


<b>Gericht:</b>	OLG Rostock Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	16.09.2021
<b>Aktenzeichen:</b>	17 Verg 7/21
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGROST:2021:0916.17VERG7.21.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 97 Abs 6 GWB, § 169 Abs 2 S 1 GWB, § 167 Abs 1 GWB, § 169 Abs 1 GWB, § 173 Abs 1 S 3 GWB ... mehr
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Rostock, Beschluss vom 16. September 2021 - 17 Verg 7/21 -, juris

---

### Leitsatz

1. Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist ein konkretes formelles Vergabeverfahren, auf das sich die Eingriffsbefugnisse der Nachprüfungsinstanzen hinsichtlich der Maßnahmen der Vergabestelle beschränken; im Falle einer parallelen Neuausschreibung der Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber kann der Bieter primären Rechtsschutz gegen einen damit einhergehenden vermeintlichen Vergaberechtsverstoß daher allein in einem Nachprüfungsverfahren erlangen, welches sich auf die zweite Ausschreibung bezieht (Anschluss an OLG Naumburg, Beschluss vom 31. Juli 2006 - 1 Verg 6/06 und OLG Koblenz, Beschluss vom 10. April 2003 - 1 Verg 1/03).
2. Im Falle eines Verstoßes des öffentlichen Auftragsgebers gegen § 3 Abs. 7 Satz 3 und Abs. 9 VgV kommt eine Rechtsverletzung des Bieters gemäß § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB durch eine nationale statt eine europaweite Ausschreibung in Betracht, wenn er von dem Vergabeverfahren nur zufällig Kenntnis erlangt und ihm in der Folge die Angebotsfrist lediglich noch in verkürztem Umfang für die Erarbeitung einer Bewerbung zur Verfügung steht.
3. Von vornherein untauglich für die Begründung eines besonderen Beschleunigungsinteresses des Auftraggebers im Sinne von § 169 Abs. 2 GWB sind allgemein gehaltene Verweise auf die Bedeutung seiner Aufgaben auf regionaler oder nationaler Ebene, wenn davon insbesondere nicht der Bereich der Daseinsvorsorge oder nach der genannten Vorschrift in der Regel als überwiegend anzusehende Sicherheits- und Verteidigungsinteressen betroffen sind.
4. Bei einem Großvorhaben im Baubereich, das sich noch in der Anfangsphase befindet, lässt sich die Gestattung eines vorzeitigen Zuschlages nicht auf finanzielle Einbußen stützen, welche im Falle einer hinausgeschobenen Fertigstellung frühestens in einigen Jahren zu erwarten wären, wenn die Möglichkeit der zwischenzeitlichen Kompensierung von Verzögerungen, die durch das anhängige Nachprüfungsverfahren eintreten, im weiteren Bauverlauf nicht ausgeschlossen ist.
5. Ebenso wenig kann für eine erhöhte Dringlichkeit der vorzeitigen Zuschlagserteilung die Dauer eines bereits vorangegangenen Vergabeverfahrens angeführt werden, weil ansonsten die Verzögerungen, welche durch die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu einer ersten

Teilausschreibung für das Gesamtbauvorhaben verursacht wurden, den vorzeitigen Zuschlag ebenso bei allen noch ausstehenden Vergaben weiterer Leistungen bedingten und die §§ 155 ff. GWB für das restliche Projekt leer liefen.

#### Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern, 2. September 2021, 3 VK 10/21, Beschluss  
Diese Entscheidung wird zitiert

#### **Rechtsprechung**

Fortführung OLG Rostock Vergabesenat, 11. November 2021, 17 Verg 8/21

Diese Entscheidung zitiert

#### **Rechtsprechung**

Anschluss Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat, 31. Juli 2006, 1 Verg 6/06  
Anschluss OLG Koblenz Vergabesenat, 10. April 2003, 1 Verg 1/03

#### **Tenor**

**I. Auf den Antrag der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer vom 02.09.2021 (Az.: 3 VK 10/21) aufgehoben.**

**II. Das Zuschlagsverbot nach § 169 Abs. 1 GWB wird wiederhergestellt.**

**III. Die Kosten des Antragsverfahrens nach § 169 Abs. 2 Satz 7 GWB vor dem Vergabesenat einschließlich der notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin.**

**IV. Der Streitwert wird auf bis zu 140.000,00 € festgesetzt.**

#### **Gründe**

- 1 I. Gegenstand des Verfahrens ist das Begehren der Wiederherstellung eines Zuschlagsverbotes, nachdem die Vergabekammer dieses aufgehoben hat.
- 2 Die Antragsgegnerin ist eine Stiftung bürgerlichen Rechts, deren satzungsgemäßer Zweck in der Förderung von Kultur, Wissenschaft und Forschung sowie im Betrieb des [...] als allgemeinbildende, wissenschaftliche, kulturelle, gemeinnützige und gesamtstaatliche repräsentative Einrichtung mit insgesamt [...] Standorten besteht; der Verwaltungsrat als oberstes und aufsichtsführendes Organ der Stiftung setzt sich mehrheitlich aus Vertretern der Hansestadt X, der Landesregierung Mecklenburg-Vorpommern sowie des Bundes zusammen. Seit dem Jahr 2017 betreibt die Antragsgegnerin ein Bauvorhaben [...] in der X-er Altstadt mit einem Gesamtvolumen von knapp 40.000.000,00 €.
- 3 Am [...] machte die Antragsgegnerin in einem EU-weiten offenen Verfahren die Ausschreibung des Auftrages zur Herstellung von Baugruben, Verbau und Tiefgründung einschließlich Spezialtiefbau für dieses Bauvorhaben bekannt mit dem Preis als alleinigem Zuschlagskriterium, wobei das Projektmanagement im Wege einer Bepreisung des zu den Vergabeunterlagen gehörenden Leistungsverzeichnisses am 10.08.2020 zu einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 2.139.555,74 € gelangte. Nach dem Submissionsergebnis vom 25.08.2020 gab die Antragstellerin das einzige Angebot mit einer Auftragssumme in Höhe von 4.934.258,32 € brutto ab. Daraufhin teilte das Projektmanagement

