Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 106/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

gegen

- Antragsgegner -

- Beigeladene -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 5. Oktober 2017 am 18. Oktober 2017 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, auf der Grundlage der Transparenzbekanntmachung vom 23. August 2017 […] einen Zuschlag zugunsten der Beigeladenen zu erteilen. Ihm wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Markterkundung zurückzuversetzen und es unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer fortzusetzen.
2. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Aufwendungen selbst.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner (Ag) machte am 23. August 2017 durch eine freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung die beabsichtigte Vergabe […] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder Aufruf zum Wettbewerb im Supplement zum Amtsblatt der EU […] gemeinschaftsweit bekannt. Die Verfahrensbeteiligten streiten darüber, ob der streitgegenständliche Auftrag ohne vorherige Auftragsbekanntmachung – wie angekündigt – unmittelbar an die Beigeladene (Bg) erteilt werden kann.

1. Ziff. II.2.4) der Ex-ante-Transparenzbekanntmachung beschreibt den streitgegenständlichen Beschaffungsgegenstand wie folgt:**:**

   […]

   Als Begründung dafür, dass die Lieferungen/Dienstleistungen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden können und der Auftrag aus Sicht der Ag daher der Bg zu erteilen ist, führt die Bekanntmachung Folgendes an:

   „ aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten einschließlich Rechten des geistigen Eigentums

   […]

   Die Vergabedokumentation (Vermerk vom 24. Juli 2107) beschreibt den Ablauf der vom Ag durchgeführten Markterkundung auszugsweise wie folgt:

   „

   […]

   Laut [Bg] sind diese Lösungen durch Patente geschützt.“

   Gegen die Bezuschlagung der Bg wandte sich die Antragstellerin (ASt) mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. und 31. August 2017. Der Ag lehnte es mit Schreiben vom 29. August 2017 ab, der Rüge zu entsprechen, da die ASt technisch und aufgrund des

zugunsten der Bg bestehenden Patentschutzes auch rechtlich nicht in der Lage sei, die von der Ag verlangten Leistungen erbringen zu können.

2. Mit einem am 1. September 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Nachprüfungsantrag hat die Kammer dem Ag am gleichen Tag übermittelt.

a) Die ASt trägt vor, dass sie ein Interesse an der Erbringung des streitgegenständlichen Auftrages habe. Entgegen der Einschätzung der Ag falle der Auftrag auch in das Leistungsspektrum der ASt und könne daher nicht nur von der Bg erbracht werden.

Die geplante Direktvergabe zugunsten der Bg sei vergaberechtswidrig, weil die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV nicht vorlägen. Keines der von der insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Ag zitierten Patente bewirke, dass die Bg als einziges Unternehmen in der Lage sei, den streitgegenständlichen Auftrag zu erbringen. Der zu beschaffende […] mache schon von der jeweiligen technischen Lehre der in der Transparenzbekanntmachung genannten Patente keinen Gebrauch. Auch das System der ASt könne die in der Bekanntmachung aufgestellten Bedingungen erfüllen. Im Einzelnen:

Soweit die Ag in ihrer Bekanntmachung verlange, dass es möglich sein müsse, verschiedene Proben in kürzester Zeit zu wechseln, sei das genannte Patent der Bg […] nicht unerlässlich, da es schon keinen Probewechselmechanismus betreffe. Das Patent beschreibe vielmehr ein Steuerungssystem, um das Betriebsfluid aus dem [...] zu entfernen. Jedes der im Markt angebotenen Systeme, welches nicht auf dieses im Patent beschriebene Steuerungssystem zurückgreife, wie etwa dasjenige der ASt, sei rechtlich nicht zu beanstanden. Als Beispiele seien die Patente […] zu nennen, die sämtlich vor dem Prioritätsdatum des Patents der Bg bekannt gewesen seien. Ein Ausschließlichkeitsrecht der Bg in Bezug auf Bedingung Nr. 1 könne daher nicht festgestellt werden.

Die vom Ag in diesem Zusammenhang herangezogenen Argumente des zu gewährleistenden Probenschutzes in einem elektrostatisch geschützten Schaltkreis und des Messvorgangs vor der Abkühlung ergäben sich nicht aus der

Bekanntmachung. Offenbar verlange der Ag nachträglich auch noch, dass die Probe wie auch Teile des […] bei der Montage der Probe Zimmertemperatur hätten sowie, dass die Probe gebogen und der Widerstand in gebogenem Zustand eingestellt und während der Abkühlung stabil gehalten werde. Dies seien bislang nicht kommunizierte Anforderungen, auf die sich die ASt nicht haben einstellen können und die in der Bekanntmachung auch nicht als Bedingung für die Vergabe genannt worden seien.

