Oberlandesgericht Düsseldorf, Verg 53/21

Datum:	17.08.2022
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	Vergabesenat
Entscheidungsart:	Beschluss
Aktenzeichen:	Verg 53/21
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2022:0817.VERG53.21.00

Tenor:

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 02.12.2021 wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Beigeladenen, die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig waren, trägt die Antragstellerin.

Gründe: 1

I. 2

Die Antragstellerin begehrt, den zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen am 21.07.2021 geschlossenen Rahmenvertrag „O.“ für unwirksam zu erklären (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB). 3

Die Antragsgegnerin, die selbst über eine hochspezialisierte IT-Abteilung verfügt, verwendete ursprünglich die open-source und damit kostenfrei zugängliche Software der Antragstellerin als Alternative zu der Software kommerzieller Cloudanbieter. Der Aufbau erfolgte im Jahr 2013. Im Jahr 2016 trennten sich mehrere Software-Entwickler von der Antragstellerin und gründeten die Beigeladene, die unter dem Namen O.1 ebenfalls eine open-source Software anbietet und supportet. Die Antragsgegnerin stellte daraufhin ihre Software auf die der Beigeladenen um und schloss mit ihr einen Software-Wartungsvertrag. In den nachfolgenden Jahren ist die von der Antragsgegnerin benutzte Software auf ihre speziellen Bedürfnisse angepasst und erweitert worden. Als der Wartungsvertrag im Jahr 2021 auslief, schloss sie mit der Beigeladenen als Folgevertrag den verfahrensgegenständlichen Rahmenvertrag ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union. 4

5

Den Abschluss dieses Vertrages zeigte sie unter „Bekanntmachung vergebener Aufträge“ im EU ABl. ... vom 27.08.2021 an. Der Auftrag ist unter Ziff. II.1.4 der Bekanntmachung beschrieben als:

„Abschluss eines Rahmenvertrags für die Softwarekomponenten des Herstellers O.1 GmbH zur notwendigen Enterprise Subscription für alle I.-Zentren.“

Zur Begründung der Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb heißt es unter Ziff. IV.1.1) der Bekanntmachung:

„…

- *Die Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen können aus folgenden Gründen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden:*

? *nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen*

Erläuterung:

O.1 ist im I.1 und den anderen Zentren der I.2 als Werkzeug zur parallelen Dokumentenbearbeitung und als Filesharingdienst fest verankert. Es bietet eine Reihe professioneller Funktionen, die für einen sicheren und datenschutzgerechten Betrieb unerlässlich sind. Aus diesem Grund wurde bereits 2017 mit der O.1 GmbH ein Softwarewartungsvertrag abgeschlossen, um den Nutzern bei kritischen Fehlern den benötigten Support liefern zu können und einen störungsfreien Betrieb sicherzustellen. Dieser wird durch das durchgeführte Verfahren ersetzt.“

Die Leistungsbeschreibung enthält unter anderem folgende Vorgaben:

„3. Leistungsgegenstand und Leistungsumfang

Beabsichtigt ist der Abschluss eines Rahmenvertrages für die Enterprise Software Subscription für Softwarekomponenten des Herstellers O.1. Dabei sind alle Komponenten zu berücksichtigen, die von den I. Zentren verwendet werden bzw. künftig verwendet werden können.

3.1 Qualitative Anforderungen

Für den professionellen Betrieb der O.1-Anwendungen und deren zentrale Bedeutung für die digitale Zusammenarbeit in der I.-Gemeinschaft sind folgende wesentliche Bedingungen durch den Rahmenvertrag sicherzustellen:

Stabilität, Sicherheit, Expertise, Einfluss, Anpassbarkeit und Konformität.

Gemäß Ziff. 4 der Leistungsbeschreibung beträgt die Laufzeit des Vertrages vier Jahre mit der Möglichkeit einer einmaligen Verlängerung um ein Jahr. Mit dem Dienstleister werde ein EVB-IT Pflege S-Vertrag abgeschlossen.

Die Gründe, warum sich die Antragsgegnerin auf das Softwareprodukt der Beigeladenen festgelegt hat, hat sie im Vermerk „Begründung der Produktfestlegung O.1“ wie folgt festgehalten:

„Mittlerweile ist O.1 im I.1 als Werkzeug zur parallelen Dokumentenbearbeitung und als Filesharingdienst fest verankert. Es bietet eine ganze Reihe professioneller Funktionen, die für einen sicheren und datenschutzgerechten Betrieb unerlässlich sind. Aus diesem Grund wurde bereits 2017 mit der O.1 GmbH ein Softwarewartungsvertrag abgeschlossen, um den Nutzern bei kritischen Fehlern den benötigten Support liefern zu können und einen störungsfreien Betrieb sicherzustellen.

… 22

Neben der Historie und dem Fakt, dass es sich um freie Software handelt, sprechen folgende weitere Punkte für das Produkt. 23

… 24

O.1 und P. hat sich als Alternative zu Googledoc bereits bewährt und unterstützt gleichzeitig die Strategie der I. Gemeinschaft, sich von der Abhängigkeit von großen, internationaler Softwarekonzernen zu lösen. Mit P. entsteht hier ein echter Wettbewerber zu den bisher vorherrschenden Microsoftprodukten.“ 25

Den Umstand, dass die Antragsgegnerin das Verhandlungsverfahren gewählt hat, begründet sie im Vergabevermerk wie folgt: 26

„Gewähltes Vergabeverfahren, Begründung 27

Wegen Alleinstellungsstatus des Herstellers O.1 wird ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchgeführt. 28

… 29

Art und Umfang der einzelnen Lose, ggf. mit Begründung 30

Der Leistungsumfang kann nur von O.1 umgesetzt werden. Deshalb ist eine losweise Vergabe nicht sinnvoll. 31

… 32

Auskunft über die Erkundung des Bewerberkreises 33

Markterkundung durch den zuständigen Fachbereich hat den Alleinstellungsstatus des Herstellers O.1 bestätigt.“ 34

Mit Schreiben vom 16.09.2021 (Ast 4) rügte die Antragstellerin die unterlassene Bekanntmachung und die gewählte Verfahrensart und bat die Antragsgegnerin um Auskunft, über die Gründe, warum das Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb im Amtsblatt der Europäischen Union durchgeführt worden sei. Zudem hat sie um Auskunft über die Ergebnisse der vor Beginn des Vergabeverfahrens durchgeführten Markterkundung gebeten. 35

Mit Email vom 21.09.2021 (Anlage Ast 5) verwies die Antragsgegnerin auf eine von ihr durchgeführte Markterkundung, die ergeben habe, dass es keinen technischen Wettbewerb gebe. Der Email beigefügt war eine Alleinvertriebserklärung der Beigeladenen vom 07.05.2021, mit der sie erklärte, weltweit der alleinige Anbieter der in der Preisinformation und auf der O.1 Homepage genannten Dienstleistungen zu sein (Anlage Ast 6). Das 36

Landgericht Berlin hat mit Urteil vom 02.12.2021 (LG Berlin 16 O 299/21, Ast 9) der Beigeladenen im Wege der einstweiligen Verfügung untersagt, die in der Alleinvertriebserklärung aufgestellten Äußerungen zu tätigen.

Mit Schriftsatz vom 23.09.2021 hat die Antragstellerin die Einleitung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens beantragt. Zu dessen Begründung hat sie die erhobenen Rügen wiederholt und vertieft. Sie ist der Ansicht, die Antragsgegnerin habe die Vergabe nicht ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb im Amtsblatt der Europäischen Union durchführen dürfen. 37

Mit Schreiben vom 08.10.2021 (Anlage Ast 8) hat die Vergabekammer die Antragstellerin aufgefordert mitzuteilen, inwieweit sie die in der Leistungsbeschreibung genannten Auftragsgegenstände bislang erbracht habe und in der Lage wäre, einen von der Antragsgegnerin – unterstellten – öffentlich ausgeschriebenen Auftrag selbst zu erfüllen. 38

Die Antragstellerin hat beantragt, 39

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB in Bezug auf den Vertrag „I.2-weiter Rahmenvertrag O.“ zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen, geschlossen am 21.07.2021, angezeigt durch Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABl. ... vom 27.08.2021 einzuleiten; 40

2. den im Antrag zu 1) benannten Vertrag für unwirksam zu erklären; 41

3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren; 42

4. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären; 43

5. weitere Akteneinsicht zu gewähren (SS v. 07.20.2021). 44

Die Antragsgegnerin hat beantragt, 45

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen; 46

2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären. 47

Die mit Beschluss vom 28.09.2021 hinzugezogene Beigeladene hat beantragt, 48

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen; 49

2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Beigeladene für notwendig zu erklären. 50

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben die Auftragsvergabe ohne vorherige Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb im Amtsblatt der Europäischen Union verteidigt. 51

Die Vergabekammer hat mit dem angefochtenen Beschluss den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wegen fehlender Antragsbefugnis als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie ausgeführt, die Antragstellerin habe kein eigenes Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB geltend machen können. Die Antragsgegnerin habe den Auftrag – wie geschehen – auf die Produkte der Beigeladenen 52

zuschneiden dürfen. Die Antragstellerin habe demgegenüber nicht plausibel dargelegt, dass sie sich im Falle einer vorherigen Bekanntmachung des in der vorliegenden Form ausgeschriebenen Auftrags auf diesen beworben hätte.

Anknüpfungspunkt für die allein streitentscheidende Beschaffung der Softwarewartung sei die bei der Beigeladenen vorhandene Software. Diesen Beschaffungsbedarf – Wartung der vorhandenen Software der Beigeladenen – habe die Antragsgegnerin festlegen dürfen, ohne im Rahmen der Beschaffung von Supportdienstleistungen die Beschaffung anderer Software in Betracht ziehen zu müssen. Es obliege der alleinigen Entscheidung der Antragsgegnerin als Auftraggeberin, ob sie die vorhandene Software weiter nutzen oder eine Umstellung auf eine neue Software vornehmen wolle. Die Frage, ob damit auch die Vergabe von Service- und Wartungsleistungen ohne wettbewerbliches Verfahren verbunden sei, hat die Vergabekammer offen gelassen mit der Begründung, die Antragstellerin habe schon ihr Interesse an dem Auftrag nicht substantiiert dargelegt. 53

Es fehle der Antragstellerin insoweit an einer hinreichend dargelegten Antragsbefugnis. Die Antragstellerin habe nicht hinreichend dargetan, dass ihr eine Leistungserbringung möglich sei und sie sich auf den vorliegenden Auftrag zur Wartung der Software der Beigeladenen beworben hätte. Schon vor dem Hintergrund der Unternehmensgeschichte erscheine es fernliegend, dass sich die Antragstellerin, die eigene, in Teilbereichen mit den Produkten der Beigeladenen vergleichbare, Software herstelle, Wartungsleistungen für Software ihrer Konkurrentin anbieten möchte. In der Vergangenheit sei die Antragstellerin zu keiner Zeit mit entsprechenden Leistungen am Markt tätig gewesen oder habe sich um entsprechende Aufträge bemüht. Sie bewerbe solche derzeit auch nicht auf ihrer Website. Entsprechend seien in den von der Antragstellerin vorgetragenen Fällen, in denen Leistungen in Bezug auf die Software der Beigeladenen vergeben worden seien, auch stets dritte Firmen beauftragt worden. Auch für die grundsätzlich denkbare geschäftliche Entscheidung, sich am Markt das Knowhow über Subunternehmen zu beschaffen, habe die Antragstellerin keine hinreichenden plausiblen Anhaltspunkte vorgetragen. Die schlichte namentliche Nennung eines Nachunternehmers ohne Details zu dessen Fähigkeiten oder nur eine Erklärung dessen, dass eine Zusammenarbeit beabsichtigt sei, reiche hierzu nicht aus. 54

Hiergegen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 16.12.2021 – eingegangen am selben Tag – sofortige Beschwerde eingelegt. Zur Begründung führt sie aus, die Vergabekammer habe vergaberechtsfehlerhaft angenommen, der Antragstellerin fehle die Antragsbefugnis. Sie, die Antragstellerin, habe vielmehr ein objektiv feststellbares Interesse an dem konkreten Auftrag und wäre ebenfalls in der Lage gewesen, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Da es sich um Open-Source-Produkte handle, seien neben der Beigeladenen viele andere Unternehmen, so auch die Antragstellerin, in der Lage, die hier vergebenen Leistungen zu erbringen. 55

Die Antragstellerin ist der Ansicht, die Antragsgegnerin habe zur Befriedigung ihres Beschaffungsbedarfs nicht ausschließlich auf O.1-Produkte zurückgreifen und die zu beschaffenden Pflegeprodukte nicht auf die Wartung von O.1-Produkten einengen dürfen. Weder die bisherige Nutzung noch die Kostenfreiheit würden dies rechtfertigen. Hierdurch habe die Antragsgegnerin den Wettbewerb künstlich auf O.1-Produkte der Beigeladenen beschränkt, ohne bei der Festlegung ihres Beschaffungsbedarfs an irgendeiner Stelle in Erwägung gezogen und dokumentiert zu haben, welche Alternativen es zu O.1-Produken gäbe, obwohl mehrere vernünftige Alternativen oder Ersatzlösungen auf dem Markt vorhanden seien. Dieses Vorgehen führe letztlich zu einer Umgehung des Vergaberechts, indem eine kostenlose Software übernommen werde und dann unter Verweis auf das 56

Alleinstellungsmerkmal teure Softwarewartungsverträge mit der Herstellerfirma abgeschlossen würden. Dies habe auch die Vergabekammer verkannt, wodurch es zu einer rechtswidrigen Verengung des Streitgegenstandes im Nachprüfungsverfahren und letztlich zu Feststellung der fehlenden Antragsbefugnis gekommen sei. Streitgegenständlich seien hingegen nicht nur die Direktvergabe der Wartungsdienstleistungen, sondern auch eine rechtswidrig unterlassene Bedarfsermittlung der Antragsgegnerin sowie die nicht gerechtfertigte Produktfestlegung. Für die Frage der Antragsbefugnis müsse auf eine hypothetische von Beginn an rechtskonform durchgeführte Ausschreibung abgestellt werden.

Selbst unter Zugrundelegung der vorgenommenen Beschränkungen auf die Wartung der vorhandenen Software der Antragsgegnerin sei jedoch sie, die Antragstellerin, antragsbefugt. Es sei am Markt durchaus üblich, dass ein Unternehmen die Software eines anderen Unternehmens supporte. *[....]* **Geschäftsgeheimnis** Zudem könne der Antragstellerin nicht vorgehalten werden, sie habe sich an vergleichbaren Ausschreibungen nicht beteiligt. Jedenfalls das streitgegenständliche Nachprüfungsverfahren sowie das bereits durch Beschluss vom 09.08.2021 (VK Baden-Württemberg 1 VK 39/21) abgeschlossene Nachprüfungsverfahren in Baden-Württemberg dürften einen hinreichenden Beweis für das Interesse der Antragstellerin darstellen. 57

[…] **Geschäftsgeheimnis** Soweit sie zur Erfüllung des Auftrags auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zurückgreifen müsse, könne sie dies aufgrund der „nunmehr bestehenden Partnerschaft“ mit der *[…]* **Geschäftsgeheimnis**, auf deren Kapazitäten sie zurückgreifen könne. 58

Die Antragstellerin beantragt, 59

1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 02.12.2021 insoweit aufzuheben, wie der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wurde – Nr. 1 des Tenors des Beschlusses vom 02.12.2021; 60

2. den Vertrag „I.2-weiter Rahmenvertrag O.“ zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen, geschlossen am 21.07.2021, angezeigt durch Bekanntmachung vergebener Aufträge im EU-ABl. ... vom 27.08.2021 für unwirksam zu erklären; 61

3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin gemäß § 182 GWB für notwendig zu erklären; 62

4. ihr weitergehende Akteneinsicht zu gewähren 63

? in den Vermerk zur Feststellung des Beschaffungsbedarfs, 64

? in die durchgeführte Markterkundung in Bezug auf das vermeintliche Alleinstellungsmerkmal der Beigeladenen, 65

? in die Ergebnisse der „Internetrecherche“ in Bezug auf die Abdeckung des „Leistungsbedarfs“ der Antragsgegnerin, 66

? in den Vermerk zur Prüfung möglicher Alternativen, 67

? in die Kommunikation zwischen Antragsgegnerin und Beigeladene im Rahmen des Verhandlungsverfahrens, 68

? in das Verhandlungsprotokoll, 69

? in den Vermerk zur Begründung der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb, 70

? in eine geschwärzte Version des bezuschlagten Angebots der Beigeladenen 71

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen, 72

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. 73

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer. Es bestehe vorliegend – wie bei allen Open-Source-Produkten – lediglich eine rein hypothetische Möglichkeit, dass ein Drittunternehmen die beim Kunden vorhandene Software warten und hierfür die Gewährleistung übernehmen könne. Drittunternehmer, wie etwa die ... GmbH, mit der die Antragstellerin zusammenarbeite, würden Gewährleistungsrechte regelmäßig ausschließen. Wenn ein Dritter Wartungs- und Supportdienstleistungen unter Gewährleistung eines dauerhaft stabilen, sicheren und datenschutzkonformen Betriebs für diese Software anbiete, müsse er den Quellcode im Zweifel nach jedem Update des Herstellers erneut lesen und einschließlich sämtlicher logischer Programmverknüpfungen verstehen, wobei zu berücksichtigen sei, dass die Software der Beigeladenen 6,2 Millionen Programmzeilen umfasse. Unter zusätzlicher Berücksichtigung des Umfangs der IT-Infrastruktur bei der Antragsgegnerin und insbesondere der vorgenommenen individuellen Anpassung für die Antragsgegnerin könne ein Drittunternehmen, welches kein Partnerunternehmen der Beigeladenen sei, einen dauerhaft stabilen, sicheren und datenschutzkonformen Betrieb der für ihn fremden Software bei der Antragsgegnerin nicht gewährleisten. Das gelte gerade im Falle der Fortentwicklung der Programme durch den Hersteller. Der Support der O.1-Software in ihrer aktuellen und von der Antragsgegnerin eingesetzten Breite der Funktionalität werde und könne fachlich nur von der Beigeladenen selbst oder von Unternehmen erbracht werden, die zu diesem Zweck eng mit der Beigeladenen zusammenarbeiteten. Schließlich fehle der Antragstellerin auch Erfahrung mit der Wartung von proprietärer Software Dritter für Groupware oder Videokonferenzen (Webex oder Teams). 74

II. 75

Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nicht begründet. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag vom 23.09.2021 im Ergebnis zu Recht verworfen. 76

1. Der fristgerecht nach § 135 Abs. 2 GWB eingereichte Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist mangels Antragsbefugnis der Antragstellerin unzulässig. 77

a. Die Antragstellerin hat zwar geltend gemacht, dass sie durch das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt sei und ihr ein Schaden drohe. Sie hat allerdings ein für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 160 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GWB zwingend erforderliches eigenes Interesse an dem konkreten streitgegenständlichen Auftrag nicht hinreichend dargetan und plausibilisiert. 78

An die Darlegung eines drohenden Schadens sind aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes keine strengen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn die Aussichten des Antragstellers auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können, mithin ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ursächlich und nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (BGH, Beschl. v. 10.11.2009 – X ZB 8/09, Rn 24 ff.). Ein 79

Schaden ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Zuschlagschancen des Antragstellers durch die Zuschlagsentscheidung nicht geschmälert worden sind (Senat, Beschl. v. 12.06.2019 – VII Verg 8/19, zitiert n. juris, Rn 44 ff.). Das ist vorliegend nicht der Fall. Die Zuschlagschancen der Antragstellerin sind durch die behauptete vergaberechtswidrige Direktvergabe ohne vorherige europaweite Bekanntmachung eines Aufrufs zum Wettbewerb nicht nur geschmälert worden, sondern sie sind ihr gänzlich genommen worden.

b. Der Nachprüfungsantrag ist aber deshalb unzulässig, weil die Antragstellerin ihr Interesse an dem Abschluss des konkreten Wartungsvertrages nicht plausibel dargetan hat. 80

aa. Abzustellen ist auf den konkret ausgeschriebenen Auftrag. Ausgeschrieben wurde ein Wartungsvertrag für die Software O.1. Die Antragsgegnerin durfte den Auftrag – wie geschehen – auf die Produkte der Beigeladenen zuschneiden. 81

(1) Dass die konkrete streitgegenständliche Ausschreibung der Antragsgegnerin einen Wartungsvertrag und keinen Software-Beschaffungsvertrag betraf, ergibt sich aus den Vergabeunterlagen. Eine abweichende Auslegung der Beschaffungsunterlagen dahingehend, dass es sich um Softwarebeschaffung handle, wird seitens der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren nicht mehr geltend gemacht. 82

(2) Vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin den Wartungsvertrag für die bei ihr vorhandenen O.1-Produkte der Beigeladenen ausgeschrieben hat. Die Festlegung des Beschaffungsbedarfs ist dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert und unterliegt grundsätzlich der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers (Senat, Beschl. v. 22.10.2009 – VII Verg 25/09). Das Vergaberecht regelt die Art und Weise der Beschaffung und nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft. Die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit sind eingehalten, wenn die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür tatsächlich vorhandene nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (Senat, Beschl. v. 12.02.2014 – VII Verg 29/13, zitiert nach juris, Rn 20 ff.). Vorliegend hat die Antragsgegnerin entschieden, dass die bereits vorhandene Software O.1 weiterhin genutzt werden soll. Diese Entscheidung ist zweifelsohne sachlich gerechtfertigt, aufgrund objektiver und auftragsbezogener Gründe nachvollziehbar und diskriminierungsfrei getroffen. Die Antragsgegnerin hat lediglich einen Wartungsvertrag beschaffen wollen. Einen Austausch ihres Softwaresystems musste sie nicht in Erwägung ziehen, um den möglichen Bewerberkreis zu vergrößern. Zu berücksichtigen ist vorliegend zudem, dass die Antragsgegnerin aus wirtschaftlichen Gründen für sämtliche Institute der Forschungsgemeinschaft (die fast ausschließlich das Softwaresystem O.1 verwenden) einen einheitlichen Rahmenvertrag für die Wartung ausgeschrieben hat. Die Antragsgegnerin hatte dabei die bei den anderen Instituten vorhandene IT-Landschaft als für den Wartungsvertrag gegeben hinzunehmen, da sie betreffend die Frage, welche Softwaresysteme die jeweiligen Forschungsinstitute verwenden, keinerlei Weisungsbefugnis diesen gegenüber besitzt. 83

Die gewählte Vergabe eines Wartungsvertrages stellt entgegen den Ausführungen der Antragstellerin im Rahmen der Beschwerdebegründung auch keine Umgehung des Vergaberechts dar, indem – wie von Antragstellerseite behauptet – eine kostenlose Software übernommen werde, um dann unter Hinweis auf das Alleinstellungsmerkmal einen teuren Softwarewartungsvertrag mit der Herstellerfirma abzuschließen. So liegt der Fall vorliegend nicht. Zum einen beschafft die Antragsgegnerin vorliegend keine kostenlose Software, für die sie anschließend einen kostenpflichtigen Wartungsvertrag abzuschließen hat, sondern sie benötigt und beschafft einen Wartungsvertrag für bereits bei ihr vorhandene Software. Zum 84

anderen handelt sich bei der in Anwendung befindlichen Software um eine Open-Source-Software, bei der der Quellcode allgemein zugänglich ist und damit Wartungsarbeiten anderer Firmen theoretisch möglich sind.

Das für die Antragsbefugnis erforderliche Interesse am Auftrag wird in der Regel durch die Angebotsabgabe dokumentiert. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn angebotshindernde Vergaberechtsverstöße geltend gemacht werden. In diesem Fall wird das Interesse an dem Auftrag durch die Erhebung von Rügen und die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens belegt (Senat, Beschl. v. 30.09.2020, VII-Verg 16/20, Beschl. v. 16.10 2019, VII Verg 66/18 - juris, Rn. 42; OLG München, Beschl. v. 02.08.2007 – Verg 7/07,VergabeR 2007, 799). Ist der Zuschlag ohne vorherige Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens direkt an ein Unternehmen vergeben worden, hat grundsätzlich jedes Unternehmen ein Interesse an dem Auftrag, das sich am Vergabeverfahren hätte beteiligen können. Dazu reicht es in der Regel aus, wenn das Unternehmen zu der in Betracht kommenden Branche gehört und damit generell dafür eingerichtet ist, Aufträge dieser Art auszuführen (Senat, Beschl. v.30.09.2020, VII-Verg 16/20; *Hofmann*, in: Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 160 Rn. 21; *Dicks*, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 160 Rn. 15). Auf der anderen Seite geht es bei dem vom Gesetz verlangten Interesse am Auftrag nicht um eine bloß erklärte Interessenbekundung, sondern um ein objektiv feststellbares wirtschaftliches Interesse des antragstellenden Unternehmens gerade an dem konkreten Auftrag (Senat, Beschl. v. 17.06.2020, VII Verg 39/19; *Jaeger*, in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 160 GWB Rn. 15). Diese Anforderung ist geboten, um Vergabenachprüfungsverfahren, die Beschaffungen regelmäßig verzögern, nur denjenigen Unternehmen vorzubehalten, die tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse an dem konkreten Auftrag haben. Das Vergabenachprüfungsverfahren soll nicht Unternehmen eröffnet sein, denen es ausschließlich um eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle ohne eigenes Interesse an dem konkreten Auftragt geht. Aus diesem Grund ist das Interesse an dem Auftrag zu plausibilisieren, wenn ernstliche Zweifel bestehen, dass der Antragsteller tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse an dem konkreten Auftrag hat (Senat, Beschl. v. 18.08.2021 – VII Verg 52/20, BeckRS 2021, 49378; Senat, Beschl. v. 30.06.2021 – Verg 43/20, zitiert nach juris Rn 30 jeweils m.w.N.). Der Senat hat das Bestehen ernstlicher Zweifel betreffend eines wirtschaftlichen Interesses an dem Auftrag angenommen, in Fällen, in denen ein Unternehmen nicht dargetan hat, dass es genügend Mitarbeiter zur Erledigung des Auftrags hat (*Senat,* Beschl. v. 30.06.2021 – VII Verg 43/20, Rn 31 zitiert nach juris), oder wenn sich ein Unternehmen auf vorangegangene vergleichbare Ausschreibungen nicht beworben hat und nicht am Markt aufgetreten ist (*Senat,* Beschl. v. 18.08.2021 – VII Verg 52/20 Rn 35, BeckRS 2021, 49378). 85

bb. Dies zugrunde gelegt, hat die Antragstellerin das für die Antragsbefugnis notwendige Interesse an den verfahrensgegenständlichen Wartungsdienstleistungen für die von der Antragsgegnerin benutzte Software „O.1 Subscription“ nicht plausibel dargetan. Es verbleiben nach dem Vorbringen der Antragstellerin und dem unstreitigen Sachverhalt – nur hierauf ist im Rahmen der Antragsbefugnis abzustellen - ernstliche Zweifel daran, ob die Antragstellerin tatsächlich in der Lage ist, die in Rede stehenden Wartungsarbeiten durchzuführen. Wegen der Besonderheit der zu vergebenden Wartungsdienstleistungen für die Software „O.1 Subscription“ reicht die bloße Behauptung der Antragstellerin, sie habe an dem in Rede stehenden Auftrag ein wirtschaftliches Interesse und sei zur Abgabe eines Angebots in Lage, nicht aus. 86

87

Bei den zu vergebenden Wartungsarbeiten an der Software der Beigeladenen handelt es sich nämlich nicht um einen normalen Support einer (für die Antragstellerin) Fremdsoftware verbunden mit der Erstellung von Verknüpfungen zur Software anderer Unternehmen, was auch die IT-Abteilung der Antragsgegnerin hätte leisten können. Vor dem unwidersprochenem Vortrag der hohen Komplexität des Quellcodes und der Komplexität der Software der Beigeladenen von 6,2 Millionen Programmzeilen sowie insbesondere dem besonderen Erfordernis, vorliegend eine speziell auf die Bedürfnisse der Antragsgegnerin angepassten Softwarelösung der Beigeladenen zu warten, wäre eine nähere Darlegungen zu der personellen und fachlichen Kompetenz der Antragstellerin oder des von ihr zu beauftragenden Partnerunternehmens erforderlich gewesen. Der bloße Hinweis, darauf, dass dies geleistet werden könne, ohne nähere Angaben zum Vorhandensein der hierfür zur Verfügung stehenden Dienstleistungsstruktur (Personal und Knowhow eischließlich der Möglichkeit auf Updates zu regieren, um einen dauerhaft stabilen und sicheren Betrieb der Fremdsoftware zu gewährleisten) genügt dabei nicht. Das gilt – unabhängig von im Rahmen eines hypothetischen Vergabeverfahrens aufzustellenden hypothetischen Eignungskriterien – insbesondere vor dem Hintergrund, dass weder die Antragstellerin noch das von ihr benannte und gegebenenfalls für den Auftrag heranzuziehende Partnerunternehmen *[…]* ***Geschäftsgeheimnis*** mit der Beigeladenen kooperieren. Auch das benannte Partnerunternehmen hat die Kooperation mit der Beigeladenen bereits 2016 beendet.

Nichts anderes folgt daraus, dass die Antragstellerin zwei Interessenbekundungen gegenüber potentiellen Auftraggebern (Anlage ASt 10 und ASt 11 zum Schriftsatz vom 16.12.2021) zu den Akten gereicht hat, in denen sie ihr generelles Interesse bekundet, bei zukünftigen Ausschreibungen auch dann beteiligt zu werden, wenn und soweit Service-Leistungen für die Software O.1 beschafft werden sollen. Diesen Interessenbekundungen liegen jedoch keine konkreten Beschaffungsvorhaben zu Grunde, so dass keine Aussage über die Vergleichbarkeit mit den hier in Rede stehenden Wartungsdienstleistungen getroffen werden kann. Schließlich kann die Antragstellerin auch nichts zu ihren Gunsten aus dem von ihr angestrengten Vergabenachprüfungsverfahren vor der VK Baden-Württemberg herleiten. Das pauschale Vorbringen, es habe sich dabei um eine „nahezu identische Angelegenheit“ gehandelt, vermag schon deshalb nicht zu überzeugen, weil Gegenstand des dortigen Verfahrens hauptsächlich die funktionale Erweiterung des bestehenden Systems zuzüglich notwendiger Supportdienstleistungen war, es hingegen vorliegend um die Wartung der bereits über Jahre individuell auf die Bedürfnisse der Antragsgegnerin angepassten und erweiterten Softwarelösung geht. 88

2. Soweit die Antragstellerin rügt, die Entscheidung der Vergabekammer sei ihr nicht ordnungsgemäß zugestellt worden, da die Zustellung per Fax und in zwei Teilen erfolgt sei, hat sie keinen relevanten Zustellungsmangel dargetan. 89

a. Eine Zustellung per Fax an den Bevollmächtigten ist nach § 61 Abs. 1 S. 1 und 2 GWB i. V. m. § 5 Abs. 4 VwZG zulässig. Der Bevollmächtigte der Antragstellerin hat nach seinem eigenen Vortrag auch das gesamte Dokument erhalten. Soweit gerügt wird, dass die Entscheidung lediglich in zwei Teilen übersandt worden sei, ist schon nicht hirneichend dargetan, ob dies auf einem Fehler der Antragsgegnerin oder nicht auf einer Fehlfunktion des Faxgerätes der Bevollmächtigten beruht hat. 90

b. Selbst wenn man jedoch unterstellen würde, dass die Zustellung fehlerhaft erfolgt sei, ist die Antragstellerin hierdurch nicht beschwert. Denn die Zustellung dient dazu, dem Empfänger eine Ausfertigung des zuzustellenden Schriftstückes zum alleinigen Besitz zu überlassen, damit anhand der übergebenen Urkunde geklärt werden kann, ob gegen die 91

betreffende Verfügung Rechtsmittel eingelegt werden soll oder nicht. Legt aber der Adressat des Bescheides - wie im vorliegenden Fall - rechtzeitig, das vorgeschriebene Rechtsmittel ein, so haben sich etwaige Zustellungsmängel nicht zu seinen Lasten ausgewirkt; die Mängel bewirken mithin für ihn keine Beschwer. Unter diesen Umständen würde es einen unnötigen Formalismus bedeuten, wollte man verlangen, die fehlerhafte Zustellung nochmals ordnungsgemäß nachzuholen. Hierfür besteht angesichts des Verhaltens der Betroffenen kein Bedarf, da diese ungeachtet etwaiger Zustellungsmängel die erforderliche Überlegungen, ob ein Rechtsmittel eingelegt werden soll, bereits angestellt haben, wobei ihnen hierfür die gesamte Entscheidung der Vergabekammer zur Verfügung stand (vgl. VGH Mannheim NVwZ-RR 1989, NVWZ-RR 1989, 593; Ronellenfitsch, in: BeckOK VwVfG, Bader/Ronellenfitsch, 55. Aufl., § 8 Rn 19). Nach alledem sind die gerügten Zustellungsmängel – würde man sie zugrunde legen – unbeachtlich.

3. Ein Anspruch auf die weiter beantragte Akteneinsicht besteht nicht. Ein Akteneinsichtsrecht besteht nur insoweit, wie dies zur Wahrung der Rechte der Antragstellerin geboten ist (Senat, Beschl. v. 29.03.2021 – VII Verg 9/21). Der Nachprüfungsantrag ist bereits mangels eines hinreichend dargelegten Interesses an dem Auftrag unzulässig, ohne dass es auf eine Akteneinsicht in die begehrten Unterlagen ankäme. 92

III. 93

Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels, wobei es der Billigkeit entspricht, ihr auch die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen. 94

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig gemäß § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Dies ist von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren auch nicht angegriffen worden. 95

Der Beschwerdewert wird auf bis 65.000,00 EUR festgesetzt. Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren 5% der Bruttoauftragssumme, wobei grundsätzlich die Bruttoangebotssumme des die Nachprüfung begehrenden Bieterunternehmens maßgeblich ist. Liegt - wie hier - ein solches Angebot nicht vor, ist auf den objektiven Wert des Auftrags, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen (Senat, Beschl. v. 18.08.2021 – VII Verg 52/20, BeckRS 2021, 49378 Rn 43; Senat, Beschl. v. 17.05.2016, VII Verg 12/16). Hierfür bietet insbesondere die Schätzung des Auftraggebers einen hinreichenden Anhaltspunkt (Senat, Beschl. v. 17.06.2021 – VII-Verg 1/20 und Beschl. v. 11.05.2011 – VII Verg 1/11 - juris, Rn. 44; *Fölsch*, in: Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 50 Rn. 25). 96

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE