


<b>Gericht:</b>	OLG Düsseldorf Vergabesenat
<b>Entscheidungsdatum:</b>	28.03.2018
<b>Aktenzeichen:</b>	VII-Verg 38/17, Verg 38/17
<b>ECLI:</b>	ECLI:DE:OLGD:2018:0328.VERG38.17.00
<b>Dokumenttyp:</b>	Beschluss
<b>Quelle:</b>	
<b>Normen:</b>	§ 186 Abs 2 GWB, § 14 VgV
<b>Zitiervorschlag:</b>	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2018 – VII-Verg 38/17 –, juris

---

## Tenor

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Spruchkörper Düsseldorf, vom 28.07.2017 (VK D 02/2016 L) mit Ausnahme der Entscheidung über die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten sowie die Festsetzung von Gebühren aufgehoben.

Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem als Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb eingeleiteten Vergabeverfahren "Flexible Video-Endoskope (Vergabe-Nr.: 002/16)", EU-Bekanntmachung 2016/S 013-018283 vom 20.01.2016, den Zuschlag zu erteilen.

Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer und die der Antragstellerin in diesem Verfahren zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen hat die Antragsgegnerin zu tragen. Von den Kosten des Beschwerdeverfahrens haben die Antragstellerin 30 % und die Antragsgegnerin 70 % zu tragen; hiervon ausgenommen sind die Kosten des Verfahrens nach § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB a.F., welche allein die Antragsgegnerin zu tragen hat. Etwaige der Beigeladenen im Verfahren vor der Vergabekammer oder im Beschwerdeverfahren entstandene Aufwendungen hat diese selbst zu tragen.

## Gründe

I.

- 1 In der Nacht vom 21.06. auf den 22.06.2015 wurden in verschiedenen Kliniken der Antragsgegnerin – nach aktuellen Presseberichten mutmaßlich von Mitgliedern der kolumbianischen Drogenmafia – zahlreiche flexible Videoendoskope gestohlen. Bei den entwendeten Geräten handelte es sich um Produkte der Beigeladenen.
- 2 Die Antragsgegnerin entschied sich nach dem Geräteverlust, den sie derzeit mit einem monatlichen Mietzinsaufwand von 35.000,- € mit Mietgeräten der Beigeladenen überbrückt, zu einer Neubeschaffung. Am 20.01.2016 schrieb sie die Vergabe im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit aus (EU-Bekannt-

machung 2016/S 013-018283 vom 20.01.2016 = Anlage BF 3). In der Bekanntmachung wurde das Beschaffungsvorhaben wie folgt beschrieben:

- 3 "Beschaffung von 20 flexiblen Video-Endoskopen und Zubehör/Verkabelung (Videoendoskopie-Prozessoren, Lichtquellen/Lichtprojektoren für den Einsatz in der Gastroenterologie/Pulmologie/Chirurgie, LCD-Farbbildmonitore, Controller für Ballon-Enteroskop, Endoskopiewagen mit modularem Aufbau, strukturierte Videoverkabelung).
- 4 Gefordert werden die Lieferung und Installation von flexiblen Video-Endoskopen, Video-Prozessoren, Lichtquellen und Monitoren der neuesten High-End Generation sowie deren Verkabelung in den Endoskopie Räumen zur Diagnostik/Behandlung an Patienten. Außerdem muss das geforderte System mit allen relevanten Zubehörteilen, Sicherheits- u.a. Einrichtungen, Sicherheits- u.a. Installationen, (ggf. Abschirmmaßnahmen, Netzfilter, Überspannungsschutz), etc. geliefert/installiert werden. Es wird ein voll funktionsfähiges Gerät/System mit vollständiger Dokumentation gefordert. Qualitätsstandards nach dem neuesten Stand der Technik inklusive ausgereifter Software."
- 5 Zu den Zuschlagskriterien war in der Bekanntmachung Folgendes ausgeführt:
- 6 "das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den Ausschreibungsunterlagen, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder zur Verhandlung bzw. in der Beschreibung zum wettbewerblichen Dialog aufgeführt sind"
- 7 Schlusstermin für die Abgabe der Teilnahmeanträge war der 17.02.2016. Im Vergabevermerk vom 12.01.2016 hieß es zur Wahl der Verfahrensart, diese sei gemäß "§ 3 EG Abs. 3 lit. c) VOL/A" zulässig, wobei sich die weiteren inhaltlichen Ausführungen dort aber auf § 3 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A bezogen.
- 8 Die Antragstellerin rügte die von der Antragsgegnerin gewählte Verfahrensart mit Schreiben vom 27.01.2016. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens beeinträchtigt ihre Wettbewerbschancen, da die Handlungsspielräume in einem solchen Verfahren größer seien als in anderen Verfahrensarten. Die Antragsgegnerin wies diese Rüge mit Schreiben vom 02.02.2016 zurück.
- 9 Am 17.02.2016 hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Rheinland gestellt und die Rüge der Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb wiederholt sowie den - später auch in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer gestellten - Antrag angekündigt,
- 10 1. das Vergabeverfahren "Flexible Video-Endoskope" (Vergabe-Nr. 002/2016) der Antragsgegnerin wird in den Stand vor Bekanntmachung des Vergabeverfahrens zurückversetzt und der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
- 11 2. hilfsweise: Andere geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Vergaberechtskonformität des Verfahrens "Flexible Video-Endoskope" (Vergabe-Nr. 002/2016) zu treffen.
- 12 Zur Begründung hat sie ausgeführt, nach ihrer Marktbeobachtung sei es so, dass Vergabestellen im Verhandlungsverfahren versuchten, ihren bisherigen Lieferanten beizubehalten, um keine Systemwechsel vornehmen zu müssen. Im Verhandlungsverfahren

habe eine Vergabestelle andere Möglichkeiten. Es bestehe das Risiko, im Rahmen von Nachverhandlungen unterboten zu werden.

- 13 Die Antragsgegnerin hat das Vergabeverfahren ungeachtet des Nachprüfungsantrags in der gewählten Verfahrensart fortgesetzt. Die Antragstellerin ihrerseits hat sich nicht nur am Teilnahmewettbewerb beteiligt, sondern auch am nachfolgenden Verhandlungsverfahren, zu dem sie von der Antragsgegnerin zugelassen worden ist.
- 14 Die Antragsgegnerin führte mit den zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Bewerbern, der Antragstellerin und der Beigeladenen, insgesamt drei Verhandlungsrunden, in deren Verlauf die Antragstellerin eine Vielzahl von Rügen erhob. In der ersten Verhandlungsrunde übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 13.04.2016 die Vergabeunterlagen mit Aufforderung zur Abgabe eines ersten Angebots. Dem bei den Vergabeunterlagen befindlichen "Leistungsverzeichnis für flexible Videoendoskope, Videoprozessoren, Lichtquellen, Monitore sowie deren Verkabelung" war eine Beschreibung des Beschaffungsvorhabens vorangestellt (Bl. 104 der Vergabeakte). Darin hieß es unter anderem:
  - 15 "Gefordert werden die Lieferung und Installation von flexiblen Video-Endoskopen, Video-Prozessoren, Lichtquellen und Monitoren der neuesten High-End Generation sowie deren Verkabelung in den Endoskopie Räumen zur Diagnostik/Behandlung an Patienten. Des Weiteren wird die Vernetzung – sprich: Anbindung – an das vorhandene Dokumentationssystem Clinic WinData gefordert, wobei die Bedienung/Auslösung von Bild- und Videos vom Kontrollteil des Endoskops möglich sein muss. Eine weitere Voraussetzung ist, dass die neu zu beschaffenden Geräte mit denen in der Anlage (Nr. 3 "Geräteliste vorhandene Geräte") aufgeführten, vorhandenen Geräten kompatibel sein müssen. Sollte eine Kompatibilität zu den vorhandenen Geräten nicht möglich sein, so sind diese Geräte mit gleichwertigen High-End Geräten zu ersetzen.
  - 16 [...]
  - 17 Die Zielsetzung ist, die Funktionalität der Gastroenterologie, und der Kinder-Pneumologie wiederherzustellen, wobei auch berücksichtigt werden muss, dass die neu zu beschaffenden Geräte zu denen in der Anlage aufgeführten noch vorhandenen Geräten kompatibel sein müssen. Sollte eine Kompatibilität zu den vorhandenen Geräten (s. Anlage "Liste mit vorhandenen Geräten") nicht gegeben sein, so sind diese Geräte mit gleichwertigen High-End Geräten zu ersetzen."
  - 18 Auf Seite 2 des Leistungsverzeichnisses hieß es zu den Systemanforderungen wie folgt:
    - 19 "Gefordert wird ein Gerät/System zur Diagnostik/Behandlung am liegenden und/oder sitzenden und/oder stehenden Patienten. Gefordert werden flexible Videoendoskope, Prozessoren, Lichtquellen und Monitore – High End der neuesten Generation – sowie deren Verkabelung und Anbindung an das vorhandene Clinic WinData Befund- und Dokumentationssystem [...]"
    - 20 Im Anschluss waren auf über 30 Seiten Einzelmerkmale des zu liefernden Systems aufgeführt. Das Leistungsverzeichnis schloss auf Seite 36 mit einer Übersicht zur Wertung und zu den Gewichtungskriterien. Das wirtschaftlichste Angebot sollte danach zu 70 % nach qualitativen Kriterien und zu 30 % nach dem günstigsten Preis ermittelt werden. Von dem 70 %-Anteil qualitativer Kriterien sollten 20 % oder maximal 130 Wertungs-

punkte aufgrund des Ergebnisses eines Gerätetests vergeben werden. Dazu hieß es in der Übersicht:

- 21 "Teststellung. Es werden von jedem Bieter mehrere Gerätetypen getestet und bewertet. Aus der sich daraus ergebenden Punktzahl wird dann der Durchschnittswert ermittelt. Dieser Durchschnittswert wird dann für die Gesamtbewertung herangezogen."
- 22 Die Antragsgegnerin führte die Gerätetests im Juli 2016 durch. Die Geräteanwender, die die Tests für die Antragsgegnerin durchführten, füllten jeweils die Bewertungsbögen aus, die auch den übersandten Vergabeunterlagen beigelegt waren (Bl. 187-188 der Vergabeakte und Vergabeordner Teststellung G.). Vor Vorliegen eines abschließenden Berichts über die Ergebnisse der Teststellung forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin und die Beigeladene am 09.08.2016 zur Abgabe eines zweiten Angebots auf. Die Antragstellerin reichte ein solches binnen der bis zum 23.08.2016 laufenden Frist ein. In einem am 27.09.2016 unterzeichneten ärztlichen Bericht der Antragsgegnerin über die Teststellung der Geräte der Antragstellerin hieß es:
- 23 "Bei der Teststellung mit den von der Firma G. angebotenen Duodenoskopen sei darauf hingewiesen, dass zwei von drei Untersuchungen aus technischen Gründen abgebrochen werden mussten, da der Zugang zu den Gallenwegen in diesem Fall nicht möglich war, da die Papille aufgrund einer mangelnden Flexion des distalen Einführungsteils des Endoskops technisch nicht erreicht werden konnte."
- 24 Im Vergabevermerk der Antragsgegnerin vom 28.09.2016 (Bl. 590 der Vergabeakte) ist hierzu festgehalten:
- 25 "Technische Eignung des von G. angebotenen Duodenoskops nicht gegeben, der Zugang zur Papille ist in Untersuchungssituationen nicht ansteuerbar. Seitens der Nutzer, Herrn E. , wird gefordert, dass wenigstens die Möglichkeiten, die die Bestandsgeräte bisher bieten, gefordert werden müssen."
- 26 In einer E-Mail vom 29.09.2016 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin als einen Gesprächspunkt für das finale Verhandlungsgespräch am 05.10.2016 das Vorstehende mit. Am 05.10.2016 tauschten sich die Antragsgegnerin und die Antragstellerin hierüber aus. Im Protokoll des Verhandlungsgesprächs (Anlage BG 6) heißt es insoweit:
- 27 "Die Vertreter von G. führen aus, dass auch an anderen Häusern das Duodenoskop für diese Untersuchung nicht zum Einsatz kommt. Daher werde dieses Jahr ein Facelift und nächstes Jahr ein völlig überarbeitetes Gerät angeboten. G. bietet an, dass anstelle des getesteten Duodenoskops diese neuen Geräte dem V. angeboten werden. Die Bieter sollen mit den überarbeiteten Vergabeunterlagen die Chance erhalten, ein anderes Gerät testen zu lassen [...]"
- 28 Nach diesem Gespräch forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin und die Beigeladene mit Schreiben vom 13.10.2016 (Bl. 693 der Vergabeakte) zur Abgabe finaler Angebote auf. In dem der Antragstellerin für die Angebotsabgabe übersandten Leistungsverzeichnis hieß es (Bl. 770 der Vergabeakte):
- 29 "Werden durch den Bieter andere Geräte angeboten, als in der ersten bzw. zweiten Angebotsrunde, ist für diese Geräte eine neue Teststellung erforderlich. [...]"

- 30 Unter laufender Nr. 722 war nunmehr ferner erstmals folgender Passus in das überarbeitete Leistungsverzeichnis aufgenommen:
- 31 "Die Geräte müssen gemäß ihrer Zweckbestimmung bezüglich der Machbarkeit einer Untersuchung zur Diagnostik und Therapie für den Auftraggeber geeignet sein. Das ist der Fall, wenn Untersuchungen nicht in mehr als 10 % aller Eingriffe während der Testung aufgrund der Handhabung und Funktionsweise des Endoskops abgebrochen werden müssen. Eine Abbruchquote von gleich oder mehr als 10 % ist hierbei ein Ausschlusskriterium. Dies gilt sowohl für schon getestete Geräte sowie auch für die neu angebotenen Geräte, die evtl. noch getestet werden. Die Bieter sind darüber informiert worden, wenn eines von diesen angebotenen Geräten eine hohe Abbruchquote hat. Die Bieter haben in diesem Fall die Möglichkeit, das Gerät einer erneuten Testung unterziehen zu lassen. Für die Durchführung und Bewertung der Teststellung gelten die bereits bekannt gemachten Grundsätze. [...]"
- 32 In einem Schriftsatz an die Vergabekammer vom 21.10.2016 – einen Monat vor Ablauf der Abgabefrist für die finalen Angebote – teilte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin Folgendes mit:
- 33 "Die Antragstellerin kann das Gerät nun auch mit einer veränderten Steifigkeit anbieten, so dass es in seinen Eigenschaften dem Produkt des Mitbewerbers weitgehend entspricht."
- 34 Die Antragstellerin selbst rügte mit einem Schreiben vom 10.11.2016 (Bl. 913 der Vergabeakte), dass nachträglich – und mit Rückwirkung – unter Nr. 722 des Leistungsverzeichnisses aufgenommene Ausschlusskriterium. Im Einzelnen führte sie unter anderem Folgendes aus:
- 35 "Soweit rückwirkend ein Mindestkriterium mit einer Abbruchquote von zehn Prozent eingeführt wird, ist dies unzulässig. Mindestkriterien können nicht rückwirkend aufgenommen werden. [...]"
- 36 Eine Teststellung mit den angegebenen Parametern lässt keine hinreichende Beurteilung der Eignung der Geräte zu. Das Handling unserer Produkte mag anders als bei Bestandsgeräten des Wettbewerbers P. sein. Hier gibt es nach unseren Erfahrungen auch bei den unterschiedlichen Endoskoparten Unterschiede. Eine Umstellung auf andere Geräte kann möglicherweise während einer Gewöhnungsphase zu einer höheren Abbruchquote führen. Eine Teststellung mit einer festen Abbruchquote, besonders wenn sie nachträglich aufgenommen wird, ist als Mindestkriterium unzulässig.
- 37 Selbst wenn man dies anders sehen wollte, wären greifbare, also transparente Bedingungen für die Teststellung zu definieren. [...] Hier müsste zunächst eine namhafte Zahl von Untersuchungen durchgeführt werden [...] Um eine Vergleichbarkeit herzustellen, müssten die Anwender vor Nutzung hinreichend in die Geräte eingewiesen werden. Ferner wären die untersuchten Patienten im Hinblick auf die Krankheitsbilder darzustellen. [...]"
- 38 Die Antragsgegnerin reagierte hierauf mit einem Schreiben vom 15.11.2016 (Bl. 925 der Vergabeakte) an die Antragstellerin, mit welchem sie die Nr. 722 des Leistungsverzeichnisses, die rückwirkende Einführung eines Mindestkriteriums, verwarf.

- 39 In ihrem danach fristgerecht eingereichten finalen Angebot bot die Antragstellerin unter anderem ein Duodenoskop ED-530XT8 an, dessen Bezeichnung sich nicht von derjenigen des mit vorausgegangenen Angeboten offerierten Produkts unterschied. Die Antragsgegnerin forderte die Antragstellerin nicht mehr auf, ein entsprechendes Gerät für eine Teststellung einzureichen, sondern teilte ihr mit Schreiben vom 31.01.2017 (Bl. 1055 der Vergabeakte) mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Zur Begründung teilte sie der Antragstellerin unter anderem mit, dass sie, die Antragstellerin, von der Möglichkeit, ein Facelift des Duodenoskops ED-530XT8 anzubieten, keinen Gebrauch gemacht habe. Das zuvor angebotene Gerät sei technisch ungeeignet und die Antragstellerin mit ihrem Angebot daher auszuschließen. Die hiergegen gerichtete Rüge der Antragstellerin blieb erfolglos.
- 40 Die Vergabekammer hat den am 17.02.2016 bei ihr anhängig gemachten, ursprünglich allein gegen die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb gerichteten Nachprüfungsantrag der Antragstellerin mit Beschluss vom 28.07.2017 (Anlage BF 2) zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, die Rüge der Wahl der falschen Verfahrensart sei unzulässig. Der Antragstellerin fehle insoweit die Antragsbefugnis. Sie habe die Kausalität zwischen der Vergaberechtsverletzung und der Verminderung ihrer Zuschlagschancen angesichts des Ausgangs des Verhandlungsverfahrens nicht hinreichend dargelegt. Die im Verhandlungsverfahren bestehende Gefahr, preislich unterboten zu werden, auf die sie sich zur Begründung ihrer Rüge bezogen habe, habe sich für die Antragstellerin nicht realisiert. Im Gegenteil liege in ihrem Eintritt in einen aggressiven Preiswettbewerb im Verhandlungsverfahren sogar ein widersprüchliches Verhalten, weshalb ihr das Rechtsschutzbedürfnis für den auf die Wahl der falschen Verfahrensart gestützten Nachprüfungsantrag fehle. Soweit sie, die Antragstellerin, den Ausschluss ihres im Verhandlungsverfahren abgegebenen letzten Angebots rüge, sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Der Ausschluss sei rechtmäßig gewesen. Auf alle weiteren von der Antragstellerin erhobenen Rügen komme es infolgedessen nicht mehr an.
- 41 Gegen den ihr am 28.07.2017 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 11.08.2017 sofortige Beschwerde beim Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf eingelegt und gemäß § 118 Abs. 1 Satz 3 GWB a.F. die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung beantragt. Nach einer vorausgegangenen einstweiligen Verlängerung hat der Senat mit Beschluss vom 16.11.2017 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert. Wegen der Einzelheiten wird auf die Beschlussgründe verwiesen (Bl. 275-283 GA).
- 42 Die Antragstellerin macht mit ihrer sofortigen Beschwerde – soweit an dieser Stelle von Interesse – im Wesentlichen geltend, hinsichtlich der Rüge der Wahl des falschen Vergabeverfahrens antragsbefugt zu sein. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sei ihre Antragsbefugnis gegeben. Sie ergebe sich aus der Gefahr, im Verhandlungsverfahren unterboten zu werden, und daraus, dass die Vergabestelle das Verfahren in eine bestimmte Richtung lenken könne. Hier ergebe sie sich zudem aus dem Umstand, dass es im Verhandlungsverfahren zu weiteren Vergaberechtsverstößen und schließlich dem Ausschluss ihres Angebots gekommen sei. Die Voraussetzungen, unter denen ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb habe gewählt werden können, hätten bei der ausgeschriebenen Beschaffung neuer Endoskopiegeräte auch in der Sache nicht vorgelegen. Die von der Antragsgegnerin gewünschten Leistungen seien beschreibbar gewesen, wie vergleichbare Ausschreibungen anderer Krankenhäuser zeig-

ten. Für die Geräteumgebung, in welche die Geräte eingebunden werden sollten, gelte dies auch. Mit der Ausschreibung seien zunächst Standardprodukte gefordert worden. Etwaige Produktinnovationen hätten auch im offenen Verfahren angeboten werden können. Zu Unrecht sei ihr Angebot schließlich im Verhandlungsverfahren von der Wertung ausgeschlossen worden. Bei dem von ihr zuletzt angebotenen Duodenoskop habe es sich um ein technisch überarbeitetes Gerät gehandelt, lediglich die Gerätebezeichnung sei - wie bei Facelifts üblich - unverändert geblieben.

- 43 Nachdem die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung zunächst auch den Antrag gestellt hat,
- 44 festzustellen, dass sie, die Antragstellerin, in ihren Rechten verletzt ist,
- 45 hat sie diesen Antrag auf den Hinweis des Senats, dass mit Blick auf die Frage der Zulässigkeit dieses Antrags Anlass zu einer Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof bestehen könnte, zurückgenommen.
- 46 Die Antragstellerin beantragt in der Hauptsache nunmehr lediglich noch,
- 47 1. der Beschluss der Vergabekammer Rheinland, Spruchkörper Düsseldorf, vom 28. Juli 2017, Az. VK D - 02/2016 - L, wird aufgehoben. Der Antragsgegnerin wird in dem Vergabeverfahren "Flexible Video-Endoskope" (Vergabe-Nr. 002/2016) der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen untersagt. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren bei weiterhin fortbestehender Vergabeabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung des Vergabesenats zu wiederholen,
- 48 2. hilfsweise: Andere geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Vergaberechtskonformität des Verfahrens "Flexible Video-Endoskope" (Vergabe-Nr. 002/2016) zu treffen,
- 49 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 50 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin und Beschwerdeführerin zurückzuweisen.
- 51 Die Antragsgegnerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer als zutreffend. Der tatsächliche Ablauf des Verhandlungsverfahrens habe die Antragstellerin in keiner Weise benachteiligt, weshalb sie im Umfang ihrer Rüge der Wahl einer falschen Verfahrensart nicht antragsbefugt sei. Im Übrigen sei das Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb auch zulässig. In diesem sei das letzte Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen worden. Der Beschluss des Senats vom 16.11.2017 sei fehlerhaft. Die Antragstellerin habe zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens ein Angebot abgeben können, das ihren, der Antragsgegnerin, Anforderungen genüge. Das Duodenoskop ED-530XT8 wäre immer als ungeeignet ausgeschlossen worden. Daran ändere ein Facelift nichts. Insoweit bestreite sie, dass ein solches der Antragstellerin zum Zeitpunkt des finalen Angebots überhaupt zur Verfügung gestanden habe. Im letztverbindlichen Angebot sei kein Klammerzusatz zur Kennzeichnung eines Facelifts aufgeführt. Im Fall der Aufhebung der Ausschreibung wolle sie, die Antragsgegnerin, das Beschaffungsvorhaben im Verhandlungsverfahren mit europaweitem Teilnahmewettbewerb nach neuem Recht neu ausschreiben. Eine Aufhebung wegen Wahl der falschen Verfahrensart sei daher eine reine Förmerei. Nach neuem Recht sei das Verhandlungsverfahren zulässig. Die Voraussetzungen der Nummern 1 bis 3 des § 14 Abs. 3 VgV n.F. seien erfüllt. Aber auch nach altem Recht sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens nicht zu beanstanden, wie auch Ausschreibungen anderer Krankenhäuser zeigten. Mit Blick auf den Beschaffungs-

gegenstand sei der Sachverhalt ganz anders gelagert als in dem vom Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 10.11.2009 – X ZB 8/09 entschiedenen Vergabenaachprüfungsverfahren. Die Aufgabenlösung durch die Bieter sei hier, im vorliegenden Vergabeverfahren, nicht vorab beschreibbar gewesen. Auch welche Geräte im Bestand ausgetauscht werden müssten, hänge von den Angeboten der Bieter ab und lasse sich nicht vorab beschreiben. Einzelheiten eines Gerätetauschs könnten erst im Rahmen einer Teststellung geklärt werden. Eine solche sei auch zur Prüfung und Bewertung der Angebote der jeweiligen Hersteller unerlässlich. Im Übrigen habe sich die Antragstellerin auf das Verhandlungsverfahren eingestellt und damit abgefunden. § 3 EG Abs. 3 VOL/A sei im Zeitraum der Frist zur Umsetzung der Vergaberichtlinie richtlinienkonform und weit auszulegen.

- 52 Die Antragstellerin tritt dem im Schriftsatz vom 27.02.2018 unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens entgegen. Sie habe mit dem letztverbindlichen Angebot im Verhandlungsverfahren ein Facelift des Duodenoskops ED-530XT8 angeboten. Dieses habe seinerzeit, insoweit bietet sie Beweis an, zur Verfügung gestanden. Dass dieses Gerät in keinem Fall geeignet sei, den Anschaffungsbedarf der Antragsgegnerin zu decken, treffe nicht zu. Die Antragsgegnerin habe insoweit im Leistungsverzeichnis keine Vorgaben gemacht. Anders als im Protokoll des Gesprächs vom 05.10.2016 festgehalten, sei von einem Mitarbeiter der Antragstellerin auch nicht geäußert worden, dass das ursprüngliche Gerät nicht für Untersuchungen zum Einsatz komme, bei denen ein Zugang zur Papilla duodendi major erforderlich sei. Das Gerät sei hierfür eingesetzt worden, erst recht sei eine solche Untersuchung mit dem überarbeiteten Gerät möglich. Dieses habe getestet werden müssen. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens sei nach altem Recht unzulässig gewesen und sei es auch nach neuem Recht. Aus vergaberechtsfehlerhaften Vergabeverfahren anderer Krankenhäuser könne die Antragsgegnerin nichts herleiten. Auch die weiteren von ihr, der Antragstellerin, im vergaberechtswidrig eingeleiteten Verhandlungsverfahren erhobenen Rügen seien begründet.
- 53 Die Antragsgegnerin hat in einem Schriftsatz vom 13.03.2018 weiter zum Sach- und Streitstand vorgetragen. Die Antragstellerin hat hierauf in einem nachgelassenen Schriftsatz vom 20.03.2018 erwidert.
- 54 Wegen der übrigen Sachverhaltseinzelheiten wird auf die angefochtene Entscheidung, die Schriftsätze nebst Anlagen, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie die Vergabeakten Bezug genommen, insbesondere soweit Bestandteile davon vorstehend ausdrücklich genannt worden sind.
- II.
- 55 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in Gestalt des Beschwerdeantrags zu 1. Erfolg. Ihr Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Durch die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb anstelle des offenen Verfahrens hat die Antragsgegnerin den Anspruch der Antragstellerin auf Einhaltung der Bestimmungen über das Vergabeverfahren gemäß § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt.
- 56 Da die Wahl der falschen Verfahrensart bereits für sich die Erteilung eines Zuschlags an die Beigeladene ausschließt und die Antragsgegnerin bei unverändert fortbestehendem Beschaffungsbedarf zur Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Bekanntmachung zwingt, kommt es auf die weiteren von der Antragstellerin im Verlauf des Verhandlungsverfahrens erhobenen Rügen an dieser Stelle nicht mehr an. Insbesondere



erübrigt sich ein näheres Eingehen darauf, dass auch der Ausschluss der Antragstellerin vom Verhandlungsverfahren, so wie er ausgesprochen worden ist, vergaberechtsfehlerhaft war.

- 57 Die Gründe, aus denen die Wahl des Verhandlungsverfahrens vorliegend vergaberechtswidrig war, ergeben sich bereits aus der Begründung des Senatsbeschlusses vom 16.11.2017 zur Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde. Auf diesen Beschluss kann daher zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen werden. Die dortigen Ausführungen zur Begründetheit der sofortigen Beschwerde werden durch das weitere Vorbringen der Antragsgegnerin im Anschluss an diesen Beschluss nicht in Frage gestellt. Auf den weiteren Vortrag der Antragsgegnerin wird deshalb nachfolgend nur noch ergänzend eingegangen, soweit dies aus Sicht des Senats geboten ist.

1.

- 58 Entgegen der von der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 13.03.2018 und in der mündlichen Verhandlung am 14.03.2018 geäußerten Ansicht fehlt der Antragstellerin nicht nach § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB a.F. die Antragsbefugnis, weil der Eintritt eines Schadens durch die fehlerhafte Wahl des Verhandlungsverfahrens offensichtlich ausgeschlossen ist. Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 16.11.2017 ausführlich dargelegt hat, ist die Frage, ob ein eingetretener oder drohender Schaden zweifelsfrei ausgeschlossen werden kann, abschließend auf materiell-rechtlicher Ebene zu prüfen. Dort lässt sich nicht feststellen, dass ein Schaden der Antragstellerin offensichtlich ausgeschlossen ist. Zwar entspricht es ständiger Rechtsprechung des Senats, dass ein Vergaberechtsverstoß dann nicht zur Begründetheit eines Nachprüfungsantrags führt, wenn sicher ausgeschlossen werden kann, dass sich die Zuschlagschancen des Bieters durch den Vergaberechtsverstoß nicht verschlechtert haben (vgl. Senatsbeschlüsse vom 27.09.2017 - VII-Verg 12.09.2017, vom 08.03.2017 - VII-Verg 39/16, vom 28.01.2015 - VII-Verg 31/14, vom 17.07.2013 - VII-Verg 10/13 und vom 15.06.2010 - VII-Verg 10/10, jeweils zitiert nach juris, soweit veröffentlicht). Dafür, dass die Antragstellerin den Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin in keinem Vergabeverfahren decken können, wie die Antragsgegnerin nunmehr noch geltend macht, gibt es indes keine hinreichenden Anhaltspunkte. Insofern geht der Hinweis der Antragsgegnerin auf die Entscheidung des Senats vom 03.03.2010 - VII-Verg 46/09 fehl. In dem jener Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt wollte die Antragstellerin ein Produkt anbieten, das der öffentliche Auftraggeber berechtigterweise nicht beschaffen wollte. Hiermit ist der vorliegende Fall nicht zu vergleichen. Die Antragsgegnerin möchte handelsübliche Endoskopiegeräte beschaffen und die Antragstellerin möchte solche anbieten. Dass der Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin angesichts dessen nicht mit Geräten der Antragstellerin zu decken ist, steht nicht schon heute sicher fest, sondern kann in vergaberechtlich beachtlicher Weise allenfalls das Ergebnis eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sein.

- 59 Da die Antragstellerin eine Vorfestlegung der Antragsgegnerin auf Produkte der Beigeladenen rügt, weist der Senat für den weiteren Gang des Vergabeverfahrens vorsorglich darauf hin, dass die Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers bei der Beschaffung von medizinischen Geräten vergaberechtlichen Grenzen unterliegt, die in jedem Fall einzuhalten sind (vgl. Senatsbeschluss vom 07.06.2017 - VII-Verg 53/16 [PET-MRT-Geräte], zitiert nach juris; besprochen von Roth, NZBau 2018, 77 ff.).

2.

- 60 Auch nach dem weiteren Vorbringen der Antragsgegnerin liegen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens nach § 3 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A nicht vor. Die Antragsgegnerin ist als öffentliche Auftraggeberin für das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen des § 3 EG Abs. 3 lit. b) darlegungs- und beweisbelastet. Nach wie vor gelingt es ihr jedoch nicht, die tatbestandlichen Voraussetzungen einer der beiden Fallgruppen überhaupt darzulegen.
- 61 Aus dem Vortrag der Antragsgegnerin ergibt sich nicht, dass die Beschreibung der zu beschaffenden Leistung bei Einleitung des Vergabeverfahrens objektiv unmöglich war (§ 3 EG Abs. 3 lit. b), 1. Alt. VOL/A). Wenn die Antragsgegnerin die zu beschaffenden Geräte nicht konstruktiv ausschreiben wollte, hätte sie dies funktional tun können. Das zeigen schon das Leistungsverzeichnis, welches die Antragsgegnerin im Verhandlungsverfahren vorgelegt hat, sowie die übrigen Vorstellungen vom Beschaffungsgegenstand, welche sie im Laufe des Vergabeverfahrens geäußert hat. Allein der der Antragsgegnerin zuzugewende Aufwand für die Erstellung eines vollständigen Leistungsverzeichnisses genügt nicht, um eine Unmöglichkeit der Leistungsbeschreibung zu begründen. Eine solche Unmöglichkeit ergibt sich auch nicht aus den von der Antragsgegnerin vorgeblich gewünschten Innovationen. Insoweit kann dahinstehen, ob es sich - wie die Antragstellerin meint - um ein bloß vorgeschobenes oder aus anderen Gründen zweifelhaftes Anliegen der Antragsgegnerin handelt. Das wichtigste Innovationsinstrument ist die funktionale Leistungsbeschreibung (siehe nur Burgi, Vergaberecht, § 7 Rn. 28).
- 62 Dass die Bieter einen Gesamtpreis wegen auftragsimmanenter Umstände lediglich spekulativ angeben konnten (§ 3 EG Abs. 3 lit. b), 2. Alt. VOL/A), ist bei entsprechender Vorarbeit der Antragsgegnerin ebenfalls auszuschließen. Nötigenfalls hätte sie den Bietern im offenen Verfahren die Möglichkeit geben müssen, vor einer Angebotsabgabe die Geräteumgebung in Augenschein zu nehmen (vgl. insoweit § 20 Abs. 2 VgV n.F.). Im Ergebnis unterscheidet sich der hier zu beurteilende Sachverhalt nicht grundlegend von demjenigen, der der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 11.10.2009 - X ZB 8/09 zugrunde lag.
- 3.
- 63 Soweit sich die Antragsgegnerin für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens auf die Notwendigkeit eines Tests der zu beschaffenden Geräte beruft, ist dieser Einwand nicht nachvollziehbar. Es wäre unproblematisch möglich gewesen, eine verifizierende oder eine wertende Teststellung auch in ein offenes Verfahren zu integrieren.
- 4.
- 64 Entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin ist § 3 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A nicht im Vorgriff auf das Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU weit auszulegen mit der Folge, dass sie ihr Vergabeverfahren im Verhandlungsverfahren durchführen konnte. Der von der Antragsgegnerin insoweit zitiert Passus (Bl. 339 GA) aus der Entscheidung des Senats vom 19.11.2014 - VII-Verg 30/14 (zitiert nach juris, dort Tz. 17) steht in einem ganz anderen Kontext und wird von der Antragsgegnerin aus dem Zusammenhang gerissen. Er kann nicht hierher übertragen werden. Eine Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung - und hier gilt nichts anderes - besteht im Grundsatz erst, wenn der Gesetzgeber bis zum Ablauf der Umsetzungsfrist nicht tätig geworden ist und der Inhalt der Richtlinie

insgesamt oder im angewendeten Bereich eindeutig ist (BGH, NJW 1998, 2208, 2211).  
Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor.

5.

- 65 Mit ihrem abermals vorgetragenen Einwand, die Antragstellerin habe sich auf das Verhandlungsverfahren doch eingelassen und damit abgefunden, kann die Antragsgegnerin aus den Gründen des Senatsbeschlusses vom 16.11.2017 weiterhin nicht gehört werden.

6.

- 66 Schließlich greift auch der Einwand der Antragsgegnerin nicht durch, eine Beanstandung der Wahl des Verhandlungsverfahrens nach altem Recht sei bloße Förmerei, weil sie, die Antragsgegnerin, nach neuem Recht das Verhandlungsverfahren zulässigerweise wählen könne. Diesem Argument steht § 186 Abs. 2 GWB entgegen. Die Gewährung von Primärrechtsschutz wegen einer Verletzung der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen ist wegen § 186 Abs. 2 GWB zwingend und nicht bloße Förmerei, wie die Antragsgegnerin meint. Nach § 186 Abs. 2 GWB werden die Vergabeverfahren, die – wie hier – vor dem 18.04.2016 begonnen haben, sowie die sich daran anschließenden Vergabenachprüfungsverfahren nach dem Recht zu Ende geführt, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens galt. Gleiches gilt für die zum Stichtag anhängigen Nachprüfungsverfahren.

- 67 Es kann dahinstehen, ob die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Beschaffung nach neuem Vergaberecht im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden könnte, ob also heute die Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 VgV n.F. vorlägen. § 186 Abs. 2 GWB eröffnet keine Möglichkeit, bei der im vorliegenden Verfahren zu treffenden Entscheidung von dem zum Stichtag 18.04.2016 geltenden Recht abzuweichen. Der Gesetzgeber hat sich aus Gründen der Eindeutigkeit und Klarheit bewusst für die Fortgeltung alten Rechts entschieden (vgl. BT-Drs. 18/6281, S. 137).

- 68 Selbst im Falle einer etwaigen Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Bekanntmachung ist der Antragsgegnerin ein Rückgriff auf das neue Vergaberecht darüber hinaus verwehrt. Zwar wird in der Literatur angenommen, dass eine Zurückversetzung eines Vergabeverfahrens in den Stand vor Bekanntmachung für den einheitlichen Beschaffungsvorgang eine Zäsur bewirke mit der Folge, dass ein Verfahren danach neu beginne und für die Frage des anwendbaren Rechts auf den Beginn dieses neuen Verfahrens abzustellen sei (siehe Brandmeier, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl., § 186 Rn. 17 f.; Fandrey, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 186 Rn. 16). Die angenommene Zäsur wird damit begründet, dass es unbillig sei, einem öffentlichen Auftraggeber als Folge einer anderen – eine Zäsurwirkung ablehnenden – Betrachtungsweise den Zugriff auf eine ältere Rechtslage zu sichern (Fandrey, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 186 Rn. 16). Dieser Ansicht folgt der Senat jedoch nicht. Sie kann für Bieter und Bewerber, deren Anspruch auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergabeverfahrens verletzt worden ist, geradezu unbillige, vom Gesetz nicht gewollte Folgen haben. Eine Fortführung des Vergabeverfahrens auf der Grundlage des bis zum Stichtag geltenden Vergaberechts dient nicht einseitig den Interessen des öffentlichen Auftraggebers, wie der vorliegende Fall exemplarisch zeigt. Die alte Rechtslage mag für Bieter oder Bewerber in manchen Konstellationen günstiger sein als das neue Vergaberecht.

Diese ggf. günstige Rechtsposition würde ihnen genommen, wenn der Zurückversetzung bei unverändertem Beschaffungsbedarf eine Zäsurwirkung zugesprochen würde. Zugleich würde der öffentliche Auftraggeber ohne besonderen Grund von den Folgen seines vorausgegangenen, rechtlich zu missbilligenden Vergaberechtsverstoßes profitieren.

69 Gegen eine Zäsur, wie sie Teile der Literatur bejahen, spricht zudem, dass auf der Grundlage des vom Senat vertretenen materiellen Verständnisses vom Beginn des Vergabeverfahrens (vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 31.05.2017 – VII-Verg 36/16, zitiert nach juris, Tz. 20 ff. [= NZBau 2017, 623]) – ungeachtet zwischenzeitlicher Zurückversetzungen aus Gründen notwendiger Fehlerkorrektur – von einem einheitlichen Vergabeverfahren auszugehen ist, solange der Beschaffungsbedarf, der zur Einleitung des Verfahrens geführt hat, unverändert bleibt (siehe Maimann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Aufl., § 134 Rn. 13 m.w.N.). Mit einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens, selbst in den Stand vor Bekanntmachung, werden der interne Beschaffungsentschluss und die Wirkungen der ersten nach außen und auf eine Auftragserteilung gerichteten Willensäußerung des öffentlichen Auftraggebers, die bei materieller Betrachtung den Beginn des Vergabeverfahrens markieren (vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03, zitiert nach juris, Tz. 39; Senatsbeschluss vom 31.05.2017 – VII-Verg 36/16, zitiert nach juris, Tz. 20), nicht vollständig beseitigt. Vielmehr wirken sie wegen des unveränderten Beschaffungsbedarfs, um dessen Deckung sich der öffentliche Auftraggeber nach wie vor bemüht, fort.

70 Dem hier vertretenen materiellen Verständnis vom Beginn des Vergabeverfahrens steht die Rechtsprechung anderer Oberlandesgerichte nicht entgegen. Soweit das Oberlandesgericht Celle in einer jüngeren Entscheidung (Beschluss vom 14.04.2016 – 13 Verg 11/15, zitiert nach juris, Tz. 32 f.) die Ansicht vertreten hat, dass ein formelles Verständnis vom Beginn des Vergabeverfahrens maßgeblich sei, ist es letztlich nur in der Wahl der Begrifflichkeit, aber nicht in der Sache von der Rechtsprechung des Senats abgewichen. Das Oberlandesgericht Celle hat sich seine Rechtsauffassung, wie sich aus den Beschlussgründen ergibt, in Auseinandersetzung mit älterer Rechtsprechung gebildet, die vor dem Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache "Stadt Halle" erging. Auf der Grundlage dieser Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs ist indes von einem materiellen Verständnis vom Beginn des Vergabeverfahrens auszugehen (vgl. EuGH, Urteil vom 11.01.2005 – C-26/03, zitiert nach juris, Tz. 38 und 41; dazu Senatsbeschluss vom 31.05.2017 – VII-Verg 36/16, zitiert nach juris, Tz. 20). Dieses materielle Verständnis steht zu den weiteren Schlussfolgerungen des Oberlandesgerichts Celle im zitierten Beschluss aber in keinem erkennbaren Widerspruch.

III.

71 Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78, 128 GWB a.F. und berücksichtigt hinsichtlich der Verteilung der Kosten der Beschwerdeinstanz den von der Antragstellerin hier gestellten und nach rechtlichem Hinweis dann zurückgenommenen Antrag nach § 123 Satz 3 GWB a.F.

72 Es entspricht der Billigkeit, dass die Beigeladene die ihr im Vergabenachprüfungsverfahren gegebenenfalls entstandenen Kosten selbst trägt. Sie hat sich weder erst- noch zweitinstanzlich am Verfahren beteiligt, insbesondere keine Anträge gestellt.

- 73 Die Entscheidung über den Streitwert des Beschwerdeverfahrens bleibt einem gesondert zu treffenden Beschluss vorbehalten.