

Geschäftsnummer:
15 Verg 6/10

1 VK 18/10
Vergabekammer BW



21. Juli 2010

Oberlandesgericht Karlsruhe

Vergabesenat

Beschluss

In Sachen

- Antragstellerin / Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

- Antragsgegnerin / Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

Weitere Beteiligte:

- Beigeladene -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

wegen Vergabenachprüfungsverfahren

1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 17. Mai 2010 - 1 VK 18/10 - geändert:

Es wird festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und Beigeladenen am 11. Dezember 2009 geschlossene Vertrag über die Lieferung einer Patientenüberwachungsanlage unwirksam ist.

Im Übrigen wird der Antrag zurückgewiesen.

2. Die weitergehende sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
3. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.

4. Der Gegenstandswert wird auf 146.500 € festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin beschafft für einen neuen Klinikneubau, eine anästhesiologische Klinik, Patientenüberwachungsanlagen mit Monitoren. Sie veröffentlichte am 9.7.2009 europaweit eine Vorinformation über ihr Absicht. In dieser Vorinformation forderte sie unter „sonstige Informationen“ Interessenten dazu auf, sich um eine Teilnahme zu bewerben und Anträge schriftlich bis zum 31.08.2009 einzureichen. Es bewarben sich unter anderem die Antragstellerin und die Beigeladene.

Ab September 2009 stellte die Antragstellerin der kardiologischen und herzchirurgischen Intensivstation eine Monitoranlage zur Probe zur Verfügung. Der Test wurde Mitte Dezember 2009 beendet.

Am 11.12.2009 schloss die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen einen Vertrag über die Lieferung einer Monitoranlage. Auf eine Anfrage der Antragstellerin vom Januar 2010 teilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 01.03.2010 mit, dass die veröffentlichte Beschaffungsabsicht nicht mehr fortbestehe; das Anforderungsprofil sei geändert worden. Da nur ein Hersteller die Anforderungen erfüllen könne, sei ein Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung zulässig.

Nachdem die Antragstellerin am 9.3.2010 das Vorgehen der Antragsgegnerin gerügt und die Antragsgegnerin der Rüge nicht abgeholfen hatte, leitete die Antragstellerin am 31.3.2010 das Nachprüfungsverfahren ein mit dem Ziel, feststellen zu lassen, dass der mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist, und die Antragsgegnerin bei fortbestehendem Beschaffungsinteresse zu verpflichten, den Auftrag europaweit offen auszuschreiben.

Die Antragstellerin hat vorgetragen, die Antragsgegnerin habe den Auftrag vergaberechtswidrig de facto vergeben, ohne sie, die Antragstellerin zu informieren. Da sie sich beworben habe, hätte sie vor der Auftragserteilung an die Beigeladene von dieser Absicht unterrichtet werden müssen. Die von der Antragsgegnerin aufgestellten Anforderungen für die Monitore könnte ihr, der Antragstellerin, Patientenüberwachungssystem erfüllen, soweit die Anforderungen sachgerecht seien. Das Anforderungsprofil der Antragsgegnerin verstoße gegen das Gebot einer produktneutralen und technikoffenen

Ausschreibung. Die Beschaffungskriterien seien willkürlich und diskriminierend. Vom Zuschlag an die Beigeladene habe sie am 10.3.2010 erfahren.

Die Antragsgegnerin hat erwidert, das durch die Vorinformation eingeleitete Verfahren sei nicht weiter verfolgt worden, da sich der Beschaffungsbedarf geändert habe. Im Oktober 2009 sei auf Grund der erarbeiteten - zwingend einzuhaltenden sowie sachgerechten medizinischen und technischen - Vorgaben für die Monitoranlage ein gesondertes Verhandlungsverfahren eingeleitet worden. Bei einer umfassenden Markterkundung bei den 6 europaweiten Anbietern habe sich nämlich herausgestellt, dass nur die Beigeladene die Vorgaben erfüllen könne. Es liege keine de-facto-Vergabe vor. Da die Antragstellerin nicht zum potentiellen Bieterkreis gehört habe, habe sie nicht vorab vom Zuschlag unterrichtet werden müssen. Abgesehen davon sei der Nachprüfungsantrag nicht rechtzeitig gestellt worden. Die Antragstellerin sei im Dezember 2009 mündlich davon in Kenntnis gesetzt worden, dass auf Grund der geänderten Beschaffungsabsicht der Vertrag mit der Beigeladenen geschlossen worden sei.

Die Beigeladene hat erläutert, dass ihre Anlage, aber nicht die der Antragstellerin die technischen Anforderungen der Antragsgegnerin erfüllen könne.

Die Vergabekammer hat durch den angefochtenen Beschluss vom 17. Mai 2010 den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin sei berechtigt gewesen, den Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung zu erteilen. Allein das Produkt der Beigeladenen könne die technischen Anforderungen der Antragsgegnerin erfüllen. Deren anspruchsvolle Vorgaben seien sachlich gerechtfertigt. Davon hat sich die Vergabekammer auf Grund der mündlichen Verhandlung überzeugt. Trotz Bedenken gegen die konkrete Durchführung der Markterkundung und deren Dokumentation habe die Antragstellerin jedenfalls nicht dargelegt, dass eines ihrer Produkte, dass den Anforderungen der Antragsgegnerin genüge, in absehbarer Zeit Marktreife erreiche.

