

**Datum:** 12.07.2017  
**Gericht:** Oberlandesgericht Düsseldorf  
**Spruchkörper:** Vergabesenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** VII-Verg 13/17  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGD:2017:0712.VII.VERG13.17.00

**Tenor:**

Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Westfalen bei der Bezirksregierung Münster vom 28. Februar 2017 (VK 1 - 02/17) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden je zur Hälfte der Antragsgegnerin und der Beigeladenen auferlegt.

G r ü n d e:

- 1
- 2 I. Die Antragsgegnerin betreibt eine große Einrichtung zur Behandlung von Herz-, Kreislauf- und Diabeteserkrankungen. Nach einer freiwilligen Ex-Ante-Transparenzbekanntmachung am 30.08.2016 schloss sie am 10.09.2016 einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Systemen zur Leberunterstützungstherapie „MARS“ nebst Verbrauchsmaterialien mit der H. GmbH im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb; deren Rechtsnachfolgerin ist aufgrund einer Verschmelzung am 01.12.2016 die Beigeladene geworden.
- 3 Die Antragstellerin ist die bisherige Lieferantin; sie hatte bereits am 05.01.2016 ein Angebot zur Fortsetzung der Lieferbeziehung unterbreitet. Mit Rüge vom 16.12.2016 hat sie - erfolglos - den Vertragsschluss mit der Beigeladenen als unzulässige Direktvergabe beanstandet und am 06.01.2017 einen entsprechenden Nachprüfungsantrag angebracht.
- 4 Die Vergabekammer hat festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist; bei fortbestehender Beschaffungsabsicht müsse die Antragsgegnerin die Leistungen in einem gemeinschaftsrechtskonformen Verfahren ausschreiben.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin. Sie ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei unzulässig. Es fehle ihr am Rechtsschutzbedürfnis, weil sie selbst zuvor außerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens ein Angebot eingereicht habe. Der geschlossene Vertrag sei auch nicht unwirksam. Dies folge zunächst aus § 135 Abs. 3 GWB. Die Antragstellerin habe es versäumt, innerhalb der 10-tägigen Stillhaltefrist die Vergabe des Auftrags anzufechten. Überdies seien gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gegeben gewesen. Der Auftrag habe nur von der Beigeladenen erbracht werden können, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden sei. Nur das System der Beigeladenen erfülle die im Vergabevermerk vom 25.08.2016 im Einzelnen dargelegten Anforderungen. Erforderlich sei ein zertifiziertes und geprüfetes System aus Dialysegerät, Monitor und Behandlungssets (Schlauchsystem); die zu beschaffenden Monitore und Behandlungssets müssten mit den vorhandenen Dialysegeräten kompatibel sein. Der (weiteren) Verwendung des von der Antragstellerin angebotenen Schlauchsystems „OPAL“ anstelle des „MARS“-Systems stehe entgegen, dass kein Konformitätsbewertungsverfahren durchgeführt wurde und die Beigeladene für den Fall einer derartigen Kombination bereits mit Schreiben vom 28.11.2014 jedwede Produkthaftung abgelehnt hat. Die Antragsgegnerin beruft sich insoweit auf Risiken für Leib und Leben der Patienten sowie eigene Haftungsrisiken. Des Weiteren erfülle nur das System der Beigeladenen die Medizingerätenorm IEC 60601, 3. Edition. Da die Antragstellerin nur über eine begrenzte Anzahl gebrauchter Monitore der Beigeladenen verfüge, sei auch die Versorgungssicherheit nicht gewährleistet.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene, die die Rechtsauffassung der Antragsgegnerin teilt, beantragen, 6

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. 7

Die Antragstellerin beantragt, 8

die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin zurückzuweisen. 9

Sie verteidigt den angefochtenen Beschluss. § 135 Abs. 3 GWB finde keine Anwendung. Die Ansicht der Antragsgegnerin, die Auftragsvergabe sei ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig (§ 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB) sei nicht vertretbar; es fehle bereits an einer vollständigen und zutreffenden Ermittlung der tatsächlichen Marktverhältnisse und Beschaffungsumstände. 10

Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV seien zudem nicht erfüllt. Zunächst sei der Beschaffungsbedarf bereits dadurch künstlich eingeeengt, dass die Antragsgegnerin trotz des Umstands, dass 40 % der Dialysegeräte der Antragsgegnerin aus der älteren Serie AK-200 stammten und bereits abgeschrieben seien, weiterhin Nierendialyse-Geräte verwende, die mit Aufbaukomponenten (Monitor und Schlauchsystem) auch zur Leberdialyse eingesetzt werden könnten, anstatt gesondert ein System für die Leberdialyse anzuschaffen („Stand-alone-Lösung“). 11

