


Gericht:	OLG Rostock Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	11.11.2021
Aktenzeichen:	17 Verg 8/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGROST:2021:1111.17VERG8.21.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 176 Abs 1 S 1 GWB, § 169 Abs 1 S 6 GWB
Zitiervorschlag:	OLG Rostock, Beschluss vom 11. November 2021 – 17 Verg 8/21 –, juris

Leitsatz

1. In Anlehnung an die zu § 169 Abs. 1 Satz 6 GWB entwickelten Grundsätze (Senat, Beschluss vom 16. September 2021 - 17 Verg 7/21) kann auch im Rahmen des § 176 Abs. 1 Satz 1 GWB der durch das Vergabenachprüfungs- und anschließende Beschwerdeverfahren an sich üblicherweise eintretende Zeitverlust regelmäßig keine vorzeitige Zuschlagserteilung rechtfertigen. Vielmehr müssen substantielle und in der gebotenen Abwägung letztlich überwiegende Gründe für eine umgehende Zuschlagserteilung gerade in dem betreffenden Einzelfall streiten, die ein weiteres Zuwarten – jenseits des letztlich jedem öffentlichen Auftrag zumindest dem Grunde nach innewohnenden Allgemeininteresses an seiner möglichst zeitnahen Erteilung – als nicht hinnehmbar erscheinen lassen.

2. Kostenentscheidung und Wertfestsetzung für das Verfahren nach § 176 Abs. 1 Satz 1 GWB können der Endentscheidung vorbehalten bleiben.

Orientierungssatz

Weitere Zitierung: Anschluss OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2017 - VII-Verg 24/17.

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Fortführung OLG Rostock Vergabesenat, 16. September 2021, 17 Verg 7/21

Anschluss OLG Düsseldorf Vergabesenat, 28. Juni 2017, VII-Verg 24/17, ...

Tenor

Der Antrag des Antragsgegners, den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und den Zuschlag zu gestatten, wird zurückgewiesen.

Gründe

I.

- 1 Die Beteiligten streiten um die Vergabe eines Auftrags zur Lieferung eines Fischereiaufsichtsbootes. Das antragsgegnerische Land beabsichtigt, der Beigeladenen – einer Aktiengesellschaft finnischen Rechts – den Zuschlag zu erteilen. Die Antragstellerin – als einzige weitere Bieterin neben der Beigeladenen – hat sich hiergegen erfolgreich mit einem Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer gewandt, die mit Beschluss vom 28.09.2021 (Az.: 3 VK 6/21) den Zuschlag untersagt und dem Antragsgegner aufgegeben hat, die Angebotswertung unter Ausschluss des Angebots der Beigeladenen zu wiederholen. Dabei hat die Kammer im Kern darauf abgestellt, dass bei dem von der Beigeladenen angebotenen Boot die Belüftungsschächte für den Maschinenraum die vorgeschriebene Süllhöhe – 2,10 Meter über dem Hauptdeck – nicht erreichen würden. Welche Süllhöhe die von der Beigeladenen für den Bau des Bootes veranschlagten Belüftungsschächte tatsächlich aufweisen werden und wie die dahingehenden Eintragungen im Generalplan des Bootes zu verstehen sind, war und ist zwischen den Beteiligten streitig.
- 2 Mit Schriftsatz vom 11.10.2021 hat der Antragsgegner gegen den Beschluss der Vergabekammer Beschwerde eingelegt und zugleich beantragt, ihm die vorzeitige Erteilung des Zuschlags zu gestatten. Zur Begründung des letztgenannten Antrags, für deren Einzelheiten auf Seiten 7 f. des vorbezeichneten Schriftsatzes Bezug genommen wird, hat der Antragsgegner im Kern ausgeführt, dass der Auftrag fördermittelfinanziert sei und entsprechende Mittel nach jetzigem Sachstand bis zum 31.12.2021 abgerufen werden müssten. Ein Übertrag der betreffenden Haushaltsmittel in das Folgejahr durch das insoweit zuständige Ministerium sei bislang nicht erfolgt. Außerdem sei die Bezuschlagung auch deshalb dringlich, weil anderenfalls besorgt werden müsse, dass sich die Fertigstellung des Bootes in die Eisperiode des Winters 2022 / 2023 verschiebe und das Boot dann über die ggf. zugefrorene (nördliche) Ostsee nicht mehr (aus Finnland) geliefert werden könne.
- 3 Die Antragstellerin hat auf die Beschwerde und den Eilantrag mit Schriftsatz vom 20.10.2021 (auf die Beschwerde zudem mit weiterem Schriftsatz vom 28.10.2021) erwidert und insbesondere eingewandt, dass ein Übertrag der in Rede stehenden Haushaltsmittel möglich sei. Ob und ggf. ab wann genau die (nördliche) Ostsee Ende 2022 oder Anfang 2023 eisbedingt nicht mehr schiffbar sei, erweise sich aus jetziger Sicht als spekulativ; im Übrigen sei davon auszugehen, dass die finnischen Behörden in geeigneter Weise für Eisfreiheit Sorge tragen würden. In der Sache selbst ist das Vorbringen aus dem Nachprüfungsverfahren wiederholt und vertieft worden.
- 4 Die Beigeladene hat sich nicht geäußert.

II.

- 5 Der auf § 176 Abs. 1 Satz 1 GWB gestützte und gegenwärtig allein zur Entscheidung anstehende Eilantrag des Antragsgegners bleibt ohne Erfolg, weil überwiegende Interessen der Allgemeinheit (§ 176 Abs. 1 Satz 2 GWB) nicht dargetan – im Übrigen jedenfalls auch nicht glaubhaft gemacht (§ 176 Abs. 2 Satz 2 GWB) – sind.
- 6 **1.** Für die insoweit heranzuziehenden Maßstäbe kann der Senat auf seinen Beschluss vom 16.09.2021 (Az.: 17 Verg 7/21 [Juris; Tz. 15 ff.], m.w.N.) verweisen. Diese Entscheidung ist zwar in einem Verfahren nach § 169 Abs. 1 Satz 6 GWB ergangen; die materiell ausschlaggebenden Gesichtspunkte sind jedoch weitgehend deckungsgleich. Danach müssen substantielle und in der gebotenen Abwägung letztlich überwiegende Gründe für

eine umgehende Zuschlagserteilung gerade in dem betreffenden Einzelfall streiten, die ein weiteres Zuwarten – jenseits des letztlich jedem öffentlichen Auftrag zumindest dem Grunde nach innewohnenden Allgemeininteresses an seiner möglichst zeitnahen Erteilung – als nicht hinnehmbar erscheinen lassen. Die übliche Dauer eines Vergabenachprüfungs- und ggf. nachfolgenden Beschwerdeverfahrens allein kann einen Vorabzuschlag jedenfalls nicht rechtfertigen. Auch kommt es nicht zwingend bzw. schematisch auf die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags bzw. der Beschwerde an. Zwar beinhaltet § 176 GWB keine dem § 169 Abs. 1 Satz 5 GWB textlich unmittelbar entsprechende Bestimmung. Die Regelung des § 176 Abs. 1 Satz 4 GWB korrespondiert vielmehr – nur – mit § 169 Abs. 1 Satz 4 GWB, wonach die Zuschlags- bzw. Rechtschutzaussichten des auf Nachprüfung antragenden Bieters zu berücksichtigen sind. Der Senat hat mithin die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags immerhin, zugleich aber auch nur zu „berücksichtigen“. Damit mag den Erfolgsaussichten in der Sache selbst ein in der Regel wesentliches – ggf. auch zentrales – Gewicht zukommen (vgl. *OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 28.06.2017 – VII-Verg 24/17, *VergabeR* 2018, 86 [Juris; Tz. 10]; *Hänisch*, in: *Röwekamp/Kus/Portz/Prieß*, *GWB-Vergaberecht*, 05. Aufl. 2020, § 176 Rn. 27, m.w.N.); ein Automatismus ergibt sich insofern aber nicht.

- 7 **2.** Ausgehend von diesen Prämissen ergibt sich schon auf Darlegungsebene aus dem Vorbringen des Antragsgegners keine tragfähige Grundlage für eine Gestattung des Zuschlags.
- 8 **a)** Dass die derzeit – und jedenfalls noch bis Jahresende – verfügbaren Fördermittel nicht in das nächste Haushaltsjahr übertragen werden könnten, behauptet der Antragsgegner nicht. Er hat vielmehr einen entsprechenden Übertrag selbst implizit als möglich dargestellt und ist auch dem Einwand der Antragstellerin, es sei tatsächlich mit einem Übertrag zu rechnen, nicht entgegengetreten. Dem Senat sind auch sonst keine Umstände ersichtlich, die Anlass gäben, konkret und ernstlich an einem Übertrag durch das insofern zuständige Ministerium – das ebenfalls kein Interesse an einem Verfall der Mittel haben wird – zu zweifeln.
- 9 **b)** Der Aspekt der Schiffbarkeit der (nördlichen) Ostsee kann eine vorzeitige Zuschlagsgestattung vor dem Hintergrund von deren – engem – Ausnahmecharakter schon deshalb nicht rechtfertigen, weil mit Blick auf die erhebliche Zeitspanne bis zum Winter 2022 / 2023 die weitere Entwicklung völlig ungewiss und der vom Antragsgegner befürchtete Fall letztlich spekulativ erscheint. Das gilt sowohl für den im Detail typischerweise schwer prognostizierbaren Fertigungsprozess als auch für die – mit derart weitem Vorlauf praktisch nicht kalkulierbare – Wetterlage. Selbst wenn im Übrigen von einer Vereisung zu dem antragsgegnerseits gemutmaßten Zeitpunkt auszugehen sein sollte – und zugleich von einem Fertigungsabschluss nicht vor (oder nach) diesem Zeitpunkt –, wäre jedenfalls nicht ohne Weiteres erkennbar (zumindest aber nicht dargetan), dass nicht z. B. infolge des Einsatzes von Eisbrechern eine Auslieferung möglich bliebe.
- 10 **c)** Der Senat kann der Beschwerde jedenfalls im jetzigen Zeitpunkt und ohne Vorgriff auf die mündliche Erörterung der für den Streitentscheid maßgeblichen tatsächlichen Umstände rund um – insbesondere – die Problematik der Süllhöhe keine derart überwiegende Erfolgswahrscheinlichkeit (vgl. *Hänisch*, a.a.O., Rn. 28) attestieren, dass die Abwägung im Ergebnis ggf. in einem anderen Licht zu sehen wäre. Der Ausgang in der Sache ist – jedenfalls in Richtung des Antragsgegners – bestenfalls offen. Zumindest bei dieser Sachlage reichen die zuvor erörterten Gesichtspunkte, wie der Antragsgegner sie für ein

vermeintlich überwiegendes Allgemeininteresse heranzieht, nicht aus, um vom Regel-Ausnahme-Verhältnis des Vergaberechts, wie es sich im grundsätzlichen Zuschlagsverbot bis zum Abschluss der Nachprüfung (§ 169 Abs. 1 GWB) manifestiert, abzuweichen.

III.

- 11 Anders als im Fall des § 169 Abs. 1 Satz 6 GWB (vgl. *Senat*, Beschluss vom 16.09.2021 – 17 Verg 7/21 [Juris; Tz. 32 f.]) ist vorliegend eine Entscheidung über die Kosten und die Wertfestsetzung *gegenwärtig* nicht veranlasst. Der Senat teilt insoweit die in Rechtsprechung und Literatur überwiegende Auffassung (etwa *Hänisch*, a.a.O., Rn. 37, m.w.N.). Soweit die – vornehmlich ältere – Judikatur eine gesonderte Entscheidung verlangt hat, ist daran im Ausgangspunkt durchaus richtig, dass das Verfahren nach § 176 GWB Mehrkosten auslösen kann, deren Verteilung nicht zwingend der Kostentragung in der Sache selbst folgen muss. Daraus ergibt sich aber nur, dass überhaupt Raum für eine gesonderte Kosten- und Wertfestsetzungsentscheidung bestehen bzw. bleiben muss. Einen – gar unausweichlichen – Grund, diese separate Entscheidung schon jetzt zu treffen, vermag der Senat indes nicht zu sehen; ebenso gut kann (erforderlichenfalls) in der instanzabschließenden Endentscheidung eine differenzierte Kostenentscheidung bzw. Wertfestsetzung erfolgen, wie es z. B. auch für das Verfahren nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB üblich und anerkannt ist (vgl. *Senat*, Beschluss vom 03.02.2021 – 17 Verg 6/20, ZfBR 2021, 473 [Juris; Tz. 25], m.w.N.).