



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 26/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Umrüstung [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Stertz auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2014 am 9. Mai 2014 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht wird der Antragsgegnerin aufgegeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut über die Losaufteilung zu entscheiden und der Antragstellerin die getroffene Entscheidung spätestens bis zum Zeitpunkt der Versendung der Vergabeunterlagen schriftlich mitzuteilen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu einem Drittel. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren

und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu zwei Dritteln.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen ein Beschaffungsvorhaben der Antragsgegnerin (Ag) zur Umrüstung von [...].

Mit EU-weiter Bekanntmachung vom [...] 2013 schrieb die Ag einen Auftrag zur Umrüstung von [...] einschließlich der Integration von sog. [...] (nachfolgend: [...]) im Verhandlungsverfahren aus. Hierbei handelt es sich um [...]. Die ASt, Tochterunternehmen einer [...] Muttergesellschaft, bietet ein derartiges [...] an, das bei den [...] im operativen Einsatz ist.

[...]

[...]

[...]

Eine Aufteilung des Auftrags in Lose ist gemäß Ziffer II.1.8) der Bekanntmachung nicht vorgesehen. Hierzu wurde zuvor in der Vergabeakte Folgendes festgehalten: Im Vermerk vom 4. November 2013 über die „Entscheidung über die Vergabeart und Aussagen zur Beteiligung des Mittelstandes“ führte die Ag unter Ziffer 2 („Aufteilung der Leistung“) zur losweisen Vergabe aus:

„Eine losweise Vergabe ist nicht möglich. Begründung:

Die Gesamtmaßnahme besteht aus einzelnen Teilleistungen, die wiederum ineinander greifen. Dem Schnittstellenmanagement kommt daher eine besondere Bedeutung zu.

Die Auftragserfüllung soll der Gesamtverordnung eines Auftragnehmers liegen.“

Handschriftlich wurde dort ergänzt:

„Detailbegründung ergibt sich aus dem techn. Anschreiben vom 4.11.13“

Im sog. „technischen Anschreiben“ vom 4. November 2013 wurde unter Ziffer 4 („Aufteilung in Lose“) die Alternative

„Eine Aufteilung in Teil- oder Fachlose ist nicht möglich.“

angekreuzt und zur Begründung ausgeführt:

„Aufgrund der Komplexität der Gesamtmaßnahme mit umfangreichem Schnittstellenmanagement bildet die Maßnahme eine in sich geschlossene, nicht aufbrechbare Leistung. Eine Aufteilung der Leistung auf die [...] umzurüstenden Einheiten ist nicht zielführend.“

Handschriftlich ist sodann mit dem Zusatz „4/11“ ergänzt:

„Der öAG trüge ein nicht akzeptables Integrationsrisiko, das im Zweifel zum Scheitern des Projekts führen könnte.“

Weiter heißt es unter Ziffer 5 („Unternehmen, die für die Leistungserbringung in Frage kommen“):

„Die Maßnahme insgesamt soll im Wettbewerb vergeben werden, wobei die Randbedingungen gem. den Ausführungen zu Ziffer III.1.4 der Veröffentlichung (Anlage) zu berücksichtigen sind.

Alleinstellungsmerkmale gibt es für die Teilsysteme [...] und [...]. Hierfür ist die Firma

[...]

[...]

zu beauftragen. [...] ist Entwickler und Hersteller der beiden v.g. Systeme und besitzt die alleinigen Nutzungsrechte daran. „[...]“ wurde bereits im Rahmen des Konjunkturpaketes II auf [...] eingerüstet. Die „[...]“ ist [...] daher nur in dieser Kombination risikoarm realisierbar. Anderenfalls werden Entwicklungsleistungen erforderlich.

[...].“

Als Schlusstermin für den Eingang der Teilnahmeanträge war gemäß Ziffer IV.3.4) der Bekanntmachung der [...] 2013 bestimmt.

Nach Kenntnis von der Bekanntmachung kontaktierte die ASt die Ag und bat um ein Gespräch. Dieses Gespräch fand am 27. November 2013 bei der Ag statt. In dem vom Geschäftsführer

der ASt, [...], zur Besprechung angefertigten auf den 27. November 2013 datierten Gesprächsprotokoll heißt es:

„[...]

1. [ASt] beschwert sich über die Entscheidung, die [...] nicht wie ursprünglich geplant, separat im nicht-offenen Verfahren zu beschaffen, sondern in einem Gesamtvorhaben im Verhandlungsverfahren über den für die Umrüstung [...] ausgewählten Hauptauftragnehmer zu entscheiden wie in der EU-Bekanntmachung [...] formuliert und stellt die Frage, was der Hintergrund der Entscheidung ist.

2. [ASt] macht seine Bedenken bezüglich eines Wettbewerbsnachteils und Diskriminierung deutlich, wenn die Firma [...], die selbst Lieferant eines [...] ist und sich als GU (Hauptauftragnehmer) beworben hat, den Auftrag zur Umrüstung der [...] erhalten würde. [ASt] würde diesem Wettbewerber auch bei Aufforderung zur Angebotsabgabe kein Angebot geben, da wir unsere [...] -Technologie und Preise nicht an einen direkten Wettbewerber, auch wenn er als GU auftritt, geben können.

[...]

4. Zu unseren Bedenken eines Wettbewerbsnachteils führt [Ag] aus: [...] Unsere Bedenken könne man beim [...] nachvollziehen, erläutert aber, dass diese vollkommen unbegründet wären und es zu einem fairen Verfahren käme.

[...]

6. [ASt] erläutert zum Ende der Besprechung noch einmal, dass wir auch nach den Ausführungen des [...] weiterhin eine wettbewerbliche Benachteiligung bei dieser Form der Ausschreibung sehen und wenn überhaupt ausschließlich bei einem anderen Verfahren oder der Auswahl eines anderen Hauptauftragnehmers als [...] eine faire Chance haben würden.“

In einem von der Ag angefertigten, weder unterschriebenen noch datierten Protokoll über die Besprechung vom 27. November 2013, überschrieben „Besprechung mit [ASt]“, heißt es (Erläuterung: K = ASt, S = Ag):

„[...]

K: Wer macht Auswahl des [...]

a) GU

b) im Amt

S: Sowohl als auch.

GU kann jeder sein: [...] -Anbieter ...

Wir geben mit LB Vorgaben für [...] vor.

4 [...] -Anbieter → einer soll es sein

[...] unserer LB erfüllen [...]

Dadurch haben wir Einfluss auf [...] -Auswahl. Solange GU Erfüllung der LB sicherstellt, wählt der GU aus. [...]

[...]

K: Finanzen

S: Planwerte sind da. [...]

S: Es kann passieren, dass nicht für alle Maßnahmen Geld in den [...] eingestellt werden. [...]

K: Für [...] ist es schwierig, [...] als GU Details über eigenes System zu geben.

K: Ist nicht amüsiert darüber, dass es in der Gerüchteküche ([...]) [...] so gut wie draußen wäre.

S: Wir gehen formell korrekt vor.

[...]“

Infolge des Gesprächs vom 27. November 2013 nahm die Ag keine Änderungen an der Ausschreibung vor. Die ASt unternahm zunächst nichts weiter, insbesondere gab sie keinen Teilnahmeantrag innerhalb der Bewerbungsfrist ab.

Am 4. Februar 2014 hielt die Ag in einem „Ergebnisvermerk“ über eine interne Besprechung Folgendes unter Ziffer 1 und 3 fest:

„1. [...]

Ob alle drei Vorhaben [...] bei der JPB 2015 in die Realisierung kommen, steht noch nicht fest. Insofern finden vor dem Vorliegen der JPB-Ergebnisse keine vertraglichen Aktivitäten statt, um möglichen Regressforderungen der Anbieter entgegen zu wirken.“

[...]

3. [...]

[...]

Sollte als Ergebnis der JPB 2015 [...] ohne [...] heraus kommen, wird eine komplette Neubetrachtung der drei Maßnahmen [...] hinsichtlich der Trägerplattform und Auswirkungen erforderlich.

[...]“

Die Abkürzung „JPB“ bezeichnet die sog. „Jahresprogrammblattverhandlung Beschaffung“, in welcher Haushaltsgelder für bestimmte Beschaffungsprojekte verhandelt und zugeteilt werden.

Unter dem 3. März 2014 wandte sich die ASt erstmals schriftlich an die Ag und machte unter Bezugnahme auf das Gespräch vom 27. November 2013 Vergaberechtsverstöße geltend. Mit Schreiben vom 21. März 2014 wies die Ag die Rüge der ASt vom 3. März 2014 als unbegründet zurück. Mit Schreiben vom 26. März 2014 wiederholte die ASt der Ag gegenüber ihre Kritikpunkte an der Ausschreibung. Am 31. März 2014 schrieb die Ag der ASt hierauf, sie behalte ihre bereits geäußerte Rechtsansicht bei. Mit Schreiben vom 2. April 2014 wandte sich die ASt erneut an die Ag, rügte – zusätzlich zu den bereits erhobenen Rügen – einen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz, da sich der Bekanntmachung nicht entnehmen lasse, dass Beschaffungsgegenstand auch die Lieferung der [...] sei.

Mit Schreiben vom 4. April 2014 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 4. April 2014 an die Ag übermittelt.

Die ASt ist der Ansicht, dass die Integration der [...] in die [...] in Form eines separaten Loses hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Lieferung und der Einbau von [...] stellten einen von anderen Aspekten der Ausstattung von [...] sachlich abgrenzbaren Markt dar, so dass die Ag grundsätzlich zu einer Fachlosbildung verpflichtet sei. Gründe, die hiergegen sprächen, habe sie nicht substantiiert dargelegt, jedenfalls nicht hinreichend schriftlich dokumentiert, da ihre vorgebrachten Argumente bloße Zweckmäßigkeitserwägungen darstellten, die ein Abweichen von der grundsätzlichen Pflicht zur Losbildung nicht rechtfertigen könnten. Erstens könnten nicht jedwede zusätzlichen Gewährleistungsrisiken und Schnittstellenkritikalitäten dazu führen, dass ein öffentlicher Auftraggeber von einer losweisen Vergabe absehen dürfe, und zweitens bestünden derartige Schnittstellenkritikalitäten vorliegend nicht. Die ASt könne sich als mittelständisches Unternehmen mit [...] Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von 10-15 Mio. € auch auf die vergaberechtlichen Vorschriften zum Schutz des Mittelstands gemäß § 97 Abs. 3 GWB berufen.

Das [...] der ASt ([...]) sei für den von der Ag verfolgten Zweck der Integration in die [...] geeignet, und sie hätte daher im Falle einer Fachlosausschreibung gute Zuschlagschancen. Beim Einsatz des [...] in [...] habe sich gezeigt, dass die Verwendung dieses Systems zu keiner Schnittstellenproblematik mit dem [...] der Firma [...] führe, welches in der vorliegenden

Ausschreibung bindend vorgegeben ist. Insbesondere sei der Ag auch bekannt, dass sich das System [...] problemlos in das System [...] integrieren lasse. Anlässlich eines Besuchs bei der [...] sei die Kompatibilität der Systeme überprüft worden, hier seien Vertreter der Ag zugegen gewesen. Die erforderlichen Anpassungen für eine Integration der [...] -Software in das [...] -System von [...] seien auch kostenneutral, denn die entsprechenden erforderlichen Anpassungen seien bezüglich der Verwendung bei der [...] vorgenommen worden, hierauf könne man zurückgreifen.

Wenn die Ag bei der Ausschreibung Lose gebildet hätte, so hätte das [...] der ASt jedenfalls eine bessere Chance auf den Zuschlag gehabt. Durch den Verzicht auf eine Losaufteilung sei es jedoch nunmehr möglich, dass [...] nicht nur Generalunternehmer des Gesamtauftrags, sondern auch Lieferant der [...] würde. Es sei nämlich wahrscheinlich, dass [...], wenn sie als Generalunternehmerin ausgewählt werde, ihr eigenes System anbieten und somit sich selbst als Nachunternehmerin auswählen werde. Dies liege auch daran, dass die Anbieter von [...] einem Wettbewerber ihre Geschäftsgeheimnisse nicht preisgäben, so dass die [...], wenn sie den Zuschlag erhalte, faktisch gar keine andere Möglichkeit habe, als ihr eigenes System anzubieten.

Des Weiteren macht die ASt geltend, die Beschaffungsbestandteile [...] würden unzulässigerweise produktspezifisch ausgeschrieben, die Vorgaben für eine Unterauftragsvergabe nach §§ 9, 38 ff. VSVgV seien nicht beachtet worden und gegen das Diskriminierungsverbot sei verstoßen worden, indem [...] sowohl als Bieter zugelassen sei als auch als Lieferant der [...]. Zudem sei der Wettbewerbsgrundsatz verletzt, da bei Beauftragung von [...] mit dem Gesamtauftrag entweder – bei Unterbeauftragung eines Konkurrenten mit der [...] -Lieferung – Geschäftsgeheimnisse des Lieferanten an den Konkurrenten [...] fließen müssten oder kein Wettbewerb um die Lieferung stattfinde, da [...] seine eigenen [...] liefern würde. Die ASt macht ferner geltend, die Ag habe den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz verletzt. Nach dem Inhalt der Bekanntmachung sei die ausgeschriebene Leistung nicht eindeutig bestimmbar. Insbesondere sei eine „Lieferung“ der [...] nicht vom Wortlaut der Bekanntmachung gedeckt. Schließlich macht die ASt noch Dokumentationsmängel geltend.

Ihr Nachprüfungsantrag sei auch zulässig. Insbesondere sei sie antragsbefugt, obwohl sie im Rahmen der Ausschreibung keinen Teilnahmeantrag abgegeben habe. Sie sei nämlich nur zur Bedienung eines Fachloses „[...]“ in der Lage gewesen, nicht aber zur Erbringung des

ausgeschriebenen, nicht in einzelne Fachlose unterteilten Gesamtauftrags. Ihr sei es daher nicht zuzumuten gewesen, einen Teilnahmeantrag zu stellen, weil dies einen nutzlosen Aufwand dargestellt hätte.

Auch habe sie die nach § 107 Abs. 3 GWB erforderliche Rüge rechtzeitig erhoben. In ihrem Gespräch mit den Mitarbeitern der Ag am 27. November 2013 habe sie Verstöße gegen das Vergaberecht gerügt, insbesondere einen Verstoß gegen das Wettbewerbsgebot, den Diskriminierungsschutz und eine mangelnde Losaufteilung. Zum Beweis der Rügeerhebung verweist die ASt auf ihr Protokoll der Besprechung vom 27. November 2013. In den Schreiben vom 3. März 2014 habe sie ihre Rüge lediglich nochmals schriftlich wiederholt. Im Übrigen sei die Rechtsbehelfsbelehrung in der Bekanntmachung hinsichtlich der Fristsetzung für erkennbare Vergaberechtsverstöße unklar.

Nach Auffassung der ASt sind im Übrigen die Vorschriften der VOL/A und nicht der VSVgV anwendbar, da es sich bei den ausschreibungsgegenständlichen [...] um sog. „dual use“-Güter handle, die sowohl im zivilen als auch im militärischen Bereich Verwendung finden könnten.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Auftrag in der vorgesehenen Weise zu vergeben, und dieser aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Lieferung von so genannten [...] mindestens in einem Fachlos auszuschreiben;
2. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um Rechtsverletzungen zu beseitigen;
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
4. der Ag die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

Die Ag beantragt,

1. den Antrag der ASt als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für nicht notwendig zu erklären.

Die Ag ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Insbesondere sei die ASt nicht antragsbefugt. Sie habe kein Interesse am Auftrag, was sich daran zeige, dass sie keinen Antrag im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs abgegeben habe. Außerdem habe sie in ihren Schriftsätzen ausgeführt, an dem Auftrag, so wie er ausgeschrieben worden sei, kein Interesse zu haben. Des Weiteren sei sie mit ihrem Vorbringen präkludiert, weil es an einer rechtzeitigen Rüge im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB fehle. In dem Gespräch am 27. November 2013 habe die ASt nicht ihre Unzufriedenheit mit vergaberechtlichen Aspekten zum Ausdruck gebracht. Die ASt habe im Gegenteil Verständnis für die vorgetragenen technischen Argumente der Ag geäußert. Dies werde durch das von der Ag angefertigte Protokoll gestützt.

Der Nachprüfungsantrag sei zudem unbegründet. Die Ag habe bei der Konzeption der Bekanntmachung berechtigterweise von einer Fachlosbildung abgesehen. Insbesondere seien die in den Vergabeunterlagen dokumentierten Gründe ausreichend, um eine Gesamtvergabe zu rechtfertigen. Es bestünden überwiegende technische Gründe, die diese Entscheidung trügen. Denn auf den [...] umzurüstenden [...] seien interdependente Maßnahmen zu koordinieren, wobei den folgenden Aspekten Rechnung zu tragen sei: Die [...] Anpassung der [...] an Gewichte und Raum für das auf dem [...] zu positionierende [...], die Integration des [...] in den Schnittstellen [...] und besonders das [...], die Integration der entsprechenden Bedienerarbeitsplätze in die räumlich beengte Operationszentrale [...] sowie die Berücksichtigung der dadurch bedingten [...] Veränderungen hinsichtlich magnetischer und akustischer Signatur, EMV-Grenzwerte, Lüftung und [...]. Wesentlich sei die Forderung an das [...], trotz der Integration des [...] den sicheren Lenkbetrieb für die [...] auch weiter zu gewährleisten. Zusätzlich seien bei der Auswahl der [...] unter anderem Wechselwirkungen auf die Handhabung der [...] zu berücksichtigen. Da es für die streitgegenständlichen Umrüstmaßnahmen keine technische Referenz seitens der Ag gebe, sehe sie sich nicht in der Lage, das Integrations- und damit auch das Projektrisiko zu bewerten und sicher zu beherrschen.

Insbesondere könne die [...] nicht als Referenz dienen. Auch sei die Tatsache, dass die [...] den von der ASt vertriebenen [...] gemeinsam mit einem [...] von [...] verwende, kein Beleg dafür, dass der [...] zur Integration in die streitgegenständlichen [...] geeigneter sei als das von [...] vertriebene [...]. Die Integration des [...] bei der [...] sei nämlich nicht so weitreichend erfolgt, wie die Ag dies für ihre [...] plane.

Ferner habe die Ag ihre Entscheidung auch auf einer hinreichend vollständig ermittelten Tatsachengrundlage getroffen. Zu den Ausführungen in dem Ergebnisvermerk vom 4. Februar 2014 behauptet die Ag, diese bedeuteten nicht, dass die Grundzüge der Beschaffung bei der Ag noch nicht klar festgelegt worden seien. Vielmehr stellten sich die entsprechenden Ausführungen als bloße Verweise auf die verbleibende haushaltsrechtliche Unsicherheit hinsichtlich der Realisierbarkeit dar, der Großprojekten bei der Ag stets innewohne. Es sei ihr nicht zumutbar, aufgrund dieser haushaltsrechtlichen Rahmenbedingungen auf die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu verzichten. Im Übrigen sei sie berechtigt, etwaige Dokumentationsdefizite in den Vergabeunterlagen noch im laufenden Verfahren nachzuholen.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 30. April 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. 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, soweit er nicht unzulässig ist, überwiegend begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise mangels Antragsbefugnis unzulässig.

- a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Es liegt ein öffentlicher Auftrag gemäß § 99 Abs. 1 GWB vor. Konkret handelt es sich um einen verteidigungs- oder sicherheitsrelevanten Auftrag gemäß § 99 Abs. 7 Nr. 4 GWB, denn es liegt ein Verschlussauftrag gemäß § 99 Abs. 9 Nr. 1 GWB vor, bei dessen Erfüllung oder Erbringung Verschlussarbeiten nach § 4 des Gesetzes über die Voraussetzungen und das Verfahren von Sicherheitsüberprüfungen des Bundes verwendet werden. Nach den Ausführungen in Ziffer III.1.4) der Bekanntmachung vom 13. November 2013 (vgl. auch Ziffer 24 des technischen Anschreibens vom 4. November 2013) sind bei der Durchführung des Auftrags Verschlussarbeiten („VS – Nur für den Dienstgebrauch“) zu verwenden. Aus diesem Grunde kann es dahinstehen, ob auch die Voraussetzungen des § 99 Abs. 7 Nr. 1 GWB erfüllt sind, insbesondere ob es sich bei den ausschreibungsgegenständlichen [...] um sog. „dual use“-Güter handelt. Der gemäß § 1

Abs. 2 Satz 1 VSVgV i.V.m. Art. 8 der Richtlinie 2009/81/EG anwendbare Schwellenwert ist überschritten.

- b) Jedoch ist die ASt nur teilweise antragsbefugt nach § 107 Abs. 2 GWB, nämlich soweit sie sich gegen die Gesamtvergabe bzw. eine fehlende Fachlosaufteilung wendet.

Ein Interesse der ASt am Auftrag ist insoweit zu bejahen, obwohl die ASt im vorliegenden Teilnehmerwettbewerb kein Angebot abgegeben hat. Wer – wie die ASt – geltend macht, durch rechtsverletzende Bestimmungen in den Vergabeunterlagen an der Einreichung eines chancenreichen Angebots gehindert oder erheblich beeinträchtigt zu sein, muss zur Begründung des Auftragsinteresses kein Angebot abgeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12). Im vorliegenden Fall stellt sich die Situation so dar, dass die ASt ohnehin kein Interesse am hier streitgegenständlichen Gesamtauftrag hat, sehr wohl aber an einem Teil der Leistung, nämlich der Lieferung von [...]. Insoweit macht sie geltend, dass sie bei einer losweisen Vergabe dieser Teilleistung eine unmittelbare Chance auf Erteilung des Zuschlags hätte, während sie bei einer Gesamtvergabe allenfalls als möglicher Nachunternehmer diese Leistung erbringen könnte. Erst die von der ASt beanspruchte Losaufteilung (gestützt auf § 97 Abs. 3 GWB und § 10 VSVgV) vermag ihr mithin eine Stellung als Bieter zu vermitteln, die sie somit als eigenen, ihre Antragsbefugnis begründenden Anspruch im Nachprüfungsverfahren geltend machen kann. Ihr Interesse an einem solchen Auftrag hat sie durch ihre Rügen im Gespräch vom 27. November 2013 (dazu näher siehe unter c)) und durch die Stellung ihres Nachprüfungsantrags dokumentiert. Ob sie sich vorliegend tatsächlich auf § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB, § 10 VSVgV berufen kann, ist im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (siehe unten 2.b)). Der ASt droht durch die geltend gemachte Rechtsverletzung auch ein Schaden zu entstehen, weil sich ihre Zuschlagschancen jedenfalls verschlechtert haben. Aufgrund der unterlassenen Fachlosbildung hat sie sich an dem Vergabeverfahren nicht beteiligt. Unter Zugrundelegung ihres Vortrags hätte sie aber eine Zuschlagschance gehabt, wenn die Ag die Lieferung der [...] als eigenes Fachlos ausgeschrieben hätte.

Keine Antragsbefugnis besteht hingegen, soweit die ASt Verstöße gegen das Transparenzgebot (wegen unklarer Bekanntmachungsinhalte), den Wettbewerbsgrundsatz, Vorgaben zur Unterauftragsvergabe (§§ 9, 38 ff. VSVgV), das

Diskriminierungsverbot und das Gebot der produktneutralen Ausschreibung sowie damit verbundene Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Dokumentation des Vergabeverfahrens geltend macht. Soweit sie sich gegen Ausschreibungsbedingungen des Vergabeverfahrens im Wege der Gesamtvergabe wendet, fehlt es ihr am nach § 107 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderlichen Interesse am Auftrag bzw. macht sie keine eigenen Rechte geltend. Denn an dem fraglichen Vergabeverfahren will sie sich gerade nicht beteiligen will. Ein nur mittelbares Interesse der ASt am Auftrag, nämlich als mögliche Nachunternehmerin, reicht für die Bejahung der Antragsbefugnis nicht aus (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Oktober 2008, VII-Verg 35/08). Die möglicherweise verletzten Rechte der potentiellen Bieter stehen ihr als mögliche Nachunternehmerin nicht zu. Soweit die ASt vorträgt, dass eine Unterauftragsvergabe möglicherweise vergaberechtswidrig erfolgen könnte, ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei einer Unterauftragsvergabe aller Voraussicht nach um keinen öffentlichen Auftrag handelt, da nicht zu erwarten ist, dass es sich bei dem Auftraggeber (dem im streitgegenständlichen Verfahren bestimmten Auftragnehmer) um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 GWB handeln wird. Im Übrigen ist weder den Rechtsschutzvorschriften des GWB und der Richtlinie 2009/81/EG noch dem materiellen Recht (auch nicht §§ 9, 38 ff. VSVgV) zu entnehmen, dass potentiellen Nachunternehmern oder Lieferanten eigene Rechte zustehen, die im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden können.

- c) Die gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB erforderliche Rüge ist rechtzeitig erfolgt.

Die ASt hat bereits in der Besprechung bei der Ag am 27. November 2013 die fehlende Fachlosvergabe gerügt. Um als Rüge zu gelten, muss die Äußerung des Antragstellers gegenüber dem Auftraggeber erkennen lassen, dass er einen bestimmten Sachverhalt als Vergaberechtsverstoß ansieht und Abhilfe verlangt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 81/11). Diesen Anforderungen werden die Äußerungen der ASt in der fraglichen Besprechung gerecht. Denn die ASt hat der Ag gegenüber mündlich zu verstehen gegeben, dass sie mit der von der Ag gewählten Vorgehensweise im Vergabeverfahren nicht einverstanden ist. Konkret hat die ASt kritisiert, dass die Ag hinsichtlich der Beschaffung der [...] keine Fachlose ausgeschrieben habe, dass sie sich durch die Ausschreibungsbedingungen diskriminiert fühle und sie diese nicht für produktneutral halte. Dies wird durch den

Inhalt des von ihr vorgelegten Besprechungsprotokolls belegt, in welchem sie ausführt, dass sie sich „beschwert“ und dass sie ihre „Bedenken hinsichtlich eines Wettbewerbsnachteils und Diskriminierung“ deutlich gemacht habe.

Dem steht nicht der Inhalt des später vorgelegten, stichwortartig verfassten Protokolls der Ag von der Besprechung am 27. November 2013 entgegen. Dass die ASt Kritik an dem Verlauf des Vergabeverfahrens geäußert hat, ergibt sich auch aus diesem Protokoll. Dort findet sich der Hinweis darauf, dass die ASt es als schwierig erachte, dem Konkurrenten [...], wenn dieser Generalunternehmer werde, detaillierte Informationen über das eigene Produkt zu vermitteln. Weiter heißt es, dass die ASt sich „nicht amüsiert“ darüber gezeigt habe, dass ihr nach der „Gerüchteküche ([...])“ nur schlechte Zuschlagschancen eingeräumt würden. Schließlich ist in dem Protokoll der Ag festgehalten, dass diese darauf verwiesen habe, man gehe „formell korrekt“ vor. Eine derartige Bemerkung deutet ebenfalls darauf hin, dass die Ag sich mit Vorwürfen konfrontiert gesehen hat, wonach sie eben nicht korrekt vorgehe.

Das Vorliegen einer wirksamen Rüge wäre auch nicht zu verneinen, wenn die ASt – wie die Ag behauptet – im Rahmen der Besprechung vom 27. November 2013 „Verständnis“ für die technische Vorgehensweise der Ag gezeigt haben sollte. Denn es ist nicht widersprüchlich, dass die ASt im Sinne eines konstruktiven Gesprächsklimas „Verständnis“ für eine Vorgehensweise äußert, gleichzeitig aber die Ansicht vertritt, dass ein Vergaberechtsverstoß vorliegt.

Unschädlich ist auch, dass die ASt ihre Kritik lediglich mündlich vorgebracht hat, denn § 107 Abs. 3 GWB enthält keine Formvorschriften, so dass eine Rüge formlos, insbesondere auch mündlich, angebracht werden kann (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 13. September 2011, Verg W 10/11).

Die ASt hat auch unverzüglich gerügt, § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Zwar erfolgte die Bekanntmachung des Teilnahmewettbewerbs bereits am 13. November 2013. Die ASt erhielt aber erst im Laufe der Besprechung vom 27. November 2013 – durch die Erklärungen der Ag – vollständige Kenntnis von dem konkreten Zuschnitt des Beschaffungsgegenstands und damit von der fehlenden losweisen Vergabe der Integration von [...], welche sie als Verstoß gegen Vergabevorschriften erachtet, so dass ihre Rüge am selben Tag unverzüglich erfolgte.

Es kann an dieser Stelle dahinstehen, ob die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße auch schon aufgrund der Bekanntmachung erkennbar waren, da die in diesem Fall nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB anwendbare Frist durch die am 27. November 2013 erfolgte Rüge in jedem Fall gewahrt ist. Aus dem gleichen Grund kann auch dahinstehen, ob – wie die ASt behauptet – die Rechtsbehelfsbelehrung in der Bekanntmachung insoweit hinsichtlich des Fristablaufs unklar formuliert war und ob bzw. inwieweit dies Auswirkungen auf eine mögliche Präklusion der ASt gehabt hätte.

d) Auch die Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB ist gewahrt. Die Mitteilung der Ag, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, erfolgte am 21. März 2014, so dass die 15-Tages-Frist am 4. April 2014 noch nicht abgelaufen war.

2. Der Nachprüfungsantrag ist – soweit er zulässig ist – überwiegend begründet. Die bisher von der Ag getroffene Entscheidung, den Beschaffungsgegenstand im Wege der Gesamtvergabe zu vergeben und insbesondere kein gesondertes Fachlos hinsichtlich der Beschaffung der [...] auszuschreiben, verstößt zum gegenwärtigen Zeitpunkt gegen § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB, § 10 Abs. 1 VSVgV (siehe unten a)). Die ASt ist jedenfalls durch den Verstoß gegen § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB auch in ihren Rechten verletzt (siehe unten b)).

a) Mit ihrer Entscheidung vom 4. November 2013, den streitgegenständlichen Auftrag als einheitlichen Gesamtauftrag auszuschreiben und insbesondere nicht die Integration von [...] als Fachlos auszuschreiben, verstößt die Ag gegen § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB.

Leistungen sind gemäß § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB grundsätzlich in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Eine Gesamtvergabe ist demgegenüber nur ausnahmsweise dann zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB. Vorliegend ist eine Aufteilung nach Fachlosen möglich (siehe unten aa)) und daher grundsätzlich geboten. Die Entscheidung der Ag, nach § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB von einer solchen Fachlosvergabe abzusehen, ist demgegenüber vergaberechtswidrig, da sie auf einer unzureichenden Tatsachenbasis bzw. bisher nicht tragenden Erwägungen ergangen ist.

- aa) Die Integration bzw. der Einbau (einschließlich Lieferung) der fraglichen [...] stellt als Leistung ein eigenes Fachlos dar.

Für die Feststellung, ob die betreffende Leistung ein Fachlos ist, ist insbesondere von Belang, ob sich für die spezielle Leistung 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 ist vorliegend die fragliche Teilleistung als Fachlos aufzufassen, denn es existiert aktuell ein eigenständiger Markt für die Lieferung bzw. den Einbau von [...]. Dies ergibt sich insbesondere aus der Tatsache, dass sich bestimmte Anbieter, unter anderem die ASt, auf die Herstellung von [...] spezialisiert haben und deren Einbau nicht ein typischer, standardisierte Bestandteil einer [...]umrüstung ist, sondern seitens der Anbieter von [...] auch selbst vorgenommen werden kann. Dementsprechend hielt die Ag auch in ihrem technischen Anschreiben vom 4. November 2013 fest, dass nach ihrer Einschätzung insgesamt vier bestimmte Anbieter von [...] für die Erfüllung des Auftrags in Frage kämen. Zudem hatte die Ag zunächst sogar eine isolierte Beschaffung der [...] (dann für andere [...] als die jetzt umzurüstenden) erwogen.

- bb) Kommt danach – wie hier – eine losweise Vergabe in Betracht, dann hat sie grundsätzlich auch zu erfolgen, § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB. Eine Gesamtvergabe ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB. In diesem Zusammenhang hat sich der öffentliche Auftraggeber in besonderer Weise mit dem 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; Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg

52/11; jeweils m.w.N.). 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, a.a.O.).

Der Maßstab der rechtlichen Kontrolle durch die Vergabekammer ist insoweit beschränkt. Die Entscheidung des Auftraggebers für eine Gesamtvergabe ist nur darauf zu überprüfen, ob sie auf vollständiger und zutreffender Sachverhaltsermittlung und nicht auf einer Ermessensfehlbetätigung, namentlich auf Willkür, beruht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11; Beschluss vom 23. März 2011, VII-Verg 63/10; Beschluss vom 8. September 2011, VII-Verg 48/11).

Diesen Anforderungen genügt die hier von der Ag getroffene Entscheidung gegen eine Fachlosbildung zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht. Denn die Ag hat ihre Entscheidung nicht auf der Grundlage einer vollständigen und zutreffenden Sachverhaltsermittlung getroffen. Es ist derzeit noch nicht absehbar, ob die von ihr zur Begründung einer Gesamtvergabe herangezogenen technischen Gründe im Sinne des § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB überhaupt zum Tragen kommen, da sich die Ag auf den Umfang der zu beauftragenden Umrüstung der [...] bisher nicht abschließend festgelegt hat.

Die Ag begründet ihre Entscheidung, den streitgegenständlichen Auftrag im Wege der Gesamtvergabe zu vergeben, entsprechend der Dokumentation der Vergabeakte mit allgemeinen Ausführungen zur Komplexität der Gesamtmaßnahme einschließlich „umfangreichem“ Schnittstellenmanagement und dass das Integrationsrisiko nicht akzeptabel sei; konkrete Ausführungen dazu, ob bzw. inwieweit diese allgemeinen Erwägungen sich gerade auch auf die Einbeziehung der [...] beziehen, fehlen ganz. Diese Erwägungen können somit für sich genommen schon nicht belegen, dass die Ag auf vollständiger Tatsachengrundlage entschieden hat. Demgegenüber sind die Ausführungen der Ag in der Antragserwiderung (vgl. Ziffer 19 des Schriftsatzes) – wenn auch nicht

sehr ausführlich – zumindest deutlich spezifischer und benennen konkrete Aspekte, die eine Koordinierung der Umrüstarbeiten und gegebenenfalls auch eine Gesamtvergabe gemäß § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB erforderlich machen können. Auch ist es grundsätzlich zulässig, dass der Auftraggeber getroffene Entscheidungen nachträglich, auch noch im Nachprüfungsverfahren, dokumentiert (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10). Es bleibt allerdings festzustellen, dass angesichts der Komplexität des Beschaffungsgegenstands auch diese Ausführungen trotz ihrer Nachvollziehbarkeit verhältnismäßig kurz (knapp eine halbe Seite) sind und die gegen eine Losaufteilung und für eine Gesamtvergabe sprechenden Aspekte lediglich „anreißen“, ohne sie indes eingehend zu erläutern. Insoweit besteht in diesem Punkt nach wie vor ein Dokumentationsdefizit, das durch die Ag zu beseitigen ist.

Hinzu kommt als weiterer für die Entscheidung der Vergabekammer maßgeblicher Umstand, dass die Erwägungen der Ag nicht als auf vollständiger und zutreffender Tatsachenbasis beruhend anzusehen sind. Denn wie sich aus der Vergabeakten und den der Vergabekammer vorliegenden Dokumenten ergibt, hat die Ag bisher noch nicht abschließend entschieden, welche konkreten Bestandteile der Umrüstung letztlich tatsächlich vergeben werden sollen. Dabei kann dahinstehen, ob bereits zum Zeitpunkt der Entscheidung über eine Losaufteilung bzw. bei Bekanntmachung eine versandfähige Leistungsbeschreibung vorliegen muss und der Auftragsgegenstand bereits bis ins Einzelne bestimmt sein muss. Soweit sich der Auftraggeber – wie vorliegend die Ag – jedoch darauf beruft, dass der Zusammenhang bzw. die Koordinierung verschiedener Leistungsbestandteile eine ausnahmsweise Gesamtvergabe erforderlich macht, muss zumindest feststehen, dass auch entsprechende Angebote eingeholt werden. Dies ist bisher nicht der Fall.

Dies zeigt sich daran, dass die Ag in ihrem „Ergebnisvermerk“ vom 4. Februar 2014 festgehalten hat, dass es noch nicht sicher sei, „ob alle drei Vorhaben „[...]“ (...), „[...]“ und „[...]“ für [...] bei der JPB 2015 in die Realisierung kommen“. Insbesondere wurden auch am 4. Februar 2014 bei der Ag konkrete Überlegungen darüber angestellt, wie verfahren werden sollte, wenn der Leistungsbestandteil Einrüstung mit [...] nicht durchgeführt werde. Dann sei nämlich, so der „Ergebnisvermerk“, eine „komplette Neubetrachtung der drei Maßnahmen [...], [...] und [...] hinsichtlich der Trägerplattform und Auswirkungen erforderlich“. Demnach

liegt seitens der Ag abschließend noch keine Entscheidung dahingehend vor, welchen Umfang die Umrüstung der [...] haben soll; insbesondere ist nicht abschließend geklärt, ob etwa das [...] tatsächlich eingerüstet werden soll, worauf die Ag unter anderem die Erforderlichkeit einer Gesamtvergabe stützt. Dem oben genannten Ergebnisvermerk vom 4. Februar 2014 ist zudem zu entnehmen, dass die Ag vor dem Ergebnis bestimmter Haushaltsverhandlungen („JPB 2015“) keine „vertraglichen Aktivitäten“ vornehmen will; auch dem lässt sich entnehmen, dass sich die Ag die abschließende Entscheidung über den Beschaffungsgegenstand noch vorbehält. Dass zwischenzeitlich eine solche abschließende Festlegung des Leistungsumfangs – etwa in Form einer abschließenden Leistungsbeschreibung – getroffen wurde, ist den Vergabeakten nicht zu entnehmen.

Auch der Vortrag der Ag in der mündlichen Verhandlung vom 30. April 2014 führt nicht zu einer anderen Beurteilung. Dort hat sie erläutert, dass es sich bei den Ausführungen in dem „Ergebnisvermerk“ vom 4. Februar 2014 um eine bloße Abbildung der verbleibenden haushaltsrechtlichen Unsicherheiten handele. Das Vorhaben selbst sei bei der Ag in allen Einzelheiten klar bestimmt und umrissen; die Ag wisse mithin genau, was sie beschaffen wolle. Es sei ihr nicht zuzumuten, allein aufgrund der bestehenden haushaltsrechtlichen Unsicherheiten – auf die sie keinen Einfluss habe – auf die Durchführung des Teilnahmewettbewerbs zu verzichten.

Insoweit sieht zwar auch die Vergabekammer den Bedarf öffentlicher Auftraggeber, gerade bei komplexen Beschaffungsvorhaben ein Vergabeverfahren einzuleiten, auch wenn die Zurverfügungstellung von Haushaltsmitteln noch nicht abschließend gesichert ist. Dies schließt aber nicht aus, dass ein Auftraggeber – trotz haushaltsrechtlicher Unsicherheiten – den Inhalt der beabsichtigten Beschaffung und das durchzuführende Vergabeverfahren verbindlich festlegt. Er ist im Falle der (gegebenenfalls) überraschenden Nichtbewilligung an sich zugesagter Haushaltsmittel nämlich grundsätzlich nicht dazu gezwungen, ein begonnenes Vergabeverfahren „um jeden Preis“ weiterzuführen. Das Vergaberecht statuiert im Falle haushaltsrechtlicher Schwierigkeiten grundsätzlich keine Rechtspflicht, ein einmal begonnenes Vergabeverfahren auch zu Ende zu führen; es besteht insoweit kein Kontrahierungszwang. Der öffentliche Auftraggeber darf vielmehr im Falle haushaltsrechtlicher Schwierigkeiten das Vergabeverfahren grundsätzlich

aufheben. Wenn sich der Auftraggeber jedoch dafür entscheidet, ein Vergabeverfahren einzuleiten, entbindet ihn ein möglicher Haushaltsvorbehalt nicht von der vergaberechtlichen Verpflichtung, die dafür erforderlichen Entscheidungen – wie hier die Entscheidung über eine Losvergabe – auf zutreffender Tatsachenbasis zu treffen. Angesichts der vorstehenden Erwägungen wäre die Ag auch hier gehalten gewesen, zunächst eine verbindliche Entscheidung über den Beschaffungsgegenstand zu treffen und daran anknüpfend eine Entscheidung über eine Gesamtvergabe oder eine Aufteilung der Beschaffung in Lose. Stattdessen enthält die Vergabeakte einen ausdrücklichen Vorbehalt („Ob alle drei Vorhaben „[...]“ ([...]), und „[...]“ ... in die Realisierung kommen, steht noch nicht fest. Insofern finden vor dem Vorliegen der JPB-Ergebnisse keine vertraglichen Aktivitäten statt, ...“), der seiner Formulierung nach über einen jedenfalls bei Großprojekten üblichen (und grundsätzlich zulässigen) Haushaltsvorbehalt hinausgeht und den Beschaffungsgegenstand insgesamt in Frage stellt. Hierauf gründet sich auch die Rechtsverletzung der ASt, da erst bei hinreichender Festlegung des konkreten Leistungsumfangs eine Entscheidungsgrundlage entsteht, die es der Ag erlaubt, abschließende Erwägungen über eine Losaufteilung anzustellen.

- cc) Da § 10 Abs. 1 Satz 1 VSVgV auf § 97 Abs. 3 GWB verweist, liegt auch danach ein Vergaberechtsverstoß vor.
- b) Die ASt ist auch gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB in ihren Rechten verletzt. Insbesondere unterfällt auch die ASt dem Schutzbereich des § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB, soweit er die Fachlosvergabe betrifft. Es kann dahinstehen, ob die ASt isoliert betrachtet und aufgrund ihrer Beschäftigten- und Umsatzzahlen in der entsprechenden Branche als ein mittelständisches Unternehmen angesehen werden kann oder ob sie – als reines Vertriebsunternehmen des weitaus größeren [...] Mutterunternehmens – nicht als Mittelständlerin anzusehen ist. Auch ein nicht-mittelständisches Unternehmen kann sich nämlich unter Umständen auf das Gebot der Fachlosbildung gemäß § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB berufen.

Nach seinem Wortlaut stellt die Zugehörigkeit zum Mittelstand kein Tatbestandsmerkmal des § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB dar, wonach grundsätzlich in Fachlosen zu vergeben ist. Soweit in § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB einführend ausgeführt wird, „mittelständische Interessen“ seien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

vornehmlich zu berücksichtigen, stellt dies – jedenfalls soweit Fachlose betroffen sind – gerade keine Einschränkung des Kreises der Bieter dar, die sich auf die Vorschrift des § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB berufen können. Denn die Vorschrift des § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB stellt eine eigene Regelung dahingehend dar, dass mittelständische Interessen (allgemein) bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen vornehmlich berücksichtigt werden sollen. Daraus folgt jedenfalls nicht, dass diese Regelung auch in § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB hineinzulesen ist und sich nur mittelständische Unternehmen auf eine Fachlosvergabe berufen können (vgl. in diesem Sinne BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10, zur Regelung des § 2 Abs. 2 VOL/A EG, die wörtlich der aktuellen Fassung des § 97 Abs. 3 Satz 1-3 GWB entspricht). Dieses Verständnis wird auch dem Umstand gerecht, dass der Gesetzgeber das Gebot der Losvergabe von dem allgemeinen Programmsatz der Berücksichtigung mittelständischer Interessen (jetzt § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB) getrennt und gesondert in Satz 2 und 3 der Vorschrift geregelt hat. Die Formulierung des aktuellen § 97 Abs. 3 GWB unterscheidet sich insoweit gerade von seiner bis zum 24. April 2009 geltenden Fassung. Diese lautete nämlich: „Mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen.“ Hierdurch wurde sprachlich klar zum Ausdruck gebracht, dass die Aufteilung der Aufträge in Fach- und Teillose noch mittelständischen Interessen dienen sollte. In der aktuellen Fassung des § 97 Abs.3 GWB ist dieser direkte sprachliche Bezug nicht mehr vorhanden.

Auch eine teleologische Betrachtung stützt die vorgenommene Auslegung. § 97 Abs. 3 GWB soll eine wirtschaftliche Leistungsbeschaffung gewährleisten und insgesamt den Wettbewerb möglichst fördern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.03.2011, VII-Verg 63/10). Es entspricht dieser Zielsetzung der Wettbewerbsförderung, jedenfalls die Berufung auf eine unterlassene Fachlosbildung nicht nur mittelständischen Unternehmen, sondern auch größeren Wettbewerbsteilnehmern zu gestatten, soweit sie Anbieter auf dem entsprechenden Fachlosmarkt sind. Während nämlich die Verpflichtung zur Teillosbildung mittelständische Interessen insoweit schützt, als typischerweise mittelständische Unternehmen aufgrund der fehlenden sachlichen oder personellen Ausstattung Schwierigkeiten haben können, sehr umfangreiche Aufträge zu erfüllen, ist die Interessenlage am Fachlosmarkt anders. Ob nämlich ein Unternehmen über die entsprechenden Möglichkeiten verfügt, um ein Fachlos bedienen zu können, ist von seiner Größe – und damit von seiner Zugehörigkeit zum Mittelstand – grundsätzlich unabhängig. Da es sich um einen Spezialmarkt mit naturgemäß

beschränkter Teilnehmerzahl handelt, kommt der Größe des Bieterunternehmens nicht dieselbe Bedeutung zu wie im Bereich der Teillose. Umgekehrt ist dann aber kein Grund ersichtlich, warum einem hochspezialisierten Unternehmen, das zwar ein Fachlos bedienen könnte, ohne Fachlosbildung aber keine Möglichkeit hätte, sich im Wettbewerb zu behaupten, die Berufung auf § 97 Abs. 3 Satz 3, 2. Alt GWB versagt sein sollte.

Danach ist jedenfalls für die ASt, bei der es sich vorliegend um ein solches Fachunternehmen handelt, das speziell das in Betracht kommende Fachlos, nicht aber den Gesamtauftrag bedienen könnte, der Schutzbereich des § 97 Abs. 3 Satz 2, 3 GWB eröffnet. Ob auch nach § 10 Abs. 1 Satz 1 VSVgV, der explizit auf die Berücksichtigung mittelständischer Interessen Bezug nimmt, die Zugehörigkeit zum Mittelstand nicht erforderlich ist, um einen Anspruch auf Fachlosaufteilung geltend machen zu können, kann danach offenbleiben.

3. Aufgrund des festgestellten und die ASt in ihren Rechten verletzenden Vergaberechtsverstoßes (siehe oben 2.) darf der Zuschlag nicht erteilt werden. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Ag zunächst eine verbindliche Entscheidung über den Beschaffungsgegenstand zu treffen und danach unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut über eine Losaufteilung zu entscheiden und diese Entscheidung zu dokumentieren. Es ist ihr insoweit ferner aufzugeben, die neu zu treffende Entscheidung der ASt zur Kenntnis zu geben. Dies ist notwendig, weil die ASt, die sich am Teilnahmewettbewerb nicht beteiligt hat, ohne eine derartige Mitteilung keine Möglichkeit hat, von der neu getroffenen Entscheidung zu erfahren und hiergegen gegebenenfalls erneut Rechtsschutz zu suchen. Der für die Mitteilung bestimmte späteste Zeitpunkt gewährleistet, dass die ASt ein Nachprüfungsverfahren einleiten kann, bevor ein Zuschlag wirksam erteilt werden kann und ein Nachprüfungsverfahren nach § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht mehr statthaft ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG.

Die ASt hat mit ihrem Begehren überwiegend obsiegt, da die Zuschlagserteilung zu untersagen und die Ag zu verpflichten ist, erneut über eine Losaufteilung zu entscheiden. Soweit sie im Übrigen unterliegt, ist dies mit einem Drittel zu bewerten.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen aus dem Gebiet der Fachlosbildung und der Haupt-/Nachunternehmerproblematik, 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.