
Datum: 07.06.2017
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: Vergabesenat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: VII-Verg 53/16
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2017:0607.VII.VERG53.16.00

Tenor:

Die sofortigen Beschwerden der Beigeladenen und der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 28.11.2016 (VK 1-104/16) werden zurückgewiesen.

Die Beigeladene und die Antragsgegnerin tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens jeweils zur Hälfte. Die Kosten des Verfahrens nach § 169 Abs. 3 GWB werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Gründe:

- I. Die Antragsgegnerin führte ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und ohne Aufruf zum Wettbewerb zur Beschaffung von zwei PET-MRT-Geräten unter der Vergabenummer ... durch. Hierbei beteiligte sie als einzige Bieterin die Beigeladene. Mit Vermerk vom 02.08.2016 zur Entscheidung über die Vergabeart begründete sie die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV damit, dass nur das Gerät der Beigeladenen die näher bezeichneten technischen Anforderungen erfülle. 1
- Auf Aufforderung der Antragsgegnerin reichte die Beigeladene ein Angebot ein, auf das die Antragsgegnerin am 25.08.2016 den Zuschlag erteilte. In der anschließenden Vergabebekanntmachung vom 10.09.2016 gab die Antragsgegnerin an, die Leistung könne „aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten“ nur von einem bestimmten Bieter ausgeführt werden. 2
- Mit Schreiben vom 21.09.2016 rügte die Antragstellerin, die - als einer von drei Herstellern weltweit - ebenfalls PET-MRT-Geräte herstellt, bei der Auftragsvergabe an die Beigeladene handele es sich um eine unzulässige Direktvergabe. Mit Schreiben vom 27.09.2016 erwiderte 3
- 4

die Antragsgegnerin, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Allerdings sei die Bekanntmachung zu korrigieren, da technische Gründe für die Alleinstellung der Beigeladenen vorlägen.

Mit Berichtigungsbekanntmachung vom 29.09.2016 wurde der Passus „aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten“ durch den Passus „technische Gründe“ ersetzt. 5

Die Antragstellerin teilte der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 10.10.2016 mit, dass sie an ihrer Rüge festhalte, und stellte am selben Tag einen Nachprüfungsantrag. 6

Die Vergabekammer hat festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag unwirksam ist. Sie verneint die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb. 7

Hiergegen richten sich die - jeweils selbständigen - sofortigen Beschwerden der Beigeladenen und der Antragsgegnerin. 8

Sie führen für eine Alleinstellung des Geräts der Beigeladenen im Wesentlichen an, die zu beschaffenden Geräte müssten sich in die bereits in den Bundeswehrkrankenhäusern, bei deren Kooperationspartnern und bei der Bundeswehr insgesamt - einschließlich auswärtiger Standorte und der Marineschiffe - vorhandene Gerätelandschaft einfügen. Hierzu hat die Antragsgegnerin erstmals im Verfahren vor der Vergabekammer und sodann - unter Nachreichung eines ergänzenden Vergabevermerks - im Beschwerdeverfahren vorgetragen. 9

Weiter machen die Antragsgegnerin und die Beigeladene geltend, die zu beschaffenden Geräte müssten geeignet sein, im Hybrid-Modus (Untersuchung mit MRT und PET) ohne zwischenzeitliche Umlagerung Personen von bis zu 2 m Körpergröße zu scannen. Wie nunmehr unstreitig ist, erlaubt das Gerät der Antragstellerin einen solchen Scan bis zu 188 cm Körpergröße. Als Extremitätenspulen (zum Scan von Armen und Beinen) seien nur die von der Beigeladenen angebotenen dedizierten (vorgeformten) Körperspulen geeignet. Die zu fordernde hohe Bildqualität beim MRT sei nur mit dem allein von der Beigeladenen angebotenen Second-Order-Shim-Verfahren zur Homogenisierung des Magnetfelds zu erreichen. 10

Die Beigeladene und die Antragsgegnerin beantragen, 11

den angefochtenen Beschluss aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. 12