Bedingung Nr. 2 verlange eine geringstmögliche Anpassung der mit verschiedenen Proben verbundenen Versuchsaufbauten, wofür ausweislich der Bekanntmachung eine Lösung ohne Veränderung der Verdrahtung „am geeignetsten scheine“. Schon diese Wortwahl belege, dass andere Lösungen ebenso möglich seien. Die Bg könne auch hier keine Ausschließlichkeitsrechte für sich reklamieren. Das zitierte Patent […] stehe schon nicht ihr, sondern vielmehr einem Dritten zu. Auch das vermeintliche Exklusivvertriebsrecht bestehe nach Auffassung der ASt nicht, da sich die […]-Gerät unmittelbar beim Hersteller und nicht bei der Bg beschafft habe. Jedenfalls betreffe das Patent nur eine Steuerschaltung (Digital-Analog-Umsetzerschaltung) sowie ein Verfahren zur Generierung einer analogen Ausgangsspannung für eine hochauflösende Messtechnik, so dass es nicht einschlägig für die Anpassung der mit verschiedenen Proben verbundenen Versuchsaufbauten im Hinblick auf deren Verdrahtung sei. Letztlich gebe es auch hier alternative Lösungen, die die vom Ag beschriebene Funktionalität gewährleisteten. Denkbar seien hier z.B. „Matrix-Switch modules“, die ebenfalls einen Wechsel von Instrumenten ohne Veränderung der Verkabelung ermöglichten und einer unbeabsichtigten Zerstörung empfindlicher Proben entgegenwirkten. Entgegenzutreten sei der Vorstellung des Ag, dass es sich bei dem von der Bg genutzten […] um in den […] integrierte Elektronik handele. Es sei vielmehr ein Stück Messelektronik, welches räumlich vollständig getrennt vom […] sei und mit diesem über Kabel verbunden werde.

Die vom Ag durchgeführte Markterkundung sei nicht ordnungsgemäß durchgeführt worden. Die in der Transparenzbekanntmachung als ausschlaggebend bezeichneten Bedingungen (Probewechsel in kürzester Zeit; Anpassung der Versuchsaufbauten mit geringstmöglichem Aufwand) seien bei der ASt nicht abgefragt worden. Mangels gleichem Informationsstand könne sich der Ag folglich nicht auf angebliche Ausschließlichkeitsrechte zugunsten der Bg berufen. Gleiches gelte für die im

Nachprüfungsverfahren nachgeschobenen Anforderungen des Probenschutzes und der Messungsmöglichkeit bereits während der Abkühlphase. Der Ag habe lediglich im März/April 2017 nach einem Basissystem mit Magneten und Vibrationsentkopplung gefragt, ohne die nunmehr relevanten Bedingungen anzusprechen. Ihr Informationsangebot könne folgerichtig nicht auf sämtliche, zum Teil auch erst im Nachprüfungsverfahren nachgeschobene Anforderungen eingegangen sein und könne somit nicht als Beleg für eine fehlende Befähigung der ASt für die Erbringung der Leistung herangezogen werden. Sie hätte jedoch ohne Weiteres ihr Informationsangebot entsprechend anpassen können, wenn ihr die Anforderungen kommuniziert worden wären. Der Vertreter des Ag habe der ASt gegenüber auf einer Tagung in […] im März 2017 sogar ein Upgrade auf einen schnellen Probenwechsel abgelehnt, obwohl die Geschwindigkeit nunmehr eine entscheidende Rolle spiele. Zwischen Juni und August 2017 habe der Ag exklusiv mit der Bg verhandelt und den ursprünglich abgefragten Leistungsumfang in Gesprächen mit ihr erweitert.

Selbst wenn tatsächlich Ausschließlichkeitsrechte zugunsten der Bg bestünden, handele es sich bei dem Probewechselmechanismus und der Messelektronik um externe Zubehörteile, die jeweils ca. 10 % des Gesamtauftragswerts ausmachten. Auch insofern dürfte der Ag nicht das gesamte System bei der Bg beschaffen, sondern allenfalls die patentgeschützten Geräte.

