



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 75/19

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Beschaffung einer Röntgenkleinwinkelstreuanlage“ (Referenznummer der Bekanntmachung [...]) hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 2019 am 23. Oktober 2019 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass der von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen am [...] 2019 abgeschlossene Vertrag über die Lieferung einer Röntgenkleinwinkelstreuanlage (Referenznummer der Bekanntmachung [...]) unwirksam ist.
2. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), eine [...], die mit überwiegender Finanzierung durch den Bund u.a. im Bereich der [...]forschung tätig ist, hat am [...]2019 EU-weit bekannt gemacht, dass sie am [...]2019 den Auftrag zur Beschaffung einer Röntgenkleinwinkelstreuanlage an die Beigeladene (Bg) vergeben habe. Diese SAXS-Anlage (Small Angle X-ray Scattering) soll im Bereich der [...]forschung der Ag eingesetzt werden, um mithilfe von Röntgenstrahlen [...]zu analysieren. Der Auftragswert beträgt gemäß Ziffer II.1.7 der EU-Bekanntmachung vergebener Aufträge [...]€.

In der EU-Bekanntmachung hat die Ag unter Ziffer II.2.4 das beschaffte Gerät näher beschrieben. Dieses müsse u.a. über einen verfahrbaren Detektor verfügen, der den Umbau bei Wechsel des Probe-Detektor-Abstands obsolet mache, Streuvektoren $< 0,025 \text{ nm}^{-1}$ auflösen können sowie über eine „zusätzliche WAXS Option“ verfügen „mit zweidimensionalem Detektor über zumindest einen Quadranten bis zu einem Streuwinkel 2θ von ca. 90° . Unter Ziffer IV.1.1 der EU-Bekanntmachung führte die Ag näher aus, dass sie den Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb vergeben habe, weil nur die Bg in der Lage sei, den Beschaffungsbedarf der Ag zu erfüllen, da die Röntgenoptik und die Strahlstabilität von dieser patentiert seien. Ziffer IV.1.1 der EU-Bekanntmachung endet mit folgender Formulierung:

„Auch die Voraussetzungen des § 14 Abs. 6 VgV sind erfüllt. Eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung besteht nicht. Auch von einer künstlichen Einschränkung kann bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs nach den obigen Ausführungen keine Rede sein“.

Der Vergabeakte der Ag ist Folgendes zu entnehmen: In einem Vermerk vom [...] 2019 führt die Ag die Anforderungen an das benötigte SAXS-System auf (dieselben wie in Ziffer II.2.4 der EU-Bekanntmachung vom [...] 2019). Außerdem begründet die Ag in diesem Vermerk die Notwendigkeit dieser Anforderungen für ihre Forschungszwecke und kommt zu dem Ergebnis, dass das System der Bg das einzige auf dem Markt erhältliche Gerät sei, das alle diese Anforderungen gleichzeitig erfüllen könne. Dieselben Ausführungen enthält der Vergabevermerk der Ag vom 24. Juli 2019 (Ziffer 01.2). Darüber hinaus führt die Ag im Vergabevermerk aus, dass wegen der Patente der Bg gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt werden dürfe. Zum Nichtvorliegen des § 14 Abs. 6 VgV zitiert die Ag hier den Gesetzeswortlaut. Ausweislich Ziffer 06.2 des Vergabevermerks seien mit der Bg Preisverhandlungen durchgeführt und die Bg sei „zur Abgabe von optimierten Angeboten aufgefordert“ worden. Die Vergabeakte enthält außerdem einen Vermerk der Ag vom [...] 2019 mit der Überschrift „Komplettierung, Spezifizierung und zeitlicher Ablauf der Marktrecherche für die Röntgenkleinwinkelstreuanlage nach Vergabemerk vom [...] 2019“. Ohne die einzelnen Schritte näher zu beschreiben, ist die Ag hiernach diesbezüglich wie folgt vorgegangen:

- Ende September 2018: Einfache Preisanfrage für eine SAXS bei einem der vier weltweiten Hersteller solcher Anlagen;
- Anfang Dezember 2018: Bereitstellung und Genehmigung der finanziellen Mittel für eine SAXS;
- ohne Datumsangabe: Diskussionen mit Fachkollegen innerhalb der Ag sowie externen Experten von einer deutschen und einer US-amerikanischen Universität. Hierbei habe die Ag von den „sehr positiven Erfahrungen“ der beiden externen Wissenschaftler mit Geräten der Bg erfahren;
- 13. Dezember 2018: erste Kontaktaufnahme mit der Bg;
- 23. Januar 2019: Gespräch mit einem anderen Hersteller von SAXS, der mitgeteilt habe, dass er die Anforderungen der Ag nicht erfüllen könne;
- Ende Januar 2019: ca. zweiwöchige (u.a. Internet-)Recherche der Spezifikationen der SAXS anderer bekannter Hersteller, u.a. der ASt, sowie Diskussionen mit hausinternen und externen Wissenschaftlern mit Kenntnissen in Röntgenstreuung. Ausweislich der

Internetseiten der ASt erfüllten deren Geräte mehrere Anforderungen der Ag nicht; dasselbe gelte für das Gerät eines weiteren Herstellers;

- Ende Januar/Anfang Februar 2019: Feststellung, dass zu diesem Zeitpunkt keine vergleichbaren Anlagen zu der später beschafften Anlage der Bg angeboten würden, sowie Entschluss, dass nur dieses Gerät der Bg für die Ag in Frage komme;
- [...]2019: Testmessungen bei der Bg und Nachweis der Eignung deren Geräts für die Messungen der Ag;
- [...] 2019: Bestellung einer SAXS bei der Bg.

Ferner enthält die Vergabeakte ein undatiertes Blatt mit den „Specifications Small-Angle X-ray Scattering“, auf dem in englischer Sprache die Anforderungen an das benötigte SAXS-System beschrieben werden. Diese entsprechen weitgehend den in Ziffer II.2.4 der EU-Bekanntmachung vom [...] 2019 aufgezählten Merkmalen. Auf einer CD-Rom, die der Vergabeakte beiliegt, trägt die betreffende Datei das Datum [...] 2019. Außerdem befinden sich in der Vergabeakte screenshots von der homepage der ASt mit Produktbeschreibungen ihrer SAXS vom 28. August und vom 20. September 2019.

Nachdem die Antragstellerin (ASt) über die Internetseite „[...]“ am 20. August 2019 von der Auftragsvergabe an die Bg Kenntnis erlangte, rügte sie am 21. August 2019, dass nicht nur die Bg, sondern auch sie die betreffende Anlage liefern könne. Die Ag bot der ASt am 26. August 2019 an, ihren Standpunkt telefonisch näher zu erläutern, meinte aber, dass nur die Bg einen verfahrenbaren Detektor liefern könne und nur deren Gerät die Streuvektoren $< 0,025 \text{ nm}^{-1}$ auflösen könne. Nach dem gemeinsamen Telefonat am 28. August 2019 bat die ASt die Ag am 30. August 2019 um die technischen Details der benötigten Anlage sowie um die vollumfängliche Begründung, warum die Ag den Auftrag freihändig ohne Wettbewerb vergeben habe. Am 3. September 2019 forderte die Ag die ASt auf, ein konkretes Produkt zu benennen, das alle Parameter der Bekanntmachung erfülle, und Beschreibungen bzw. Nachweise hierüber einzureichen. Am 5. September 2019 schrieb die ASt der Ag, dass die Ag die Nachweispflicht und Bringschuld von Dokumenten an die ASt adressiere, und sie sich daher dazu entschieden habe, die Vorgehensweise der Ag von der Vergabekammer nachprüfen zu lassen.

2. Mit Schreiben vom 11. September 2019, eingegangen am 18. September 2019, beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

- a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Zur Zulässigkeit trägt die ASt vor, ihr Auftragsinteresse ergebe sich aus ihrer E-Mail an die Ag vom 21. August 2019 sowie aus ihrem Nachprüfungsantrag, in denen sie dargelegt habe, dass sie ein förmliches Vergabeverfahren für notwendig erachte und ihr anderenfalls ein Schaden drohe. Die ASt sei auch in der Lage, ein den Anforderungen der Ag entsprechendes System zu liefern. Zum Beleg legt die ASt mehrere Datenblätter und Produktbeschreibungen ihrer SAXS-Systeme vor und bietet einen Zeugen an.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet; denn der mit der Bg am 24. Juli 2019 abgeschlossene Vertrag sei unwirksam, weil er im Wege einer unzulässigen Direktvergabe zustande gekommen sei. Wie die Ag durch eine einfache schriftliche oder telefonische Anfrage bei der ASt hätte in Erfahrung bringen können, erfülle auch die ASt die von der Ag bisher nie in Form eines detaillierten Leistungsverzeichnisses aufgestellten Anforderungen. Beim Verkauf von solchen SAXS-Systemen sei es üblich, dass die Konfiguration der zu liefernden Anlage kundenindividuell mit den Herstellern diskutiert, verhandelt und vereinbart werde. Es sei gängige Praxis, dass die Kunden vor dem Erwerb dieser hochpreisigen (i.d.R. über [...] € teuren) Systeme Anfragen an die Hersteller richteten, die diese ihrerseits in Form eines ersten Angebots beantworteten. Hieran schlossen sich dann die technische Klärung der Anforderungen, kaufmännische Verhandlungen sowie ggf. Teststellungen an. Dementsprechend würden Hersteller wie die ASt und die Bg in ihren Prospekten oder auf ihrer Internetseite nur Basis-Standardgeräte bzw. Basiskomponenten beschreiben, die je nach Kundenanforderung ausgebaut und erweitert würden. Stelle man allein auf die homepages der Hersteller ab, erfülle auch die Bg nicht alle Anforderungen der Ag.

Wie sich aus dem 50. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU ergebe, dürften Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wegen ihrer negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb nur unter sehr engen Umständen durchgeführt werden. Hierbei sei besonders § 14 Abs. 6 VgV zu beachten, wonach der öffentliche Auftraggeber bereits bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands Alternativen und Ersatzlösungen zu prüfen habe. Jedenfalls dann, wenn es wie hier weltweit nur vier Anbieter von SAXS-Systemen gebe, sei es dem öffentlichen Auftraggeber auch zuzumuten, verobjektiviert, transparent, ergebnisoffen und den Grundsatz der Gleichbehandlung

während den Markt zu erkunden und dies zu dokumentieren. Dies habe die Ag hier nicht getan. So ergebe sich aus der Vergabeakte, dass die Ag mit der Bg bereits am 13. Dezember 2018 gesprochen und ausschließlich mit der Bg Kontakt aufgenommen und in engem Zusammenwirken mit der Bg die Beschaffung vorbereitet, die technischen Anforderungen festgelegt, Wettbewerbsprodukte ausgeschlossen, eine Teststellung des Geräts der Bg vorgenommen und schließlich die Beschaffung durchgeführt habe. Hinsichtlich der ASt habe die Ag lediglich unterstellt, dass das auf deren Internetseite angesprochene SAXS-System mit einer Länge von 2,7 Metern nicht ihre Anforderungen erfülle. Was aber z.B. den von der Ag bemängelten Streuwinkel von bis zu 90° angehe, habe die ASt seit einem Messeauftritt der Bg im Herbst 2018 damit begonnen, ebenfalls SAXS mit dieser Eigenschaft zu entwickeln.

