

2. VERGABEKAMMER
des Landes Hessen
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

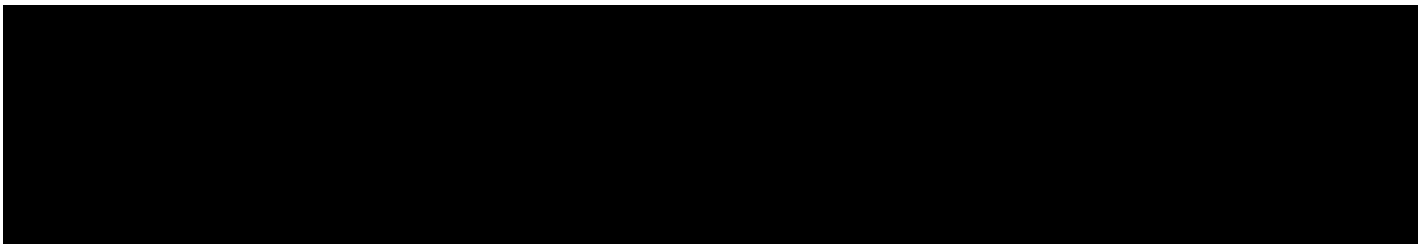
69d - VK 2 - 04/2018

HESSEN



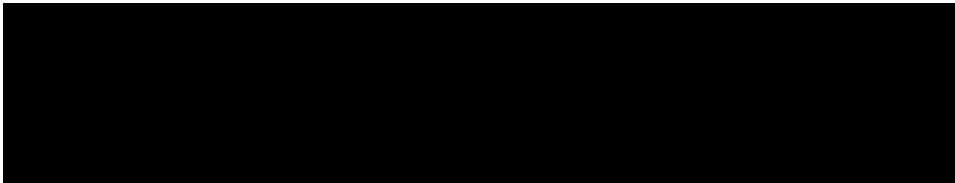
Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

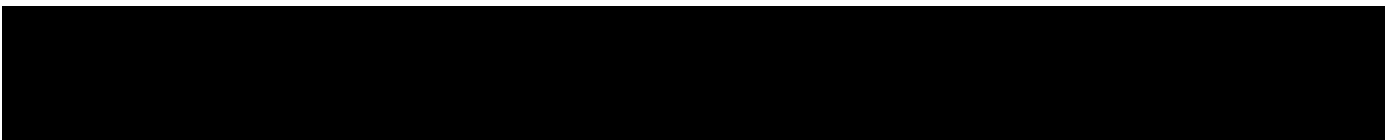


- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:



gegen






- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

Verfahrensbevollmächtigte:



wegen:

Vergabeverfahren „  -
“, Los 413 Operationstischsysteme

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Langsdorf und den ehrenamtlichen Beisitzer Technischer Angestellter Andreas Meirer am 22. Februar 2018 ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die die Antragstellerin zu tragen hat.
3. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 19. September 2017 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Nummer 2017/S 183- 374533 die Lieferung und Montage von Operationstischsystemen im offenen Verfahren aus.

Nach Positionsnummer 01.2 des Leistungsverzeichnisses muss die OP-Tischsäule folgende Mindestanforderungen erfüllen:

„[...] Die Ansteuerung der motorischen Bewegungen des OP-Tisch-Systems kann (Hervorhebung durch die Vergabekammer) wahlweise erfolgen über:

- *Kabelloses-Bediengerät*
- *Kabelbediengerät*
- *in der OP-Tischsäule integriertes Bedientableau.....*

Technische Daten:

[.....] Motorische Verstellungen:

Höhenverstellung (OK Polster):

- *muss ein ergonomisches Arbeiten für das OP-Team gewährleisten.*
- *Anti-Trendelenburg mind. + 65° / -65°*
- *Kantung links/ rechts mind. 30° / -30°*
- *Beinplatten auf/ab mind. 80° / -90°*
- *Längsverschiebung mind. 350 mm [...]*

Nach dem Leistungsverzeichnis muss ausweislich der Positionsnummer 01.3 das drahtlose Bediengerät folgende Mindestanforderungen erfüllen:

„Bediengerät zur drahtlosen Steuerung aller motorischen Funktionen des OP-Tischsystems [...]“

Ausweislich des Leistungsverzeichnisses werden für das Kabelbediengerät und das in der OP- Tischsäule integrierte Bedientableau keine Mindestanforderungen formuliert.

Die Antragstellerin beteiligte sich an dem Vergabeverfahren und sollte zunächst den Zuschlag erhalten. Diese beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Antragstellerin rügte eine weitere Bieterin, die Firma [REDACTED]. Die Antragsgegnerin nahm die Rüge zum Anlass und überprüfte das Angebot der Antragstellerin. Sie revidierte daraufhin ihre Vergabeentscheidung mit der Folge, dass das Angebot der Antragstellerin ausgeschlossen wurde. Dies teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB vom 17. Januar 2018 mit. Gleichzeitig teilte sie auch mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der Firma [REDACTED] zu erteilen.