Die Anforderungen der Antragsgegnerin an die Beschaffenheit und Einsatzmöglichkeit der Patientenmonitore seien sachgerecht. Ihre Erfüllung führe zu einer erhöhten Sicherheit für die zahlreichen schwer erkrankten Patienten der Antragsgegnerin. Da die technischen Anforderungen im Hinblick auf die Gesundheit der Patienten formuliert worden sei, seien die Voraussetzungen der Darlegung einer vergaberechtlichen Ausnahmesituation niedriger als bei anderen Vergaben. Es reiche zudem ein einziges der sieben

gewählten Alleinstellungsmerkmale, um von einer öffentlichen Bekanntmachung abzu-
sehen. Dieses sei vorhanden. Die Anbindung des von der Antragstellerin angebotenen
Patientenüberwachungssystems in das vorhandene hauseigene 2,4-GHz-Netz der An-
tragsgegnerin sei zwar machbar, jedoch, wie diese in der mündlichen Verhandlung aus-
geführt habe, mit Nachteilen verbunden.

Auch § 101 a GWB sei nicht zu Lasten der Antragstellerin verletzt. Dadurch, dass die
Antragsgegnerin ein Verhandlungsverfahren nach § 3 a Nr. 2 lit.c VOL/A 2006 eingelei-
tet habe, ohne die Bewerber zu unterrichten, die sich auf die Vorinformation gemeldet
hätten, seien Rechte der Antragstellerin nicht verletzt worden.

Mit ihrer sofortigen Beschwerde gegen diese Entscheidung verfolgt die Antragstellerin
ihr Begehren in vollem Umfang weiter. Die Voraussetzungen des § 3 a Nr. 2 lit.c VOL/A
seien nicht erfüllt. Voraussetzung wäre, dass ein einziger Anbieter in der EU in der Lage
sei, den Auftrag auszuführen. Die spezifische Ausstattung müsse zwingend vorhanden
sein. Diese Voraussetzung läge aber nicht vor. Die Antragsgegnerin habe einen Anfor-
derungskatalog nie abschließend aufgestellt und offengelegt. Auch im Nachprüfungsver-
fahren habe sie nicht präzise hierzu vorgetragen. Ihre Angaben zur Anzahl der zu mes-
senden invasiven Drücke sei widersprüchlich. Das angebliche Erfordernis einer WLAN-
Anbindung im 2,4-GHz-Band habe sie nie festgelegt. Die technischen Anforderungen
seien nicht dokumentiert. Der Anforderungskatalog vom 26.10.2009 sei nachträglich
erstellt worden. Die - nicht ordnungsgemäße - Markterkundung habe vor Aufstellung der
Anforderungen im September und Oktober 2009 stattgefunden.

Weiterhin benötige man, um mit dem Produkt der Beigeladenen, wie gewünscht, 4 inva-
sive Drücke messen zu können, ein Zusatzgerät. Mit diesem zusammen werde aber
auch das - willkürlich - geforderte Gewicht von nicht mehr als 1 kg überschritten. Mit ei-
nem ihrer, der Antragstellerin, Geräte, könnte man aber entgegen der Annahme der An-
tragsgegnerin, dass nur 1 invasiver Druck oder CO₂ gemessen werden können, 3 inva-
sive Drücke und zusätzlich der CO₂-Gehalt gemessen werden. Die bei der Beigelade-
nen bestellten Geräte würden auch heute noch nicht auf dem Markt angeboten, wäh-
rend die Antragsgegnerin sie, die Antragstellerin, nie darauf angesprochen habe, welche
Geräte sie liefern könne. Diese habe überhaupt nicht ihre Anforderungen mitgeteilt. Die
technische Anforderung, die ursprünglich darauf begrenzt waren, dass die Monitore
nach dem IEEE- und RFC-Standard an das vorhandene WLAN-Netzwerk angebunden
werden könne, werde von ihren Monitoren erfüllt. Dass dies im 2,4-GHz-Frequenzband
und nicht im 5-GHz-Frequenzband erfolgen solle, habe die Antragsgegnerin erstmals in

der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer nachgeschoben. Diese Forderung sei sachfremd und willkürlich. Davon abgesehen könnten ihre, der Antragstellerin, Monitore sowohl im 2,4-GHz- als auch im 5-GHz-Band arbeiten. Demgegenüber fehle dem Monitor der Beigeladenen die für die WLAN-Anbindung erforderliche Software.