Abgesehen davon sei auch ihr System geeignet, die Anforderungen der Antragsgegnerin zu erfüllen. Ein Konformitätsbewertungsverfahren sei angesichts der CE-Zertifizierung der Behandlungssets nicht erforderlich. Haftungsrisiken träfen zudem sie selbst, nicht die Antragsgegnerin. Sie sei in der Lage, am Markt neue Monitore zu beschaffen, die die Medizingerätenorm IEC 60601, 3. Edition, erfüllen. Aus diesem Grund sei auch die Versorgungssicherheit nicht gefährdet. 12

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze und die Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen.	13
II. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat keinen Erfolg.	14
1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist statthaft und zulässig.	15
a) Bei der Vergabe des Rahmenvertrags über die Lieferung von Systemen zur Leberunterstützungstherapie MARS nebst Verbrauchsmaterialien handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 Abs. 1 und 2 GWB. Der Schwellenwert des § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB, der für Lieferaufträge bei 209.000 Euro liegt, ist überschritten.	16
d) Die Antragstellerin ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch ihr Angebot vom 05.01.2016, die Rüge vom 16.12.2016 und den Nachprüfungsantrag bekundet.	17
Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin sind auch die weiteren Voraussetzungen des § 160 Abs. 2 GWB erfüllt. Die von ihr aufgeworfene Frage, ob die Antragstellerin bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens in der Lage wäre, ein erfolgreiches Angebot abzugeben, spielt erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags eine Rolle. § 160 Abs. 2 GWB setzt insoweit lediglich voraus, dass das antragstellende Unternehmen eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht und darlegt, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Diese Voraussetzungen sind erfüllt.	18
Ausreichend ist, dass nach der Darstellung des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Unternehmens eine Verletzung eigener Rechte möglich erscheint. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes kann die Antragsbefugnis nämlich nur einem Unternehmen fehlen, bei dem offensichtlich eine Rechtsbeeinträchtigung nicht vorliegt (BVerfG, Beschluss v. 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, juris; BGH, Beschluss v. 26.09.2006, X ZB 14/06, juris Rn. 20; Beschluss v. 10.11.2009, X ZB 8/09, juris Rn. 27). Wünscht ein Bieter die Nachprüfung eines eingeleiteten Vergabeverfahrens, ist deshalb die Voraussetzung des § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB regelmäßig gegeben, wenn er sich auf die Verletzung von subjektiven Rechten mit der Behauptung beruft, dass der öffentliche Auftraggeber Bestimmungen über das Vergabeverfahren nicht eingehalten hat oder einhält. Diesen Anforderungen genügt die Antragstellerin, indem sie geltend macht, durch eine unzulässige Direktvergabe und damit durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein.	19
Durch die behauptete Nichtbeachtung von Vergabevorschriften droht der Antragstellerin auch der Eintritt eines Schadens. Nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Schaden besteht darin, dass durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des Antragstellers auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können. An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens sind keine überzogenen Anforderungen zu stellen. Es ist vielmehr ausreichend, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (BVerfG, Beschluss v. 29.07.2004, 2 BvR 2248/03, juris). Die Antragsbefugnis erfüllt die Funktion eines groben Filters, dem lediglich die Aufgabe zukommt, von vornherein eindeutige Fälle, in denen eine Auftragserteilung an den Antragsteller aussichtslos ist, auszusondern (OLG Düsseldorf,	20

Beschluss v. 01.10.2012, VII-Verg 34/12, juris Rn. 4). Ausreichend ist daher der Sachvortrag der Antragstellerin, durch die Nichtdurchführung eines wettbewerblichen Verfahrens sei ihr die Chance, ein Angebot abzugeben und den Zuschlag zu erhalten, genommen worden.