Anscheinend sei es dem Ag nur auf eine Lieferung noch im Jahr 2017 angekommen, was die Bg anscheinend zugesagt habe. Die in der Transparenzbekanntmachung genannten Bedingungen sowie die im Nachprüfungsverfahren nachgeschobenen Gründe sollten nur nachträglich das Ziel einer möglichst schnellen Beschaffung rechtfertigen.

Die ASt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die von dem Ag geplante Vergabe des Auftrags […] an die Bg im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb unzulässig ist.

2. Der Ag wird angewiesen, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht den Auftrag […] nur nach einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt trägt der Ag.

b) Der Ag beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen des Ag.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Ag wird für notwendig erklärt.

Der Ag trägt vor, dass die ASt bereits nicht antragsbefugt sei. Sie könne keine Verletzung in eigenen Rechten durch die vermeintliche Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen, weil sie nicht darlegen könne, inwieweit sie den zu vergebenden Auftrag werde ausführen können. Dass der Auftrag grundsätzlich in ihr Leistungsspektrum falle und sie nach ihrem Vortrag rechtlich und technisch zur Auftragsdurchführung in der Lage sei, reiche nicht aus. Es sei für den Ag überhaupt nicht absehbar, ob und inwieweit die ASt eine den Anforderungen entsprechende technische Lösung anbieten könne, so dass sie auch kein Interesse am Auftrag habe. Es dränge sich dem Ag der Verdacht auf, dass die ASt allein in Schädigungsabsicht zulasten des Ag und der Bg vorgehe.

Der Nachprüfungsantrag sei auch unbegründet, da die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb allein mit der Bg vorlägen. Aufgrund der ihr zustehenden Schutzrechte (hier: Patente) könne der Auftrag nur von dieser erbracht werden. Der

Ag habe sich im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts auf gewisse Spezifikationen festgelegt, die dazu führten, dass andere Unternehmen nicht in Betracht kämen. So habe der Ag definiert, dass ein Wechsel der zu untersuchenden Proben in kürzester Zeit möglich sein müsse und sich die mit verschiedenen Proben verbundenen Versuchsaufbauten mit geringstmöglichem Aufwand anpassen lassen müssten (Bedingungen 1 und 2). Der Ag habe in der Folge eine umfassende Marktanalyse vorgenommen und dabei festgestellt, dass nur das System der Bg die so definierten Leistungsmerkmale erfülle. Hierfür sei nicht erforderlich gewesen, bei der ASt die Bedingungen 1 und 2 explizit zu kommunizieren. Ebenso wenig sei es für eine ordnungsgemäße Markterkundung erforderlich, von allen Marktteilnehmern Informationen in gleicher Tiefe abzufragen bzw. über sämtliche Anforderungen gleichermaßen zu informieren. Es sei ausreichend gewesen, dass sich der Ag selbst ein Bild von den im Markt angebotenen Leistungen habe machen können. Für den Ag habe es nach der Erkundung auf der Hand gelegen, dass die ASt das gewünschte Versuchssystem nicht werde anbieten können. Da die ASt insbesondere über kein System verfüge, das die unerwünschte externe Verkabelung vermeide, und es somit für eine Nutzerplattform nicht so einsetzbar sei wie das System der Bg, habe keine Erforderlichkeit bestanden, mit ihr über ein Upgrade ihres Systems für einen schnellen Probewechsel zu sprechen. Sie biete keine in den […] integrierte Messelektronik für kleinste Ströme an, worunter die Nutzbarkeit ihres Systems leide. Die vom Ag zum Beleg seiner Anforderungen im Einzelnen näher ausgeführten technischen Spezifika des […] bzw. der an ihm angeschlossenen Systeme, seien auch nicht nur nachgeschoben. Soweit in der Rügeerwiderung und der Replik auf den Nachprüfungsantrag weitere technische Zusammenhänge (z.B. Schutz der Probe, Messung während des Abkühlungsvorgangs etc.) aufgeführt worden seien, habe man lediglich den begrenzten Umfang der Darstellungsmöglichkeit in der Transparenzbekanntmachung kompensieren, nicht jedoch neu aufgestellte Anforderungen an das System aufzeigen wollen. Jedenfalls diese präzisierten Bedingungen könne die ASt nicht erbringen.

Die in der Bekanntmachung genannten und zugunsten der Bg bestehenden Patente seien als untrennbarer Teil ihres Systems notwendig für die Auftragsausführung. Bezüglich der Bedingung Nr. 1 des schnellen Probenwechsels ermögliche die Lösung der Bg das schnelle Entfernen der alten und Einbringen der neuen Probe in ca. 30 Minuten. Zudem werde durch die Vorgehensweise die Probe optimal geschützt, was

drohende finanzielle Verluste auf Seiten des Ag verringere. Es sei nicht klar, wie ein Gesamtsystem der ASt aussehen solle, welches die Anforderungen gleichermaßen erfüllen könne. Die von ihr angeführten vermeintlich alternativen Patente ließen offen, wie die Lösung insgesamt aussehe. Irrelevant sei, dass der Probenwechselmechanismus nur 10 % des Gesamtauftragswerts ausmache, da der Ag ein Gesamtsystem und nicht einzelne Komponenten beschaffen wolle.

Gleiches gelte für die Bedingung Nr.2 des geringstmöglichen Anpassungsaufwands. Auch wenn der weitere Wortlaut der Vorgabe „am geeignetsten erscheint hier eine Lösung, bei der die Verdrahtung der Probe nicht geändert werden muss“ etwas schwammig sei, habe die Markterkundung ergeben, dass allein das von der […] entwickelte Steuerungssystem […] zu ihrer Erfüllung tauglich sei. Da die Bg aufgrund einer Vereinbarung mit dem Patentinhaber seit Februar 2016 über das Exklusivrecht für den Vertrieb bei Anwendungen […] verfüge, könne die ASt diese Komponente nicht anbieten. Auch ein Direktkauf bei der […] durch die Ag selbst sei – unbeschadet der Tatsache, dass sie ein Gesamtsystem beschaffen wolle – daher nicht möglich. Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus dem Email-Verkehr zwischen der ASt und der Universität Sherbrooke, da die darin angesprochene Kontaktaufnahme mit der Patentinhaberin vor Vereinbarung des Exklusivrechts erfolgt sei. Die von ihr darüber hinaus benannten Alternativen (z.B. Matrix-Switch modules) seien der Ag bekannt, würden von ihr jedoch nicht als gleichwertig erachtet, da sie keine adäquate Lösungen für Nutzerplattformen – wie vorliegend geplant – unter gleichzeitiger Gewährleistung einer hohen Messauflösung darstellten.

Die ASt habe somit im Ergebnis weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung konkret darlegen können, wie sie sämtliche Anforderungen des Ag erfüllen wolle. Damit bestätige sie indirekt die vom Ag durchgeführte Markterkundung.

Dass die Bg noch im Jahr 2017 werde liefern können, sei letztlich kein ausschlaggebender Gesichtspunkt für die geplante Vergabe an sie gewesen.

c) Mit Beschluss vom 4. September 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg hat an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, aber keine schriftliche Stellungnahme abgegeben oder Anträge gestellt.

3. In der mündlichen Verhandlung am 25. September 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Parteien, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

4. Die Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung der Vorsitzenden vom 5. Oktober 2017 bis zum 20. Oktober 2017 verlängert, auch um Vergleichsverhandlungen der Verfahrensbeteiligten Zeit und Raum zu geben. Die vom Ag in der Folge als Vergleich angebotene Zurückversetzung des Verfahrens in den Zeitpunkt der Markterkundung im Gegenzug zur Rücknahme des Nachprüfungsantrags und hälftiger Kostentragungslast wurde von der ASt nicht akzeptiert. Den daraufhin vom Ag erhobenen Vorwurf einer rechtsmissbräuchlichen Fortführung des Nachprüfungsantrags in Schädigungsabsicht des Ag und Bg wies die ASt zurück. Zwar sei die angebotene Zurückversetzung des Vergabeverfahrens akzeptabel, nicht jedoch die Pflicht zur Rücknahme des Antrags und die hälftige Kostenteilung. Dies sei angesichts des Sach- und Streitstandes nicht angemessen. Da der Ag allein aufgrund des Stellung des hiesigen Nachprüfungsantrags dazu habe bewegt werden können, die technischen Lösungen der ASt bei der Markterkundung zu berücksichtigen, sei eine Tragung einer wesentlichen Kostenlast durch die ASt vorliegend unbillig.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

   a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb der für die europaweite Vergabe einschlägigen Auftragsschwellenwerte für Lieferungen – sind zwanglos erfüllt.

   b) Die ASt ist auch antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Sie macht geltend, durch das allein mit der Bg geplante Verhandlungsverfahren in ihrer wettbewerblichen Beteiligungsmöglichkeit eingeschränkt werde, zumal sie – nach ihrem Vortrag – die von dem Ag in der Transparenzbekanntmachung aufgestellten Bedingungen

gleichermaßen erfüllen könne wie die Bg. Ob die angeführten Patente tatsächlich Ausschließlichkeitsrechten zugunsten der Bg begründen, so dass der ASt eine Angebotsabgabe unmöglich wäre, ist zwischen den Verfahrensbeteiligten umstritten und daher im Rahmen der Begründetheit zu thematisieren.

c) Die ASt hat die geplante Vergabe zugunsten der Bg nach Veröffentlichung der Transparenzbekanntmachung am 23. August 2017 mit Schreiben vom 28. und 31. August 2017 die gewählte Vorgehensweise gegenüber dem Ag gerügt. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde gewahrt.

d) Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht als rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Die Zurückweisung des Vergleichsangebots, weil es eine – aus Sicht der ASt – nachteilige Kostenfolge beinhaltet, führt nicht dazu, dass dem ASt eine unlautere Motivation bei der Stellung des Antrags bzw. der Fortführung des Verfahrens zur Last gelegt werden könnte. Der Ag hätte dem Nachprüfungsantrag seinerseits durch eine echte Abhilfe, freilich verbunden mit einer negativen Kostenfolge zu seinen Lasten, die Grundlage entziehen können. Dass der ASt angesichts des Sach- und Streitstands (dazu sogleich) eine für ihn günstige Kostenfolge präferiert, ist rational und kein Rechtsmissbrauch.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb mit dem Ziel der Beauftragung der Bg ist vergaberechtswidrig. Der Ag hat nicht hinreichend belegt, dass die Bg das einzige Unternehmen ist, welche die in der Transparenzbekanntmachung genannten Bedingungen Nr. 1 und 2 erfüllen kann (dazu sub a)). Darüber hinaus weicht auch das von der Bg eingereichte Angebot selbst von den aufgestellten Vorgaben ab, so dass es seinerseits nicht bezuschlagungsfähig ist (dazu sub b)). Ein Zuschlag kann im streitgegenständlichen Vergabeverfahren folglich nicht erteilt werden, weshalb es zurückzuversetzen und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer fortzuführen ist (dazu sub c)).

a) 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

beruft sich der Ag vorliegend auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 c) VgV. Danach ist die gewählte Verfahrensart möglich, wenn der Auftrag wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten, insbesondere von gewerblichen Schutzrechten, nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann. Sämtliche Ausnahmen vom vorrangig durchzuführenden offenen oder nicht offenen Verfahren sind grundsätzlich eng auszulegen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2017, VII-Ver 13/17). Dies gilt erst recht, wenn – wie auch hier – letztlich nur noch mit einem Unternehmen verhandelt werden soll, die Vergabe also vollkommen außerhalb des Wettbewerbs erfolgt. Die Beweislast für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands trägt der Ag. Hierbei sind stichhaltige Belege beizubringen, aus denen sich das Vorliegen der Voraussetzungen ergibt (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, C-275/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2013, VII-Verg 24/13). Dass die diesbezüglich in der Transparenzbekanntmachung genannten Leistungsparameter und Bedingungen allein von der Bg aufgrund der ihr selbst bzw. über eine Exklusivvertriebsvereinbarung zustehenden Patente erbracht werden können, steht zur Überzeugung der Kammer vorliegend nicht fest. Im Einzelnen:

(1) Soweit der Ag in der Transparenzbekanntmachung vorgegeben hat, dass die *„Möglichkeit des Wechsels verschiedener Proben in kürzester Zeit“* gegeben sein muss (Bedingung Nr. 1) und darüber hinaus sich *„die mit verschiedenen Proben verbundenen Versuchsaufbauten (…) mit geringstmöglichem Aufwand anpassen lassen müssen [wobei] am geeignetsten hier eine Lösung (scheint), bei der die Verdrahtung der Probe nicht verändert werden muss“* (Bedingung Nr.2), handelt es sich um rein funktionale Anforderungen an den zu beschaffenden […]. Daneben hat sie einige von der Anlage zu erfüllende Leistungsmerkmale […] in der Bekanntmachung vorgegeben.

Für den Beschaffungsbedarf war ausweislich der Transparenzbekanntmachung somit nur von Bedeutung, dass neben den einzuhaltenden Leistungsparametern das zu beschaffende Gerät bestimmte Funktionalitäten bzw. Handhabungsmöglichkeiten aufweist; der konkrete technische Lösungsweg hierfür wird durch die beiden genannten Bedingungen jedoch nicht vorgegeben. Im Gegenteil belegt die Wortwahl („kürzeste Zeit“, „geringstmöglicher Aufwand“, „am geeignetsten scheint zu sein“) eine Offenheit in Bezug auf die Art und Weise der (graduellen) Erfüllbarkeit. Auch wenn sich

beim Ag im Laufe der Markterkundung eine gewisse Vorstellung bezüglich des bevorzugten […] entwickelt haben mag, hat er letztlich keine „harten“ Anforderungen (wie etwa: „Probewechsel in unter 30 Minuten“ oder „keine Änderung der Verdrahtung der Probe möglich“) an die Anlage aufgestellt, anhand derer die Kammer im Ausgangspunkt eine Exklusivität der Bg, respektive einen per-se-Ausschluss der ASt messen könnte. Eine Unerlässlichkeit der Nutzung der Ausschließlichkeitsrechte des Patents der Bg (hinsichtlich des Lademechanismus der Probe) bzw. des – zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittenen – Exklusivvertriebsrechts für das System […] (in Bezug auf die Messelektronik) lässt sich daher nicht unmittelbar aus den beiden genannten Bedingungen ableiten.

Aus dem gleichen Grund vermögen die im Nachprüfungsverfahren vom Ag angeführten technischen Erklärungen für eine Präferenz zugunsten des Systems der Bg (z.B. bessere Nutzerplattformfähigkeit wg. geringerer Fehleranfälligkeit; Messmöglichkeit während des Abkühlungsvorgangs; besserer Probenschutz etc.) dessen Ausschließlichkeit nicht zu begründen. Denn sie finden ebenfalls keinen Anhalt in den beiden Bedingungen.

(2) Die ASt hat darüber hinaus vorgetragen, dass ihr System grundsätzlich auch einen Probenwechsel innerhalb von sechs bis acht Stunden realisieren kann, was für sich genommen die Bedingung Nr. 1 erfülle, und dass es neben dem genannten Patent der Bg weitere, explizit den Probenwechsel betreffende Patente gebe, welche die Bedingung Nr. 1 grundsätzlich einhielten (u.a. die […]. Dem ist der Ag nicht substantiiert entgegengetreten, sondern hat sich darauf zurückgezogen, dass die ASt ihrerseits nicht dargelegt habe, wie das Gesamtsystem bei Nutzung der von ihr zitierten Patente aussehen solle. Dies verkehrt jedoch die Rollen bei der Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf die Ausschließlichkeitsrechte: Es wäre am Ag gewesen darzulegen, weshalb die von der ASt angeführten Patente untauglich sind, die Bedingung Nr. 1 zu erfüllen, und nicht an der ASt in Unkenntnis einer (ohnehin nicht vorhandenen) Leistungsbeschreibung, ein potentielles Gesamtsystem darzustellen. Dies hat der Ag jedoch nicht getan.

Ebenso hat die ASt vorgetragen, dass es Alternativsysteme zum vom Ag präferierten […] gibt, die im Sinne der Transparenzbekanntmachung den Anpassungsaufwand reduzieren sollen. Diese Alternativen werden ebenfalls nicht durch den – für die Entscheidung der Kammer allein maßgeblichen – Wortlaut der Bedingung Nr. 2 ausgeschlossen. Darauf, dass die von der ASt angeführten Alternativsysteme aus Sicht des Ag für Nutzerplattformen aufgrund ihrer (vorgetragenen) Fehleranfälligkeit nicht erwünscht seien, kommt es nicht an. Denn ein Ausschluss dieser Systeme kann aus den aufgestellten Bedingungen ebenfalls nicht eindeutig abgeleitet werden, so dass die Beteiligung der ASt jedenfalls nicht definitiv ausgeschlossen erscheint.

Die Transparenzbekanntmachung stellt im Ergebnis keine taugliche Grundlage für die Rechtfertigung eines Verhandlungsverfahrens allein mit der Bg dar.

(3) Gegenteiliges ergibt sich auch nicht aus der vom Ag durchgeführten Markterkundung. Auf diese kann er sich schon deshalb nicht zur Rechtfertigung des Wettbewerbsausschlusses zu Lasten der ASt berufen, weil er dieser gegenüber die Anforderungen an das zu beschaffende System nicht vollständig kommuniziert hat. Im Gegenteil hat er ausweislich des von ihm vorgelegten Vermerks zum Ablauf der Markterkundung vom 24. Juli 2017 Teile der streitgegenständlichen Anforderungen exklusiv mit der Bg besprochen (Betrieb als Nutzerplattform, Messungsbeginn wenige Minuten nach Probeneinbau, Probenwechsel in weniger als 30 Minuten). Er hat daher schon in der Vorbereitung der Vergabe die fehlende Lieferfähigkeit der ASt aufgrund einer von dieser nicht angebotenen integrierten Messelektronik unterstellt und in der Folge allein die Möglichkeiten der Bg abgefragt, weil er deren System als vorzugswürdigere Lösung angesehen hatte. Dies gilt es zu korrigieren.

b) Hinzu kommt, dass auch das vom Ag für den Zuschlag vorgesehene Angebot der Bg nach Lage der Akten jedenfalls nicht sämtliche an die Anlage gestellten Anforderungen – im Sinne der in der Bekanntmachung genannten Leistungsparameter – erfüllt. Da es aus sich heraus somit nicht zuschlagsfähig ist – zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen wird auf die Darstellung der einzelnen Abweichungen zu den Parametern verzichtet – taugt es auch aus diesem Grund nicht zur Rechtfertigung eines Alleinstellungsmerkmals der Bg.

Im Streitfall ist der Verzicht auf ein wettbewerbliches Verfahren seitens des Ag nicht gerechtfertigt. Bei Fortbestehen des Beschaffungsbedarfs hat der Ag daher entweder von vornherein ein wettbewerbliches, vergaberechtskonformes Verfahren durchzuführen oder aber unter transparenter Bekanntgabe seiner Anforderung eine Markterkundung vorzunehmen, um anhand der Rückläufer beurteilen zu können, ob tatsächlich eine rechtliche und/oder technische Alleinstellung der Bg besteht.

c) Für die Fortführung des Verfahrens sieht sich die Kammer noch zu folgenden Ausführungen veranlasst: Dem Ag ist zuzugestehen, dass die Frage, ob ein Auftrag – wie hier aufgrund des angeführten Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten – nur von einem bestimmten Unternehmen ausgeführt werden kann, im Ausgangspunkt von der Definition des Auftragsgegenstands und der Bestimmung seiner technischen Spezifikationen durch den Auftraggeber abhängt. Es kann je nach dessen Ausgestaltung durchaus die vergaberechtskonforme Folge eintreten, dass aufgrund bestimmter Merkmale nur ein Unternehmen in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, wenn der Ag die ihm zustehende und dem Vergabeverfahren grundsätzlich vorgelagerte Bestimmungsfreiheit, ob und was beschafft werden soll, sachgerecht ausgeübt hat. Die vergaberechtlichen Anforderung an die Beschaffungsbedarfsdefinition sind nach ständiger Rechtsprechung 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. September 2016, VII-Verg 13/16, Beschluss v. 1. August 2012, VII-Verg 10/12, jeweils m.w.N.). Dabei gilt, dass eine Leistungsbestimmung, die – wie vorliegend – zu einem völligen Wettbewerbsausschluss führt, größerer Darlegungs- und Rechtfertigungstiefe bedarf als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis (nur) zu einer hersteller- oder produktbezogenen Leistungsspezifikation gemäß § 31 Abs. 6 VgV führt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2017, VII-Verg 13/17). Bei Vorliegen entsprechender rechtfertigender Sachgründe ist es dem Ag daher grundsätzlich nicht verwehrt, ggf. wettbewerbsbeschränkende Spezifikationen aufzustellen. Diese sind

entsprechend transparent zu machen und – auch für etwaige Nachprüfungsverfahren – hinreichend zu dokumentieren.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 und S. 4 GWB.

Danach hat der Ag als unterliegende Partei sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Bg hat sich – abgesehen von der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung – nicht am Verfahren beteiligt, keine Schriftsätze eingereicht oder Anträge gestellt und damit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen. Daher ist sie nicht als zusammen mit dem Ag unterliegende Partei anzusehen.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die ASt war notwendig. Es stellten sich komplexe Fragestellungen in patent- und vergaberechtlicher Hinsicht, welche die ASt selbst nicht aufarbeiten konnte.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf Vergabesenat , Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzu¬legen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel ange¬ben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann Zeise