Die Antragstellerin beantragt,

Die Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg aufzuheben und

1. festzustellen, dass der am 11. Dezember 2009 mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Lieferung der Patientenüberwachungsanlage unwirksam ist,
2. die Antragsgegnerin für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben für die Patientenüberwachungsanlage festhält, zu verpflichten, den Auftrag über diese Leistungen nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung zu vergeben,
3. hilfsweise: festzustellen, dass die Antragsgegnerin gegen § 101 a GWB verstoßen hat,
4. weiter hilfsweise: die Vergabekammer Baden-Württemberg zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut über die Sache zu entscheiden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags vor der Vergabekammer deren Entscheidung. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei unzulässig, da einem ihrer Außenmitarbeiter schon im Dezember 2009 der Vertragsabschluss mit der Beigeladenen mitgeteilt worden sei, sie aber erst im März 2010 den Nachprüfungsantrag gestellt habe. Auf jeden Fall sei er unbegründet. Das Verhandlungsverfahren unter alleiniger Beteiligung der Beigeladenen sei zulässig gewesen, da nur deren Produkte die spezifischen Anforderungen an die zu beschaffende Geräte habe erfüllen können, während kein Produkt der Antragstellerin dies tue. Es habe sichergestellt werden müssen, dass gleichzeitig 4 invasive Drücke und CO₂ und auf dem Transport 2 Drücke gemessen werden könnten. Sie, die Antragsgegnerin, habe auch von Anfang an gefordert, dass die Monitore an das 2,4-GHz-Band des vorhandenen Netzes angebunden werden können, damit das vorhandene Netzwerk nicht gestört werde und nicht ein weiteres Netz über-

wacht werden müsse. Die Vorgaben seien Anfang 2009 festgelegt und nach einer Analyse der Beschaffungsziele bis Ende September 2009 der - berechnete und sachlich begründete - Anforderungskatalog erstellt sowie darauf der Markt erkundet worden. Die Anforderungen seien sorgfältig dokumentiert worden; eventuell vorhandene Dokumentationsmängel hätte keine nachteiligen Auswirkungen auf die Rechtsstellung der Antragstellerin.

Die Beigeladene legt wiederum dar, dass ihr Produkt im Gegensatz zu dem der Antragstellerin die Anforderungen der Antragsgegnerin erfülle.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig und hat Erfolg.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die Antragstellerin ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Sie hat mit ihrem Teilnehmerantrag auf die Vorinformation der Antragsgegnerin hin ihr Interesse bekundet, den Klinikbau der Antragsgegnerin mit einer Patientenüberwachungsanlage / Monitoren auszustatten.

Sie macht geltend, dass die Antragsgegnerin nicht allein mit der Beigeladenen hätte verhandeln dürfen, da nicht nur deren Produkt die technischen Anforderungen des Auftrags erfüllen könnten, soweit diese sachgerecht aufgestellt worden wären. Die Anforderungen der Antragsgegnerin seien aber willkürlich. Die Voraussetzungen des § 3a Nr. 2 lit. c VOL/A seien nicht erfüllt.

Die Antragstellerin hat auch dargelegt, dass ihr durch die Wahl der angeblich falschen Verfahrensart ein Schaden entsteht oder zu entstehen droht. Ein drohender Schaden ist dargelegt, wenn ein Antragsteller nach seinem eigenen Vortrag im Fall eines ordnungsgemäßen (neuen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren; ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten des Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert sein könnten (BGH, Beschluss vom 10.11.2009 - X ZB 8/09 - Rn. 32). Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Durch die angeblich vergaberechtswidrigen Verhandlungen allein mit der Beigeladenen hatte die Antragstellerin keine Möglichkeit, ein Angebot abzugeben, um eventu-

ell den Zuschlag zu erhalten. In einem neuen Verfahren, in das sie einbezogen würde, könnte die Antragstellerin angeblich ein zuschlagsfähiges Angebot abgeben, da die von der Antragsgegnerin aufgestellten Anforderungen nicht sachgerecht seien, ihre Geräte aber sachgerechte Anforderungen erfüllen würden und diese auch an ein Netzwerk im 2,4-GHz-Band angeschlossen werden könnten. Damit hat die Antragstellerin ihre Antragsbefugnis in ausreichender Form dargelegt.

Für die Antragsbefugnis und die Zulässigkeit des Antrags ist es unerheblich, dass die Antragsgegnerin, wie sie vorträgt, das durch die Vorinformation eingeleitete Vergabeverfahren nicht weiter verfolgt, sondern ein gesondertes Verhandlungsverfahren allein mit der Beigeladenen eingeleitet habe. Denn die Antragstellerin macht gerade geltend, dass die Einleitung dieses gesonderten Verhandlungsverfahrens allein mit der Beigeladenen und der diesem Verhandlungsverfahren erfolgte Zuschlag vergaberechtswidrig seien.

b) Die Antragstellerin hat das Nachprüfungsverfahren rechtzeitig eingeleitet.

Gemäß § 101 b Abs. 2 GWB kann die Unwirksamkeit eines vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrages, deren Feststellung die Antragstellerin begehrt, nur festgestellt werden, wenn sie in einem Nachprüfungsverfahren innerhalb von 30 Kalendertagen nach Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsabschluss geltend gemacht worden ist.

Es kann nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin schon im Dezember 2009, wie die Antragsgegnerin behauptet hat und hätte beweisen müssen, und nicht erst im März 2010, wie die Antragstellerin behauptet hat, Kenntnis davon erlangte, dass die Antragsgegnerin mit der Beigeladenen am 11.12.2009 einen Vertrag über die Lieferung der Patientenüberwachungsanlage schloss.