e) Eine Rügeobliegenheit bestand nicht. § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB, welcher in Nr. 1 bis 3 die Rügeobliegenheit normiert, gilt gemäß Satz 2 nicht bei einem Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. 21

f) Der der Beigeladenen erteilte Zuschlag steht nicht gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags entgegen. Der Nachprüfungsantrag ist darauf gerichtet, den zwischen der Antragsgegnerin und der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zustande gekommenen Vertrag gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam zu erklären. 22

g) Der Antragstellerin fehlt auch nicht das Rechtsschutzinteresse, weil sie selbst mit Email vom 05.01.2016 außerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens ein Angebot eingereicht hat. Es ist Sache des öffentlichen Auftraggebers, das für die Vergabe von Aufträgen gebotene Verfahren einzuhalten (vgl. auch OLG Naumburg, Beschluss v. 17.03.2017, 7 Verg 8/16, juris Rn. 57-60). 23

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. 24

a) Die Antragsgegnerin hat den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vergeben, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. 25

Die freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 30.08.2016 ist bei richtlinienkonformem Verständnis nicht als Bekanntmachung im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB anzusehen, da es sich nicht um den gebotenen Aufruf zum Wettbewerb (vgl. Art. 26 Abs. 5 und 6, Art. 32, 48, 49 RL 2014/24/EU), sondern die Bekanntgabe der Absicht einer Direktvergabe handelt. 26

Eine gesetzliche Gestattung, einen Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung - im Sinne eines Aufrufs zum Wettbewerb - zu vergeben, besteht allein für das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Dessen Voraussetzungen sind - in Umsetzung des Art. 32 RL 2014/24/EU über die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung - für Lieferaufträge in § 119 Abs. 2 Satz 2, Abs. 5, 2. Alt. GWB i.V.m. § 14 Abs. 4 VgV geregelt. 27

Gemäß § 119 Abs. 1 Satz 1 GWB stehen den öffentlichen Auftraggebern das offene und das nicht offene Verfahren, das stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, nach ihrer Wahl zu Verfügung. Die anderen Verfahrensarten stehen nur zur Verfügung, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist. Gemäß § 119 Abs. 5, 2. Alt. GWB i.V.m. § 14 Abs. 4 VgV kann der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb unter den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 VgV vergeben. Von den dort geregelten Fällen kommt hier allein § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV in Betracht. Danach kann (und muss, vgl. Hausmann / Kern in: Kulartz / Kus / Marx / Portz / Prieß, Kommentar zur VgV, § 14 Rn. 18) der öffentliche Auftraggeber Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Dies gilt gemäß § 14 Abs. 6 VgV indes nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. 28

Sämtliche Ausnahmen vom vorrangig durchzuführenden offenen oder nicht offenen Verfahren sind grundsätzlich eng auszulegen (Hausmann / Kern aaO Rn. 16 mwN). Dies gilt erst recht, wenn gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV nur mit einem Unternehmen verhandelt werden soll, die Vergabe also nicht im Wettbewerb erfolgt. Die Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands trägt der öffentliche Auftraggeber. Hierbei sind stichhaltige Belege beizubringen, aus denen sich das Vorliegen der Voraussetzungen ergibt (vgl. EUGH, Urteil v. 15.10.2009, C-275/08, Rn. 54 ff. mwN; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.12.2013, VII-Verg 24/13, juris Rn. 22 mwN; Hausmann / Kern aaO Rn. 16 mwN). 29

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfordert das - vom öffentlichen Auftraggeber darzulegende und ggf. zu beweisende - objektive Fehlen von Wettbewerb. Dies verdeutlicht der Erwägungsgrund 50 zu Art. 32 der RL 2014/24/EU, welchem die nationalen Vorschriften fast wortgleich nachgebildet sind: 30

Angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb sollen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen. Die Ausnahme sollte auf Fälle beschränkt bleiben, in denen eine Veröffentlichung entweder aus Gründen extremer Dringlichkeit wegen unvorhersehbarer und vom öffentlichen Auftraggeber nicht zu verantwortender Ereignisse nicht möglich ist oder in denen von Anfang an klar ist, dass eine Veröffentlichung nicht zu mehr Wettbewerb oder besseren Beschaffungsergebnissen führen würde, nicht zuletzt weil objektiv nur ein einziger Wirtschaftsteilnehmer in der Lage ist, den Auftrag auszuführen. Dies ist der Fall bei Kunstwerken, bei denen der einzigartige Charakter und Wert des Kunstgegenstandes selbst untrennbar an die Identität des Künstlers gebunden ist. Ausschließlichkeit kann auch aus anderen Gründen erwachsen, doch nur Situationen einer objektiven Ausschließlichkeit können den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung rechtfertigen, sofern die Ausschließlichkeitssituation nicht durch den öffentlichen Auftraggeber selbst mit Blick auf das anstehende Vergabeverfahren herbeigeführt wurde. 31

Öffentliche Auftraggeber, die auf diese Ausnahme zurückgreifen, sollten begründen, warum es keine vernünftigen Alternativen oder keinen vernünftigen Ersatz gibt, wie die Nutzung alternativer Vertriebswege, einschließlich außerhalb des Mitgliedsstaats des öffentlichen Auftraggebers, oder die Erwägung funktionell vergleichbarer Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen. 32

Ist die Ausschließlichkeit auf technische Gründe zurückzuführen, so sollten diese im Einzelfall genau beschrieben und nachgewiesen werden. Als solche könnten beispielsweise angeführt werden, dass es für einen Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen, oder dass es nötig ist, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer zur Verfügung stehen. Technische Gründe können auch zurückzuführen sein auf konkrete Anforderungen an die Interoperabilität, die erfüllt sein müssen, um das Funktionieren der zu beschaffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen zu gewährleisten (Erwägungsgrund 50 zu Art. 32 der RL 2014/24/EU). 33

Die Frage, ob ein Auftrag aus technischen Gründen oder wegen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann, hängt entscheidend von der Festlegung des Auftragsgegenstands und der Bestimmung seiner technischen Spezifikationen ab. Legt sich der Auftraggeber auf bestimmte Funktionen, Merkmale oder Verfahren fest, kann es im Ergebnis sein, dass nur noch ein einziges Unternehmen in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen (Kulartz in: Kulartz / Kus / Marx / Portz / 34

Bereits für die Vergabe eines Auftrags innerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens ist anerkannt, dass die - dem Vergabeverfahren grundsätzlich vorgelagerte - Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers, ob und was beschafft werden soll, und damit auch die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffenden Leistungen gestellt werden dürfen, unter Berücksichtigung des Grundsatzes der wettbewerbsoffenen Beschaffung vergaberechtlichen Grenzen unterliegt. Diese sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats gewahrt, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind, und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.09.2016, VII-Verg 13/16, juris Rn. 29-36; Beschluss v. 01.08.2012, VII-Verg 10/12, juris Rn. 40-45; Beschluss v. 27.6.2012, VII-Verg 7/12, juris Rn. 21 ff.).

Führt die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den öffentlichen Auftraggeber dazu, dass im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 2 a) oder b) VgV der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, greift das Korrektiv des § 14 Abs. 6 VgV ein, wonach die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, mithin eine Vergabe außerhalb des Wettbewerbs, nur dann gelten, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers unterliegt damit engeren vergaberechtlichen Grenzen als dies bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens der Fall ist. Eine Leistungsbestimmung, die im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV zu einem völligen Wettbewerbsverzicht führt, bedarf größerer Rechtfertigungstiefe als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis (nur) zu einer hersteller- oder produktbezogenen Leistungsspezifikation gemäß § 31 Abs. 6 VgV führt (vgl. Kulartz aaO Rn. 46 mwN).

Vor diesem Hintergrund ist der Verzicht auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht gerechtfertigt. Die Antragsgegnerin hat keinen hinreichenden Nachweis dafür geführt, dass im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 2b) i.V.m. Abs. 6 VgV aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden wäre.

aa) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die Antragsgegnerin allerdings nicht darauf zu verweisen, anstelle der Ergänzung der vorhandenen Geräte zur Nierendialyse durch Monitore und Behandlungssets reine Leberdialyse-Systeme (sog. Stand-alone-Lösungen) zu beschaffen, wie sie von den mehreren Unternehmen angeboten werden. Die Entscheidung zur Weiterverwendung und Ergänzung der vorhandenen Dialysegeräte verstößt nicht gegen § 14 Abs. 6 VgV. Zweifelhaft ist bereits, ob der Antragsgegnerin der Umstieg auf ein gänzlich anderes System und die parallele Verwendung mehrerer Systeme zur Leberdialyse zumutbar wäre. Jedenfalls ist angesichts des Umstands, dass die vorhandenen Dialysegeräte noch voll funktionstüchtig sind und die Neuanschaffung weiterer Dialysegeräte mit erheblichen Kosten verbunden wäre, nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin die vorhandenen Geräte weiter verwenden will, auch wenn es sich bei etwa 40 % von ihnen um ältere AK-Modelle handelt, die bereits abgeschrieben sein dürften. Zutreffend hat die Antragsgegnerin daher ihren Beschaffungsbedarf auf die Ergänzung der vorhandenen Nierendialysegeräte durch Monitore und Behandlungssets festgelegt. Hiervon

ausgehend liegt weder eine künstliche Einschränkung der Auftragsvergabeparameter vor noch stellt die Neuanschaffung reiner Leberdialysegeräte eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung dar. Der Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin besteht danach im Wesentlichen in der Beschaffung von acht bis zehn Monitoren und 800 bis 1000 Therapiesets, über die ein Rahmenvertrag geschlossen werden soll.

bb) Während Bestandteile aus den Systemen dritter Anbieter mit den bei der Antragsgegnerin vorhandenen Dialysegeräten nicht kompatibel sind, bieten sowohl die Beigeladene als auch die Antragstellerin Monitore und Behandlungssets zur Ergänzung der bei der Antragsgegnerin vorhandenen Dialysegeräte AK-200 und Prismaflex an. Bei den Monitoren handelt es um den von der H. GmbH entwickelten und von ihr bzw. der Beigeladenen hergestellten Albumindialyse-Monitor 1 TC. Den zum 31.12.2016 ausgelaufenen Vertrag hat die Antragstellerin unter Verwendung dieses Monitors erfüllt; im Jahr 2007 hat sie 41 Geräte und im Jahr 2011 ein weiteres Gerät von der H. GmbH erworben. Als Behandlungssets stehen alternativ das von der Beigeladenen angebotene MARS-Behandlungsset und die von der Antragstellerin angebotenen OPAL-Behandlungssets der B. GmbH zur Verfügung. 39

Die von der Antragsgegnerin angeführten Gründe, warum die Antragstellerin nicht in der Lage sei, den technischen und rechtlichen Anforderungen genügende Monitore und Behandlungssets anzubieten, sind in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unzutreffend. 40

(1) Es steht zunächst nicht fest, dass die Antragstellerin nicht in der Lage wäre, neue Monitore (Neugeräte) zu liefern, die dem aktuellen Stand der Technik entsprechen. Die insoweit darlegungs- und beweisbelastete Antragsgegnerin hat sich im Vergabevermerk vom 25.08.2016 allein mit der Geeignetheit der bei der Antragstellerin vorhandenen gebrauchten Monitore zur Auftragsdurchführung auseinandergesetzt und diese - zutreffend - verneint. Sie hat jedoch keinerlei Feststellungen dazu getroffen, dass und aus welchen Gründen die Antragstellerin nicht in der Lage sein sollte, am Markt neue, der 3. Edition der Medizingerätenorm IEC 60601 entsprechende Geräte zu beschaffen und zur Auftragsdurchführung einzusetzen. 41

Einen derartigen Nachweis hat die Antragsgegnerin auch im Vergabenachprüfungsverfahren nicht erbracht. Zwar haben die Beigeladene und die Antragsgegnerin erläutert, der Vertrieb der Monitore finde durch die Beigeladene selbst, d.h. ohne zwischengeschaltete Händler statt. Dies schließt indes nicht aus, dass am Markt gleichwohl neue Geräte verfügbar sind. Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Antragstellerin ein an sie gerichtetes Angebot über die Lieferung von zehn Neugeräten nach aktuellem technischen Stand zu den Akten gereicht. Dieses datiert zwar vom 05.01.2017 und damit aus der Zeit nach der Entscheidung der Antragsgegnerin für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, ist aber gleichwohl ein gewichtiges Indiz dafür, dass die Vertriebsstruktur der Beigeladenen das Vorhandensein von Neugeräten am Markt nicht grundsätzlich ausschließt. 42

Aus diesem Grund ist auch das Argument einer fehlenden Versorgungssicherheit nicht tragfähig. 43

(2) Die von der Antragsgegnerin angeführten medizinrechtlichen Bedenken gegen die Verwendung der OPAL-Behandlungssets der Antragstellerin führen ebenfalls nicht zur Feststellung, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden wäre. Die zwischen den Verfahrensbeteiligten insoweit streitigen Fragen, insbesondere die Frage, ob aufgrund der Festlegung (Zweckbestimmung) der Beigeladenen, dass der MARS-Monitor nur mit MARS-Behandlungssets verwendet werden dürfe, der Einsatz der von der Antragstellerin 44