Zu den weiteren Ausnahmetatbeständen, auf die sich die Ag zur Rechtfertigung ihrer Vorgehensweise beruft, führt die ASt näher aus, warum die beiden erwähnten Patente der Bg für die Erfüllung der technischen Anforderungen der Ag irrelevant seien. Die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands des § 14 Abs. 4 Nr. 4 VgV lägen ebenfalls nicht vor, weil die hier zu beschaffende Anlage nicht ausschließlich für Forschungs- und Entwicklungszwecke hergestellt und vertrieben würde. Solche Geräte würden gerade auch an Industriekunden verkauft, die diese z.B. zur Produktentwicklung und -optimierung einsetzen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. festzustellen, dass der am [...] 2019 mit der Bg abgeschlossene Vertrag über die Lieferung einer Röntgenkleinwinkelstreuanlage von Anfang an unwirksam ist;
2. hilfsweise, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB notwendig war;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig zu erklären,
3. die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Ag, der ASt aufzuerlegen.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits aus mehreren Gründen unzulässig.

So fehle der ASt die Antragsbefugnis, weil sie offensichtlich nicht in der Lage sei, die technischen Anforderungen der Ag zu erfüllen. Abgesehen davon habe die Ag unabhängig von der Alleinstellung der Bg gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 4 VgV ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchführen dürfen, weil das zu beschaffende Gerät unmittelbar Gegenstand der Forschung sei.

Des Weiteren sei der Nachprüfungsantrag unzulässig, weil der der Bg erteilte Zuschlag wirksam sei. Die Ag trägt vor, warum die im Einzelnen aufgestellten Spezifikationen der zu beschaffenden Anlagen ihrer Meinung nach aus fachlich-wissenschaftlicher Sicht berechtigt gewesen seien. Es gehe hier um Hochleistungswissenschaft, in der die Ag das Optimum verlange, um ihre Spitzenforschung durchführen zu können. Die in der EU-Bekanntmachung genannten Spezifikationen seien auch nicht speziell auf die Anlage der Bg zugeschnitten worden, sondern bestimmte, von der Ag zu untersuchende Fragestellungen könnten nur so beantwortet werden. In der mündlichen Verhandlung trägt die Ag hierzu u.a. ergänzend vor, dass ein Streuwinkel von bis zu 90° deshalb erforderlich sei, weil dieser Winkel bei Gold ca. 83° betrage; bei Geräten mit einem Winkelbereich bis höchstens 60° wie sie die ASt anbiete, könnten Goldproben also gar nicht analysiert werden. Sofern sich dies nicht bereits so aus der Vergabeakte ergebe, dürfe die Ag solche Erwägungen im Nachprüfungsverfahren nachholen. Die Ag meint, dass sie bei der Bestimmung ihres Beschaffungsbedarfs nicht die vergaberechtlichen Grenzen überschritten habe. Markterforschungen oder -erkundungen seien nach der Vergaberechtsprechung nicht notwendig. Ebenso wenig komme es darauf an, ob der festgelegte Beschaffungsgegenstand die einzige oder sinnvollste Lösung sei. Abgesehen davon habe hier vor der Beschaffungsentscheidung sogar eine Marktanalyse stattgefunden. Diese sei im Wesentlichen im Wege eines weltweiten Austauschs mit anderen Wissenschaftlern und durch eine umfassende Internetrecherche erfolgt. Ausweislich der homepage der ASt erfüllten ihre Produkte nicht alle Anforderungen der Ag, dies bestätigten auch die später angefertigten screenshots, die sich in der Vergabeakte befänden. Wenn jedoch der homepage eines Unternehmens zu entnehmen sei, dass

dieses über kein passendes Produkt verfüge, müsse ein Auftraggeber bei diesem nicht zusätzlich anrufen. Denn da die Unternehmen im Rechts- und Geschäftsverkehr auf ihrer homepage mit ihren neuesten Produkten werben, vertraue der Markt darauf, dass der Internetauftritt aktuell sei. Da eine Beschaffung und damit auch eine Marktrecherche praktisch handhabbar bleiben müsse, könne der Ag auch nicht zugemutet werden, „vorsichtshalber“ bei einem Unternehmen zusätzlich telefonisch nachzufragen, ob seine homepage auf dem aktuellen Produktstand sei. Allein die ASt müsse die Folgen dafür tragen, dass sie ihre homepage nicht regelmäßig aktualisiere. Zudem habe die ASt bis heute kein konkretes Produkt benannt, das die Spezifikationen der Ag erfülle. Auch die im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Unterlagen der ASt bestätigten, dass sie nicht lieferfähig sei. Unabhängig davon sei es unerheblich, ob die ASt inzwischen über taugliche Geräte verfüge. Denn für das Vorliegen des Ausnahmetatbestands des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV komme es auf den Zeitpunkt an, zu dem die Ag diese Ausnahmeveraussetzungen geprüft habe; abzustellen sei daher hier auf Mai, spätestens Juli 2019.

In der mündlichen Verhandlung betont die Ag, dass auch § 14 Abs. 6 VgV von ihr keine weitergehenden Prüfungen verlange. Denn wie der Wortlaut dieser Norm zeige, beziehe sich diese ausschließlich auf den Beschaffungsgegenstand, für den „vernünftige Alternativen oder Ersatzlösungen“ zu suchen seien. Wenn jedoch wie hier feststehe, dass die Leistungsparameter des Beschaffungsgegenstands alternativlos seien, verpflichte § 14 Abs. 6 VgV den Auftraggeber nicht dazu, alternative Anbieter zu suchen, die zur Befriedigung seines Bedarfs in Frage kämen.

- c) Durch Beschluss vom 26. September 2019 hat die Vergabekammer die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Diese beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten für die Bg für notwendig zu erklären,
 3. der ASt die Kosten des Verfahren einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Bg aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die ASt nicht antragsbefugt sei. Ihr fehle der erforderliche Schaden, weil sie bislang nicht dargelegt habe, wie und mit welchem Produkt sie sich an einer Ausschreibung beteiligt und Zuschlagschancen gehabt hätte.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die Ag die Bg vergaberechtskonform in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb beauftragt habe. Denn nur die Bg könne den Auftrag der Ag erfüllen, aus technischen Gründen sei kein Wettbewerb vorhanden. Was ein öffentlicher Auftraggeber beschaffe, sei von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht zu kontrollieren; die Grenzen, die die Vergaberechtsprechung wegen § 31 Abs. 6 VgV setze, habe die Ag nicht überschritten. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber diese Grenzen einhalte, komme es nicht darauf an, ob der Beschaffungsgegenstand die einzige oder sinnvollste Lösung sei oder ob es Alternativen oder Ersatzlösungen gebe. Zu einer umfassenden Marktschau seien Auftraggeber nicht verpflichtet, sie trügen jedoch das Risiko, wenn die Markteinschätzung nicht zutreffe. Ein solcher Vorwurf sei der Ag hier nicht zu machen, da die Bg derzeit die einzige sei, die die von der Ag benötigte Anlage liefern könne. Jedenfalls zum maßgeblichen Zeitpunkt, in dem die Ag ihre Leistungsparameter festgelegt habe, also Ende Dezember 2018, habe die ASt mehrere dieser Parameter nicht erfüllen können. Nach einer Fachmesse in den USA im Oktober 2018, an der sowohl die ASt als auch die Bg teilgenommen hätten, hätten z.B. alle gewusst, dass nur das Gerät der Bg in der Lage sei, die Anforderung „zusätzliche WAXS Option bis zu einem Streuwinkel 2θ von ca. 90° “ zu erfüllen. Diesbezüglich bestehe vorliegend allenfalls ein Dokumentationsproblem. Fehlende Dokumentationen könnten jedoch nachgeholt werden.

Die Bg trägt weiter vor, dass die Verhandlungen zwischen der Ag und ihr erst stattgefunden hätten, nachdem die Ag die erforderlichen Mindestanforderungen und sonstigen wesentlichen Features im Wege ihres Leistungsbestimmungsrechts ausgewählt und festgelegt habe.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 16. Oktober 2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, zulässig (hierzu 1.) und begründet (hierzu 2.); der von der Ag mit der Bg abgeschlossene Vertrag ist unwirksam.

1. Die Voraussetzungen an die Zulässig- und Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags sind vorliegend erfüllt.

a) Die Ag unterliegt als [...]einrichtung, die überwiegend vom Bund und mehreren Bundesländern finanziert wird, als öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 99 Nr. 2 lit. a) GWB den Regelungen des Vergaberechts. Zur Überprüfung der Vergabeverfahren der Ag sind gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB die Vergabekammern des Bundes zuständig, weil 90% der der Ag von der öffentlichen Hand gewährten finanziellen Mittel vom Bund stammen.

b) Der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens steht gemäß § 168 Abs. 2 S. 1 GWB auch nicht der bereits an die Bg erteilte Zuschlag entgegen. Der entsprechende Vertrag ist nämlich gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam zu erklären, weil die Ag den Auftrag an die Bg ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben hat, ohne dass ihr dies aufgrund Gesetzes gestattet war (dazu unter aa)). Die weiteren besonderen Voraussetzungen eines solchen Feststellungsverfahrens sind hier ebenfalls erfüllt (dazu unter bb)).

aa) Die Ag hat den verfahrensgegenständlichen Auftrag an die Bg vergeben, ohne dies vorher im Amtsblatt der EU bekannt zu machen. Dieses Vorgehen war der Ag nicht aufgrund Gesetzes gestattet, die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände der § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b), c) und Nr. 4 VgV, um auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung zu verzichten, liegen nicht vor.

Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 4 VgV sind vorliegend bereits deshalb nicht erfüllt, weil solche SAXS-Anlagen nicht „ausschließlich“ zu Forschungs- und

Entwicklungszwecken hergestellt werden, sondern auch in der „normalen“ Industrie zum Einsatz kommen. Darüber hinaus finden die Forschungen der Ag nicht an den Geräten der ASt oder der Bg statt (z.B. mit dem Ziel bessere, präzisere SAXS-Geräte zu entwickeln), sondern die SAXS dient der Ag zur Forschung an und Untersuchung von [...]proben im Rahmen ihrer [...]forschung (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2010, VII-Verg 46/09). Die SAXS ist mithin nicht selbst Gegenstand der Forschungen der Ag, sondern wird im Rahmen der Forschungen lediglich als Hilfsmittel eingesetzt, um diese durchzuführen zu können.

Auch soweit sich die Ag wegen bestehender Patente der Bg (patentierte Röntgenoptik und patentierte Strahlstabilität) auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV beruft, vermag dies eine Direktvergabe an die Bg nicht zu rechtfertigen. Insoweit mangelt es bereits an einer entsprechenden Dokumentation in der Vergabeakte, weshalb gerade diese Patente zur Erreichung des Beschaffungsziels der Ag unabdingbar sind. Im Nachprüfungsverfahren hat sich die Ag auch nicht mehr explizit auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV berufen und hierzu auch nicht weiter ausgeführt. Für die Beurteilung der Frage, ob die Direktvergabe möglicherweise aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten der Bg erfolgen durfte, mangelt es damit bereits an einer seitens der darlegungspflichtigen Ag geschuldeten prüffähigen Grundlage.

Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV, kein Vergabeverfahren mit vorheriger EU-Bekanntmachung durchzuführen, liegen hier ebenfalls nicht vor. Solche Regelungen, die vom Grundsatz des § 119 Abs. 2 S. 1 GWB, offene oder nichtoffene, also wettbewerbliche Vergabeverfahren durchführen zu müssen, abweichen, sind wegen ihrer negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb grundsätzlich eng auszulegen (vgl. nur EUGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Rs. C-275/08, m.z.N.; vgl. auch § 119 Abs. 2 S. 2 GWB: „nur, soweit (...“). Dies gilt erst recht für den vollständigen Verzicht auf Vergabewettbewerb, wenn ein öffentlicher Auftraggeber seinen Vergabeentschluss vor Zuschlagserteilung also überhaupt nicht in den Wettbewerb mehrerer Bieter stellt, sondern mit nur einem einzigen Unternehmen verhandelt; Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung sollen daher „nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen“ durchgeführt werden dürfen (vgl. 50. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU). Dies wird durch § 14 Abs. 6 VgV bestätigt, der weitere besondere Tatbestandsvoraussetzungen aufstellt, bevor ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. Hiernach ist ein

solches Verfahren nur dann erlaubt, „wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist“ (ebenso: Art. 32 Abs. 2 lit. b) S. 2 RL 2014/24/EU). Diese Voraussetzungen müssen objektiv vorliegen und sind von demjenigen, der sich auf die Ausnahmvorschrift beruft, also vom öffentlichen Auftraggeber, darzulegen und zu beweisen (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Rs. C-275/08; 50. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU). Die Anforderungen an den Umfang der von einem öffentlichen Auftraggeber in diesem Zusammenhang anzustellenden Ermittlungen bevor er ausnahmsweise auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren verzichten darf, sind konsequenterweise ebenfalls hoch. Die Rechtsprechung verlangt diesbezüglich „ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene“ (vgl. EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Rs. C-275/08) bzw. die Beibringung „stichhaltiger Beweise“ (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. Juni 2017, VII-Verg 53/16, und vom 12. Juli 2017, VII-Verg 13/17). Der 50. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU nennt als ein Beispiel dafür, was vom Auftraggeber darzulegen und zu beweisen ist, um zu Recht auf ein wettbewerbliches Vergabeverfahren zu verzichten, dass es für andere „Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen“. Die in wettbewerblichen Vergabeverfahren weitgehend nicht nachprüfbar Freiheit eines öffentlichen Auftraggebers, seinen Beschaffungsbedarf zu bestimmen, auf die sich hier die Ag beruft, gilt demnach im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV nicht, sondern unterliegt erheblich engeren Grenzen; dasselbe gilt für den Umfang der vor der Beschaffung durchzuführenden Markterforschungen (vgl. zum Vorstehenden OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. Juni 2017, VII-Verg 53/16, und vom 12. Juli 2017, VII-Verg 13/17).

Diesen strengen Anforderungen wird die Vorgehensweise der Ag nicht gerecht. Um zu dem Ergebnis zu kommen, nur die Bg sei in der Lage, ihren Auftrag zu erfüllen, hat die Ag seit Ende September 2018 mit Fachkollegen über die Beschaffung einer SAXS und deren Erfahrungen mit bereits an anderen Universitäten oder Forschungsinstituten verwendeten Anlagen diskutiert, mit zwei der vier Hersteller solcher Anlagen (u.a. mit der Bg, nicht aber mit der ASt) direkt über deren Preise und Geräte gesprochen und bzgl. der Produkte der weiteren beiden Hersteller Internetrecherchen angestellt. Dies reicht angesichts der besonderen Gegebenheiten der relevanten Branche nicht aus, um einen vollständigen Wettbewerbsverzicht hinreichend zu begründen. Bei Röntgenkleinwinkelstreuanlagen handelt es sich nämlich unstrittig um keine

standardisierte Massenware, aber auch nicht einmal um Geräte, die in gewisser Stückzahl mit im Vorhinein festgelegten technischen Spezifikationen am Markt angeboten werden. Vielmehr hat die ASt schriftsätzlich sowie ausführlicher in der mündlichen Verhandlung unbestritten und nachvollziehbar vorgetragen, dass solche SAXS, die u.a. für wissenschaftliche Zwecke eingesetzt werden, üblicherweise regelmäßig und in kurzer Zeit fortentwickelt werden; die Hersteller berücksichtigen hierbei (bei solchen hochpreisigen Geräten allein schon im kaufmännischen Eigeninteresse) nicht nur die Entwicklung der Konkurrenzprodukte, sondern – gerade im Bereich der hochspezialisierten Wissenschaft und Forschung wie hier – auch die besonderen Wünsche der potentiellen Kunden; ggf. werden die Geräte sogar individuell dem Bedarf eines einzelnen Kunden angepasst. So war es auch im vorliegenden konkreten Fall bei der SAXS der Bg. Denn ausweislich des Vergabevermerks hat die Ag vor der Auftragserteilung auch mit der Bg weitere Verhandlungen zur Optimierung des angebotenen Produkts durchgeführt und kein bereits vorkonfektioniertes Gerät bestellt. Wer einem Kaufinteressenten also am besten und aktuellsten über den Stand der Produkte und das möglicherweise sogar darüber hinaus „Machbare“ Auskunft geben kann, ist vor allem der jeweilige Hersteller selbst. Da es hier darum geht, Geräte ggf. kundenspezifisch anzupassen, ist hierbei auch nicht allein dessen Internetauftritt aussagekräftig. Den vollständigen Überblick darüber, was in der zur Verfügung stehenden Zeit zu welchen Konditionen hergestellt und geliefert werden kann, hat allein die Unternehmensleitung bzw. die zuständige Fachabteilung. Eine solche schriftliche oder mündliche Anfrage bei den in Frage kommenden Herstellern von SAXS wäre für die Ag auch nicht mit einem unzumutbar großen Aufwand verbunden gewesen, da es unstreitig nur wenige Unternehmen gibt, die SAXS produzieren (vier weltweit).

Dies vermag auch der Vortrag der Ag in der mündlichen Verhandlung nicht zu entkräften. Die Ag weist zwar darauf hin, dass § 14 Abs. 6 VgV seinem Wortlaut nach zur Berücksichtigung von „vernünftigen Alternativen oder Ersatzlösungen“ verpflichtet. Die Ag meint, dass nach dieser Vorschrift von einem öffentlichen Auftraggeber Alternativen nur im Rahmen der Bestimmung des Leistungsgegenstands zu prüfen sind, jedoch nicht bei der Ermittlung der in Frage kommenden Leistungserbringer. Selbst wenn dies für § 14 Abs. 6 VgV zuträfe, kann hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass aufgrund der Alternativlosigkeit bestimmter Leistungsanforderungen automatisch stets die Einzigartigkeit des Leistungserbringers i.S.d. § 14 Abs. 4 Nr. 2

lit. b) VgV feststünde. Dies würde weder den praktischen Erfordernissen entsprechen noch erst recht den o.g. strengen Anforderungen an den Ausnahmecharakter des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige EU-Bekanntmachung. Rein praktisch betrachtet kann nämlich schon die Frage, ob es zu einem Leistungsgegenstand eine „vernünftige Alternative oder eine Ersatzlösung“ i.S.d. § 14 Abs. 6 VgV gibt, nur dann vollständig beurteilt werden, wenn man weiß, was der betreffende Markt, also auch andere Hersteller, sonst noch anbietet – möglicherweise eröffnet das Produktportfolio weiterer Hersteller erst das erforderliche Wissen, um über alternative Beschaffungsgegenstände überhaupt erst nachdenken zu können, selbst wenn man eine bestimmte Lösung bisher für alternativlos gehalten hat. Abgesehen davon wird ein öffentlicher Auftraggeber dem strengen Ausnahmecharakter eines nichtwettbewerblichen Vergabeverfahrens nicht hinreichend gerecht, wenn er nicht nur die Alternativlosigkeit seiner zu beschaffenden Leistung, sondern auch die eines einzelnen Leistungserbringers eingehend prüft (wobei Internetrecherchen und Entscheidungen „nach Hörensagen“ nicht ausreichend sind, s.o.). Denn nicht nur die Festlegung eines konkreten Beschaffungsgegenstands, sondern auch die Feststellung, dass diesen nur ein bestimmtes Unternehmen liefern kann, engen den Wettbewerb ein und unterliegen wegen des Grundsatzes der Wettbewerbsöffnung von Beschaffungen den o.g. engen Grenzen. Selbst wenn also nicht schon § 14 Abs. 6 VgV die Ag zu einer umfassenden vorherigen Marktschau unter Einbeziehung mehrerer Hersteller verpflichten sollte, dann jedenfalls § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV.

Abgesehen davon verhält es sich vorliegend nicht so, dass sich die Ag zu allen Leistungsparametern so intensiv mit etwaigen Alternativen und Ersatzlösungen auseinandergesetzt hat wie es § 14 Abs. 6 VgV verlangt. Nicht einmal bei der Bestimmung des Leistungsgegenstands selbst hat sie also den gesetzlichen Anforderungen genügt. So hat die Ag zwar in der mündlichen Verhandlung nachvollziehbar vorgetragen, warum ein Streuwinkel von bis zu 90° für sie unerlässlich ist. Proben aus Gold wären sonst nämlich gar nicht analysierbar. Aus der Vergabeakte ergibt sich dies jedoch so nicht. Dort hat die Ag zu dieser Anforderung lediglich vermerkt, dass sie „auch eine Aufnahme des Weitwinkelsignals“ benötige, „um die atomaren Netzabstände zu bestimmen“, wobei bei der Messung von „axial verwendeten Proben“ „mit starken Anisotropien zu rechnen“ sei. (s. Vergabevermerk vom 24. Juli 2019, S. 2, und Vermerk vom 21. Mai 2019, S. 2 oben). Dass andere Streuwinkel unter 90° (vielleicht sogar 60°) für die Zwecke der Ag untauglich wären,

wird nicht näher und so begründet, dass es im Rahmen einer objektiven Nachprüfung nachvollziehbar wäre. Es mag sein, dass die Ausführungen der Ag zu einigen anderen Leistungsanforderungen objektiv ausreichen, um deren Alternativlosigkeit hinreichend i.S.d. § 14 Abs. 6 VgV zu begründen. Sowohl die EU-Bekanntmachung über vergebene Aufträge vom 21. August 2019 als auch in dem Vergabevermerk vom 24. Juli 2019 hat die Ag eine Prüfung nach § 14 Abs. 6 VgV aber im Ergebnis nur behauptet und den Gesetzeswortlaut abgeschrieben.

Diesen Prüfungsausfall, der jedenfalls auch auf einer fehlenden oder jedenfalls unvollständigen Dokumentation beruht, kann die Ag nicht im Nachprüfungsverfahren nachholen und damit heilen. Denn wenn etwas, das vergaberechtlich geboten gewesen wäre (hier: unmittelbare Gespräche oder andere direkte Kontaktaufnahmen mit der ASt), unstreitig gar nicht stattgefunden hat, kann dies nicht im Wege der Dokumentation später nachgeholt werden.

Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die ASt überhaupt in der Lage ist, eine SAXS zu liefern, die den Leistungsparametern der Ag entspricht. Denn der Vergabeakte ist nicht zu entnehmen, ob diese Parameter unabhängig von der Vorentscheidung zugunsten des Geräts der Bg festgelegt wurden (in jedem Vermerk, in dem es um diese Spezifikationen geht, wird gleichzeitig das Gerät der Bg erwähnt, die in der Akte befindlichen englischsprachigen „specifications“ stammen aus einer Zeit als der Auftrag bereits an die Bg erteilt war). Da damit nicht auszuschließen ist, dass die Erkenntnisse der Ag über das Gerät der Bg auch die weitere (fehlerhafte) Prüfung von Alternativen und Ersatzlösungen i.S.d. § 14 Abs. 6 VgV beeinflusst haben, ist ebenfalls nicht ausgeschlossen, dass die Ag andere Leistungsanforderungen aufgestellt hätte, wenn sie ihre Markterforschungen ordnungsgemäß durchgeführt hätte. Sofern es sich hierbei lediglich um ein Dokumentationsdefizit handeln sollte, kann die Ag auch dieses nicht durch ergänzenden Vortrag im Nachprüfungsverfahren heilen. Denn wenn wie hier zu besorgen ist, dass eine Vergabeentscheidung nicht transparent und in einer alle potentiellen Bieter gleichbehandelnden Weise zustande gekommen ist, betrifft dies die Wettbewerbskonformität der Auftragserteilung. In solchen Fällen darf eine mangelhafte Dokumentation nicht nachgeholt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10).

Selbst wenn man unterstellen würde, dass die Leistungsparameter durch die Ag korrekt aufgestellt wurden und damit den unvoreingenommen Bedarf der Ag widerspiegeln, kann zumindest nicht ausgeschlossen werden, dass nicht auch die ASt diesen Bedarf hätte bedienen können. Die ASt trägt insoweit vor, sie könne – jedenfalls zum gegenwärtigen Zeitpunkt – die Leistungsanforderungen der Ag erfüllen. Ob sie hierzu auch zum Zeitpunkt der Entscheidung der Ag für eine Direktvergabe in der Lage gewesen wäre, lässt sich rückblickend nicht mehr feststellen. Hierzu hätte die Ag seinerzeit die ASt kontaktieren müssen, was sie vorwerfbar unterlassen hat.

- bb) Als weitere Zulässigkeitsvoraussetzung eines Feststellungsverfahrens nach § 135 GWB ist die Einhaltung der Fristen des § 135 Abs. 2 GWB zu prüfen. Der Nachprüfungsantrag der ASt ist am 18. September 2019 bei der Vergabekammer eingegangen und damit innerhalb von 30 Kalendertagen nach der EU-weiten Bekanntmachung der Auftragsvergabe an die Bg vom 21. August 2019. Die Frist des § 135 Abs. 2 S. 2 GWB wurde daher hier gewahrt.

Damit sind hier die Voraussetzungen eines Feststellungsverfahrens nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB erfüllt. Die Ag hat den Auftrag an die Bg ohne vorherige Veröffentlichung im Amtsblatt der EU erteilt, ohne dass ihr dies aufgrund Gesetzes gestattet war.

- c) Auch sonst steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags der ASt nichts entgegen.

