


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	16.08.2024
Aktenzeichen:	6 Verg 3/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2024:0816.6VERG3.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Norm:	§ 169 Abs 3 GWB
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 16. August 2024 – 6 Verg 3/24 –, juris

Neuausschreibung

Leitsatz

1. Zwar ist der Vergabesenat beim Oberlandesgericht in entsprechender Anwendung von § 169 Abs. 3 GWB – ebenso wie die Vergabekammer – befugt, andere vorläufige Maßnahmen zur Sicherung eines effektiven Rechtsschutzes außer einem prozessualen Zuschlagsverbot anzuordnen. Ein auf die Untersagung eines Vergabeverstößes durch die künftige Einleitung eines Vergabeverfahrens gerichteter Antrag ist auch insoweit nicht statthaft.
2. Für eine vorläufige Untersagung der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens fehlt einem Antragsteller, der die Unwirksamkeit der Aufhebung des ursprünglichen Vergabeverfahrens geltend macht, auch ein Rechtsschutzbedürfnis.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, kein Datum verfügbar, 1 VK LSA 2/24

Tenor

Der Antrag der Antragstellerin, es dem Antragsgegner zu untersagen, bis zu einer abschließenden Entscheidung des Senats ein neues Vergabeverfahren zur Vergabe der streitgegenständlichen Bauleistungen durch Veröffentlichung einer EU-weiten Bekanntmachung einzuleiten, wird verworfen.

Gründe

A.

- 1 Der Antragsgegner, ein Landeseigenbetrieb, leitete am 06.07.2023 ein Vergabeverfahren für den oben genannten Bauauftrag auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) - Ausgabe 2019 - ein. Der Bauauftrag ist Bestandteil eines umfassenden Sanierungsprojekts, welches mit Mitteln des EFRE-Programms gefördert wird. Als Ausführungszeitraum war die Zeit vom 09.10.2023 bis zum 20.12.2024 vorgesehen.
- 2 Nach insoweit erfolgloser Rüge hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 08.02.2024 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt mit dem Ziel beantragt, dass dem Antragsgegner untersagt werden möge, den Zuschlag auf das Angebot der vorgesehenen Zuschlagsaspiran-

- tin zu erteilen, und ihm aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Angebotswertung zu wiederholen. Dieser Nachprüfungsantrag ist unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 02/24 registriert und dem Antragsgegner am 08.02.2024 übermittelt worden.
- 3 Am 20.03.2024 hat der Vorsitzende der Vergabekammer Hinweise zur vorläufigen Bewertung der Sach- und Rechtslage erteilt, insbesondere dazu, dass ein Ausschluss der Antragstellerin mangels wirksamer Bekanntmachung der Eignungsanforderungen nicht in Betracht kommen dürfte. Der Antragsgegner hat daraufhin mitgeteilt, dass er sich am 03.04.2024 entschlossen habe, das Vergabeverfahren durch Aufhebung zu beenden. Er informierte die Bieter, darunter die Antragstellerin, am 04.04.2024 über die Aufhebung der Ausschreibung sowie über die Absicht einer erneuten Ausschreibung desselben Auftrags unter überarbeiteten Eignungsanforderungen.
 - 4 Mit Schriftsatz vom 22.04.2024 hat die Antragstellerin einen neuen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer eingereicht, mit dem sie die Aufhebung der Aufhebung und die Verpflichtung des Antragsgegners begehrt, das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in das Stadium vor der Angebotswertung zurückzusetzen und fortzuführen, hilfsweise festzustellen, dass die Aufhebung der Ausschreibung rechtswidrig sei und sie in ihren subjektiven Rechten verletze. Dieser Nachprüfungsantrag ist unter dem Aktenzeichen 1 VK LSA 07/24 registriert und dem Antragsgegner übermittelt worden.
 - 5 Die Vergabekammer hat die Verfahren 1 VK LSA 02/24 und 1 VK LSA 07/24 durch Beschluss vom 31.05.2024 unter Führung des erstgenannten Verfahrens verbunden.
 - 6 Die Vergabekammer hat nach mündlicher Verhandlung vom 18.06.2024 durch Beschluss vom 21.06.2024 die Hauptanträge des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin zurückgewiesen und auf die Hilfsanträge festgestellt, dass der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin und die Aufhebung der Ausschreibung jeweils rechtswidrig waren.
 - 7 Gegen diese ihr am 28.06.2024 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 12.07.2024 erhobene und am selben Tage beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin, mit der sie unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung den ursprünglichen Hauptantrag zu Ziffer 2, gerichtet auf die Rückgängigmachung der Aufhebung und die Fortführung des Vergabeverfahrens bei fortbestehender Beschaffungsabsicht, weiterverfolgt.
 - 8 Die Antragstellerin hat im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes weiter beantragt, es dem Antragsgegner bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens zu untersagen, den streitgegenständlichen Bauauftrag erneut EU-weit auszuschreiben und insbesondere eine EU-weite Bekanntmachung eines neuen Vergabeverfahrens zu veranlassen.
 - 9 Der Antragsgegner ist diesem Antrag entgegengetreten.

B.

- 10 Der Antrag der Antragstellerin auf Anordnung anderer vorläufiger Maßnahmen zur Gewährleistung der Effektivität des Primärrechtsschutzes, hier durch Untersagung der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens über denselben Bauauftrag, ist bereits unzulässig. Der Antragstellerin fehlt insbesondere ein Rechtsschutzbedürfnis für einen solchen Antrag.

- 11 I. Allerdings geht der erkennende Vergabesenat in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die für das Verfahren vor der Vergabekammer geltende Vorschrift des § 169 Abs. 3 GWB in entsprechender Anwendung auch dem Vergabesenat die Befugnis einräumt, vorläufige Maßnahmen i.S.d. § 169 Abs. 3 GWB anzuordnen (vgl. nur Beschluss v. 31.07.2006 – 1 Verg 6/06 „BAB Erd- und Deckenbau III“ – ZfBR 2006, 811, in juris Rz. 12 f.; Beschluss v. 09.08.2006 – 1 Verg 11/06 „BAB Erd- und Deckenbau V“ – ZfBR 2006, 817, in juris Rz. 7, jeweils noch zur Vorgängervorschrift des § 115 Abs. 3 GWB a.F.).
- 12 II. Die begehrte Untersagungsverfügung ist jedoch im Rahmen des § 169 Abs. 3 GWB nicht statthaft; hierfür fehlt der Antragstellerin auch ein rechtlich schutzwürdiges Interesse.
- 13 1. Der Antragstellerin geht es um die Untersagung eines vermeintlichen Vergabeverstosses durch ein künftiges Vergabeverfahren, also um vorbeugenden Rechtsschutz. Bereits aus der gesetzlichen Vorschrift des § 160 Abs. 2 GWB ergibt sich, dass im Rahmen des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes vorbeugender Rechtsschutz nicht zu gewähren ist, denn die Antragsbefugnis eines Interessenten am Auftrag ist beschränkt auf bereits eingetretene Rechtsverstöße, welche den Interessenten in seinen subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzen und zumindest geeignet sind, einen Schaden herbeizuführen. Die obergerichtliche Rechtsprechung verneint deswegen folgerichtig – soweit ersichtlich einhellig – einen vorbeugenden Rechtsschutz (vgl. nur Byok in: Byok/ Jaeger, VergabeR, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB Rn. 29 m.w.N. in Fn. 126). Wenn aber bereits hinsichtlich der Hauptanträge eine vorbeugende Antragstellung im Hinblick auf besorgte künftige Vergabeverstöße nicht statthaft ist, so kann hinsichtlich der Anträge auf Anordnung vorläufiger Maßnahmen nichts Anderes gelten (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.10.2008 – VII-Verg 46/08 – VergabeR 2009, 173, in juris Rz. 32 f.).
- 14 2. Für die begehrte vorläufige Untersagung fehlt der Antragstellerin auch ein Rechtsschutzbedürfnis. Sollte der Antragsgegner ein neues Vergabeverfahren beginnen und sollte die Antragstellerin hierin einen Verstoß gegen ihre subjektiven Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB, z.B. im Hinblick auf eine i.E. unzulässige Doppelausschreibung sehen, so steht ihr bezüglich des neuen Vergabeverfahrens der Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen offen. Sie kann Primärrechtsschutz in einem Nachprüfungsverfahren erlangen, welches sich auf das formell andere Vergabeverfahren bezieht. Sind dort andere Maßnahmen als ein prozessuales Zuschlagsverbot zur Gewährleistung der Effektivität des Rechtsschutzes geboten, so steht ihr in diesem Nachprüfungsverfahren die Antragsmöglichkeit nach § 169 Abs. 3 GWB offen (so in OLG Naumburg, Beschluss v. 09.08.2006 – 1 Verg 11/06 „BAB: Erd- und Deckenbau V“ – a.a.O.).
- 15 3. Ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin für ihren Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB analog im vorliegenden Nachprüfungsverfahren ergibt sich auch nicht ausnahmsweise deswegen, weil es sich im vorliegenden und einem möglichen künftigen Vergabeverfahren im materiellen Sinne um einen einheitlichen Beschaffungsvorgang handelt.
- 16 Der Senat verkennt nicht, dass die Antragstellerin ein Interesse daran haben kann, eine erneute Ausschreibung desselben Bauauftrags zu verhindern, bevor nicht abschließend geklärt ist, ob ihr Antrag auf Fortführung der streitgegenständlichen Ausschreibung Erfolg hat. Neben der faktischen Gefahr des „Überholens“ des vorliegenden, aber in der Nachprüfung befindlichen Vergabeverfahrens durch ein neues Vergabeverfahren besteht auch ein erhöhtes Kostenrisiko durch die Einleitung eines weiteren Nachprüfungsverfahrens.

rens. Zudem ist die Antragstellerin u.U. gezwungen, in einem neuen Vergabeverfahren ein neues Angebot, welches den Ausschreibungsbedingungen des neuen Verfahrens entspricht, zu erstellen, was regelmäßig einen weiteren personellen und finanziellen Aufwand verursacht. Der Senat misst aber dem im Verfahrensrecht des GWB zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Akzessorietät zwischen dem Vergabeverfahren und dem jeweiligen Nachprüfungsverfahren letztlich höheres Gewicht bei (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 31.07.2006 – 1 Verg 6/06 „BAB: Erd- und Deckenbau III“ – a.a.O., in juris Rz. 18 m.w.N.). Die Entscheidungsbefugnis der Nachprüfungsinstanz erstreckt sich auf die Anordnung von Maßnahmen in dem konkreten, zulässigerweise zur Nachprüfung gebrachten Vergabeverfahren. In der Spruchpraxis der Vergabekammern und in der Rechtsprechung der Vergabesenate ist anerkannt, dass die Befugnis auch die Anordnung von Maßnahmen umfasst, welche den Primärrechtsschutz faktisch aushöhlen, insbesondere die Abwicklung eines nach § 135 GWB zum Gegenstand der Nachprüfung gemachten Vertrages. Die Grenze liegt aber dort, wo die begehrte Maßnahme in ein formell anderes, der Nachprüfungsinstanz nicht zur Nachprüfung gestellten Vergabeverfahren eingreifen soll. So liegt der Fall aber hier.

- 17 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.