

**IBRRS 2023, 0468**

## **Entscheidung im Volltext**

**Vergabe**

**Angebotswertung unter Einbeziehung des Nebenangebots soll wiederholt werden**

---

OLG Koblenz

Beschluss

vom 14.10.2020

Verg 7/20

**GWB § 173**

**ohne amtlichen Leitsatz**

OLG Koblenz, Beschluss vom 14.10.2020 - Verg 7/20

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

wegen Vergabe des Auftrags "*Abbruch/Rückbau Gebäude ...[A]*"

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz ... am 14. Oktober 2020

beschlossen:

Der Antrag des Antragstellers, die aufschiebende Wirkung der gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 7. August 2020 gerichteten sofortigen Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

### **Gründe:**

**I.**

Die Antragsgegnerin hat die Beauftragung von Abbruch-/Rückbauarbeiten bezüglich zweier Gebäude auf dem Gelände des ehemaligen Militärflugplatzes in ...[Z] national nach VOB/A öffentlich ausgeschrieben. Die entsprechende Auftragsbekanntmachung wurde am ... im ... veröffentlicht. Zuschlagskriterium war ausschließlich der Preis. Die Abgabe von Nebenangeboten war - wenn auch ausschließlich in Verbindung mit einem Hauptangebot - zugelassen. In Ziffern 4.1 und 4.2 der in den Vergabeunterlagen enthaltenen Teilnahmebedingungen waren Mindestanforderungen an Nebenangebote unter anderem dahingehend geregelt, dass etwaige Nebenangebote qualitativ und quantitativ gleichwertig sein und alle Leistungen umfassen mussten, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind.

Der Antragsteller und die Beigeladene haben sich an der Ausschreibung beteiligt. Der Preis des antragstellerseits abgegebenen Hauptangebots liegt über dem Preis des Angebots der Beigeladenen.

Sowohl der Antragsteller als auch die Beigeladene haben jeweils ein Skonto von 2 % bei Zahlung innerhalb von zehn Tagen angeboten; die Skontoregelungen wurden in der Submissionsniederschrift jeweils als Nebenangebot aufgeführt.

Der Antragsteller hat ein weiteres - auf einer separaten Anlage unterbreitetes - Nebenangebot abgegeben. Dabei handelt es sich um ein Pauschalpreisangebot, dessen Preis deutlich unter dem Preis des Angebots der Beigeladenen liegt. Das betreffende Nebenangebot hat die Antragsgegnerin nicht gewertet. Sie hat dies - nachträglich - unter anderem damit begründet, dass das Angebot nicht in vollem Umfang diejenigen Leistungen abbilde, die sich aus ihrem Leistungsverzeichnis ergäben. Unter anderem seien das Auf-füllen der beim Abbruch entstehenden Baugruben sowie der Abbau der Baustelle nebst Abfuhr des Bauzauns nicht enthalten.

Die Antragsgegnerin informierte den Antragsteller mit Schreiben vom 30. April 2020, dass bezüglich ihres Hauptangebots ein niedrigerer Preis vorliege und das Pauschalpreis-Nebenangebot aufgrund des Wertungsergebnisses nicht in Betracht komme. Als erfolgreicher Bieter wurde die Beigeladene genannt. Die Antragstellerin nahm dies zum Anlass, das Wertungsergebnis, die Überschreitung des EU-Schwellenwerts sowie eine unzulängliche Vorabinformation zu rügen und am 13. Mai 2020 einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer zu stellen. Dessen Mitteilung erreichte die Antragsgegnerin erst am 14. Mai 2020 um 11.42 Uhr. Zu diesem Zeitpunkt hatte die Antragsgegnerin bereits - am 14. Mai 2020 um 09.08 Uhr - den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt.

Der Antragsteller hat die Auffassung vertreten, die als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizierende Antragsgegnerin habe es vergabe-rechtswidrig unterlassen, den streitgegenständlichen Auftrag EU-weit auszuschreiben. Die ihm übersandte Vorabinformation vom 30. April 2020 erfülle im Übrigen nicht die an eine entsprechende Information nach § 134 GWB zu stellenden Mindestanforderungen.

Die Antragsgegnerin ist dem Nachprüfungsauftrag entgegengetreten und hat insoweit die Auffassung vertreten,

der Antrag sei bereits unzulässig. Weder handele es sich bei ihr um einen öffentlichen Auftraggeber, noch sei der maßgebliche Schwellenwert überschritten. Im Übrigen habe der Antragsteller die nunmehr geltend gemachten vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht rechtzeitig gerügt. Ihm fehle es zudem an der erforderlichen Antragsbefugnis.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 7. August 2020 als unzulässig verworfen. Zur Begründung hat sie - soweit hier von Relevanz - im Wesentlichen ausgeführt, dem Antragsteller fehle es jedenfalls an der erforderlichen Antragsbefugnis. Denn er habe nicht schlüssig dargelegt, dass ihm durch die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Es seien antragstellerseits keinerlei Anhaltspunkte dafür vorgetragen worden, dass sich bei einer Korrektur der beiden geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen seine Chancen auf die Erteilung des Zuschlags in irgendeiner Weise verbessern würde. Es fehlten jedwede Erörterungen, warum die materiell-rechtlich geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen "*fehlende europaweite Ausschreibung*" und "*unvollständige Vorabinformation*" ihn in seiner Chance auf Zuschlagserteilung beeinträchtigt haben könnten. Es fehle an jedwedem Vortrag zur Kausalität der Vergaberechtsverstöße für eine bessere Angebotsplatzierung.

Gegen diese ihm am 7. August 2020 zugestellte Entscheidung wendet sich der Antragsteller mit seiner am 21. August 2020 bei dem erkennenden Oberlandesgericht eingegangenen sofortigen Beschwerde. In diesem Zusammenhang hat er zudem mit Schriftsatz vom 8. Oktober 2020 einen Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nach § 173 GWB gestellt.

Der Antragsteller macht geltend,

er sei antragsbefugt. Durch die Abgabe seines Angebots und durch seine Rüge habe er sein Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag dokumentiert. Da sein Angebot zu Unrecht ausgeschlossen worden sei, habe er eine Verletzung seiner Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB geltend gemacht. Durch den Angebotsausschluss drohe ihm auch ein Schaden. Allein die Tatsache, dass er primären Rechtsschutz verlange und auf das Nebenangebot abstelle, indiziere das Vorliegen eines Schadens. Dieser manifestiere sich im Verlust des Zuschlags unmittelbar durch den Ausschluss des Nebenangebotes.

Im Übrigen wiederholt und vertieft er im Wesentlichen sein im Verfahren vor der Vergabekammer unterbreitetes Vorbringen.

Der Antragsteller beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 7.8.2020, Az.: **VK 1-12/20** aufzuheben,
2. dem Antragsgegner aufzugeben, die Angebotswertung unter Einbeziehung ihres Nebenangebots zu wiederholen;
3. die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung der Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 7. August 2020 zurückzuweisen;
2. den Antrag der Beschwerdeführerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer Rheinland-Pfalz vom 7. August 2020 abzulehnen.

Die Beigeladene beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die angefochtene Entscheidung. Insoweit wiederholen und vertiefen sie im Wesentlichen ihr im Verfahren vor der Vergabekammer unterbreitetes Vorbringen.

Ergänzend wird auf den gesamten Inhalt der Akten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der dort vorgelegten Vergabeakten sowie auf die vorliegenden Gerichtsakten im Übrigen Bezug genommen.

## II.

Der auf Verlängerung - beziehungsweise im vorliegenden Fall der Sache nach auf Wiederherstellung (vgl. OLG Düsseldorf, **ZfBR 2019, 296**, 296 f.; OLG Frankfurt am Main, **NZBau 2018, 253**, 254, Rdnr.