Angesichts der sich widersprechenden Angaben ihrer Mitarbeiter, der eidesstattlichen Versicherung des Mitarbeiters auf Seiten der Antragsgegnerin und insbesondere der nicht unglaubhaften mündlichen Angaben des Mitarbeiters auf Seiten der Antragstellerin, hat sich die Vergabekammer keine Überzeugung von einer Kenntnis der Antragstellerin im Dezember 2009 verschaffen können. Dies ist nicht zu beanstanden. Damit die Behauptung der Antragsgegnerin von einer Kenntnis der Antragstellerin im Dezember 2009 bewiesen wäre, hätten nämlich die Angaben des Mitarbeiters der Antragsgegnerin glaubhaft sowie dieser selbst glaubwürdig und zusätzlich die Angaben des

Mitarbeiters der Antragstellerin unglaublich und/oder dieser selbst unglaubwürdig sein müssen. Letzteres hat die Vergabekammer aber nicht festgestellt. Erlangte die Antragstellerin erst im März 2010 vom angeblichen Vergaberechtsverstoß der Antragsgegnerin Kenntnis, hat sie rechtzeitig den angeblichen Vergaberechtsstoß gerügt und insbesondere rechtzeitig das Nachprüfungsverfahren am 31.3.2010 eingeleitet.

Abgesehen davon, dass nicht feststellbar ist, dass ein Mitarbeiter der Antragstellerin im Dezember 2009 schon Kenntnis vom Vertragsschluss der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen Kenntnis erlangte, hat die Antragsgegnerin auch nicht dargelegt, dass durch die angebliche Unterrichtung des Mitarbeiters der Antragstellerin diese selbst auch Kenntnis im Sinne von § 101 b Abs. 2 Satz 1 GWB erlangte. Denn nicht jeder Bediensteter des Geschäftsherren ist auch gleichzeitig Wissensvertreter. Voraussetzung für eine Wissenszurechnung ist entsprechend § 166 Abs. 1 BGB, dass der Bedienstete, dessen Wissen dem Geschäftsherren zugerechnet werden soll, am Vertragsschluss und seiner Vorbereitung beteiligt ist (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl., § 166 Rn. 7). Der Mitarbeiter der Antragstellerin, dem die Antragsgegnerin den Vertragsschluss mitteilte, war jedoch nach deren eigenen Vortrag nicht an eventuellen Verhandlungen beteiligt, die zu einem Vertragsschluss hätten führen können. Dieser war vielmehr mit der Probestellung von Patientenmonitoren in der kardiologischen Abteilung beschäftigt. Die Probestellung stand aber, dies hat jedenfalls die beweisbelastete Antragsgegnerin vorgebracht, in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Beschaffungsmaßnahme und war nicht von der Beschaffungsabteilung veranlasst worden. Dass und wann der Mitarbeiter T seine Kenntnis der Geschäftsleitung weiterleitete, hat die Antragsgegnerin auch nicht vorgetragen.

Nach alledem hat die Antragstellerin die Frist von 30 Kalendertagen nach Kenntniserlangung gemäß § 101b Abs. 2 GWB durch ihren Nachprüfungsantrag vom 31.3.2010 eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch in der Sache im Wesentlichen begründet.

Der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Lieferung von Patientenmonitoren vom 11. Dezember 2009 ist gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB nichtig. Die Voraussetzungen dafür, dass die Unwirksamkeit festzustellen ist, liegen vor.

a) Die Antragsgegnerin hat den Auftrag unmittelbar der Beigeladenen erteilt, ohne andere Unternehmer am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Antragsgegnerin hat nur mit der Beigeladenen verhandelt, weil allein diese angeblich ein Produkt vertreibt, das ihren Anforderungen entspricht. Zwar ist in einem als Abschlussempfehlung bezeichneten Vermerk vom 22.10.2009, der nicht unterzeichnet, somit eine Verantwortlichkeit der Antragsgegnerin für seinen Inhalt nicht dokumentiert ist und deshalb nicht als Vergabevermerk gewertet werden kann, angegeben, dass schon drei Firmen eingeladen worden und zur Teilnahme an einer Klärung der Ausführungsart in die engere Wahl gekommen seien. Auch hat die Antragsgegnerin eine Vorinformation europaweit veröffentlicht, in der sie zur Teilnahme von Bewerbern aufforderte. Jedoch hat sie vorgetragen und dies ist anhand der Vergabeakte auch nachvollziehbar, dass sie das mit der Vorinformation eingeleitete Verfahren nicht weiterführte, sondern allein mit der Beigeladenen verhandelte, da diese angeblich allein die Anforderungen an die gewünschten Monitoranlage zur Patientenüberwachung erfüllen kann.

b) Die Einleitung von Verhandlungen über eine Auftragserteilung allein mit der Beigeladenen und ohne Öffentliche Bekanntmachung war der Antragsgegnerin nicht aufgrund des Gesetzes gestattet.

aa) Die Antragsgegnerin beruft sich für ihre Befugnis, den Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Vergabebekanntmachung zu vergeben, darauf, dass allein die Patientenüberwachungsanlage der Beigeladenen die zur Vergabe beabsichtigten Leistungen aufwies. Deshalb sei die Vergabe in einem Offenen Verfahren nicht möglich, jedenfalls nicht sinnvoll. Es bestehe die Möglichkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens nach § 3a Nr. 2 lit.c VOL/A 2006 (vgl. Vergabevermerk vom 26.10.2009). Die - von der Antragsgegnerin darzulegenden und zu beweisenden (vgl. EuGH, Urteil vom 2.6.2005 - C 394/02 - Rn. 33) Voraussetzungen des § 3a Nr. 2 lit. c VOL/A 2006 liegen jedoch nicht vor. Jedenfalls kann deren Vorliegen anhand der Vergabeakte nicht festgestellt werden.

Nach § 3a Nr. 2 lit. c VOL/A 2006 können Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung vergeben werden, wenn der Auftrag wegen seiner technischen Besonderheiten - bezogen auf die Europäische Union - nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Wie auch der Vergleich mit den anderen, hier nicht in Betracht kommenden Regelungen der Vorschrift zeigt, ist

maßgeblich auf die besonderen Fähigkeiten eines Unternehmens in technischer Hinsicht und nicht auf die Eigenschaften eines von dem Unternehmer hergestellten Produkts abzustellen. Nur ein Unternehmen darf in der Lage sein, den Auftrag durchzuführen; das Unternehmen muss gleichsam Monopolist für die Erbringung der nachgefragten Leistung sein (Müller-Wrede/Kaelble, VOL/A, 2. Aufl., § 3a Nr. 1 - 3 Rn. 176 f.; Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 3a Rn. 89; vgl. auch EuGH, Urteil vom 2.6.2005 - C 394/02 - Rn. 35; EuGH, Urteil vom 3.5.1994 - C 328/92 - Rn. 17 f.). Nur ein bestimmter Lieferant darf also in technischer Hinsicht die zur Auftragsausführung erforderliche besondere Befähigung oder die geeignete Ausstattung besitzen. Der Auftrag muss mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sein, die einer fachlich ungewöhnlichen Lösung bedarf (Müller-Wrede/Kaelble, a.a.O., Rn. 180). Diese Voraussetzung liegt schon dann nicht vor, wenn ein Lieferant sich die erforderlichen besonderen Fähigkeiten oder Ausstattungen bis zur Ausschreibung bzw. zum Zuschlagstermin aneignen bzw. erwerben kann (Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O., Rn. 90; § 3 Rn. 52).

Die Antragsgegnerin hat aber nicht dargelegt, dass allein die Beigeladene aufgrund besonderer fachlichen Fähigkeiten oder Ausstattungen, die allein sie besitzt, in der Lage ist, die Patientenüberwachungsanlage, die den Vorstellungen der Antragsgegnerin entspricht, zu fertigen und zu liefern. Da die Antragstellerin und auch weitere Hersteller am Markt Patientenüberwachungsanlagen anbieten, ist vielmehr der Entscheidung über die Auswahl des richtigen Vergabeverfahrens zugrunde zu legen, dass grundsätzlich auch diese in der Lage sind, die von der Antragsgegnerin nachgefragten Leistungen zu entwickeln und zu liefern. Die Antragsgegnerin hat jedenfalls nicht dargelegt, dass die Antragstellerin nicht dazu technisch in der Lage wäre oder eine Nachfrage, ob sie zur Leistung in der Lage sei, abschlägig beschieden hat. - Die Antragsgegnerin hat die Beigeladene als Vertragspartner auch nicht wegen deren besonderen technischen Fähigkeiten ausgewählt, sondern weil angeblich allein deren Monitore zur Patientenüberwachung die technischen Leistungen aufweisen, die dem formulierten Anforderungsprofil entsprechen. - Für die Beantwortung der Frage nach den technischen Fähigkeiten des Auftragnehmers kann auch nicht darauf abgestellt werden, dass die Antragstellerin möglicherweise die nachgefragte Leistung nicht öffentlich als Serienprodukt anbietet. Denn, wie erwähnt, dürfte die Antragstellerin (wie auch andere Hersteller), damit die Voraussetzungen von § 3a Nr. 2 lit. c VOL/A 2006 erfüllt sind, die besondere technische Fähigkeit oder Ausstattung zur Erbringung der nachgefragten Leistung bis zum vorgesehenen Termin nicht besitzen und deswegen auch nicht in der Lage sein, ein allein für die An-

tragsgegnerin nach deren Vorstellungen gefertigtes Produkt zu liefern. Dass der Antragstellerin und anderen Herstellern medizinischer Geräte diese besonderen Fähigkeiten fehlen, hätte insbesondere auch deshalb besonders sorgfältiger Ermittlung und Darlegung bedurft, da eventuell auch ein ausreichender Zeitraum für neue Entwicklung vorhanden war. Die Antragsgegnerin hat mit der Beigeladenen einen Liefertermin im Oktober 2010 vereinbart.

bb) Selbst wenn man eine besondere Spezifikation der Patientenüberwachungsanlage als technische Besonderheit im Sinn von § 3a Nr. 2 lit. c VOL/A 2006 ansehen wollte, wäre das von der Antragsgegnerin gewählte Verhandlungsverfahren ohne Öffentliche Vergabebekanntmachung vergaberechtswidrig. Es fehlt nämlich entgegen der Ansicht der Vergabekammer der gemäß §§ 3a Nr. 3, 30 Nr. 1 VOL/A 2006 erforderliche Vergabevermerk.

Um das Vergabeverfahren transparent zu gestalten (§ 97 Abs. 1 GWB), hat ein öffentlicher Auftraggeber den Gang und die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens in den Vergabeakten zu dokumentieren. Die einzelnen Stufen des Verfahrens, die maßgeblichen Feststellungen und die Begründung der einzelnen Entscheidungen müssen erfasst werden (§ 30 Abs. 1 VOL/A 2006). Ebenso ist aktenkundig zu machen, weshalb von einem Offenen oder Nichtoffenen Verfahren abgewichen worden ist (§ 3a Nr. 3 VOL/A 2006). Die Entscheidungen müssen von den Bietern und den Nachprüfungsinstanzen überprüft werden können. Daher muss die Dokumentation zeitnah erfolgen und laufend fortgeschrieben werden. Tatsachen und Überlegungen, die die in Aussicht genommene Zuschlagsentscheidung tragen, müssen vollständig, wahrheitsgemäß und verständlich mitgeteilt werden. Die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und die in ihm mitgeteilten Gründe für getroffene Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie von einem mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind (Senat, Beschluss vom 20.3.2009 - 15 Verg 2/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.3.2004 - Verg 1/04 - Juris Rn. 5; BayObLG, Beschluss vom 1.10.2001 - Verg 6/01 - Juris Rn. 58; OLG Bremen, Beschluss vom 14.4.2005 - Verg 1/05 Rn. 67; OLG Nauenburg, Beschluss vom 17.2.2004 - 1 Verg 15/03 - Rn. 67). Diesen Anforderungen genügt der Vergabevermerk der Antragsgegnerin nicht. Die Antragsgegnerin hat nicht detailliert die Gründe aktenkundig gemacht, die sie berechtigt hätten, den Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Öffentliche Vergabebe-

kanntmachung zu erteilen, weil nur die Beigeladene wegen der technischen Besonderheit die Vorgaben der Antragsgegnerin erfüllen kann.

Im Vergabevermerk vom 26.10.2009 sind acht „wesentliche Aspekte, die bei der Neubeschaffung zu berücksichtigen sind“, aufgeführt. Für die Klärung der Anforderungen an ein zu beschaffendes System wird auf beiliegende Schreiben/Aktenvermerke aus dem Oktober 2009 verwiesen. Auch wird angegeben, dass eine Markterforschung durchgeführt und festgestellt worden sei, dass die angeführten Leistungen nur von einem einzigen Anbieter erfüllt werden könnten. Dieser Vermerk ist jedoch nicht ordnungsgemäß, insbesondere fehlen wesentliche (zeitnahe) Ausführungen.

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, dass es in der EU sechs Anbieter für Monitoranlagen zur Patientenüberwachung gebe. Warum drei Anbieter von vornherein ausgeschlossen wurden, wird in keinem Vermerk festgehalten. Weiterhin wird nicht in der gebotenen Ausführlichkeit und nicht für einen außenstehenden Dritten nachvollziehbar dargelegt, warum die Antragstellerin und ein weiterer Bieter im Gegensatz zur Beigeladenen die Leistungskriterien der Antragsgegnerin nicht erfüllen können. Die nicht unterzeichneten Abschlussempfehlung vom 22.10.2009, auf die der Vergabevermerk vom 26.10.2009 Bezug nimmt, enthält zwar einige Vorgaben der Antragsgegnerin. Der Abschlussempfehlung gibt auch einige Seiten mit den Geräten der Antragstellerin, der Beigeladenen und des dritten Anbieters wieder. Inwieweit die Geräte die Anforderungen erfüllen, ist jedoch den Unterlagen nicht mit der gebotenen Gewissheit zu entnehmen. Es wird zwar u.a. angeführt, dass die anzuschaffenden Monitore in das bestehende Webview-Infinity-Fernüberwachungsnetz der Beigeladenen integriert werden müssten. Warum die Monitore anderer Hersteller in das bestehende Netz angeblich nicht integriert werden können, ist jedoch nicht begründet. Weiterhin erscheinen manche Angaben in der Unterlagen widersprüchlich. So wird bei dem Gerät der Antragstellerin unter der Rubrik „Parameter integriert“ angegeben, dass nur 1 invasiver Druck oder CO₂ gemessen werden könne. Demgegenüber wird beim Gerät der Beigeladenen sowohl CO₂ als „Paramater integriert“ als auch der „Parameter Erweiterung“ mit 4x invasiver Druck berücksichtigt, obwohl dort 2x invasiver Druck oder 4x invasiver Druck aufgeführt ist. Nicht nachvollziehbar ist auch, warum die Angaben zu den Produkten der Antragstellerin zwei - unvollständig beigefügten - Angeboten der Antragstellerin entnommen sind, die von Anfang an Januar 2009 datieren, während maßgeblich auf den im Oktober bzw. Dezember 2009 voraussehbaren technischen Stand für eine Lieferung im Oktober 2010 abzustellen ist. Woher die Einzelheiten zu den Produkten der Beigeladenen und des

dritten Bieters genommen worden sind, erschließt sich dem Leser ebenfalls nicht. Ebenso wenig ist den Unterlagen zu entnehmen, dass die Standardprodukte, die offenbar in den vorgenannten Seiten der Vergabeakte aufgeführt sind, vom Hersteller auf Anfrage der Antragsgegnerin nicht so modifiziert werden können, dass sie die Anforderungen der Antragsgegnerin erfüllen, oder dass die Hersteller nicht in der Lage sind, auf Grundlage der bestehenden Erkenntnisse kurzfristig Produkte zu entwickeln, die den Vorgaben der Antragsgegnerin entsprechen.