Mit Schreiben vom 19. Januar 2018 rügte die Antragstellerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die einzig verbliebene Bieterin im Vergabeverfahren. Sie ist der Auffassung, deren Angebot weiche von der Position 01.2 des Leistungsverzeichnisses ab, denn das angebotene Modell [REDACTED] könne das geforderte Bedientableau nur bezüglich der Säulenfunktion vorweisen; das Ansteuern der Tischplattenfunktionen mit dem Säulentableau sei nicht möglich. Darüber hinaus entspreche das Angebot auch nicht der Position 02.1 des Leistungsverzeichnisses, denn insoweit sei nur eine Grundeinheit angeboten und erfülle somit nicht die Forderung nach einer unteren Rücken- sowie einer Sitzplatte. Auch sei die Vorgabe im Leistungsverzeichnis hinsichtlich der Anti-Trendelenburg-Funktionen nicht erfüllt. Das Angebot sei daher zwingend nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen. Die Antragsgegnerin teilte mit Schreiben vom 25. Januar 2018 mit, sie helfe der Rüge nicht ab, da leistungskonform angeboten worden sei.

Mit Schriftsatz vom 26. Januar 2018 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie bezieht sich im Wesentlichen auf ihr bisheriges Rügevorbbringen und hebt hervor, dass sie mit ihrer Rüge vom 19. Januar 2018 in Bezug auf das „Ansteuern der Tischplattenfunktionen deutlich dargetan habe, dass über das Bedientableau in der Säule weder die Funktionen „Beinplatten auf/ab“ noch die Längsverschiebung, angesteuert werden könnten. Die Rüge hinsichtlich der Anti-Trendelenburg greift sie nicht mehr auf. Mit Schriftsatz vom 21. Februar 2018 beantragt die Antragstellerin nunmehr,

der Antragsgegnerin aufzugeben, das Angebot der Firma [REDACTED] auszuschließen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen.

Sie ist der Auffassung, das Angebot der von ihr für den Zuschlag vorgesehenen Bieterin entspreche den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Auf die Schriftsätze vom 2., 14. und 22. Februar 2018 wird Bezug genommen.

Die Vergabekammer hat gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3, 3. Var. GWB ohne mündliche Verhandlung nach Aktenlage entschieden, denn der Nachprüfungsantrag ist offensichtlich unbegründet.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie die von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.), aber offensichtlich nicht begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet (dazu I.). Die Antragstellerin ist antragsbefugt (dazu II.). Sie hat die von ihr geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts rechtzeitig gerügt (dazu III.).
- I. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet.
1. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtigt S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 1. Juni 2017 (BGBl I, S. 1416), ist eröffnet, weil die hier verfahrensgegenständliche europaweite Ausschreibung nach dem 18. April 2016 erfolgte, § 186 Abs. 2 GWB.
2. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB, denn die Antragsgegnerin ist eine gemeinnützige Aktiengesellschaft im Eigentum der Stadt [REDACTED] und nimmt einen karitativ gemeinnützigen Versorgungsauftrag wahr, der darin besteht, für die Stadt sowie die Region Fulda die Krankenhausversorgung und Heilbehandlung sicherzustellen und zu optimieren.
3. Bei dem streitgegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Lieferauftrag nach § 103 Abs. 2 GWB. Der maßgebliche Schwellenwert des Liefervertrages überschreitet den gemäß § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, geändert durch Art. 1 Abs. 1 lit. a) der Delegierten Verordnung (EU) 2015/2170 der Kommission vom 24. November 2015 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren maßgeblichen Schwellenwert von 209.000,- €, der zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch maßgebend war.
- II. Die Antragstellerin ist antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat mit ihrem Vortrag sowohl die Möglichkeit einer Rechtsverletzung (dazu 1.), als auch die Möglichkeit eines Schadens (dazu 2.) dargetan.
1. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an dem Auftrag durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und die Abgabe eines Angebotes bekundet, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Aus dem Vortrag der Antragstellerin ergibt sich, dass sie durch einen möglicherweise nicht erfolgten, zwingenden Ausschluss des Angebotes der Firma [REDACTED] und die beabsichtigte Zuschlagserteilung durch die Antragsgegnerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt sein kann, weil möglicherweise Vorschriften des Vergaberechts nicht eingehalten worden sind, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2. Die Antragstellerin hat auch die sich daraus ergebende Möglichkeit eines drohenden Schadens dargelegt. Ein Schaden könnte sich ergeben, wenn sie - nach einer Aufhebung des vorliegenden Verfahrens - die Möglichkeit auf eine zweite Chance zur Teilnahme an einem weiteren Vergabeverfahren mittels einer wiederholten Ausschreibung erhält, weil nicht nur ihr Angebot, sondern auch das der einzigen weiteren Bieterin, der Firma [REDACTED], zwingend auszuschließen ist (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06 - juris, RdNrn. 14, 30).
- III. Die Antragstellerin hat die vermeintlichen Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. In ihrem Rügeschreiben vom 19. Januar 2018 stellt sie auf das Ansteuern der Tischplattenfunktionen vom Säulentableau ab, die das Ansteuern der Funktionen „Beinplatte auf/ab“ und „Längsverschiebung“ umfasst.
 - B. Der Nachprüfungsantrag ist aber nicht begründet. Die Antragstellerin ist durch den beabsichtigten Zuschlag auf das Angebot der Firma [REDACTED] nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Das Angebot der weiteren Bieterin ist nicht wegen Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zwingend von der Wertung auszuschließen, denn es entspricht ausweislich der der erkennenden Kammer vorliegenden Unterlagen den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses.
 - I. Aus der Formulierung der Position 01.2 des Leistungsverzeichnisses folgt eindeutig, dass gefordert ist, dass die Ansteuerung der motorischen Bewegungen des OP-Tischsystems nicht kumulativ, sondern wahlweise, das heißt alternativ, über ein kabelloses Bediengerät und / oder ein Kabelbediengerät und / oder ein in der OP-Tischsäule integriertes Bedientableau erfolgen kann. Die Antragsgegnerin hat in der Position 01.2 des Leistungsverzeichnisses ebenfalls eindeutig formuliert, welche motorischen Verstellungen erforderlich sind. Hinsichtlich der Ansteuerung hat die Antragsgegnerin unter der Position 01.3 des Leistungsverzeichnisses nur für das drahtlose Bediengerät als Mindestanforderung die Steuerung aller motorischen Funktionen des OP- Tischsystems gefordert. Weder allein mit dem Kabelbediengerät noch allein mit dem Bedientableau in der Tischsäule muss die Ansteuerung sämtlicher motorischer Bewegungen bzw. Verstellungen möglich sein. Den Bietern ist es also nach dem Leistungsverzeichnis möglich, ihrem Angebot alle drei Ansteuerungsgeräte zusammen zugrunde zu legen, wobei ausschließlich das drahtlose Bediengerät die Steuerung aller motorischen Funktionen des OP- Tischsystems gewährleisten muss. Vor diesem Hintergrund hat die Firma [REDACTED] ausweislich der Vergabeunterlagen, worauf die Vergabekammer schon mit Hinweisbeschluss vom 7. Februar 2018 hingewiesen hat, die Ansteuerung der motorischen Bewegungen des OP- Tischsystems entsprechend dem Leistungsverzeichnis angeboten.
 - II. Auch hinsichtlich der Position 02.1 des Leistungsverzeichnisses stimmt das Angebot der Firma [REDACTED] mit den dort formulierten Mindestanforderungen überein. Bei dem von der Firma [REDACTED] angebotenen Modell ist die Basislagerfläche in ein unteres Rückensegment und in eine Sitzplatte unterteilt.

Je nach Art des Eingriffs kann das Gelenk der Basisfläche „geknickt“ werden, sodass eine Sitzplatte und ein unteres Rückensegment entstehen, also eine sitzende Haltung möglich ist. Die Antragsgegnerin hat nicht verlangt, dass das untere Rückensegment und die Sitzplatte zwei getrennte Teile sein müssen. Damit erfüllt das Angebot der Firma [REDACTED] auch die in der Position 02.1 des Leistungsverzeichnisses formulierten Anforderungen.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da die Antragstellerin im Verfahren unterlegen ist, hat sie die Kosten zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes sowie dem mit dem Nachprüfungsverfahren verbundenen Verwaltungsaufwand, § 182 Abs. 2 GWB. Aus dem Bruttoangebot der Antragstellerin ergibt sich unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrundegelegt wird, eine Gebühr von [REDACTED] €. Da wegen der offensichtlichen Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet werden konnte, wurde die Gebühr auf [REDACTED] € reduziert.
- III. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, denn sie ist in dem Verfahren unterlegen, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin ist notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB in Verbindung mit § 80 Abs. 2 HVwVfG. Die Antragsgegnerin verfügt innerhalb ihres Klinikums über keine „Vergabestelle“ und es steht ihr auch kein Personal zur Verfügung, das die wesentlichen vergaberechtlichen Normen kennt. Die technischen Daten und Details werden zwar von einer Planungsgesellschaft zusammengestellt, die auch in der Bekanntmachung als Kontaktstelle angegeben ist, aber nicht die juristische Betreuung übernimmt. Vor diesem Hintergrund ist die Antragsgegnerin selbst nicht in der Lage, ihre Interessen sachgerecht vor der Vergabekammer zu vertreten. Des Weiteren ist auch unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin gerechtfertigt, gerade vor dem Hintergrund der im Nachprüfungsverfahren knappen Fristsetzungen. Die Antragstellerin hat sich für das Nachprüfungsverfahren ebenfalls externer Unterstützung durch eine im Vergaberecht spezialisierte Großkanzlei bedient.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth
Vorsitzende

Andreas Meirer
Ehrenamtlicher Beisitzer

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer