderlich.

- 87 3. Ein Anspruch der Antragstellerin auf Einsichtnahme in die geschwärzten Passagen der Vergabeakte und der für sie bestimmten Abschriften der Schriftsätze an die Vergabekammer bestand nicht, dem stehen die berechtigten Geheimhaltungsinteressen der Beigeladenen entgegen.
- 88 Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion (Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21, NZBau 2021, 631 Rn. 27 m. w. Nw.; ebenso OLG Naumburg, Beschluss vom 1. Juni 2011, 2 Verg 3/11, BeckRS 2011, 21710). Er besteht nur in dem Umfang, wie er zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des betreffenden Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (Senatsbeschluss vom 19. Februar 2020, VII-Verg 26/17, BeckRS 2020, 2221 Rn. 56) und dient nicht dazu mithilfe von gewährter Akteneinsicht zusätzliche Informationen zur Untermauerung bislang substanzloser Mutmaßungen zu erhalten (vgl. Senatsbeschlüsse vom 12. August 2021, VII-Verg 27/21, BeckRS 2021, 56263 Rn. 47, und vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17, juris, Rn. 43; OLG München, Beschluss vom 8. November 2010, Verg 20/10, juris). Zudem können nach § 165 Abs. 2 GWB berechnete Geheimhaltungsinteressen der übrigen Verfahrensbeteiligten entgegenstehen. Die Wahrung der Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ist im Zweifel höher zu gewichten als das Interesse des Antragstellers an einer Akteneinsicht (Senatsbeschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17, NZBau 2017, 619 Rn. 34), zumal es eine umfangreiche Prüfungsmöglichkeit des Bieters im Hinblick auf den Amtsermittlungsgrundsatz auch gar nicht bedarf. Den Inhalt der Vergabeakte zu prüfen, ist Aufgabe der Vergabenachprüfungsinstanzen und von diesen im Umfang des Untersuchungsgrundsatzes nach § 163 GWB von Amts wegen zu leisten (Senatsbeschluss vom 9. Januar 2020, Verg 10/18, BeckRS 2020, 188 Rn. 17), wobei - wie bereits unter 2.b.cc) ausgeführt - auch Umstände berücksichtigt werden können, deren Offenlegung mit Rücksicht auf Geheimhaltungsinteressen abzulehnen ist (BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16, NZBau 2017, 230 Rn. 56 - Rettungsdienst). Da das Konzept der Beigeladenen, seine Erläuterung und seine Bewertung zwangsläufig Rückschlüsse auf dessen Inhalt gestatten, kommt eine diesbezügliche Akteneinsicht nicht in Betracht.

III.

- 89 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 Satz 2 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen aufzuerlegen.
- 90 Ein Beigeladener, der seine durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren nutzt, indem er sich an diesem Verfahren mit einer sachlichen Stellungnahme zur sofortigen Beschwerde beteiligt, ist kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63).
- 91 Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots der Antragstellerin (Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn. 56).