

Leitsätze:

1. Auf ein Angebot, welches den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht in allen Punkten entspricht, darf der Zuschlag nicht erteilt werden, denn es fehlt an den für einen Vertragsschluss erforderlichen sich deckenden und sich entsprechenden Willenserklärungen. Ob dieser zwingende Ausschlussgrund unter den Ausschlussgrund des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1b i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A a.F. in Form der unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen oder unter einen nicht ausdrücklich in der VOB/A erwähnten zwingenden Ausschlussgrund subsumiert wird, ist zwar in der Rechtsprechung umstritten, kann im Falle eines offenen Abweichens vom Leistungsverzeichnis aber dahinstehen, da die Rechtsfolge in beiden Fällen gleich ist.
2. Der Auftraggeber hat bei der Zulassung gleichwertiger Produkte konkret zu bezeichnen von welchen Leistungsmerkmalen und -anforderungen er Abweichungen zulässt. Ein allgemeiner Hinweis auf die Gleichwertigkeit reicht nicht aus.

**Nachprüfungsantrag:** .....  
**Bevollmächtigte:**  
.....  
( **Antragstellerin - ASt** )

**Vergabestelle:** .....  
( **Vergabestelle - VSt** )  
**Bevollmächtigte:**  
.....

**Beigeladene:** .....

**Vergabeverfahren:** .....  
**Gewerk Medizinische Gase**

**Vergabeverfahren:** **Offenes Verfahren nach § 3 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A a.F.**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 06.07.2016 durch die Vorsitzende ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... folgenden

**Beschluss:**

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Die Vergabestelle wird verpflichtet, die Wertung der Angebote unter Ausschluss des Ange-

bots der Beigeladenen zu wiederholen.

2. Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €. Auslagen sind nicht angefallen.

### **Sachverhalt:**

#### **1.**

Die VSt schrieb den Auftrag „....., hier das Gewerk Medizinische Gase (Sondergase)“ im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

Die Angebotsfrist endete laut Bekanntmachung am xx.xx.xxxx.

Mit Schreiben vom 16.11.2015 teilte die VSt den Bietern mit, dass die Leistungsbeschreibungen in verschiedenen Positionen angepasst worden seien und die Anpassungen kalkulatorisch zu berücksichtigen seien.

Weiterhin teilte Sie mit, dass keinerlei Produktvorgaben gemacht würden, sondern bei Benennung eines Planungsfabrikats- bzw. Qualitätsstandards immer der Zusatz „oder gleichwertig; angebotenes Fabrikat...; angebotener Typ...“ schriftlich vermerkt wurde. Hierdurch solle sichergestellt werden, dass dem Bauherrn und Nutzer nur hochwertige qualitative Anlagenkomponenten angeboten werden, die einen dauerhaften störungsfreien und zuverlässigen Klinikbetrieb gewährleisten. Die Festlegung auf ein bestimmtes Fabrikat sei hierbei weder gewünscht noch gewollt.

Im neuen Leistungsverzeichnis ist unter Pos.1.1 formuliert:

#### *1.1 Kolbenkompressoren*

*Aufgrund von verschiedenen Validierungsmaßnahmen im gesamten Tätigkeitsbereich des Klinikumfeldes, die besonders auch im zukünftigen Klinikbetrieb einen hohen Stellenwert einnehmen wer-*

den, wurde die Validierung gem. IEC 62304 als Qualitätsmerkmal in den Ausschreibungstext aufgenommen.

...

Steuerung:

...

Software der Kompressorsteuerung validiert gem. IEC 62304 Medizingeräte-Software – Software-Lebenszyklus Prozesse.

In Position 1.4 ist formuliert:

*Pos. 1.4:*

*Auch hier wird nochmals ausdrücklich darauf verwiesen, dass es sich bei der Benennung um ein Planungsfabrikat und/bzw. Qualitätsstandard handelt und nicht um die Vorgabe eines Produktes. Dem Bieter steht es jederzeit frei andere Produkte gleichwertiger Art und Qualität anzubieten.*

*1.4 Aufbereitungseinheit zur Erzielung einer medizinischen Luftqualität gem. dem Europäischen Arzneimittelbuch, bestehend aus: Einer Vorfilterstufe, einem Hochleitungs-Aktivkohlefilter, einem kaltregenerierten Adsorptionstrockner, einem Staubfilter.*

*Aufbereitungseinheit mit Durchflussbegrenzer für Parallelbetrieb.*

In Position 4.1 ist formuliert:

*Pos.: 4.1*

*Auch hier wird nochmals ausdrücklich darauf verwiesen, dass es sich bei der Benennung um ein Planungsfabrikat und/bzw. Qualitätsstandard handelt und nicht um die Vorgabe eines Produktes. Dem Bieter steht es jederzeit frei andere Produkte gleichwertiger Art und Qualität anzubieten.*

*4.1 Umschalteinheit gemäß den Anforderungen der DIN EN ISO 7996-1 sowie CE-Kennzeichnung gemäß europäischen Richtlinien 93/42/EWG über Medizinprodukte.*

...

*Anzeige von Systemdrücken, des Durchflusses, der Verbrauchswerte, der aktiven Quelle.*

...

*Alarmmeldungen und analogen sowie digitalen Messwerte zur Weiterleitung an ein LON-fähiges Gebäude Management-System.*

In Position 8; 8.1 – 8.10 (Entnahmestellen) ist formuliert:

*Titel 8 - Medizinische Gasentnahmestellen*

*Keinerlei Benennung von Fabrikat und Typ!*

*Dem Bieter steht es jederzeit frei, ein entsprechendes Produkt anzubieten.*

*8. Entnahmestellen*

*Die Gasentnahmestellen für Medizinische Gase müssen entsprechend der DIN EN ISO 9170-1 und den Abmessungen nach DIN 13260, Teil 2 (...) geliefert werden.*

*...*

*Für die Wartung der Gasentnahmestelle und zum Austausch von Verschleißteilen ist von dem Hersteller zwingend ein Wartungsventil vorzusehen. Dieses Wartungsventil muss eine getrennte Komponente vom Rückschlagventil der Entnahmestelle sein.*

*...*

*8.1*

*...*

*Schnellschluss-Steckkupplung nach DIN EN ISO 9170-1*

In Position 9.42 (GMS Gateway) ist formuliert:

*Titel 9 – Kontroll- und Absperrarmaturen*

*...*

*Auch hier wird nochmals ausdrücklich darauf verwiesen, dass es sich bei der Benennung um ein Planungsfabrikat und/bzw. Qualitätsstandard handelt und nicht um die Vorgabe eines Produktes. Dem Bieter steht es jederzeit frei andere Produkte gleichwertiger Art und Qualität anzubieten.*

*9.42 GMS-Gateway*

*Alarmsystem-Modul für die Übertragung von Betriebs-, Alarm- und Druckwertsignalen aus dem System in externe Alarmsysteme,*

*z.B. eine Gebäude-Leittechnik, mit einer LON-Workschnittstelle.*

...

*Ausgerüstet mit zwei getrennt aufgebauten LON-Knoten,  
eins für jede Netzwerkseite, die über ein Handshake- Protokoll  
kommunizieren.*

In Position 9.45 (Visualisierungs-Panel) ist formuliert:

*9.45 Visualisierungspanel*

*Visualisierungspanel zur Anzeige aller Alarmer und Messwerte  
der medizinischen Gasversorgungsanlage sowie Raumluftüber-  
wachung mit Gasdetektoren*

*Mit Vorbereitung Datenlogger und Webinterface*

**2.**

Am Wettbewerb haben sich u.a. die ASt und die BGI beteiligt. Die BGI hat das günstigste Angebot mit xxx.xxx,xx € brutto abgegeben, die ASt liegt nach der Wertung der VSt mit xxx.xxx,xx € brutto auf Rang 2. Der Eröffnungstermin fand am xx.xx.xxxx statt.

**3.**

Am 04.02.2016 teilte die VSt der ASt mit, dass sie beabsichtige, der BGI den Auftrag zu erteilen. Die BGI habe das wirtschaftlichste Angebot abgegeben.

**4.**

Mit Schreiben vom 10.02.2016 rügte die ASt die beabsichtigte Bezuschlagung auf das Angebot der BGI. Das Angebot der BGI sei zwingend auszuschließen. Das Angebot entspreche nicht den Anforderungen der Vergabeunterlagen.

**5.**

Mit Schreiben vom 11.02.2016 teilte die VSt mit, dass sie der Rüge der ASt nicht abhelfe.

**6.**

Mit Fax vom 12.02.2016 stellte die ASt Nachprüfungsantrag und ließ von ihren Verfahrensbevollmächtigten beantragen:

1. Die VSt wird verpflichtet, das Angebot der BGI auszuschließen.
2. Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens.

3. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Die ASt sei in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt.

Das Angebot der BGI sei auszuschließen, da es nicht den Bestimmungen der Leistungsbeschreibung entspreche.

- Nach der Leistungsbeschreibung (Position 1.1) müsse die Software der Kompressionssteuerung gem. IEC 62304 Medizingeräte-Software-Lebenszyklus-Prozesse validiert sein.

Diese Anforderung erfülle das Angebot der ASt nicht.

Nach den Marktkenntnissen der ASt biete die BGI ausschließlich Industriestandardkompressoren mit einer Steuerungssoftware an, für die keine Validierung gem. IEC 62304 durchgeführt wurde. Das Produkt erfüllt nicht die Voraussetzung der DIN EN ISO 14971 mangels erforderlicher Risikoanalyse.

-Auch die Anforderungen der Position 1.4 erfülle das Angebot der BGI nicht. Diese fordere eine Aufbereitungseinheit mit Durchflussbegrenzer für Parallelbetrieb. Eine solche biete die BGI nicht an. Eine sichere Belieferung mit medizinischer Luft sei so nicht sicher gestellt.

- Auch die Anforderung in Position 4.1 werde nicht von der BGI erfüllt. Das LV fordere eine Anzeige von Systemdrücken, des Durchflusses, der Verbrauchswerte sowie der aktiven Quelle auf dem Display der Umschaltungseinheit sowie die Forderung einer Weiterleitung der Alarmmeldungen, analogen und digitalen Messwerte an ein LON-fähiges Gebäude-Managementsystem. Die von der BGI eingesetzten Produkte würden nicht über Anzeigewert von Durchfluss und Verbrauch auf dem Display der Umschaltungseinheit verfügen. Das Busübergabeprotokoll entspreche nicht dem geforderten LON-Busprotokoll. Eine Weiterleitung von Verbräuchen via LON direkt aus der Kontrolleinheit sei nicht möglich.

- Auch die Anforderung in Titel 8, Position 8.1 bis 8.10 sowie Ziffern 4.4.5 und 4.4.6 der DIN EN ISO 9170-1 seien nicht erfüllt. Das Wartungsventil müsse eine getrennte Komponente vom Rückschlagventil (=Kontrollventil) der Entnahmestelle sein. Die BGI biete ausschließlich Entnahmestellen des Fabrikats ..... an, bei denen das Wartungsventil und das Kontrollventil ein kombiniertes Bauteil ist.

- Auch die Forderung der Position 9.42 sei nicht erfüllt. Es sei ein Alarmsystem-Modul mit zwei getrennt aufgebauten LON-Knoten – eins für jede Netzwerkseite, die über ein Hand-shake-Protokoll kommunizieren, gefordert. Die von der BGI angebotenen Pro-

dukte seien nicht mit zwei getrennt aufgebauten LON-Knoten ausgerüstet. Es bestehe die Gefahr, dass das Alarm-Management-System durch ein angebundenes kundenseitiges System beeinflusst oder gestört werden könnte.

- Auch die Anforderung der Position 9.45 sei nicht erfüllt. Ein Visualisierungs-Panel zur Anzeige aller Alarm- und Messwerte der medizinischen Gasversorgungsanlage sowie der Raumlufüberwachung mit Gasdetektoren biete die BGI nicht an.

Die Nichterfüllung des LV stelle einen zwingenden Ausschlussgrund dar. Die VSt habe die Pflicht, das Angebot zu prüfen, und dürfe sich nicht auf die Aussage verlassen, dass die BGI alle Anforderungen erfülle.

## 7.

Mit Schreiben vom 24.02.2016 beantragte die VSt,

1. Die von der ASt mit Nachprüfungsantrag vom 12.02.2016 gestellten Anträge werden zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die VSt zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung wird für notwendig erklärt.

Der Antrag sei unbegründet.

Ausschlussgründe lägen hinsichtlich des Angebotes der BGI nicht vor.

Sie habe den Vergabeunterlagen entsprechend angeboten.

Zuvor habe die VSt auf eine Rüge hin das LV mit Schreiben vom 16.11.2015 ergänzt, um eine produktneutrale Ausgestaltung des LV sicherzustellen.

- Die BGI erfülle die Position 1.1. Sie verfüge über ein vollständiges Qualitätssicherungssystem nach der RL 93/42 EWG über Medizinprodukte (MDD) Anhang II, Registriernummer ....., sowie ein durchgängiges Qualitätssicherungssystem nach EN ISO 13485+AC:2012, Zertifikatsnummer ....., Im Rahmen dieser Zertifizierungen sei die BGI verpflichtet, zu jedem Medizinprodukt eine entsprechende Risikoanalyse auf Basis der EN ISO 14971 durchzuführen. Bereits in der Planungsphase, während der Bauphase und während der Testlaufzeit würden die entsprechenden Maßnahmen zur Bewertung insbesondere der Software auf Basis der IEC 62304 geprüft, bewertet und ggf. korrigiert. Mit der Ausstellung der Konformitätsbescheinigung nach Beendigung des Bauvorhabens würde die Einhaltung sämtlicher normativer und regulatorischer Vorgaben u.a. der IEC 62304 zudem bestätigt.

- Die BGI erfülle die Position 1.4 (fünfstufige Aufbereitungseinheit zur Erzielung einer medizinischen Luftqualität). Mit Schreiben vom 16.11.2015 habe die VSt

klargestellt, dass auch Produkte gleichwertiger Art und Qualität angeboten werden können.

Die BGI habe das Fabrikat ..... angeboten. Diese Aufbereitungseinheit werde von der ..... mit Durchflussbegrenzung gem. einer Detailzeichnung der BGI geliefert. Hierzu habe die BGI eine Bestätigung des Herstellers vom 22.02.2016 vorgelegt.

- Die BGI erfülle auch die Position 4.1. und 5.1 (Umschalteneinheiten, Gasarten: Sauerstoff und Kohlendioxid). Für diese Position habe die BGI das Fabrikat ..... der ..... angeboten. Dieses Produkt erfülle die benannten Vorgaben. Es handle sich um eine vollautomatische Umschaltanlage, welches mit Durchfluss- und Verbrauchsmessung nachrüstbar ist. Das Angebot der BGI umfasse diese Komponenten als Zusatzmodul. Die Anzahl der LON-Knoten sei bei diesem Produkt frei definierbar. Die Etagenabsperrkästen der BGI seien mit Drucksensoren ausgestattet. Die im Lieferumfang enthaltene Überwachungselektronik wandle die Signale der Drucksensoren in Druckwerte um und gebe Alarmmeldung bei Abweichungen von +/- 20 % des voreingestellten Nutzdruckes. Eine entsprechende Weiterleitung sei so gewährleistet. Ebenso würden alle normativen Forderungen der Norm DIN EN ISO 7396-1 vollumfänglich erfüllt. Die Daten könnten in das Hausalarmsystem nach Vorgabe des Leistungsverzeichnisses inklusive aller o.g. Forderungen eingebunden werden. Zusätzlich biete das von der BGI angebotene Produkt die Möglichkeit, eine getrennte Netzwerklösung für die Alarmmeldung aus dem Bereich med. Gase aufzubauen. Die benannten Forderungen in den Positionen des LV seien damit erfüllt.

- Auch die Anforderung in Titel 8, Position 8.1 bis 8.10 (Entnahmestelle) sowie Ziffern 4.4.5 und 4.4.6 der DIN EN ISO 9170-1 seien erfüllt.

Die BGI habe hier das Fabrikat ..... des Herstellers ..... angeboten. Die angebotene Entnahmestelle entspreche vollumfänglich der DIN EN ISO 9170-1. Gem. Ziffer 4.2 der DIN EN ISO9170-1 dürfe von den Anforderungen in Abschnitt 4 abgewichen werden, solange ein gleichwertiges Sicherheitsniveau eingehalten werde. Dies sei bei dem Angebot der BGI der Fall. Dies sei durch Prüfberichte ..... und ..... vom 22.12.2004 und 22.06.2014 belegt.

- Auch die Forderung der Position 9.42 (GMS-Gateway) sei erfüllt. Das angebotene Fabrikat ..... entspreche den Vorgaben der DIN EN ISO 7396-1 hier Ziffer 6.2.2 und 6.5, wonach ein klinischer Notfallalarm eine sofortige Reaktion auf eine Gefährdungssituation erfordere.

Das Überwachungssystem werde nahe dem Bereichsabsperrentil installiert. Von dort aus sei es möglich, über potentialfreie Kontakte oder Signalverdopplungen ein weiteres Informationssignal an jede Stelle des Hauses weiterzuleiten.



- Auch die Anforderung der Position 9.45 sei erfüllt. Die BGI habe zu dieser Position ein Produkt der ..... angeboten. Die geforderte Darstellung sei mit den von der BGI angebotenen Bauteilen vollumfänglich möglich.

Bei der Rüge der ASt handle es sich um eine unbeachtliche Rüge ins Blaue hinein. Die ASt kenne das Angebot der BGI nicht.

**8.**

Am 29.02.2016 hat die Vergabekammer die ..... zum Verfahren beigeladen.

**9.**

Mit Schreiben vom 07.03.2016 beantragte die BGI

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der BGI aufzuerlegen.
3. Der ASt die Einsicht in die dem Verfahren zu Grunde liegenden Vergabeakt der BGI zu untersagen.

Der Antrag sei unbegründet.

Die BGI erfülle mit ihrer angebotenen Leistung alle Anforderungen des Leistungsverzeichnisses. Die ASt habe keine Kenntnis vom Angebot der BGI.

Die BGI habe alle Nachweise erbracht.

**10.**

Die Vorsitzende hat die Fünf-Wochen-Frist bis zuletzt 15.07.2016 verlängert.

**11.**

Mit Schreiben vom 07.03.2016 teilte die ASt mit, dass die VSt die Behauptungen der BGI nicht verifiziert habe. Die VSt dürfe nicht nachträglich vom Leistungsverzeichnis abweichen zugunsten der BGI.

- Die BGI erfülle die Vorgabe aus Pos 1.1. „*Software der Kompressorsteuerung validiert gem. IEC 62304 Medizingeräte-Software – Software-Lebenszyklus Prozesse*“ nicht. Die VSt habe sich hier mit der Behauptung der BGI zufrieden gegeben, ohne dies näher zu prüfen. Die VSt hätte sich die Validierungsunterlagen vorlegen lassen müssen oder eine Herstellerbescheinigung darüber.
- Das Produkt für die Position 1.4 der Fa. .... habe keinen Durchflussbegrenzer. Dies ergebe sich aus dem Produktblatt. Eine Sonderanfertigung habe die BGI gerade nicht angeboten. Die BGI sei auf das konkretisierte Produkt im Angebot festgelegt. Eine nachträgliche Änderung sei nicht möglich.

- Das Angebot der BGI erfülle auch nicht die Positionen 4.1 und 5.1. Die Umschalteeinheit der BGI ermögliche keine Anzeige von Durchflüssen und Verbrauchswerten im Display. Eine Nachrüstung sei gerade nicht angeboten worden.

Das Produkt ..... ermögliche auch nicht, dass Alarm- und Messwerte von dieser Umschalteeinheit in ein LON-fähiges Gebäude-Management-System weitergeleitet werden. Hierzu bedürfe es einer gesondert zu entwickelnden LON-Schnittstelle. Die BGI biete nur potentialfreie analoge Kontakte.

- Das Produkt ..... des Herstellers ..... erfülle nicht die Anforderungen aus Pos. 8 des LV. Der Produktkatalog zeige auf Seite 4, dass bei der Entnahmestelle das Kontroll- und Wartungsventil in einem Bauteil realisiert seien.
- Die BGI erfülle mit dem Produkt ..... von ..... nicht die Pos. 9.42. Es handle sich nicht um ein Alarmsystem auf Netzwerksbasis mit einem LON-Bussystem. Dies ergebe sich aus dem Produktkatalog. Dort seien nur potentialfreie Kontakte beschrieben. Insbesondere habe die BGI auch hier keine Nachrüstung angeboten. Diese sei auch nicht möglich.
- Die BGI erfülle auch die Pos. 9.45 des LV nicht. Die Fa. .... habe kein Produkt mit einem entsprechenden Visualisierungspanel im Angebot.

Im Übrigen seien die Rügen der ASt nicht ins Blaue hinein erfolgt, da sie entsprechende Marktkenntnisse besitze.

## 12.

In der Stellungnahme vom 16.03.2016 teilte die VSt mit, dass sie das LV auf eine Bieterfrage hin geändert habe. Das LV sei daher produktneutral.

Die BGI habe bzgl. der Pos. 1.1 die Einhaltung der IEC 62304 bestätigt. Am 03.02.2016 sei dies auch nochmal im Aufklärungsgespräch bestätigt worden.

Auch die anderen Positionen seien durch die BGI erfüllt.

Insbesondere umfasse das Angebot der BGI das Zusatzmodul (Durchfluss- und Verbrauchsmessung) für die Umschalteeinheit in Pos. 4.1. und 5.1.

Das angebotene Visualisierungspanel nenne sich „Nebenwarnung“ und erfülle alle Vorgaben aus dem LV.

## 13.

Der ASt wurde am 02.03.2016 Akteneinsicht gewährt, soweit die Unterlagen nicht dem Geheimschutz unterliegen.

**14.**

In der mündlichen Verhandlung am 06.07.2016 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt wiederholt ihre Anträge aus dem Nachprüfungsantrag vom 12.02.2016.

Die VSt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 24.02.2016.

Die BGI wiederholt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 07.03.2016.

**Begründung:**

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b) Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB a.F.
- c) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 2 GWB a.F.
- d) Die Kosten für ..... übersteigen den Schwellenwert von 5,186 Mio. € nach § 2 Abs. 1 VgV a.F. i.V.m. der Verordnung der EU-Kommission zur Änderung der Schwellenwerte für EU-weite Vergabeverfahren. Das hier streitgegenständliche Gewerk Medizinisch Gase mit einem Auftragswert von unter 1 Mio € ist ein Fachlos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 %-Kontingent zu (§ 3 Nr. 7 VgV a.F.). Dementsprechend hat sie die Ausschreibung als Offenes Verfahren im Amtsblatt der EU bekannt gemacht. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB a.F. festgelegt.
- e) Die ASt hat am 10.02.2016 die beabsichtigte Vergabe an die BGI unverzüglich gerügt, nachdem ihr das Absageschreiben vom 04.02.2016 zugegangen war.
- f) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsver-

letzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 GWB a.F.).

- g)** Die ASt hat den Nachprüfungsantrag am 12.02.2016 innerhalb von 15 Kalendarntagen nach der Rückerückweisung vom 11.02.2016 gestellt (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB a.F.).
- h)** Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB a.F.).

## **2.**

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die ASt ist in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB a.F. verletzt.

Die VSt hat die Angebote neu zu werten und dabei das Angebot der BGI auszuschließen.

- a)** Das Angebot der BGI ist auszuschließen, da es dem Leistungsverzeichnis nicht entspricht.

Auf ein Angebot, welches den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht in allen Punkten entspricht, darf der Zuschlag nicht erteilt werden, denn es fehlt an den für einen Vertragsschluss erforderlichen sich deckenden und sich entsprechenden Willenserklärungen. Ob dieser zwingende Ausschlussgrund unter den Ausschlussgrund des § 16 EG Abs. 1 Nr. 1b i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 5 VOB/A a.F. in Form der unzulässigen Änderung an den Vergabeunterlagen (so OLG Düsseldorf, IBR 2007, 1298; VK Baden-Württemberg vom 20.3.2013 - 1 VK 5/13; OLG Frankfurt vom 20.6.2012 - 11 Verg 2/09) oder unter einen nicht ausdrücklich in der VOB/A erwähnten zwingenden Ausschlussgrund (so OLG München vom 10.11.2007 - Verg 10/07) subsumiert wird, ist zwar in der Rechtsprechung umstritten, kann im Falle eines offenen Abweichens vom Leistungsverzeichnis aber dahinstehen, da die Rechtsfolge in beiden Fällen gleich ist (OLG München, Beschluss vom 25.11.2013, Verg 13/13).

**aa)** Die ASt hat im Rahmen ihres Angebots Entnahmestellen angeboten, die nicht den im Leistungsverzeichnis geforderten entsprechen. Die ASt bietet in Ziffer 8.1 – 8.10 Entnahmestellen an, die kein vom Rückschlagventil getrenntes Wartungsventil beinhalten.

Das Leistungsverzeichnis verlangt in Ziffer 8.1 – 8.10:

*Titel 8 - Medizinische Gasentnahmestellen*

*Keinerlei Benennung von Fabrikat und Typ!*

*Dem Bieter steht es jederzeit frei, ein entsprechendes Produkt anzubieten.*

*8. Entnahmestellen*

*Die Gasentnahmestellen für Medizinische Gase müssen entsprechend der DIN EN ISO 9170-1 und den Abmessungen nach DIN 13260, Teil 2 (...) geliefert werden.*

*...*

*Für die Wartung der Gasentnahmestelle und zum Austausch von Verschleißteilen ist von dem Hersteller zwingend ein Wartungsventil vorzusehen. Dieses Wartungsventil muss eine getrennte Komponente vom Rückschlagventil der Entnahmestelle sein.*

Mit den Angaben des Herstellers und des Typs der Entnahmestellen hat sich die ASt auf bestimmte Produkte festgelegt. Bei den angebotenen Entnahmestellen handelt sich um Entnahmestellen die kein vom Rückschlagventil getrenntes Wartungsventil beinhalten. Dies wurde seitens des Herstellers nochmal in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Im Leistungsverzeichnis war dieses Merkmal eindeutig beschrieben. Der Wortlaut hinsichtlich dieser Eigenschaft der Entnahmestellen ist eindeutig und nicht auslegungsfähig.

**bb)** Auf eine vergleichbare Funktionalität kommt es im Rahmen einer klaren technischen Forderung nicht an.

Das Angebot der BGI kann auch nicht im Rahmen einer Gleichwertigkeit des Angebots angenommen werden.

Der Auftraggeber hat bei der Zulassung gleichwertiger Produkte konkret zu bezeichnen von welchen Leistungsmerkmalen und -anforderungen er Abweichungen zulässt. Ein allgemeiner Hinweis auf die Gleichwertigkeit reicht nicht aus (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 7 VOB/A, Rn 294/1f).

Die VSt hat in Titel 8 - Medizinische Gasentnahmestellen angegeben:

*Keinerlei Benennung von Fabrikat und Typ!*

*Dem Bieter steht es jederzeit frei, ein entsprechendes Produkt anzubieten.*

Ein solcher Hinweis auf die Gleichwertigkeit, bzw. auf entsprechende Produkte reicht nicht aus, um die Abweichung von der exakten technischen Beschreibung der Entnahmestelle im Leistungsverzeichnis - hier ein getrenntes Wartungs- und Rückschlagventil - im Nachhinein zuzulassen.

Die VSt hatte dies durch die exakte Beschreibung als Mindestvoraussetzung definiert. Es ist somit ein wesentliches Leistungsmerkmal.

Insbesondere ist es nicht mit dem Grundsatz der Chancengleichheit vereinbar, im Nachhinein als Auftraggeber großzügig zu sein und (...) solche Angebote als gleichwertig zu akzeptieren, die sich in wesentlichen Ausstattungsmerkmalen vom Leitprodukt unterscheiden (Weyand, Ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015, § 7 VOB/A, Rn 294/1,1).

Der Auftraggeber hat vielmehr klar und deutlich anzugeben, was er als gleichwertig einstuft und was er als eine wesentliche und unbedingt zu liefernde Produkteigenschaft verlangt (Weyand, a.a.O.).

Mangels eindeutiger Angabe im Leistungsverzeichnis, dass von diesem konkreten Leistungsmerkmal abgewichen werden kann, ist die VSt an diese Vorgabe gebunden. Das Angebot der BGI erfüllt dieses Leistungsmerkmal hinsichtlich des Wartungsventils unstreitig nicht.

Das Angebot der BGI war daher wegen des nicht angebotenen getrennten Wartungs- und Rückschlagventils auszuschließen.

Die VSt hat die Angebote bereits aus diesem Grund unter Ausschluss des Angebots der BGI neu zu werten.

- b)** Auf die weiterhin vorgebrachten Gründe der ASt hinsichtlich des Ausschlusses des Angebots der BGI kommt es nicht mehr entscheidungserheblich an. Ob weitere Ausschlussgründe vorliegen kann daher offen bleiben.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a.F.

- a) Die VSt und die BGI haben die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt jeweils zur Hälfte zu tragen, weil sie unterlegen sind mit ihren Anträgen (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a.F.).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a.F.
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a.F. i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).  
Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.
- d) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 GWB a.F. festzusetzen.  
Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €
- e) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.  
Die VSt und die BGI erhalten Kostenrechnungen in Höhe von x.xxx,xx €

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....

.....