



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 98/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Baumaßnahme [...]; Neubau Unterkunftsgebäude C8+C9, Rohbauarbeiten (DIN 18300 usw.), Sanitätsfertizellen in Betonbauweise (DIN 18333 usw.)“, Vergabe-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Ernst auf die mündliche Verhandlung vom 26. Oktober 2016 am 18. November 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe „[...]“; ([...] Neubau Unterkunftgeb C8+C9), Rohbauarbeiten (DIN 18300 usw.) Sanitärfertigzellen in Betonbauweise (DIN 18333 usw.)“ europaweit aus; die Bekanntmachung wurde [...] 2016 abgesandt und [...] 2016 veröffentlicht.

Der ausgeschriebene Bauauftrag umfasst gemäß Leistungsbeschreibung (in Form eines Leistungsverzeichnisses mit insgesamt 19 Titeln) neben Rohbauarbeiten einschließlich Grundleitungen die Lieferung und den Einbau von sog. Sanitärfertigzellen oder (wie in der Leistungsbeschreibung bezeichnet) Fertignasszellen. Dabei handelt es sich um fertige Sanitärräume oder (Dusch-)Bäder, die entweder als kompletter Raum (sog. kompakte Bauweise) in den Rohbau eingesetzt werden oder in sog. elementierter Bauweise verbaut werden (die Wand-, Decken- und Bodenelemente werden hier im Rohbau zusammengesetzt). Titel 16 der Leistungsbeschreibung mit seinen Leistungspositionen betrifft Lieferung und Einbau von insgesamt 99 Fertignasszellen im Unterkunftsgebäude C8, Titel 17 Lieferung und Einbau von 99 Fertignasszellen im Unterkunftsgebäude C9. Vor den eigentlichen Leistungspositionen im jeweiligen Titel werden unter Ziffer 16.1 bzw. Ziffer 17.1 die Leistungsanforderungen an die Fertignasszellen beschrieben; dabei heißt es unter der Überschrift „Wände“ unter anderem jeweils:

„... werkseitig hergestellt in mehrschichtigem Sandwichverfahren, zweifach glasfaserarmiert, Dicke: Nennmaß 33 mm. Sichtbare Strukturschicht aus hochdichtem Betonwerkstein nach DIN 18599 mit mineralischen Zuschlägen wie z.B. Marmor, Granit oder Basalt. Variable Korngröße von 1 mm bis maximal 8 mm. Glatte porenlose Oberfläche fein geschliffen bis max. Korn 400, Kanten gebrochen ohne Oberflächenbehandlung. ... Die Wandelemente sind in einem Produktionsvorgang herzustellen. Vertikale Fugen zwischen zwei Elementstößen (Eckausbildung) in zementärer Ausführung, die farblich auf das Muster abgestimmt ist. ...“

Nebenangebote sind gemäß Ziffer II.2.10) der Auftragsbekanntmachung (vgl. auch Ziffer 5.1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe) nicht zugelassen.

Vor den Leistungspositionen 16.1.50 bzw. 17.1.50 („Rohrleitungen“) ist unter der Überschrift „Abwasserleitungen“ unter anderem Folgendes ausgeführt:

„...“

Die Dusche wird senkrecht durch die Decke entwässert. Hier sind die notwendigen brandschutztechnischen Maßnahmen durch den [Auftragnehmer] zu erbringen. Der Anschluss an den Fallstrang befindet sich unter der Decke im jeweiligen Geschoss darunter. Die Abwasserleitung[en] in Qualität der Prüfung DB 20 bis zu den Abzweigen des jeweiligen Fallstranges sind Bestandteil dieser Ausschreibung.

Unter den Duschen in den Erdgeschossen befindet sich der Grundleitungsanschluss. Der Anschluss an die Grundleitung erfolgt im Bodenaufbau von 22 cm. Die Art und Weise, wie der Anschluss an die Grundleitung erfolgt, ist vom [Auftragnehmer] frei zu wählen.