Insbesondere ist sie antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Nachdem mangels vorheriger Bekanntmachung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens für sie gar nicht die Möglichkeit bestand, ein Angebot abzugeben, hat sie ihr Interesse am Auftrag hinreichend durch ihre Rüge vom 21. September 2019 und ihren Nachprüfungsantrag belegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juni 2017, VII-Verg 53/16). Nach ihrem Vortrag droht der ASt auch ein Schaden zu entstehen, denn – die Richtigkeit ihres Vortrags unterstellt – verfügt auch die ASt über eine den Anforderungen der Ag entsprechende SAXS. Die ASt ist mithin durch die Wahl der Verfahrensart in ihrer Chance, sich an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zu beteiligen und den Zuschlag zu erhalten, beeinträchtigt worden (vgl. zum Prüfungsmaßstab im Rahmen des § 160 Abs. 2 GWB: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017, VII-Verg 13/17). Da nicht auszuschließen ist, dass die Ag andere Leistungsanforderungen aufgestellt hätte, wenn sie ihren vergaberechtlichen Pflichten ordnungsgemäß nachkommen wäre

(s.o. unter II.1.b)aa)), kommt es nicht darauf an, ob die ASt tatsächlich die derzeitigen Parameter erfüllen kann. Im Übrigen kann nach dem Vortrag der ASt nicht ausgeschlossen werden, dass zum maßgeblichen Zeitpunkt der Beschaffungsentscheidung die ASt die Anforderungen der Ag hätte erfüllen können (s.o. unter II.1.b)aa)).

In einem Fall des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB besteht gemäß § 160 Abs. 3 S. 2 GWB keine Rügeobliegenheit. Unabhängig davon hat die ASt die Vorgehensweise der Ag, kein Vergabeverfahren mit vorheriger EU-Bekanntmachung durchzuführen, bereits einen Tag nachdem sie von der Bezuschlagung der Bg aus einer Bekanntmachung der Ag im Internet erfahren hat, gerügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, weil der Auftrag nicht ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU hätte vergeben dürfen. Entgegen der Auffassung der Ag lagen die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 bzw. Nr. 4 i.V.m. Abs. 6 VgV hier nicht vor (s.o. unter II.1b)aa)). Durch diesen Vergaberechtsverstoß ist die ASt in ihren Rechten verletzt, weil sie keine Chance hatte, sich an dieser Auftragsvergabe zu beteiligen. Ob die ASt tatsächlich in der Lage ist, die Leistungsanforderungen der Ag zu erfüllen, ist insoweit unerheblich, da nicht auszuschließen ist, dass bereits diese Anforderungen vergabefehlerhaft aufgestellt wurden, weil die Ag nicht hinreichend geprüft hat, ob es hierzu vernünftige Alternativen oder Ersatzlösungen gibt (s.o. unter II.1b)aa)). D.h. die derzeitigen Leistungsanforderungen der Ag sind für die Frage, ob die ASt eine diesen entsprechende SAXS hätte liefern können, gar nicht entscheidend – möglicherweise wären diese Parameter nämlich andere gewesen, wenn die Ag eine ordnungsgemäße Marktrecherche i.S.d. § 14 Abs. 6 VgV durchgeführt hätte. Selbst wenn man die ordnungsgemäße Aufstellung der Leistungsanforderungen durch die Ag unterstellt, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die ASt diese Anforderungen zum Zeitpunkt der Beschaffungsentscheidung erfüllte (s.o. unter II.1.b)aa)).
3. Da es der Ag nicht gestattet war, ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU einen Vertrag mit der Bg über die Lieferung einer Röntgenkleinwinkelstreuanlage abzuschließen, ist festzustellen, dass der Vertrag mit der Bg unwirksam ist. Ggf. bereits erbrachte Leistungen sind gemäß §§ 812 ff. BGB rückabzuwickeln (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. Juni 2017, VII-Verg 53/16, und vom 12. Juli 2017, VII-Verg 13/17). Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht muss die Ag anhand ihres Beschaffungsbedarfs entscheiden, welche Vergabeverfahrensart sie durchführen will. Hierbei sind, soweit sie erneut ein

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb in Betracht zieht, die in diesem Beschluss aufgestellten Anforderungen zu beachten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 2, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Die Bg ist an den Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu beteiligen, da der Nachprüfungsantrag zwischen ihr und der ASt einen Interessengegensatz erzeugt hat (die ASt wollte den Vertrag mit der Bg für unwirksam erklären lassen) und die Bg das Verfahren aktiv durch eigene Anträge und schriftsätzlichen Vortrag im Nachprüfungsverfahren gefördert hat (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Die Ag sowie die Bg haften insoweit als Gesamtschuldner (§ 182 Abs. 3 S. 2 GWB).

Die Ag und die Bg haben zudem die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen. Die Beteiligung der Bg richtet sich insoweit nach denselben Voraussetzungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, aaO.). Da eine gesamtschuldnerische Haftung insoweit mangels gesetzlicher Anordnung nicht in Betracht kommt, haften die Ag und die Bg für die zu erstattenden Kosten nach Kopfteilen, also je zur Hälfte (analog § 159 VwGO i.V.m. § 100 Abs. 1 ZPO; vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen, insbesondere zum Umfang etwaiger Markterforschungen des öffentlichen Auftraggebers im Vorfeld der Beschaffungsentscheidung, aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Nachdem sowohl die Ag als auch die Bg anwaltlich vertreten waren, war die nachträgliche Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zudem zur Herstellung der „Waffengleichheit“ erforderlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004, VII-Verg 12/03).

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, einzulegen.

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 angeben, 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.