der Antragsgegnerin ihr mit Schreiben vom 09.09.2020 mit, dass aus wirtschaftlichen Gründen eine Aufhebung des Vergabeverfahrens notwendig sei, weil das Angebot die zur Verfügung stehenden Mittel um knapp 130 Prozent übersteige, und kündigte gleichzeitig eine erneute Ausschreibung der Bauleistungen an; der Direktor der Antragsgegnerin ergänzte den Vergabevermerk über die Verfahrensaufhebung unter Verwendung des Formblattes 351 am 30.06.2021 um seine entsprechende Zeichnung.

- 4 Mit Schreiben vom 11.09.2020 rügte die Antragstellerin die Verfahrensaufhebung. Nachdem die Antragsgegnerin die Rüge mit Schreiben vom 18.09.2020 zurückwies, brachte die Antragstellerin am 05.10.2020 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer an. Dieser stützte sich zu weiten Teilen darauf, dass es an einer ordnungsgemäßen Kostenschätzung der Antragsgegnerin vor Einleitung des Vergabeverfahrens gefehlt habe. Im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens lehnte die Antragstellerin die Mitglieder der Vergabekammer - im Ergebnis erfolglos - wegen der Besorgnis der Befangenheit ab, wobei die Vergabekammer das Ablehnungsgesuch am 21.12.2020 dem Vergabesenat zur Entscheidung vorgelegt hatte und dieser die Vorlage mit Beschluss vom 03.02.2021 zu dem Aktenzeichen 17 Verg 7/20 zurückverwies. Mit Beschluss vom 09.03.2021 entschied die Vergabekammer sodann über ein Akteneinsichtsgesuch der Antragstellerin; die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wurde mit Senatsbeschluss vom 21.04.2021 zurückgewiesen. Mit Beschluss vom 17.06.2021 wies die Vergabekammer schließlich den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück, weil für die Aufhebung der Ausschreibung vom [...] schwerwiegende Gründe im Sinne von § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU bestanden hätten. Gegen diese Entscheidung legte die Antragstellerin wiederum am 01.07.2021 sofortige Beschwerde ein mit dem Ziel, die Aufhebung des Vergabeverfahrens rückgängig zu machen; das hier zu dem Aktenzeichen 17 Verg 5/21 anhängige Beschwerdeverfahren ist bislang noch nicht abgeschlossen.
- 5 Am [...] machte die Antragsgegnerin hinsichtlich der Bauleistungen, welche den Gegenstand des von ihr aufgehobenen Vergabeverfahrens bildeten, drei nationale öffentliche Ausschreibungen bekannt mit einer Aufteilung in „Baugruben - Verbauarbeiten und Tiefgründungen“, „Erdarbeiten zur Herstellung von zwei Baugruben, Abbrucharbeiten von Gründungsbauteilen und Kellergeschossen, Tiefbauarbeiten“ sowie „Verbauarbeiten zur Herstellung von zwei Baugruben - Düsenstrahlarbeiten/Unterfangungen.“ Die Antragstellerin erfuhr davon aus der Antragserwiderung der Antragsgegnerin zu dem zuvor genannten Beschwerdeverfahren mit Schriftsatz vom 22.07.2021. Sie hat sich an der erst- sowie der letztgenannten dieser Ausschreibungen beteiligt.
- 6 Außerdem hat die Antragstellerin zu allen drei Vergabeverfahren nach einer Rüge vom 23.07.2021, welche die Antragsgegnerin am 03.08.2021 zurückwies, am 04.08.2021 ein neues Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer eingeleitet, das sich vorrangig auf die Untersagung eines Zuschlages bezogen auf die Ausschreibungen vom [...] richtet. Die Antragstellerin trägt vor, für die Neuvergaben seien noch immer die §§ 155 ff. GWB anwendbar; die Regelung für Bagatellose in § 3 Abs. 9 VgV sei nicht einschlägig, weil eine nachträgliche „Umwidmung“ eines zuvor bereits europaweit ausgeschriebenen (Gesamt)Auftrages in national auszuschreibende (Teil)Leistungen nicht in Betracht komme. Zudem stünden den neu eingeleiteten Ausschreibungen eine fehlende Vergabereife und das Verbot der „Doppelausschreibung“ entgegen, weil das vorangehende offene Verfahren bisher nicht wirksam aufgehoben worden bzw. zu dieser Frage noch das Beschwerdeverfahren vor dem Oberlandesgericht anhängig sei und in der Hauptsache nicht vorweggenommen werden dürfe. Zur Vergabereife gehöre nicht nur, dass die zu

vergebenden Leistungen feststünden und die Vergabeunterlagen fertig gestellt seien, sondern auch, dass der öffentliche Auftraggeber alle Voraussetzungen dafür geschaffen habe, dass der Zuschlag - rechtlich, tatsächlich und zeitgerecht - erteilt werden könne; jedes Vergabeverfahren müsse außerdem gesondert im Wege separater Rügen und eigenständiger Nachprüfungsverfahren angegriffen werden. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass sie ihr Interesse an den Aufträgen dokumentiert habe. Darüber hinaus drohe ihr ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB, weil ihre Aussicht auf den Erhalt des Zuschlags im ursprünglichen Verfahren geschmälert bzw. beseitigt sei; dies beruhe auf der Verletzung von vergaberechtlichen Vorschriften. Eine etwaige Zuschlagserteilung ohne eine vorherige Vorabinformation gegenüber der Antragstellerin verstoße im Übrigen gegen § 134 Abs. 1 GWB und sei folglich gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam.

- 7 Die Antragsgegnerin hat neben der Zurückweisung dieses Nachprüfungsantrages unter anderem beantragt, ihr den Zuschlag zu gestatten. Sie macht geltend, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die ausgeschriebenen Leistungen den Schwellenwert unterschritten; die geschätzten Auftragswerte der jetzt gesonderten drei Ausschreibungen seien jeweils geringer als der nach § 3 Abs. 9 VgV geltende EU-Schwellenwert und ihre Summe betrage auch nicht mehr als 20 Prozent des Gesamtwertes aller Lose. Zudem habe die Antragstellerin keinen Schaden dargelegt, weil sie von dem mangelnden EU-Auslandsbezug der Ausschreibung als nationaler Anbieter bei einer Ausschreibung auf nationaler Ebene nicht betroffen sei; die Antragstellerin habe auch Angebote abgegeben. Es liege doppelte Rechtshängigkeit vor, weil der Gegenstand des Nachprüfungsantrages bereits zu dem hiesigen Aktenzeichen 17 Verg 5/21 in der Beschwerdeinstanz anhängig sei und ein dort ausgesprochenes Zuschlagsverbot auch die neuen Ausschreibungen erfasse; insoweit fehle es der Antragstellerin an einem Rechtsschutzbedürfnis, wenn sie ihr Rechtsschutzziel ebenso in dem schon von ihr betriebenen Beschwerdeverfahren erreichen könne bzw. es sei als widersprüchliches Verhalten zu werten, wenn sie dort keine Verlängerung des Zuschlagsverbotes beantragt habe. Der Nachprüfungsantrag sei außerdem unbegründet. Eine nationale öffentliche Ausschreibung begegne nach dem zuvor zu der Einschlägigkeit des § 3 Abs. 9 VgV Gesagten keinen Bedenken; der öffentliche Auftraggeber sei bei der Zuordnung der Lose zu dem 20-Prozent-Kontingent an keine zeitliche Reihenfolge gebunden, wobei für die betreffende Einordnung der Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung bzw. der sonstigen Einleitung des Vergabeverfahrens sei. Im Hinblick auf die vorangegangene Ausschreibung, welche den Gegenstand des Beschwerdeverfahrens zu dem hiesigen Aktenzeichen 17 Verg 5/21 bildet, fehle es weder an der notwendigen Vergabereife noch liege eine Doppelausschreibung vor, weil das erste Vergabeverfahren wirksam aufgehoben worden sei und ein Zuschlagsverbot nicht bestehe. Die Antragsgegnerin habe ein besonderes Interesse an einem vorzeitigen Zuschlag, weil sich bei einem weiter aufgeschobenen Beginn der Bauarbeiten die Fertigstellung entsprechend verzögere, was zu erheblichen Einnahmeeinbußen führe; dies betreffe Einnahmen, welche im Budget der Antragsgegnerin bereits vorgesehen seien, und die Einbußen seien höher als der Gewinn der Antragstellerin, den sie im Rahmen der Auftragsdurchführung erzielen könne. Daneben bestehe die Gefahr von Mehrforderungen der günstigsten Bieter für ihre Leistungen, wenn sich der Zuschlag verschiebe. Die Eilbedürftigkeit ergebe sich außerdem aus einer zu erwartenden Überschreitung der Regelverfahrensdauer durch die Vergabekammer. Demgegenüber habe die Antragstellerin ein nachrangiges Interesse an einem Zuschlagsverbot, weil sie in keinem der drei Vergabeverfahren das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und ihr damit kein Schaden drohe. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin könne im Übri-

gen, wie zuvor dargestellt, offensichtlich keinen Erfolg haben, weil er unzulässig und unbegründet sei.

- 8 Mit Beschluss vom 02.09.2021 hat die Vergabekammer das Zuschlagsverbot zu Gunsten der Antragsgegnerin aufgehoben. Die Vergabekammer hat dazu unter anderem ausgeführt, ein besonderes Interesse der Antragsgegnerin an einem vorzeitigen Zuschlag lasse sich mit der Verfahrensdauer begründen. Zwar habe sie zu der Verfahrensdauer des jetzt in der Beschwerdeinstanz anhängigen Nachprüfungsverfahrens beigetragen, die Gründe hierfür seien bei der Abwägung zum vorzeitigen Zuschlag jedoch nicht einzubeziehen; denn das Interesse der Antragsgegnerin an der vorzeitigen Zuschlagserteilung bemesse sich an den Folgen der Verzögerung und nicht an deren Ursachen. Auch wenn in Fällen „hausgemachter Zeitnot“ grundsätzlich nicht von einem überwiegenden Interesse des Auftraggebers an der vorzeitigen Zuschlagsgestattung auszugehen sei, könnten die durch das Nachprüfungsverfahren verursachten Verzögerungen ausnahmsweise ganz „ungewöhnliche“ bzw. „überdurchschnittliche Ausmaße“ erreichen; die Dauer des vorangegangenen Verfahrens von gut acht Monaten sei nach bestehenden Erfahrungen insofern extrem selten und wenn, dann unter Verstoß gegen die Mitwirkungspflichten durch die Beteiligten vorgekommen. Weiter habe die Antragsgegnerin glaubhaft dargelegt, dass die Verzögerung der Wiedereröffnung des [...] zu einem signifikanten Einnahmerückgang führe, selbst wenn es nicht sehr wahrscheinlich erscheine, dass sie einen Insolvenzantrag stellen müsse. Besondere Interessen beständen in der nationalen Bedeutung des [...] als Bildungseinrichtung nach dem Leitbild der Antragsgegnerin ausweislich der Informationen auf deren Internetseite; ebenso seien wegen der Anziehungskraft für Touristen die wirtschaftlichen Auswirkungen der [...]besuche auf die Region zu berücksichtigen. Demgegenüber sei das Interesse der Antragstellerin an einer Aussetzung der Zuschlagserteilung bis zum ordnungsgemäßen Abschluss des Nachprüfungsverfahrens nachrangig. Dessen Erfolgsaussichten seien nach derzeitiger Sach- und Rechtslage als relativ gering einzuschätzen. Der streitbefangene Nachprüfungsantrag stütze sich im Wesentlichen auf die Rüge, es sei nicht europaweit, sondern national ausgeschrieben worden; insofern habe die Antragstellerin aber keinen drohenden Schaden dargelegt, weil sie als nationales Unternehmen von der Ausschreibung Kenntnis erlangt und auch Angebote abgegeben habe. Aufgrund der Erkenntnisse aus dem mit Beschluss vom 17.06.2021 entschiedenen vorangegangenen Nachprüfungsverfahren sei daneben davon auszugehen, dass die Leistungen aufgrund einer wirksamen Aufhebung der ersten Ausschreibung vergabereif seien und eine Doppelausschreibung nicht gegeben sei. Nachdem die Antragstellerin in dem anhängigen Beschwerdeverfahren zu dem hiesigen Aktenzeichen 17 Verg 5/21 keinen Antrag auf Verlängerung des Zuschlagsverbotes nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellt habe, stehe dies im Übrigen in einem engen Zusammenhang mit einem für sie bestehenden Rechtsschutzbedürfnis; ein Zuschlagsverbot in dem Beschwerdeverfahren erstrecke sich im Zweifel auf die erneut ausgeschriebenen Leistungen. Nach Prüfung des Inhaltes der Ausschreibungen sei schließlich nicht feststellbar, dass nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip eine mildere Maßnahme als die Aufhebung des Zuschlagsverbotes möglich gewesen wäre.
- 9 Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrem Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes. Sie trägt vor, das Vorbringen der Antragsgegnerin, wegen einer nach jetzigem Stand mit großer Wahrscheinlichkeit frühestens im Jahr 2024 stattfindenden Wiedereröffnung des [...] gingen ihr für das Jahr 2023 eingeplante Einnahme aus Eintrittsgeldern in Höhe von etwa 4.500.000,00 € verloren, sei unzutreffend. Soweit ersichtlich sei die Antragsgegnerin nämlich ohnehin von einem Abschluss der

Bauarbeiten erst 2024 ausgegangen. Weiterhin habe sie nach ihrer Finanzplanung angenommen, dass Einnahmeverluste während der Schließung des [...] größtenteils durch verminderte Betriebskosten sowie ein Ausweichen der Besucher auf das ebenfalls am Standort X belegene [...] mit dort deutlich höheren Eintrittspreisen ausgeglichen würden. Unter Berücksichtigung dieser Kompensationseffekte mache die Antragsgegnerin gerade einmal zwei Prozent ihres Jahresbudgets aus. Eine Insolvenzgefahr bestehe für die Antragsgegnerin im Übrigen deshalb nicht, weil Fehlbedarfe durch Zuweisungen seitens des Landes Mecklenburg-Vorpommern aufgefangen würden. Die Vergabekammer habe das rechtliche Gehör der Antragstellerin verletzt, indem sie für ein Interesse der Allgemeinheit an einer vorzeitigen Zuschlagserteilung ohne Stellungnahmemöglichkeit für die Antragstellerin auf das Ergebnis einer Internetrecherche abgestellt habe; zu einer nationalen Bedeutung des [...] für Forschung und Tourismus habe die Antragsgegnerin selbst nichts dargelegt. Weiterhin habe die Vergabekammer nicht aufgezeigt, welche konkreten Auswirkungen das aktuelle Nachprüfungsverfahren auf diese Funktionen der Antragsgegnerin und auf die Wirtschaftslage der Region habe, abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin über [...] weitere Standorte verfüge. Die Verfahrensdauer des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens zu der ersten Ausschreibung und des dazu noch anhängigen Beschwerdeverfahrens lasse keine Auswirkungen für das erneute Nachprüfungsverfahren zu den folgenden gesonderten Ausschreibungen erkennen. Eine dadurch bewirkte Verzögerung sei bereits eingetreten und könne durch eine jetzt erfolgende Vorabgestattung des Zuschlages nicht mehr beseitigt werden; zu der Dauer des ersten Nachprüfungsverfahrens habe die Antragsgegnerin durch ihr Verhalten im Hinblick auf die zu gewährende Akteneinsicht einschließlich der insoweit eingelegten Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer zudem selbst beigetragen. Das Risiko eines Nachprüfungsverfahrens sei im Übrigen von der Vergabestelle zu tragen und habe einschließlich der sich daraus ergebenden wirtschaftlichen Auswirkungen bei sämtlichen Entscheidungen über die (Neu)Einleitung von Vergabeverfahren mit abgewogen werden müssen. Schließlich habe die Antragsgegnerin nicht mitgeteilt, dass sie überhaupt schon einen Zuschlag erteilen könne oder wolle; damit könne zwangsläufig noch kein abwägungsfähiges Interesse an einer vorzeitigen Gestattung des Zuschlages bestehen. Hinsichtlich der Erfolgsaussichten des neuerlichen Nachprüfungsantrages folge ein Schaden der Antragstellerin daraus, dass sie von den Ausschreibungen vom [...] erst aus der Beschwerdeerwiderung der Antragsgegnerin vom 22.07.2021 zu dem hiesigen Aktenzeichen 17 Verg 5/21 erfahren habe; die Antragstellerin könne – erst recht mitten in der Sommerferien- und Urlaubszeit – nicht ständig sämtliche nationalen Vergabepattformen überwachen. Ihr hätten damit nur noch [...] Kalendertage bis zum Ablauf der Angebotsfristen zur Verfügung gestanden, in welcher Zeit eine Erarbeitung wettbewerbsfähiger Angebote nicht möglich gewesen sei. Sie sei vielmehr gezwungen gewesen, ihr Angebot aus der vorangegangenen europaweiten Ausschreibung lediglich in Teile aufzuspalten, ohne auf die potentiellen Kosteneinsparungseffekte durch die Auftrennung der Leistungen genauer eingehen zu können; im Falle eines der drei neuen Aufträge sei es ihr auch so nicht mehr gelungen, ein Angebot zu erarbeiten und einzureichen. Bei gravierenden Verstößen gegen das Vergaberecht drohe einem Bieter unter solchen Umständen auch unabhängig von der Abgabe eines eigenen Angebotes bereits ein Schaden, der im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden könne. Das gesamte EU-Vergaberecht lasse sich im Übrigen nicht auf eine bloße Bekanntmachungsvorschrift reduzieren; ansonsten könne sich ein Bieter, welcher von einer Ausschreibung überhaupt Kenntnis erlangt und ein Angebot abgegeben habe, auf alle anderen europarechtlichen Regelungen nicht mehr berufen, während nicht beurteilt werden können, wie die Antragsgegner-

rin ihr Vergabeverfahren im Falle von deren Geltung ausgestaltet hätte. Die Antragstellerin beantragt,

- 10 das Verbot des Zuschlags nach § 169 Abs. 1 GWB in dem Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern - 3 VK 10/21 - wiederherzustellen.
- 11 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 12 den Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes zurückzuweisen.
- 13 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer bezogen auf die Einstellung der nationalen Bedeutung des [...] in die vorgenommene Abwägung; es gelte der Amtsermittlungsgrundsatz, wobei auch der Freibeweis durch Internetrecherchen in Betracht komme und der freien Beweiswürdigung unterliege. Die weiteren Standorte der Antragsgegnerin seien schon umfangreich in deren Arbeit einbezogen und die eigentlich in dem [...] zu leistenden Tätigkeiten könnten nicht aus ihnen heraus erbracht werden. Weiterhin legt die Antragsgegnerin dar, die Wiedereröffnung des [...] sei zunächst tatsächlich für den 05.05.2023 vorgesehen gewesen, während man nach dem jetzigen Terminplan vom 26.04.2024 ausgehe; wenn die Antragstellerin demgegenüber anführe, das angenommene Bauende habe schon ursprünglich im Jahr 2024 gelegen, handele es sich dabei stattdessen um den Projektabschluss, welcher nur versehentlich falsch bezeichnet worden sei. Beliefen sich Einnahmeverluste im Falle einer Eröffnung frühestens im Januar 2024 auf 4.553.000,00 € in dem [...] und auf 393.450,00 € insgesamt für den [...]shop und [...]pädagogische Programme, stehe bereits jetzt fest, dass jede weitere Verzögerung bis Ende April/Anfang Mai 2024 zu Mindereinnahmen für die Monate Januar bis April in Höhe von 20 Prozent der für das Jahr 2024 erwarteten Eintrittserlöse führe. Ob ein Ausgleich durch Mehreinnahmen aufgrund höherer Besucherzahlen im [...] eintrete, sei - auch infolge der Corona-Pandemie - ungewiss und nicht belegt. Neben die Einnahmeverluste durch eine spätere Wiedereröffnung träten zudem Kostensteigerungen aufgrund der verzögerten Beschaffung. Eine Verpflichtung des Landes Mecklenburg-Vorpommern zum Ausgleich von Fehlbedarfen der Antragsgegnerin bestehe jedenfalls nicht. Es gelte, durch die Aufhebung des Zuschlagsverbotes einen über den bereits entstandenen hinausgehenden Schaden zu verhindern, nachdem die Vergabekammer die Frist zur Entscheidung über den aktuell anhängigen Nachprüfungsantrag zwischenzeitlich bereits bis zum 29.09.2021 verlängert habe. Die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu der ersten Ausschreibung im Jahr 2020 gehe mit darauf zurück, dass die Vergabekammer erst spät über die Akteneinsicht entschieden und die Antragstellerin ein unbegründetes Ablehnungsgesuch angebracht habe, mit dem zunächst unzuständigerweise das Oberlandesgericht befasst worden sei. Die Antragsgegnerin habe schließlich die Wertung der eingegangenen Angebote abgeschlossen und sei zuschlagsfähig; lediglich habe eine Vorabinformation wegen der Unterschreitung der Schwellenwerte nicht zu erfolgen.
- 14 II. Der zulässige Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes ist begründet, weil die Voraussetzungen für eine vorzeitige Gestattung des Zuschlags nicht vorliegen.
- 15 1. Nach § 169 Abs. 2 Satz 1, 2, 4 und 5 GWB kann die Vergabekammer dem Auftraggeber auf seinen Antrag gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem ra-

schen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung ist das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen. Die Vergabekammer berücksichtigt dabei auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags müssen nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein.

- 16 2. Allein die durch das Verfahren vor der Vergabekammer naturgemäß entstehende zeitliche Verzögerung – in der Regel höchstens acht Wochen – kann es insofern nie rechtfertigen, vorab den Zuschlag zu gestatten, weil sonst das gesamte Nachprüfungsrecht ad absurdum geführt würde; insoweit tragen gesetzliche Fristen wie in § 167 Abs. 1 GWB und das Beschleunigungsgebot den Interessen des Auftraggebers ausreichend Rechnung, der im Übrigen bei der Planung ein nie auszuschließendes Nachprüfungsverfahren einzukalkulieren hat. Ebenso muss der Auftraggeber etwa im Falle einer „knappen Planung“ auch die sich aus der Verzögerung ergebenden finanziellen Nachteile hinnehmen, es sei denn, es handelt sich um eine außergewöhnlich hohe finanzielle Belastung. Die Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung wegen fehlender Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags kommt zudem nur in Betracht, wenn dessen Unzulässigkeit oder Unbegründetheit auf der Hand liegt; eine weitgehende Berücksichtigung der Erfolgsaussichten im Verfahren nach § 169 Abs. 1 GWB verletzt das Recht des Antragstellers, seine Rügen in dem gerade dafür vorgesehenen Nachprüfungsverfahren mit dem Ziel des Primärrechtsschutzes überprüfen zu lassen. Realistischerweise ist eine vorzeitige Gestattung des Zuschlags als Ergebnis einer Abwägung nur zu erwägen, wenn der zu vergebende Auftrag so streng fristgebunden ist, dass eine Überschreitung der bei der Ausschreibung vorgesehenen Zuschlagsfrist seine Durchführung unmöglich machen oder in unzumutbarer Weise verzögern würde, die Verzögerung geeignet ist, die Funktionsfähigkeit und Aufgabenerfüllung des Auftraggebers spürbar zu beeinträchtigen und eine solche Beeinträchtigung hinreichend wahrscheinlich ist oder die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung objektiv keinen Aufschub duldet (vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, jurisPK Vergaberecht, 5. Aufl., 2016, § 169 GWB Rn. 44 ff. m. w. N.).
- 17 3. Nach diesen Maßstäben lässt sich ein überwiegendes Interesse der Antragsgegnerin an einer Aufhebung des Zuschlagsverbotes aus § 169 Abs. 1 GWB aufgrund der Information der Vergabekammer über das dort anhängige Nachprüfungsverfahren nicht annehmen.
- 18 a. Zum einen lässt sich für dieses eine Erfolgsaussicht der Antragstellerin nicht ohne Weiteres verneinen.
- 19 aa. Es mangelt ihr zunächst nicht an dem notwendigen Rechtsschutzbedürfnis deshalb, weil sie in dem hier zu dem Aktenzeichen 17 Verg 5/21 anhängigen Beschwerdeverfahren zu der ersten Ausschreibung keinen Antrag nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gestellt hat. Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens ist nämlich ein konkretes formelles Vergabeverfahren, auf das sich die Eingriffsbefugnisse der Nachprüfungsinstanzen zumindest grundsätzlich hinsichtlich der Maßnahmen der Vergabestelle beschränken. Im Falle einer parallelen Neuausschreibung der Leistungen durch den öffentlichen Auftraggeber kann der Bieter primären Rechtsschutz gegen einen damit einhergehenden vermeintlichen Vergaberechtsverstoß daher allein in einem Nachprüfungsverfahren erlangen, welches sich auf die zweite Ausschreibung bezieht; in diesem gesonderten Nachprüfungs-



verfahren besteht sowohl die Möglichkeit der Auslösung bzw. Wiederherstellung eines Zuschlagverbots als auch diejenige der Anordnung einstweiliger Maßnahmen zur vorläufigen Aussetzung des Vergabeverfahrens, und dies gegebenenfalls lange vor einer möglichen Zuschlagsreife (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 31.07.2006, Az.: 1 Verg 6/06, - zitiert nach juris -, Rn. 15 ff. m. w. N.). Umgekehrt schützt ein Zuschlagsverbot den Antragsteller mithin nur vor der eher theoretischen Möglichkeit, dass der Auftraggeber von sich aus das Vergabeverfahren wieder aufnimmt, fortführt und einem Konkurrenten den Zuschlag erteilt, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen die Aufhebung der Ausschreibung richtet; in dem durch Neuausschreibung des Auftrags möglicherweise nach Organisationsänderungen auch noch unter Regie einer anderen Vergabestelle neu begründeten selbständigen Vergabeverfahren entfaltet das für das vorherige Verfahren geltende Verbot dagegen keine Wirkung (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 10.04.2003, Az.: 1 Verg 1/03, - zitiert nach juris -, Rn. 30).

- 20 bb. Dahinstehen kann im Hinblick auf die Einwände einer fehlenden Vergabereife für die drei Neuausschreibungen bzw. des Vorliegens einer Doppelausschreibung sodann, dass es auf die von der Vergabekammer angenommene Rechtmäßigkeit der Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens gemäß § 17 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A-EU nicht ankommen muss, weil es der Vergabestelle regelmäßig unbenommen bleibt, von einem Beschaffungsvorhaben gegebenenfalls auch dann Abstand zu nehmen, wenn dafür kein gesetzlicher Aufhebungsgrund vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Bieter zwar nach § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält, aber ausweislich § 63 Abs. 1 Satz 2 VgV nicht darauf, dass er den Auftrag auch erteilt und demgemäß die Vergabestelle das Vergabeverfahren mit der Erteilung des Zuschlags abschließt (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 02.10.2019, Az.: 17 Verg 3/19, - zitiert nach juris -, Rn. 52 m. w. N.).
- 21 cc. Jedenfalls könnte nämlich die lediglich national erfolgte Ausschreibung der drei neu gebildeten Aufträge an Stelle ihrer europaweiten Bekanntmachung Bedenken begegnen, wobei eine Rechtsverletzung der Antragstellerin durch dieses Vorgehen nicht von vornherein ausgeschlossen sein muss.
- 22 (1) Nach § 3 Abs. 9 VgV kann der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe einzelner Lose zwar von § 3 Abs. 7 Satz 3 VgV abweichen, wenn der geschätzte Nettowert des betreffenden Loses bei Bauleistungen unter 1.000.000,00 € liegt und die Summe der Nettowerte der Lose, mit denen von der letztgenannten Vorschrift abgewichen werden soll, 20 Prozent des Gesamtwerts aller Lose nicht übersteigt. Der Auftraggeber muss jedoch die Lose, die unter die 20 Prozent-Grenze fallen sollen, bei Einleitung des Vergabeverfahrens festlegen und diese Festlegung dokumentieren. Das ursprünglich zusammengefasste Los, welches in einem zweiten Anlauf auf drei Aufträge verteilt worden ist, unterfiel den Bedingungen für eine europaweite Ausschreibung; mit einem derartigen Vorgehen ist grundsätzlich eine Selbstbindung des Auftraggebers verbunden, die betreffenden Leistungen nicht dem 20 Prozent-Kontingent zuzuordnen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2019, Az.: VII-Verg 53/18, - zitiert nach juris -, Rn. 39 m. w. N.). Wenn der Vergabestelle gestattet sein soll, schon vor Ausschöpfung des 80 Prozent-Kontingents einzelne Lose statt dessen auch dem 20 Prozent-Kontingent zuzuschlagen, muss sie allerdings konsequenterweise an ihrer einmal nach außen dokumentierten Zuordnung festgehalten werden, weil sonst nachträglichen Manipulationen Tür und Tor geöffnet wäre (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 15.05.2003, Az.: 1 Verg 3/03, - zitiert nach juris -, Rn. 147 m. w. N.). Dass eine regelmäßig unzulässige nachträgliche Änderung einer solchen

Zuordnung durch den Auftraggeber (vgl. dazu Pünder/Schellenberg-Alexander, Vergaberecht, 3. Aufl., 2019, § 3 VgV Rn. 82 m. w. N.) unter den Umständen des vorliegenden Einzelfalles, wie die Antragsgegnerin meint, im Zusammenhang mit der späteren Aufteilung eines Auftrages möglich wäre, drängt sich nicht auf und wäre nicht in dem hier zu entscheidenden Eilverfahren im Sinne einer offensichtlichen Rechtslage anzunehmen.

- 23 (2) Der Antragstellerin kann nach ihrem Vorbringen trotz Kenntniserlangung von den drei neuen Ausschreibungen und der darauf erfolgten Abgabe von zwei Angeboten auch ein Schaden entstanden sein, wenn sie unstreitig die betreffende Information erst mehr oder weniger zufällig der Antragserwiderung der Antragsgegnerin zu dem hier anhängigen Beschwerdeverfahren mit dem Aktenzeichen 17 Verg 5/21 entnommen hat und ihr in der Folge die Angebotsfrist nur noch in verkürztem Umfang für die Erarbeitung erneuter Bewerbungen unter Berücksichtigung des geänderten Leistungsumfanges zur Verfügung stand (vgl. anders bei OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.02.2009, Az.: VII-Verg 69/08, - zitiert nach juris -, Rn. 29, bei Abgabe eines Angebotes auch ohne europaweite Bekanntmachung und fehlender Darlegung, warum dann ein aussichtsreicheres Angebot abgegeben worden wäre). Der betreffende Vortrag ist angesichts der summarischen Möglichkeiten des vorliegenden Eilverfahrens zumindest nicht im ersten Zugriff von der Hand zu weisen, weil sich ohne weitere Erkenntnisse und Sachkunde nicht beurteilen lässt, ob die Auswirkungen einer verzögerten Kenntnisnahme der Antragstellerin von den neuen Ausschreibungen eventuell doch unerheblich gewesen wären; eine dahingehende Prüfung muss daher dem Hauptsachverfahren vorbehalten bleiben (vgl. strenger demgegenüber OLG Frankfurt, Beschluss vom 26.01.2017, Az.: 11 Verg 1/17, - zitiert nach juris -, Rn. 55 ff., im Falle einer Bestandsunternehmerin).
- 24 b. Zum anderen könnte davon unabhängig selbst eine mangelnde Erfolgsaussicht des Nachprüfungsantrags für sich genommen die Gestattung des vorzeitigen Zuschlags nicht rechtfertigen, ohne dass ein besonderes Beschleunigungsinteresse des Auftraggebers hinzutritt (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.03.2014, Az.: 11 Verg 1/14, - zitiert nach juris -, Rn. 49 m. w. N.); abweichend von der Auffassung der Vergabekammer lässt sich ein solches aufgrund der vorzunehmenden Abwägung nicht begründen.
- 25 aa. Von vornherein untauglich sind dafür allgemein gehaltene Verweise auf die Bedeutung des [...] für Forschung und Tourismus auf regionaler oder gar nationaler Ebene. Damit sind nicht etwa der Bereich der Daseinsvorsorge (vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, a. a. O., § 169 GWB Rn. 55) oder in § 169 Abs. 2 Satz 3 GWB ausdrücklich angesprochene und in der Regel als überwiegend anzusehende Sicherheits- und Verteidigungsinteressen betroffen, während eine hervorgehobene Bedeutung den Aufgaben öffentlicher Auftraggeber gemeinhin schon deshalb zukommt, weil darin der Grund liegt, dass sie öffentlich-rechtlich ausgestaltet sind oder sich jedenfalls in entsprechender Trägerschaft befinden; dennoch sind gerade öffentliche Auftraggeber den Bindungen des Vergaberechtes und den sich daraus eventuell ergebenden Beschwernissen bei der Erteilung von Aufträgen unterworfen.
- 26 bb. Unter Berücksichtigung der konkreten Hintergründe des offenen Vergabeverfahrens kann im Weiteren nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich [...] um ein auf mehrere Jahre angelegtes Bauvorhaben handelt, das sich derzeit noch in der Anfangsphase befindet.
- 27 (1) Die von der Antragsgegnerin Einbußen, welche sie bei einer weiteren Verzögerung aktuell beabsichtigter Zuschläge befürchtet, können sich demgemäß frühestens in mehr