angebotenen OPAL-Behandlungssets die Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens im Sinne des § 10 Abs. 2 MPG erfordert, bedürfen an dieser Stelle keiner Entscheidung. Auch wenn ein Konformitätsbewertungsverfahren erforderlich sein sollte und die Antragstellerin ein solches bislang unstreitig nicht durchgeführt hat, schließt dies die Vergabe innerhalb eines wettbewerblichen Verfahrens nicht aus. Vielmehr hätte die Antragsgegnerin der Antragstellerin Gelegenheit geben müssen, das Konformitätsbewertungsverfahren noch im Lauf des Vergabeverfahrens durchzuführen und einen Beleg hierüber beizubringen. Es steht nicht fest, dass die Antragstellerin nicht in der Lage wäre, ein Konformitätsbewertungsverfahren zeitnah durchzuführen. Die Antragstellerin hat umfangreich und unter Einreichung von Belegen dazu vorgetragen, dass und mit welchem Ergebnis die Kompatibilität des OPAL-Behandlungssets mit dem MARS-Monitor bereits getestet wurde. Darüber hinaus hat sie - von der Antragsgegnerin unwiderlegt - ausgeführt, dass diese Vorarbeiten die Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens unter zusätzlicher Einschaltung einer „benannten Stelle“ erleichtern und beschleunigen und erklärt, gegebenenfalls das Verfahren innerhalb von vier bis sechs Wochen durchführen zu können.

(3) Vor diesem Hintergrund steht des Weiteren nicht fest, dass mit der Verwendung des OPAL-Behandlungssets in Verbindung mit MARS-Monitoren erhöhte Risiken für Leib und Leben von Patienten und höhere Haftungsrisiken der Antragsgegnerin verbunden wären. 45

b) Die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB zur Geltendmachung der Unwirksamkeit des öffentlichen Auftrags finden im Streitfall keine Anwendung. Weder hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin über den Abschluss des Vertrags mit der Beigeladenen informiert noch wurde die - erfolgte - Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht. Die freiwillige ex-ante-Bekanntmachung vom 30.08.2016 setzt die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB nicht in Gang, da ihr nicht zu entnehmen ist, ob und wann die Auftragsvergabe tatsächlich erfolgt. 46

c) Der Unwirksamkeit des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Vertrags steht auch nicht § 135 Abs. 3 GWB entgegen. Hiernach tritt die Unwirksamkeit von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht ein, wenn 47

1. der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist, 48

2. der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht hat, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und 49

3. der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung abgeschlossen wurde. 50

Da § 135 Abs. 3 GWB eine Ausnahme von der Regel der Unwirksamkeit des Vertrags nach § 135 Abs. 2 Nr. 1 GWB darstellt, sind die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands eng auszulegen (vgl. EuGH, Urteil v. 11.09.2014, C-19/13 - Fastweb, Rn. 40; Urteil v. 10.06.2010, C-86/09, Rn. 30 - Future Health Technologies; Urteil v. 15.10.2009, C-275/08, Rn. 55 zu den entsprechenden Richtlinienvorschriften; Maimann in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 135 GWB Rn. 55). 51

Die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 Nr. 2 und 3 sind erfüllt. Die Antragsgegnerin hat den beabsichtigten Vertragsschluss mit der Beigeladenen am 30.08.2016 formgerecht bekannt gemacht; der Vertragsschluss erfolgte nach Ablauf der Zehn-Tages-Frist am 10.09.2016. 52



Zu Recht hat die Vergabekammer jedoch das Vorliegen des § 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB verneint. Dies gilt ungeachtet der unterschiedlichen Auffassungen, wie streng der anzulegende Maßstab zu sein hat. Teilweise wird ein ausschließlich objektiver Maßstab angelegt (vgl. Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, § 135 GWB Rn. 119). Aber auch wenn man einen weniger strengen subjektiven Maßstab anlegt und - wie nachfolgend dargestellt - im Ergebnis auf die Vertretbarkeit der Entscheidung in sachlicher und rechtlicher Hinsicht abstellt, sind die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB nicht erfüllt. 53

Erforderlich ist zum einen die Entscheidung, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung (im Sinne eines Aufrufs Wettbewerb) im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben und zum anderen die Ansicht, dass diese Entscheidung vergaberechtlich zulässig ist. Während die zuerst genannte Voraussetzung problemlos aufgrund des objektiven Sachverhalts und einer entsprechenden Dokumentation in den Vergabeunterlagen festzustellen ist, kann die Feststellung der zweiten Voraussetzung auf Schwierigkeiten stoßen. Es handelt sich hierbei um eine sog. innere Tatsache, die in der Regel nur dann festgestellt werden kann, wenn hierfür sprechende und nach außen erkennbare Tatsachen vorliegen. Allein der Umstand, dass der öffentliche Auftraggeber auf eine europaweite Ausschreibung verzichtet hat, lässt diesen Rückschluss nicht zu. Eine tatsächliche Vermutung des Inhalts, dass der öffentliche Auftraggeber nur dann auf eine europaweite Ausschreibung verzichtet, wenn er den Verzicht für zulässig hält, existiert nicht. Die Nachprüfungsinstanzen müssen vielmehr aufgrund konkreter Anhaltspunkte feststellen können, dass der öffentliche Auftraggeber, obwohl die getroffene Entscheidung vergaberechtlich falsch war, dennoch der Überzeugung war, den Auftrag ohne vorherige europaweite Ausschreibung vergeben zu dürfen. Welche Voraussetzungen an diese Feststellungen zu stellen sind, kann nicht generell beantwortet werden, sondern hängt von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Um eine wirksame Kontrolle im Nachprüfungsverfahren sicherzustellen, dürfen die Anforderungen indes nicht zu gering sein. Es ist zu verhindern, dass sich der öffentliche Auftraggeber den Ausnahmetatbestand des § 135 Abs. 3 GWB zunutze macht, indem er wider besseres Wissen vorträgt, er habe ein Vergabeverfahren ohne europaweite Ausschreibung für zulässig gehalten. Gleiches gilt, wenn er sich der richtigen Erkenntnis bewusst verschlossen hat. Es ist somit eine mutwillige Umgehung der Pflicht zur europaweiten Ausschreibung abzugrenzen von einer nach bestem Wissen getroffenen fehlerhaften Entscheidung. Der richtige Prüfmaßstab dürfte daher sein, ob die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers aufgrund der konkreten Umstände in sachlicher und rechtlicher Hinsicht vertretbar war. Abzustellen ist dabei auf den Zeitpunkt, zu dem er seine Entscheidung getroffen hat (EuGH; Urteil v. 11.09.2014, C-19/13, Rn. 50 - Fastweb SpA; zum Vorstehenden insgesamt: Maimann aaO Rn. 56). 54

Ausgangspunkt ist der Entscheidungsfindungsprozess selbst. Ist der Entscheidung eine sorgfältige Prüfung der Sach- und Rechtslage vorausgegangen und konnte der Auftraggeber aufgrund des Prüfungsergebnisses zu der Auffassung gelangen, dass der Auftrag ohne vorherige europaweite Ausschreibung vergeben werden kann, spricht viel dafür, dass er die gewählte Verfahrensart für zulässig hielt und auch für zulässig halten durfte. Von Bedeutung kann in diesem Zusammenhang sein, ob die Frage einer europaweiten Ausschreibung einfach zu klären oder mit besonderen Schwierigkeiten behaftet war. Ein weiterer Aspekt ist, über welche Erfahrungen der öffentliche Auftraggeber in dem relevanten Beschaffungsbereich verfügt. Geht der öffentliche Auftraggeber richtigerweise davon aus, dass sein Beschaffungsvorgang dem Vergaberechtsregime des GWB unterfällt, will der den Auftrag jedoch im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und damit ohne europaweite Ausschreibung vergeben, ist zu beachten, dass dieses Verfahren nur 55

ausnahmsweise in gesetzlich genau festgelegten Fällen zur Anwendung kommt. Da die Voraussetzungen nur in den seltensten Fällen erfüllt sind, kommt einer nachvollziehbaren Darlegung der maßgeblichen Umstände und Gründe für die gewonnene Überzeugung, der Ausnahmetatbestand sei im konkreten Fall erfüllt, besondere Bedeutung zu (EuGH; Urteil v. 11.09.2014, C-19/13, Rn. 51 - Fastweb SpA; zum Vorstehenden insgesamt: Maimann aaO Rn. 57).

Keine Rolle spielt in diesem Zusammenhang, ob der öffentliche Auftraggeber bei pflichtgemäßem Handeln den Vergaberechtsfehler hätte erkennen können oder müssen. Dies betrifft die hier nicht relevante Frage der Vorwerfbarkeit und des Verschuldens (Maimann aaO Rn. 58). 56

Bleibt zweifelhaft, ob die in § 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB vorausgesetzte Ansicht des öffentlichen Auftraggebers vorlag, geht die Unaufklärbarkeit zu seinen Lasten. Ihn trifft für das Vorliegen des ihm vorteilhaften Ausnahmetatbestands die materielle Beweislast (Maimann aaO Rn. 59). 57