Die Antragstellerin beantragt, 13

die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zurückzuweisen. 14

Sie bestreitet die Notwendigkeit der aufgestellten Anforderungen. Überdies sei sie in der Lage, das Gerät auch mit den gewünschten dedizierten Extremitätenspulen zu liefern. Bereits im Jahr 2015 habe sie dies in einer Ausschreibung für die Universität E. angeboten; die notwendige Kompatibilitätsprüfung und die interne Freigabe zur Veräußerung hätten im Jahr 2016 vorgelegen. Die geforderte hohe Bildqualität erreiche ihr Gerät auch ohne Second-order-shim-Verfahren, da sie einen leistungsstärkeren Magneten mit einem homogenen Magnetfeld einsetze. 15

Auf Antrag der Antragstellerin hat der Senat eine einstweilige Anordnung entsprechend § 169 Abs. 3 GWB getroffen, die aufgehoben wurde, nachdem feststand, dass der Leistungsaustausch aufgrund des Vertrags zwischen der Antragsgegnerin und der 16

Beigeladenen bereits vollständig erfolgt war.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Schriftsätze und die Anlagen sowie auf die Verfahrensakten der Vergabekammer und die beigezogenen Vergabeakten Bezug genommen. 17

II. Die zulässigen sofortigen Beschwerden der Beigeladenen und der Antragsgegnerin haben keinen Erfolg. 18

1. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. 19

a) Bei der Beschaffung der zwei PET-MRT-Geräte handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag, § 103 Abs. 1 u. 2 GWB. Der Schwellenwert, § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB, ist überschritten. 20

b) Der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags steht nicht gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB der der Beigeladenen erteilte Zuschlag entgegen. Der hierdurch zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zustande gekommene Vertrag ist gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam zu erklären. 21

aa) Die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB sind eingehalten. Die Antragstellerin hat die Unwirksamkeit des Vertrags mit Nachprüfungsantrag vom 10.10.2016 und damit innerhalb von 30 Kalendertagen nach der Bekanntmachung vom 10.09.2016 und zudem nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss mit Zuschlagserteilung am 25.08.2016 geltend gemacht. 22

bb) Die Antragsgegnerin hat den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. Eine gesetzliche Gestattung, einen Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung 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. 23

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 aber nur dann, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. 24

Sämtliche Ausnahmen vom vorrangig durchzuführenden offenen oder nicht offenen Verfahren sind grundsätzlich eng auszulegen (Hausmann / Kern aaO Rn. 16 mwN). Dies gilt 25

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).

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb erfordert das - vom öffentlichen Auftraggeber darzulegende und ggf. zu beweisende - objektive Fehlen von Wettbewerb aus technischen Gründen. Dies verdeutlicht der Erwägungsgrund 50 zu Art. 32 der RL 2014/24/EU, welchem die nationalen Vorschriften fast wortgleich nachgebildet sind: 26

„ 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. 27

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. 28

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.“ 29

Vor diesem Hintergrund ist im Streitfall der Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren nicht gerechtfertigt. 30

Festzustellen ist zunächst, dass auf dem - wohl weltweiten, jedenfalls aber europaweiten – (Angebots-)Markt für Kombinationsgeräte Positronenemissionstomograph / Magnetresonanztomograph (PET-MRT) Wettbewerb besteht, mithin die Beigeladene keine Monopolstellung inne hat. Es gibt weltweit drei Hersteller derartiger Geräte; einem System fehlt allerdings die gewünschte Hybridfunktion und damit die Möglichkeit, beide Untersuchungen in einem Scan vorzunehmen. Die Antragstellerin und die Beigeladene bieten 31

indes derartige Hybridgeräte an. Bei beiden ist ein Ganzkörperscan in einem Durchgang ohne zwischenzeitliche Umlagerung mit den damit verbundenen Nachteilen wie einer etwaigen stärkeren Strahlenbelastung für das Personal und „Abschneideartefakten“ (Verschlechterungen der Bildqualität in den sich überlagernden Randbereichen der Aufnahmen) möglich. Während das Gerät der Antragstellerin einen Ganzkörperscan von Personen bis zu 1,88 m Körpergröße erlaubt, ermöglicht das Gerät der Beigeladenen eine Ganzkörperscan von Personen bis zu 2,00 m Körpergröße.