39) - der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über den in § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB bestimmten Zeitraum hinaus gerichtete Antrag des Antragstellers ist nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB zulässig. In der Sache hat er aber keinen Erfolg.

Der Antrag ist zulässig.

Insbesondere ist er rechtzeitig beim Senat angebracht worden. Dass der Antrag erst nach Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB gestellt worden ist, schadet insoweit nicht. Die Stellung des Antrags auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ist in § 173 GWB gerade nicht an die Einhaltung einer Antragsfrist geknüpft (vgl. KG, **NZBau 2020, 270**, 270, Rdnr. 4, m.w.N.; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 173 GWB, Rdnr. 64 f.; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 16).

Zudem kann es nicht Sinn der Vorschrift sein, ein um Primärrechtsschutz nachsuchendes Unternehmen rein vorsorglich in zum Antragszeitpunkt unnötige Kosten zu treiben, von denen nicht sicher ist, ob sie sich später als zur Erreichung des Rechtsschutzziels dienlich erweisen (vgl. OLG Düsseldorf, **ZfBR 2019, 296**, 297; OLG Frankfurt am Main, **NZBau 2018, 253**, 254, Rdnr. 43). Zeichnet sich binnen der Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB noch keine Zuschlagsreife ab, ist ungewiss, ob der zusätzliche Aufwand eines Antrags nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB gerechtfertigt ist (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Darüber hinaus stehen einer Zulassung von Anträgen auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach Ablauf der Frist des § 173 Abs. 1 Satz 2 GWB weder Interessen der Verfahrensbeteiligten noch der Allgemeinheit entgegen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Frankfurt am Main, **NZBau 2018, 253**, 254, Rdnr. 43). Ist ein Beschwerdeverfahren bereits weiter fortgeschritten, lassen sich die materiellen Voraussetzungen für eine Entscheidung nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB mitunter leichter bejahen oder verneinen als zu Beginn eines Beschwerdeverfahrens (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Sind die materiellen Voraussetzungen für eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung dann erfüllt, entspricht es dem Gebot effektiven Primärrechtsschutzes, die aufschiebende Wirkung auch im Verlauf eines bereits fortgeschrittenen Beschwerdeverfahrens wiederherzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Frankfurt am Main, **NZBau 2018, 253**, 254, Rdnr. 43; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 173 GWB, Rdnr. 68 und Rdnr. 70; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 16).

Auch der Umstand, dass die Antragsgegnerin den Zuschlag bereits erteilt hat, steht der Zulässigkeit des Verlängerungs- beziehungsweise Wiederherstellungsantrags nicht entgegen. Denn die Beteiligten streiten vorliegend gerade über die Wirksamkeit des Zuschlags. Dann besteht aber auch ein berechtigtes Interesse des Antragstellers daran, zu verhindern, dass durch Wiederholung oder Bestätigung des umstrittenen Zuschlags die Sachlage einseitig so verändert wird, dass ein vergaberechtlicher Primärrechtsschutz ausgeschlossen ist (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 14. Februar 2005 - **9 Verg 1/05**; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rdnr. 10; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173, Rdnr. 20, m.w.N.; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 173 GWB, Rdnr. 29).

Im Übrigen kann dem Antragsteller auch das hinsichtlich des vorliegend zur Entscheidung stehenden Antrags erforderliche Rechtsschutzbedürfnis nicht deshalb abgesprochen werden, weil die Antragsgegnerin mitgeteilt hat, für eine Einstellung der infolge des Zuschlags begonnenen Arbeiten gesorgt zu haben; der Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens werde abgewartet. Sähe man dies anders, würde dem Antragsteller nämlich das letztlich nicht verlässlich einzuschätzende Risiko aufgebürdet, dass der Antragsgegner seine Absicht insoweit kurzfristig ändert (vgl. insoweit auch Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 173, Rdnr. 26;

Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 14, m.w.N.).

Der Antrag ist jedoch unbegründet.

Gemäß § 173 Abs. 2 GWB ist ein Antrag wie der vorliegend zu bescheidende abzulehnen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung sind das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers, die Erfolgsaussichten der Beschwerde, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - **15 Verg 1/20**; OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - **Verg 5/19**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. Mai 2018 - **11 Verg 5/18**; Beschluss vom 24. August 2017 - **11 Verg 12/17**).

Dabei sind die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde vorrangig zu berücksichtigen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. Juli 2019 - **Verg 51/16**; Beschluss vom 3. August 2018 - **Verg 30/18**; Beschluss vom 9. April 2014 - **VII Verg 8/14**; OLG München, Beschluss vom 19. März 2019 - **Verg 3/19**; OLG Rostock, Beschluss vom 21. Januar 2019 - **17 Verg 8/18**; OLG Schleswig, Beschluss vom 25. August 2017 - **54 Verg 3/17**; OLG Celle, Beschluss vom 8. Juli 2016 - **13 Verg 2/16**; OLG Hamburg, Beschluss vom 2. Oktober 2012 - **1 Verg 2/12** -, m.w.N.; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 173 GWB, Rdnr. 41 f.; Ziekow/Völlink-Losch, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 173 GWB, Rdnr. 53; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 54; Reidt/Stickler/Glahs-Stickler, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 23; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173, Rdnr. 24, m.w.N.). Wenn nämlich die Beschwerde ohnehin nicht zum Erfolg führen kann, kann das Interesse des Beschwerdeführers an der Verlängerung der auf-schiebenden Wirkung von vornherein die Interessen der Vergabestelle bzw. der Allgemeinheit nicht überwiegen (vgl. OLG Schleswig, a.a.O.; Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O.; Burgi/Dreher-Vavra, a.a.O.).

Danach kann dem Verlängerungs- beziehungsweise Wiederherstellungsantrag des Antragstellers nicht stattgegeben werden. Denn die sofortige Beschwerde hat bei der gebotenen und im Verfahren nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB allein möglichen summarischen Prüfung (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19. Februar 2020 - **15 Verg 1/20**; OLG Dresden, Beschluss vom 21. August 2019 - **Verg 5/19**; OLG München, Beschluss vom 30. Juli 2018 - **Verg 05/18**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3. Mai 2018 - **11 Verg 5/18**; Beschluss vom 24. August 2017 - **11 Verg 12/17**; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § 173 GWB, Rdnr. 28) auf der Grundlage der bis zum heutigen Tage eingegangenen Schriftsätze keine Aussicht auf Erfolg. Zudem ist auch im Übrigen kein Grund ersichtlich, der Antragsgegnerin einen eventuellen erneuten Zuschlag zu versagen.

Die Vergabekammer hat den vorliegenden Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Rügen einer unzureichenden Vorabinformation und einer lediglich nationalen Ausschreibung zu Recht und mit nach wie vor zutreffender Begründung als unzulässig verworfen. Denn dem Antragsteller fehlt es insoweit jedenfalls an der nach § 160 Abs. 2 GWB erforderlichen Antragsbefugnis.

Nach der vorzitierten Norm ist nur solches ein Unternehmen antragsbefugt, welches ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht (§ 160 Abs. 2 Satz 1 GWB). Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 160 Abs. 2 Satz 2 GWB). Letzterem hat der Antragsteller vorliegend nach wie vor nicht Genüge getan.

Für den Schaden ist der Antragsteller darlegungspflichtig. Die bloße Behauptung genügt insoweit

nicht. Er muss vielmehr die Tatsachen vortragen, aus denen sich schlüssig ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren (vgl. zu allem Vorstehenden Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 160 GWB, Rdnr. 100, m.w.N.). Der Antragsteller hat auch nicht generell, sondern vielmehr ganz konkret für jeden einzelnen behaupteten Rechtsverstoß schlüssig und nachvollziehbar darzulegen, dass gerade dieser Fehler der Auftraggeber seine Aus-sichten auf den Zuschlag tatsächlich beeinträchtigt hat oder dass die Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein könnten (vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, a.a.O., Rdnr. 102, m.w.N.).

Der vorliegend gerügte - vermeintliche - Verstoß gegen die in § 134 GWB geregelten In-formation- und Wartepflichten ist schon von vornherein nicht geeignet, einen eventuellen Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB zu begründen. Die Information über den Ausgang des Vergabeverfahrens und die Pflicht des Auftraggebers, den Zuschlag nicht vor Ablauf der Wartepflicht zu erteilen, soll einem unterlegenen Bieter die Möglichkeit er-öffnen, gegen die Auswahlentscheidung im Wege eines Nachprüfungsverfahrens vorgehen zu können. Das seiner Ansicht nach unzureichende "*Absageschreiben*" vom 30. April 2020 hat den Antragsteller aber gerade ganz offensichtlich nicht gehindert, einen Nachprüfungsantrag zu stellen (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Oktober 2018 - **15 Verg 7/18**; VK Bund, Beschluss vom 3. Juni 2018 - **VK 2 - 44/18**). Die Antragstellerin hat auch nichts dazu vorgetragen, was sie im Nachprüfungsverfahren weiter vorgebracht hätte, wenn die Vorabinformation den von ihr für erforderlich gehaltenen Inhalt gehabt hätte (vgl. insoweit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017 - **VII Verg 9/17** -, m.w.N.; VK Bund, a.a.O.).

Die Antragsbefugnis wegen eines etwaigen Verstoßes der Antragsgegnerin gegen § 134 GWB ist auch nicht deshalb zu bejahen, weil der Antragsteller bei Zurückversetzung des Vergabeverfahrens erneut ein Angebot abgeben könnte, mit dem er seine Zuschlags-chancen verbesserte. Denn auf die Zuschlagschancen eines Antragstellers in einem künftigen Vergabeverfahren kommt es für den Erfolg seines Nachprüfungsantrags nur dann an, wenn der Auftraggeber wegen eines Vergabefehlers, der sich auf das Angebot selbst und dessen Zuschlagschancen ausgewirkt hat, das Vergabeverfahren zurückversetzen und der Antragsteller eine "*zweite Chance*" erhalten muss, ein neues Angebot abzugeben. Eine solche Zurückversetzung des Vergabeverfahrens ist jedoch allein wegen eines fehlerhaften Vorabinformationsschreibens nicht erforderlich, da dessen Fehlerhaftigkeit keine Auswirkungen auf die Erstellung des Angebots haben kann (vgl. zu allem Vorstehenden OLG Düsseldorf, a.a.O., Rdnr. 54, m.w.N.).

Soweit der Antragsteller hier weiter beanstandet, dass die Antragsgegnerin vorliegend lediglich auf nationaler Ebene und nicht europaweit ausgeschrieben hat, hat er ebenfalls nicht hinreichend dargetan, dass ihm hierdurch ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Die unterlassene europaweite Ausschreibung kann - wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat - zu keiner Beeinträchtigung der Bieterchancen des Antragstellers führen. Denn dieser konnte sich als in Deutschland ansässiger Unternehmer bewerben und hat sich tatsächlich auch beworben und Angebote abgegeben (vgl. insoweit auch Senat, **ZfBR 2009, 292**, 293; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. Juni 2015 - **11 Verg 3/15** -, **BeckRS 2015, 14694**, Rdnr. 58; Beschluss vom 23. März 2011 - **11 Verg 2/11** -, **BeckRS 2012, 16660**; OLG Düsseldorf, **NZBau 2012, 515**, 516; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 160 GWB, Rdnr. 119; BeckOK Gabriel/Mertens/Prieß/Stein-Gabriel/Mertens, Vergaberecht, 17. Edition, Stand: 31. Juli 2018, § 160 GWB, Rdnr. 111; MünchKomm-Jaeger, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 160, Rdnr. 42; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 GWB, Rdnr. 37, m.w.N.). Er hat weder vorgetragen noch ist ersichtlich, dass der in der falschen Veröffentlichungsform (nationale statt EU-weite Bekanntmachung) liegende Rechtsverstoß und eine etwaige da-raus folgende abweichende Verfahrensgestaltung seine Aussichten auf Erteilung des

Zuschlags gleichwohl verschlechtert oder seine Angebotsmöglichkeiten ansonsten nachteilig beeinflusst haben könnte (vgl. insoweit auch Senat, a.a.O., m.w.N.; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 16. Juni 2015 - **11 Verg 3/15** -, **BeckRS 2015, 14694**, Rdnr. 58; OLG Düsseldorf, a.a.O.; BeckOK Gabriel/Mertens/Prieß/Stein-Gabriel/Mertens, a.a.O.; MünchKomm-Jaeger, a.a.O., m.w.N.; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., m.w.N.).

Wie die Vergabekammer zu Recht dargelegt hat, ist das Angebot der Beigeladenen unzweifelhaft zu Recht als das wirtschaftlichste Angebot gewertet worden. Auf die entsprechenden Ausführungen in den Gründen der angefochtenen Entscheidung nimmt der Senat - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - Bezug.

Zuschlagskriterium war allein der Preis. Der Preis des antragstellerseits abgegebenen Hauptangebots liegt ohne jeden Zweifel über dem des Angebots der Beigeladenen. Das Nebenangebot des Antragstellers war - jedenfalls nach der entsprechenden Leistungsbeschreibung - hinsichtlich des angebotenen Leistungsumfangs unvollständig und damit nicht berücksichtigungsfähig.

Dass der Antragsteller in einem neuen und EU-weit bekanntgemachten Vergabeverfahren ein Hauptangebot oder ein dem angebotenen Leistungsumfang nach vollständiges sowie auch im Übrigen gleichwertiges (vgl. Ziffer 4.1 und 4.2 Abs. 2 der Teilnahmebedingungen) Nebenangebot niedriger als die Beigeladene kalkulieren und so eine bessere Angebotsplatzierung erreichen könnte, ist weder schlüssig vorgetragen noch sonst irgendwie ersichtlich. Allein die pauschale Behauptung, sein Nebenangebot umfasse "*sämtliche erforderlichen Leistungen*" reicht insoweit nicht aus. Dass er auf eine andere - hier nicht einmal im Ansatz erkennbare - Art und Weise eine bessere Platzierung erreichen könnte, hat der Antragsteller erst recht nicht in hinreichender Art und Weise dargetan.

Die Antragsbefugnis des Antragstellers hinsichtlich des hier in Rede stehenden - vermeintlichen - Verstoßes nach § **135** Abs. 1 Nr. 2 GWB kann auch nicht mit der Begründung bejaht werden, dass dem Antragsteller bei der Wahl einer Unterschwellenwertvergabe die Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Rechtsschutzinstrumentariums des GWB und die Berufung auf § **134** GWB abgeschnitten sei (so allerdings KG, **NZBau 2003, 338**, 339). Für das anwendbare Recht und den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist nämlich auf die objektive Sachlage abzustellen (vgl. Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § **160** GWB, Rdnr. 27). Ergibt sich, dass der Auftragswert fehlerhaft zu niedrig festgelegt worden, bei zutreffender Ermittlung der Schwellenwert jedoch erreicht ist, gilt das Vergaberechtsregime des GWB und kann der Antragsteller keine verfahrensrechtlichen Nachteile erleiden (vgl. Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O.).

Soweit der Antragsteller sich auch im vorliegenden Beschwerdeverfahren nach wie vor darauf beruft, dass der Nachprüfungsantrag deshalb begründet sei, weil sein Nebenangebot nicht habe ausgeschlossen werden dürfen, ist dem im Übrigen ebenfalls nicht zu folgen. Insoweit ist der Nachprüfungsantrag - unabhängig von der Frage seiner Zulässigkeit - jedenfalls unbegründet. Auch insoweit wird - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - auf die entsprechenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen. Dass sein Pauschal-Nebenangebot qualitativ und quantitativ gleichwertig ist und alle Leistungen umfasst, die zu einer einwandfreien Ausführung der Bauleistung erforderlich sind, hat der Antragsteller nach wie vor nicht nachvollziehbar dargetan. Allein die pauschale Behauptung, sein Nebenangebot umfasse "*sämtliche erforderlichen Leistungen*" reicht insoweit nicht aus.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Kosten des Verfahrens nach § **173** Abs. 1 Satz 3 GWB stellen Kosten des Beschwerdeverfahrens dar, über die (erst) mit der Hauptsacheentscheidung zu befinden ist (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 21. Juli 2017 - **17 Verg 3/17**; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 20. Januar 2016 - **11 Verg 8/15** -, **BeckRS 2016, 5259**, Rdnr. 5; Ziekow/Völlink-

Losch, a.a.O., § **173** GWB, Rdnr. 59; Dieck-Bogatzke in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, § **173** GWB, Rdnr. 33, m.w.N.; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § **173** GWB, Rdnr. 66, m.w.N.; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173, Rdnr. 34, m.w.N.).

## Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz ... am 4. November 2020 beschlossen:

Der Antragsteller hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu tragen.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf ... € festgesetzt.

## Gründe:

Nach der mit Schriftsatz vom 29. Oktober 2020 erklärten Rücknahme der sofortigen Beschwerde durch den Antragsteller ist von Amts wegen über die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu entscheiden (vgl. OLG München, Beschluss vom 29. April 2019 - **Verg 3/19** ; OLG Naumburg, Beschluss vom 23. Dezember 2014 - **2 Verg 14/11**). Die entsprechende Kostenentscheidung beruht auf §§ **175** Abs. 2, **78** GWB (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Februar 2020 - **Verg 21/19**; OLG München, a.a.O.).

Es entspricht der Billigkeit, dass der Antragsteller, der sich mit der Rücknahme seines Rechtsmittels in die Rolle der Unterlegenen begeben hat, die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O., m.w.N.; OLG Jena, Beschluss vom 12. Januar 2017 - **2 Verg 10/16**; OLG Bremen, Beschluss vom 27. November 2012 - **2 Verg 2/12** -, m.w.N.). Dies gilt vorliegend umso mehr, da der Antragsteller ohne Rücknahme der sofortigen Beschwerde aller Voraussicht nach unterlegen wäre (vgl. insoweit auch OLG München, Beschluss vom 29. April 2019 - **Verg 3/19** -; Beschluss vom 13. März 2017 - **Verg 16/16** -; OLG Jena,

Verg 7/20 - Seite 13 - a.a.O.). Auf den Beschluss des Senats vom 14. Oktober 2019, mit dem der auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde über den in § **173** Abs. 1 Satz 2 GWB bestimmten Zeitraum hinaus gerichtete Antrag des Antragstellers abgelehnt worden ist, wird diesbezüglich - zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen - Bezug genommen.

Dem Antragsteller waren insoweit auch die notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen. Denn diese hat sich - durch Vorlage ihres Schriftsatzes vom 18. September 2020 (vgl. insoweit OLG Celle, Beschluss vom 12. Januar 2012 - **13 Verg 8/11** -; OLG Brandenburg, Beschluss vom 21. Mai 2012 - **Verg W 1/12**) - aktiv am Verfahren beteiligt. Die Beiladungsentscheidung der Vergabekammer hat für das Beschwerdeverfahren fortgewirkt, sodass eine erneute Beiladung seitens des Senats nicht erforderlich war (vgl. Ziekow/Völlink-Frister, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § **174** GWB, Rdnr. 1; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § **174** GWB, Rdnr. 5; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § **174** GWB, Rdnr. 7, m.w.N.).



Die Festsetzung des Streitwertes folgt aus § 50 Abs. 2 GKG.

Danach beträgt der Streitwert im Verfahren über die Beschwerde gegen eine Entscheidung der Vergabekammer 5 % der Bruttoauftragssumme als pauschalierte Gewinnerwartung des Antragstellers bzw. Beschwerdeführers (vgl. BeckOK Dörndorfer/Neie/Wendtland/Gerlach- Toussaint, Kostenrecht, 31. Edition, Stand: 1. Juni 2020, § 50 GKG, Rdnr. 26).

Diese entspricht grundsätzlich dem Preis, den der Bieter für seine Leistung vom Auftraggeber als Gegenleistung fordert, und ist daher im Regelfall - wie auch hier - dem An-gebot des Antragstellers bzw. Beschwerdeführers zu entnehmen (vgl. BGH, **NZBau 2014, 452**, 453, Rdnr. 7; OLG Naumburg, Beschluss vom 30. Dezember 2002 - **1 Verg 11/02** -; BeckOK Dörndorfer/Neie/Wendtland/Gerlach-Toussaint, a.a.O., Rdnr. 24; Schneider/Volpert/Fölsch-Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 50 GKG, Rdnr. 25).

Folglich ist die Bruttoauftragssumme vorliegend mit ... € in Ansatz zu bringen. Denn es ist im Streitfall der Umstand zu berücksichtigen, dass der Antragsteller mit dem vorliegen-den Beschwerdeverfahren (lediglich) das Ziel verfolgt hat, mit seinem - einen entsprechenden Pauschalpreis vorsehenden - Nebenangebot zum Zuge zu kommen.

## Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Koblenz... am 12. November 2020 beschlossen :

Die Ergänzungsanträge der Antragsgegnerin und der Beigeladenen vom 10. November 2020 und vom 11. November 2020 werden zurückgewiesen.

## Gründe:

Den vorliegenden Ergänzungsanträgen ist vollumfänglich der Erfolg zu versagen. Weder eine gesonderte Entscheidung über die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB noch eine gesonderte Festsetzung des Streitwerts dieses Verfahrens ist veranlasst.

Die Kosten des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 - einschließlich der insoweit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten - stellen Kosten des Beschwerdeverfahrens dar (vgl. (OLG Celle, Beschluss vom 8. Juli 2016 - **13 Verg 2/16**; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 18. Mai 2016 - **1 Verg 1/16**; OLG Frankfurt, Beschluss vom 20. Januar 2016 - **11 Verg 8/15**; OLG München, Beschluss vom 6. November 2006 - **Verg 17/06** -, **BeckRS 2006, 13073**; OLG Schleswig, Beschluss vom 11. August 2006 - **1 Verg 1/06** -, **BeckRS 2006, 9504**; Heiermann/Zeiss/Summa-Summa, § 173 GWB, Rdnr. 9; MünchKomm-Wilke, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl. 2018, § 173 GWB, Rdnr. 66; Burgi/Dreher-Vavra, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 173 GWB, Rdnr. 34, m.w.N.). Über diese Kosten hat der Senat mit seinem Beschluss vom 4. November 2020 indes bereits umfassend und abschließend entschieden.

Des Weiteren entspricht der Streitwert des Verfahrens nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB ohne Weiteres

demjenigen des Beschwerdeverfahrens. Dies folgt bereits unmittelbar aus dem Gesetz, namentlich aus § 50 Abs. 2 GKG. Denn dort heißt es ausdrücklich: *"Im Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer [...] einschließlich des Verfahrens über den Antrag nach [...] § 173 Absatz 1 Satz 3 [...] des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beträgt der Streitwert 5 Prozent der Bruttoauftrags-summe"* (Hervorhebung durch den Senat).