



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 13/21

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],  
bestehend aus

1. [...] GmbH,
2. [...] mbH & Co. KG,

- Antragstellerin -

vertreten durch die  
[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin –

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

- Beigeladene -

[...],

wegen der Vergabe „Charterung eines Notschleppers [...]“ (ABl. EU [...]), hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegmund auf die mündliche Verhandlung vom 23. März 2021 am 26. März 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen war notwendig.
4. Der Antrag der Antragstellerin auf weitergehende Einsicht in die Vergabeakte und die Verfahrensakte der Vergabekammer wird zurückgewiesen.

#### **Gründe:**

##### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte am [...] eine unionsweite Auftragsbekanntmachung im offenen Verfahren zur „Charterung eines Notschleppers [...]“. Vorgesehen war eine optionale Verlängerung um zweimal sechs Monate bis zum 15. Juli 2023 bzw. zum 15. Januar 2024. Einziges Zuschlagskriterium war der Preis.

Anforderungen zur Schiffsnationalität ergaben sich aus Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung wie folgt: „Der Schlepper muss die Bundesflagge führen und im Deutschen Seeschiffsregister (nicht Internationales Seeschiffsregister) eingetragen sein.“ Ziff. 3.2 enthält Anforderungen an die Besatzung: „Dem Angebot ist ein verbindliches Besatzungszeugnis beizufügen. Darüber hinaus sind Angaben über die Mindestbesatzung mit Funktion und Qualifikation in dem Bieterangabenverzeichnis verbindlich anzugeben.“ All diese Vorgaben sind Teil der Ziff. 3 der Leistungsbeschreibung, für die unter

der Überschrift „Anforderungen“ folgendes formuliert wird: *„Der Schlepper und die Besatzung müssen für die gestellten Aufgaben ...geeignet sein und insbesondere nachstehende Mindestforderungen erfüllen:...“*.

Am 2. Oktober 2020 übermittelte die Ag allen Bietern eine Informationsbekanntgabe mit einem Schreiben vom 1. Oktober 2020, worin sie zur Ziff. 3.1 Folgendes mitteilte:

*„1. Dokument ,343 – Beschreibung der Leistung‘*

*Punkt 3.1 Schiffsnationalität*

*Sofern das angebotene Schiff zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht die Bundesflagge führt und nicht im Deutschen Seeschiffsregister eingetragen ist, ist folgendes zu beachten:*

*Es ist ein formloser Antrag auf unverbindliche Vorprüfung per Email zu stellen und an folgende E-Mail-Adresse zu senden: [...]*

*Das erhaltene Antwortschreiben der BG Verkehr ist dem Angebot als Anlage beizufügen.“*

In einem Schreiben vom 9. Oktober 2020 mit Antworten der Ag zu Bieterfragen teilte die Ag allen Bietern u.a. ferner mit: *„Es ist richtig, dass der angebotene Notschlepper zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht die deutsche Flagge führen bzw. nicht ins deutsche Seeschiffsregister eingetragen sein muss. Es ist richtig, dass der angebotene Notschlepper spätestens mit Vertragsbeginn am 16.01.2021 0:00 Uhr, die deutsch(e) Flagge führen und ins deutsche Seeschiffsregister eingetragen sein muss. Bitte beachten Sie dazu die Ausführungen unter Punkt 1 im Dokument Informationsbekanntgabe vom 02.10.2020.“*

Die mit Beschluss vom 24. November 2020 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Beigeladene (Bg) reichte fristgemäß ein Angebot ein. In der Eigenerklärung zur Eignung (Formblatt 133/333b) benannte die Bg unter Ziff. 3 das für die Durchführung des Auftrags einzusetzende Besatzungspersonal und reichte für diese Personen entsprechende Qualifikationsnachweise ein. Die Bg bot in ihrem Angebot einen Schlepper an, der zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe zwar nicht die Bundesflagge führte, sondern unter der Flagge eines anderen Staates fährt, weil es nach § 7 FlaggRG derzeit ausgeflaggt ist. Das angebotene Schiff ist im Seeschiffsregister beim Schiffsregister des zuständigen Amtsgerichts eingetragen. Die Bg legte mit dem Angebot eine Genehmigung des Bundesamtes für Seeschifffahrt und Hydrographie (BSH) nach § 7 FlaggRG aus dem Jahr 2018 vor. Darin wird der Bg genehmigt, dass der besagte Schlepper der Bg vorübergehend und bis zum 2. Januar 2021 anstelle der Bundesflagge die Flagge eines anderen Staates führt. Ferner geht aus der Genehmigung hervor, dass beim zuständigen Amtsgericht – Seeschiffsregister – einzutragen sei, wie lange das Recht zur Führung der Bundesflagge nicht ausgeübt werden dürfe.

Die Bg ist Teil [...] (im Folgenden [...] -Gruppe), die dem Markt mit Schreiben vom 17. Dezember 2020 mitgeteilt hat, dass u.a. die Bg schon im Jahr 2017 bzw. 2019 Teil der [...] Gruppe geworden sei, deren Corporate Identity in Deutschland zum 1. Januar 2021 vereinheitlicht werde. Daher trete man in Deutschland ab diesem Zeitpunkt einheitlich unter dem Label der [...] Gruppe auf. Die Bg sei eine „frühere juristische Person“, neue juristische Person ab dem 1. Januar 2021 sei die [...]. Der Neuauftritt treffe daher auch die bisherige juristische Person der Bg [...] GmbH, die ab dem 1. Januar 2021 am Markt entsprechend auftrete. Aus einem von der Bg und der Ag auf Aufklärungsverfügung der Vergabekammer vom 26. Januar 2021 vorgelegten Handelsregisterauszug vom 25. bzw. 26. Januar 2021 sowie einem von der Bg (als Geschäftsgeheimnis gegenüber der ASt) vorgelegten Organigramm der [...] -Gruppe geht hervor, dass die Bg als Rechtsperson nach wie vor fortbesteht und zwar als Tochtergesellschaft der [...].

Die Antragstellerin (ASt), die Vorauftragnehmerin der Ag ist, bot einen Schlepper an, der nach ihren Angaben in dem von ihr mit dem Angebot eingereichten „Bieterangaben-Verzeichnis“ zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe weder die Bundesflagge führte noch in ein deutsches Seeschiffsregister, sondern in ein ausländisches eingetragen war. Sie legte mit dem Angebot ein Schreiben der „BG Verkehr“ (Berufsgenossenschaft Verkehrswirtschaft Post-Logistik Telekommunikation, im Folgenden: BG Verkehr) vom 14. Oktober 2020 vor, in dem bestätigt wird, dass der besagte Schlepper der ASt grundsätzlich in der Lage sei, unter die deutsche Flagge zu gelangen.

Mit Schreiben vom 12. November 2020 informierte die Ag die ASt, es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen. Das Angebot der ASt, die wegen eines höheren Preises als die Bg weniger Wertungspunkte als die Bg erhalten hatte, sei nicht das wirtschaftlichste gewesen.

Mit Schreiben vom 16. November 2020 rügte die ASt die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg. Sie führte an, das Angebot der Bg erfülle die als Mindestanforderung zu verstehende Ziff. 3.1 bzw. die dazu ergangene Mitteilung der Ag vom 1. Oktober 2020 nicht. Ferner rügte sie einen Verstoß gegen § 60 VgV, weil die Bg ein Unterkostenangebot abgegeben habe und nicht ersichtlich sei, dass die Ag eine Auskömmlichkeitsprüfung des Preises der Bg durchgeführt habe.

In einem Vermerk vom 16. November 2020 dokumentierte die Ag in der Vergabeakte einen Prüfvorgang der Rüge. Zur Rüge der Abweichung von den Vorgaben der Ziff. 3.1 bzw. der Mitteilung vom 1. Oktober 2020 hielt die Ag fest, die Bg habe mit dem Angebot ein Schreiben des BSH beigebracht, aus dem hervorgehe, dass diese in das Deutsche Seeschiffsregister eingetragen sei, die deutsche

Flagge geführt habe, aber vorübergehend unter der Flagge eines anderen Staates fahre. Ein Schreiben der BG Verkehr habe die Bg nicht vorgelegt, dies sei aber auch nicht nachzufordern gewesen, weil mit dem Schreiben des BSH ein Nachweis vorliege, dass der Schlepper jedenfalls in das Deutsche Seeschiffsregister eingetragen sei. Die Vorgaben der Ziff. 3.1 bzw. der dazu ergangenen Änderungsmitteilung vom 1. Oktober 2020 seien damit gar nicht einschlägig, da ein entsprechendes Schreiben der BG Verkehr nur erforderlich sei, wenn weder die Bundesflagge geführt werde noch der Schlepper in das Register eingetragen sei. Ziff. 3.1 in der Fassung der Mitteilung vom 1. Oktober 2020 sei überdies kein Ausschlusskriterium, da keine Vorgabe existiere, wonach die Nichteinreichung zum Ausschluss des Angebots führe.

Zur Rüge des Unterkostenangebots bzw. des Verstoßes gegen § 60 VgV hielt die Ag im Vermerk vom 16. November 2020 fest, die Preisübersicht in Formblatt 532 lasse erkennen, dass eine Preisabweichung des Angebots der Bg und dem nächstplatzierten Angebot bestehe, die die Aufgreifschwelle zu § 60 VgV von 20% überschreite. Eine Prüfung nach § 60 VgV leitete die Ag zunächst nicht ein, sondern dokumentierte in ihrem Vermerk Erwägungen, nach denen sie davon ausging, dass ein insgesamt auskömmliches Angebot der Bg vorliege.

Mit Schreiben vom 19. November 2020 wies die Ag die Rüge der ASt zurück.

Mit Vermerk vom 21. Dezember 2020 hat die ASt während des laufenden Nachprüfungsverfahrens eine entsprechende Prüfung der Preise der Bg nach § 60 VgV eingeleitet und diese mit Schreiben vom gleichen Tage zur Vorlage und Erläuterung ihrer Urkalkulation, insbesondere zu den Schiffsbetriebs- und Personalkosten sowie Wagnis und Gewinn, bis zum 4. Januar 2021 aufgefordert. Die Bg ist dieser Aufforderung fristgemäß mit Schreiben vom 4. Januar 2021 nachgekommen. Die Einzelheiten der Urkalkulation hat die Bg als Geschäftsgeheimnis deklariert, so dass sich hier eine detaillierte Wiedergabe der Kalkulation verbietet. In einem fünfseitigen Vermerk vom 13. Januar 2021 hat die Ag eine Prüfung der Urkalkulation dokumentiert und im Ergebnis festgestellt, dass die Preisbildung von unterschiedlichen Kriterien beeinflusst werde und daher eine breite Angebotsspanne möglich sei. Die Urkalkulation der Bg enthalte alle relevanten Positionen, sei schlüssig und entspreche den für Schiffsbetriebskosten üblichen Werten. Die Ag sehe daher im Angebot der Bg kein Unterkostenangebot, der Preis der Bg werde daher nach Prüfung der Urkalkulation insgesamt als angemessen und auskömmlich angesehen.

Mit Schreiben vom 21. Januar 2021 hat die Ag die ASt erneut informiert, sie beabsichtige der Bg den Zuschlag frühestens am 1. Februar 2021 zu erteilen. Das Schreiben nahm Bezug auf folgenden

Leistungsgegenstand: „Charterung eines Notschleppers [...] – [...]“ und verwies auf die „Ordnungsnummer/Verfahrensnummer“ „[...]“. Das Schreiben hat die Ag über ihre elektronische Vergabeplattform an die ASt übermittelt und in einer entsprechenden E-Mail vom 21. Januar 2021 zur Übermittlung des Schreibens darauf hingewiesen, dass die Vorabinformation auf die von der Ag durchgeführte Preisprüfung bei der Bg lediglich aus formalen vergaberechtlichen Gründen erfolge und das durch den Nachprüfungsantrag der ASt ausgelöste Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB beachtet werde.

Die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg aufgrund des Schreibens vom 21. Januar 2021 hat die ASt gegenüber der Ag mit Schreiben vom 25. Januar 2021 gerügt; darin hat die ASt insbesondere bemängelt, die Ag habe eine neues Vergabeverfahren eingeleitet und verstoße mit dem beabsichtigten Zuschlag an die Bg gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.

Die Ag hat der ASt auf dieses Rügeschreiben über die elektronische Vergabeplattform am 26. Januar 2021 mitgeteilt, dass bereits durch den Nachprüfungsantrag vom 19. November 2020 ausgelöste Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB beachtet. Die Vorabinformation über den Zuschlag an die Bg sei lediglich infolge der nachgeholten Preisprüfung nach § 60 VgV erneuert worden. Es sei kein neues Vergabeverfahren eingeleitet worden; das ergebe sich auch aus dem Informationsschreiben vom 21. Januar 2021.

2. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 19. November 2020, eingegangen bei der Vergabekammer per Telefax am gleichen Tage und der Ag durch die Vergabekammer per Telefax unter dem Aktenzeichen VK2-105/20 übermittelt am 23. November 2020, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Einen weiteren Nachprüfungsantrag hat die ASt im Hinblick auf das Informationsschreiben der Ag vom 21. Januar 2021 mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Januar 2021 gestellt, den die Kammer der Ag unter dem Aktenzeichen VK2-13/21 übermittelt hat. Die Vergabekammer hat beide Nachprüfungsverfahren mit Beschluss vom 1. Februar 2021 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung unter dem Aktenzeichen VK2-13/20 verbunden.

a) Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 7., 10., 16. Dezember 2020, 13., 20., 25. Januar, 10., 12., 17. Februar, 12. und 22. März 2021 trägt die ASt ergänzend vor.

Ihr Nachprüfungsbegehren begründet die ASt folgendermaßen:

- Das neue Vorabinformationsschreiben der Ag vom 21. Januar 2021, in dem diese der ASt während des laufenden Nachprüfungsverfahrens die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg frühestens zum 1. Februar 2021 mitgeteilt habe, offenbare einen Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Die Ag habe der Bg ohne vorherige Auftragsbekanntmachung die Möglichkeit eröffnet, ein neues Angebot abzugeben, indem sie ihr mit der Aufforderung zur Preisauflärung vom 21. Dezember 2020 die Möglichkeit eingeräumt habe, ihren Preis zu erläutern. Die ASt untermauert diesen Vortrag mit Schreiben vom 10. Februar 2021 bzw. dessen Anlage AST 7. Daraus ergebe sich, dass die zuständige Stelle der Wasser- und Schifffahrtsverwaltung des Bundes per Anordnung vom 4. Februar 2021 den derzeit vakanten Einsatzort [...] mit zwei anderen Schiffen belegt habe, um dort Notschleppkapazitäten vorhalten zu können. Dies sei nötig geworden, weil der zunächst mit der Bg zum 1. Februar 2021 beabsichtigte Vertragsschluss gescheitert sei. Es sei, wie die ASt in ihrer Stellungnahme vom 12. März 2021 ausführt, für die ihrer Meinung nach gegebene de-facto-Vergabe auch unerheblich, dass die Ag von der Bg kein neues Angebot abgefordert habe bzw. die Bg kein neues Angebot abgegeben habe. Ausschlaggebend sei, dass die Ag einen entsprechenden Beschaffungsbeschluss neu gefasst und diesen mit ihrer neuen Mitteilung nach § 134 GWB umgesetzt habe. Diese Mitteilung sei, entgegen der Auffassung der Ag, nicht wegen der nachgeholtten Preisprüfung bei der Bg geboten gewesen. Sie dokumentiere vielmehr eine neue Entscheidung der Ag, für die es kein vorausgegangenes Vergabeverfahren gegeben habe.
- Die ASt führt in ihrer Stellungnahme vom 13. und 20. Januar sowie 12. März 2021 zudem aus, die Bg habe ihre operative Geschäftstätigkeit zum Ende des Jahres 2020 beendet, so dass es zu einem unzulässigen Auswechseln der Bieter gekommen und das von der Bg eingereichte Angebot nicht mehr zuschlagsfähig sei. Sie verweist zur Begründung dieser Ansicht auf ihre Anlage ASt11, mit der sie das schon oben genannte Schreiben der [...] Group Europe vom 17. Dezember 2020 eingereicht hat. Daraus ergebe sich, dass seit Januar 2021 die [...] als neue juristische Person das Geschäft der Bg übernommen habe. Der damit verbundene Wechsel der operativen Geschäftstätigkeit von der Bg auf die [...] führe zu einem Bieterwechsel in tatsächlicher nämlich wirtschaftlicher bzw. technischer Hinsicht. Dieser Bieterwechsel lasse sich auch nicht durch einen von der Ag bemühten Erst-Recht-Schluss nach § 132 Abs. 2 Nr. 4 GWB rechtfertigen. Diese Vorschrift sei nur auf Sachverhalte anwendbar, die während der Vertragslaufzeit aufträten und erfassten keinen Bieterwechsel während des Vergabeverfahrens. Insbesondere habe dies zu Lasten der übrigen Bieter nachteilige Auswirkungen auf die Eignungsprüfung. Vor allem sei das Ergebnis einer solchen Eignungsprüfung durch konkurrierende Bieter nicht nachzuvollziehen und zu beanstanden, wodurch

Transparenz und Chancengleichheit der Bieter erheblich beeinträchtigt seien. Jedenfalls aber führe der Übergang der operativen Geschäftstätigkeit von der Bg auf die [...] dazu, dass Letztere die Nachunternehmerin der Bg geworden sei. Ein solcher Nachunternehmereinsatz sei aber von der Bg nicht mit dem Angebot erklärt worden, da die Bg gem. Ziff. 1.16 der Angebotsprüfung und -wertung vom 4. November 2020 mit ihrem Angebot erklärt habe, alle Leistungen selbst zu erbringen. Die Nachunternehmererklärung könne auch nicht nachgeholt werden, weil dies zu einer unzulässigen Angebotsänderung führe.

- Jedenfalls sei das Angebot der Bg nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 53 Abs. 7 S. 1 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen, was die Ag rechtswidrig unterlassen habe. In sachlicher Hinsicht erfülle das Angebot der Bg die als leistungsbezogene Mindestanforderung zu verstehende Vorgabe gemäß Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht und die ASt habe ihrem Angebot auch nicht den von der Ag nach Ziff. 1 der Mitteilung der Ag vom 1. Oktober 2020 für diesen Fall geforderten Nachweis einer Vorprüfung durch die BG Verkehr beigefügt. Aus dieser Mitteilung ergebe sich für einen objektiven fachkundigen Bieter aber, dass dieser Nachweis mit dem Angebot dann vorzulegen sei, wenn das angebotene Schiff die Mindestanforderung nach Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung nicht erfülle. Die Anforderung aus Ziff. 1 der Mitteilung der Ag vom 1. Oktober 2020 sei entgegen der Ag nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Die danach von der Ag angeforderte Vorprüfung durch die BG Verkehr ergebe nur dann einen Sinn, wenn mit einer entsprechenden Bescheinigung auch geprüft werden könne, ob das angebotene Schiff die für den Betrieb des Schleppers zwingend erforderlichen Zeugnisse erhalten bzw. die zuständige BG Verkehr diese erteilen würde, insbesondere die nach den Maßgaben der Schiffssicherheitsverordnung von der BG Verkehr zu erteilenden Schiffssicherheitszertifikate, wenn dieses zur deutschen Flagge wechsele. Es gehe also mit der Anforderung des Nachweises der Vorprüfung durch die BG Verkehr darum, die Ag in die Lage zu versetzen prüfen zu können, dass die BG Verkehr dem Bestbieter zu Beginn des Leistungszeitraums mangels Erfüllung der rechtlichen Vorgaben, unter anderem zur Schiffssicherheit, untersage, den angebotenen Schlepper zu betreiben. Vor diesem Hintergrund sei die Mitteilung vom 1. Oktober 2020 dahin zu verstehen, dass es maßgeblich auf das Führen bzw. Nicht-Führen der deutschen Flagge ankomme, nicht aber auf die Eintragung im „Deutschen Seeschiffsregister“, das es als solches auch gar nicht gebe, sondern nur die Seeschiffsregister der bei den zuständigen Amtsgerichten geführten Schiffsregister. Die Formulierung der Ag in ihrer Mitteilung vom 1. Oktober 2020 sei nach dem objektiven Empfängerhorizont vielmehr ein unerheblicher sprachlicher Lapsus. Die Erwähnung des Begriffs „Deutsches Seeschiffsregister“ sei eher



als Bezugnahme auf das Flaggenregister im Sinne von § 21 FIRV zu verstehen, weil darin alle Seeschiffe gelistet seien, die die Bundesflagge führen dürfen.

Die nach der Mitteilung der Ag vom 1. Oktober 2020 erforderliche Vorprüfung durch die BG Verkehr gelte somit unabhängig davon, ob ein Schiff wie im Fall der Bg nach § 7 FlaggRG derzeit nur ausgeflaggt, aber im Seeschiffsregister des Schiffsregisters beim zuständigen Amtsgericht eingetragen sei. Denn für die Eintragung im Schiffsregister komme es gerade nicht auf die erforderlichen Prüfungen durch die BG Verkehr an. So sei auch das von der Bg angebotene Schleppschiff bereits nach seiner Fertigstellung seit dem Jahr 2005 durchgehend ausgeflaggt gewesen, weil die Ausflaggungsgenehmigung nach § 7 FlaggRG stets verlängert worden sei. Es sei daher nicht davon auszugehen, dass ein solches Schiff insbesondere die Voraussetzungen für die Erteilung deutscher Schiffssicherheitszeugnisse erfülle. Dies ergebe im Falle der Einflaggung erst die Prüfung durch die BG Verkehr. Wolle die Ag also sicherstellen, dass ein angebotenes Schiff auch unter deutscher Flagge fahren dürfe, bedürfe es der von der Ag in ihrer Mitteilung vom 1. Oktober 2020 geforderten Vorprüfung. Von einem Ausschluss des Angebots der Bg dürfe die Ag auch deshalb nicht absehen, weil die Bg, wie von der Ag in der Vergabeakte festgestellt, ein Schreiben bzw. einen Bescheid des BSH beigebracht habe. Denn dieses sei kein gleichwertiger Ersatz für den von der Ag geforderten Vorbescheid der BG Verkehr, da nur diese für die Prüfung zuständig sei, ob ein Schiff die relevanten Maßgaben zur Schiffssicherheit und zum Umweltschutz auf See einhält und damit die Bundesflagge führen kann. Dementsprechend sei die von der Ag vorgegebene Vorprüfung durch die BG Verkehr sehr aufwändig und dementsprechend auch erforderlich, um zu überprüfen, ob das Schiff der Bg die relevanten Maßgaben erfülle. Fehle daher ein entsprechender Vorbescheid wie bei der Bg, so müsse dies zum Ausschluss des Angebots führen. Denn ein entsprechender Vorbescheid könne auch nicht mehr nachgefordert werden, da es sich um eine mit dem Angebot nachzuweisende leistungsbezogene Mindestanforderung handele, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch gar nicht vorhanden gewesen sei, weil eben noch kein entsprechender Vorbescheid der BG Verkehr in der Welt gewesen sei. Soweit die Bg vorgetragen habe, so die ASt in der Stellungnahme vom 22. März 2021, eine Vorprüfung der BG Verkehr liege der Bg mittlerweile vor, diese liege aber nicht der Ag vor bzw. sei von dieser nicht geprüft worden sei, ist die ASt der Ansicht, die Ag habe dadurch nachträglich von der Anforderung der Vorprüfung Abstand genommen, die Ag habe auf die Anforderung der deutschen Flagge verzichtet und verstoße so gegen § 128 Abs. 1 GWB. Denn es sei nicht gewährleistet, dass die Bg die Mindestlohnvorschriften einhalte, da deren Schiff nicht die deutsche Flagge führe.