Die Antragsgegnerin hat vorliegend keine technischen Gründe dargelegt und nachgewiesen, die dazu führen, dass zwischen den PET-MRT-Geräten der Antragstellerin und der Beigeladenen kein Wettbewerb (mehr) vorhanden ist. 32

(1) 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 / Prieß, Kommentar zur VgV, § 14 Rn. 43 f. mwN). 33

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.). 34

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 einer wesentlich größeren 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). 35

Vor diesem Hintergrund rechtfertigen die von der Antragsgegnerin zur Begründung der technischen Alleinstellung der Beigeladenen angeführten Gründe nicht die Durchführung 36

eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb. Dies gilt für den geforderten Ganzkörperscan bis zu einer Körpergröße von 2 m ebenso wie für die dedizierten (vorgeformten) Körperspulen, das sog. Second-order-shim-Verfahren und das Einfügen in die vorhandene Gerätelandschaft.

Nach dem Sachvortrag der Verfahrensbeteiligten besteht eine technische Besonderheit des Geräts der Beigeladenen darin, dass Ganzkörperscans von Personen mit einer Körpergröße von über 1,89 m bis 2 m im Hybridmodus möglich sind. Überdies soll allein die beim Gerät der Beigeladenen verwendete Oberflächenspulenteknik eine technisch sichere Auffindung von Hautläsionen z.B. im Zehenbereich erlauben. Unstreitig verfügt nur das Gerät der Beigeladenen über das Second-order-shim-Verfahren zur Homogenisierung des Magnetfelds. 37

Die von der Antragsgegnerin angeführten technischen Besonderheiten rechtfertigen jedoch nicht die Feststellung, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Keiner der genannten technischen Besonderheiten sind von derart herausragender Bedeutung, dass aus diesem Grund das Gerät der Antragstellerin nicht als vernünftige Ersatzlösung oder Alternative zur Erreichung des mit der Beschaffung verfolgten Zwecks in Betracht käme. Das Fehlen einer vernünftigen Ersatzlösung oder Alternative im Sinne des § 14 Abs. 6 VgV ist nicht schon dann anzunehmen, wenn das vom öffentlichen Auftraggeber favorisierte Produkt in einzelnen Merkmalen anderen am Markt erhältlichen Produkten überlegen ist. Wie bereits ausgeführt, sollen angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen (Erwägungsgrund 50 zu Art. 32 RL 2014/24/EU). Dass das eine Gerät dem anderen in bestimmten Bereichen graduell überlegen ist, reicht allein nicht aus, um das Fehlen von Wettbewerb zu begründen. Ansonsten hätte es der Auftraggeber in der Hand, durch entsprechende Festlegung der Auftragsparameter ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens frei unter den am Markt verfügbaren Produkten zu wählen. § 14 Abs. 6 VgV verpflichtet ihn aber, vor der Festlegung auf einen bestimmten Anbieter Ersatzlösungen und Alternativen zu prüfen. Hierbei sind funktionell vergleichbare Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen in Betracht zu ziehen; Ausschließlichkeit aus technischen Gründen kann bestehen, wenn es für einen Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen (vgl. Erwägungsgrund 50 zu Art. 32 RL 2014/24/EU). Zudem muss es aufgrund der technischen Besonderheiten unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben (zu § 3 Abs. 4 c) VOL/A-EG a.F.: OLG Düsseldorf, Beschluss v. 18.12.2013, VII Verg 24/13, juris Rn. 24 u. 25; EuGH Urteil v. 02.06.2005, C-394/02, juris Rn. 33 ff.). Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb mit der Begründung, aus technischen Gründen bestehe kein Wettbewerb (§ 14 Abs. 4 Nr. 2 b) i.V.m. Abs. 6 VgV) erfordert damit den Nachweis des Auftraggebers, dass der mit der Beschaffung verfolgte Zweck nicht mit einem anderen am Markt erhältlichen Produkt erreicht werden kann und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. 38

Ausgehend von diesen Voraussetzungen gilt für den vorliegenden Fall Folgendes: 39

(a) Die Forderung der Beigeladenen nach einem PET-MRT-Gerät, das einen Ganzkörperscan von Personen bis zu 2 m Körpergröße zulässt, begründet keine technische Besonderheit, die es unbedingt erforderlich macht, den Auftrag ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens an die Beigeladene zu vergeben. 40

Die ursprünglich von der Antragsgegnerin für die Notwendigkeit eines derartigen Ganzkörperscans angeführten Gründe, nämlich „Abschneideartefakte“ und eine höhere 41

Strahlenbelastung des Personals, bezogen sich auf die im Vergabevermerk festgehaltene Annahme, nur mit dem Gerät der Beigeladenen könne ein Ganzkörperscan im Hybridmodus durchgeführt werden. Tatsächlich weist das Gerät der Beigeladenen aber nur bei der Untersuchung von Patienten mit einer Körpergröße von 1,89 bis 2 m einen technischen Vorteil auf. Damit steht unter Berücksichtigung des weiteren Sachvortrags der Verfahrensbeteiligten fest, dass „Abschneideartefakte“ allenfalls die Füße besonders großer Patienten betreffen können. Allerdings lässt sich dem Sachvortrag der Antragsgegnerin nicht entnehmen, dass ein bedeutender Anteil der Untersuchungen auf Patienten mit einer Körpergröße von 1,89 bis 2 m entfällt. Ihre pauschale Behauptung, die Erfahrungswerte der letzten Jahre zeigten, dass die Angehörigen der Bundeswehr überwiegend 1,90 m und größer seien, so dass mit dem Gerät der Antragstellerin ein großer Teil der potentiellen Patienten der beiden Bundeswehrkrankenhäuser nicht repositionslos gescannt werden könne, ist ohne Substanz und daher ohne relevanten Aussagewert. Abgesehen davon, dass nach ihrem eigenen Vorbringen auch ein ziviler Versorgungsauftrag besteht und damit nicht ausschließlich Angehörige der Bundeswehr untersucht werden, beträgt die durchschnittliche Körpergröße von Männern – nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beigeladenen - 180,2 cm, wenngleich mit steigender Tendenz. Worauf die Antragsgegnerin ihre abweichenden Ausführungen stützt, ist ihrem Vorbringen nicht zu entnehmen, so dass für eine Beweiserhebung durch Vernehmung der benannten Zeugen kein Anlass besteht.

Darüber hinaus steht nicht fest, dass das Krankenhauspersonal beim Einsatz des Geräts der Antragstellerin einer höheren Strahlenbelastung ausgesetzt wäre, selbst wenn während der Untersuchung eine Umlagerung erforderlich wäre. Die Antragstellerin hat - von der darlegungs- und beweisbelasteten Antragsgegnerin unwiderlegt - vorgetragen, für die Strahlenbelastung sei viel entscheidender, dass bei ihrem Gerät der PET-Detektor eine höhere Sensitivität aufweise, weshalb die radioaktive Dosis des verabreichten Kontrastmittels bei jeder einzelnen Anwendung reduziert werden könne. 42

(b) Die Forderung der Antragsgegnerin nach sog. dedizierten (vorgeformten) Körperspulen anstelle von flexiblen Körperspulen begründet ebenfalls keine technische Alleinstellung der Beigeladenen. Die von den Verfahrensbeteiligten im Verfahren vor der Vergabekammer kontrovers diskutierte Frage, ob die Verwendung dedizierter Körperspulen erforderlich ist und die gleiche oder gar eine bessere Bildqualität bei der MRT-Untersuchung keinesfalls durch den Einsatz flexibler Körperspulen erreicht werden kann, bedarf keiner Entscheidung. Anders als die Antragsgegnerin im Vergabevermerk „Entscheidung über die Vergabeart“ vom 02.08.2016 niedergelegt hat, entspricht es nicht den Tatsachen, dass die Antragstellerin das PET-MRT-System nicht mit dedizierten Extremitätenspulen anbieten kann. Unstreitig setzt die Antragstellerin derartige Spulen bereits beim reinen MRT-Gerät ein. Sie hat vorgetragen, diese auf Kundenwunsch auch für das PET-MRT-Gerät liefern zu können. Es habe diesbezüglich Anfragen von Kunden gegeben und sie habe bereits im Rahmen einer Ausschreibung am 30.06.2015 für die Universität E. ein entsprechendes Angebot abgegeben. Diesen Sachvortrag hat die - darlegungs- und beweisbelastete - Antragsgegnerin nicht widerlegt. Soweit sie auf die Erforderlichkeit einer CE-Zertifizierung verweist, handelt es sich um eine vom Hersteller ohne Mitwirkung von Behörden oder Dritter vorzunehmende Prüfung. Die Antragstellerin hat vorgetragen, die Kompatibilitätsprüfung und Freigabe zur Veräußerung der bereits am Markt existenten dedizierten starren MRT-Gelenkspulen zur Nutzung auf dem PET-MRT habe bereits im Jahr 2016 vorgelegen. Angesichts dieses Umstands bedarf auch die - im Ergebnis unzutreffende - Argumentation der Antragsgegnerin, es sei auf die Marktreife des Produkts zum Zeitpunkt der Entscheidung für die Vergabeart abzustellen, keiner Vertiefung. 43

