



1. Vergabekammer des Bundes

VK 1 - 63/23

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

gegen

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Entwicklungs-, Liefer- und Dienstleistungen für ein [...]“, Vergabe-Nr.: [...]
– , EU-Bekanntmachungs-Nr. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den
Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende
Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Gadenne nach Lage der
Akten am 10. November 2023 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „Entwicklungs-, Liefer- und Dienstleistungen für ein [...]“, Vergabe-Nr.: [...] – , EU-Bekanntmachungs-Nr. [...], einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird der Antragsgegnerin aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in das Stadium vor Übersendung der

Vergabeunterlagen zurückzusetzen und die Antragstellerin am Vergabeverfahren zu beteiligen.

2. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) werden zu 80% der Antragsgegnerin und zu 20% der Antragstellerin auferlegt. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin zu 80%; die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin zu 20%. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Auslagen selbst.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Um die [...]prozesse [...] der Bundesverwaltung hinsichtlich ihrer IT-Unterstützung zu verbessern und deren [...] zu standardisieren, führt die Antragsgegnerin derzeit europaweit ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung über „Entwicklungs-, Liefer- und Dienstleistungen für ein [...]“ durch (s. Ziffer II.1.2 der EU-Bekanntmachung). Abrufberechtigt sollen 95 Behörden und Ressorts der Bundesverwaltung sein, der Vertrag soll mit einem einzigen Vertragspartner geschlossen werden. Auftragsgegenstand ist die Beschaffung von „marktverfügbarer Standardsoftware“ (s. Ziffer 1.2 der Leistungsbeschreibung, S. 5). Durch eine Standardkonfiguration dieser Standardsoftware soll im Weiteren eine behördenübergreifende Standard-Version („[...]“) entstehen, die bei Bedarf an die spezifischen Belange der jeweiligen Behörden und Ressorts angepasst werden soll („[...]“). Die auf die individuellen Anforderungen der einzelnen Behörde zugeschnittenen Versionen des [...] sollen zunächst in ausgewählten Pilotbehörden in Betrieb genommen und erst nach dieser Pilotphase bei den weiteren Bedarfsträgern der Bundesverwaltung eingeführt werden (s. im Einzelnen Ziffer 1.2, 6.2 der Leistungsbeschreibung). Laut Ziffer 1.3, S. 7, der Leistungsbeschreibung hat die Antragsgegnerin in einer Bedarfserhebung einen Bedarf für „ca. 3.600 Nutzende“ festgestellt, eine Abrufverpflichtung der Bedarfsträger besteht hiernach nicht. Die ausgeschriebenen

Leistungen können bis zu einem Höchstwert von [...] aus der Rahmenvereinbarung abgerufen werden (Ziffer II.2.4 der EU-Bekanntmachung).

Am Teilnahmewettbewerb haben sich mehrere Unternehmen beteiligt. In ihrem Teilnahmeantrag vom 2. April 2023 teilte die Antragstellerin mit, dass sie die [...] als Eignungsverleiher und Nachunternehmer einsetzen wolle und legte die dafür erforderlichen Unterlagen der [...] vor (u.a. die „Verpflichtungserklärung Eignungsleihe/Unteraufträge“, Referenzen und Erklärungen im Zusammenhang mit dem Umgang mit Verschlusssachen (VS-NfD)). Die [...] selbst hat keinen Teilnahmeantrag abgegeben.

Während des Teilnahmewettbewerbs stellte die Antragsgegnerin fest, dass mehrere Bewerber die [...] als Nachunternehmer bzw. Eignungsverleiher einsetzen wollten. Die Antragsgegnerin bat die betreffenden Bewerber am 28. April 2023 daher um Darlegung, welcher Anteil an ihrer Gesamtleistung prozentual auf die [...] entfalle und wie sie und die [...] die Einhaltung der Grundsätze des Geheimwettbewerbs sicherstellten. Die Antragstellerin teilte der Antragsgegnerin mit, dass der anteilige Leistungsumfang der [...] an ihrem Angebot je nach Leistungsteil zwischen 5 bis 10% (bei Supportleistungen) und 80% (bei Bereitstellung und Wartung der Lizenzen) liege, insgesamt schätzt die Antragstellerin den Anteil der [...] an ihrer Leistungserbringung auf 35 – 45%. Außerdem legte die Antragstellerin eine Geheimhaltungs- und eine Vertraulichkeitsvereinbarung vor, die sie mit der [...] zwischen dem 26. und 28. Februar 2023 getroffen hatte. In der Geheimhaltungsvereinbarung haben die Antragstellerin und die [...] u.a. vereinbart, alle vertraulichen Informationen, die sie im Rahmen ihrer Geschäftsbeziehung erhielten, geheim zu halten. Außerdem verpflichtet sich die [...], für dieses Vergabeverfahren und die Verhandlungen, soweit sie vertrauliche oder schützenswerte Bereiche betreffen, getrennte Personen für die Betreuung einzelner Generalunternehmer einzusetzen und diese Personen so zu verpflichten, dass intern keine Informationsweitergabe erfolge. Des Weiteren verpflichtet sich die [...] hierin, organisatorische und technische Vorkehrungen zu treffen, die eine Gefährdung des Geheimwettbewerbs wirksam ausschließen (getrennte Arbeits- und Kommunikationsbereiche für das getrennte Personal, getrennte Räumlichkeiten, getrennte Datenhaltung mit jeweils passwortgesicherten Dateiablagen). Ferner verpflichtet sich die [...], gegenüber der Antragstellerin ein „unabhängiges Angebot“ abzugeben, „das auf eigenen Informationen und Erfahrungen basiert“, ohne „Informationen von anderen Generalunternehmen oder Dritten [zu] nutzen um sein Angebot zu verbessern“. Die übrigen Bewerber, die die [...] einsetzen wollen, teilten der

Antragsgegnerin ebenfalls mit, dass sie mit der [...] Geheimhaltungsvereinbarungen getroffen hätten.

Nach dem Teilnahmewettbewerb forderte die Antragsgegnerin (wie in den Vergabeunterlagen vorgesehen) die fünf erstplatzierten Unternehmen einschließlich der Antragstellerin am 12. Juni 2023 auf, bis zum 28. Juli 2023 Angebote abzugeben. Die Vergabeunterlagen enthalten u.a. folgende Vorgaben:

- Das wirtschaftlichste Angebot soll anhand von Leistungskriterien sowie des Angebotspreises ermittelt werden (Ziffer 3.12 der aktuellen Fassung der „Hinweise und besondere Bewerbungsbedingungen zum Vergabeverfahren“ (im Folgenden: BWB)). Die in der Leistungsbeschreibung und im „Kriterienkatalog Leistung“ aufgeführten Leistungskriterien sind in Ausschlusskriterien („A-Kriterien“) und Bewertungskriterien („B-Kriterien“) unterteilt. Hinsichtlich der A-Kriterien muss ein Bieter in einer dem „Kriterienkatalog Leistung“ beigefügten Tabelle angeben, ob er die betreffende Anforderung erfüllt oder nicht („ja“/„nein“). Die Nichterfüllung eines A-Kriteriums führt zum Ausschluss des Angebots. Zu den B-Kriterien sind den Angeboten Konzepte oder textuelle Beschreibungen beizufügen, bei zahlreichen B-Kriterien muss der Bieter ebenfalls nur bestätigen, ob die betreffende Anforderung erfüllt ist. Für ein „ja“ gibt es in den letztgenannten B-Kriterien 10 Wertungspunkte, negative Antworten werden mit Null Punkten bewertet. Insgesamt sind in den Vergabeunterlagen über 300 A- und mehr als 130 B-Kriterien enthalten.
- Darüber hinaus hat es sich die Antragsgegnerin in Ziffer 3.13 BWB vorbehalten, „die Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung und des „Kriterienkatalog Leistung“ (A- und B- Kriterien)“ in einer „verifizierenden Teststellung“ zu überprüfen. Hierfür soll der Bieter mit dem zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Teststellung wirtschaftlichsten Angebot bei der Antragsgegnerin ein Demosystem seiner Software installieren. Ziffer 3.13 BWB sieht diesbezüglich vor:

„Die Teststellung ist rein auf interne Funktionalitäten und Abläufe der angebotenen [...] Standardsoftware begrenzt, jegliche elektronische Kommunikation/ Schnittstellen aus dem [...] heraus über die [...] sind von der Überprüfung im Rahmen der verifizierenden Teststellung explizit ausgenommen.

Sofern die Teststellung ergibt, dass mindestens ein A-Kriterium der in der Leistungsbeschreibung und des „Kriterienkatalog Leistung“ als Ausschlusskriterien benannten nicht nachgewiesen ist, führt dies zum Ausschluss des Angebotes.

Sofern die Teststellung ergibt, dass ein im „Kriterienkatalog Leistung“ definiertes B-Kriterium nicht wie vom Bieter angegeben vorliegt, wird das betreffende Kriterium anhand des Ergebnisses der verifizierenden Teststellung mit Null-Punkten behandelt. Dadurch kann das Angebot eine niedrigere Platzierung erhalten. Soweit das Angebot des Bieters dadurch hinter Platz 2 zurücktritt, wird der nächstplatzierte Bieter zur Teststellung aufgefordert.“

- In Kapitel 7.3 der Leistungsbeschreibung, das die Leistungen „Wartung und Pflege, Support“ betrifft, ist Folgendes vorgesehen:

„(...) Für die Realisierung künftiger Schnittstellen werden gesonderte Vergütungsvereinbarungen für Wartung und Pflege getroffen.“

Dasselbe ist im A-Kriterium 73.1 geregelt (s. Leistungsbeschreibung, S. 79), dessen Erfüllung die Bieter im „Kriterien-Katalog Leistung“ positiv bestätigen müssen.

- Die „Allgemeinen Hinweise“ zum Preisblatt lauten auszugsweise wie folgt:

„Alle auf dem Preisblatt aufgeführten Leistungen sind vom Bieter zu bepreisen. Fehlende Preisangaben führen zum Ausschluss des Angebots. (...)“

Das Preisblatt ist vollständig in der vorgegebenen Form auszufüllen. Änderungen und Ergänzungen des Preisblatts sind nicht zulässig und führen zum Ausschluss des Angebots.

(...)

Das Vergütungs-/Preisblatt ist eine Zusammenstellung der Preise für alle Leistungen (Hauptleistungen sowie auch optionale Leistungen) und dient der Ermittlung einer fiktiven Wertungssumme zur Vergleichbarkeit aller Angebote im Rahmen der Angebotswertung.

(...)

Der für die Wertung relevante Gesamtangebotspreis (netto) ergibt sich aus der Summe der einfließenden Preispositionen in Zelle (...). Bitte übertragen Sie den Gesamtwertungspreis (netto) in das "Angebotsformular".“

- Ausweislich des Preisblatts sollen einige Leistungen pauschal vergütet werden. Die im Rahmen des sog. „Standard-Rollouts [...]“ zu erbringenden Leistungen (wie die Implementierung des [...] bei den jeweiligen Behörden, die behördenspezifische Rolloutbegleitung samt Feinabstimmung des [...] auf die jeweiligen Betriebsparameter der Behörde, die initiale Nutzereinrichtung, die Schulungen der Nutzer sowie die Unterstützung und Durchführung der erforderlichen Datenmigration aus den bestehenden IT-Systemen in die neue Datenstruktur) werden gemäß Positionen 3.1, 6 und 7 des Preisblatts nach

Tagessätzen vergütet. In Position 8.2 des Preisblatts sind die Tagessätze für die Leistungen im Rahmen der Anbindung und Pflege zukünftiger Schnittstellenanbindung einzutragen.

- Die Bereitstellung von 150 Standardlizenzen im Rahmen der sog. Pilotphase wird in Position 2.1 des Preisblatts erwähnt und ist in der dort einzutragenden Preispauschale enthalten. Zu Wartung und Pflege sowie Support der aktiven Lizenzen nach Abnahme des [...] ist in Position 5.1 des Preisblatts ein Einzelpreis pro Jahr und Lizenz anzugeben. Als „Wertungsmenge“ (mit dem Zusatz „es besteht keine Abnahmeverpflichtung“) ist in der betreffenden Tabellenzeile ein Wert von „3.600“ angegeben. Dieselbe Wertungsmenge liegt der Preisposition 4, die die Bereitstellung der Standardlizenzen für einen dort zu nennenden Einzelpreis umfasst, zugrunde. Zu Position 2 des Preisblatts gab es eine Bieterfrage (Nr. 32), ob in dieser Preisposition auch die Pflegepauschalen für diese Lizenzen zu berücksichtigen seien. Die Antragsgegnerin antwortete hierauf, dass die Pflegepauschale in Position 5 des Preisblatts adressiert sei, die Vergütung erfolge „pro aktiver Lizenz pro Jahr“.

Am 22., 27. und 29. Juni sowie am 4., 5., 7., 13. und 21. Juli 2023 rügte die Antragstellerin mehrere Vergaberechtsverstöße. Auf ihre Rüge vom 7. Juli 2023, die Vergabeunterlagen seien hinsichtlich der Vergütung für die Realisierung, Wartung und Pflege künftiger Schnittstellen in Kapitel 7.3 der Leistungsbeschreibung und in Position 8.2 des Preisblatts widersprüchlich, antwortete die Antragsgegnerin am 20. Juli 2023, dass es für diese Leistungen keine gesonderte Vergütungsvereinbarungen geben solle und die Aufwendungen für die zukünftig anzubindenden Schnittstellen und deren Pflege der Preisposition 8.2 unterfielen. Der Rüge selbst half die Antragsgegnerin nicht ab.

Am 24. Juli 2023 teilte die Antragsgegnerin den Bietern mit, dass sie „schwerwiegende Anhaltspunkte“ dafür hätte, dass die ihr auf Basis der jeweiligen Geheimhaltungsvereinbarung zugesicherten Maßnahmen „nicht in allen Fällen beachtet wurden und werden“, so dass die Sicherstellung eines Geheimwettbewerbs zwischen den beteiligten Bietern gefährdet sei. Da „Zweifel“ an der Integrität des jeweiligen Bieters und der [...] angebracht seien, bat sie diese Bieter am 24. Juli 2023 um Stellungnahme und kündigte an, dass die [...] eine schwere Verfehlung i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB begangen haben könnte, die dazu führen könnte, dass dieser Nachunternehmer ausgetauscht werden müsse; ergänzend käme auch ein Ausschluss des jeweiligen Bieters selbst in Betracht. Die Antragstellerin antwortete, warum ein Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs zwischen den Bietern ihrer Meinung

nach nicht vorliege und fügte ihrem Antwortschreiben eine entsprechende Stellungnahme der [...] bei. Die übrigen Bieter gaben ebenfalls Stellungnahmen ab, den meisten Schreiben war ebenfalls ein eigenes Schreiben der [...] beigelegt.

Am 24. Juli um 17.56 Uhr rügte die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin weitere Vergaberechtsverstöße, indem sie den Entwurf ihres Nachprüfungsantrags als Anlage einem Schreiben an die Antragsgegnerin beifügte.

Am 24. Juli 2023 um 21.45 Uhr beantragte die Antragstellerin über ihre Verfahrensbevollmächtigten bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 25. Juli 2023 an die Antragsgegnerin übermittelt.

Da „erhebliche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer schweren Verfehlung sowie für die Verfälschung des Wettbewerbs“ bestünden, forderte die Antragsgegnerin die Antragstellerin am 30. August 2023 auf, die [...] als Eignungsverleiher und Nachunternehmer bis zum 27. September 2023 zu ersetzen. Die Antragstellerin rügte am 8. September 2023, dass dieses Ersetzungsverlangen rechtswidrig sei. Nachdem die Antragstellerin die [...] nicht innerhalb der gesetzten Frist ersetzt hatte, teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin am 6. Oktober 2023 mit, dass sie diese vom weiteren Vergabeverfahren ausschließe. Diesen Ausschluss hat die Antragstellerin am 12. Oktober 2023 gerügt.

2. Im Nachprüfungsverfahren haben die Verfahrensbeteiligten Folgendes vorgetragen:

- a) Die Antragstellerin meint, ihre Rügen seien rechtzeitig erfolgt. Mit der Bearbeitung der Vergabeunterlagen und ihrer ersten Rüge vom 22. Juni 2023 habe sie die komplexen Vergabeunterlagen nicht bereits vollständig durchdrungen und sämtliche weiteren Vergaberechtsverstöße nicht schon zu diesem Zeitpunkt erkannt. Bieter seien nicht verpflichtet, die Vergabeunterlagen umgehend und vollständig durcharbeiten, um die Vergabeverstöße „auf einen Schlag“ festzustellen und zu rügen. Die meisten Rügen seien ihr auch erst nach vergaberechtlicher Prüfung und Beratung durch den erst später eingebundenen Verfahrensbevollmächtigten möglich gewesen.

Der Ausschluss wegen ihres Eignungsverleihers und Nachunternehmers [...] sei rechtswidrig, denn die Zweifel der Antragsgegnerin, dass der Geheimwettbewerb zwischen

den Bieterinnen sichergestellt sei, seien unbegründet. Dass auch andere Bieter die [...] als Nachunternehmer einsetzen, könne die Antragstellerin nicht verhindern und dürfe auch die Antragsgegnerin nicht unterbinden, weil jedem Bieter das Recht zustehe, für seine Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch zu nehmen und zur Auftragserfüllung Nachunternehmer einzusetzen. Hinsichtlich der [...] liege kein Ausschlussgrund i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 oder 4 GWB vor. Denn wie mit der [...] vereinbart, habe die Antragstellerin dieser gegenüber keine Angebotsinhalte oder -preise offengelegt. Es sei daher ausgeschlossen, dass die [...] solche Informationen an andere Bieter hätte weitertragen können. Ebenso habe die Antragstellerin von der [...] keine Informationen über die Angebotsinhalte oder auch nur die Namen der anderen Bieter erhalten. Außerdem sei eine Einschränkung und Verfälschung des Wettbewerbs bereits deshalb ausgeschlossen, weil die [...] kein Bieter sei und als Eignungsverleiher und Nachunternehmer gar nicht am Wettbewerb gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 GWB teilnehme. Die [...] habe keinen Einblick in die Angebote der Bieter und kenne nur die eigenen Informationen über sich selbst. Wenn die mit den Angeboten eingereichten Konzepte und Videos der Bieter auszugsweise identisch seien, zeige dies nur, dass die Bieter denselben Nachunternehmer eingebunden hätten und die Angebote naturgemäß damit auf derselben Grundlage beruhten. Wie jedes Unternehmen halte die [...] allgemein vorformulierte Informationen über ihre Produkte und Leistungen bereit, außerdem sei anzunehmen, dass die [...] von sich aus (also bieterunabhängig) auf das Vergabeverfahren bezogene Ausarbeitungen oder Produktinformationen wie die mit dem Angebot vorzulegenden Use-Case-Videos vorbereitet habe. Ein Informationsfluss von Bieter zu Bieter und ein Verstoß gegen die Geheimhaltungsvereinbarung oder den Geheimwettbewerb ergäben sich hieraus jedoch nicht. Dass die Stellungnahmen der [...] zur Anhörung der Antragsgegnerin vom 24. Juli 2023 gleitlautend waren und teilweise von derselben Person erarbeitet bzw. unterschrieben wurden, verstoße deshalb nicht gegen die Geheimhaltungsvereinbarung oder gegen den Wettbewerbsgrundsatz, weil diese Anhörung keine bieterseitigen Informationen oder Angebotsinhalte enthalten habe, sondern eine Aufklärungsanforderung gewesen sei, die sich unmittelbar, direkt und ausschließlich auf die [...] in ihrer Eigenschaft als Eignungsverleiher und Nachunternehmer bezogen habe.

Die Antragstellerin meint, der „Grundfehler“ der Antragsgegnerin bestehe darin, dass sie die [...] mit einer Bieterin gleichsetze, die in Konkurrenz zu sich selbst am Wettbewerb teilnehme und quasi mehrere eigene Angebote abgeben würde. Dies widerspreche u.a. der Vergabep Praxis. Denn in vielen Bereichen des öffentlichen Auftragswesens sei es üblich und

teilweise sogar unumgänglich, dass sich mehrere Bieter desselben Eignungsverleihers oder Nachunternehmers bedienten (z.B. Fahrzeughersteller, Schienennetzbetreiber bei ÖPNV-Leistungen auf Straße und Schiene oder dann, wenn Lösungen oder Verfahren ausgeschrieben werden, bei denen Bieter auf bestimmte Patente Dritter zurückgreifen müssten). Zudem sei es in nahezu allen Wirtschaftsbranchen marktüblich, dass Hersteller ihre Erzeugnisse nicht selbst an Endkunden vertreiben, sondern mit Vertriebs-, Entwicklungs-, Projekt- oder Servicepartnern zusammenarbeiteten. Dies gelte insbesondere für den ITK-Markt (SAP, IBM, Oracle, Microsoft). Da die [...]systeme verschiedener, am Markt vertretenen IT-Unternehmen auf der Software der [...] aufbauten, wäre es im Gegenteil verwunderlich, wenn nur ein einziger Bieter mit der [...] als Softwarehersteller im Wettbewerb vertreten wäre. Die [...] sei nichts anderes als ein – wenn auch wichtiger – Bauteillieferant, die Anbieter selbst blieben jedoch eigenständig.

Ferner verfälsche die [...] auch nicht den Wettbewerb, indem diese gezielt mehrere Bieter als Generalunternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen lasse und deren Aktivitäten steuere, um mit einem weitestgehend eingeschränkten Konkurrentenfeld in die Angebotsphase einzutreten. Die [...] sei kein „Bieter hinter den Bietern“, der im Hintergrund die Fäden ziehe und von ihr gesteuerte Strohmänner als Bieter ins Vergabeverfahren schicke. Die Antragstellerin sei keine bloße „Marionette“ oder gesteuerte „Drohne“ der [...], sondern seit über 30 Jahren eigenständig am Markt etabliert. Auch sonst sei die Antragstellerin nicht von der [...] beherrscht, gesteuert oder abhängig, und arbeite auch mit anderen Partnern (IT-Dienstleistern, Softwareentwicklern, Vertriebspartnern) eng zusammen. Unzutreffend sei auch, dass die Bieter selbst hier nur „Hilfstätigkeiten“ ausführten. Zwar stelle die [...] die Lizenzen für die Software bereit, im Vordergrund der Leistungsbeschreibung stünden jedoch die Implementierungs-, Support- und Beratungsleistungen, die vornehmlich von der Antragstellerin selbst ausgeführt würden.

Darüber hinaus macht die Antragstellerin mehrere weitere Vergaberechtsverstöße geltend:

- Die Teststellung, die die Antragsgegnerin durchführen wolle, sei aus mehreren Gründen rechtswidrig. Die Antragstellerin meint, ein Angebot sei stets darauf ausgerichtet, dass die ausgeschriebene Leistung (zukunftsbezogen) erbracht werde, nicht hingegen darauf, dass die ausgeschriebene Leistung (vergangenheitsbezogen) bereits erbracht worden sei. Gegenstand eines Angebots sei daher das Leistungsversprechen der Bieter für den Fall der Auftragserteilung, die Bieter verpflichteten sich, die geforderte Leistung im

Auftragsfall vertrags- und ordnungsgemäß nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erbringen. Dies gelte erst recht dann, wenn wie hier ein Werklieferungsvertrag vergeben werde und die Leistung im Zuge der Auftragsausführung bis zum Zeitpunkt der Betriebsbereitschaft (3 Monate nach Leistungsbeginn) bzw. Abnahme (6 Monate nach Leistungsbeginn) erst noch herzustellen sei. Die Antragstellerin zitiert mehrere Fundstellen aus der Bekanntmachung sowie den Vergabeunterlagen, wonach auch im vorliegenden Fall, eine „Individualsoftware“ ausgeschrieben worden sei, jedoch nicht wie die Antragsgegnerin meine eine schon „am Markt verfügbare Standardleistung“. Einen wie auch immer gearteten „Standard“ gebe es auf dem Markt für [...]software gar nicht, zudem erfülle keine der auf dem Markt derzeit verfügbaren Leistungen bereits alle Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Die Erwartung und Forderung der Antragsgegnerin, dass die Bieter schon bei Angebotsabgabe über eine [...]software verfügen müssten, die das erst ausgeschriebene Endprodukt vorwegnehme und alle A-Kriterien der Leistungsbeschreibung bereits erfülle, sei daher fehlerhaft und für alle Anbieter objektiv unerfüllbar. Darüber hinaus verletze die Antragsgegnerin den Wettbewerbsgrundsatz, weil sie den Wettbewerb auf solche Bieter beschränke, die bereits bei Angebotsabgabe über eine Software verfügten, die alle ihre spezifischen Anforderungen erfüllt. Außerdem vermische die Antragsgegnerin hier unzulässigerweise Eignungs- und Angebotsprüfung, da sie nur Angebote von Bietern zum Wettbewerb zulasse, die bereits vor Auftragserteilung eine ausschreibungskonforme Software besäßen. Schließlich sei die Teststellung bzgl. der B-Kriterien nicht verifizierend, sondern wertend, und widerspreche damit dem Kriterienkatalog der Antragsgegnerin, wonach Bieter in den B-Kriterien Punkte dafür erhielten, dass sie mit ihren Angeboten bestätigen, dass sie eine bestimmte Leistung im Auftragsfall erfüllen („ja“). Es mache einen entscheidenden Unterschied, ob die Punktevergabe in den B-Kriterien an die Erklärung im Angebot („Punkte für Zusage“) oder an den Nachweis in der Teststellung („Punkte gegen Nachweis“) geknüpft sei. Jedenfalls seien die Vorgaben der Antragsgegnerin zur Teststellung intransparent. Denn Ziffer 3.13 BWB sei nicht klar und eindeutig zu entnehmen, welche A-Kriterien und welche B-Kriterien in welchem Umfang getestet werden sollen.

- Außerdem vertritt die Antragstellerin die Auffassung, die Vergabeunterlagen enthielten bzgl. der Vergütung der Realisierung bzw. Wartung und Pflege künftiger Schnittstellen widersprüchliche Angaben. So sei in Kapitel 7.3 der Leistungsbeschreibung (A-Kriterium

73.1) vorgesehen, dass für die Realisierung künftiger Schnittstellen „gesonderte Vergütungs-Vereinbarungen für Wartung und Pflege“ getroffen würden. Demgegenüber hätten die Bieter in Position 8.2 des Preisblatts, das die Preise für „alle“ darin aufgeführten Leistungen enthalten solle, bereits Preise für diese Leistungen eintragen müssen, die in der Angebotswertung berücksichtigt werden sollten. Laut der Rügeantwort der Antragsgegnerin vom 20. Juli 2023 solle es diesbezüglich jedoch keine gesonderten Vergütungsvereinbarungen geben und die Aufwendungen für die zukünftig anzubindenden Schnittstellen und deren Pflege sollten der Preisposition 8.2 unterfallen. Wenn die Antragsgegnerin die Formulierung in Kapitel 7.3 der Leistungsbeschreibung nicht streiche, bestehe die Gefahr, dass die Bieter die Leistungsbeschreibung unterschiedlich verstehen.

- Ferner seien die Angaben zur Anzahl der Lizenzen, die gewartet und gepflegt werden sollen, widersprüchlich. Laut der Antwort der Antragsgegnerin auf die Bieterfrage Nr. 32 sollen die zusätzlichen Wartungs- und Pflegekosten für die 150 Lizenzen, die die Nutzer der Pilotphase erhalten hätten, in Position 5.1 des Preisblatts einkalkuliert werden. Damit sei die in Position 5.1 genannte Gesamtmenge von 3.600 unzutreffend und müsse auf 3.750 Lizenzen korrigiert werden. Anderenfalls bestehe die Gefahr, dass die Bieter das Preisblatt unterschiedlich auslegten.
- Hinsichtlich der Bedarfsverteilung unter den verschiedenen Bedarfsträgern sei die Leistung entgegen § 121 Abs. 1 GWB nicht erschöpfend beschrieben und das Auftragsvolumen entgegen § 21 Abs. 1 S. 2 VgV nicht bekannt gegeben. So werde zwar in Kapitel 1.3 der Leistungsbeschreibung ein Gesamtbedarf von ca. 3.600 Nutzenden (Lizenzen) angegeben, jedoch nicht, wie sich dieser Bedarf auf die insgesamt 95 Bedarfsträger verteile. Da die Einzelabrufe jederzeit erfolgen könnten und der Auftragnehmer laut der Rahmenvereinbarung jeden Einzelabruf der Bedarfsträger annehmen und ausführen müsse, müsse dieser während der Vertragsdauer alle erforderlichen personellen und technischen Ressourcen vorhalten, um im Falle eines Einzelabrufs leistungsfähig und leistungsbereit zu sein. Wenn sie wisse, wie sich der im Voraus ermittelte Gesamtbedarf auf die einzelnen Bedarfsträger verteile, könne die Antragstellerin daraus ableiten, ob eher von einer regelmäßigen Bedarfsverteilung und Auslastung über alle Bedarfsträger hinweg auszugehen sei oder von starken Verdichtungen des Bedarfs auf einzelne Behörden. Die Vergütung des Auftragnehmers verändere sich, je nachdem ob sich die Leistung auf viele kleine Bedarfsträger verteile

oder bei wenigen großen Bedarfsträgern konzentriere. Auch wenn diese Daten nach Auffassung der Antragsgegnerin nicht verbindlich oder verlässlich seien, handele es sich hierbei um eine kalkulationserhebliche Information. Auch bei einer Rahmenvereinbarung müsse der Auftraggeber die verfügbaren und zumutbaren Erkenntnismöglichkeiten ausschöpfen. So habe das OLG Düsseldorf am 10. April 2013, VII-Verg 50/12, entschieden, dass ein Auftraggeber jedenfalls alle Informationen bekannt geben müsse, über die er „liquide“ verfüge. Dies folge zudem aus der bieterschützenden Vorgabe in § 21 Abs. 1 S. 2 VgV, wonach das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben sei.

Nach der Akteneinsicht trägt die Antragstellerin hierzu ergänzend vor, dass sich aus dem Vergabevermerk nicht ergebe, dass die Antragsgegnerin den zu erwartenden Bedarf überhaupt ermittelt oder wenigstens qualifiziert geschätzt habe. Die Antragsgegnerin habe lediglich eine wertmäßige Gesamtmenge festgelegt ([...]), ohne nähere Angaben dazu, wie dieser Wert zustande gekommen sei. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin hierzu nichts in der Vergabeakte dokumentiert. Um genauer prüfen und darlegen zu können, ob der Bedarf bisher überhaupt ordnungsgemäß geschätzt und dokumentiert wurde oder ob sich dieser Rügepunkt erledigt habe, beantragt die Antragstellerin

ergänzende Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB in die Bedarfsermittlung der Antragsgegnerin.

Nachdem die Vergabekammer den Verfahrensbeteiligten getrennt voneinander telefonisch ihre vorläufige Rechtsauffassung mitgeteilt hat, hat die Antragstellerin einen Teil ihres bis dahin geltend gemachten Vorbringens für erledigt erklärt und mitgeteilt, einen weiteren Teil nicht weiterzuverfolgen. Die Erledigung betrifft die Vorgaben der Antragsgegnerin zum Leistungsabruf der Initialisierungs- und Pilotphase sowie zu den Einzelabrufen durch die Bedarfsträger („Rollout“) und wird von der Antragstellerin damit begründet, dass die Antragsgegnerin gegenüber der Vergabekammer die Bereitschaft signalisiert habe, die Vergabeunterlagen insoweit klarzustellen. Dass sie weitere Rügepunkte nicht weiterverfolgt, begründet die Antragstellerin mit dem schriftsätzlichen Vortrag der Antragsgegnerin, die betreffenden Punkte im Rahmen der Vertragsverhandlungen zu diskutieren und zu lösen. Dies betrifft den möglichen Wechsel des IT-Dienstleisters für den zentralen Betrieb ([...]), den Bedarf an Sicherheitsüberprüfungen im Geheimschutz, die Aufgliederung der A-Kriterien in der Leistungsbeschreibung in einen textlichen und einen

tabellarischen Teil, das Zuschlagskriterium „Betriebskonzept Implementierung“ (B-Kriterium 0.3.1._B), die Regelungen über die Laufzeit der Rahmenvereinbarung sowie die Intransparenz einiger Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung, bei denen es sich nach Auffassung der Antragstellerin um Eignungsanforderungen handele. Zu den Verfahrenskosten vertritt die Antragstellerin unter Verweis auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11. April 2022, VII-Verg 5/22, die Auffassung, dass ihr die Kosten gemäß § 182 Abs. 3 und 4 GWB nicht einmal teilweise auferlegt werden dürften, auch wenn sie einige Rügepunkte nicht weiterverfolge. Denn für die Kostenentscheidung in einem Nachprüfungsverfahren komme es auf das Verfahrensziel und nicht auf die einzelnen Rügen an. Ihr Verfahrensziel, dass die Vergabekammer in das Vergabeverfahren eingreife, habe die Antragstellerin bereits mit den von ihr aufrecht erhaltenen Rügepunkten erreicht.

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten zuletzt:

1. Die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 155 ff. GWB;
2. festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Bieterrechten gemäß § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und
3. die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung der Antragstellerin zu beseitigen und eine Schädigung ihrer betroffenen Interessen zu verhindern, wobei als geeignete Maßnahmen angeregt wird, die Antragsgegnerin für den Fall der fortbestehenden Vergabeabsicht zu verpflichten, nötigenfalls unter Rückversetzung des Vergabeverfahrens die Vergabebedingungen und -unterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer anzupassen und das Vergabeverfahren auf dieser Grundlage fortzuführen und das Ersetzungsverlangen der Antragsgegnerin vom 30. August 2023 hinsichtlich des Eignungsverleihers und Unteraufnehmers der Antragstellerin und die Ausschlussentscheidung der Antragsgegnerin zu Lasten der Antragstellerin vom 6. Oktober 2023 aufzuheben und der Antragsgegnerin für den Fall der fortgesetzten Vergabeabsicht aufzugeben, die Eignung der Antragstellerin aus den im Ersetzungsverlangen und in der Ausschlussentscheidung zugrunde gelegten Gründen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer nicht mehr in Frage zu stellen und die Antragstellerin am weiteren Vergabeverfahren zu beteiligen;
4. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 S. 2 VwVfG für notwendig zu erklären sowie

6. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen außergerichtlichen Aufwendungen aufzuerlegen.

b) Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei teilweise bereits unzulässig, soweit die Antragstellerin einige der beanstandeten Umstände erst in einem Entwurf ihres Nachprüfungsantrags angesprochen habe, den sie der Antragsgegnerin am 24. Juli 2023 um 17.56 Uhr, also kurz vor Einreichen des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer, übersandt habe. Eine so kurzfristige Rüge habe keinen Effekt mehr haben können und sei der Antragsgegnerin nicht rechtzeitig zugegangen. Viele weitere Rügen seien deshalb nicht fristgerecht erfolgt, weil sich die Antragstellerin ausweislich ihrer ersten Rüge vom 22. Juni 2023 spätestens zu diesem Zeitpunkt intensiv mit den Vergabeunterlagen befasst und die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße erkannt habe. Dennoch seien zahlreiche weitere Rügen „Stück für Stück“ mehr als zehn Kalendertage nach dieser positiven Kenntnis erfolgt.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet:

Die Antragstellerin sei zu Recht aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen worden, weil sie auf das Ersetzungsverlangen der Antragsgegnerin hin keinen anderen Unterauftragnehmer als die [...] benannt habe. Zudem sei der Ausschluss der Antragstellerin mangels Eignung erforderlich gewesen, weil sie die [...] als Eignungsverleiher angegeben hatte und sie die ausgeschriebenen Leistungselemente ohne Softwarehersteller wie die [...], [...] nicht vollständig selbst erbringen könne.

Die Antragsgegnerin meint, hinsichtlich der [...] lägen „zahlreiche Indizien“ vor, die für eine Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs sprächen. Unabhängig davon bestehe schon wegen der gleichzeitigen Vielfachbeteiligung der [...] als Unterauftragnehmer mehrerer Bieter mit einem sehr erheblichen Leistungsanteil die „Vermutung einer Wettbewerbsverzerrung“. Im Einzelnen führt die Antragsgegnerin hierzu Folgendes aus:

Es gebe „zahlreiche Anhaltspunkte“ für eine schwere Verfehlung der [...] i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB, denn trotz der zugesagten personellen Trennung und versprochenen Geheimhaltung der die einzelnen Bieter betreffenden Informationen lägen verfahrensrelevante Informationen nicht nur bei denjenigen Mitarbeitern der [...] vor, die den jeweiligen Bietern getrennt zugewiesen wurden. So seien alle Geheimhaltungsvereinbarungen von der gleichen, leitenden Person der [...] unterzeichnet worden; dasselbe gelte für mehrere weitere Unterlagen, die im Teilnahmewettbewerb von den Bewerbern einzureichen waren (u.a. die VS-NfD-, Verpflichtungs- und weitere Erklärungen). Die von den Bewerbern eingereichten Referenzen der [...] seien nicht nur in weiten Teilen wortgleich, sondern auch bei allen Bewerbern in der gleichen Reihenfolge dargestellt worden. Mehrere Bieter hätten mit ihren Angeboten zudem Konzepte eingereicht, die jedenfalls auszugsweise identisch seien, auch mehrere der mit den Angeboten vorgelegten Use-Case-Videos seien identisch. Somit würden zumindest einige Mitarbeiter der [...] die Namen aller am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen kennen. Außerdem seien die Geheimhaltungsvereinbarungen mehrerer Bewerber erst nach der Abgabe der Teilnahmeanträge abgeschlossen worden. Ferner seien die über die jeweiligen Bieter eingereichten Stellungnahmen der [...] zur Verletzung des Geheimwettbewerbs teilweise wortgleich, einzelne Stellungnahmen seien sogar „faktisch identisch“, teilweise habe auch diese Stellungnahmen die gleiche Person unterschrieben. Wenn die [...] meine, sie hätte nur „unwesentliche Informationen“ oder Informationen aus einer „White Box“ an andere Stellen innerhalb ihres Unternehmens weitergegeben, definiere die [...] selbst, was vertraulich behandelt werde und was nicht. Wenn ein Bieter bzw. hier sein Nachunternehmer schon im Vorfeld des Vertrags gegen vertragliche Regelungen verstoße sei „zu befürchten“, dass es zu weiteren Vertragsverstößen während der weiteren Vertragslaufzeit komme. Zudem zeige das Verhalten der [...], dass dort kein Bewusstsein für die Erfordernisse eines wettbewerbskonformen Vergabeverfahrens vorhanden sei. Somit sei nicht gewährleistet, dass die [...] „in künftigen Fällen“ vertragliche Vereinbarungen ordnungsgemäß umsetze.

Darüber hinaus liege eine Verfälschung des Wettbewerbs i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB vor. Denn weil nur fünf Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, habe die Vielfachbeteiligung der [...] schon dazu geführt, dass ein weiterer Bewerber, der nach dem Teilnahmewettbewerb auf Rang 6 lag, schon gar nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Durch die gezielte Beteiligung mehrerer Generalunternehmer trete die

[....] jetzt „mit einem weitestgehend eingeschränkten Konkurrentenfeld“ in die Angebotsphase ein. Durch ihre Vielfachbeteiligung habe die [....] erhebliche Vorteile, weil sie in verschiedenen Preiskategorien und Leistungen an dem Verfahren teilnehmen könne. Zentrales Element der ausgeschriebenen Leistung sei die angebotene Software, so dass die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung „übermäßig stark“ durch den Nachunternehmer [....] geprägt sei; demgegenüber seien die Leistungen, die der Auftragnehmer selbst erbringe, eher „Hilfstätigkeiten“. Vor allem die Angebotspreise der Bieter würden aufgrund des hohen Leistungsanteils der [....] von bis zu 60% durch die [....] geprägt. Damit könne die [....] maßgeblichen Einfluss auf die jeweiligen Angebotsinhalte nehmen. Auffällig sei, dass die [....] in anderen Vergabeverfahren angegeben hatte, ihre Software ausschließlich allein zu vertreiben – jetzt beteilige sich die [....] nicht selbst an diesem Vergabeverfahren, sondern über mehrere andere Bieter. Der Normalfall, den die Antragstellerin anspreche, dass mehrere Bieter denselben Nachunternehmer einsetzen, ohne dass ihnen das bekannt sei, liege hier nicht vor. Denn die Mehrfachbeteiligung der [....] sei den Bietern spätestens aus der Unterzeichnung der gleichlautenden Geheimhaltungsvereinbarung bekannt gewesen, die eigentlich sicherstellen sollte, dass keine Informationen mit anderen Generalunternehmen ausgetauscht werden.

Die Antragstellerin könne die durch zahlreiche Indizien belegte Vermutung einer Verletzung des Geheimwettbewerbs nicht entkräften. Zwar wäre die Einrichtung von „chinese walls“ grundsätzlich geeignet gewesen, eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs wirksam zu verhindern. Die hier in der Geheimhaltungsvereinbarung festgelegten Schutzmaßnahmen seien aber nicht umgesetzt worden. Die Beweislast für eine ordnungsgemäße, rechtmäßige und wettbewerbskonforme Zusammenarbeit zwischen Generalunternehmen und Nachunternehmer liege bei der Antragstellerin. Schon aufgrund der spezifischen Verfahrenssituation bestehe hier ein erheblicher Anlass zu Zweifeln, die ohne entsprechende Mitwirkungsleistungen der Antragstellerin gar nicht abschließend aufgeklärt werden könnten. Wenn es in einer solchen Situation keine Beweislastumkehr gebe, könne die Antragsgegnerin den Sachverhalt nicht sinnvoll aufklären und ein Unternehmen könne beliebig in den Wettbewerb eingreifen und so regelmäßig schon durch eine vielfache Teilnahme im Teilnahmewettbewerb den Kreis der Konkurrenten erheblich dezimieren oder sogar vollständig beseitigen.

Zum zuletzt noch verfahrensgegenständlichen Vorbringen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin Folgendes vor:

- Anders als die Antragstellerin meine, handele es sich bei dem zu liefernden Produkt nicht um eine Individualsoftware, sondern um eine Standardsoftware, bei der allerdings spezifische Anpassungen an die Erfordernisse der Antragsgegnerin erforderlich seien. Standardsoftware habe u.a. den Vorteil, dass sie bereits auf zahlreichen Kundensystemen produktiv im Einsatz sei, so dass „Kinderkrankheiten“ wie bei neu entwickelter Software üblich, wesentlich seltener seien. Anderenfalls könnte der knappe Zeitplan bis zur Einführung des neuen [...]systems nicht eingehalten werden. Diese Risiken, die bei Beschaffung von Individualsoftware üblich seien, wolle die Antragsgegnerin vermeiden. Sie habe daher ein erhebliches Interesse daran, dass die Erfüllung der ausgeschriebenen Anforderungen schon vor der Erteilung des Zuschlags sichergestellt werden könne. Wie die Antragsgegnerin in einer Markterkundung festgestellt habe, gebe es so eine Standardsoftware tatsächlich bereits am Markt. Es könne zwar sein, dass die Software, die die Antragstellerin anbieten wolle, diese Anforderungen nicht standardmäßig erfülle, dies sei bei anderen Anbietern jedoch anders.

Die verifizierende Teststellung, die die Antragsgegnerin durchführen wolle, solle sicherstellen, dass die Zusagen der Bieter im Rahmen ihres Angebots zum Leistungsumfang der angebotenen Software auch den Tatsachen entsprächen. Konkret sollen in der Teststellung ohnehin nur die Kriterien überprüft werden, die üblicherweise [...]software ohnehin vorhanden seien. Spezielle Anforderungen (z.B. die Schnittstelle zum [...] -System der Antragsgegnerin) würde bei der Teststellung nicht überprüft. Dies habe die Antragsgegnerin den Bietern ausreichend klar und transparent in Ziffer 3.13 BWB mitgeteilt. Bei der Forderung einer Standardsoftware handele es sich auch nicht um ein Eignungskriterium. Denn das Vorhandensein der Software beziehe sich auf die Leistung selbst und nicht auf die Leistungsfähigkeit des Bieters.

- Zu den ausgeschriebenen Vorgaben hinsichtlich der Vergütung der Realisierung bzw. Wartung und Pflege künftiger Schnittstellen trägt die Antragsgegnerin vor, dass die Vergabeunterlagen nicht widersprüchlich seien. Diese Leistungen sollten nach Position 8.2 des Preisblatts abgerechnet werden.
- Bei der in Position 5.1 des Preisblatts angegebenen Anzahl der zu wartenden und pflegenden Lizenzen handele es sich um eine fiktive, rein kalkulatorische Angabe, die

eine Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen solle. Zwar treffe es zu, dass in der Pilotphase bereits 150 Lizenzen bereitgestellt werden müssten, für die in der Folge auch Wartungs- und Pflegeleistungen zu erbringen seien. Da die Mengenangaben aber ohnehin rein fiktiv seien, müsse das Preisblatt nicht entsprechend angepasst werden.

- Konkretere Angaben dazu, wie sich der Bedarf auf die verschiedenen Bedarfsträger verteilt, habe die Antragsgegnerin den Bietern deshalb nicht mitgeteilt, weil es nach ihrer Erfahrung in Verfahren dieser Art mit einer erheblichen Anzahl von Bedarfsträgern regelmäßig zu „massiven“ Verschiebungen im Abruf der Leistungen komme. Ein den Bietern jetzt mitgeteiltes „Verteilungsmuster“ hätte daher keinen Wert. Die Antragstellerin habe auch keinen Anspruch auf die Herausgabe des von ihr gewünschten Verteilungsmusters, sondern nur auf die Ermittlung des Gesamtwerts der vorgesehenen Leistung (§ 3 Abs. 1 S. 1 VgV). Eine gewisse „Unschärfe“ sei bei Rahmenvereinbarungen vom Bieter hinzunehmen. Auf Bitte der Vergabekammer hat die Antragsgegnerin Unterlagen über die von ihr vorgenommene Bedarfsermittlung nachgereicht. Die Antragsgegnerin erklärt dazu, dass diese Daten in der Vergabeakte zum vorangegangenen, aber aufgehobenen Vergabeverfahren über dieselbe Beschaffungsmaßnahme enthalten gewesen seien.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Die Entscheidungsfrist wurde durch Verfügung des Vorsitzenden zuletzt bis zum 17. November 2023 einschließlich verlängert.

Nachdem alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung gemäß § 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB nach Lage der Akten. Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin und den Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 20. Oktober 2023 jeweils telefonisch die Gelegenheit gegeben, zur vorläufigen Rechtsauffassung der Vergabekammer Stellung zu nehmen.

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

II.

Hinsichtlich der Beanstandungen, die die Antragstellerin zuletzt noch geltend macht, ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Einige dieser Vergaberechtsverstöße liegen tatsächlich auch vor. Soweit die Antragstellerin einzelne ursprünglich geltend gemachte Rechtsverstöße für erledigt erklärt hat oder ausdrücklich nicht mehr weiterverfolgt, ist hierüber in der Sache nicht mehr zu entscheiden.

1. Bezüglich der Rechtsverstöße, die die Antragstellerin zuletzt noch geltend macht, ist ihr Nachprüfungsantrag zulässig.

a) Hinsichtlich der Beanstandungen, die die Antragstellerin zuletzt noch weiterverfolgt, bestehen keine Bedenken gegen ihre Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB). Denn ihr erforderliches Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin hinreichend durch die Abgabe eines Angebots dokumentiert. Des Weiteren macht sie schlüssig und nachvollziehbar geltend, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Schließlich droht der Antragstellerin auch ein Schaden zu entstehen, da ihre Zuschlagschancen durch die behaupteten Vergaberechtsverstöße (Ausschluss, bestimmte Vorgaben in den Vergabeunterlagen, die die Angebotsabgabe beeinträchtigen oder zu nicht miteinander vergleichbaren Angeboten führen) verschlechtert werden.

b) Hinsichtlich der Beanstandungen, die sie zuletzt noch geltend macht, ist die Antragstellerin auch nicht präkludiert. Zwar hat die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsabgabefrist mehrere einzelne Rügen (aus Sicht der Antragsgegnerin: „Stück für Stück“) vorgebracht (am 22., 27. und 29. Juni sowie am 4., 5., 7., 13. und 21. Juli 2023). Solange sie die Vergaberechtswidrigkeit der einzeln gerügten Umstände nicht eher positiv erkannt hat (wofür hier keine hinreichenden Anhaltspunkte vorliegen), ist dies per se jedoch nicht geeignet, eine Rügepräklusion auszulösen. Im Gegenteil sollte ein Bieter im Interesse der Beschleunigung des Vergabeverfahrens mit seinen Rügen nicht so lange warten, bis er alle oder jedenfalls mehrere Beanstandungen „gebündelt“ vorbringen kann. Dem Auftraggeber

sollte vielmehr so frühzeitig Gelegenheit zur Abhilfe gegeben werden, dass der weitere Ablauf des Vergabeverfahrens möglichst wenig verzögert oder sonst beeinträchtigt wird. Abgesehen davon liefe ein Bieter, der einen Vergaberechtsverstoß erkannt hat, bei Zuwarten mit seiner entsprechenden Rüge auf etwaige weitere Beanstandungen Gefahr, die Zehn-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB zu versäumen. Vor diesem Hintergrund dürfte die Grenze der rechtswidrigen Obstruktion eines Vergabeverfahrens, indem ein Bieter immer wieder weitere Rügen vorbringt, sehr hoch liegen (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04). Dass die Antragstellerin diese Grenze überschritten hat, ist nicht erkennbar.

Die weiterhin verfahrensgegenständlichen Vergaberechtsverstöße wurden von der Antragstellerin zuletzt am 21. Juli 2023 gerügt. Ob ihre weiteren Rügen vom 24. Juli 2023 um 17.56 Uhr, die erst wenige Stunden vor Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer (am 24. Juli 2023, um 21.45 Uhr) bei der Antragsgegnerin eingegangen sind, berücksichtigungsfähig sind, braucht daher nicht entschieden zu werden.

Die erst während des Nachprüfungsverfahrens erfolgte Aufforderung der Antragsgegnerin, ihren Nachunternehmer und Eignungsverleiher [...] auszutauschen, sowie ihren späteren, mangels Austausch der [...] erfolgten Ausschluss aus dem Vergabeverfahren hätte die Antragstellerin gar nicht zu rügen brauchen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Unabhängig davon hat die Antragstellerin das Ersetzungsverlangen sowie ihren Ausschluss jeweils weniger als 10 Kalendertage nach den entsprechenden Mitteilungen der Antragsgegnerin und damit rechtzeitig gerügt (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB).

2. Die meisten der von der Antragstellerin bis zuletzt verfolgten Vergaberechtsverstöße liegen vor. Der Ausschluss der Antragstellerin war rechtswidrig (dazu unter a)). Die vorgesehene Teststellung ist allerdings nur insoweit zu beanstanden, als dass die Antragsgegnerin den Bietern nicht hinreichend transparent und eindeutig mitgeteilt hat, welche Anforderungen getestet werden sollen (dazu unter b)). Einige Angaben in den Preisblättern sind widersprüchlich und daher zu korrigieren (dazu unter c) und d)). Was die mangelnde Bekanntgabe der Verteilung des Bedarfs auf die einzelnen Bedarfsträger betrifft, liegt jedoch kein Vergaberechtsverstoß vor (dazu unter e)).

- a) Der Ausschluss der Antragstellerin mangels Eignung, weil sie die [...] trotz entsprechender Aufforderung der Antragsgegnerin gemäß § 47 Abs. 2 S. 1, 4, 5, § 36 Abs. 5 S. 1, 3, 4 i.V.m. § 124 GWB nicht ersetzt hat, war rechtswidrig. Denn die [...], die auch für weitere Bieter auftritt, erfüllt keine Ausschlussgründe i.S.d. § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 i.V.m. § 124 GWB und darf von der Antragstellerin weiterhin als Eignungsverleiher und Nachunternehmer eingesetzt werden. Damit kommt es auch nicht darauf an, ob die Antragstellerin in der Lage wäre, den ausgeschriebenen Auftrag ggf. vollumfänglich selbst auszuführen, denn sie darf sich weiterhin auf die Eignung der [...] berufen.

Zwar ist die [...] neben der Antragstellerin auch für weitere Bieter aufgetreten und deren Vorleistungen (durch Überlassung einer Software) und Leistungen (im Rahmen der späteren Vertragsausführung) nehmen teilweise einen erheblichen Anteil der einzelnen Angebote ein (bei der Antragstellerin laut deren eigener Angaben je nach Leistungsteil zwischen 5 und 80%). Dennoch gibt es jedenfalls im Moment keinen hinreichenden Grund, die Ersetzung der [...] zu verlangen und die mit ihr zusammenarbeitende Antragstellerin aus dem Vergabeverfahren auszuschließen.

- aa) Der Ausschlussstatbestand des § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB scheitert im Hinblick auf die [...] vorliegend schon daran, dass die [...] nicht „mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat“, die dieser Vorschrift unterfallen. Denn worauf sich die Antragsgegnerin hier beruft, sind keine Vereinbarungen oder abgestimmten Verhaltensweisen mehrerer Unternehmen, sondern allein das Verhalten der [...], die an mehreren Angeboten als Nachunternehmer und/oder Eignungsverleiher beteiligt ist. Vereinbarungen oder abgestimmte Verhaltensweisen i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB liegen jedoch nur dann vor, wenn hieran mindestens zwei verschiedene Wirtschaftsteilnehmer beteiligt sind (vgl. EuGH, Urteil vom 15. September 2022, Rs. C-416/22; BayObLG, Beschluss vom 11. Januar 2023, Verg 2/21). Dass die betreffenden Bieter ihre Angebotsinhalte selbst untereinander abgestimmt hätten, behauptet die Antragsgegnerin nicht und ist auch nicht ersichtlich.

Die Beteiligung der [...] als Nachunternehmer oder Eignungsverleiher bezweckt oder bewirkt auch keine „Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs“ i.S.d. § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB, auch wenn die [...] in dieser Eigenschaft an mehreren Angeboten beteiligt ist. Denn der (Geheim-)Wettbewerb, den die

Antragsgegnerin hier beeinträchtigt sieht, ist der Wettbewerb der am Verhandlungsverfahren teilnehmenden, einzelnen Bieter, also der Wettbewerb innerhalb eines konkreten Vergabeverfahrens. Die Antragsgegnerin meint, die [...] würde den Bietern Informationen über die Angebote der anderen Bieter weitergeben oder den Wettbewerb unter diesen sonst steuern. An diesem Wettbewerb ist die [...] jedoch nicht beteiligt, sie stellt den Bietern zwar – zum Teil in großem Umfang – eine Vorleistung bereit und führt teilweise auch die späteren vertraglichen Leistungen für die Bieter aus. Hierüber hinaus hat die [...] jedoch keinen Einfluss auf die konkreten Angebote. D.h. die Bieter müssen zwar in ihrem Angebotspreis die Konditionen, die ihnen die [...] in ihrem Nachunternehmerangebot eingeräumt hat, berücksichtigen. Darin, wie und inwieweit sie dies tun, sind die jeweiligen Bieter jedoch weiterhin unabhängig; dies gilt erst recht für die weiteren Angebotsbestandteile, die die Bieter ohne die [...] erbringen. Die Bieter sind und bleiben eigenständige und von der [...] unabhängige Unternehmen. In einem solchen Fall wäre es nicht einmal gesellschaftsrechtlich oder aufgrund personeller Überschneidungen miteinander verbundenen Unternehmen grundsätzlich verboten, sich gleichzeitig am selben Vergabeverfahren zu beteiligen (EuGH, Urteile vom 15. September 2022, Rs. C-416/22, und vom 17. Mai 2018, Rs. C-531/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. März 2022, VII-Verg 28/21; KG, Beschluss vom 13. März 2008, 2 Verg 18/07; Dicks, VergabeR 2013, S. 1 ff.). Dasselbe muss erst recht gelten, wenn wie hier zwischen der [...] und der Antragstellerin gar keine solche unternehmerischen oder personellen Verbindungen bestehen. Dies ergibt sich auch aus bisher ergangenen Entscheidungen, die sich mit der Frage einer Wettbewerbsbeeinträchtigung durch eine Mehrfachbeteiligung von Unternehmen an ein und demselben Vergabeverfahren befasst haben. Es handelte sich hier stets um Fälle, in denen die betreffenden Unternehmen entweder selbst jeweils eigene Angebote abgegeben haben oder in denen zumindest das eine Unternehmen, das Nachunternehmer eines anderen Bieters war, zusätzlich selbst ein Angebot abgegeben hatte. Wenn ein Unternehmen wie hier lediglich als Nachunternehmer für ein oder mehrere Bieter tätig ist, aber selbst kein eigenes Angebot abgibt, ist dies für den Vergabewettbewerb hingegen grundsätzlich unbedenklich (so auch KG, Beschluss vom 13. März 2008, 2 Verg 18/07; Dicks, VergabeR 2013, S. 1, 9).

- bb) Aus denselben Gründen liegt hier kein „Scheinwettbewerb“ dergestalt vor, dass mehrere Bieter nur scheinbar als unabhängig voneinander agierende Wettbewerber

auftreten, diese tatsächlich aber in wesentlichem Umfang gemeinsam agieren und sich so Vorteile im Vergabewettbewerb verschaffen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Juni 2021, VII-Verg 47/20; 1. VK Bund, Beschluss vom 14. Oktober 2020, VK 1-78/20; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 11. Januar 2023, Verg 2/21). Denn trotz der je nach Leistungsteil erheblichen Bedeutung der Vorleistungen und Leistungen der [...] für die einzelnen Angebote haben die Bieter hier ausreichende eigene Gestaltungs- und Kalkulationsspielräume, ihr Angebot individuell und unabhängig zu erstellen (s.o.). Aufgrund der abgeschlossenen Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvereinbarungen, aber auch weil die einzelnen Bieter als unabhängige Unternehmen gar kein Interesse daran haben, ihrem Nachunternehmer hiervon zu berichten, erfährt die [...] auch nichts vom endgültigen und vollständigen Angebotsinhalt. Schon aus diesem Grund besteht daher hier keine Gefahr, dass Angebotsinformationen über die [...] an einen anderen Bieter weitergegeben werden. Im Übrigen bestehen hierfür derzeit auch keine konkreten Anhaltspunkte. Sollte die Antragsgegnerin im weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens, insbesondere in den Verhandlungsgesprächen, Hinweise dafür erlangen, dass die Bieter Kenntnis von den Angeboten der anderen Bieter haben, mag sich die Rechtslage anders darstellen. Auf den bloßen Verdacht hin, dass dies zukünftig geschehen könnte, sind die Ausschlussstatbestände der § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 i.V.m. § 124 GWB jedoch nach den strengen Vorgaben dieser Vorschriften derzeit nicht erfüllt.

- cc) Die Tatbestandsvoraussetzungen der § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB sind im Fall der [...] ebenfalls nicht erfüllt, so dass die mit dieser zusammenarbeitende Antragstellerin auch aus diesem Grund nicht auszuschließen ist. Denn wie oben aufgezeigt, hat die [...] keine Wettbewerbsregeln verletzt, so dass dieser keine „schwere berufliche Verfehlung“ i.S.d. Vorschrift vorgeworfen werden kann. Im Übrigen wären die Voraussetzungen des § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB nur dann erfüllt, wenn das betreffende Unternehmen die schwere berufliche Verfehlung „nachweislich“ begangen hat. Dabei bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber überlassen festzustellen, dass ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten vorliegt, wenn er in geeigneter Form nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat. Zwar bedarf es hierfür nicht eines Nachweises in Gestalt einer rechtskräftigen Feststellung der Pflichtverletzung. Der Nachweis kann auch anderweitig geführt werden. Zum Beispiel durch schriftlich fixierte Zeugenaussagen, sonstige

Aufzeichnungen, Belege, Schriftstücke oder andere objektivierte Anhaltspunkte. Erforderlich ist in jedem Fall aber ein Vollbeweis im Sinne von § 286 ZPO (s. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Juni 2022, VII-Verg 36/21). Den vorgenannten Anforderungen werden die von der Antragsgegnerin vorgetragenen Umstände nicht gerecht, da diese die insoweit erforderliche Gewissheit vom Vorliegen einer schwerwiegenden Verfehlung nicht zu vermitteln vermögen.

- dd) Selbst wenn man über §§ 123, 124 GWB hinaus unter Heranziehung allgemeiner Vergabegrundsätze zur Sicherstellung des Wettbewerbs weitere Ausschlussstatbestände annehmen würde (so EuGH, Urteil vom 15. September 2022, Rs. C-416/22 und BayObLG, Beschluss vom 11. Januar 2023, Verg 2/21, aus dem allgemeinen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz), erfüllt das Verhalten der [...] die Voraussetzungen dieser Tatbestände nicht. Trotz der Mehrfachbeteiligung der [...] als Nachunternehmer und/oder Eignungsverleiher an mehreren Angeboten oder Bietern gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Angebote nicht eigenständig und unabhängig voneinander abgegeben werden (s.o.). Auch sonst beeinträchtigt die Mehrfachbeteiligung der [...] an mehreren Angeboten – entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin – den Geheimwettbewerb nicht. Denn wie bereits oben zu § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB ausgeführt, nimmt die [...] an dem hier maßgeblichen Wettbewerb auf Ebene der Bieter, also am Wettbewerb im Vergabeverfahren, mangels Abgabe eines eigenen Angebots gar nicht teil.
- ee) Die einzelnen „Anhaltspunkte“, „Zweifel“, „Indizien“ oder „begründeten Vermutungen“, die die Antragsgegnerin für die Verletzung des Geheimwettbewerbs und das Vorliegen eines vergaberechtswidrigen reinen Scheinwettbewerbs vorbringt, rechtfertigen es ebenfalls nicht, von der Antragstellerin die Ersetzung [...] zu verlangen und die Antragstellerin auszuschließen, weil sie diesem Verlangen nicht nachgekommen ist. Wie §§ 123, 124 GWB zeigen, sind wegen der damit zusammenhängenden schwerwiegenden Folgen für einen Bieter hohe Anforderungen an das Vorliegen eines solchen Ausschlussstatbestands zu stellen, die vom Auftraggeber darzulegen sind (siehe hierzu oben 2a)cc)). Für eine Beweislastumkehr, wie sie die Antragsgegnerin für sich in Anspruch nehmen will, ist insoweit kein Raum. Bereits bei der gleichzeitigen Beteiligung konzernverbundener Unternehmen am selben Vergabeverfahren besteht keine vom Bieter zu widerlegende Vermutung dafür, dass der Wettbewerb beeinträchtigt ist. Vielmehr obliegt es dem Auftraggeber, hier also der Antragsgegnerin,

darzutun, dass die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit bei der Erstellung und Ausarbeitung der Angebote nicht gewährleistet ist (vgl. zum Vorstehenden: OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 16. März 2022, VII-Verg 28/21; vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Juni 2022, VII-Verg 36/21). Auch im vorliegenden Fall gilt nichts anderes, das heißt die Antragsgegnerin trägt neben der Darlegungs- auch die Feststellungslast (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Zur Tragfähigkeit der von der Antragsgegnerin im Einzelnen vorgetragenen Umstände ist Folgendes auszuführen:

So sieht die Antragsgegnerin einen vergaberechtlich bedenklichen und mithilfe der Ersetzung der [...] zu unterbindenden Scheinwettbewerb bereits dadurch belegt, dass mehrere Bieter denselben Nachunternehmer und/oder Eignungsverleiher einsetzen und dass dieser einen hohen Leistungsanteil innehat. Dies allein ist für einen Beschaffungsvorgang wie er hier vorliegt jedoch nicht ungewöhnlich und kann daher nicht zur Ersetzung des Nachunternehmers/Eignungsverleihers bzw. zum Ausschluss der mit diesem zusammenarbeitenden Bieter führen. Im Gegenteil ist in bestimmten Fällen sogar zu erwarten, dass mehrere Angebote ggf. sogar zu einem wesentlichen Anteil inhaltsähnlich sind oder dass Angebote von den Vorleistungen einzelner anderer Unternehmen abhängig sind. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Auftragsausführung den Einsatz eines besonderen Geräts erfordert, über das nur wenige Unternehmen verfügen oder dessen Vorhaltung durch die Bieter selbst unwirtschaftlich wäre. Auch im vorliegenden Fall ist die Tatsache, dass mehrere Bieter ihr Angebot auf der Basis der [...]software der [...] abgeben wollen, auf den besonderem Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin zurückzuführen. Denn die Antragsgegnerin verlangt von den potentiellen Bietern vor Zuschlagserteilung gewisse Vorleistungen, indem die anzubietende Software spätestens zum Zeitpunkt der Teststellung bereits bestimmte Leistungsanforderungen erfüllen muss (s. zur generellen Zulässigkeit dieser Vorgehensweise unten unter 2b)aa)). Unabhängig davon, ob man den Beschaffungsgegenstand hier als „marktverfügbare Standardsoftware“ (so die Antragsgegnerin) oder mit der Antragstellerin als „Individualsoftware“ bezeichnet, dürfte diese Ausschreibung – wie der Teilnahmewettbewerb bestätigt hat – von vornherein also nur einen eingeschränkten Kreis von Unternehmen ansprechen. Wie die Antragsgegnerin selbst vorträgt, kommen insoweit nur die jeweiligen Softwareprodukte der [...], [...] in Frage. Ein branchenkundiger Marktteilnehmer konnte daher erwarten, dass (u.a.) die Software der

[....] von einigen Bietern im Rahmen ihrer Angebotserstellung angefragt werden wird. Dass mehrere Angebote hinsichtlich der „Grundsoftware“ übereinstimmen (einzelne Konzepte, Use Case Videos, Erklärungen und Kennzeichnungen, die die anzubietende Software betreffen), beruht mithin auf dem besonderen Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin und nicht auf einem (angeblich abgestimmten) Verhalten der Bieter oder dem Verhalten der [....] und ist damit nicht den Marktteilnehmern anzulasten. In diesem Zusammenhang ist es als wettbewerbsfördernd hervorzuheben, dass die Antragsgegnerin ihre Beschaffungsmaßnahme nicht auf die Herstellerebene beschränkt hat (auf der laut Antragsgegnerin drei Unternehmen tätig sind ([....], [...])), sondern für weitere Dienstleister geöffnet hat – dies macht eine Vergabeteilnahme auch solchen Unternehmen wie der Antragstellerin und mehreren weiteren Bietern möglich, auch wenn diese eine [...]software nicht in dem von der Antragsgegnerin gefordertem Umfang selbst entwickelt haben, aber mit Hilfe eines Nachunternehmereinsatzes in der Lage sind, der Antragsgegnerin entsprechende Lösungen anzubieten. Diesen wettbewerblichen Vorteil macht die Antragsgegnerin durch ihr Verlangen, die [....] als Eignungsverleiher/Nachunternehmer zu ersetzen, allerdings zunichte. Denn mit dem Ausschluss der mit der [....] zusammenarbeitenden Bieter und dem darin liegenden Verbot, Software der [....] anzubieten, hat sich die Anzahl der Wettbewerbsteilnehmer einschließlich der von diesen angebotenen Softwareprodukte erheblich verringert.

Die weiteren von der Antragsgegnerin genannten „Anhaltspunkte“ und „Indizien“ dafür, dass die von den Bietern vorgelegten Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvereinbarungen tatsächlich gar nicht eingehalten würden, belegen ebenfalls nicht in einem für die Ersetzung der [....] gemäß § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 VgV i.V.m. § 124 GWB hinreichendem Maß, dass der Geheimwettbewerb beeinträchtigt ist. Die hohen Anforderungen der §§ 123, 124 GWB an die Darlegungs- und Beweislast eines öffentlichen Auftraggebers sind insoweit nicht erfüllt. So ist zunächst bereits zweifelhaft, ob die Antragsgegnerin solche Vereinbarungen samt entsprechenden „chinese walls“ innerhalb der [....] überhaupt verlangen durfte, da die [....] sich nicht selbst in Konkurrenz zu den anderen Bietern am Vergabewettbewerb beteiligt, sondern ausschließlich als Eignungsverleiher und Nachunternehmer anderer Unternehmen. Wenn die Antragsgegnerin von diesen Unternehmen gar keine Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitserklärungen verlangen durfte, wäre eine Verletzung dieser Erklärungen auf der Rechtsfolgende entsprechend geringer zu

bewerten. Doch abgesehen davon fehlen hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass für den Vergabewettbewerb der Bieter maßgebliche Informationen über die [...] an andere Bieter weitergegeben wurden. Die Antragsgegnerin führt insoweit an, dass mehrere mit dem Teilnahmeantrag oder Angebot vorgelegte Erklärungen, Konzepte bzw. Videos identisch sind oder von denselben innerbetrieblich verantwortlichen Personen unterzeichnet wurden. Dies kann jedoch ebenso darauf zurückzuführen sein, dass die betreffenden Teilnahmeanträge bzw. Angebote auf derselben Software (der [...]) basieren, für die es entsprechende einheitliche Informationsunterlagen (z.B. die Software beschreibende Videos) gibt (s. dazu bereits oben). Die im Teilnahmewettbewerb vorgelegten Referenzen sind deshalb gleich, weil sich die Bewerber insoweit auf denselben Eignungsverleiher (die [...]) berufen haben und die vorzulegenden Referenzen laut Bekanntmachung bestimmte Anforderungen erfüllen müssen. Dass nur einzelne Personen innerhalb der [...] befugt sind, bestimmte unternehmensverbindliche Erklärungen abzugeben (insbesondere die Geheimhaltungsvereinbarungen und die der Antragsgegnerin vorgelegten Stellungnahmen zur angeblichen Verletzung des Geheimwettbewerbs), führt ebenfalls nicht zwangsläufig dazu, dass bei den betreffenden Mitarbeitern der [...] konkrete Angebotsinhalte abgestimmt oder an einen anderen Bieter weitergegeben wurden oder zukünftig werden (dies verneint das OLG Düsseldorf bei Nichtvorliegen weiterer Anhaltspunkte sogar für den Fall, dass zwei Bieter denselben Geschäftsführer und zu jeweils 45% dieselben natürlichen Personen als Gesellschafter haben (Beschluss vom 16. März 2022, VII-Verg 28/21)). Dass einige Geheimhaltungsvereinbarungen erst nach Abgabe der Teilnahmeanträge abgeschlossen wurden, spricht ebenfalls nicht für eine Verletzung des Geheimwettbewerbs unter den Bewerbern bzw. Bieter. Denn dass solche Vereinbarungen zu treffen sind, ging nämlich nicht von den Bewerbern aus, sondern von der Antragsgegnerin, die von diesen Unternehmen und der [...] Maßnahmen zur Sicherstellung des Geheimwettbewerbs verlangt hat. Dass solche Vereinbarungen nicht bereits früher bestanden haben, spricht im Gegenteil zudem eher dafür, dass die Bewerber vorher nicht wussten, dass die [...] auch andere Teilnehmer dieses Vergabeverfahrens „bedient“. Es gibt nicht einmal Anhaltspunkte dafür, dass die Bieter die Namen der anderen Bieter kennen. Diese Namen wurden in den Stellungnahmen der [...] im Rahmen der Anhörungen der Antragsgegnerin zur angeblichen Verletzung des Geheimwettbewerbs nämlich nicht erwähnt. Die Tatsache, dass die [...] ihrerseits die Namen mehrerer Bieter kennt, ist per se für den Geheimwettbewerb der Bieter untereinander schon deshalb unbedenklich, weil die [...]

selbst nicht mit einem eigenen Angebot am Vergabewettbewerb teilnimmt (s.o.). Zudem muss auch dies nicht auf einem der [...] vorwerfbaren Verhalten beruhen. Denn dass und wer ihre [...]software braucht, um im streitgegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot abzugeben können, weiß die [...] allein schon durch die entsprechende Anfragen dieser Unternehmen bei ihr, die mit der Bitte verbunden waren, die von der Antragsgegnerin vorbereiteten Verpflichtungserklärungen, die auf die streitgegenständliche Beschaffung hinweisen, zu unterschreiben.

Sofern die Antragsgegnerin aufgrund des derzeitigen Verhaltens der [...] befürchtet, es könne zu Vertragsverstößen während der Vertragslaufzeit oder „in künftigen Fällen“ kommen, kann auch darauf das Verlangen, die [...] zu ersetzen, mit anschließendem Ausschluss der betreffenden Bieter nicht gestützt werden. Denn erstens erfüllt eine solche „Befürchtung“ wiederum nicht die hohen Anforderungen z.B. des § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 VgV i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB an eine „nachweislich“ schwere Verfehlung der [...] oder an eine „schwerwiegende“ Täuschung“ i.S.d. § 47 Abs. 2 S. 1, 4, § 36 Abs. 5 S. 1, 3 VgV i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 8 GWB oder eines anderen Ausschlussstatbestands des § 124 GWB. Unabhängig davon lässt das Verhalten, das die Antragsgegnerin der [...] hier vorwirft (eigene Auslegung und Nichteinhaltung der mit den Bietern getroffenen Geheimhaltungs- und Vertraulichkeitsvereinbarungen), schon gar keinen validen Rückschluss darauf zu, dass die [...] nach Abschluss des Vergabewettbewerbs und Bezuschlagung eines bestimmten Bieters die streitgegenständliche Leistung „Entwicklungs-, Liefer- und Dienstleistungen für ein [...]system“ zukünftig nicht ausschreibungskonform erbringen wird. Der Vergabewettbewerb, den die [...] durch ihr Verhalten angeblich stört, ist mit dem Vertragsschluss beendet und kann durch die [...] während der Vertragsdurchführung nicht mehr tangiert werden. Sollte die Antragsgegnerin mit ihren Bedenken gegen die Vertragstreue der [...] „in künftigen Fällen“ nicht nur den verfahrensgegenständlichen Auftrag meinen, sondern sogar irgendwelche späteren Verträge, die die Antragsgegnerin mit der [...] abschließen könnte, sind aus dem Verhalten der [...] im vorliegenden Vergabeverfahren erst recht keine validen Rückschlüsse möglich, die so eine pauschale negative Prognose rechtfertigen könnten. Dasselbe gilt für die – von der Antragsgegnerin lediglich behauptete und nicht belegte – Feststellung, ihr sei aufgefallen, dass die [...] in anderen Vergabeverfahren angegeben hatte, ihre Software ausschließlich allein zu vertreiben, und sich jetzt im Widerspruch dazu nicht selbst, sondern über mehrere andere Bieter an diesem

Vergabeverfahren beteilige. Ein Unternehmen kann seine Vertriebspraxis jederzeit ändern, ohne dass dies isoliert betrachtet wettbewerblich bedenklich ist.

- b) Was die von der Antragsgegnerin vorgesehene Teststellung angeht, ist nicht zu beanstanden, dass eine solche Teststellung vor Erteilung des Zuschlags an einen bestimmten Bieter überhaupt durchgeführt wird (dazu unter aa)). Vergaberechtswidrig ist es jedoch, dass die Antragsgegnerin den Bietern nicht hinreichend transparent mitgeteilt hat, welche konkreten Anforderungen der Leistungsbeschreibung bzw. des „Kriterienkatalogs Leistung“ tatsächlich getestet werden sollen (dazu unter bb)).

- aa) Die Durchführung einer Teststellung der Angebote vor Zuschlagserteilung ist vergaberechtskonform.

So wie der öffentliche Auftraggeber selbst bestimmt, was er beschafft, bestimmt er ebenfalls grundsätzlich selbst, wie er bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots vorgeht oder die Einhaltung des ausgeschriebenen Leistungssolls sicherstellt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19; OLG München, Beschluss vom 2. November 2012, Verg 26/12). Dabei kann er auf das allgemeine Leistungsversprechen, das ein Bieter mit seinem Angebot abgibt, die ausgeschriebene Leistung im Zuschlagsfall vertragskonform zu erbringen, vertrauen. Genau so ist ein Auftraggeber aber auch frei in seiner Entscheidung, dass er das Leistungsversprechen der Bieter einschließlich der Erfüllung bestimmter Zuschlagskriterien mithilfe einer Teststellung überprüft (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 22. April 2020, VII-Verg 34/19; und vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19 jeweils m.w.N.). Die Grenzen dieses Leistungsbestimmungsrechts sind dann überschritten, wenn für diese Vorgehensweise des Auftraggebers tatsächlich keine nachvollziehbaren und auftragsbezogenen Gründe vorliegen und einzelne Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert werden (s. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2018, VII-Verg 30/18 m.w.N.). Die Gründe, die die Antragsgegnerin hier diesbezüglich vorbringt (die Vermeidung von bei neu entwickelter Software nicht ungewöhnlichen Funktionalitätsdefiziten, die den rechtzeitigen Einsatz der Software gefährden), sind angesichts des streitgegenständlichen Beschaffungsgegenstands (eine Software, die in 95 Bundesbehörden bei jedem [...], also regelmäßig, eingesetzt werden soll) objektiv nachvollziehbar. Die Entscheidung der Antragsgegnerin, eine Teststellung durchzuführen, ob und inwieweit das von einem Bieter angebotene Produkt ihren

Beschaffungsbedarf erfüllen wird, ist daher vergaberechtskonform (so zur Anerkennung von Vorgaben zur Verringerung von Risikopotentialen (Fehlfunktionen, Umstellungsaufwand etc.) auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin werden bei einer solchen Teststellung wie sie hier vorgesehen ist, auch nicht unzulässigerweise Eignungs- und Angebotsprüfung miteinander vermischt. Die Eignungsprüfung betrifft die generellen Fähigkeiten der *Unternehmen*, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen (in wirtschaftlicher, finanzieller, technischer und beruflicher Hinsicht, vgl. nur §§ 44 bis 46 VgV, s. dazu Ziffer III.1 der EU-Bekanntmachung und Ziffer 3.4 BWB). Demgegenüber geht es bei der hier durchzuführenden Teststellung um die Prüfung, ob die von einem Bieter konkret angebotene *Leistung* bestimmte Anforderungen erfüllt oder nicht (s. Ziffer 3.13 BWB). Letzteres ist zulässiger Bestandteil der Angebotswertung und findet also auf der sog. 1. oder 4. Wertungsstufe statt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. August 2018, VII-Verg 30/18 m.w.N.).

Des Weiteren widerspricht die von der Antragsgegnerin vorgesehene Teststellung nicht ihrem bekannt gegebenen Kriterienkatalog. Unabhängig von der Frage, ob es sich hier um eine verifizierende oder um eine wertende Teststellung (s. zu diesen Begriffen unten) oder um eine Mischung aus beiden Formen handelt, sind die den Bietern mitgeteilten Kriterien, die für die Prüfung und Wertung der Angebote relevant sein sollen, nicht isoliert voneinander, sondern in einer Gesamtschau zu betrachten. Was die Qualitätsbewertung der Angebote auf der 4. Wertungsstufe angeht, trifft das Verständnis der Antragstellerin zu, dass sich die in den B-Kriterien erzielten Punkte aus der entsprechenden Erfüllungszusage eines Bieters ergeben. Sofern die Erfüllung der Anforderungen eines B-Kriteriums im Rahmen der Teststellung jedoch tatsächlich überprüft wird, wird eine dem Testergebnis widersprechende schriftliche Aussage des Bieters jedoch noch einmal korrigiert. Ein Widerspruch innerhalb der bekannt gegebenen Wertungssystematik liegt hierin nicht, vielmehr dient die Teststellung ja gerade der Verifizierung, ob das entsprechende Leistungsversprechen des Bieters tatsächlich erfüllbar ist oder nicht. Zuzugeben ist der Antragstellerin in diesem Zusammenhang jedoch darin, dass es für die Bieter wichtig ist, im Vorhinein zu wissen, welche ihrer verbalen Zusagen später im Rahmen der Teststellung praktisch überprüft

und verifiziert werden oder nicht. Insoweit sind die Vorgaben der Antragsgegnerin in Ziffer 3.13 BWB nicht hinreichend eindeutig (s. dazu unten unter 2b)bb)).

Der Durchführung einer Teststellung vor Zuschlagserteilung steht auch nicht entgegen, dass dies dazu führt, dass jedenfalls die zu testenden Teile der angebotenen Leistung bereits zum Zeitpunkt der Teststellung vorhanden sein müssen. Denn anders als es die Antragstellerin vertritt, sind Angebote in Vergabeverfahren nicht stets darauf gerichtet, dass die zu beschaffende Leistung erst nach Vertragsschluss hergestellt werden muss. Dies ist zwar bei Bau- und Dienstleistungen regelmäßig so und mag häufig auch beim Kauf von Fertigprodukten der Fall sein. Allerdings kann es einem öffentlichen Auftraggeber, der für die Deckung seines Bedarfs an das Vergaberecht gebunden ist, ebenso wenig verwehrt sein, ein Produkt zu beschaffen, das in Bezug auf grundlegende Funktionalitäten bereits existiert und nach Vertragsschluss lediglich noch bestimmten Anpassungsleistungen unterliegt. Das Vergaberecht bestimmt nicht, was der Auftraggeber beschafft, sondern regelt nur das „Wie“ der Beschaffung (std. Rspr., s. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16 m.z.N.) – anderenfalls wäre es einem öffentlichen Auftraggeber unmöglich, einen solchen Bedarf wie hier überhaupt zu decken. Wie der hier ausgeschriebene Vertrag zivilrechtlich einzuordnen ist (laut Antragstellerin handelt es sich um einen Werklieferungsvertrag), ist vor diesem Hintergrund vergaberechtlich irrelevant.

Umgekehrt betrachtet spricht gegen die Zulässigkeit einer Teststellung hier ebenfalls nicht, dass jedenfalls ein Teil der ausgeschriebenen Software erst nach Zuschlagserteilung zu entwickeln ist ([...] und durch Anpassung an die individuellen Bedürfnisse der zum Einzelabruf berechtigten Behörden das [...]). Der Erkenntniswert einer solchen Teststellung ist dann zwar naturgemäß auf den im Zeitpunkt der Teststellung vorhandenen Entwicklungsstand der Software beschränkt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19). Wie bereits oben ausgeführt, hat die Antragsgegnerin jedoch ein anzuerkennendes Interesse daran, die grundsätzliche Tauglichkeit der versprochenen Leistung bereits in diesem frühen Stadium zu verifizieren (vgl. zu ähnlichen Sachverhalten OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 15. Januar 2020, VII-Verg 20/19, und vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31. Januar 2014, 15 Verg 10/13). Dem Umstand, auf den auch die Antragstellerin hinweist, dass eine Vorgabe hoher Leistungsanforderungen, die bereits zum Zeitpunkt der Teststellungen erfüllt sein müssen,

wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben kann, weil sie den Kreis der potentiellen Bieter einschränkt, kann gegebenenfalls im Zusammenhang mit der Festlegung der zu testenden Kriterien Rechnung getragen werden (s. dazu unten unter 2b)bb)).

- bb) Allerdings hat die Antragsgegnerin im Zusammenhang mit der angekündigten Teststellung gegen ihre vergaberechtlichen Gleichbehandlungs- und Transparenzpflichten verstoßen, weil sie die Anforderungen, die sie testen will, den Bietern nicht hinreichend eindeutig und transparent genug mitgeteilt hat.

Die Gleichmäßigkeit der Bewertung der Angebote und damit die Gleichbehandlung der Bieter und die Transparenz der Wertungsentscheidung eines öffentlichen Auftraggebers ist nur dann gewährleistet, wenn er den Bietern eindeutige und von allen gleich zu verstehende Vorgaben macht, wie die anzubietende Leistung beschaffen sein muss, damit das Angebot nicht wegen Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen ist (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV), und auf welcher Grundlage er seine Wertungsentscheidung im Übrigen trifft. Denn nur wenn alle Bieter gleichermaßen wissen, was der Auftraggeber von ihnen erwartet und auf was sich seine Wertungsentscheidung stützen wird, können sie ein ausschreibungskonformes und möglichst gut zu bewertendes Angebot abgeben (vgl. hierzu nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31. Januar 2014, 15 Verg 10/13). Da die Teststellung hier sowohl einen verifizierenden Charakter haben soll, indem überprüft wird, ob und inwieweit die als A-Kriterien ausgeschrieben Mindestanforderungen erfüllt sind, als auch einen wertenden Charakter, soweit das Testergebnis in den B-Kriterien mit bestimmten Punktwerten in die Wertungsentscheidung einfließt (s. zu diesen Begriffen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31. Januar 2014, 15 Verg 10/13), sind hier darüber hinaus § 121 Abs. 1 GWB und § 127 Abs. 4 GWB einschlägig.

Diesen vergaberechtlichen Anforderungen ist die Antragsgegnerin vorliegend nicht hinreichend gerecht geworden. Denn was sie den Bietern hinsichtlich der vorgesehenen Teststellung mitgeteilt hat, ist aus maßgeblicher objektiver Sicht eines mit der Ausschreibung vertrauten, erfahrenen Bieters nicht eindeutig (s. zum Beurteilungsmaßstab der §§ 133, 157 BGB analog OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022, VII-Verg 25/21 m.z.N.). So ergibt sich aus Ziffer 3.13 BWB nur, dass die

Teststellung „rein auf interne Funktionalitäten und Abläufe der angebotenen [...] Standardsoftware begrenzt“ und dass „jegliche elektronische Kommunikation/ Schnittstellen aus dem [...] heraus über die [...]“ von der Überprüfung ausgenommen ist. Welche der zahlreichen Anforderungen (insgesamt über 430 Stück) aus der Leistungsbeschreibung und dem „Kriterienkatalog-Leistung“ dies genau betrifft, lässt sich dieser Formulierung jedoch nicht entnehmen. Abgesehen von der sehr großen Menge an Anforderungen wäre dies gerade im vorliegenden Fall ganz besonders geboten, weil der Teststellung im Rahmen der Wertbarkeit der Angebote eine maßgebliche Rolle zukommt. Denn die Nichterfüllung nur eines einzigen A-Kriteriums (von insgesamt über 300 solcher Kriterien!) führt bereits zum Ausschluss eines Angebots, wohingegen sich die Nichterfüllung eines B-Kriteriums „nur“ auf die insgesamt zu erzielende Anzahl von Wertungspunkten auswirkt, was ggf. mit einer besseren Leistung in einem anderen B-Kriterium ausgeglichen werden kann. Die Testvorgaben der Antragsgegnerin bestimmen daher wesentlich mit, welches Stadium die angebotene Software bereits zum Zeitpunkt der Teststellung haben muss, und damit, wie der Angebotsgegenstand beschaffen sein muss, um wertungsfähig zu sein.

Die Antragsgegnerin ist daher verpflichtet, den Bietern eindeutig und bestimmt mitzuteilen, welche Anforderungen sie konkret im Rahmen der Teststellung überprüfen will. Damit die Bieter die Rechtsfolgen abschätzen können, die sich aus einer etwaigen Nicht- oder Schlechterfüllung dieser Anforderungen für sie ergeben, muss die Antragsgegnerin darüber hinaus eindeutig festlegen, was zum Ausschluss und was „nur“ zu einer schlechten Bepunktung des Angebots führt, also ggf. über die (Über-)Erfüllung anderer Anforderungen ausgeglichen werden kann. Dabei kann sie – wie bereits jetzt geschehen – auf sog. A- bzw. B-Kriterien zurückgreifen. Wie bereits oben unter 2b)aa) gesagt, ist die Antragsgegnerin aufgrund des ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrechts weitestgehend frei, welche Anforderungen sie diesbezüglich benennt und damit gleichzeitig, wie hoch der von einem Angebot bereits bei Teststellung zu erfüllende Fertigstellungsgrad sein soll. Trotz der vorerwähnten Freiheit hinsichtlich des Umfangs der der Teststellung unterfallenden Anforderungen, sollte die Antragsgegnerin ein gewisses Maß der gesetzten Teststellungsvorgaben berücksichtigen. Denn hohe inhaltliche und qualitative Anforderungen an die anzubietende Software beinhalten das Risiko, dass der Bieterkreis wettbewerbswidrig und diskriminierend eingeschränkt wird (vgl. BayObLG; Beschluss vom 29. Juli 2022, Verg 13/21; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 9. Juli 2012, VII-Verg 18/12, und vom

27. Juni 2021, VII-Verg 7/12), und können darüber hinaus zu einer für die Antragsgegnerin unwirtschaftlichen Angebotslage führen. Dennoch muss ein öffentlicher Auftraggeber seine Anforderungen nicht so zuschneiden, dass jeder Bieter, z.B. gerade die Antragstellerin, am Vergabeverfahren teilnehmen kann (vgl. BayObLG, Beschluss vom 29. Juli 2022, Verg 13/21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12, jeweils m.w.N.). Angesichts der Besonderheit des streitigen Verfahrens – die Antragsgegnerin will kein „Fertigprodukt“ beschaffen, sondern einige Leistungsteile sollen ohnehin erst nach Zuschlagserteilung erbracht werden –, bietet es sich daher insbesondere an abzuwägen, welche Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung bereits vor Zuschlagserteilung, also im Zeitpunkt der Teststellung, erfüllt sein müssen und getestet werden, und für welche Anforderungen das reine Leistungsversprechen eines Bieters aus Sicht der Antragsgegnerin hinreichende Gewähr dafür gibt, dieser werde nach Zuschlagserhalt den Vertrag ausschreibungskonform ausführen können, so dass eine vorherige Teststellung nicht erforderlich ist.

- c) Wie bereits oben unter 2b)bb) ausgeführt, fordern es der Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz, dass der Auftraggeber den Bieter eindeutige und von allen gleich zu verstehende Vorgaben dazu macht, wie sie ein wertungs- und zuschlagsfähiges Angebot abgeben können. Diese Grundsätze hat die Antragsgegnerin auch in einem weiteren Punkt verletzt, denn die ausgeschriebenen Vorgaben zur Vergütung der Wartung und Pflege künftiger Schnittstellen sind widersprüchlich und können von den Bietern daher nicht einheitlich verstanden werden.

So sollen für die Realisierung künftiger Schnittstellen einerseits gemäß Kapitel 7.3 der Leistungsbeschreibung (A-Kriterium 73.1) „gesonderte Vergütungs-Vereinbarungen für Wartung und Pflege“ getroffen werden, was aus maßgeblicher Sicht eines objektiven Bieters so zu verstehen ist, dass die Vergütung für diese Leistungen erst zu einem späteren Zeitpunkt nach Erteilung des Zuschlags zu vereinbaren ist. Wenn ein Bieter dieses A-Kriterium in seinem Angebot nicht positiv beantwortet, führt dies laut „Kriterienkatalog Leistung“ zum Ausschluss seines Angebots. Andererseits jedoch ist Position 8.2 des Preisblatts so zu verstehen, dass die Aufwendungen für die zukünftig anzubindenden Schnittstellen und deren Pflege hier, also bereits mit Angebotsabgabe, zu bepreisen sind; fehlende Angaben in diesem Preisblatt, das „alle“ dort aufgeführten Leistungen abdecken soll, sollen ausdrücklich zum Ausschluss des Angebots führen. Je nachdem, wie ein Bieter

diese widersprüchlichen Vorgaben versteht, vertraut er entweder auf die Aussage in Kapitel 7.3 der Leistungsbeschreibung und gibt in Position 8.2 keine Preise für die Wartung und Pflege künftiger Schnittstellen an (auch um seinen Ausschluss wegen fehlender Zusage des A-Kriteriums 73.1 zu vermeiden) oder er bepreist die entsprechenden Aufwendungen in Position 8.2 des Preisblatts (um den Ausschluss seines Angebots wegen fehlender Preisangaben zu vermeiden). Da ein widerspruchsfreies Verständnis dieser Vorgaben aus Sicht eines objektiven Bieters nicht möglich ist, muss die Antragsgegnerin diese überarbeiten.

- d) Die Vorgaben der Antragsgegnerin im Preisblatt zur Bepreisung von Wartung, Pflege und Support der im Rahmen der Pilotphase bereitzustellenden 150 Standardlizenzen sind ebenfalls widersprüchlich. Inzwischen hat die Antragsgegnerin selbst eingeräumt, dass die Mengenangabe in Position 5.1 des Preisblatts um die bereits in der Pilotphase bereitzustellenden 150 Lizenzen ergänzt werden müsste. Wenn die entsprechenden Vorgaben jedoch in sich inkonsistent und fehlerhaft sind, können die Bieter diese nicht einheitlich verstehen und die Angebote sind nicht untereinander vergleichbar. Dies gilt auch dann, wenn – wie hier – die Mengenangaben im Preisblatt fiktiv sind und laut den Vergabeunterlagen keine entsprechende Abrufverpflichtung besteht. Denn die im Preisblatt vorgenommenen Mengenangaben sollen gerade der Vergleichbarkeit der Angebote dienen und wirken sich damit auf die errechneten Wertungspreise aus. Eine ordnungsgemäße Angebotswertung ist mithin nur dann möglich, wenn die Mengenangaben in sich widerspruchsfrei sind. Die Antragsgegnerin muss diese Angaben insoweit korrigieren.
- e) Hinsichtlich der Bedarfsverteilung unter den verschiedenen Bedarfsträgern liegt weder ein Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB oder gegen § 21 Abs. 1 S. 2 VgV vor noch ein entsprechender Dokumentationsfehler. Ebenso wenig ist die Antragsgegnerin verpflichtet, den Bietern die ihr zur Verfügung stehenden Daten bekannt zu geben. Da kein Anspruch der Antragstellerin darauf besteht, die Unterlagen über die Bedarfsermittlung der Antragsgegnerin zu erhalten, ist ihr auch keine Akteneinsicht in die von der Antragsgegnerin auf Nachfrage der Vergabekammer nachgereichten Unterlagen zu gewähren.

Wie sich aus den von der Antragsgegnerin nachgereichten Unterlagen aus einem dem streitgegenständlichen unmittelbar vorangegangenen, aufgehobenen Vergabeverfahren über den gleichen Beschaffungsgegenstand ergibt, hat sie den ausgeschriebenen Bedarf an einer [...]software anhand entsprechender Abfragen bei den abrufberechtigten

Behörden ermittelt. Diese Abfragen betrafen u.a. die während der ausgeschriebenen Vertragslaufzeit voraussichtliche Anzahl der Nutzer-Lizenzen der [...]software sowie die technische Ausstattung der jeweiligen Behörde. Anhand der betreffenden Daten kann der in der Bekanntmachung genannte Höchstwert von [...] nachvollzogen werden. Die Antragsgegnerin hat den voraussichtlichen Bedarf an den hier ausgeschriebenen Leistungen mithin sowohl ermittelt als auch hinreichend dokumentiert.

Anders als die Antragstellerin meint, muss die Antragsgegnerin den Bietern nicht mehr mitteilen als hier geschehen, nämlich den Höchstwert der abzurufenden Leistungen (s. Ziffer II.2.4 der EU-Bekanntmachung) und die ungefähre Anzahl der Nutzer der zu beschaffenden [...]software („ca. 3.600 Nutzende“, Ziffer 1.3 der Leistungsbeschreibung). Die vergaberechtlichen Anforderungen, den Bietern den Höchstwert an Leistungsabrufen mitzuteilen, sind damit erfüllt (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 2021, Rs. C-23/20). Die von der Antragstellerin begehrten Angaben zur Verteilung des Bedarfs auf die einzelnen abrufberechtigten Bedarfsträger braucht die Antragsgegnerin demgegenüber nicht zu machen. Sie trägt dazu vor, dass ihr solche Angaben nicht in verlässlicher Weise möglich seien, denn sie habe die Erfahrung gemacht, dass sich der Leistungsabruf der einzelnen Bedarfsträger regelmäßig „massiv“ verschiebe. Dies erscheint angesichts des Leistungsgegenstands (eine bestimmte [...]software, die die bisher in den Behörden genutzten Softwarelösungen ablösen soll) nachvollziehbar. Die Bedarfsträger verfügen derzeit regelmäßig bereits über (sehr unterschiedliche) Softwareprodukte und es handelt sich bei diesen um eine große Anzahl von Behörden (95 Stück) mit heterogenem Anforderungsprofil, über deren zukünftiges Abrufverhalten weder ihr in der Vergangenheit bereits gedeckter noch der von diesen auf die Abfrage der Antragsgegnerin hin für die Zukunft prognostizierte Bedarf hinreichend valide Auskunft geben kann. Gerade die Anzahl der zukünftig benötigten Nutzerlizenzen ist zudem u.a. wesentlich von der künftigen personellen und sächlichen Ausstattung der einzelnen Behörden abhängig, die von zahlreichen variablen und von diesen selbst regelmäßig nur begrenzt vorherseh- und beeinflussbaren Faktoren bestimmt wird (insbesondere von der Verfügbarkeit der entsprechenden Haushaltsmittel). Darüber hinaus besteht keine Abrufverpflichtung der einzelnen Bedarfsträger. Selbst wenn diese der Antragsgegnerin also vorab einen entsprechenden Bedarf mitgeteilt haben, können diese selbst entscheiden, ob sie die ursprünglich prognostizierten Leistungsabrufe so vornehmen oder nicht. Die Kalkulationssicherheit, die die Antragstellerin sich durch diese Daten erhofft, ist also nur scheinbar vorhanden.

Im Moment verfügen die Bieter zwar über keine weiteren Anhaltspunkte dafür, wie sich der voraussichtliche Gesamtbedarf auf die einzelnen Bedarfsträger verteilt. Die Kalkulation ist für diese daher insoweit mit gewissen Unwägbarkeiten behaftet und jeder Bieter ist auf eigene Annahmen und Risikoabschätzungen angewiesen, die jeweiligen Risikozuschläge können sehr unterschiedlich ausfallen. Würde die Antragsgegnerin den Bietern aber solche Daten, wie sie ihr hier vorliegen, herausgeben, würde dies nach dem oben Gesagten nur mit dem entsprechenden Zusatz erfolgen können, dass diese Daten nicht belastbar und für die Zukunft wenig aussagekräftig seien. Selbst wenn die Antragstellerin selbst meint, ihre Angebotskalkulation hinreichend zuverlässig auf solche Daten stützen zu können, wäre dies voraussichtlich nicht bei jedem Bieter der Fall. Die Herausgabe solcher Daten würde daher nicht zu einer größeren Kalkulationssicherheit aller Bieter führen, sondern im Gegenteil zu der Gefahr, dass die Angebote gerade weniger untereinander vergleichbar wären als jetzt – jeder Bieter könnte den Hinweis der Antragsgegnerin auf die Unsicherheit dieser Daten in seiner Angebotskalkulation unterschiedlich berücksichtigen. Zwar beruhen Angebote auf Rahmenvereinbarungen aufgrund der ungewissen Abrufmenge regelmäßig auf unterschiedlichen Kalkulationsannahmen der Bieter. Im vorliegenden Fall wäre diese Ungleichheit der Angebote aber nicht auf die mit einer Rahmenvereinbarung naturgemäß verbundenen Unwägbarkeiten zurückzuführen, sondern wäre der Antragsgegnerin zuzurechnen, da sie durch die Weitergabe nicht valider Daten zu diesen Unwägbarkeiten wesentlich beigetragen hat. Anders als die Antragstellerin vorträgt, hat auch das OLG Düsseldorf am 10. April 2013, VII-Verg 50/12, nicht entschieden, dass der Auftraggeber ohne Weiteres jedenfalls diejenigen Daten herausgeben muss, über die er verfügt oder die er zumutbar beschaffen kann. Bei dieser Formulierung handelte es sich lediglich um ein obiter dictum des OLG, denn im zu entscheidenden Fall hatte der Auftraggeber bestimmte Mengenangaben tatsächlich gemacht. Im Gegenteil bestätigt das OLG Düsseldorf in diesem Beschluss eher sogar die hier vertretene Auffassung, dass bestimmte Daten aus der Bedarfsermittlung nicht herausgegeben werden müssen. Denn das OLG Düsseldorf stellte fest, dass die Angaben eines Auftraggebers zu bestimmten Mengen der ausgeschriebenen Leistungen „für ihn selbst und für die Kalkulation der Bieter bindend“ sind; der Auftraggeber habe zudem „die Richtigkeit der Angaben zu verantworten“ (s. Rz. 18 in der amtlichen Veröffentlichung auf www.justiz.nrw). Eine solche „Richtigkeitsverantwortung“ könnte die Antragsgegnerin im vorliegenden Fall aus den o.g. Gründen gerade nicht übernehmen und kann von ihr daher auch nicht verlangt werden (im Ergebnis wie hier: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 96/11).

Die Vorgehensweise der Antragsgegnerin ist auch nicht allein deshalb zu beanstanden, weil ein Kalkulationsrisiko für die Bieter besteht, da diese die Bedarfsverteilung unter den abrufberechtigten Bedarfsträgern nur schwer abschätzen können. Rechtswidrig wäre dies nur, wenn der Antragstellerin hierdurch eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation unzumutbar wäre (std. Rspr. seit OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Dies ist hier nicht der Fall. Denn zunächst treffen die von der Antragstellerin geschilderten Risiken jeden Bieter gleichermaßen und sind von allen einzukalkulieren. Unabhängig davon, ob sich die Einzelabrufe zeitgleich verdichten oder nicht, braucht ein Auftragnehmer zumindest nicht zu befürchten, dass sein Aufwand nicht hinreichend vergütet wird. Denn gerade die Leistungen, die behördenspezifische Anpassungsleistungen der [...]software erfordern, einschließlich Datenmigration, Schulungen, Wartung, Pflege und Support werden nach Tagessätzen vergütet (s. Positionen 3, 5 bis 8 des Preisblatts). Wenn diese Leistungen also nicht von einzelnen wenigen, sondern zeitgleich von mehreren Bedarfsträgern mit unterschiedlichen individuellen Anforderungen abgerufen werden, erhält der Auftragnehmer seinen voraussichtlich höheren Aufwand entsprechend vergütet. Zudem hat die Antragsgegnerin im eigenen Interesse bereits in Ziffer 6.2 der Vergabeunterlagen signalisiert, die Abrufe möglichst so zu koordinieren und abzustimmen, dass eine möglichst effiziente Abarbeitung durch den Auftragnehmer möglich ist. Nicht zuletzt spricht gegen eine für die Antragstellerin unzumutbare kaufmännisch vernünftige Kalkulation, dass diese in der Lage war, zumindest ein Erstangebot abzugeben (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 28. Mai 2020, VK 1-34/20).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, 5, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Bei der Kostenverteilung hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass die Antragstellerin mit ihrem bis zuletzt verfolgten Begehren zwar überwiegend durchgedrungen ist, hinsichtlich einiger ihrer Beanstandungen aber keine Vergaberechtsverstöße festgestellt werden konnten (hinsichtlich der Durchführung der Teststellung an sich und der Überlassung weiterer nach Auffassung der Antragstellerin kalkulationsrelevanter Daten über die Verteilung des Beschaffungsbedarfs auf die einzelnen Bedarfsträger). Darüber hinaus hat die Antragstellerin

einige Rügen nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens weiterverfolgt bzw. für erledigt erklärt. Anders als in der von der Antragstellerin zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11. April 2022, VII-Verg 5/22, hat sie damit ihr primäres verfolgtes Verfahrensziel in wirtschaftlicher Hinsicht nicht vollumfänglich erreicht. Denn der Antragstellerin ging es mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht nur darum, dass die Vergabeunterlagen „irgendwie“ überarbeitet werden, sondern sie hat mehrere einzelne Umstände aufgezeigt, die ihrer Auffassung nach vergaberechtswidrig waren und im Obsiegsfall zu entsprechend unterschiedlichen Korrekturen der Vergabeunterlagen geführt hätten (demgegenüber hat die Antragstellerin im o.g. Verfahren des OLG Düsseldorf ihr einziges Verfahrensziel, die Zuschlagserteilung an die Beigeladene zu verbieten, bereits mit einer ihrer beiden Rügen realisieren können). Diesem Umstand ist kostenmäßig dergestalt Rechnung zu tragen, dass die Antragstellerin an der Kostenlast zu beteiligen ist, soweit kein Rechtsverstoß vorliegt. Soweit die Antragstellerin einige der gerügten Umstände im Nachprüfungsverfahren für erledigt erklärt hat oder aus anderen Gründen nicht weiterverfolgt, entspricht es darüber hinaus gemäß § 182 Abs. 3 S. 5 GWB billigem Ermessen, der Antragstellerin insoweit unabhängig von den Erfolgsaussichten die Kosten aufzuerlegen, weil sie das Nachprüfungsverfahren mit ihrem Antrag in Gang gesetzt hat (vgl. auch § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG). Da das mit ihrem Nachprüfungsantrag verfolgte Interesse der Antragstellerin im Wesentlichen darin bestand, ihren Ausschluss rückgängig zu machen und dass die Anforderungen an die vorgesehene Teststellung überarbeitet werden, ist es angemessen, sie zu 20% an den Kosten zu beteiligen.

Die Entscheidung, wer die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung oder Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen anderer Beteiligter zu tragen hat, beruht auf den gleichen Erwägungen.

Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig. Denn in diesem Nachprüfungsverfahren stellten sich vor allem zahlreiche Rechtsfragen zu den Tatbestandsvoraussetzungen des § 124 GWB, bei denen nicht nur vergaberechtliche, sondern auch wettbewerbliche und kartellrechtliche Argumente zu berücksichtigen waren, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung auf Seiten der Antragstellerin notwendig gemacht haben (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.