als zwei Jahren einstellen, wobei nicht ausgeschlossen sein muss oder erkennbar wäre, dass oder warum eingetretene Verzögerungen in der geplanten Abwicklung des Projektes bis dahin nicht aufgeholt werden können, beispielsweise durch eine Straffung von Bauabschnitten oder auch nur das Ausbleiben nach dem oben unter Ziffer 2) Gesagten regelmäßig mit einzukalkulierender Nachprüfungsverfahren bei der Vergabe weiterer Leistungen.

- 28 (2) Für eine erhöhte Dringlichkeit der hier erstrebten vorzeitigen Zuschlagserteilung kann darüber hinaus nicht die Dauer des vorangegangenen Vergabeverfahrens angeführt werden. So sind zeitliche Verzögerungen, die der Auftraggeber selbst zu vertreten hat – zum Beispiel der vergleichsweise späte Beginn des Vergabeverfahrens – im Rahmen der Interessenabwägung zu seinen Lasten zu berücksichtigen (vgl. Burgi/Dreher-Antweiler, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., 2017, § 169 GWB Rn. 38 m. w. N.). Wäre die Aufhebung des ersten Vergabeverfahrens zu Unrecht erfolgt, hätte die Antragsgegnerin es demgemäß selbst zu verantworten, dass sie nicht schon auf die dortige Rüge der Antragstellerin wieder zu dessen Fortsetzung übergegangen wäre und auf diesem Wege eine gegebenenfalls schnellere Klärung herbeigeführt hätte. Konnte die Aufhebung dagegen rechtswirksam vorgenommen werden, hätte es der Antragsgegnerin obliegen, unmittelbar danach die erst im Juli 2021 eingeleiteten neuen Vergabeverfahren anzustoßen, anstatt zumindest den Ausgang des ersten Nachprüfungsverfahrens dazu abzuwarten; auf die Unzumutbarkeit eines solchen Vorgehens könnte die Antragsgegnerin schon deshalb nicht verweisen, weil sie für die Neuausschreibung jedenfalls auch nicht die (ganz) abschließende Klärung durch den Ausgang des noch laufenden Beschwerdeverfahrens zu dem hiesigen Aktenzeichen 17 Verg 5/21 abgewartet hat. Auf wessen Verhalten die Dauer des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens konkret zurückzuführen ist, bleibt damit von bestenfalls sekundärer Bedeutung.
- 29 (3) Die zuvor behandelten Überlegungen können im Ergebnis allerdings ohnehin deshalb nicht ausschlaggebend sein, weil sie ansonsten auf alle weiteren Aufträge in gleicher Weise dahingehend übertragbar wären, dass bereits die Verzögerungen, welche durch die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu der ersten (Teil)Ausschreibung für das (Gesamt)Bauvorhaben verursacht wurden, den vorzeitigen Zuschlag ebenso bei allen noch ausstehenden Vergaben weiterer Leistungen bedingten; damit liefen die §§ 155 ff. GWB aber für das restliche Projekt leer.
- 30 cc. Außergewöhnliche Verzögerungen durch das aktuell zu den drei neuen Ausschreibungen anhängige Nachprüfungsverfahren zeichnen sich schließlich auch angesichts der schon erfolgten Verlängerung der Entscheidungsfrist durch die Vergabekammer nicht ab.
- 31 c. Letztlich wird das Abwägungskriterium der allgemeinen Aussichten des Antragstellers auf den Zuschlag weit gefasst. Diesbezügliche positive Aussichten des Antragstellers können danach sogar dann bestehen, wenn er kein Angebot abgegeben hat, jedoch schlüssig darlegt, an dem Auftrag interessiert zu sein und nur aufgrund eines geltend gemachten Vergaberechtsverstößes nicht in der Lage gewesen zu sein, ein Angebot abzugeben (vgl. Burgi/Dreher-Antweiler, a. a. O., § 169 GWB Rn. 42 m. w. N.). Es kann dazu auf die Erläuterungen oben unter lit. a cc (2) - Seite 8 f. - Bezug genommen werden.
- 32 III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 169 Abs. 2 Satz 8, 176 Abs. 3 Satz 4, 175 Abs. 2, 71 GWB. Der Eilantrag zum Vergabesenat ist ein Rechtsbehelf eigener Art, über den entschieden wird, wenn noch völlig offen ist, ob es jemals zu einem Beschwerdeverfahren kommen wird; über die Kosten muss daher entschieden werden, um zu vermei-

den, dass ungeklärt bleibt, wer insbesondere die infolge des Antrags höheren Anwaltskosten zu tragen hat (vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, a. a. O., § 169 GWB Rn. 66 m. w. N.).

- 33 IV. Die Entscheidung über die Festsetzung des Streitwertes für das Antragsverfahren nach § 169 Abs. 2 Satz 5 GWB folgt aus § 50 Abs. 2 GKG (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 11.09.2018, Az.: 7 Verg 4/18, - zitiert nach juris -, Rn. 57). Der Berechnung wurden die Bruttoauftragssummen der von der Antragstellerin auf die neuen Ausschreibungen abgegebenen Angebote in Höhe von 1.950.578,67 bzw. 334.425,52 € zugrunde gelegt und der sich danach ergebende Streitwert durch einen geschätzten Zuschlag für das dritte Verfahren, an dem sich die Antragstellerin nicht beteiligt hat, aufgerundet.