Soweit die Antragsgegnerin im Lauf des Vergabenachprüfungsverfahrens ihren Vortrag ergänzt und den ausschließlichen Einsatz von Oberflächenspulen verlangt hat, vermag auch diesen Vorbringen den Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren nicht zu rechtfertigen. Die Antragsgegnerin begründet das Erfordernis zunächst mit einer besseren Ausleuchtung bei größeren oder korpulenteren Patienten. Bei der im Gerät der Antragstellerin verwendeten Spulentechnik u.a. unter Einsatz einer im Untersuchungstisch eingebauten Wirbelsäulenspule (Spine Coil) handelt es sich jedoch lediglich um ein anderes technisches Verfahren, bezüglich dessen nicht festgestellt werden kann, dass hiermit, sei es durch die Lage der Spulen, sei es durch die Kombination von Oberflächen- und anderen Spulen, eine schlechtere Bildqualität verbunden wäre. Die Antragstellerin hat vorgetragen, ihr Gerät weise eine höhere Zahl von Spulen auf, was im Gegenteil zu einer höheren Bildqualität führe. Selbst wenn die Bildqualität beim Gerät der Beigeladenen besser sein sollte, würden diese Qualitätsunterschiede keine den Wettbewerb ausschließende technische Besonderheit begründen. Gleiches gilt für das ausweislich des nachgereichten Vergabevermerks nur beim Gerät der Beigeladenen verfügbare kontinuierliche MR-Scanning (kontinuierliche Tischbewegung mit einer Software, bei der lediglich ein einheitlicher Datensatz entsteht).

Hinsichtlich der besseren Erkennbarkeit von Hautveränderungen im Zehenbereich durch den Einsatz von Oberflächenspulen ist angesichts alternativer Untersuchungsmöglichkeiten wie Inspektion und Sonografie ebenfalls nicht erkennbar, dass diese Untersuchung von einer derartigen Bedeutung wäre, dass allein aus diesem Grund das Gerät der Antragstellerin nicht als vernünftige Ersatzlösung oder Alternative in Betracht käme, zumal es nach dem unwiderlegt gebliebenen Sachvortrag der Antragstellerin in anderen Bereichen, so bei Untersuchungen im Fersenbereich, Vorteile bietet. 45

(c) Bezüglich der Forderung nach einer Homogenisierung des Magnetfelds durch ein Second-order-shim-Verfahren steht nicht fest, dass das Gerät der Antragstellerin keine vernünftige Ersatzlösung oder Alternative darstellt. Zwar kann nach dem widerstreitenden Sachvortrag der Verfahrensbeteiligten und den von ihnen vorgelegten Privatgutachten und weiteren Unterlagen nicht ausgeschlossen werden, dass das - nur beim Gerät der Beigeladenen verwendete - Second-order-shim-Verfahren zu einer Verbesserung der Bildqualität beiträgt, die allein durch die Verwendung eines leistungsstärkeren Magneten mit einem von vornherein homogenen Magnetfeld wie beim Gerät der Antragstellerin nicht zu erreichen ist. Es steht jedoch nicht fest, dass die Bildqualität beim Gerät der Antragstellerin in einem Maße schlechter wäre, dass es für den diagnostischen Bedarf der Antragsgegnerin nicht als Alternative in Betracht käme. Dies gilt umso mehr als es sich bei der Bildqualität lediglich um ein, wenngleich wichtiges Qualitätsmerkmal handelt, diesem Vorteil aber auch Nachteile wie etwa ein erhöhter Platzbedarf für die zusätzlichen Spulen bei ohnehin beengter Platzsituation und möglicherweise ein höherer Preis des Geräts gegenüberstehen. 46

Nach alledem ist festzuhalten, dass abgesehen von graduellen Unterschieden in der Leistungsfähigkeit der Geräte, Wettbewerb vorhanden und nicht aus technischen Gründen ausgeschlossen ist. Die Wertung der jeweiligen Vorzüge und Nachteile der Geräte in Qualität und Preis ist damit einem wettbewerblichen Vergabeverfahren vorzubehalten. Da die Antragsgegnerin ein solches nicht durchgeführt und keine Mindestanforderungen aufgestellt hat, kann sie sich auch nicht darauf berufen, es handle sich um Qualitätsanforderungen im Sinne von „K.O.-Kriterien“. Hinsichtlich dieser ist überdies das Gebot der Produktneutralität, § 31 Abs. 6 VgV, zu beachten. 47

(d) Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb wird schließlich nicht durch das von der Antragsgegnerin angeführte Erfordernis der Verwendung 48

eines einheitlichen Fabrikats für die gesamte Bundeswehr und die Kooperationspartner der Bundeswehrkrankenhäuser gerechtfertigt. Auch wenn man diese erst im Vergabenaachprüfungsverfahren nachträglich vorgebrachte Begründung berücksichtigt und die mangelnde Dokumentation im Vergabevermerk als geheilt ansieht (vgl. BGH, Beschluss v. 08.02.2011, X ZB 4/10, juris Rn. 73; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.04.2016, VII-Verg 47/15, juris Rn. 25; Beschluss v. 21.10.2015, VII-Verg 28/14, juris Rn. 205 ff.), kann sie ein Fehlen von Wettbewerb aus technischen Gründen nicht begründen. Technische Gründe können zwar auch auf konkrete Anforderungen an die Interoperabilität zurückzuführen sein, 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). Um einen solchen Fall handelt es sich hier jedoch nicht.

Für wettbewerbliche Ausschreibungen ist anerkannt, dass besondere Umstände, so etwa tatsächlich bestehende Risiken von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen und von höherem Zeit- und Kostenaufwand für Schulungen, aber auch die Intention des Auftraggebers, im Interesse der Systemsicherheit und Funktion jedwedes Risikopotential auszuschließen, das etwa die Verbindung verschiedener und komplexer IT-Sicherheitskomponenten mit sich bringt, eine produktspezifische Ausschreibung im Sinne einer „Ein-Hersteller-Strategie“ rechtfertigen können (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 13.04.2016, VII-Verg 47/15, juris Rn. 26). Bei der - dem Vergabeverfahren vorgelagerten - Bestimmung des Auftragsgegenstands ist der Auftraggeber auch grundsätzlich nicht gehalten, eine Markterforschung durchzuführen bzw. zu prüfen, ob andere - alternative - technische Lösungsansätze denkbar sind, die den vom Auftraggeber aufgestellten technischen und taktischen Anforderungen genügen (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss v. 15.11.2013, 15 Verg 5/13, juris Rn. 109).

49

Unter Geltung des § 14 Abs. 4 Nr. 2 i.V.m. Abs. 6 VgV können diese Grundsätze indes nicht uneingeschränkt auf den Streitfall übertragen werden. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb ist nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zulässig (Erwägungsgrund 50 zu Art. 32 RL 2014/24/EU) und erfordert eine größere Rechtfertigungstiefe als die produktspezifische Ausschreibung im Rahmen eines wettbewerblichen Verfahrens (Kulartz aaO Rn. 46 mwN). Voraussetzung ist, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb besteht, was nur der Fall ist, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

50

Die von der Antragsgegnerin angeführten Gründe für die Notwendigkeit, nur Geräte aus der „Geräte-Familie“ der Beigeladenen zu beschaffen, sind vor diesem Hintergrund nicht von ausreichendem Gewicht, um den Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren zu rechtfertigen.

51

Die zu beschaffenden PET-MRT-Geräte finden - anders als in den zu komplexen IT-Lösungen entschiedenen Fällen - in beiden Bundeswehrkrankenhäusern jeweils als Einzelgeräte Verwendung und sind nicht in ein komplexes System angeschlossen. Bezüglich der von der Antragsgegnerin angeführten fehlenden Vergleichbarkeit und Reproduzierbarkeit von Untersuchungsergebnissen ist überdies nicht nachvollziehbar, warum Untersuchungsergebnisse, die mit Geräten verschiedener Fabrikate vorgenommen wurden, nicht vergleichbar sein sollen und in welchen Fällen es auf eine solche Vergleichbarkeit überhaupt ankäme, da für Behandlungsentscheidungen der jeweils aktuelle Befund entscheidend sein dürfte. Auch ist nicht dargelegt, zu welchem Zweck Untersuchungsergebnisse reproduzierbar sein müssen.

52

- Soweit die Antragsgegnerin die flexible Einsetzbarkeit und die permanente Rotation des Personals, das auf der Gerätefamilie der Beigeladenen geschult sei, sowie Schwierigkeiten bei der Umstellung auf ein anderes Fabrikat anführt, ist darauf zu verweisen, dass der mit der Umstellung auf ein anderes Produkt verbundene Aufwand und die Notwendigkeit der Schulung des Personals für sich allein die Festlegung auf ein bestimmtes Produkt oder eine Produktfamilie nicht rechtfertigt. Wiederum ist zu berücksichtigen, dass angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen sollen. Der mit der Umstellung auf ein anderes Produkt verbundene Aufwand und die Notwendigkeit der Schulung des Personals gehen aber regelmäßig mit dem Wechsel auf ein anderes Fabrikat einher. 53
- Schließlich sind die von der Antragsgegnerin angeführten Risiken bei der Umstellung auf ein anderes Fabrikat nicht von derartigem Gewicht, dass ihnen nicht durch eine sorgfältige Schulung des Personals begegnet werden könnte. Der Vortrag der Antragsgegnerin zu Fehlfunktionen beim Versuch einer Umstellung auf ein anderes Fabrikat im Jahr 2013 lassen keine Rückschlüsse auf die Ursache dieser Fehlfunktionen zu und betreffen nicht das erst im Jahr 2014 auf den Markt gekommene Gerät der Antragstellerin. Auch der Umstand, dass je nach Fabrikat die Bildgebung rot oder blau markiert ist, dürfte einer zuverlässigen Auswertung der Untersuchungsergebnisse durch Fachärzte für Radiologie bzw. Nuklearmedizin nicht entgegenstehen. 54
- Nach alledem sind weder Interoperabilitätsgründe nachgewiesen noch ergibt eine Gesamtschau aller von der Antragsgegnerin angeführten Umstände, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden wäre und nicht auch das Gerät der Antragstellerin als vernünftige Ersatzlösung oder Alternative in Betracht käme. 55
- c) Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Die Antragstellerin ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Sie hatte aufgrund der Direktvergabe ohne Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens keine Gelegenheit, ein Angebot abzugeben, hat ihr Interesse am Auftrag aber durch die Rüge vom 21.09.2016 und den Nachprüfungsantrag bekundet. 56
- Eine Rügeobliegenheit bestand indes nicht. § 160 Abs. 3 Satz 1, 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. 57
2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. 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 diesen 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. 58
3. Es bleibt damit bei der von der Vergabekammer getroffenen Feststellung, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Lieferung der beiden PET-MRT-Geräte 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. 59

III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 GWB.	60
IV. Der Beschwerdewert wird entsprechend § 50 Abs. 2 GKG unter Berücksichtigung der Auftragswertschätzung der Antragsgegnerin auf bis zu 550.000 Euro festgesetzt.	61
Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Beigeladenen vom 15.05.2017 und der Antragstellerin vom 01.06.2017 geben keine Veranlassung, entsprechend § 156 ZPO die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen.	62
