

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

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

**Lieferauftrag:** **Rahmenvertrag zur Beschaffung von .....-Messgeräten**

**Vergabeverfahren:** **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt aufgrund mündlicher Verhandlung vom 12.09.2024 durch den Vorsitzenden ....., den hauptamtlichen Beisitzer ..... und den ehrenamtlichen Beisitzer ..... am 12.09.2024 folgenden

**B e s c h l u s s :**

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle war nicht notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €  
Auslagen sind nicht angefallen.

## Sachverhalt:

### 1.

Die VSt schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom ..... (TED: .....Vergabenummer .....) europaweit den Auftrag „Rahmenvertrag über Kauf, Lieferung und Rekalibrierung von automatischen Schwebstaub-Messeinrichtungen für die Simultanbestimmung der Fraktionen PM10 und PM2,5 in der Außenluft sowie Schulung der .....-Beschäftigten in der Bedienung, Wartung und Reparatur der Schwebstaub-Messeinrichtungen“ im Wege eines offenen Verfahrens aus.

In der Auftragsbekanntmachung nannte die VSt die Vergabekammer Südbayern als Überprüfungsstelle.

### 2.

Die VSt hatte vor der Ausschreibung eine Markterkundung durchgeführt. Im Vermerk zur Markterkundung trägt die VSt u.a. vor: „Für diese Festlegung war die Möglichkeit zur Weiternutzung vorhandener Messöffnungen mitentscheidend, die sich aufgrund der räumlich getrennten Sensor- und Elektronikeinheit zweier Anbieter ergibt.“

Im Beschaffungsantrag der VSt lautet es u.a. wie folgt: „Da die Beschaffung aller benötigten Geräte (...) unter finanziellen Aspekten und aus Kapazitätsgründen nicht auf einmal bewerkstelligt werden kann, sind die derzeit verwendeten radiometrischen Feinstaubmessgeräte sukzessive in einem mehrjährigen Zeitraum durch optische Messgeräte zu ersetzen, die PM 10 und PM 2,5 simultan messen können. Um den Zeit-/Kostenaufwand für den Einbau der neuen Messgeräte in die bestehenden .....-Messstationen zu minimieren werden Gerätemodelle mit getrennter Sensor- und Elektronik-/Pumpeneinheit benötigt, mit denen die Probenahmeöffnungen der alten Feinstaub-Messgeräte weiter benutzt werden können. Andernfalls wären überall an den .....-Messstationen aufwendige und teure Installationsarbeiten zur Schaffung neuer, passgenauer Öffnungen in den Dächern und der Rückbau der alten Dachdurchführungen erforderlich“.

### 3.

In der Leistungsbeschreibung lautet „1. Vorbemerkungen“ wie folgt: „..... ist in Bayern (...) zuständig für Feststellungen und Untersuchungen nach § 44 Absatz 1 Bundes-Immissionsschutzgesetz. Dies beinhaltet Luftgütemessung entsprechend den Vorgaben der 39. Verordnung zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes (39. BImSchV). ..... betreibt hierzu das Lufthygienische Landesüberwachungssystem Bayern (LÜB)

(Fussnote 1: Bayerisches Luftgüte-Messnetz mit aktuell 55 ortsfesten Messstationen). Zur Umsetzung dieser Messverpflichtung und zum Erreichen der Datenqualitätsziele ist es notwendig, das gesamte LÜB mit Messtechnik auszustatten, die den administrativen, formalen und eigenen Anforderungen genügt“.

In der Leistungsbeschreibung lautet Absatz 2 der Ziffer 2 wie folgt: „Bei den Geräten hat es sich um optische Aerosolspektrometer mit getrennten Einheiten für Probenahme/Messung (Fussnote 3: Probenahmerohr) und Elektronik (Fussnote 4: Elektronikeinheit) zu handeln (...)“.

In Ziffer 3.2 lautet Absatz 1 bei den „Technischen Anforderungen“ wie folgt: „Seitens der Bauart der Geräte sind Ausführungen mit getrennten Einheiten für die Probenahme/Messung und die Elektronik erforderlich, um die bereits an den LÜB-Messstationen vorhandenen Dachdurchführungen für die aktuell vorhandenen Feinstaub –Messgeräte ohne wesentliche Umbauarbeiten (Fussnote 12: Schaffung neuer Dachdurchführungen, Versetzung vorhandener oder Installation neuer Geräteracks etc.) weiter nutzen zu können“.

#### **4.**

Die Fa. X (im Folgenden: X) und die Fa. Y (im Folgenden: Y) haben jeweils ein Angebot eingereicht. Die Angebote wurden bislang von der VSt noch nicht geöffnet. Die ASt reichte kein Angebot ein.

#### **5.**

Mit Schreiben vom 18.07.2024 rügte die ASt einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB und den in § 31 Abs. 6 VgV zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Produktneutralität. Die Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung, insbesondere die Trennung von Probenahmerohr und Sensoreinheit und Elektroeinheit, würden nur das Angebot eines Produktes, nämlich das Messgerät X „X1“, zulassen.

#### **6.**

Mit Schreiben vom 25.07.2024 antwortete die VSt der ASt, dass ihren Rügen nur teilweise abgeholfen werde. In der Leistungsbeschreibung wurden Änderungen im Hinblick auf die Probenahmerohre vorgenommen. Im Übrigen half die VSt der Rüge nicht ab und begründete dies damit, dass eine im Vorfeld durchgeführte Markterkundung ergeben habe, dass es mehr als ein Produkt und mehr als einen Anbieter gäbe, welche die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erfüllen würden. Die in der Leistungsbeschreibung geforderte

räumliche Trennung von Probenahmerohr mit Sensoreinheit und Elektroeinheit sei erforderlich, um die bereits existierende Peripherie ohne bedeutsamen Folgeaufwand weiter nutzen zu können.

## 7.

Mit Schriftsatz vom 02.08.2024 stellten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt einen Antrag auf Nachprüfung bei der Vergabekammer Südbayern und beantragten:

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach §§ 160 ff. GWB in Bezug auf das Vergabeverfahren „Rahmenvertrag zur Beschaffung von PM2,5/PM10-Messgeräten“ mit der Vergabenummer ....., am ..... bekannt gemacht im EU-Amtsblatt S .....,
2. dem Antragsgegner wird untersagt, das im Antrag zu 1. bezeichnete Vergabeverfahren auf Grundlage der bisherigen Vergabe- und Vertragsunterlagen durch Zuschlagserteilung abzuschließen,
3. den Antragsgegner zu verpflichten, geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Vergabeverstöße zu beseitigen,
4. hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, das Ausschreibungsverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht auf den Zeitpunkt vor der Bekanntmachung zurückzusetzen und das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
5. die Vergabeakten des Antragsgegners beizuziehen,
6. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabeakten der Antragstellerin [richtig: Antragsgegner] zu gewähren,
7. die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
8. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die ASt habe zwar bislang kein Angebot abgegeben, dennoch sei sie antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB. Aufgrund der aktuellen Leistungsbeschreibung könne die ASt kein Angebot abgeben. Durch die Rüge habe die ASt ihr Interesse an dem Auftrag hinreichend bekundet.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Nach der Leistungsbeschreibung würden nur die Produkte eines bestimmten Herstellers die Voraussetzungen erfüllen. Dadurch liege ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB, den

Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB sowie das in § 31 Abs. 6 S. 1 VgV zum Ausdruck kommende vergaberechtliche Gebot der Produktneutralität vor.

Die VSt fordere eine von der Elektroeinheit getrennte Sensoreinheit für die Feinstaubmessgeräte. Nur die Feinstaubmessgeräte des Herstellers X würden diese Anforderung erfüllen, sodass eine unzulässige verdeckte Produktfestlegung vorliege. Bei dem Gerät „yyy“ von Y handle es sich nicht um ein anderes Produkt. Vielmehr handle es sich – auch wenn es eine neu designte Frontplatte und eine angepasste Software habe – um das identische Produkt, welches von X entwickelt und bei X komplett gefertigt werde. Der TÜV bezeichne die beiden Geräte von Y und X als baugleich.

Die Produktvorgabe sei sachlich nicht gerechtfertigt. Begründet werde die Voraussetzung einer von dem Probenahmerohr getrennten Elektronik damit, dass die an den LÜB-Messstationen bereits vorhandene Dachdurchführungen „ohne wesentliche Umbauarbeiten“ weiter nutzbar sein sollen. Eine belastbare Begründung dafür, warum die bereits vorhandenen Dachdurchführungen weiter nutzbar sein sollen und eine Versetzung vorhandener oder Installation neuer Geräteracks etc. nicht zulässig sein solle, fehle. Eine Verschiebung vorhandener Geräteracks sei auch beim Einsatz von Feinstaubmessgeräten ohne von der Elektroeinheit getrennte Sensoreinheit weder notwendig noch erforderlich. Es sei übliche Praxis, dass die Feinstaubmessgeräte für PM 10 und PM 2,5 in der obersten Position eines 19“ Racks eingebaut werden und die Dachführung zentriert über dem Probelufteinlass des Messgerätes positioniert sei. Damit ergebe sich eine verfügbare Fläche im Dach, in der sich außer der vorhandenen Dachdurchführung der bisherigen Feinstaubmessgeräte keine anderen Dachdurchführungen befinden. Die Gefahr eines Wassereintritts könne durch fachgerechte Dichtung neuer Dachöffnungen vermieden werden. Bei Feinstaubmessgeräten, welche die Sensorik und Elektroneinheit nicht trennen, sei eine Absicherung gegen Totalschaden sowie die Datenverfügbarkeit ebenso gegeben. Unberücksichtigt bleibe zudem, dass voraussichtlich günstigere Angebote erzielt werden könnten.

## 8.

Die ASt fügte dem Nachprüfungsantrag ein Zertifikat des ..... vom ..... bei. Das Zertifikat betrifft die Messeinrichtung „yyy“. Auf Seite 1 wird als „Hersteller“ die „Y“ benannt. Im Zertifikat lautet es unter anderem: „Die Messeinrichtungen yyy1 bzw. yyy2 sind bis auf eine neu designte Frontplatte und eine angepasste Software (Ersatz der Begriffe „X“ durch „Y“ und „xxx“ durch „yyy“) absolut baugleich mit der Messeinrichtung xxx und werden von der Fa. X entwickelt und werden bei der Fa. X komplett gefertigt“.

## 9.

Am 05.08.2024 leitete die Vergabekammer Südbayern den Nachprüfungsantrag an die VSt weiter.

## 10.

Mit Beschluss vom 12.08.2024 verwies die Vergabekammer Südbayern den Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer Nordbayern.

## 11.

Mit Schriftsatz vom 19.08.2024 erwiderten die Verfahrensbevollmächtigten der VSt und beantragten:

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückweisen,
2. den Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht zurückzuweisen,
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Antragsgegners aufzuerlegen und
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Antragsgegners notwendig war.

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet. Die VSt trägt zur Beschaffenheit der LÜB-Messstationen vor, dass die teils über 50 Jahre alten Messstationen je nach Standort mit unterschiedlicher Luftmesstechnik im Innenraum und auf dem Dach ausgestattet seien. An den Stationen würden nicht nur Luftgütemessungen, sondern auch Messungen aus anderen Fachbereichen betrieben. In einigen Fällen seien auch Messeinrichtungen in und auf den LÜB-Stationen von Externen (z.B. UV-Messstelle des ..., .../... im Rahmen von Forschungsarbeiten, etc.) vorhanden. Derzeit würden an 44 LÜB-Stationen Feinstaub gemessen, davon seien 8 Metallcontainer sowie 36 Betonstationen unterschiedlichster Bauart. Sowohl in der Messstation als auch die auf dem Dach installierten Messeinrichtungen könnten aus organisatorischen, fachlichen, ergonomischen und sicherheitstechnischen Gründen für die Schaffung neuer Dachdurchführungen nicht beliebig angeordnet oder nur mit erheblichen Folgeaufwand versetzt werden. Die neu zu beschaffenden Feinstaubmessgeräte sollen mittelfristig die derzeit am LÜB betriebenen Feinstaubmessgeräte ersetzen. Grundlage für die Inbetriebnahme der neuen Geräte sei allerdings ein erfolgreicher Nachweis der Gleichwertigkeit für die neu zu beschaffenden Messgeräte mit dem Standardreferenzverfahren nach DIN EN 12341. Dies erfordere eine

zumindest einjährige Parallelmessung mit je zwei Staubsammlern, während der die Messwerte der aktuell verwendeten Feinstaubmessgeräte weiterhin zur Beurteilung der Luftqualität maßgebend seien. Für diese Vergleichsmessungen sollen überwiegend bereits vorhandene, aktuell ungenutzte Dachdurchführungen verwendet werden.

Das Gebot der produktneutralen Leistungsbeschreibung sei beachtet worden. Die VSt habe weder offen noch verdeckt ein bestimmtes Produkt vorgegeben. Unstreitig erfülle jedenfalls ein weiteres Gerät die Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Es handle sich dabei nicht um dasselbe Gerät von X, sondern um ein anderes Gerät, ein von Y erstelltes und vertriebenes Produkt. Die Messgeräte der Firmen X und Y seien gerade nicht identisch, sie würden sich u.a. durch Hardwareteile (Frontplatte) und Bediensoftware unterscheiden. Beide Geräte würden unter unterschiedlicher Typenbezeichnung (xxx und yyy) vertrieben. Auf den Herstellerseiten seien jeweils unterschiedliche Produktionsfirmen genannt. Nach Angaben der Firma Y basiere ihr Produkt auf ihrer eigenen Y Serie. Gerade die unterschiedliche Zertifizierung der Produkte durch den TÜV spreche dafür, dass sich die Produkte offenkundig voneinander unterscheiden und dass zwei – und nicht ein – Produkt auf dem Markt sei. Auch wenn es technische Überschneidungen der beiden Produkte geben möge, maßgeblich sei allein, dass es sich um unterschiedliche Produkte unterschiedlicher Firmen handle und insofern Wettbewerb zwischen den Firmen und ihren Produkten bestehe. Dass nicht nur ein Produkt angeboten werden könne, werde zudem dadurch unterstrichen, dass nach Ablauf der Angebotsfrist mehrere Angebote unterschiedlicher Produkte vorliegen.

Selbst wenn – unterstellt – nur das Produkt eines Herstellers die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllen könnte, so wäre die Produktvorgabe durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt. Es bestünden sowohl technische als auch wirtschaftliche Gründe für die konkrete Festlegung des Beschaffungsgegenstandes.

Nur der Einsatz von Messegeräten mit räumlicher Trennung von Probenahme/Messeinheit und Elektroneinheit führe dazu, dass weder weitere Dachdurchbohrungen noch Versetzungen der Geräteracks erforderlich seien. Hintergrund hierfür sei, dass die zu beschaffenden Geräte gleichwertige Messergebnisse zur Beurteilung der Luftqualität gemäß 39. BImSchV liefern müssen. Der Äquivalenznachweis sei zu erbringen, bevor die zu beschaffenden Messgeräte in den Routinebetrieb übernommen werden. Hierfür sei eine Vergleichsmessung über ein Kalenderjahr zwischen mindestens einem Kandidat-Messgerät und zwei Geräten des Referenzverfahrens (Staubsammler) erforderlich. Bis der Äquivalenznachweis erbracht sei, sei das Gerät des Bestandsdienstleisters parallel weiter zu betreiben, um den administrativen, formalen und eigenen Anforderungen zu genügen. Vor

dem Hintergrund des Parallelbetriebs sei ein sofortiger 1:1 Austausch der Altgeräte durch neue Geräte nicht möglich. Hieraus folge, dass Elektronikeinheit und Probenahme/Messeinheit zwingend getrennt sein müssen, um einen flexiblen Einbau in der Station zu gewährleisten. Wie die ASt für das von ihr vertriebene Gerät angegeben habe, müsste der Dachdurchlauf unmittelbar über dem Gerät verlaufen. Da der Rackplatz jedoch für den Parallelbetrieb möglicherweise blockiert sei, könne das Gerät der ASt nur durch Versetzung des Altgeräts oder ggf. durch eine weitere Dachdurchbohrung in der Station platziert werden. Aufgrund der Auslastung der betagten Stationen seien überwiegend keine Rackplätze frei, bei denen sich der Dachdurchlauf unmittelbar über den freien Rackplatz befindet. Nur durch die räumliche Trennung von Probenahme/Messeinheit und Elektronikeinheit wäre gewährleistet, dass die Elektronik auf einem freien Rackplatz platziert werden könnte, während das Rohr der Probenahme durch einen vorhandenen Dachdurchlauf geführt werden könnte. Die Festlegung sei somit erforderlich gewesen, um entweder Versetzungen der vorhandenen Messeinrichtungen in der jeweiligen Station zu verhindern oder aber auf neue Kernbohrungen verzichten zu können.

Die Versetzung der Geräte sei aus den geschilderten Gründen nur mit einem unverhältnismäßigen Aufwand möglich. Die Messeinrichtungen würden zum Teil nicht durch die VSt betrieben, was bei der Versetzung zu einem enormen Koordinierungsaufwand führen würde. Bei circa 45 auszustattenden Stationen wäre der Aufwand für die VSt nicht zu bewältigen. So müsse mindestens ein Mitarbeiter der VSt die Versetzung koordinieren und zur Beaufsichtigung vor Ort sein. Außerdem sei die jeweilige Firma vollständig einzuweisen. Aufgrund der Beschaffenheit des Großteils der Messstationen als Betonmessstationen, seien neue Durchführungen ebenfalls nur mit erheblichem Mehraufwand möglich. Die ASt, die vermutlich davon ausgehe, dass es sich bei den Messstationen um Metallcontainer handle, verkenne, dass neue Dachdurchführungen zur vollständigen Unterbrechung aller Messungen führen würden, künftige Messungen aufgrund des entstehenden Betonstaubs auf unabsehbare Zeit kontaminiert und unbrauchbar sein könnten und durch die Bohrungen Undichtigkeiten an den Dächern der Messstationen entstehen könnten. Dieses technische Risiko führe dazu, dass die von der ASt angebotene Lösung nicht verwendet werden könne. Die Aufwände das Gerät der ASt in die Stationen einzubauen, würden über die üblichen Aufwände bei einer Produktumstellung deutlich hinausgehen und seien nicht zumutbar. Zur Gewährleistung eines flexiblen Einbaus in die Stationen, eines weitgehend unterbrechungsfreien Messbetriebs und zur Vermeidung eines erheblichen Mehraufwands sei die streitgegenständliche Festlegung der Leistungsbeschreibung mithin geboten gewesen. Da die Belange der öffentlichen Gesundheit maßgeblich von den durch die VSt erzielten Messergebnissen abhängen würden und die Festlegungen der

Leistungsbeschreibung aus den vorstehenden Gründen für die Sicherheit der Qualität der Messergebnisse notwendig seien, sei die Einschränkung des Wettbewerbsgrundsatzes hinzunehmen. Für die VSt sei die Ausschreibung von Produkten mit getrennter Einheit für Probenahme/Messung und Elektroneinheit daher unter Berücksichtigung aller Umstände der sicherste Weg zur Vermeidung etwaiger Risiken für den laufenden und künftigen Betrieb der Stationen.

## **12.**

Mit Schriftsatz vom 27.08.2024 wiederholten und vertieften die Verfahrensbevollmächtigten der ASt ihre bisherige Rechtsauffassung.

Bei den Geräten „xxx“ und dem „yy“ handle es sich um ein identisches Produkt.

Die verdeckte Produktvorgabe sei auch nicht sachlich gerechtfertigt. Eine Versetzung von Messgeräten werde für den schlichten Austausch der Feinstaubmessgeräte nicht notwendig sein. Die VSt führe erstmals an, dass für die Dauer von zumindest einem Jahr zunächst Parallelmessungen geplant seien. Die Leistungsbeschreibung sei so zu verstehen, dass die bisherigen Geräte durch neue Geräte ersetzt werden sollen und die neuen Geräte Dachdurchführungen der bisherigen Geräte nutzen sollen.

Es entstehe durch die VSt der Eindruck, dass ein Vergleich der Werte des neuen Gerätes mit den Werten des bisherigen Geräts erfolgen solle. Bei den Staubsammlern handle es sich um von dem bisherigen Gerät unterschiedliche Geräte. Damit seien bei dieser Vorgehensweise weitere Staubsammler erforderlich, die ihrerseits eigene Dachdurchführungen benötigen. Wie die VSt diese Dachdurchführungen realisieren möchte, ohne den von ihm behaupteten Aufwand zu betreiben, bleibe offen. Ferner sei nicht ersichtlich, wieso alle 50 zu liefernden Geräte die speziellen Anforderungen für die Parallelmessungen erfüllen müssen, obwohl Parallelmessungen offenkundig nicht in allen Messstationen durchgeführt werden sollen. Hinzu komme, dass es Ziel der DIN EN 12341 sei, den Netzbetreibern aufgrund der Standardisierung Parallelmessungen zu ersparen.

Für Parallelmessungen würden die Produkthanbieter üblicherweise externe, TÜV-zertifizierte Container bereitstellen. Bei LÜB-Messstationen, an denen auch Feinstaub gemessen werde, könne, wenn in den jeweiligen Geräte-Racks in oberer Reihe kein Platz für Feinstaubmessgeräte mehr vorhanden sei, entweder eine neue Dachdurchführung hergestellt werden oder zunächst behelfsmäßig die genannten Container für die Messgeräte genutzt werden.

### 13.

Am 02.09.2024 wurde der ASt unter Beachtung des Geheimschutzes Akteneinsicht gewährt.

### 14.

Mit Schriftsatz vom 04.09.2024 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der VSt Stellung zum Schriftsatz der ASt vom 27.08.2024.

Die ASt verkenne weiterhin, dass die VSt die streitige Festlegung im Rahmen des ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrechts getroffen habe. Letztlich fordere die ASt eine Ausschreibung, die auf das Produkt der ASt zugeschnitten werde und die nicht dem Bedarf der VSt entspreche.

Die VSt habe das Gebot zur produktneutralen Ausschreibung nicht verletzt. Selbstverständlich handle es sich bei zwei Geräten mit Unterschieden, die im Übrigen auch von mindestens zwei unterschiedlichen Unternehmen angeboten werden, um zwei verschiedene Produkte.

Selbst wenn – unterstellt – auf ein spezifisches Produkt verwiesen worden wäre, wäre die streitige Anforderung gerechtfertigt. Insgesamt würden 46 ungenutzte Dachdurchführungen existieren. 41 dieser Dachdurchführungen seien nicht über, sondern neben dem Geräterack aufzufinden. Sie könnten für Geräte, die auf eine Dachdurchführung zentriert über dem Probelufteinlass angewiesen seien, nicht genutzt werden. Die Dachdurchführungen seien mit Warmschrumpfkappen verschlossen und würden sich leicht wieder öffnen lassen. Die Herstellung neuer Bohrungen würden ein großes praktisches Problem darstellen, nicht zuletzt, weil Messgeräte abgeschaltet und Messdaten nicht erhoben werden könnten.

Die streitige Festlegung sei für die VSt wesentlich, weil sie Bedarf an der Flexibilität habe, die nur Produkte bieten können, die über ein Probenahmerohr getrennt von der Elektronik verfügen. Diese Flexibilität eröffne sowohl die Möglichkeit der Nutzung von vorhandenen Dachdurchbohrungen als auch eine flexible Nutzung der verschiedenen Reihen eines Geräteracks. Die VSt habe entschieden, dass sie sich angesichts der vielfältigen und historisch gewachsenen Messstandortlandschaft nicht für die gesamte Lebensdauer der zu beschaffenden Geräte darauf festlegen könne, Feinstaubmessgeräte immer nur in oberster Reihe der Racks einsetzen zu können, zumal wenn diese zusätzlich erfordern, dass eine passende Dachdurchbohrung vorhanden ist. Gerade vor dem Hintergrund sich ändernder Anforderungen (wie durch die Novellierung der EU Luftqualitätsrichtlinie absehbar) müsse

die VSt darauf achten, dass mehrere mögliche Einsatzszenarios ohne unverhältnismäßigen Aufwand umsetzbar bleiben.

Für die VSt ergebe sich das Erfordernis des Parallelbetriebs aus § 16 der 39. BImSchV i.V.m. Anlage 6 BImSchV. Dies mache eine Parallelmessung erforderlich, auch weil die gesetzlich erforderlichen Messungen nach § 44 Abs. 1 BImSchG weiter mit vorhandenen Geräten vorgenommen werden müssten, bis der Bezug ermittelt und der Nachweis der Gleichwertigkeit erbracht worden sei. Diese Parallelmessung könne auch nicht durch die Standardisierung im Rahmen der Europäischen Norm DIN EN 12341 ersetzt werden. Die Messung müsse über ein Jahr erfolgen. Die VSt habe schon auf Seite 1 der Leistungsbeschreibung für die Luftgütemessung auf die Vorgaben der 39. BImSchV hingewiesen und dass es notwendig sei, dass die gesamte LÜB mit Messtechnik auszustatten sei, die den administrativen, formalen und eigenen Anforderungen genüge.

Auch die Einschätzung der ASt, die Messungen seien nicht in allen Standorten durchzuführen, gehe fehl. Nur wenn erste Parallelmessungen in den Stationstypen (ländlich, (vor)städtisch, verkehrsnah) ergeben würden, dass der gleiche Äquivalenzfaktor in allen Messstationen anwendbar sei, könne davon ausgegangen werden, dass eine Parallelmessung nicht in allen weiteren Messstationen erfolgen müsse. Sofern die VSt feststelle, dass dies nicht der Fall sei, sei ggf. eine Parallelmessung in weiteren, ggf. allen Messstationen zwingend.

Die VSt setze wetterfeste Staubsammler ein, die auf dem Stationsdach oder an den Außenwänden angebracht werden. Für den Einsatz dieser Geräte seien keine neuen Dachdurchführungen erforderlich.

Die VSt müsse sich auch nicht auf die Nutzungsmöglichkeit von Containern verweisen lassen. Diese Lösung sei nicht dem Bedarf der VSt entsprechend flexibel genug. Es sei offensichtlich, dass die Installation von Containern für die VSt höhere wirtschaftliche und zeitliche Aufwände verursachen würde. Außerdem stünden die bisher genutzten Stationen mit wenigen Ausnahmen auf fremden Grund. Das Aufstellen separater Container wäre hier im Rahmen der bestehenden Sondernutzungserlaubnis nicht möglich. Zum Teil, v.a. bei Verkehrsmessstationen, ließe es auch die Platzsituation nicht zu, Container aufzustellen.

Es sei vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt, die Inflexibilität, die sich aus abweichenden Leistungsanforderungen ergeben würde, nicht hinnehmen zu müssen.

## 15.

Mit Schriftsatz vom 09.09.2024 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der ASt Stellung zum Schriftsatz der VSt vom 04.09.2024.

Die VSt verstoße gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung. Y sei in diesem Fall nicht Produzent, sondern nur Händler eines anderen Produktes, welches von X hergestellt werde.

Die verdeckte Produktvorgabe sei auch nicht sachlich gerechtfertigt. Die von der VSt vorgetragene Flexibilität bestehe nicht in einem solchen Maße, das die Produktfestlegung sachlich gerechtfertigt sei. Die Äquivalenzfaktoren aus den mindestens drei geplanten Referenzmessungen dürften ganz überwiegend auch für die übrigen Messstationen gültig sein. Dass Parallelmessungen an allen Stationen erfolgen sei zwar potentiell denkbar, aber aller Wahrscheinlichkeit nach ausgeschlossen. Für den Parallelbetrieb wäre eine Nutzung der neuen Messgeräte in gesonderten Containern möglich. Für die Container sei auch keine Sondernutzungserlaubnis erforderlich, da diese auf das Dach der jeweiligen Messstation gestellt werden können. Sollte eine Containernutzung ausnahmsweise nicht möglich sein, könnten unproblematisch neue Dachdurchführungen hergestellt werden. Wieso neue Dachdurchbohrungen bisher regelmäßig erfolgt seien und nunmehr um jeden Preis vermieden werden sollen, erschließe sich nicht.

Dass die Schaffung neuer Dachdurchführungen ein erhebliches Risiko für die vorhandenen Messgeräte hervorrufe, vermöge die ASt nicht zu erkennen. Entgegen der Darstellungen der VSt würden Bohrungen in Betondächern im Trockenbohrverfahren durchgeführt werden. Daher sei weder mit einer Kontamination mit Wasser noch mit Staub zu rechnen. Deshalb müssten Messeinrichtungen während der Durchführung neuer Dachbohrungen auch nicht zwingend abgestellt werden. Im Übrigen wäre ein kurzfristiges Abschalten von Messeinrichtungen für einen kurzen Zeitraum von 2-3 Stunden auch nicht schädlich. Die Datenverfügbarkeit von 90 Prozent, welche die Messstation gewährleisten müssen, würde dadurch nicht beeinträchtigt werden.

Auch unter Kostengesichtspunkten würde der VSt kein höherer Aufwand entstehen. Messgeräte mit integrierter Sensorik seien in der Regel deutlich günstiger als Messgeräte mit externer Sensorik. Auch im Falle der Schaffung neuer Dachdurchführungen würden die Kosten auffallend gering ausfallen gegenüber den Mehrkosten, die entstehen, wenn ein Messgerät mit von der Elektronik getrennter Sensorik eingesetzt werden solle.

## 16.

Mit Schriftsatz vom 11.09.2024 nahmen die Verfahrensbevollmächtigten der VSt Stellung zum Schriftsatz der ASt vom 09.09.2024.

Die streitige Festlegung sei schon deshalb keine produktspezifische Vorgabe, weil mehrere Produkte angeboten werden können.

Die VSt beschaffe hier aus sachlichen Gründen eine Lösung, die in dem bestehenden Messstationennetz flexibel einsetzbar sei. Sie habe einen gesetzlichen Auftrag zu erfüllen, an den höchste Anforderungen gestellt werden. Diese Flexibilität sei u.a. erforderlich, weil die VSt ggf. in allen Messstationen Äquivalenzmessungen durchführen müsse. Diese Messungen müssten parallel zu den gesetzlich erforderlichen Messungen nach § 44 Abs. 1 BImSchG erfolgen. Um in Zukunft die Geräte zum Zwecke der gesetzlich erforderlichen Messung einsetzen zu können, bedürfe es eines einjährigen Betriebes, mittels dessen der Bezug zum gravimetrischen Standardverfahren ermittelt werde.

Nicht relevant sei, dass die ASt sich an Stelle der VSt dafür entschieden hätte, Container auf die Messstationen zu stapeln. Die von der ASt vorgeschlagene Bauweise komme bei vielen Messstationen schon aus Platzgründen nicht in Betracht, insbesondere bei Verkehrsmessstationen. Zudem würden sich Folgethemen für die Statik, die Übertragbarkeit von ermittelten Äquivalenzfaktoren sowie Auswirkungen auf andere Installationen ergeben. Sofern überhaupt denkbar, würde dieses Szenario zu erheblichen Folgeaufwänden bei der Umplanung der Messstationen führen.

Die Dachdurchführungen würden zum größten Teil bestehen, weil sie bereits mit dem Bau der Messstationen angelegt worden seien. Es sei keinesfalls so, dass eine Kontamination bei Bohrungen ausgeschlossen werden kann, unabhängig davon, welches Bohrverfahren angewendet werde. Sofern die ASt vortrage, dass das zeitweise Ausschalten von Messeinrichtungen angesichts der notwendigen Datenverfügbarkeit von 90 Prozent ohne Zweifel unschädlich wäre, verkenne sie, dass die Verfügbarkeit bereits durch reguläre Wartungsarbeiten, Kalibrierungen und Geräteausfälle soweit eingeschränkt sei, dass nicht gesichert sei, dass weitere Einschränkungen hinnehmbar seien.

Auch der von der ASt angestellten wirtschaftlichen Betrachtung könne sich die VSt nicht anschließen. Die ASt verkenne, dass der Wert des Vorteils des flexiblen Einsatzes nicht mit dem Wert der Umbauarbeiten für Dachdurchbohrungen gleichgesetzt werden könne. Die Kosten für das Container-Szenario müsste ebenfalls in die Betrachtung eingestellt werden.

Die VSt habe schon nicht die personellen Kapazitäten um in allen Messstationen neue Dachdurchbohrungen umsetzen zu können. Zumindest zur Aufsicht müsse stets ein interner Mitarbeiter vor Ort sein. Der VSt stünden hierzu nur die Werkstattleitungen zur Verfügung, die bereits voll ausgelastet seien.

Zudem würden weitere Flexibilitätserfordernisse bestehen: Die einzelnen Messstationen seien nicht einheitlich. Es würden mehrere Typen Messstationen bestehen, die zudem noch über verschiedene Typen von Dachaufbauten verfügen können. Zum Teil würden individuelle Sonderumstände bestehen. Flexibilitätserfordernisse würden auch aufgrund der Novellierung der EU-Luftqualitätsrichtlinie entstehen. Die VSt müsse hier vorbeugend darauf achten, sich auf sich möglicherweise ergebende Platzprobleme bestmöglich vorzubereiten, da in der Novellierung nicht nur zusätzliche Feinstaubmessgeräte, sondern auch zusätzliche Gas- und Ultrafeinstaubmessgeräte gefordert werden. Die VSt benötige ein Messgerät, welches an jeder Rackposition einsetzbar sei. Feinstaubmessgeräte müssten immer in oberster Reihe angeordnet werden, es sei denn, die Elektronik sei getrennt von der Sensorik. Dies sei für die VSt aufgrund der Diversität der Messstationen und Einsatzszenarios keine akzeptable Einschränkung.

#### **17.**

Die Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB wurde wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten am 04.09.2024 bis einschließlich 02.10.2024 verlängert.

#### **18.**

In der mündlichen Verhandlung am 12.09.2024 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Die ASt und die VSt blieben bei ihren schriftsätzlich gestellten Anträgen.

#### **19.**

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands auf die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

## **Begründung:**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

**1.**

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

**a)**

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

Mit Beschluss vom 12.08.2024 verwies die Vergabekammer Südbayern den Nachprüfungsantrag an die Vergabekammer Nordbayern, da das Referat ..... für das Vergabe- und Vertragswesen des ..... an der Dienststelle in ..... angesiedelt ist und damit im Regierungsbezirk ..... ihren Sitz hat. Gemäß § 83 VwGO i.V.m. § 17a GVG analog ist der Verweisungsbeschluss unanfechtbar.

Im Übrigen schließt sich auch die Vergabekammer Nordbayern der Rechtsauffassung der Vergabekammer Südbayern an. Der Begriff „Vergabestelle“ in § 2 Abs. 2 BayNpV ist dahingehend auszulegen, dass es nicht auf den (Haupt-)Sitz der Behörde ankommt, sondern auf den Sitz der jeweiligen Dienststelle bei der die Organisationseinheit, die für die streitige Vergabe zuständig ist, angesiedelt ist. Vorliegend hat das ..... zwar seinen (Haupt-)Sitz in ....., Regierungsbezirk ....., und damit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Südbayern. Allerdings befindet sich die für das streitige Vergabeverfahren zuständige Organisationseinheit Referat ..... „Vergabe- und Vertragswesen“ bei der Dienststelle in ....., Regierungsbezirk ....., und damit im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer Nordbayern.

**b)**

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

**c)**

Bei dem ausgeschriebenen Lieferauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB.

**d)**

Der maßgebliche Schwellenwert nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB ist überschritten.

**e)**

Die ASt ist antragsbefugt. Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen, bieterschützenden Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht und einen dadurch entstandenen oder drohenden Schaden darlegt.

Ein Interesse am Auftrag im Sinne von § 160 Abs. 2 GWB liegt grundsätzlich immer dann vor, wenn sich der Bieter an der Ausschreibung beteiligt und ein ernst zu nehmendes Angebot abgegeben hat (Möllenkamp in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB Vergaberecht, 4. Aufl. 2016, § 160 GWB Rn. 43).

Im vorliegenden Vergabeverfahren hat die ASt zwar kein Angebot abgegeben. Dies hindert aber nicht ihr Interesse am Auftrag.

Unternehmen, die keinen Teilnahmeantrag oder kein Angebot abgegeben haben, aber substantiiert rügen, gerade hieran durch vergaberechtswidriges Verhalten der Vergabestelle gehindert worden zu sein, sind insoweit grundsätzlich antragsbefugt (vgl. BayObLG, B.v. 04.02.2003 – Verg 31/02).

Für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist insoweit die schlüssige Behauptung der Rechtsverletzung erforderlich, aber regelmäßig auch ausreichend (BGH, B.v. 26.09.2006 – X ZB 14/06). Ob der Rechtsverstoß tatsächlich vorliegt, ist eine Frage der Begründetheit.

Die ASt hat in ihrer Rüge und ihrem Nachprüfungsantrag schlüssig behauptet, dass sie kein Angebot abgeben konnte, weil die Bedingungen der Ausschreibung dies verhindert hätten. Die Anforderung in der Leistungsbeschreibung, dass es sich bei den Feinstaubmessgeräten um optisch arbeitende Messgeräte handeln muss, bei denen das Probenahmerohr mit Sensoreinheit getrennt von der Elektronik sein muss, kann die ASt aufgrund der Konstruktion ihrer Geräte nicht erfüllen. Daraus folgt ferner ein der ASt drohender Schaden wegen fehlender Zuschlagsmöglichkeit.

**f)**

Die ASt hat ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB genügt. Mit Schreiben vom 18.07.2024 und damit rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist rügte die ASt einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB und den in § 31 Abs. 6 VgV zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Produktneutralität.

**g)**

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 02.08.2024 war die 15-Tages-Frist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 25.07.2024 zur Verfügung stand.

**h)**

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

**2.**

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die ASt ist nicht in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

Die VSt verstößt nicht gegen den Wettbewerbsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 GWB, den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB sowie das in § 31 Abs. 6 S. 1 VgV zum Ausdruck kommende vergaberechtliche Gebot der Produktneutralität vor, indem sie in der Leistungsbeschreibung Feinstaubmessgeräte mit getrennten Einheiten für die Probennahme/Messung und die Elektronik fordert.

Die Entscheidung, welcher Gegenstand mit welcher Beschaffenheit und welchen Eigenschaften beschafft werden soll, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber. Begrenzt wird das Bestimmungsrecht aber durch die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung, von der nur unter bestimmten Voraussetzungen abgewichen werden darf (OLG München, B.v. 26.03.2020 – Verg 22/19).

Nach § 31 Abs. 6 S. 1 VgV darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

Gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung wird nicht nur dann verstoßen, wenn ein Leitfabrikat offen in der Leistungsbeschreibung genannt wird, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein bestimmtes Produkt vorgegeben wird und nur mit diesem die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden können (OLG München, B.v. 26.03.2020 – Verg 22/19).

Die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers sind eingehalten, 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 sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (OLG München, B.v. 26.03.2020 – Verg 22/19; BayObLG, B.v. 25.03.2021, Verg 4/21). An das Vorliegen eines Sachgrundes dürfen auch keine unverhältnismäßigen Anforderungen gestellt werden (VK Münster, B.v. 27.10.2023, VK 1 – 31/23). Die Entscheidung der VSt muss „lediglich“ plausibel sein (vgl. VK Niedersachsen, B.v. 18.08.2023, VgK-23/2023).

Gegen diese Grundsätze hat die VSt bei der streitgegenständlichen Ausschreibung nicht verstoßen.

Nach Auffassung der Vergabekammer Nordbayern ist die Ausschreibung sowohl produktneutral (a) als auch sachlich gerechtfertigt (b).

**a)**

Die ASt vertritt die Ansicht, dass eine verdeckte Produktfestlegung vorliege, da nur die Feinstaubmessgeräte von X die streitigen Anforderungen erfüllen würden. Bei dem Gerät „yyy“ von Y und dem Gerät „xxx“ von X soll es sich um ein identisches Produkt handeln. Laut ... Zertifikat vom ..... sei das Gerät „yyy“ absolut baugleich mit dem Gerät „xxx“ und werde von X entwickelt und bei X komplett gefertigt. Y sei daher nicht Produzent, sondern nur Händler eines von X hergestellten Produktes. Die VSt habe somit ein spezifisches Produkt von X vorgegeben, auch wenn das Produkt von unterschiedlichen Unternehmen abgesetzt werde.

Entgegen der Auffassung der ASt handelt es sich bei der streitigen Festlegung um keine produktspezifische Vorgabe. Nach Auffassung der Vergabekammer hat die VSt kein bestimmtes Produkt von X vorgegeben.

Die Vergabekammer schließt sich der Auffassung der VSt an, wonach die Messgeräte der Firmen X und Y gerade nicht identisch sind und es sich um zwei eigenständige Produkte handelt. Hierfür spricht, dass die beiden Produkte „yyy“ und „xxx“ unterschiedliche Typenbezeichnungen tragen, eigenständige ...-Zertifizierungen vorweisen und jeweils eine für sich angepasste Bediensoftware sowie designte Hardwareteile (Frontplatte) besitzen. Die Produkte unterscheiden sich daher sowohl namentlich als auch optisch voneinander, denn das Gerät „xxx“ wird von Y im eigenen Namen vermarktet. Beide Geräte werden daher von mindestens zwei eigenständigen Unternehmen, „yyy“ von Y und „xxx“ von X, vermarktet. Es kann letztlich dahinstehen, ob das Gerät „yyy“ von X oder Y produziert wird. Für die Herstellereigenschaft von Y spricht jedoch, dass im ...-Zertifikat vom ..... für das Gerät „yyy“ auf Seite 1 als „Hersteller“ ausdrücklich die „Y“ benannt wird und auf der Webseite von Y als „Produktionsfirma“ die „Y“ benannt wird. Im Übrigen – unterstellt X wäre als Hersteller beider Geräte anzusehen – wäre ein Wettbewerb dennoch möglich. So kommen etwa Kooperationen mit X in Betracht, sodass andere Unternehmen eigenständig das Produkt wettbewerbsfähig auf dem Markt anbieten können. Hierfür spricht zumindest, dass im vorliegenden Vergabeverfahren nicht nur X, sondern auch Y und damit ein weiteres Unternehmen ein Angebot eingereicht hat. Daher ist vorliegend entgegen der Auffassung der ASt auch keine Direktvergabe zwischen der VSt und X im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb möglich. Voraussetzung hierfür wäre, dass der ausgeschriebene Auftrag ausschließlich von X selbst erbracht werden kann, was aber hier gerade nicht der Fall ist.

Im Ergebnis ist die Vergabekammer davon überzeugt, dass Bieter jedenfalls zwei unterschiedliche Produkte anbieten können, die von mindestens zwei eigenständigen Unternehmen vermarktet werden, so dass ein Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen nicht von vornherein ausgeschlossen ist.

**b)**

Im Übrigen ist die Entscheidung der VSt, Feinstaubmessgeräte mit getrennten Einheiten für Probennahme/Messung und Elektronik zu fordern, sachlich gerechtfertigt.

Unter Anwendung der oben dargelegten Maßstäbe hält die Vergabekammer die streitige Vorgabe für vergaberechtlich zulässig. Nach Auffassung der Vergabekammer genügen die von der VSt in der Vergabeakte dokumentierten und im Nachprüfungsverfahren präzisierten Erwägungen diesen Anforderungen. Die Entscheidung der VSt ist vorliegend sachlich gerechtfertigt, weil dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe

bestehen, diese Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist und andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

Die VSt hat sowohl technische als auch wirtschaftliche Gründe für die konkrete Festlegung des Beschaffungsgegenstandes vorgetragen.

Laut VSt müssen die zu beschaffenden Geräte gleichwertige Messergebnisse zur Beurteilung der Luftqualität gemäß 39. BImSchV liefern. Der Äquivalenznachweis ist zu erbringen, bevor die zu beschaffenden Messgeräte in den Routinebetrieb übernommen werden. Hierfür ist eine Vergleichsmessung über ein Kalenderjahr zwischen mindestens einem Kandidat-Messgerät und zwei Geräten des Referenzverfahrens (Staubsammler) erforderlich. Die VSt setzt wetterfeste Staubsammler ein, die auf dem Stationsdach oder an den Außenwänden angebracht werden. Für den Einsatz dieser Geräte sind keine neuen Dachdurchführungen erforderlich. Bis der Äquivalenznachweis erbracht ist, ist das Gerät des Bestandsdienstleisters parallel weiter zu betreiben, um den administrativen, formalen und eigenen Anforderungen zu genügen. Vor dem Hintergrund des Parallelbetriebs ist ein sofortiger 1:1 Austausch der Altgeräte durch neue Geräte nicht möglich.

Soweit die ASt bemängelt, dass die Parallelmessungen nicht in der Leistungsbeschreibung ausdrücklich benannt worden sind, ist dies nach Auffassung der Vergabekammer jedoch irrelevant. Die VSt hat ausdrücklich und unmissverständlich Feinstaubmessgeräte mit getrennten Einheiten für Probenahme/Messung und Elektronik in der Leistungsbeschreibung gefordert. Die VSt ist hingegen nicht dazu verpflichtet in der Leistungsbeschreibung ihre Beweggründe für diese Entscheidung bekanntzugeben. Die Äquivalenzmessungen führt auch nicht der Auftragnehmer, sondern die VSt durch. Im Übrigen wird in der Leistungsbeschreibung auf Seite 1 auf die Vorgaben der 39. BImSchV verwiesen. Auch die Formulierung der technischen Anforderungen in Ziffer 3.2 schließt einen Parallelbetrieb nicht völlig aus.

Laut VSt werden um den Zeit- und Kostenaufwand für den Einbau der neuen Messgeräte in die bestehenden Messstationen zu minimieren Gerätemodelle mit getrennter Sensor- und Elektronikeinheit benötigt, mit denen die Probenahmeöffnungen der alten Messgeräte weiter benutzt werden können. Für die Festlegung war der VSt die Möglichkeit zur Weiternutzung vorhandener Messöffnungen mitentscheidend gewesen. Nur der Einsatz von Messgeräten mit getrennter Sensor- und Elektronikeinheit gewährleistet einen flexiblen Einbau in die Messstationen. Andernfalls wären an den Messstationen aufwendige und teure

Installationsarbeiten zur Schaffung neuer, passgenauer Öffnungen in den Dächern und der Rückbau der alten Dachdurchführungen sowie Versetzungen der Geräteracks erforderlich.

Im vorliegenden Fall hat die VSt nachvollziehbar dargelegt, dass die besonderen örtlichen Gegebenheiten an den Messstationen eine größtmögliche Flexibilität bei der Positionierung der Messgeräte erfordern. Die VSt trägt zur Beschaffenheit der LÜB-Messstationen vor, dass die teils über 50 Jahre alten Messstationen nicht einheitlich sind und je nach Standort mit unterschiedlicher Luftmesstechnik im Innenraum und auf dem Dach ausgestattet sind. An den Stationen werden Messungen auch aus anderen Fachbereichen betrieben. In einigen Fällen sind auch Messeinrichtungen in und auf den LÜB-Stationen von Externen vorhanden. Derzeit wird an 44 LÜB-Stationen Feinstaub gemessen, davon sind 8 Metallcontainer sowie 36 Betonstationen unterschiedlichster Bauart. Sowohl die in der Messstation als auch die auf dem Dach installierten Messeinrichtungen können aus organisatorischen, fachlichen, ergonomischen und sicherheitstechnischen Gründen für die Schaffung neuer Dachdurchführungen nicht beliebig angeordnet oder nur mit erheblichen Folgeaufwand versetzt werden.

Aufgrund der unterschiedlichen Beschaffenheit der Messstationen ist es auch nachvollziehbar dargelegt, dass nicht in allen Messstationen Platz vorhanden ist, der die Aufstellung von Gerätemodellen der ASt ohne getrennte Sensor- und Elektronikeinheit gestatten würde. Hierfür müsste der Dachdurchlauf unmittelbar über dem jeweiligen Messgerät verlaufen. Aufgrund der Auslastung der betagten Stationen sind überwiegend keine Rackplätze frei, bei denen sich der Dachdurchlauf unmittelbar über dem freien Rackplatz befindet. Da der Rackplatz jedoch für den Parallelbetrieb möglicherweise blockiert ist, können die Geräte der ASt nur durch Versetzung der Altgeräte oder ggf. durch eine weitere Dachdurchbohrung in der Station platziert werden. Die VSt benötigt jedoch ein Messgerät, welches an jeder Rackposition einsetzbar ist. Die Messgeräte der ASt stellen für die VSt daher aufgrund der Diversität der Messstationen und Einsatzszenarios keine akzeptable Lösung dar. Es ist daher verständlich, dass die VSt sich nicht auf die Aussage der ASt verlässt, dass Parallelmessungen an allen Stationen zwar potentiell denkbar sind, aber aller Wahrscheinlichkeit nach ausgeschlossen sind.

Soweit die ASt vorgetragen hat, dass die Erstellung von neuen Dachdurchführungen keinen großen Aufwand erfordern würde, Bohrungen keine Staubentwicklung verursachen würden und dass das zeitweise Ausschalten von Messeinrichtungen angesichts der notwendigen Datenverfügbarkeit von 90 Prozent unschädlich wäre, ist die VSt dem überzeugend entgegengetreten. Die VSt hat ausgeführt, dass neue Dachdurchführungen nur mit

erheblichem Mehraufwand möglich sind, zur vollständigen Unterbrechung aller Messungen führen und eine Kontamination bei Bohrungen nicht ausgeschlossen werden kann, unabhängig davon, welches Bohrverfahren angewendet wird. Bei einem zweistufigen Ausschalten von Messeinrichtungen ist die notwendige Datenverfügbarkeit durch reguläre Wartungsarbeiten, Kalibrierungen und Geräteausfälle soweit eingeschränkt, dass nicht gesichert ist, dass weitere Einschränkungen hinnehmbar sind. Künftige Messungen können aufgrund des entstehenden Betonstaubs auf unabsehbare Zeit kontaminiert und unbrauchbar sein. Durch die Bohrungen können Undichtigkeiten an den Dächern der Messstationen entstehen. Die Dachdurchführungen bestehen zum größten Teil, weil sie bereits mit dem Bau der Messstationen angelegt wurden. Zudem hat die VSt nicht die personellen Kapazitäten, um in allen Messstationen neue Dachdurchbohrungen umsetzen zu können. Zumindest zur Aufsicht muss stets ein interner Mitarbeiter vor Ort sein. Der VSt stehen hierzu nur die Werkstatteleitungen zur Verfügung, die bereits voll ausgelastet sind.

Schließlich ist auch nachvollziehbar, dass die VSt einen erheblichen Mehraufwand im Zusammenhang mit der seitens der ASt vorgeschlagenen Containerlösung annimmt. Die ASt führt aus, dass für Parallelmessungen üblicherweise externe, TÜV-zertifizierte Container bereitgestellt werden und nicht für jede Messstation ein Container beschafft werden muss. Dem ist die VSt plausibel entgegengetreten und hat ausgeführt, dass die von der ASt vorgeschlagene Bauweise bei vielen Messstationen schon aus Platzgründen nicht in Betracht kommt, insbesondere bei Verkehrsmessstationen. Zudem ergeben sich Folgethemen für die Statik, die Übertragbarkeit von ermittelten Äquivalenzfaktoren sowie Auswirkungen auf andere Installationen. Sofern denkbar, führt dieses Szenario laut VSt zu erheblichen Folgeaufwänden bei der Umplanung der Messstationen und bindet erneut zusätzliche Arbeitskräfte der VSt.

Weiterhin wurde von der VSt nachvollziehbar dargelegt, dass gerade vor dem Hintergrund sich ändernder Anforderungen, wie durch die Novellierung der EU Luftqualitätsrichtlinie absehbar, sich Flexibilitätserfordernisse ergeben. Die VSt trägt hierzu vor, dass vorbeugend darauf geachtet werden muss, sich auf möglicherweise ergebende Platzprobleme bestmöglich vorzubereiten, sodass mehrere mögliche Einsatzszenarios ohne unverhältnismäßigen Aufwand umsetzbar bleiben.

Zwar ist der ASt grundsätzlich zuzugestehen, dass vorliegend Alternativlösungen durchaus denkbar sind. Die Gründe für die Festlegung müssen jedoch nicht zwingend sein; es kommt auch nicht darauf an, ob andere Vergabestellen einen Bedarf für ähnliche Festlegungen sehen oder nicht (vgl. BayObLG, B.v. 25.03.2021, Verg 4/21). Liegen die Voraussetzungen

vor, muss dies ein Bieter hinnehmen. Ein öffentlicher Auftraggeber muss seine Ausschreibung nicht so ausrichten muss, dass jedes in Frage kommende Unternehmen sich durch eine Angebotsabgabe am Vergabeverfahren beteiligen kann (vgl. VK Bund, B.v. 29.01.2015, VK 2 – 117/14, VK Münster, B.v. 27.10.2023, VK 1 – 31/23).

Es ist folglich nachvollziehbar, dass sich die VSt zur Vermeidung etwaiger Risiken für den laufenden und künftigen Betrieb der Messstationen – auch im Hinblick auf die Belange der öffentlichen Gesundheit – für eine Ausschreibung von Produkten mit getrennter Einheit für Probenahme/Messung und Elektroneinheit entschieden hat.

Letztlich bewegt sich die VSt innerhalb ihres Beurteilungsspielraum, wenn sie ihr Leistungsbestimmungsrecht dahingehend ausübt, eine größtmögliche Flexibilität zu realisieren.

Anhaltspunkte, dass bei der Entscheidung der VSt willkürliche oder diskriminierende Aspekte eine Rolle gespielt hätten, sind hier nicht ersichtlich.

Die angeführten Gründe genügen daher zur Rechtfertigung der streitigen Anforderung.

### **3.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

#### **a)**

Die ASt trägt die Verfahrenskosten, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.

#### **b)**

Die Kostenerstattung gegenüber der VSt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

#### **c)**

Nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 BayVwVfG sind Gebühren und Auslagen eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war. Diese Frage ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu beantworten (vgl. BayObLG, B.v. 15.11.2023, Verg 14/23 e).

Nach Auffassung der Vergabekammer war die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die VSt nicht notwendig. Die streitige Vorgabe in der Leistungsbeschreibung ist typischer Bestandteil der Arbeit eines Auftraggebers. Es handelt sich um einfache, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen, deren Darlegung ohne Weiteres von der VSt erwartet werden kann. Die VSt ist auch sachlich und personell gut ausgestattet, denn das Vergabeverfahren wurde von der Zentralen Vergabestelle des ..... ausgeschrieben. Bereits in der Rügeerwiderung vom xx.xx.xxx war die VSt daher auch ohne anwaltlichen Bevollmächtigten in der Lage sich ausreichend fachlich zu äußern. Der vorliegende Fall weist letztlich keine Besonderheiten auf, die eine Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für notwendig erscheinen lassen. Allein der Umstand, dass die ASt anwaltlich vertreten war, rechtfertigt es auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der prozessualen Waffengleichheit nicht, die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten zu bejahen (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 16.03.2020, Verg 38/18).

**d)**

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Auftragswertberechnung der VSt 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,- €. Da keine Beiladung erfolgt ist, reduziert sich die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- €.

**Rechtsmittelbelehrung:**

.....

.....r

.....