Neben den konkreten Liefermöglichkeiten der Marktteilnehmer hätte die die Antragsgegnerin in einem Vergabevermerk auch darlegen müssen, dass die von ihr aufgestellten Anforderungen an die Patientenmonitore sachgerecht und auftragsbezogen sind.

Gemäß §§ 8 Nr. 3 Abs. 4 und 8a Nr. 5 VOL/A 2006 darf in einer Ausschreibung die Beschreibung technischer Merkmale grundsätzlich nicht die Wirkung haben, dass bestimmte Unternehmen oder Produkte bevorzugt oder ausgeschlossen werden, wenn nicht die gewählte Beschreibung durch die Art der zu vergebenden Leistung bzw. durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Die Beschaffungsentscheidung muss auf sachgerechten und auftragsbezogenen Gründen beruhen; ihr dürfen keine sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen zugrunde liegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010 - Verg 2/09 - Juris Rn. 32 f.). Die Ordnungsmäßigkeit des von der Antragsgegnerin gewählten Verfahrens ist auch an Hand dieser Maßgaben zu überprüfen, da sie die Alleinstellung der Beigeladenen mit den technischen Merkmalen des von dieser angebotenen Produkts begründet.

Der Vergabevermerk vom 26.10.2009 enthält jedoch überhaupt keine Begründung, weshalb gerade die angegebenen Vorgaben an die Patientenmonitore gewählt worden sind. Es wird nur angeführt, dass sie auf sachlichen Erwägungsgründen beruhen. Ohne Begründung ist jedoch beispielsweise nicht nachvollziehbar, warum die Patientenmonitore für den Transport nur 1 kg wiegen dürfen und nicht z. B. 1,5 kg. Gerade dieses Auswahlkriterium des Gewichts zeigt, dass nicht ausgeschlossen werden kann, dass in die Auswahl der Anforderungen sachfremde, willkürliche oder diskriminierende Erwägungen Einfluss gefunden haben.

Die Antragsgegnerin hat ihre Erwägungen zur Wahl des Verhandlungsverfahrens allein mit der Beigeladenen auch nicht durch ihren schriftsätzlichen Vortrag im Nachprüfungsverfahren sowie durch ergänzendes mündliches Vorbringen in der Verhandlung vor der Vergabekammer „dokumentiert“. Eine fehlerhafte Dokumentation des Vergabeverfahrens

rens kann nicht während des Nachprüfungsverfahrens in der genannten Weise geheilt werden. Würde einem öffentlichen Auftraggeber gestattet, den Vergabevermerk, den er zeitnah zu fertigen hat, im Nachhinein zu erstellen, würden Bedeutung und Funktion des Vergabevermerks entwertet. Es wird nicht nur die Transparenz des Vergabeverfahrens beeinträchtigt, die gerade durch die zeitnahe Dokumentation des Vergabeverfahrens und der in seinem Verlauf getroffenen Entscheidungen nebst Begründung verwirklicht werden soll. Es würden außerdem Darstellungen ermöglicht, die ergebnisorientiert sind und mit dem tatsächlichen Erwägungen und Entscheidungen nicht übereinstimmen. Um Transparenz zu gewährleisten und Manipulationsmöglichkeiten weitestmöglich auszuschließen, kann eine Heilung von Dokumentationsmängeln daher grundsätzlich nicht ermöglicht werden (vgl. Senat, Beschluss vom 20.3.2009 - 15 Verg 2/09, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004 - Verg 1/04 - Juris Rn. 10). Von diesem Grundsatz ausnahmsweise abzugehen, verbietet sich im vorliegenden Fall, da alles für die Entscheidungen Wesentliche nicht in der Vergabeakte dokumentiert ist.

Die Mangelhaftigkeit der Dokumentation hat zur Folge, dass das Vergabeverfahren selbst dann, wenn man zugrunde legen würde, dass § 3a Nr. 2 lit c VOL/A 2006 auch die technischen Merkmale einer Leistung erfasst, ab dem Zeitpunkt, ab dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet und zu wiederholen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 20.3.2009 - 15 Verg 2/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004 - Verg 1/04 - Juris Rn. 6, 13 zur vollständigen Aufhebung der angegriffenen Ausschreibung; OLG Frankfurt, Beschluss vom 28.11.2006 - 11 Verg 4/06 - juris Rn. 8; Kulartz/Marx/Portz/Prieß/Korthals, VOL/A, § 30 Rn. 21; Ingenstau/Korbion/Düsterdiek, VOB, 17. Aufl., § 20 VOBA Rn. 20). Da die Antragsgegnerin die Wahl des Vergabeverfahrens nicht ordnungsgemäß dokumentiert hat, ist das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Öffentliche Vergabebekanntmachung fehlerhaft. Das bedeutet, dass ihr aufgrund des Gesetzes nicht gestattet war, dieses Verfahren zu wählen, und sie nicht berechtigt war, allein mit der Beigeladenen Verhandlung zu führen. Daher ist der zwischen der Beigeladenen und der Antragsgegnerin am 11. Dezember 2009 geschlossene Vertrag auch nach dieser Variante gemäß § 101 b GWB nichtig.

c) Durch die fehlerhafte Auswahl des Vergabeverfahrens und die Feststellung der Fehlerhaftigkeit aufgrund der mangelhaften Dokumentation wurden Rechte der Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Die oben genannten nicht eingehaltenen

Vergabevorschriften haben drittschützende Wirkung. Aufgrund der Verletzung der Rechte der Antragstellerin ist die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und die Nichtigkeit des Vertragsschlusses zwischen Antragsgegnerin und Beigeladenen festzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 10.11.2009 - X ZB 8/09 - juris Rn. 55).

Ob ein Vergabeverstoß nicht zu der Feststellung einer Rechtsverletzung des Antragstellers führt, wenn er unerheblich ist, weil eine Kausalität für die Nichterteilung des Zuschlags an den Antragsteller ausgeschlossen ist (vgl. OLG München, Beschluss vom 19.3.2009 - Verg 2/09 - juris Rn. 46; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010 - Verg 42/09 - juris Rn. 45), kann offen bleiben. Denn es kann nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin auf keinen Fall eine Chance auf den Zuschlag in einem neuen, ordnungsgemäßen Vergabeverfahren hat. Es ist nicht bekannt, nach welchen Kriterien die Antragsgegnerin die anzuschaffenden Patientenüberwachungsmonitore ausschreibt. Sie könnte ihre bisher aufgestellten Beschaffungsmerkmale ändern. Eventuell muss sie dies sogar tun, wenn die bisherigen Merkmale nicht sachgerecht und auftragsbezogen sind, was im Beschwerdeverfahren mangels Dokumentation nicht beurteilt werden kann. Deswegen kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass zwingende Voraussetzung ist, dass die Patientenmonitore im 2,4-GHz- Band an das vorhandene Netzwerk angebunden werden können. Offen bleiben kann daher auch, ob die Monitore der Antragstellerin nicht an das Netzwerk mit dem 2,4-GHz-Band angebunden werden können bzw. ob dies nur unter besonderen Voraussetzungen möglich und mit Nachteilen für die Antragsgegnerin verbunden ist.

Für die Frage, ob der von der Antragsgegnerin aufgestellte Anforderungskatalog sachgerecht ist, ist auch im Zusammenhang mit einer eventuellen Unerheblichkeit eines festgestellten Vergabeverstoßes deren Vortrag hierzu im Nachprüfungsverfahren nicht nachzugehen, soweit er nicht schon in der Vergabeakte dokumentiert ist. Denn wenn man diesem „neuen“ Vortrag nachginge und den Sachverhalt aufklärte, könnte man das Ergebnis kaum bei der Beurteilung der Wahl des richtigen Vergabeverfahrens unberücksichtigt lassen. Wie oben ausgeführt worden ist, kann ein mangelhafter Vergabevermerk aber im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich nicht nachgebessert werden, um nicht das Transparenzgebot zu entwerten. Dann kann auch bei der eventuellen Prüfung der Unerheblichkeit eines Vergabeverstoßes nur das im Rahmen der Prüfung des Vorliegen des gerügten Vergabeverstoßes gefundene Ergebnis zugrunde gelegt werden.

3. Offen bleiben kann nach alledem, ob die von der Antragsgegnerin veröffentlichte Vorinformation ordnungsgemäß erfolgte und ob sie verbindlich oder unverbindlich ist.

4. Der weitergehende Antrag der Antragstellerin, die Antragsgegnerin für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben für die Patientenüberwachungsanlage festhält, zu verpflichten, den Auftrag über diese Leistungen nur im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung zu vergeben, hat dagegen keinen Erfolg. Da die Tatsache und ein eventueller Umfang des Beschaffungsvorhabens nicht feststeht, die Antragsgegnerin insoweit vielmehr frei ist, kann eine entsprechende Verpflichtung nicht ausgesprochen werden.

Die Hilfsanträge haben sich durch die getroffene Feststellung der Vertragsnichtigkeit erledigt.

III.

Da die Antragsgegnerin in der Sache unterliegt, allein der Antrag Nr. 2 der Antragstellerin (s.o. unter I) über die Anordnungsmöglichkeiten hinausgeht, hat sie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin vor der Vergabekammer zu tragen (§ 128 Abs. 4 S. 1 GWB). Die Aufwendungen der Beigeladenen der Antragsgegnerin aufzuerlegen ist nicht billig (§ 128 Abs. 4 S. 2 GWB); sie hat die Antragsgegnerin unterstützt.

Die Antragsgegnerin hat auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (§§ 120 Abs. 2, 78 GWB). Es entspricht der Billigkeit, dass die Antragsgegnerin als Unterlegene die gerichtlichen Kosten sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin trägt. Die Beigeladene trägt wiederum ihre eigenen Kosten selbst.

Die Festsetzung des Gegenstandswerts erfolgt entsprechend § 50 Abs. 2 GKG, nach dem materiellen Interesse der Antragstellerin an der Auftragserteilung; sie hat den Preis mit ungefähr 2,93 Mio. € brutto angegeben.

Heister
Vors. Richter am
Oberlandesgericht

Dittmar
Richterin am
Oberlandesgericht

Dr. Delius
Richter am
Oberlandesgericht

(Schn.)