Ausgehend von der Rechtsprechung des EuGH (Urteil v. 11.09.2014, C-19/13 - Fastweb, juris Rn. 50) sind die Nachprüfungsinstanzen damit verpflichtet, zu würdigen, ob der öffentliche Auftraggeber, als er die Entscheidung gefällt hat, einen Auftrag unter Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, sorgfältig gehandelt hat und ob er der Ansicht sein durfte, dass die in der Ausnahmenvorschrift hierfür aufgestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren. Dies setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber den seiner Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt sorgfältig, nämlich vollständig und zutreffend ermittelt hat und die von ihm hieraus gezogenen tatsächlichen und rechtlichen Schlussfolgerungen zumindest vertretbar sind. 58

Ausgehend von diesen Voraussetzungen war die Entscheidung der Antragsgegnerin für ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV nicht vertretbar. 59

aa) Hinsichtlich der Möglichkeit der Antragstellerin, den aktuellen technischen Anforderungen genügende neue Geräte zu liefern, hat die Antragsgegnerin den Sachverhalt nicht hinreichend ermittelt und ist aufgrund dessen von falschen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen. Wie bereits ausgeführt, hat sie sich allein mit der Geeignetheit der bei der Antragstellerin vorhandenen gebrauchten Geräte auseinandergesetzt, aber keinerlei Feststellungen dazu getroffen, dass und aus welchen Gründen es der Antragstellerin nicht möglich sein sollte, Neugeräte zu erwerben und zur Auftragsdurchführung einzusetzen. 60

bb) Hinsichtlich der medizinrechtlichen Voraussetzungen ist zunächst nicht erkennbar, dass sich die Antragsgegnerin mit der Frage, ob ein Konformitätsbewertungsverfahren im Sinne des § 10 Abs. 2 MPG überhaupt erforderlich ist, auseinandergesetzt hätte. Ausweislich des Vergabevermerks vom 25.08.2016 soll zwar eine „aktuelle juristische Beratung“ stattgefunden haben. Eine solche ist allerdings nur zu der Aussage dokumentiert, dass im Falle eines Patientenschadens die Antragsgegnerin aufgrund der Medizinproduktebetriebersverordnung verklagt und haftbar gemacht werden könne. Nicht erkennbar ist, dass die maßgebliche Frage der Zweckbestimmung im Sinne von § 10 Abs. 1 und 2 MPG und hier insbesondere der Zweckbestimmung des Schlauchsystems OPAL der Antragstellerin speziell zur Verwendung mit MARS-Monitoren geprüft worden wäre. 61

Jedenfalls aber geht die Antragsgegnerin - insoweit vergaberechtlich nicht vertretbar - von falschen tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen aus, wenn sie aus dem Fehlen der 62

Durchführung eines Konformitätsbewertungsverfahrens auf ein Fehlen von Wettbewerb schließt. Wie bereits ausgeführt, hätte sie in Erwägung ziehen müssen, dass bei Bedarf das Konformitätsbewertungsverfahren auch noch im Lauf des Vergabeverfahrens durchgeführt werden kann.

3. Da der Auftrag in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren hätte vergeben werden müssen, liegt ein Verstoß gegen §§ 119 Abs. 2 GWB, 14 Abs. 2 VgV und den in diesem Vorschriften konkretisierten Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB vor. Hierdurch ist die Antragstellerin, der so die Chance auf Erhalt dieses Auftrags genommen wurde, in ihren Rechten verletzt. 63

Es bleibt damit bei der von der Vergabekammer getroffenen Feststellung, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Rahmenvertrag unwirksam ist. Die Unwirksamkeit des Vertrags hat zur Folge, dass die sich aus dem Vertrag ergebenden Rechte und Pflichten rückwirkend entfallen. Ist, wie im Streitfall, der Vertrag bereits ganz oder teilweise erfüllt worden, ist der Rechtsgrund der wechselseitigen Leistungen nachträglich entfallen. Es hat daher eine Rückabwicklung des Vertrags nach Bereicherungsrecht gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu erfolgen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen. 64

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 GWB. Die hälftige Heranziehung der Beigeladenen zu den Kosten entspricht der Billigkeit, da sie sich auf Seiten der Antragsgegnerin am Beschwerdeverfahren beteiligt hat. 65

IV. Der Beschwerdewert wird entsprechend § 50 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung der Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin auf bis zu 65.000 Euro festgesetzt. 66

Dicks Barbian 67  
Dr. Anger