..“

Vor dem Titel 16 ist unter der Überschrift „411 Abwasseranlage“ bzw. „412 Wasserversorgung“ jeweils unter der Überschrift „Leistungsumfang Nasszelle“ Folgendes ausgeführt:

„Es sind alle notwendigen Abwasserleitungen [bzw. Wasserversorgungsleitungen] bis zum Anschlusspunkt der bauseitigen Rohinstallation zu erbringen.“

Die Antragstellerin (ASt), die selbst Herstellerin von Fertignasszellen ist, rügte mit Schreiben vom 6. September 2016, dass die Ausschreibung bezüglich der Wände und deren Betonwerksteinoberfläche auf die Fertignasszellen der [...] zugeschnitten sei; auch die Möglichkeit von Nebenangeboten sei nicht eröffnet worden. Ein Wettbewerb sei somit nicht möglich. Des Weiteren beanstandete die ASt, dass eine losweise Vergabe nicht zugelassen sei und zwei völlig unabhängige Lose miteinander verbunden worden seien. Dies schränke den Wettbewerb im Bereich der Fertignasszellen zusätzlich ein; Hersteller von Fertignasszellen seien auf die Anfrage durch einen Rohbauer angewiesen.

Mit Schreiben vom 16. September 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. September 2016, eingegangen am 30. September 2016, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 30. September 2016 übermittelt.

Unter dem 30. September 2016 gab die ASt ein Angebot ab, das sich allein auf die Titel 16 und 17 (Sanitärfertigzellen) beschränkt und für die Wandoberflächen einen Fliesenbelag vorsieht.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt zum einen geltend, dass die Ag gegen das Gebot losweiser Vergabe verstoßen habe, indem sie die Lieferung und den Einbau der Fertignasszellen, d.h. die in Titel 16 und 17 der Leistungsbeschreibung beschriebenen Leistungen nicht separat als Fachlos ausgeschrieben habe. Es existiere ein eigener Markt mit Unternehmen, die sich ausschließlich auf die Errichtung und den Einbau von Sanitärfertigzellen spezialisiert hätten. Allein der Umstand, dass derartige Spezialunternehmen am Markt existierten, verdeutliche, dass es sich um eine eigenständige, vom übrigen Baugeschehen abgegrenzte, eigene Werkleistung handele. Die losweise Ausschreibung von Sanitärfertigzellen sei deshalb bundesweit üblich; dies zeige auch die von der ASt vorgelegte Liste von Referenzen.

Soweit die Ag vorliegend auf eine eng mit den übrigen Rohbauarbeiten verflochtene Bauweise verweise, treffe dies nicht zu, da die Sanitärfertigzelle ein vom übrigen Bauablauf völlig autarkes Bauteil sei. Bei den weiteren Argumenten der Ag für eine Gesamtvergabe von Rohbauarbeiten und Sanitärfertigzellen, nämlich Fragen der Gewährleistung, einheitliche Verjährungsfristen, geringer Koordinierungsaufwand und angeblich niedrigere Gesamtkosten, handele es sich um allgemeine wirtschaftliche Vorteile, die eine Gesamtvergabe jedoch nicht rechtfertigen könnten, zumal sich insbesondere bei einer losweisen Vergabe auch kein erhöhter Koordinierungsaufwand ergebe; insbesondere könne die ASt die Sanitärfertigzellen jeweils „just in time“ liefern, so dass eine Lagerung auf der Baustelle nicht erforderlich sei. Soweit die Ag als technischen Grund für die fehlende Losaufteilung anführe, dass die Gebäude nicht unterkellert seien und die Fertignasszellen daher im Erdgeschoss direkt an die gesetzten Grundleitungen anzuschließen seien, was bei einer getrennten Vergabe Probleme der Mängelhaftung nach sich ziehen könne, könne auch dies nach der Rechtsprechung keine Rechtfertigung für eine Gesamtvergabe sein. Im Übrigen könnten entsprechende Unwägbarkeiten durch eine strikte Leistungsabgrenzung der beiden Leistungsbereiche und eine entsprechend genaue Leistungsbeschreibung ausgeräumt werden. Dementsprechend ergebe sich schon ausdrücklich aus der Leistungsbeschreibung (vor Titel 16, zu den genannten Anschlusspunkten der bauseitigen Rohinstallation), dass die Leistungen der Haustechnik für die Abwasseranlage und Wasserversorgung nicht Bestandteil der vorliegenden Ausschreibung seien; dies zeige, dass die Ag die dortigen Schnittstellen zu den Nasszellen selbst erkannt und trotz allem keine einheitliche Vergabe für erforderlich halte. Nichts anderes müsse in Bezug auf die Rohbauarbeiten und die darin eingeschlossenen Grundleitungen gelten. Entgegen der Ansicht der Ag sei den Vergabeunterlagen auch nicht zu entnehmen, dass die Duschen in den Fertignasszellen im Erdgeschoss senkrecht in die Grundleitungen entwässert werden müssten. Vielmehr sei es nach den Vergabeunterlagen dem Auftragnehmer überlassen, wie er den Anschluss an die Grundleitung realisiere; dies könne auch geschehen, indem das

Abwasser der Duschen in einen Abwasserfallstrang mit separatem Grundleitungsanschluss geleitet würde, wie es auch mit dem Abwasser der Waschbecken und Toiletten geschehe; dies sei technisch vorzugswürdig. Die Vergabeunterlagen (vor Titel 16) sähen sogar vor, dass der Anschluss der Fertignasszellen an die Abwasserleitungen und Frischwasserleitungen an die vom Gewerk Sanitär zu erstellende Rohinstallation erfolgen müsse; eine Schnittstelle mit dem Gewerk Rohbauarbeiten bestünde insoweit gar nicht. Soweit eine Abstimmung zwischen Rohbau und Sanitärfertigzellen erforderlich sei, sei es bei separater Vergabe üblich, dass der Rohbauer einen Bauzeitenplan erstelle, in dem die Liefertermine der Sanitärfertigzellen in Abhängigkeit von der Erstellung der jeweiligen Geschosse aufgeführt seien; die Liefertermine würden üblicherweise nach Auftragserteilung zwischen den beiden Gewerken abgestimmt.

Zum anderen beanstandet die ASt, dass die Leistungsbeschreibung der Fertignasszellen in Titel 16 und 17 vergaberechtswidrig nicht produktneutral sei. Zwar falle kein Hersteller- oder Produktname, die angegebenen Materialeigenschaften zu den Wänden der Fertignasszellen seien jedoch nur bei den Fertignasszellen eines bestimmten Herstellers gegeben, nämlich dem Produkt [...] des Herstellers [...]. Für eine produktspezifische Ausschreibung fehle es vorliegend auch an einer sachlichen Rechtfertigung. Das Angebot ihrer eigenen Produkte sei der ASt auch deshalb verwehrt, da die Ag Nebenangebote nicht zugelassen habe.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, das Verfahren aufzuheben und die Titel 16 und 17 der Leistungsbeschreibung als separates Los bei Streichung folgender Teile der Leistungsbeschreibung in OZ 16.1 und 17.1: „in mehrschichtigem Sandwichverfahren, zweifach glasfaserarmiert, Dicke: Nennmaß 33 mm. Sichtbare Strukturschicht aus hochdichtem Betonwerkstein nach DIN 18599 mit mineralischen Zuschlägen wie z.B. Marmor, Granit oder Basalt. Variable Korngröße von 1 mm bis maximal 8 mm. Glatte porenlose Oberfläche fein geschliffen bis max. Korn 400, Kanten gebrochen ohne Oberflächenbehandlung (...) Die Wandelemente sind in einem Produktionsvorgang herzustellen. Vertikale Fugen zwischen zwei Elementstößen (Eckausbildung) in zementärer Ausführung, die farblich auf das Muster abgestimmt ist.“ neu auszuschreiben.
2. hilfsweise die Ag zu verpflichten, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens durch Streichung folgender Teile der Leistungsbeschreibung in OZ 16.1 und 17.1: „in mehrschichtigem Sandwichverfahren, zweifach glasfaserarmiert, Dicke: Nennmaß 33 mm. Sichtbare Strukturschicht aus hochdichtem Betonwerkstein nach DIN 18599 mit mineralischen Zuschlägen wie z.B. Marmor, Granit oder Basalt. Variable Korngröße von 1 mm bis

- maximal 8 mm. Glatte porenlose Oberfläche fein geschliffen bis max. Korn 400, Kanten gebrochen ohne Oberflächenbehandlung (...) Die Wandelemente sind in einem Produktionsvorgang herzustellen. Vertikale Fugen zwischen zwei Elementstößen (Eckausbildung) in zementärer Ausführung, die farblich auf das Muster abgestimmt ist.“ herzustellen und das Verfahren in den Zustand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen,
3. hilfsweise die Ag zu verpflichten, die Rechtmäßigkeit des Verfahrens durch Streichung produktspezifischer Angaben in der Leistungsbeschreibung unter Berücksichtigung und Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
 4. hilfsweise wird festgestellt, dass die Ausschreibung gegen die Gebote der losweisen Vergabe und/oder produktneutraler Ausschreibung gemäß § 97 Abs. 4 GWB bzw. § 7 EU Abs. 2 VOB/A verstößt,
 5. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
 6. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG für für notwendig zu erklären,
 7. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.
 8. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Ag beantragt:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten wird für notwendig erklärt.
3. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckmäßigen Rechtsverfolgung der Ag.

Die Ag ist der Auffassung, dass abweichend von der Einschätzung der ASt gerade kein Markt für Sanitärfertigzellen existiere. Dazu sei schon die Anzahl der Anbieter zu gering; Recherchen auf Internetplattformen zu Bauprodukten hätten nur zu 12 bis 15 Herstellern geführt. Auch bestünde, anders als bei anderen Gewerken, keine gemeinsame Plattform, die eine Recherche ermögliche.

Selbst wenn man jedoch einen Markt für Fertignasszellen annehmen würde, sei die Ag im vorliegenden Fall zur Gesamtvergabe berechtigt. Vorliegend seien die Fertignasszellen – anders als die ASt meine – nicht als autarkes Bauteil anzusehen. Bei dem fraglichen Bauvorhaben handele es sich um nicht unterkellerte Unterkuftsgebäude, bei denen die Grundleitungen (Titel 4 und 5 der Leistungsbeschreibung) – wie üblich und technisch geboten – vom Rohbauer erstellt würden. Die Planung sehe vor, dass die Grundleitungen im Bereich der Fertignasszellen (unter

der Dusche) in das jeweilige Gebäude jeweils eindringen würden; und zwar würden, wie dem Grundleitungsplan zu entnehmen sei, im Erdgeschoss die im Abschnitt Fertignasszellen ausgeschriebenen Duschrinnen mit ihren Duschabläufen direkt an separate Grundleitungen angeschlossen werden. Bei den Duschen müsse daher ein dichter Anschluss erstellt werden, so dass etwa Grundwasser nicht von unten in das jeweilige Gebäude eindringen könne. Die Abdichtung eines Gebäudes im Bereich des Eintritts der Grundleitungen sei typischerweise Aufgabe des Rohbauers. Bei separater Ausschreibung eines Fachloses Fertignasszellen müsste der Rohbauer dann die Abdichtungsarbeiten an einem für ihn fremden Gewerk erbringen, was einer einheitlichen Ausführung und zweifelsfreien umfassenden Haftung für Mängelansprüche entgegenstehe. Denn wenn es etwa im Bereich der Abdichtung der Grundleitung zum Eindringen von Grundwasser komme, sei der Streit über die Ursächlichkeit bei einer getrennten Fachlosvergabe vorprogrammiert. Ein Fachlos Fertignasszellen würde zudem, weil es sich im Wesentlichen um Lieferleistungen handele, einem anderen vertragsrechtlichen Regime, nämlich der VOL/B und nicht der VOB/B unterfallen; dadurch würden sich unterschiedliche Mängelrechte ergeben.

Im Übrigen sei das Bauvorhaben zeitkritisch wegen der kurzen Bauzeit. Die Fertignasszellen würden jeweils stockwerksweise eingehoben. Würden alle benötigten Nasszellen bereits zu Beginn der Arbeiten geliefert werden, könnten diese wegen Platzmangels nicht auf der Baustelle gelagert werden. Eine „just-in-time“-Lieferung käme auch nicht in Betracht, da dies wegen möglicher Verspätungen risikobehaftet sei. Um einen reibungslosen Bauablauf im Falle einer separaten Fachlosvergabe zu gewährleisten, müsste der Rohbauer der Ag so rechtzeitig vor Erreichen des notwendigen Bautenstands Mitteilung machen, damit es der Ag möglich sei, die Lieferung beim Auftragnehmer der Fertignasszellen abzurufen. Neben dem damit einhergehenden erheblichen Koordinierungsaufwand könne es auch zu Verschiebungen im Zeitplan kommen.

Soweit die ASt geltend mache, in Bezug auf die ausgeschriebenen Fertignasszellen handele es sich um eine produktspezifische Ausschreibung, bestreitet die Ag, dass die Leistungsbeschreibung tatsächlich Vorgaben enthalte, die sie produktspezifisch mache; es fehle insoweit an einer nachvollziehbaren Darstellung seitens der ASt. Zudem würden nach Kenntnis der Ag auch andere Hersteller Wände in der vorgegebenen Ausführungsart produzieren.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen

Verhandlung am 26. Oktober 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 26. Oktober 2016 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 18. November 2016 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise unzulässig und im Übrigen unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, soweit die ASt einen Verstoß gegen das Gebot der Fachlosvergabe geltend macht. Soweit die ASt hingegen die fehlende Produktneutralität der vorliegenden Ausschreibung in Bezug auf die zu liefernden Fertignasszellen geltend macht, ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig.

Der ASt ist – wie aber wohl die Ag meint – die Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB nicht deshalb grundsätzlich abzuspochen, weil sie ein Angebot abgegeben hat, in dem sie jedoch nur die Titel 16 und 17 der Leistungsbeschreibung beboten hat. Insbesondere führt weder der Umstand, dass sie überhaupt ein Angebot abgegeben hat, noch der Umstand, dass das Angebot nicht zuschlagsfähig ist, weil es wegen fehlender Preisangaben bzw. fehlender angebotener Leistungen als solches gemäß § 16 EU Nr. 3 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 3 bzw. § 16 EU Nr. 2 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A zwingend auszuschließen ist, zur Verneinung der Antragsbefugnis. Denn mit ihrem Nachprüfungsantrag greift die ASt die Grundlagen der Ausschreibung als vergaberechtswidrig an. Zum einen muss ein Antragsteller in solchen Fällen, in denen er sich durch seiner Ansicht nach vergaberechtswidrige Bestimmungen in den Vergabeunterlagen gehindert oder erheblich beeinträchtigt sieht, sich chancenreich am Vergabeverfahren zu beteiligen, nicht zur Begründung eines Auftragsinteresses einen Teilnahmeantrag oder hier ein (wertungsfähiges) Angebot abgeben, sondern dokumentiert dieses Interesse durch seine vorprozessuale Rüge und den anschließenden Nachprüfungsantrag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12). Zum anderen hat die ASt jedenfalls in Bezug auf eine vorliegend fehlende und ihrer Ansicht nach vergaberechtlich gebotene Fachlosaufteilung auch hinreichend dargelegt, dass ihr hierdurch eine Verschlechterung ihrer

Zuschlagschancen und damit ein Schaden im Sinne von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB zu entstehen droht.

Soweit die ASt hingegen geltend macht, dass die vorliegende Leistungsbeschreibung in Bezug auf die Beschreibung der zu liefernden Fertignasszellen produktspezifisch sei, weil das Produkt des Herstellers [...] beschrieben werde, ist eine Antragsbefugnis der ASt im vorliegenden Nachprüfungsverfahren zu verneinen. Denn wie die ASt selbst vorträgt und letztlich auch durch ihr vorliegendes unvollständiges Angebot deutlich macht, ist sie im Rahmen der streitgegenständlichen Ausschreibung, d.h. der gemeinsamen Vergabe von Rohbauarbeiten und dem Einbau der Fertignasszellen, nicht in der Lage ein (chancenreiches) Angebot abzugeben. Ein möglicher Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität kann sie daher nicht in ihren Rechten verletzen, da dies nur in Bezug auf potentielle Bieter der Fall sein kann, die auch ein Interesse am Auftrag haben. Als mittelbar Betroffenen, hier potentiell Nachunternehmer oder Lieferanten für einen Bieter, in dieser Ausschreibung fehlt der ASt insoweit das erforderliche Interesse am Auftrag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. November 2014, VII-Verg 20/14; Möllenkamp in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, § 160 Rn.48, m.w.N.). Etwas anderes würde für eine Ausschreibung gelten, die bereits die von der ASt begehrte Vergabe eines separaten Fachloses bezüglich Lieferung und Einbau der benötigten Fertignasszellen zum Gegenstand hätte. In diesem Fall müssten allerdings beide Seiten deutlich konkreter und nachvollziehbarer vortragen, als dies im vorliegenden Nachprüfungsverfahren geschehen ist, um der Kammer eine zutreffende Einschätzung hinsichtlich des Obs der Produktneutralität bzw. Produktbezogenheit zu ermöglichen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist, soweit er zulässig ist, unbegründet.

Vorliegend ist kein Verstoß gegen das Gebot der (Fach-)Losvergabe nach § 97 Abs. 4 Satz 2, 3 GWB gegeben. Zwar handelt es sich bei den fraglichen, im Titel 16 und 17 beschriebenen Leistungen um Leistungen, die grundsätzlich gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB als Fachlos gesondert von den Rohbauarbeiten zu vergeben sind (siehe unten a)). Im vorliegenden Fall liegen jedoch hinreichende Gründe vor, die ausnahmsweise die Gesamtvergabe von Rohbauarbeiten und Lieferung und Einbau von Fertignasszellen, wie sie die Ag vorliegend ausgeschrieben hat, gemäß § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB erfordern (siehe unten b)).

- a) Leistungen sind gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Vorliegend stellen die in Titel 16 und 17 zusammengefassten Leistungen, also der Einbau von (zuvor zu erstellenden) Fertignasszellen in den Rohbau, ein solches Fachlos nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB dar.

Für die Feststellung, ob die betreffenden Leistungen ein Fachlos bilden, ist insbesondere maßgeblich, ob sich für die fraglichen Leistungen ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat. Die Beurteilung ist dabei nicht statisch anzustellen, sondern muss die aktuellen Marktverhältnisse in den Blick nehmen (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11; Beschluss vom 8. September 2011, VII-Verg 48/11; Beschluss vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10; OLG Koblenz, Beschluss vom 16. September 2013, 1 Verg 5/13). Danach stellen die hier in Streit stehenden Leistungen ein eigenes Fachlos dar. Denn es existiert aktuell ein eigenständiger Markt für Herstellung, Lieferung und Einbau von Fertignasszellen. Dies ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass sich bestimmte Anbieter, wie unter anderem die ASt und das Unternehmen [...] sowie weitere Unternehmen, auf die Herstellung von Fertignasszellen spezialisiert haben und deren Einbau in Gebäude bzw. die entsprechenden Rohbauten typischerweise auch selbst vornehmen. Dementsprechend werden diese Leistungen, wie die ASt durch Vorlage mehrerer Referenzausschreibungen hinreichend dokumentieren konnte, auch von anderen Auftraggebern vielfach als gesondertes Los ausgeschrieben.

- b) Von der danach grundsätzlich gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB gebotenen losweisen Vergabe ist die Ag im vorliegenden Fall mit ihrer Entscheidung für eine Gesamtvergabe vergaberechtskonform gemäß § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB abgewichen.

Danach ist eine Gesamtvergabe ausnahmsweise dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Kommt eine solche Ausnahme in Betracht, hat sich der öffentliche Auftraggeber in besonderer Weise mit dem grundsätzlichen Gebot einer Fachlosvergabe und den dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen. Im Rahmen der dem Auftraggeber obliegenden Entscheidung bedarf es einer umfassenden Abwägung der widerstreitenden Belange, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden Gründe nicht nur aner kennenswert sein, sondern überwiegen müssen (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.

März 2012, VII-Verg 92/11, m.w.N.; Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11). Für das Maß eines Überwiegens lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsmehraufwand sowie ein höherer Aufwand bei Gewährleistungen können eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen, weil es sich dabei um einen Fachlosvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 9. April 2015, Verg 1/15). Zu beachten ist aber auch, dass das Vergaberecht nicht nur Bieterrechte eröffnen, sondern auch wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten soll und der öffentliche Auftraggeber als Nachfrager durch seine Ausschreibungen nicht bestimmte Märkte oder Marktteilnehmer zu bedienen hat; vielmehr bestimmt er im Rahmen der ihm übertragenen Aufgaben den daran zu messenden Beschaffungsbedarf sowie die Art und Weise, wie dieser gedeckt werden soll (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. März 2012, VII-Verg 92/11; Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11).

Die Entscheidung des Auftraggebers für eine Gesamtvergabe unterliegt dabei nur einer beschränkten rechtlichen Kontrolle durch die Nachprüfungsinstanzen. Denn dem Auftraggeber kommt bei der Entscheidung für eine Gesamtvergabe wegen der dabei anzustellenden prognostischen Überlegungen eine von den Nachprüfungsinstanzen nur beschränkt zu kontrollierende Einschätzungsprärogative zu. Die Entscheidung des Auftraggebers ist nur darauf zu überprüfen, ob sie auf einer vollständigen und zutreffenden Tatsachengrundlage beruht sowie aus vernünftigen Erwägungen heraus und im Ergebnis vertretbar getroffen worden ist bzw. nicht auf Fehlbeurteilungen, namentlich auf Willkür, beruht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11; Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11).

Gemessen an diesen Maßstäben genügt vorliegend die Entscheidung der Ag für eine Gesamtvergabe den gesetzlichen Anforderungen. Denn sie stützt sich zulässigerweise auf den technischen Zusammenhang zwischen dem Einbau der Fertignasszellen im jeweiligen Erdgeschoss und der Bodenplatte bzw. den sie durchdringenden Grundleitungen des Rohbauers, der tatsächlich besteht und auch als überwiegend im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB angesehen werden darf.

Zunächst geht die Ag hier entgegen der Auffassung der ASt nicht von einer unzutreffenden Tatsachengrundlage, sondern vielmehr zutreffend davon aus, dass die Duschabläufe der Fertignasszellen im jeweiligen Erdgeschoss der beiden Unterkunftsgebäude gemäß den Vergabeunterlagen zwingend an die die Bodenplatte durchdringenden Grundleitungen (vertikal) anzuschließen sind. Dies ergibt sich zum einen aus dem Text der Leistungsbeschreibung, und zwar aus dem jeweiligen Text vor Leistungsposition 16.1.50 bzw. 17.1.50., wo zunächst festgehalten wird, dass die Duschen senkrecht (nach unten) durch die Decke entwässert werden und der diesbezügliche Anschluss am jeweiligen Abzweig des Fallstrangs unter der Decke im Geschoss darunter erfolgt. Aus der Bezugnahme auf das „Geschoss darunter“ folgt schon, dass sich die Ausführungen nicht auf Duschen im nicht unterkellerten Erdgeschoss beziehen können. Anschließend folgen dementsprechend gesonderte Ausführungen zu den Duschen im Erdgeschoss, woraus sich ergibt, dass diese (direkt) an die Grundleitung angeschlossen werden sollen und damit nicht an den Fallstrang (wie aber unstrittig Waschbecken und Toiletten, auch im Erdgeschoss). Des Weiteren wird darauf hingewiesen, dass sich die Grundleitungsanschlüsse – hier können aufgrund des unmittelbaren textlichen Zusammenhangs nur diejenigen für die Duschen gemeint sein – unter den Duschen befinden. Somit sollen auch hier die Duschen senkrecht, diesmal jedoch nicht durch die Decke des Untergeschosses, sondern über die Grundleitung durch die Bodenplatte entwässert werden. Dies ergibt sich auch aus den den Vergabeunterlagen beigefügten Plänen, etwa dem Grundleitungsplan, der unter zwei nebeneinanderliegenden Fertignasszellen einmal zwischen diesen beiden Zellen (im Installationszwischenraum) einen gemeinsamen Ablauf vorsieht (für den Fallstrang, in den die Abwässer der übrigen Objekte, d.h. Duschen in den Obergeschossen und aller Waschbecken und Toiletten) und je Nasszelle einen weiteren etwa mittig an der dazu querliegenden Wand; dass letztere nur für die jeweilige Dusche vorgesehen sein können, ist auch dem Plan „Gründung“ zu entnehmen, in dem ebenfalls die Grundleitungen eingezeichnet sind und an diesen Stellen der Hinweis „Position Durchdringung Bodenplatte für Abwasser Dusche noch unklar“ vermerkt ist. Entgegen der Auffassung der ASt kann dieser Hinweis auch nicht so verstanden werden, dass er auch eine Ausführung zulässt, wie sie die ASt für sinnvoller erachtet, nämlich die Duschen in den Erdgeschossen an die vom Gewerk Sanitär zu erstellenden Fallstränge der Abwasserleitungen anzuschließen, wie dies auch für die übrigen Objekte vorgesehen ist. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Leistungsbeschreibung, wonach der Auftragnehmer die Art und Weise des Anschlusses an die Grundleitung frei wählen kann.

Denn die zwingende Nutzung der Grundleitungsanschlüsse unter den Duschen (und nicht des Fallstrangs zwischen den Zellen) ist, wie bereits dargelegt, sowohl dem Text der Leistungsbeschreibung im Übrigen wie auch den Plänen zu entnehmen. Vor dem Hintergrund der genannten verbalen und gezeichneten speziellen Vorgaben für den Abwasseranschluss der Duschen im Erdgeschoss kann auch nicht den allgemeinen Bemerkungen vor Titel 16, wonach Abwasser- bzw. Wasserversorgungsleitungen bis zum Anschlusspunkt der bauseitigen Rohinstallation zu erbringen sind, entnommen werden, dass ein Anschluss der Duschen an die Fallstränge zulässig ist.

Die Ag macht vor diesem Hintergrund geltend, dass einerseits die Dichtigkeit der Bodenplatte insbesondere dort, wo sie von den Grundleitungen durchdrungen werde, von großer Bedeutung sei und dass dort auch die Duschen der Fertignasszellen anschließen würden. Anders als bei den Grundleitungen, an denen die Fallstränge anschließen würden, die durch Revisionsöffnungen in den Installationsräumen noch zugänglich seien, sei dies im Falle der Duschanschlüsse an die Grundleitung nicht der Fall. Bei eindringendem Wasser vom Boden her sei daher im Falle einer getrennten Vergabe die Frage der Ursächlichkeit bzw. der Verantwortlichkeit (undichter Anschluss an die Grundleitung oder undichte Abdichtung der Grundleitung zur Bodenplatte) vorprogrammiert. Zwar ist der ASt zuzugeben, dass es sich bei allgemeinen Problemen der Gewährleistung – insbesondere der Suche nach dem richtigen Anspruchsgegner bei einer Mehrheit von Auftragnehmern, aber auch unterschiedlichen Gewährleistungsrechten (wenn die VOL/B hier überhaupt zum Tragen kommen würde) und Gewährleistungszeiträumen – um typische Folgen einer losweisen Vergabe handelt, die grundsätzlich vom Auftraggeber hinzunehmen und nicht geeignet sind, als überwiegende Gründe für eine Gesamtvergabe zu dienen. Gleiches gilt auch für den Koordinierungsaufwand zwischen Rohbauer und Nasszellenlieferant, wenn es um die zeitgerechte Lieferung (und Einbau) der Nasszellen geht; dass Auftragnehmer einzelner Baugewerke ihre Arbeiten, auch in der zeitlichen Abfolge, koordinieren müssen und dass dieser Koordinierungsaufwand bei einer losweisen Vergabe in gewissem Umfang auch beim Auftraggeber anfällt, ist ebenfalls typischer Begleitumstand einer losweisen Vergabe und damit kein die Gesamtvergabe tragender Grund. Vorliegend ist jedoch der besondere technische Zusammenhang zu beachten, worauf die Ag hinweist, nämlich dass zum einen die Dichtigkeit der Bodenplatte und damit einhergehend auch die Abdichtung der Grundleitungen zur Bodenplatte hin für ein Gebäude von erheblicher Bedeutung sind und dass zum anderen dieser kritische Bereich, wie aber auch der

Anschluss der Duschen an die Grundleitungen nach Einbau der Fertignasszellen nicht mehr zugänglich ist (anders als die übrigen Grundleitungsanschlüsse). Auch wenn sich bei auftretender Nässe im Fall einer getrennten Vergabe von Rohbauarbeiten und Nasszellen sicherlich feststellen ließe (etwa durch Freilegen der Anschlüsse und Durchdringungen), welcher Auftragnehmer für den Mangel letztlich verantwortlich ist, ist durch eine einheitliche vertragliche Verantwortlichkeit im vorliegenden Fall für den besonders kritischen Baubereich besser gewährleistet, dass Mängel schon nicht entstehen oder aber schneller beseitigt werden können. Mit 31 Duschanschlüssen bzw. Durchdringungen der Bodenplatte je Gebäude handelt es sich auch quantitativ nicht um ein untergeordnetes Risiko.

Nach allem stellen die von der Ag angestellten Erwägungen zu den Grundleitungsanschlüssen unter den Duschen aner kennenswerte und überwiegende technische sowie letztlich auch wirtschaftliche Gründe im Sinne von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB dar, die eine Gesamtvergabe von Rohbauarbeiten und Fertignasszellen hier zu rechtfertigen vermögen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zur Fachlosvergabe bzw. der Rechtfertigung einer Gesamtvergabe, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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.

Behrens

Ohlerich