- In ihrem Schriftsatz vom 7. Dezember 2020 trägt die ASt ferner vor, es sei zu befürchten, dass die Bg, auf dem von ihr angebotenen Schiff keine deutsche Besatzung führe, sondern mit Crewing-Dienstleistern zusammenarbeite. Da die Bg – wie in Ziff. 1.16 des Vorgangs 4/06 der Vergabeakte bei der formalen Angebotsprüfung dokumentiert – erklärt habe, alle Leistungen selbst auszuführen, sei von Amts wegen zu prüfen, ob ein Verstoß gegen die leistungsbezogenen, weil preisrelevanten Maßgaben der Ziff. 3.2 der Leistungsbeschreibung vorliege, wonach ein Bieter ein verbindliches Besatzungszeugnis beizufügen hat. Soweit die Ag in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2021 auf entsprechende Frage der Vergabekammer vom 23. Dezember 2020 geantwortet habe, Ziff. 3.2 fordere die Vorlage eines Schiffsbesatzungszeugnisses im Sinne des § 8 Schiffsbesetzungsverordnung (SchBesV), sei dies falsch und aktenwidrig. Die ASt führt hierzu in ihrer Stellungnahme vom 13. Januar und 12. März 2021 aus, Ziff. 3.2 formuliere wortlautgemäß lediglich die Anforderung nach einem verbindlichen Besatzungszeugnis über die Mindestbesatzung mit Funktion und Qualifikation. Ein solches habe die ASt auch dem Angebot beigefügt, was die ASt mit E-Mail vom 11. Januar 2021 zur Akte gereicht hat. Diese Anforderung entspreche auch der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, in der eine Übersicht des für die Ausführung der Leistung vorgesehenen technischen Personals mit Qualifikationsnachweisen gefordert worden sei. Ein Schiffsbesatzungszeugnis nach § 8 SchBesV sei von Ziff. 3.2 nicht gemeint gewesen, da dieses erst nach Prüfung durch die BG Verkehr ausgestellt werden könne. Vor dem Hintergrund der Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung und der Mitteilung der Ag vom 1. Oktober 2020 sei vielmehr ein vom Bieter verbindlich aufzustellendes Besatzungszeugnis mit dem Angebot einzureichen gewesen, das die BG Verkehr in ihre Vorprüfung aufzunehmen gehabt habe. Es sei, wie die ASt in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, im Angebot zu konkretisieren gewesen, mit welcher Besatzung das angebotene Schiff gefahren werden solle. Die BG Verkehr habe dementsprechend für die Vorprüfung auch eine Liste mit einzureichenden Nachweisen der Besatzungsmitglieder aufgestellt. Die Bg habe dagegen ein solches Zeugnis mit ihrem Angebot nicht vorgelegt und damit die entsprechende Mindestanforderung aus Ziff. 3.2 der Leistungsbeschreibung nicht erfüllt.
- Soweit die Bg in ihrer Stellungnahme vom 4. Dezember 2020 vorgetragen habe, die ASt bediene sich für den angebotenen Schlepper eines Nachunternehmers, für den keine Nachunternehmererklärung abgegeben worden sei, hält die ASt dem in ihrer Stellungnahme vom 10. Dezember 2020 entgegen, sie werde den von ihr angebotenen Schlepper, der nicht ihr, sondern zur Flotte der [...] gehöre, als Ausrüster betrieben und sei daher nach § 477 Abs. 2 HGB als Reeder anzusehen. Sie habe daher einen Schiffsmietvertrag nach § 553 HGB ver-

einbart, was den Vermieter nicht zu einem Nachunternehmer der ASt mache. Die Bg dagegen biete einen Schlepper an, der ihr nicht gehöre und über den sie mit dem Eigentümer auch keinen Vertrag geschlossen habe, der sie zum Reeder machen werde. Die Bg betriebe das Schiff lediglich als Schiffsmanager, was sie zum Geschäftsbesorger, aber nicht zum Reeder mache. Sofern die Bg den angebotenen Schlepper beim Eigentümer „einchartere“, sei das ein Unterauftrag, da die Verantwortung für den Schiffsbetrieb dann beim Eigentümer des Schleppers bleibe. Für diesen Fall könne es an einer Nachunternehmererklärung der Bg fehlen, was von Amts wegen zu untersuchen sei, um einen möglichen Ausschluss der Bg nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4 VgV zu prüfen.

- Ferner stelle das Angebot der Bg ein unzulässiges Unterkostenangebot dar, das mit den Maßgaben des § 60 VgV unvereinbar und daher nicht weiter berücksichtigungsfähig sei. Die ASt gehe aufgrund der ihr mitgeteilten Punktzahl davon aus, dass die Bg eine noch deutlich unterhalb des knapp kalkulierten Angebotspreises der ASt liegenden Preis angeboten habe. Die ASt äußert im Schriftsatz vom 12. März 2021 den Verdacht, der Preis der Bg liege um mehr als 50% unter dem von der ASt angebotenen Preis. Ein Zuschlag auf ein solches Unterkostenangebot dürfe nach § 60 VgV nur bei entsprechend günstiger Prognose des Auftraggebers erteilt werden. An einer solchen fehlerfreien Prognose der Ag fehle es hier.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 übermittelte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt ein Schreiben, es werde *„gebeten, uns kurzfristig die vollständigen Vergabeakten der Antragsgegnerin zu schicken“*, damit ihr grundsätzlicher Anspruch auf vollständige Akteneinsicht erfüllt werden könne. Die seitens der Vergabekammer in Kopie mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 übermittelten Aktenteile seien nicht vollständig. Sie führt näher aus, dass in diesen Auszügen auf einzelne Aktenteile Bezug genommen wird, die nicht mit in Kopie übersandt worden seien. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 10. Dezember 2020 beantragte sie vollständige Einsicht in die Vergabeakte und führte zusätzlich aus, eine entsprechend ergänzende Einsicht in die Vergabeakte sei zur Wahrung ihres rechtlichen Gehörs erforderlich, weil sich Ag beispielsweise in ihrem Schriftsatz vom 30. November 2020 (Seite 2, 3) im Hinblick auf ihre Ausführungen zu § 60 VgV auf Akteninhalt der Vergabeakte berufe, der der ASt nicht im Wege der Akteneinsicht zugänglich gemacht worden sei. Mit Schreiben vom 28. Dezember 2020 hat die ASt ihren Antrag wiederholt, ihrem Verfahrensbevollmächtigten zur Erledigung ihres Anspruchs auf vollständige Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB zu schicken.

Mit Schreiben vom 13. Januar 2021 hat der Verfahrensbevollmächtigte der ASt die Vorlage der Dokumentation der seitens der Ag bei der Bg ergänzend durchgeführten Preisprüfung nach § 60 VgV

beansprucht, die die Ag mit Schreiben vom 13. Januar 2021 bei der Vergabekammer eingereicht hat. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 25. Januar 2021 hat die ASt begehrt, ihr solle das prozentuale Verhältnis der Kostenpositionen der Urkalkulation der Bg offengelegt werden. Mit Schreiben vom 28. Januar 2021 hat die ASt die Einsichtnahme in die Vergabeakte in den Geschäftsräumen der Vergabekammer begehrt.

Mit Schreiben vom 5. Februar 2021 hat der Verfahrensbevollmächtigte der ASt bemängelt, er habe bei der Akteneinsicht in die Vergabeakte vor Ort in den Räumen der Vergabekammer nicht die Originalakten einsehen können, sondern nur einen Aktenauszug in Kopie und verlangt, bei dem Termin für die Einsichtnahme in die Verfahrensakte der Vergabekammer am 12. Februar 2021 die Vergabeakte im Original einzusehen. Die Vorsitzende der Vergabekammer hat hierzu mit Verfügung vom 8. Februar 2021 mitgeteilt, dass die Einsicht in die Vergabeakte wegen im Einzelnen erforderlicher Schwärzungen nach § 165 Abs. 2 GWB die Vorlage der originalen Vergabeakte ausschließe, die Einsicht in eine § 165 Abs. 2 GWB entsprechende Fassung der Vergabeakte zudem bereits vorab schriftlich und nochmals am 4. Februar 2021 vor Ort bei der Vergabekammer erfolgt sei. Am 12. Februar 2021 könne die Vergabeakte im Original daher nicht, sondern nur die Originale der Verfahrensakte der Vergabekammer in einer § 165 Abs. 2 GWB entsprechenden Fassung eingesehen werden. Die Vorsitzende hat in der Verfügung darauf hingewiesen, dass statt einer Akteneinsicht in die Verfahrensakte der Vergabekammer vor Ort der ASt auch eine Kopie der Verfahrensakte übermittelt werden könne.

Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Februar 2021 beantragt die ASt erneut, „uns kurzfristig die vollständigen Vergabeakten und die vollständigen Vergabeakte der Ag zum Zweck der Akteneinsicht zu schicken.“

Die Vergabekammer hat mit Verfügung vom 1. März 2021 auf die gemäß § 165 Abs. 2 GWB im Einzelnen gewährte Einsicht in die Vergabeakte sowie die Verfahrensakte der Vergabekammer hingewiesen.

Mit Schriftsatz vom 12. März 2021 hat die ASt eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs bemängelt. Sie rügt, sie habe in weite Teile der Vergabeakte und die Verfahrensakte der Vergabekammer keine Akteneinsicht erhalten, insbesondere in die Akten zur Preisprüfung der Ag und den Vergabevermerk vom 2. Februar 2021. Der seitens der ASt erneut beantragten Gewährung von Akteneinsicht sei durch die Vergabekammer nicht entsprochen worden.

Die ASt stellt, worauf sie in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich hingewiesen hat, ihre im Wesentlichen gleich lautenden Anträge aus den Nachprüfungsanträgen vom 19. November 2020 und 28. Januar 2021. Sie beantragt danach

1. a) der Ag zu untersagen, in dem Vergabeverfahren „Charterung eines Notschleppers [...]“ (Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom [...]: [...] Az. [...]) auf das Angebot der [...] den Zuschlag zu erteilen;  
b) die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen und die Angebotswertung unter Ausschluss des Angebots der [...] zu wiederholen;
2. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt zuletzt,

die Anträge der ASt bereits als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise und im Übrigen als unbegründet zurückzuweisen und ihr die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Sie hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet und führt dazu mit Schreiben vom 30. November und 10. Dezember 2020 sowie 8., 13., 20., 25. Januar und 1., 4. und 16. Februar 2021 wie folgt aus:

- Den Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 hält die Ag wegen des bereits anhängigen Nachprüfungsantrags vom 19. November 2020, der dieselbe Streitsache betreffe, und der somit bestehenden anderweitigen Rechtshängigkeit für unzulässig. Die Ag verweist in ihrer Stellungnahme vom 4. Februar 2021 insofern auf ihre Mitteilung vom 21. Januar 2021 an die ASt. Daraus ergebe sich, dass die Ag sich auf das ursprüngliche Vergabeverfahren bezogen habe. Die Ag habe zudem gegenüber den zu informierenden Bietern darauf hingewiesen, dass sie das durch den ersten Nachprüfungsantrag vom 19. November 2020 ausgelöste Zuschlagsverbot einhalten werde und die Vorabinformation vom 21. Januar 2021 nur formalen Gründen geschuldet sei, weil die Ag meine, nach der nachgeholten Preisprüfung bei der Bg eine neue Vorabinformation herausgeben zu müssen. Daraus sei ersichtlich, dass kein neues Vergabeverfahren ohne EU-Auftragsbekanntmachung durchgeführt worden sei, sondern lediglich Maßnahmen im ursprünglich eingeleiteten Vergabeverfahren ergriffen worden seien. Die Rüge der ASt eines Verstoßes gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB greife daher nicht durch. Soweit die ASt mit dem Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 Anlage AST 7

vorgelegt habe und daraus ableite, die Ag habe das Zuschlagsverbot zugunsten der Bg umgehen wollen, gehe sie fehl. Anlage ASt7 betreffe lediglich eine Anordnung der Ag vom 4. Februar 2021 zur Verlegung von Notschleppschiffen in Bereitschafts- und Sturmpositionen im Zuge maritimer Notfallvorsorge für den derzeit vakanten Einsatzort [...], die die Ag wegen akuter Sturmwarnungen bzw. der verlängerten Entscheidungsfrist im Nachprüfungsverfahren habe ergreifen müssen.

- Die Umstrukturierung der [...]-Gruppe in Deutschland [...] hält die Ag vergaberechtlich für unerheblich, was maßgeblich auf Aufklärungsverfügung der Vergabekammer vom 26. Januar 2021 mit Schreiben vom 1. Februar 2021 dargelegt wird. Aus einem von der Ag vorgelegten Handelsregisterauszug vom 26. Januar 2021 ergebe sich, dass die Bg als Rechtsperson nach wie vor fortbestehe, so dass sich keine Auswirkungen auf das Angebot der Bg ergäben und diese nicht auszuschließen sei.
- Die Ag weist darauf hin, dass die Maßgaben der Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung erst zu Vertrags-/Leistungsbeginn erfüllt sein müssten, weshalb die der Ag zur Verfügung stehenden zivil-/vertragsrechtlichen Instrumentarien ausreichend seien, um den Vertragspartner zu einer insofern vertragskonformen Leistung anzuhalten. Es komme allerdings im Ergebnis auf diese Frage gar nicht an, weil die Bg ohnehin nicht von diesen Vorgaben abgewichen sei. Zwar habe das angebotene Schiff zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht die deutsche Flagge geführt, allerdings habe die Bg nachgewiesen, dass das Schiff zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe im deutschen Seeschiffsregister eingetragen sei und die deutsche Flagge vormals geführt habe. Vor diesem Hintergrund sei es nicht notwendig gewesen, die von der Ag im Hinblick auf Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung geforderte Bescheinigung der BG Verkehr mit dem Angebot beizubringen. Nach dem Hinweis der Ag vom 1. Oktober 2020 sei eine solche Bescheinigung der BG Verkehr nur erforderlich, wenn weder die deutsche Flaggenführung noch eine Eintragung ins deutsche Seeschiffsregister im Zeitpunkt der Angebotsabgabe gegeben sei. Daher greife der Ausschlussgrund des § 57 Abs. 1 Nr. 4, § 53 Abs. 7 S. 1 VgV bei der Bg nicht ein.
- Ein Verstoß gegen § 60 VgV sei ebenfalls nicht gegeben. Hierzu verweist die Ag maßgeblich auf die mit ihrem Schreiben vom 13. Januar 2021 nachgereichte Dokumentation der Prüfung der Auskömmlichkeit der Preise der Bg, die sie im Vermerk vom 13. Januar 2021 detailliert anhand der von der Bg auf Aufklärungsersuchen nachgereichten Urkalkulation analysiert hat. Danach geht die Ag von der Auskömmlichkeit des Angebotes aus.
- Zur Frage der von der ASt bemängelten Nichtvorlage eines Besatzungszeugnisses durch die Bg führt die Ag auf entsprechende Frage der Vergabekammer vom 23. Dezember 2020 mit

Schreiben vom 8. Januar 2021 aus, die diesbezügliche Anforderung in Ziff. 3.2 der Leistungsbeschreibung betreffe ein sog. Schiffsbesatzungszeugnis nach § 8 SchBesV. Ein solches Zeugnis werde auf Antrag durch die BG Verkehr ausgestellt und gelte nach § 1 SchBesV nur für Schiffe, die die deutsche Flagge führen. Ein verbindliches Besatzungszeugnis könne daher bei Schiffe, die derzeit ausgeflaggt seien, erst zum Beginn der Leistungserbringung vorgelegt werden, wenn diese gemäß den Vorgaben der Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung die deutsche Flagge zu führen hätten. Insofern folge die Anforderung an die Vorlage des Schiffsbesatzungszeugnisses nach Ziff. 3.2 den seitens der Ag angepassten Anforderungen an die Schiffsnationalität.

- Von einem Nachunternehmereinsatz durch ASt oder Bg hinsichtlich der jeweils angebotenen Schiffe geht die Ag in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2021 nicht aus.
- Das Begehren der ASt auf weitergehende Einsicht in die Vergabeakte hält die Ag für unbegründet, was sie mit Schreiben vom 7. Dezember 2020 bzw. 5., 20. und 25. Januar 2021 näher ausführt.

c) Die mit Beschluss vom 24. November 2020 zum mit Antrag vom 19. November 2020 eingeleiteten und mit Beschluss vom 29. Januar 2021 zum mit Antrag vom 28. Januar 2021 eingeleiteten Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg beantragt zuletzt,

1. den Nachprüfungsantrag mit allen Einzelanträgen abzulehnen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Bg für notwendig zu erklären.

Des Weiteren beantragt die Bg Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB.

Sie hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet und trägt mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 25. November, 4., 10., 17. und 22. Dezember 2020 sowie 4., 15., 20. Januar und 1. sowie 3. Februar und 15. März 2021 folgendermaßen vor:

- Den Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 hält die Bg wegen anderweitiger Rechtshängigkeit der Streitsache auf den ursprünglichen Nachprüfungsantrag vom 19. November 2020 für unzulässig. Die Bg habe kein neues Angebot abgegeben, die Ag habe sich auch in ihrer Mitteilung vom 21. Januar 2021 nur auf das ursprünglich bekannt gemachte Vergabeverfahren bezogen.
- Zur Umstrukturierung der [...] Group [...] hat die Bg in ihren Stellungnahmen vom 15. und 20. Januar sowie als Antwort auf Aufklärungsverfügung der Vergabekammer vom 26. Januar 2021 mit Schriftsatz vom 1. Februar 2021 vorgetragen und ausgeführt, diese Maßnahme

diene lediglich der Bündelung der operativen Tätigkeit der Unternehmensgruppe in einer Gesellschaft, der [...]. Die Bg hat als Beleg einen Auszug aus dem Handelsregister der [...]GmbH vom 25. Januar 2021 sowie (als Geschäftsgeheimnis gegenüber der ASt) ein Organigramm des Konzerns der [...]Gruppe vorgelegt, aus der hervorgeht, dass die Bg als Tochtergesellschaft der [...] nach wie vor fortbesteht. Die Bg werde die Leistung somit erbringen können und stehe für ihr Angebot und die Durchführung ein. Einer Eignungsleihe oder vergleichbare Maßnahmen bedürfe es nicht. Die neue Gesellschaft verfüge über die Eignungsanforderungen wie z.B. die Referenzen.

- Die Bg ist der Ansicht, ihr Angebot sei nicht wegen Unvollständigkeit auszuschließen. Soweit die ASt meine, die Bg habe kein von der Ag gefordertes Schreiben der BG Verkehr beigebracht, komme es auf diese Forderung für die Bg nicht an. Einerseits handele es sich dabei um eine als Eignungsanforderung einzustufende Nachweisanforderung im Sinne von § 46 Abs. 3 Nrn. 5, 6 VgV, die entgegen § 122 Abs. 4 GWB nicht in der Auftragsbekanntmachung aufgestellt worden und daher ohnehin nicht verbindlich sei. Es handele sich deshalb um einen Eignungsnachweis, weil die Ag auf dieser Grundlage eine Prognose erstellen wolle, ob die jeweiligen Bieter die Anforderungen der Ziff. 3.1 jedenfalls zu Vertragsbeginn erfüllen könnten. Die Vorlage sei nicht einmal nach der Checkliste der Ag in der Angebotsaufforderung als mit dem Angebot vorzulegender Nachweis aufgeführt. Da der geforderte Nachweis der BG Verkehr also als Eignungsnachweis einzustufen sei, der entsprechend bekannt zu machen gewesen wäre, komme auch kein Ausschluss ihres Angebots nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV in Betracht. Denn als letztlich unverbindlich geforderter Eignungsnachweis wäre dieses Schreiben, sollte es überhaupt fehlen, jedenfalls nachzufordern, was einem Ausschluss vorzuziehen sei.
- Die Bg habe, wie sie im Schriftsatz vom 15. März 2021 ausführt, die Vorprüfung der BG Verkehr durchführen lassen, so dass eine Rückflaggung jederzeit erfolgen könne. Die Bg sei aber ohnehin nicht verpflichtet gewesen, den von der Ag geforderten Vorbescheid der BG Verkehr vorzulegen. Denn die Anforderungen der Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung träfen nämlich gar nicht auf die Bg zu, da sie jedenfalls im Seeschiffsregister eingetragen sei bzw. jedenfalls vor Vertragsbeginn wieder die deutsche Flagge führen müsse, da der Schlepper nur zeitlich befristet nach § 7 FlaggRG ausgeflaggt sei. Die Anforderung der Ziff 3.1 sei nach dem objektiven Empfängerhorizont unmissverständlich dahin zu verstehen, dass eine Bescheinigung der BG Verkehr nur dann vorzulegen sei, wenn weder die deutsche Flagge zum Angebotszeitpunkt geführt werde noch das Schiff in das Schiffsregister eingetragen sei. Da diese kumulativen Anforderungen auf die Bg nicht zuträfen, brauche sie auch die



Bescheinigung der BG Verkehr nicht vorzulegen. Jedenfalls seien die Vorgaben der Ag ungenau, was zu Lasten der Ag gehe und keinen Ausschluss des Angebots der Bg begründen könne.

- Von dem seitens der Ag geforderten Nachweis der BG Verkehr sei die Anforderung nach Ziff. 3.1 abzugrenzen. In der Sache komme es daher darauf an, ob der Schlepper der ASt zum Vertragsbeginn die Anforderungen der Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung bei Vertragsbeginn erfüllen könne. Dies sei der Fall. Die Ag habe dementsprechend auf der Grundlage des Angebots der Bg bzw. des von ihr damit eingereichten BSH-Schreibens die fehlerfreie Prognose treffen können und getroffen, dass die Bg die Gewähr dafür biete, bei Vertragsabschluss die Anforderungen der Ziff. 3.1 zu erfüllen.
- Eine Preisprüfung sei beim Angebot der Bg seitens der Ag nicht geboten, da diese ihr Angebot branchengerecht kalkuliert habe. Es sei eher zu befürchten, dass das Angebot der ASt unangemessen hoch sei. Bei Bedarf könne die Bg die Auskömmlichkeit ihres Angebots erläutern.
- Soweit die ASt bemängele, die Bg habe nur unvollständige Besatzungszeugnisse eingereicht, sei dies reine Mutmaßung. Ein Verstoß der Bg liege insofern nicht vor. Weder habe die Ag das Angebot der Bg insofern bemängelt noch sei die entsprechende Anforderung wirksam als Eignungsanforderung im Sinne von § 46 Abs. 3 Nrn. 5, 6 VgV in der Auftragsbekanntmachung noch in der besagten Checkliste der Angebotsaufforderung bekannt gegeben worden. Jedenfalls aber sei ein etwaig fehlendes Besatzungszeugnis von der Ag bei der Bg zwingend nachzufordern. In ihrer Stellungnahme vom 15. Januar 2021 unterstützt die Bg den Vortrag der Ag und weist darauf hin, dass die Anforderung in Ziff. 3.2 der Leistungsbeschreibung sich auf ein Schiffsbesatzungszeugnis nach § 8 SchBesV beziehe, das erst mit Beginn der Leistungserbringung vorzulegen sei, wenn ein Schiff angeboten werde, dass auch erst zu diesem Zeitpunkt die deutsche Flagge führen müsse. Denn das Schiffsbesatzungszeugnis müsse nur von solchen Schiffen geführt werden. Dies folge aus den geänderten Anforderungen der Ag zu Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung. Schließlich weist die Bg in ihrer Stellungnahme vom 15. Januar 2021 darauf hin, dass die Anforderung in Ziff. 3.2 zum Schiffsbesatzungszeugnis auch die Vorlage eines entsprechenden Zeugnisses anderer Flaggenstaaten, die alle auf Basis des entsprechenden Abkommens der International Maritime Organisation auszustellen seien, zulasse. Daher habe die Ag auch bei Schiffen, die zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht die deutsche Flagge führten, ggf. etwaige Zeugnisse zuzulassen bzw. nachzufordern, sofern dies geboten sei.

- Schließlich ist die Bg der Ansicht, das Angebot der ASt sei nach § 57 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4 VgV auszuschließen, weil diese keine zutreffende Benennung ihres Nachunternehmers vorgenommen habe. Die Bg verfüge über Marktkenntnisse, nach denen die ASt auf ein Schiff zugreifen wolle, das nicht in ihrem Eigentum stehe bzw. an deren Eigentümergesellschaft sie auch nicht beteiligt sei. Das erfordere, das Nachunternehmerverzeichnis nach Formblatt 392 gemäß Ziff. 7 der Teilnahmebedingungen auszufüllen, was die ASt aber ausweislich der Vergabeakte (Dokumentation der formalen Prüfung des Angebots der ASt, s. dort Ziff. 1.16) nicht getan habe. Die ASt habe vielmehr unzutreffend angegeben, die Leistung selbst auszuführen.
- Soweit die ASt einen unzulässigen Nachunternehmereinsatz der Bg bemängelt habe, sei dies unzutreffend. Die Bg trägt hierzu in ihrer Stellungnahme vom 17. Dezember 2020 näher vor, was sie allerdings im Einzelnen als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis der Bg gekennzeichnet hat und daher hier nicht konkret wiedergegeben werden kann.
- Dem Begehren der ASt auf weitergehende Akteneinsicht, soweit sich dieses auch auf das Angebot der Bg bzw. die von der Ag ergänzend durchgeführte Preisprüfung erstreckte bzw. entsprechende Informationen beziehe, lehnt sie unter Hinweis auf ihre Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse ab. In ihrer Stellungnahme vom 5. Januar 2021 hat die Bg vorsorglich eine erweiterte Akteneinsicht beantragt, sofern dem entsprechenden Begehren der ASt stattgegeben werde.

3. Mit Schreiben an den Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 20. November 2020 sowie vom 28. Januar 2021 teilte die Vorsitzende der Vergabekammer mit, dass die jeweiligen Nachprüfungsanträge an die Ag übermittelt worden seien und wies u.a. darauf hin, die Akteneinsicht werde im Nachprüfungsverfahren regelmäßig durchgeführt, indem gegen Zahlung der Kopierkosten Kopien der nicht geheimhaltungsbedürftigen Teile der Vergabeakten übersandt würden.

Die Ag hat eine aus zwei Ordnern bestehende Vergabeakte mit Schreiben vom 26. November 2020 der Vergabekammer übermittelt, mit Schreiben vom 13. Januar 2021 eine Dokumentation der zwischen dem 21. Dezember 2020 und 21. Januar 2021 durchgeführten Preisprüfung bei der Bg sowie mit Schreiben vom 2. Februar 2021 eine Dokumentation des Vorgangs um die Vorabinformation an die ASt bzw. die Zuschlagsmitteilung an die Bg vom 21. Januar 2021.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg, jeweils nach Anhörung der insoweit von der Offenlegung im Einzelnen betroffenen Verfahrensbeteiligten, Einsicht in die Vergabeakte erteilt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nicht betroffen waren. Zu diesem Zweck hat die Vergabekammer

ASt und Bg je mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 und 18. Januar 2021 Auszüge der Vergabeakte in Kopie übermittelt, soweit keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Mit Verfügung vom 26. Januar 2021 hat der Berichterstatter der Vergabekammer Ag und Bg im Hinblick auf die von der ASt vorgelegte Anlage AST 11 zur Aufklärung über den Fortbestand der Bg aufgefordert und zum Begehren der ASt, die Kammer möge ihr die Vergabeakte schicken, auf § 165 Abs. 1 GWB hingewiesen, woraus sich ergebe, dass eine Einsichtnahme in die Vergabeakte nur in den Geschäftsräumen der Kammer bzw. durch Übersendung von Kopien und zudem begrenzt durch § 165 Abs. 2 GWB möglich sei.

Mit Verfügung vom 1. Februar 2021 hat die Vergabekammer auf das Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten der ASt vom 28. Januar 2021, die Vergabeakte in den Geschäftsräumen der Vergabekammer einsehen zu wollen, diesen darauf hingewiesen, dass eine Einsichtnahme vor Ort nur in einer nach § 165 Abs. 2 GWB begrenzten Fassung möglich sei wie sie der ASt bereits durch Übersendung von Kopien der entscheidungsrelevanten Auszüge der Vergabeakte bekannt sei, so dass eine erneute Einsicht in die Vergabeakte vor Ort keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn erwarten lasse. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 2. Februar 2021 hat die ASt an ihrem Begehren auf Einsicht in die Vergabeakte bei der Vergabekammer festgehalten. Ebenfalls Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 2. Februar 2021 hat die ASt zusätzlich Einsicht in die Verfahrensakte der Vergabekammer beantragt.

Die ASt hat über ihren Verfahrensbevollmächtigten Einsicht in die Vergabeakte vor Ort in den Räumlichkeiten der Vergabekammer am 4. Februar 2021 in einer um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bereinigte Fassung erhalten. Zu diesem Zweck wurde der ASt ein entsprechender Auszug aus der Vergabeakte in Kopie vorgelegt, der dem entsprach, den die ASt von der Vergabekammer mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 und 18. Januar 2021 erhalten hatte, ergänzt um weitere Teile der Vergabeakte sowie die von der Ag zum Vorgang um die Vorabinformation vom 21. Januar 2021 übermittelten Teile der Vergabeakte. Die Vergabekammer hat diesen Auszug in einem Aktenordner „Auszug Vergabeakte, Akteneinsicht vor Ort durch ASt 4.2.2021“ dokumentiert, der nach der Durchführung der Akteneinsicht als Anlagenband zur Verfahrensakte genommen und für diese Zwecke entsprechend mit Stempel paginiert wurde, um die Durchführung der Akteneinsicht zu dokumentieren (soweit neben der im Anlagenband enthaltenen Stempelpaginierung der Verfahrensakte stellenweise noch handschriftliche Seitenzahlen verzeichnet sind, dienen diese den Zwecken der konkreten Durchführung der Akteneinsicht in die entsprechenden Auszüge Vergabeakte).

Am 12. Februar 2021 hat die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten Einsicht in die Verfahrensakte der Vergabekammer erhalten, soweit wichtige Gründe im Sinne von § 165 Abs. 2 GWB nicht entgegenstanden.

Dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt wurden sowohl die derart vorgelegten und nach § 165 Abs. 2 GWB bereinigten Auszüge aus der Vergabeakte der Ag als auch die entsprechend vorgelegte Verfahrensakte der Vergabekammer in Kopie zur Verfügung gestellt.

Die Vergabekammer hat mit Schreiben vom 10. Februar 2021 allen Verfahrensbeteiligten ihre vorläufige rechtliche Einschätzung übermittelt und vor dem Hintergrund der pandemiebedingten langen Verfahrensdauer darauf hingewiesen, dass damit aus Gründen des Beschleunigungsgebots eine konzentrierte Vorbereitung der mündlichen Verhandlung hinsichtlich des bis dato entscheidungserheblichen Sach- und Streitstoffs ermöglicht werden sollte.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird verwiesen.

Die fünfjährige Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB, die am 25. Dezember 2020 abgelaufen wäre, hat die Vergabekammer mit Verfügung vom 11. Dezember 2020 gegenüber den Verfahrensbeteiligten nach § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB zunächst bis zum 1. Februar 2021 und nochmals mit Verfügung vom 1. März 2021 bis zum 31. März 2021 verlängert.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die streitgegenständliche Beschaffungsentscheidung ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag des Bundes gemäß §§ 103 Abs. 4, 98, 99 Nr. 1 GWB, so dass das Nachprüfungsverfahren nach § 155 GWB statthaft und die Vergabekammer des Bundes nach § 159 Abs. 1 Nr. 1 GWB zuständig ist. Der einschlägige Schwellenwert von 214.000 Euro nach § 106 GWB, § 3 VgV ist ausweislich der in der Vergabeakte dokumentierten Auftragswertschätzung deutlich.

b) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat das nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderliche Interesse an dem öffentlichen Auftrag, da sie ein Angebot abgegeben hat. Des Weiteren macht sie mit beiden Anträgen vom 19. November 2020 und vom 28. Januar 2021 die Verletzung bieterschützender Vorschriften des Vergaberechts im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 1, § 97 Abs. 6 GWB geltend und hat auch den nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderlichen drohenden Schaden dargelegt.

c) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nachgekommen.

Die ASt hat auf die Mitteilung des beabsichtigten Zuschlags an die Bg durch die Ag vom 12. November 2020 mit Schreiben vom 16. November 2020 gerügt und damit die 10-Tagesfrist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB eingehalten. Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist ebenfalls gewahrt. Nach Erhalt der Nichtabhilfemitteilung der Ag mit Schreiben vom 19. November 2020 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag noch am selben Tag und damit fristgerecht gestellt.

Zudem hat die ASt auf die erneute Vorabinformation der Ag vom 21. Januar 2021 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg rechtzeitig binnen der Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB mit Schreiben vom 25. Januar 2021 gerügt und auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 26. Januar 2021 mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Januar 2021 rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB insofern die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

d) Dem Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 steht schließlich nicht entgegen, dass die ASt bereits ihren Nachprüfungsantrag vom 19. November 2020 (ursprünglich unter dem Az. VK2-105/20 geführt) anhängig gemacht hat, der im Wesentlichen dieselben Vergaberechtsverstöße und dasselbe Vergabeverfahren zum Gegenstand hat wie der Antrag vom 28. Januar 2021.

Soweit sich Ag und Bg in ihren Stellungnahmen vom 3. und 4. Februar 2021 auf den Einwand anderweitiger Rechtshängigkeit berufen haben, gehen sie fehl. Ausschlaggebend ist die von der Ag durch die neue Vorabinformation nach § 134 GWB vom 21. Januar 2021 gesetzte neue Mitteilung über den ab dem 1. Februar 2021 möglichen Zuschlag an die Bg. Danach musste die ASt davon ausgehen, dass eine Zuschlagserteilung ab dem genannten Datum auf dieser Grundlage erfolgen kann. Um sicherzugehen, dass das Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB auch insofern ausgelöst wird, konnte sie statthafterweise den Nachprüfungsantrag stellen. Zwar hat die Ag bei Übersendung der Mitteilung nach § 134 GWB darauf hingewiesen, dass diese Mitteilung nur der Form halber

erfolge und das Zuschlagsverbot, ausgelöst durch den Nachprüfungsantrag vom 19. November 2021, eingehalten werde. Auch gilt das Zuschlagsverbot ausweislich des § 169 Abs. 1 GWB kraft Gesetzes und hätte somit durch die neue Mitteilung vom 21. Januar 2021 grundsätzlich nicht umgangen werden können. Allerdings hat die Ag mit der neuen Mitteilung die Möglichkeit geschaffen, den Zuschlag auf dieser Grundlage zu erteilen, sobald das Zuschlagsverbot, ausgelöst durch den Nachprüfungsantrag vom 19. November 2021, entfällt. Ob und unter welchen Voraussetzungen dieses der Fall sein kann, ist dabei unerheblich. So könnte die Ag im Falle der Erledigung des auf den Antrag vom 19. November 2021 zunächst eingeleiteten Nachprüfungsverfahrens auf Grundlage der Mitteilung vom 21. Januar 2021 den Zuschlag an die Bg erteilen. Das kann die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 und dem damit auch insofern ausgelösten Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB in grundsätzlich statthafter Weise verhindern.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Weder liegt die von der ASt gerügte de facto Vergabe vor (a) noch sind die übrigen – im Antrag vom 28. Januar 2021 hilfsweise – gerügten Punkte gegeben (b bis f).

a) Der von der ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 in der Hauptsache bemängelte Verstoß gegen § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB liegt nicht vor. Danach ist ein Vertrag von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftrag ohne vorherige Auftragsbekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben hat, ohne dass dies aufgrund des Gesetzes gestattet ist.

Der neuen Mitteilung nach § 134 Abs. 1 GWB vom 21. Januar 2021 liegt keine de-facto-Vergabe ohne Auftragsbekanntmachung zugrunde. Aus der von der Ag vorgelegten Vergabeakte und der nachvollziehbaren Stellungnahme der Ag vom 4. Februar 2021 ergibt sich, dass die Ag sich innerhalb des ursprünglichen Vergabeverfahrens bewegt hat und die neue Mitteilung nach § 134 GWB nur im Hinblick auf die neu durchgeführte Prüfung der Auskömmlichkeit der Preise der Bg verschickt hat, weil sie dies für rechtlich im Hinblick auf § 134 Abs. 1 GWB geboten hielt. Das ergibt auch ihr Schreiben vom 20. Januar 2021, mit dem sie diese Vorgehensweise bereits angekündigt und darauf hingewiesen hatte, dass durch den Nachprüfungsantrag vom 19. November 2020 ausgelöste Zuschlagsverbot weiterhin einzuhalten. Ein neues nicht ordnungsgemäß bekannt gemachtes Beschaffungsvorhaben ist ersichtlich nicht vorhanden.

Die von der Ag vorgelegte Vergabeakte dokumentiert die Vorgehensweise der Ag nachvollziehbar. Die Ag hat danach mit ihrer Aufklärung bei der Bg vom 21. Dezember 2020 eine Prüfung nach § 60

VgV eingeleitet und anhand der von der Bg übermittelten Urkalkulation auch durchgeführt. Der Vorgang enthält keine Einleitung eines neuen Beschaffungsvorhabens; das – auch der ASt im Zuge der Akteneinsicht offengelegte - Aufklärungsschreiben der Ag vom 21. Dezember 2020 stellt keine Aufforderung zur Angebotsabgabe dar. Die Bg hat lediglich die von der Ag angeforderte Urkalkulation übermittelt, ohne damit aber ein neues Angebot zu unterbreiten. Das belegt ein Vergleich zwischen dem Angebotsschreiben der Bg vom 12. Oktober 2020 und der von der Bg mit Schreiben vom 4. Januar 2021 vorgelegten Urkalkulation (s. dort „Kalkulation einer Tagescharterrate für die Vorhaltung eines Notfallschleppers in der [...]“). Die Kalkulation bestätigt den Preis im Angebotsschreiben.

b) Das Angebot ist, entgegen dem Vorbringen der ASt, nicht nach § 57 Abs. 1, § 53 VgV auszuschließen. Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV werden Angebote von der Wertung ausgeschlossen, die u.a. nicht den Erfordernissen des § 53 VgV Abs. 7 Satz 1 genügen, insbesondere Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, was hier nicht der Fall ist; auch fehlt dem Angebot der Bg keine geforderte Unterlage i.S.v. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV. Das Angebot der Bg war sowohl vollständig als auch inhaltlich konform mit den Vorgaben, in der Nichtvorlage des BG Verkehr-Vorprüfungszertifikats liegt kein Verstoß gegen die Anforderungen aus Ziff. 3.1 der Leistungsbeschreibung in Verbindung mit der Bieterinformation vom 1. Oktober 2020. Richtig ist, dass die Bg kein Zertifikat über die Vorabprüfung durch die BG Verkehr mit ihrem Angebot vorgelegt hat. Ein Ausschlussgrund im Sinne eines Abweichens von den Vorgaben der Vergabeunterlagen oder des Fehlens eines Nachweises läge hierin jedoch nur, wenn die Ag die Vorlage mit dem Angebot tatsächlich gefordert hätte. Dies ist in Bezug auf die Bg und die Konstellation in ihrem Angebot indes nicht der Fall.

aa) Die Leistungsbeschreibung stellt in Ziff. 3.1 zwei Voraussetzungen auf. Danach muss der zum Einsatz kommende Notfallschlepper die Bundesflagge führen und er muss des Weiteren im deutschen Seeschiffsregister eingetragen sein. Letzteres ist hier zwanglos als Anknüpfung an die jedem fachkundigen Bieter bekannte spezifische Terminologie des in Deutschland bei den Schiffsregistern der zuständigen Amtsgerichte für Seeschiffe geführten Seeschiffsregisters gem. § 3 Abs. 2 der Schiffsregisterordnung zu verstehen. Diese Voraussetzungen sind aber erst durch den Zuschlagsempfänger zu Beginn der Vertragsdurchführung einzuhalten, nicht schon im Zeitpunkt der Angebotsabgabe. Im Sinne einer Wettbewerbsoffenheit und entsprechend dem Grundsatz, dass ein Bieter im Regelfall erst nach Zuschlagserteilung und zu Beginn der Ausführung des Auftrags über die geforderten Mittel, hier ein geeignetes Schiff, verfügen muss, hat die Ag das Vorhandensein eines Schiffs unter der Bundesflagge, welches im Seeschiffsregister eingetragen ist, gerade nicht schon bei Angebotsabgabe verlangt. Mit Bieterinformation vom 9. Oktober 2020 wurde nochmals

explizit bestätigt, dass diese Voraussetzungen erst zu Beginn der Durchführung des Vertrags vorliegen müssen.

Was für ein Angebot auf Basis eines Schleppers galt, der im Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht die Bundesflagge führte und auch nicht in ein deutsches Seeschiffsregister eingetragen war, ergab sich aus der zusätzlichen Information der Ag an die Bieter vom 1. Oktober 2021. Hier wird das Vorprüfzertifikat der BG Verkehr relevant. Die Ag hat nämlich für Angebote auf Basis von Schiffen, welche die beiden Voraussetzungen nicht erfüllen – also keine Bundesflagge und keine Eintragung – eine gewisse Sicherheit vor Zuschlagserteilung dahin erlangen wollen, dass das jeweilige Schiff die Bundesflagge voraussichtlich wird erlangen können und damit die vertragskonforme Ausführung der Notschlepperleistungen auch aller Voraussicht nach gewährleistet ist. Daher hat die Ag speziell für dieses Vergabeverfahren mit der BG Verkehr die Möglichkeit geschaffen, dass die BG Verkehr eine Vorprüfung vornimmt, denn diese ist die zuständige Stelle, welche zu prüfen und im Ergebnis zu bestätigen hat, ob die Einfluggungsvoraussetzungen vorliegen. Das Schiff im Angebot der Bg fährt zwar nicht unter der Bundesflagge, es ist jedoch in einem deutschen Seeschiffsregister eingetragen. Mithin ist nur eine der beiden Voraussetzungen im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht erfüllt. Die Information vom 1. Oktober 2020 ist für einen solchen Fall schon dem maßgeblichen Wortlaut nach eindeutig: Nur dann, wenn beide Voraussetzungen kumulativ nicht vorliegen, muss die Vorabprüfung durch die BG Verkehr durchgeführt und das entsprechende Vorabzertifikat mit dem Angebot vorgelegt werden. Dies ergibt sich aus der Verknüpfung der beiden Voraussetzungen mit dem Wort „und“; es heißt gerade nicht, dass das Vorprüfzertifikat mit dem Angebot vorgelegt werden muss, wenn nur eine der beiden Voraussetzungen nicht erfüllt ist.

Ein Angebot wie das der Bg, das sich an den klaren Wortlaut einer Vorgabe hält, weicht nicht von den Vergabeunterlagen ab, sondern hält diese im Gegenteil gerade ein und ist vollständig.

bb) Die ASt interpretiert die genannten Vorgaben im Ergebnis dahin, dass das Vorprüfzertifikat bereits dann einzureichen sei, wenn die Bundesflagge im Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht geführt wird, also mithin nur eine der beiden Voraussetzungen nicht erfüllt ist. Der ASt ist zwar darin beizupflichten, dass auch eine solche Lesart durchaus Sinn ergeben kann. Denn die Prüfungen der BG Verkehr sind allein relevant für die Einfluggung, nicht aber für die Eintragung ins Seeschiffsregister, welches ähnlich dem Grundbuch für Liegenschaften die dinglichen Verhältnisse an Schiffen regelt. Hiermit hat die BG Verkehr, die die Einhaltung aller Sicherheitsvorschriften etc. prüft, nichts zu tun. Es wäre also durchaus vorstellbar gewesen, dass die Ag unabhängig von der Eintragung ins Schiffsregister das Vorprüfzertifikat der BG Verkehr auch schon in dem Fall verlangt, in dem das



Schiff die Bundesflagge bei Angebotsabgabe nicht führt. Das hat die Ag jedoch gerade nicht so vorgegeben, sondern für die Vorlagepflicht mit dem Angebot stattdessen an eine kumulative Nichterfüllung der beiden bei Auftragsbeginn zu gewährleistenden Bedingungen angeknüpft.

Die Vorgabe wie sie seitens der Ag tatsächlich getroffen wurde ist aber aus Sicht eines objektiven fachkundigen Bieters – entgegen der ASt – keinesfalls sinnentleert. Im Seeschiffsregister sind die Schiffe eingetragen, die die Bundesflagge führen bzw. – wie bei der Bg im Fall der vorübergehenden Ausflaggung nach § 7 FlaggRG – diese ursprünglich geführt haben und nach Ablauf der jeweils befristet erteilten Ausflaggungsgenehmigung grundsätzlich wieder führen werden. Das Seeschiffsregister dokumentiert also u.a. das Führen der Bundesflagge bzw. den Zeitraum einer etwaigen Ausflaggung nach § 7 FlaggRG. Dementsprechend hat ein Schiff, das im Seeschiffsregister eingetragen ist, einen Konnex zur Bundesflagge. Ein Auftraggeber kann davon ausgehen, dass dem Bieter in einem solchen Fall die Anforderungen bekannt sind, die im Hinblick auf § 128 Abs. 1 GWB im Zuschlagsfalle erfüllt sein müssen und die Gegenstand der Prüfung durch die BG Verkehr sein werden, um das Schiff wieder unter der Bundesflagge einflaggen zu können. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass ein Auftraggeber wie hier die Ag lediglich bei Schiffen, die keinerlei Berührungspunkte zur Bundesflagge haben, weil sie diese weder führen noch im Seeschiffsregister eingetragen sind, eine Vorprüfung durch die BG Verkehr für erforderlich hält.

Das Verständnis der ASt ist zwar ebenfalls nachvollziehbar, steht aber im Gegensatz zu dem klaren Wortlaut und kann auch nach Sinn und Zweck nicht als die einzig mögliche, zum Ausschluss des Angebots der Bg zwingende Auslegung akzeptiert werden.

cc) Auch wenn man zugunsten der ASt unterstellen wollte, die Vorgabe sei aus einem fachkundigen Empfängerhorizont heraus jedenfalls unklar, so läge dennoch keine wie auch immer geartete Wettbewerbsverzerrung bzw. Diskriminierung durch das offenbar unterschiedliche Verständnis der Voraussetzungen, unter denen das Vorabzertifikat beizubringen war, vor. Das von der ASt vorgesehene Schiff führt aktuell weder die Bundesflagge noch ist es in ein deutsches Seeschiffsregister eingetragen. Damit war es vollkommen richtig, dass die ASt das Vorprüfungszertifikat eingeholt und mit dem Angebot vorgelegt hat, denn sie erfüllte keine der beiden Voraussetzungen. Ganz abgesehen davon, dass die ASt im Nachprüfungsverfahren keine finanziellen Belastungen infolge der Einholung des Vorprüfzertifikats angeführt hat, wäre auch dann keine angebotswirksame Wettbewerbsverzerrung bzw. Diskriminierung unter Verstoß gegen § 97 Abs. 1, 2 GWB gegeben, wenn man zugunsten der ASt unterstellt, die Bg hätte auch ein Vorprüfzertifikat einholen müssen. Denn jeder der beiden Bieter musste die Kosten für die Einflaggung und damit die erforderlichen Prüfungen

durch die BG Verkehr – falls hier nennenswerte Kosten entstanden sein bzw. entstehen sollten – einpreisen. Beide Schiffe bedürfen im Zuschlagsfall der Einflagung, was die Prüfung der BG Verkehr voraussetzt – einmal schwerpunktmäßig als Vorprüfung (ASt), einmal als Prüfung nach Auftragerhalt (Bg). Ein Grund zu einer Rückversetzung infolge unklarer Vorgaben ist daher unter keinem Gesichtspunkt geboten.

c) Anders als die ASt meint, kommt auch ein Ausschluss des Angebots der Bg nach § 57 Abs. 1 Nr. 2, 4 VgV nicht in Betracht, weil die Bg vermeintlich gegen die Mindestvorgabe der Ziff. 3.2 der Leistungsbeschreibung verstoßen hätte. Danach war zwar ein „verbindliches Besatzungszeugnis“ mit dem Angebot vorzulegen. Aus Sicht eines objektiven fachkundigen Bieters ist damit von der Begrifflichkeit her ersichtlich Bezug genommen auf § 8 SchBesV und das dortige „Schiffsbesatzungszeugnis“. Ein Schiffsbesatzungszeugnis wird danach auf Antrag des Reeders durch die Berufsgenossenschaft, die BG Verkehr, erteilt und darin wird bescheinigt, dass ein Schiff ordnungsgemäß besetzt ist, wenn auf ihm mindestens die im Zeugnis aufgeführte Besatzung (Anzahl und abstrakte Qualifikation der Seeleute) fährt. Ein solches Zeugnis i.S.v. § 8 SchBesV haben indes weder die ASt noch die Bg vorgelegt und – hier bestand Einigkeit zwischen den Parteien – keiner der beiden Bieter konnte ein solches verbindliches Besatzungszeugnis vorlegen. Denn die SchBesV, worauf Ag und Bg zutreffend hingewiesen haben und was aus Sicht eines verobjektivierten Empfängerkreises auch zu berücksichtigen ist, gilt nur für Schiffe, die die Bundesflagge führen (§ 1 Abs. 1 SchBesV). Nur Schiffe, die unter der Bundesflagge fahren, können ein verbindliches Schiffsbesatzungszeugnis vorweisen. Beide Bieter haben daher die Vorgabe in Ziff. 3.2 der Leistungsbeschreibung im Gesamtkontext mit den Erläuterungen der Ag vom 1. Oktober 2020, wonach die Bundesflagge erst im Zeitpunkt der Auftragsdurchführung gegeben sein muss, richtig interpretiert, nämlich dahin, dass im Fall des Nichtvorhandenseins der Bundesflagge im Zeitpunkt der Angebotsabgabe auch noch kein verbindliches Besatzungszeugnis nach § 8 SchBesV vorgelegt werden muss. Beide Bieter haben stattdessen dargelegt, wie das Schiff besetzt werden soll. Einer namentlichen Benennung der konkreten Personen bedurfte es dabei nicht, denn auch die BG Verkehr gibt im Rahmen ihrer Prüfungen nur abstrakt vor, welche Anzahl an Crewmitgliedern und mit welcher Qualifikation für das jeweilige Schiff erforderlich ist, um sicher betrieben werden zu können. Einer namentlichen Festlegung auf konkrete Personen bedarf es nicht, wie die Parteien in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend erklärten.

d) Die Ag hat auch nicht gegen die Grundsätze des § 60 VgV verstoßen.

Nach § 60 Abs. 1 VgV bedarf es einer Preisprüfung durch den Auftraggeber, wenn der Preis oder die Kosten eines Angebots im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung dem Auftraggeber ungewöhnlich niedrig erscheinen. Hierfür ist das Überschreiten einer Aufgreifschwelle erforderlich, um den Auftraggeber zu einer entsprechenden Preisaufklärung zu veranlassen. Denn grundsätzlich sind – auch deutliche – Preisabstände zwischen Angeboten einem Vergabewettbewerb immanent. Eine Preisprüfung nach § 60 VgV kommt daher in Betracht, wenn Anhaltspunkte für eine Unauskömmlichkeit bestehen, was der Fall ist, wenn sich einzelne Angebote erheblich von anderen Angeboten oder von der Kostenschätzung des Auftraggebers absetzen. Das OLG Düsseldorf hat in seiner Rechtsprechung diese Aufgreifschwelle für den Regelfall bei einem Abstand von mindestens 20% des betroffenen zum nächstgünstigeren Angebot konkretisiert (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29. Mai 2020, VII-Verg 26/19 m.w.N.). Ausweislich der in der Vergabeakte dokumentierten Angebotssummen von ASt und Bg sowie der Dokumentation der Preisprüfung bei der Bg (s. insbesondere Vermerk der Ag vom 21. Dezember 2020) ist diese Aufgreifschwelle hier durch das Angebot der Bg überschritten.

Die Ag hat vor diesem Hintergrund mit ihrer am 21. Dezember 2020, in statthafter Weise auch während des laufenden Nachprüfungsverfahrens, eine Prüfung nach § 60 Abs. 1 VgV bei der Bg eingeleitet. Die Bg hat die durch die Ag angeforderte Urkalkulation fristgemäß vorgelegt, die Ag hat diese im Einzelnen nach § 60 Abs. 2 VgV geprüft. Diese Prüfung hat sie in ihrem fünfseitigen Vermerk vom 13. Januar 2021 detailliert dokumentiert, der der ASt wegen der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse der Bg nicht offengelegt wurde. Die Zusammenfassung ihrer Prüfung ist dem fortgeschriebenen Vergabevermerk Teil 4 zu entnehmen, wie er von der Ag mit ihrer Stellungnahme vom 13. Januar 2021 zur Akte gereicht wurde und der der Bg in teilgeschwärzter Fassung offengelegt worden ist.

Die Ag hat schließlich nach § 60 Abs. 3 VgV fehlerfrei festgestellt, dass das Angebot der Bg auskömmlich ist. Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 VgV darf der öffentliche Auftraggeber den Zuschlag auf ein Angebot ablehnen, wenn er die geringe Höhe des dort angebotenen Preises nicht zufriedenstellend aufklären kann. Diese Einschätzung, ob die Auskömmlichkeit eines Angebotes zufriedenstellend für den Auftraggeber erfolgt ist, enthält eine Prognose, die dem Beurteilungsspielraum des Auftraggebers obliegt, der im Nachprüfungsverfahren durch die Vergabekammer nur begrenzt auf eine fehlerhafte Vorgehensweise nachprüfbar ist. In ihrem Vermerk vom 13. Januar 2021 hat die Ag die von der Bg in der eingereichten Urkalkulation aufgeführten Kosten sowie deren Zuschlag für Wagnis/Gewinn im Einzelnen und detailliert analysiert und ist zu dem Ergebnis gekommen, dass die Urkalkulation schlüssig ist und die aufgeführten Kosten sich im üblichen Rahmen halten. Daher halte die Ag

das Angebot der Bg für auskömmlich. Anhaltspunkte für Beurteilungsfehler sind nach der von der Ag mit ihren Schreiben vom 13. Januar 2021 eingereichten Dokumentation nicht festzustellen. Insbesondere hat die Ag den für ihre Prüfung maßgeblichen Sachverhalt, die hier zu analysierende Urkalkulation der Bg, zugrunde gelegt. Ihr Prüfvermerk vom 13. Januar 2021 enthält eine plausible, nicht sachwidrige Untersuchung der Urkalkulation, auf deren Grundlage die Schlussfolgerung, das Angebot der Bg sei danach auskömmlich, nachvollziehbar dargelegt bzw. dokumentiert worden ist.

Nach allem liegt kein Verstoß der Ag gegen § 60 VgV im Hinblick auf das Angebot der Bg vor.

e) Die Rüge der ASt, es habe auf Seiten der Bg ein unzulässiger Bieterwechsel stattgefunden, ist ebenfalls unbegründet. Ein Auswechseln des bietenden Unternehmens in der Sphäre der Bg hat nicht stattgefunden. Daher wurde das Angebot der Bg auch nicht etwa nachträglich wesentlich abgeändert, so dass das Angebot der Bg weiterhin berücksichtigungsfähig ist.

Anhaltspunkte dafür, dass die Bg als Unternehmen aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden ist und durch die [...] ersetzt wurde, sind nicht ersichtlich. Soweit die ASt aus der von ihr schon im Zusammenhang mit dem Nachprüfungsantrag vom 19. November 2020 zur Akte gereichten Anlage AST 11 abgeleitet hat, die Bg existiere als Rechtsperson nicht mehr bzw. die [...] habe die operative Geschäftstätigkeit der Bg übernommen und letztere sei dadurch tatsächlich ausgewechselt worden, hat die Aufklärung der Vergabekammer ergeben, dass dies nicht der Fall ist. Aus dem auf Aufklärungsverfügung der Vergabekammer vorgelegten Handelsregisterauszug der Bg vom 25./26. Januar 2021 bzw. dem von der Bg eingereichten Konzerndiagramm geht hervor, dass die Bg als juristische Person und damit als bietendes Unternehmen und Urheber ihres Angebotes in diesem Vergabeverfahren nach wie vor existiert. Der Geschäftsführer der Bg hat in der mündlichen Verhandlung ferner nachvollziehbar ausgeführt, dass die Verlagerung operativer Geschäftstätigkeit auf die [...] insbesondere eine Zentralisierung des Rechnungswesens betroffen habe. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die Bg im Vergabeverfahren unternehmerisch durch ein anderes Unternehmen ersetzt worden wäre und das von ihr abgegebene Angebot nicht mehr erfüllen könnte.

f) Die Angebote von Bg und ASt sind auch nicht nach § 57 Abs. 1 VgV auszuschließen, weil die Verfahrensbeteiligten nach dem jeweils gegensätzlichen Vorbringen von ASt bzw. Bg den Einsatz eines Nachunternehmers im Hinblick auf die jeweils angebotenen Schleppschiffe unterlassen hätten.

Ob ein Unternehmen, das vom Auftragnehmer bei Erfüllung seines Auftrags eingeschaltet wird, ein Nachunternehmer bzw. Unterauftragnehmer ist, vgl. § 36 Abs. 3 VgV, richtet sich danach, ob dieses Unternehmen im Rahmen eines Auftragsverhältnisses mit dem Auftragnehmer einen Teil der in Leistungsbeschreibung bzw. Leistungsverzeichnis spezifisch festgelegten Leistungen selbständig ausführt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.04.2020, VII-Verg 30/19 (Punkt II.2.b)bb)); ferner Beschl. v. 25.06.2014, VII-Verg 38/13). Sowohl ASt als auch Bg haben jeweils näher dargelegt, dass und auf welche Art und Weise sie über das jeweils angebotene Schleppschiff im Auftragsfall selbständig betreiben und verfügen können. Die Ag hat hierzu in ihrer Stellungnahme vom 8. Januar 2021 bestätigt, dass sie vor diesem Hintergrund nicht von zu benennenden Nachunternehmern ausgeht. Hinsichtlich des Angebots der Bg geht das auch aus ihrer Preisprüfung im Vermerk vom 13. Januar 2021 hervor. Darin geht die Ag näher auf das Modell der Bg ein, ohne insofern ein Nachunternehmerproblem zu thematisieren (s. dort unter Ziff. 4). Die Bg und die ASt haben in der mündlichen Verhandlung überdies nochmals bestätigt, dass sie die von ihnen angebotenen Schiffe jeweils in etwa wie eine Art Mietobjekt handhaben. Aus allem ergibt sich jeweils nachvollziehbar, dass beide Verfahrensbeteiligte die von ihnen angebotenen Schiffe selbständig nutzen, ohne dass der jeweilige dritte Eigner der angebotenen Schiffe als Nachunternehmer in Betracht kommt, weshalb es insofern auch keiner Nachunternehmererklärung bedurfte.

g) Die von der ASt im Schreiben vom 12. März 2021 ausdrücklich erhobene Rüge der Verletzung ihres rechtlichen Gehörs, weil sie keine vollständige Einsicht in die Vergabeakte sowie die Verfahrensakte der Vergabekammer erhalten habe, ist unbegründet.

Die ASt hat in einer den Maßgaben des § 165 Abs. 1, 2 GWB entsprechenden Fassung Akteneinsicht erhalten. Zu diesem Zweck wurden der ASt die entscheidungserheblichen Aktenteile in entsprechend geschwärzter/bearbeiteter Fassung zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt bzw. in Kopie überlassen. Soweit die ASt sich für ihre Gehörsrüge maßgeblich auf den Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Februar 2021 beruft, in dem förmlich beantragt worden ist, die vollständigen Vergabekammerakten und die vollständigen Vergabeakten an die Verfahrensbevollmächtigten der ASt zu schicken, ist ein solcher Anspruch der ASt auf Übersendung der Akten schon von Rechts wegen ausgeschlossen (aa). Durch die der ASt durch die Vergabekammer zur Verfügung gestellten Aktenteile der Vergabeakte sowie der Verfahrensakte der Vergabekammer wurde der Anspruch der ASt auf Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB in einem den gesetzlichen Maßgaben des § 165 Abs. 2 GWB entsprechenden Umfang in jedem Fall erfüllt (bb).

aa) Ein Anspruch der ASt auf Übersendung der Vergabeakte und der Verfahrensakte der Vergabekammer an die ASt bzw. ihren Verfahrensbevollmächtigten ist von Rechts wegen ausgeschlossen. Dem Antrag der ASt im Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Februar 2021 steht die Vorschrift des § 165 Abs. 1 GWB entgegen. Hierauf hat die Vergabekammer den Verfahrensbevollmächtigten der ASt bereits mit Schreiben vom 26. Januar 2021 hingewiesen, nachdem dieser zunächst mit Schreiben vom 2. und 10. und nochmals am 28. Dezember 2020 ausdrücklich nur in Form einer – unverbindlich erscheinenden – Bitte und erstmals mit Schreiben vom 25. Januar 2021 förmlich beantragt hatte, dass die Vergabeakte ihrem Verfahrensbevollmächtigten zur vollständigen Akteneinsicht geschickt wird.

Nach § 165 Abs. 1 GWB können die Verfahrensbeteiligten die Vergabeakte sowie die Verfahrensakte der Vergabekammer bei der Vergabekammer einsehen und sich durch die Geschäftsstelle der Vergabekammer auf ihre Kosten Ausfertigungen, Auszüge oder Abschriften erteilen lassen. Der Wortlaut des § 165 Abs. 1 GWB („bei der Vergabekammer einsehen“) ist somit darauf gerichtet, die Akteneinsicht in den Geschäftsräumen am Ort des Sitzes der Vergabekammer durchzuführen. Das ermöglicht es den Beteiligten, die Akteneinsicht entweder vor Ort bei der Vergabekammer durchzuführen oder darauf zu verzichten. Im letzteren Fall können die Beteiligten, wie in der Praxis regelmäßig üblich, erst recht von der nach § 165 Abs. 1 GWB vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch machen und sich von der Geschäftsstelle Abschriften der Akten anfertigen lassen, insbesondere von der der Vergabekammer nach § 163 Abs. 2 Satz 4 GWB vom öffentlichen Auftraggeber vorzulegenden Vergabeakte. Die Überlassung der Vergabeakte bzw. der Verfahrensakte der Vergabekammer an Verfahrensbeteiligte bzw. deren Verfahrensbevollmächtigte durch die Vergabekammer ist von diesem gesetzlichen Rahmen des § 165 Abs. 1 GWB von vornherein nicht gedeckt, eine Verschickung der Vergabeakten an Verfahrensbeteiligte danach ohne jedweden Spielraum ausgeschlossen. Diese Regelung ist eine Konkretisierung des in § 167 GWB geregelten Beschleunigungsgebots. Dieses verlangt, dass die Akten der Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz durchgehend zur Verfügung stehen müssen, damit diese binnen der nach § 167 GWB begrenzten Entscheidungsfrist in der Lage ist, die Nachprüfung effektiv und zügig durchführen zu können. Das ist nicht gewährleistet, wenn die Kammer gehalten wäre, die Vergabeakte oder/und die von ihr zur laufenden Dokumentation des Nachprüfungsverfahrens zu führende Verfahrensakte, ggf. sogar an mehrere Verfahrensbeteiligte nacheinander, zum Zweck der Akteneinsicht, ggf. sogar ins Ausland, zu verschicken, damit diese die Akteneinsicht bei sich durchführen könnten. Hätte der Gesetzgeber die Möglichkeit vorsehen wollen, dass die Akten an die Beteiligten zu versenden sind oder auch nur – nach pflichtgemäßer Ermessensentscheidung der Vergabekammer – darüber entschieden werden könnte, ob diese versandt werden, so wäre eine klarstellende, vom Wortlaut des § 165 Abs. 1 GWB explizit

abweichende Regelung geboten gewesen, die entsprechende Ausnahmen ermöglichte. Daran fehlt es offensichtlich. Dies zeigt der Vergleich mit § 29 Abs. 3 VwVfG (Bund), der die Akteneinsicht für das allgemeine Verwaltungsverfahren regelt. Danach erfolgt die Akteneinsicht in einem Verwaltungsverfahren grundsätzlich ebenfalls bei der Behörde, die die Akten führt, ausnahmsweise bei anderen mit der Durchführung der Akteneinsicht betrauten Behörden. § 29 Abs. 3 Satz 2, letzter Hs. VwVfG (Bund) stellt weitere Ausnahmen für die Durchführung der Akteneinsicht ausdrücklich in das Ermessen der aktenführenden Behörde. Eine dem § 29 Abs. 3 VwVfG (Bund) aber entsprechende Regelung fehlt bei der speziellen nachprüfungsverfahrensrechtlichen Vorschrift des § 165 Abs. 1 GWB. Der Gesetzgeber hat aus den oben dargelegten Gründen eine explizit abweichende spezielle Regelung geschaffen.

bb) Der Anspruch der ASt auf Akteneinsicht nach § 165 Abs. 1 GWB wurde durch die Vergabekammer erfüllt. Die Vergabeakte der Ag ( 1 ) sowie die Verfahrensakte der Vergabekammer ( 2 ) waren der ASt nur in einem Umfang offenzulegen, soweit dies aus wichtigen Gründen im Sinne von § 165 Abs. 2 GWB geboten war.

(1) Zu diesem Zweck hat die Vergabekammer dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt die relevanten Auszüge der Vergabeakte in Kopie mit Schreiben vom 2. Dezember 2020 und 18. Januar 2021 übermittelt (Bl. 424 ff. sowie Bl. 1445 ff. der Verfahrensakte der Vergabekammer). Darüber hinaus hat die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten am 4. Februar 2021 auf ausdrücklichen Antrag vor Ort bei der Vergabekammer in diese Auszüge aus der Vergabeakte nochmals Einsicht und auch diesen Auszug erneut in Kopie erhalten (Bl. 4 ff. des Anlagenbandes zur Verfahrensakte „Auszug Vergabeakte, Akteneinsicht vor Ort durch ASt 4.2.2021“; ferner Vermerk vom 8. Februar 2021 zur Durchführung der Akteneinsicht in die Vergabeakte am 4. Februar 2021, Bl. 2375 der Verfahrensakte). Bei der Einsichtnahme am 4. Februar 2021 hat die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten zusätzlich insbesondere in den von der Ag mit Blick auf den Nachprüfungsantrag vom 28. Januar 2021 mit Schreiben vom 2. Februar 2021 zur Vergabeakte nachgereichten Vorgang um die erneute Vorabinformation vom 21. Januar 2021 (s. hierzu erstes Fach des Ordners 1 der Vergabeakte „Nachreichung durch Ag vom 2.2.2021“ sowie Bl. 1262 ff. der Verfahrensakte der Vergabekammer) und einzelne weitere Auszüge der Vergabeakte Einsicht erhalten (s. zum Umfang Bl. 2 und Bl. 61 ff. des Anlagenbandes zur Verfahrensakte „Auszug Vergabeakte, Akteneinsicht vor Ort durch ASt 4.2.2021“). Sämtliche auf diese Weise offengelegten Teile der Vergabeakte betreffen somit die für die gerügten Vergabeverstöße relevanten Aktenteile.

Diese offengelegten Teile der Vergabeakte wurden der ASt nach Anhörung der Ag als aktenführender Stelle und der Bg, soweit im Einzelnen deren Geschäftsgeheimnisse betroffen waren, in einer nach § 165 Abs. 2 GWB teilgeschwärzten Form als Aktenkopie offengelegt. Die von der Vergabekammer vorgenommenen Schwärzungen betrafen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg sowie schutzwürdige persönliche Daten von Verwaltungsmitarbeitern der Ag. Das ergibt im Einzelnen der Abgleich zwischen den ungeschwärzten Passagen der Vergabeakte mit den der ASt übermittelten geschwärzten Passagen (vgl. hierzu Bl. 424 ff. sowie Bl. 1445 ff. der Verfahrensakte). Insbesondere betroffen von den gebotenen Schwärzungen war die Dokumentation der Prüfung der Auskömmlichkeit der Preise der Bg und die hierzu von der Bg vorgelegte Urkalkulation, die die Ag mit Schreiben vom 13. Januar 2021 nachgereicht hat (Bl. 1261 ff. der Verfahrensakte). Soweit die ASt hierzu im Einzelnen geltend macht, Einsicht in bzw. Auskunft über das prozentuale Verhältnis der einzelnen kalkulatorischen Positionen der Bg zu erhalten, steht diesem Begehren entgegen, dass dies ohne Weiteres schutzwürdige Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg sind, die von dieser auch ausdrücklich reklamiert worden sind. Denn das prozentuale Verhältnis der kalkulatorischen Positionen gibt Aufschluss über die kalkulatorischen Zusammenhänge, die außer der Bg und die Ag im Rahmen der Preisprüfung keinen Konkurrenten etwas angehen. Eine entsprechende Auskunft aus der Vergabeakte bzw. Offenlegung dieser kalkulatorischen Zusammenhänge würde im Gegenteil einem wettbewerbswidrigen Informationsaustausch – zumal bei dem hier betroffenen sehr engen Markt mit wenigen Marktakteuren – Vorschub leisten und hat daher nach § 165 Abs. 2 GWB auch aus diesem Grund zu unterbleiben.

Auch soweit die ASt vor allem mit Schreiben vom 2. bzw. 28. Dezember 2020 Inhalte aufgeführt hat, um den von ihr geltend gemachten Anspruch auf umfassende Einsicht in die Vergabeakte zu untermauern, folgt daraus ebenfalls kein weitergehender Anspruch auf Offenlegung der Vergabeakte. Soweit von diesem ergänzenden Begehren Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Bg betroffen sind, hat diese einer entsprechenden Offenlegung ohnehin explizit und nachvollziehbar widersprochen. Darüber hinaus wurden der ASt die begehrten entscheidungserheblichen Aktenteile wie festgestellt – mehrfach – zur Einsicht und in Kopie zur Verfügung gestellt.

Soweit die ASt im Zuge ihrer Gehörsrüge auch bemängelt, die Vergabeakte sei der ASt zum Einsichtnahmetermin bei der Vergabekammer am 4. Februar 2021 nur als Aktenauszug in Kopie und nicht das vollständige Original vorgelegt worden, war dies ebenfalls wegen § 165 Abs. 2 GWB geboten. Eine Vorlage der gesamten Vergabeakte zum Einsichtnahmetermin am 4. Februar 2021 im Original kam nicht in Betracht, weil – wie schon bei der schriftlich erteilten Akteneinsicht – bei den



offenzulegenden Akteninhalten aus wichtigen Gründen im Sinne von § 165 Abs. 2 GWB eine Vielzahl von teilweisen Schwärzungen geboten war. Eine praktische Umsetzung der Akteneinsicht durch Vorlage der originalen Vergabeakte war danach im konkreten Fall nicht möglich bzw. zweckmäßig, da diese Schwärzungen nicht im Original vorgenommen werden konnten (vgl. Vermerk vom 3. Februar 2021, Bl. 1 f. des Anlagenbandes zur Verfahrensakte „Auszug Vergabeakte, Akteneinsicht vor Ort durch ASt 4.2.2021“, jeweils in Verbindung mit den sich aus den folgenden Seiten ergebenden teilgeschwärzt offengelegten Auszügen der Vergabeakte).

(2) Auch der Anspruch der ASt auf Einsicht in die Verfahrensakte der Vergabekammer wurde nach § 165 Abs. 1 GWB in einem dem § 165 Abs. 2 GWB entsprechenden Umfang erfüllt. Die von der ASt geforderte „vollständige“ Offenlegung der Verfahrensakte der Vergabekammer kommt nicht in Betracht.

Dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt wurde die Verfahrensakte der Vergabekammer zur Einsicht am 12. Februar 2021 bei der Vergabekammer in einem § 165 Abs. 2 GWB entsprechenden Umfang vorgelegt. Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat auf Wunsch zudem eine Kopie der in diesem Umfang vorgelegten Verfahrensakte der Vergabekammer erhalten (s. Vermerk vom 15. Februar 2021 zur Durchführung der Akteneinsicht am 12. Februar 2021).

Die Vergabekammer hat im Vermerk vom 11. Februar 2021 (Bl. 2470 ff. der Verfahrensakte) im Einzelnen dargelegt und begründet, welche Teile der Verfahrensakte der Vergabekammer der ASt beim Akteneinsichtstermin am 12. Februar 2021 nach § 165 Abs. 2 GWB nicht offenzulegen waren. Die ASt hat in ihrem Schreiben vom 26. Februar 2021 dagegen ohnehin nur zu einzelnen Aspekten bemängelt, ihr seien die Teile der Vergabeakte zur Preisprüfung der Bg (Schreiben der Ag vom 13. Januar, Bl. 1262 ff. der Verfahrensakte) und der neuen Information nach § 134 GWB (Schreiben der Ag vom 2. Februar 2021, Bl. 2162 ff. der Verfahrensakte) bei der Einsicht in die Verfahrensakte der Kammer nicht vollständig vorgelegt worden.

Die Vergabekammer hat auf das diesbezügliche Vorbringen der ASt im Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 26. Februar 2021 bereits mit Schreiben vom 1. März 2021 darauf hingewiesen, dass es sich bei diesen durch die ASt als unvollständig bemängelten Passagen um die von der Ag zur Vergabeakte nachgereichten Vorgänge handelt, die der ASt bereits vorab mehrfach in einer § 165 Abs. 2 GWB entsprechenden Fassung – wie oben bereits dargelegt – offengelegt wurden. Der ASt wurden damit keine diesbezüglichen Inhalte der Vergabeakte vorenthalten, deren Ausnahme nicht durch § 165 Abs. 2 GWB geboten war. Dies wäre von der ASt anhand der ihr zur Verfügung

stehenden Aktenkopien der Vergabeakte unschwer zu erkennen gewesen: Die Dokumentation der Preisprüfung wurde dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt durch die Vergabekammer mit bereits oben benanntem Schreiben vom 18. Januar 2021 und nochmals am 4. Februar 2021 zur Verfügung gestellt (zum Übersendungsschreiben an die ASt s. Bl. 1445 (1448-1456) der Verfahrensakte der Vergabekammer; s. auch Bl. 50-60 des Anlagenbandes zur Verfahrensakte „Auszug Vergabeakte, Akteneinsicht vor Ort durch ASt 4.2.2021“). Der Vorgang um die erneute Vorabinformation nach § 134 GWB wurde im Zuge der Akteneinsicht am 4. Februar 2021 offengelegt (Bl. 61-69 des Anlagenbandes zur Verfahrensakte „Auszug Vergabeakte, Akteneinsicht vor Ort durch ASt 4.2.2021“). Alles stand der ASt jeweils in Kopie zur Verfügung. Diese von der Ag zur Vergabeakte nachgereichten Vorgänge waren zur Vergabeakte der Ag und zur Dokumentation des Nachprüfungsverfahrens in Kopie zusätzlich zur Verfahrensakte der Kammer genommen worden. Die Gehörsrüge der ASt entbehrt vor diesem Hintergrund somit jeglicher Grundlage.

Darüber hinaus hat die ASt in ihrem Schreiben vom 26. Februar 2021 keine spezifischen Teile der ihr im Termin vom 12. Februar 2021 bei der Vergabekammer vorgelegten und in Kopie übermittelten Verfahrensakte als unvollständig bemängelt.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1 und 2, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Sätze 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

1. Die ASt trägt nach Zurückweisung des Nachprüfungsantrags als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB, sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

2. Es entspricht der Billigkeit, dass die ASt ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg trägt, § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB. Die ASt hat mit ihrem Nachprüfungsantrag einen unmittelbaren Interessengegensatz gegenüber der Bg begründet. Die Bg hat durch die von ihr gestellten Anträge im Nachprüfungsverfahren ein eigenes Kostenrisiko auf sich genommen. Danach ist es gerechtfertigt, die zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg war notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund), da das Nachprüfungsverfahren Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, die die Beauftragung des Verfahrensbevollmächtigten der Bg als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Die Bg als

Bieterunternehmen ist nicht verpflichtet, das Vergaberecht, insbesondere das prozessuale Recht bezüglich des Nachprüfungsverfahrens, zu beherrschen.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

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

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

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

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung