

Entscheidung im Volltext**Vergabe****Kein Anspruch auf Ausschluss von Bieter aus Drittstaaten!****Siehe auch: [Zugehörige Dokumente](#)****KG****Beschluss**

vom 04.06.2025

Verg 6/24

GWB § 97 Abs. 6, § 121; VgV § 31 Abs. 1, 6 Satz 1

1. Die an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen haben grundsätzlich keinen Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf in einer Weise bestimmt, dass die am Markt tätigen Unternehmen in gleicher Weise ihre Produkte und Dienstleistungen absetzen könnten.

2. Der öffentliche Auftraggeber unterliegt bei der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs nicht der Bindung an einen Beurteilungsspielraum, auf dessen Einhaltung Unternehmen Anspruch hätten, die sich am Vergabeverfahren beteiligen wollen und dessen Einhaltung von den Nachprüfungsinstanzen zu überprüfen wäre.

3. Der öffentliche Auftraggeber muss seine Erwägungen zur Bestimmung des Beschaffungsbedarfs nicht in der Vergabeakte dokumentieren.

4. Bei der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien zueinander, aber auch der für die Wertung maßgeblichen Umstände bei den einzelnen Zuschlagskriterien kommt dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Beurteilungsspielraum zu, der erst dann überschritten ist, wenn die Gewichtung nicht mehr geeignet ist, das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu bestimmen.

5. Es existiert kein Anspruch auf Ausschluss von Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten. Der EuGH (IBR 2025, 299 = VPR 2025, 41) hat nicht entschieden, dass solche Unternehmen nicht an Vergabeverfahren beteiligt werden könnten, sondern nur, dass sie in diesen Verfahren keine Rechte nach den unionsrechtlichen Vergaberichtlinien haben, also gegebenenfalls schlechter gestellt werden dürfen und jedenfalls nicht besser stehen dürfen als Unternehmen mit Sitz in EU-Staaten.

KG, Beschluss vom 04.06.2025 - Verg 6/24

vorhergehend:

VK Berlin, 29.11.2024 - **VK-B1-13/24**VK Berlin, Beschluss vom 29.11.2024 - **VK B 1-13/24****Beschluss**

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Berlin, 1. Beschlussabteilung - **VK-B1-13/24** - vom 29. November 2024 wird zurückgewiesen.

2. Die Anträge der Antragstellerin auf weitere Einsicht in die Vergabeakten sowie auf Einsicht in die Akten der Vergabekammer werden zurückgewiesen.

3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens wie auch des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde zu tragen.
4. Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wie auch des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde wird jeweils auf bis zu ### Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens sind vergaberechtliche Rügen der Antragstellerin in einem mit europaweiter Bekanntmachung XXX in Form eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb eingeleiteten Vergabeverfahrens über einen Auftrag zur Beschaffung von Teilen eines Krankenhausinformationssystems (im Folgenden kurz: KIS).

Das gegenwärtig von der Antragstellerin genutzte KIS ist in seinen wesentlichen Teilen rund zwanzig Jahre alt. Anlass, eine Neuanschaffung zu erwägen, war unter anderem auch die Kündigung der Unterstützung für Software aus dem Abrechnungsmodul des KIS zum Jahr 2027. Nach einer Markterkundung warb die Antragsgegnerin beim Abgeordnetenhaus Berlin für eine vollständige und umfassende Neuanschaffung eines KIS. Das dann eingeleitete verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren bezieht sich indes nur auf Teile eines neuen KIS. Ausgenommen von der Beschaffung ist insbesondere das Abrechnungsmodul.

Die Antragstellerin wirft der Antragsgegnerin mit ihrem vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag nach Nichtabhilfe entsprechender vorhergehender Rügen im Wesentlichen vor, das Vergabeverfahren auf einen US-amerikanischen Softwareanbieter zugeschnitten zu haben. Zum Beleg dieser These bezieht sie sich auf zahlreiche Umstände, die nach ihrer Auffassung diesen Schluss nahelegen. Dieses nach ihrer Auffassung den Beschaffungsgegenstand einschränkende Vorgehen hält sie nicht nur für unzweckmäßig und sachwidrig, sondern auch für vergaberechtlich angreifbar. Insofern geht es ihr um eine grundlegende Neuausrichtung des Beschaffungsvorhabens der Antragsgegnerin.

Dennoch hat sie sich an dem Vergabeverfahren mit einem von der Antragsgegnerin angenommenen Teilnahmeantrag sowie den geforderten indikativen Angeboten beteiligt und nimmt auch weiter daran teil. Insofern beziehen sich ihre Rügen auch auf die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens, bei der sie sich insbesondere gegenüber einem nach ihrer Auffassung von der Antragsgegnerin präferierten US-amerikanischen Softwareanbieter benachteiligt sieht.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 29. November 2024 zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 13. Dezember 2024, mit der sie ihre vergaberechtlichen Rügen weiterverfolgt.

Die Antragstellerin hat mit ihrer sofortigen Beschwerde beantragt, deren aufschiebende Wirkung bis zu einer Entscheidung des Senats über diesen Rechtsbehelf zu verlängern. Auf Anfrage des Senats hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, keine Erklärung abgeben zu wollen, dass sie auf einen Zuschlag bis zu einer Entscheidung des Senats über die sofortige Beschwerde verzichte, weil ein Zuschlag in der gegenwärtigen Lage des Vergabeverfahrens weder in Betracht komme noch beabsichtigt sei; der Antrag der Antragstellerin auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung sei deswegen mangels Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig.

Mit Beschluss vom 20. Dezember 2024 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zu einer Entscheidung über diesen Rechtsbehelf einstweilen bis zu einer Entscheidung über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung verlängert.

Die Antragstellerin stellt die Anträge aus ihrer Beschwerdeschrift und beantragt insoweit,

1. die Entscheidung der Vergabekammer Berlin vom 29.11.2024, Az.: **VK-B1-13/24**, aufzuheben,
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzuversetzen, die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichtes transparent, produktneutral und auf den tatsächlichen Beschaffungsbedarf zugeschnitten zu überarbeiten sowie transparente und nicht-wettbewerbsverzerrende Zuschlagskriterien und deren Gewichtung festzulegen und mit Auftragsbekanntmachung bereit zu stellen,
3. sowie insbesondere die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sowie die Unterkriterien unter Beachtung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts in vergaberechtskonformer Art und Weise anzugeben,
4. sowie insbesondere die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das "*Wesen der Beschaffung*" zu charakterisieren bzw. das "*Grundgerüst*" des zu vergebenden Auftrages festzulegen und den Auftrag ohne Verhandlungen über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien und unter Wahrung der Identität des Beschaffungsvorhabens zu vergeben,
5. sowie insbesondere die Antragsgegnerin zu verpflichten, mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe transparente Maßstäbe zur Bewertung der Konzepte mitzuteilen,
6. sowie insbesondere die Antragsgegnerin zu verpflichten, die der Antragstellerin gegebenen Informationen über Auslegung und Inhalt der Vergabeunterlagen auch den weiteren Bietern zur Verfügung zu stellen und bekannt zu machen,
7. sowie insbesondere der Antragsgegnerin aufzugeben, unter Heranziehung zutreffender Sachverhaltsannahmen und unter ordnungsgemäßer Ausübung des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes ihre Leistungsbestimmung erneut vorzunehmen und das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt der nach § 8 Abs. 1 VgV unzureichenden Dokumentation zu wiederholen, also ab dem Zeitpunkt der Bestimmung der Leistung,
8. hilfsweise, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden,
9. die Hinzuziehung der Prozessbevollmächtigten durch die Antragstellerin im Verfahren vor der Vergabekammer sowie im Beschwerdeverfahren für notwendig zu erklären,
10. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen,
11. der Antragstellerin Akteneinsicht in die Vergabedokumentation und insbesondere in die Dokumentation der Gründe für die Entscheidung über die am 06.09.2024 gegebenen Erläuterungen zur Aufforderung zur Angebotsabgabe zu gewähren, wie mit Schriftsätze vom 09.10.2024, V., S. 20

und 28.10.2024, S. 6, beantragt,

12. der Antragstellerin Akteneinsicht in die gesamte "Zusammenfassung Markterkundung AL 33/23" und insbesondere die Folien 28, 29, 30, 31, 32 und 36 ohne die von der Vergabekammer vorgenommenen Schwärzungen zu gewähren, wie mit Schriftsatz vom 25.10.2024 beantragt,

13. hierzu hilfsweise der Antragstellerin Akteneinsicht in die Folie 28, die Folie 32 und die Folie 36 aus der "Zusammenfassung Markterkundung AL 33/23" so zu gewähren, dass nur die dort wiedergegebenen Tatsachen und Informationen geschwärzt sind, die aus Gründen des Geheimschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen tatsächlich geheimhaltungsbedürftig sind, wie mit Schriftsätze vom 17.10.2024 und 25.10.2024 beantragt,

14. der Antragstellerin im Wege der Akteneinsicht zusätzlich auch den vollständigen Vergabevermerk ohne die Schwärzungen unter Ziffer 12 (Teilnahmeanträge) sowie die Aktenbestandteile 06-Teilnahmeanträge und 07-Aufklärungen so zu überlassen, dass dort nur offensichtlich geheimhaltungsbedürftige Tatsachen geschwärzt sind, wie mit Schriftsatz vom 25.10.2024 beantragt,

15. der Antragstellerin weitergehende Akteneinsicht in die seit der Gewährung von Akteneinsicht durch die Vergabekammer mit Beschluss vom 11.10.2024 weiter geführten Vergabeakten zu gewähren,

16. der Antragstellerin Akteneinsicht, erforderlichenfalls in elektronischer Form, in die der Vergabekammer vorliegenden und in ihrem Beschluss vom 29.11.2024, S. 34 in Bezug genommene Vergabedokumentation auf der elektronischen Vergabeplattform nebst Logdateien und Protokolldateien, zu gewähren,

17. der Antragstellerin auch Akteneinsicht, erforderlichenfalls in elektronischer Form, in die nach Gewährung von Akteneinsicht durch die Vergabekammer mit Beschluss vom 11.10.2024 weiter geführte Vergabedokumentation auf der elektronischen Vergabeplattform nebst Logdateien und Protokolldateien zu gewähren,

18. und zuletzt der Antragstellerin Akteneinsicht in die Verfahrensakten der Vergabekammer mit dem Aktenzeichen **VK-B1-13/24** (zumindest in geschwärzter Form) zu gewähren.

Ferner stellt die Antragstellerin die Anträge aus ihrem Schriftsatz vom 7. Mai 2025 und beantragt insoweit,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den US-amerikanischen Anbieter aus dem Verfahren auszuschließen und den Zuschlag nicht auf ein eventuelles Angebot dieses Bieters zu erteilen,

2. der Antragstellerin ergänzende Akteneinsicht in die fortgeschriebenen Teile der Vergabeakte zu gewähren, insbesondere in die Erwägungen, welche die Antragsgegnerin zur nunmehr vorgenommenen Umklassifizierung von Muss- in Kann-Kriterien dokumentiert hat.

Schließlich stellt die Antragstellerin den Antrag aus ihrem Schriftsatz vom 2. Juni 2025 und beantragt insoweit,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, das Vergabeverfahren wegen eines Verstoßes gegen ihre Geheimhaltungsverpflichtung aufzuheben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde wegen sämtlicher von der Antragstellerin im Beschwerdeverfahren gestellter Anträge zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Wegen aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss der Vergabekammer Bezug genommen.

II.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 29. Oktober 2024 ist gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthaft und auch sonst zulässig, insbesondere form- und fristgerecht nach Maßgabe von § 172 GWB binnen zwei Wochen nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses mit einem beim Beschwerdegericht am 13. November 2024 eingegangenen anwaltlichen Schriftsatz vom selben Tag eingelegt.

In der Sache hat die sofortige Beschwerde aber keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht zurückgewiesen, weil er wegen sämtlicher von ihr im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer erhobenen Rügen jedenfalls unbegründet ist; Letzteres gilt auch wegen der erst im Beschwerdeverfahren erhobenen weiteren Rügen.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zunächst wegen ihrer Rüge, die Antragsgegnerin habe ihren Beschaffungsbedarf nicht produktneutral festgelegt, indem sie die geforderten Leistungen auf einen US-amerikanischen Softwarehersteller zugeschnitten habe, unbegründet. Die Antragsgegnerin hat entgegen der Ansicht der Antragstellerin mit dem Zuschnitt der Ausschreibung in ihrer Leistungsbeschreibung (Abgrenzung des Leistungsumfangs, Ziffer 2.4., S. 24 bis 27) weder gegen das Gebot der Produktneutralität noch gegen den Grundsatz der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit der Leistungsbeschreibung nach §§ 31 Abs. 1, 31 Abs. 6 VgV, § 121 GWB und § 97 Abs. 1, 2 GWB verstoßen. Es kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer unter Ziffer II. 3. der Gründe des angefochtenen Beschlusses verwiesen werden. Diese Ausführungen zusammenfassend und ergänzend gilt Folgendes:

a) Die Antragsgegnerin hat mit dem Zuschnitt der von ihr ausgeschriebenen Leistungen nicht gegen das Verbot produktsspezifischer Leistungsbeschreibung aus § 31 Abs. 6 S. 1 VgV verstoßen.

Nach § 31 Abs. 6 S. 1 VgV darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, es sei denn, dieser Verweis ist durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Solche Verweise sind ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; diese Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen (§ 31 Abs. 6 S. 2 VgV).

Diese Voraussetzungen liegen hier ersichtlich nicht vor. Insbesondere verweist die Antragsgegnerin mit der Leistungsbeschreibung auch nicht auf ein besonderes Verfahren, das die Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnen würde, indem sie bei dem gewünschten KIS kein Abrechnungsmodul und klinische Module für die Bereiche Zahnmedizin, Pathologie und Augenheilkunde beschaffen möchte. Dass das Konkurrenzunternehmen kein Abrechnungsmodul

anbietet, wohl aber die genannten klinischen Abrechnungsmodule, stellt kein "besonderes Verfahren" bei einem KIS dar, sondern besagt nur, dass es wie auch die Antragstellerin und andere Anbieter bestimmte Module, seien sie selbst entwickelt oder nicht, anbieten, andere Module hingegen nicht.

b) Die Antragstellerin hat durch den von der Antragstellerin angenommenen und gerügten Zuschnitt des Auftrags auf einen US-amerikanischen Softwarehersteller auch nicht gegen die Vorgaben aus § 121 GWB und die Konkretisierungen in § 31 Abs. 1 VgV verstoßen.

§ 121 GWB enthält keine besonderen Vorgaben zum wettbewerbsneutralen Zuschnitt einer Leistungsbeschreibung. Nach § 31 Abs. 1 VgV fasst der öffentliche Auftraggeber die Leistungsbeschreibung in einer Weise, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt und die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert.

Diesen Vorgaben wird die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin gerecht. Der Umstand, dass die Antragsgegnerin kein Abrechnungsmodul für das von ihr gewünschte KIS beschaffen möchte, wohl aber bestimmte klinische Module, haben keinen Einfluss auf den Zugang zum Vergabeverfahren. Ebensowenig hat der von der Antragsgegnerin vorgenommene Zuschnitt ihres Beschaffungsbedarfs Auswirkungen auf den Zugang zu dem nationalen Beschaffungsmarkt; schon gar nicht behindert er die Öffnung zu diesem Markt in ungerechtfertigter Weise. Die Antragstellerin konnte sich unter den gleichen Bedingungen am Verfahren beteiligen wie jedes andere an einer Auftragsvergabe interessierte Unternehmen auch.

c) Schließlich hat die Antragsgegnerin mit dem von ihr vorgenommenen Zuschnitt der Leistungsbeschreibung auch nicht gegen den Grundsatz der Transparenz (§ 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB) und Diskriminierungsfreiheit (§ 97 Abs. 2 GWB) verstoßen, wie die Antragstellerin meint. Schon im Ansatz ist nicht erkennbar, inwieweit der von der Antragstellerin beanstandete Zuschnitt des Beschaffungsbedarfs durch die Antragsgegnerin mit der Vorgabe des § 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB, dass öffentliche Aufträge im Wege transparenter Verfahren vergeben werden, nicht vereinbar sein könnte. Es fehlt aber auch an einer Ungleichbehandlung der Antragstellerin und einer darin liegenden Diskriminierung.

aa) § 97 Abs. 2 GWB ordnet an, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist gesetzlich ausdrücklich geboten oder gestattet. Diese Vorgabe, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, bezieht sich auf ihre Rechtsstellung in diesem Vergabeverfahren. Sie bedeutet nicht, dass die an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen Anspruch darauf hätten, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf in einer Weise bestimmen müsste, dass die am Markt tätigen Unternehmen in gleicher Weise ihre Produkte und Dienstleistungen absetzen könnten. Vielmehr ist der öffentliche Auftraggeber bei der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs in der Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht verpflichtet, die Zuschlagschancen der am Markt tätigen Unternehmen zu berücksichtigen und haben diese Unternehmen keinen Anspruch darauf, dass er dies tut.

Ausnahmen bestehen insoweit nur in den hier nicht vorliegenden Fällen des § 31 Abs. 6 VgV (Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung). Soweit der Zuschnitt der Beschaffung ansonsten im Einzelfall dazu führen sollte, dass die Teilnehmer im Vergabeverfahren ungleich behandelt werden, ist Folge hiervon nicht etwa, dass die Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers eingeschränkt würde und er sich für die Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs rechtfertigen müsste. Vielmehr kann er hier ausnahmsweise gehalten sein, zur Vermeidung einer Ungleichbehandlung und Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbs eine vorgefundene, nicht im Leistungswettbewerb begründete Ungleichheit am Markt in geeigneter Weise

auszugleichen (vgl. Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -: Kostenvorteile eines Bestandsunternehmens).

Abgesehen von solchen hier nicht gegebenen Ausnahmefällen bleibt es aber dabei, dass der öffentliche Auftraggeber frei in der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs ist und insoweit keinen kartellvergaberechtlichen Einschränkungen unterworfen ist. Insbesondere unterliegt er, anders als die Antragstellerin meint, bei der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs gerade nicht der Bindung an einen Beurteilungsspielraum, auf dessen Einhaltung Unternehmen Anspruch hätten, die sich am Vergabeverfahren beteiligen wollen und dessen Einhaltung von den Nachprüfungsinstanzen zu überprüfen wäre (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 25. November 2020 - **17 Verg 1/20** -; OLG Hamburg, Beschluss vom 6. April 2023 -**1 Verg 1/23** -). Soweit zur Rechtslage vor Inkrafttreten des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016 teilweise von einer allgemeinen Rechtfertigungsbedürftigkeit des öffentlichen Auftraggebers für seinen Beschaffungsbedarf ausgegangen worden ist (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012 - **VII-Verg 10/12** -), sind diese Entscheidungen durch die genannte grundlegende Novellierung des Kartellvergaberechts überholt und finden jedenfalls im geltenden Recht keine Stütze mehr.

bb) Nach diesen Grundsätzen sind die von der Antragstellerin hier vorgebrachten Umstände, wonach die Antragsgegnerin ihre Ausschreibung auf ein Konkurrenzunternehmen zugeschnitten habe, durchgehend ungeeignet, eine kartellvergaberechtliche Ungleichbehandlung zu begründen. Es stand der Antragsgegnerin vielmehr frei, ein KIS ohne Abrechnungsmodul, aber mit Modulen für die klinischen Bereiche Zahnmedizin, Pathologie und Augenheilkunde auszuschreiben. Daran ändert weder die von der Antragstellerin beschriebene Marktlage, wonach es ihrem Wettbewerber leichter fällt, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen, etwas, noch dass die Antragsgegnerin von früheren Plänen für die Bestimmung ihres Beschaffungsbedarfs abgewichen ist und möglicherweise ihren Beschaffungsbedarf in unzweckmäßiger Weise aufgrund fehlerhafter Annahmen bestimmt hat. Insofern ist es richtig, dass die Antragsgegnerin in einer Anhörung vor dem Ausschuss für Wissenschaft und Forschung des Abgeordnetenhauses Berlin vom 13. November 2023 zu TOP 3 (S. 2 bis 24 des Protokolls) den Plan einer umfassenden Erneuerung ihres KIS verfolgt hat, auch um die als ungünstig empfundene Verteilung der Leistungen auf verschiedene Unternehmen zu vermeiden. Auch wäre eine etwaige Annahme der Antragsgegnerin, dass allein die Antragstellerin ein umfassendes KIS mit einem Modul auch für die Abrechnungen zur Verfügung stellen könne, nach den eingehenden, von der Antragsgegnerin nicht in Frage gestellten Ausführungen der Antragstellerin falsch; danach sollen allein in Deutschland vier weitere Unternehmen KIS mit Modulen für die Abrechnung anbieten. Auf einen danach möglicherweise unzweckmäßigen Zuschnitt der Ausschreibung können und sollten Unternehmen, die grundsätzlich an der Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen interessiert sind, schon im eigenen Interesse den öffentlichen Auftraggeber in aller Deutlichkeit hinweisen, insbesondere wenn der öffentliche Auftraggeber sich beim Zuschnitt der Leistung erkennbar von Fehlannahmen hat leiten lassen. Indes besteht eben kein vergaberechtlicher Anspruch darauf, dass der öffentliche Auftraggeber diesen Einwendungen auch folgt (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Oktober 2022 - **Verg 7/22** -).

Weil der öffentliche Auftraggeber bei der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs mit den vorgenannten Einschränkungen weitgehend frei ist, muss er sich hierzu auch in den Vergabeakten nicht näher verhalten und kann kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot daraus abgeleitet werden, dass er seine Erwägungen zur Bestimmung des Beschaffungsbedarfs nicht dokumentiert habe. Eine solche Dokumentation zum Beschaffungsbedarf wäre gewiss wünschenswert. Sie ist aber, wenn nicht eine der vorgenannten, hier nicht vorliegenden Einschränkungen in Betracht kommt oder eine Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen in verschiedenen Aufträgen (Vergabe nach sog. Fach- oder Teillosen, § **97** Abs. 4 GWB) in Betracht kommt, nicht geboten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch wegen der Rüge, dass die Antragsgegnerin falsche Schlüsse aus der vor Einleitung des Vergabeverfahrens durchgeföhrten Markterkundung gezogen und deswegen ihren Beschaffungsbedarf fehlerhaft festgelegt habe, aus den bereits zuvor (oben II. 1.) erörterten, den Zuschnitt des Beschaffungsbedarfs betreffenden Rüge unbegründet. Es gibt keinen vergaberechtlichen Anspruch im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB der an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter, dass und wie der öffentliche Auftraggeber Erkenntnisse aus einer vor dem Vergabeverfahren durchgeföhrten Markterkundung bei der Festlegung seines Beschaffungsbedarfs berücksichtigt. Berücksichtigt er sie nicht oder falsch, spielt das nur dann eine Rolle, wenn es zu einer vergaberechtlich unzulässigen Leistungsbeschreibung führt. Dann kann eine solche Leistungsbeschreibung, wenn sie denn tatsächlich vergaberechtswidrig ist, wie hier aus den Gründen dieses Beschlusses nicht, eben deswegen mit Erfolg angegriffen werden, nicht aber mit dem Argument, der öffentliche Auftraggeber weiche von den Ergebnissen einer Markterkundung ab.

3. Soweit die Antragstellerin rügt, dass der Beschaffungsgegenstand, so wie er sich nach der Übersendung des Leistungsverzeichnisses mit der Aufforderung zur Abgabe eines ersten indikativen Angebotes dargestellt habe, unter Verstoß gegen die Vorgaben aus § 37 Abs. 1 und 2 VgV von dem Beschaffungsgegenstand abweiche, den die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens benannt habe, ist der Nachprüfungsantrag auch insoweit unbegründet. Nach § 37 Abs. 1 S. 1 VgV teilt der öffentliche Auftraggeber seine Absicht, einen öffentlichen Auftrag zu vergeben oder eine Rahmenvereinbarung abzuschließen, in einer Auftragsbekanntmachung mit und bedient sich hierzu des vorgesehenen Musters (§ 37 Abs. 2 VgV).

a) Den danach bestehenden Mitteilungspflichten ist die Antragstellerin hier nachgekommen.

Der Vorwurf der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe in ihrem erst mit der Aufforderung zur Abgabe eines ersten indikativen Angebotes übersandten Leistungsverzeichnis auf die Beschaffung eines Moduls für die Abrechnung verzichtet, ist unzutreffend. Er beruht auf einer fehlerhaften Auslegung der Bekanntmachung und der mit der Bekanntmachung interessierten Unternehmen zugänglich gemachten Leistungsbeschreibung. Zwar trifft es zu, dass die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung (Ziffer 2.1. und 5.1.) ebenso wie in dem einleitenden Abschnitt der Leistungsbeschreibung (Ziffer 1, S. 9) ihr Ziel dahin beschreibt, ihr KIS zur Dokumentation und Steuerung der klinischen und klinisch-administrativen Abläufe zu erneuern und dass das KIS hierbei im Wege einer umfassenden digitalen Unterstützung strukturiert Daten entlang aller patientenrelevanten klinischen und administrativen Prozesse erheben sowie für die Steuerung dieser Prozesse verwerten soll. Für nähere Informationen wird indes in der Bekanntmachung auf die Vergabeplattform der Antragsgegnerin verwiesen, und in der Auftragsbekanntmachung ist der Abschnitt 2.4. ausdrücklich der Abgrenzung des Leistungsumfangs vorbehalten. In diesem Abschnitt 2.4. ist klar ersichtlich, dass die Antragsgegnerin mit der Ausschreibung noch kein Abrechnungssystem beschaffen möchte, wohl aber unter anderem die klinischen Module für Zahnmedizin, Pathologie und Augenheilkunde. Dennoch strebt die Antragsgegnerin ersichtlich eine umfassende Erneuerung ihres KIS an und geht ihr Beschaffungsbedarf über den Beschaffungsgegenstand des vorliegenden Vergabeverfahrens hinaus, so dass er voraussichtlich Gegenstand weiterer Vergabeverfahren sein wird. All dies ist bei einer am Empfängerhorizont der angesprochenen Unternehmen orientierten verständigen Lektüre der Auftragsbekanntmachung und der Leistungsbeschreibung nach Maßgabe der allgemeinen Auslegungsregeln aus §§ 133, 157 BGB unschwer erkennbar.

b) Abgesehen davon, dass die Antragsgegnerin die Vorgaben des § 37 Abs. 1 und 2 GWB über die Bekanntmachung des beabsichtigten Auftrages eingehalten hat, könnte die Antragstellerin aber auch aus einer etwaigen Verletzung dieser Vorschriften nichts für sich herleiten. Zwar sind diese Vorschriften bieterschützend im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB. Geschützt sind aber lediglich die Bieter, deren Schutz die Verpflichtung zur Bekanntmachung betrifft. Dies sind Unternehmen, die sich wegen

einer fehlerhaften oder unterlassenen Bekanntmachung des Auftrags nicht am Vergabeverfahren beteiligt haben. Sie können gegebenenfalls verlangen, dass der Auftrag neu ausgeschrieben und bekannt gemacht werde, um ihnen eine Teilnahme am Vergabeverfahren zu ermöglichen. Dagegen geht es nicht um den Schutz von Unternehmen, die sich wie hier die Antragstellerin an möglicherweise fehlerhaft bekannt gemachten Vergabeverfahren beteiligt haben. Der Schutzzweck der Bekanntmachungsvorschriften geht auch nicht dahin, wie die Antragstellerin offenbar meint, solchen Unternehmen mittelbar bessere Zuschlagschancen zu verschaffen, wobei nicht nachvollziehbar ist, wie dies möglich sein sollte. Denn durch die Teilnahme zusätzlicher Unternehmen würden sich die Zuschlagschancen der bereits teilnehmenden Unternehmen nicht verbessern, sondern verschlechtern.

4. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen §§ **41** Abs. 1, **37**, **29** Abs. 1 VgV rügt, weil die Antragsgegnerin das Leistungsverzeichnis und die Zuschlagskriterien nicht bereits in der Auftragsbekanntmachung, sondern erst in der Aufforderung zur Abgabe eines ersten indikativen Angebotes bekannt gegeben habe, ist ihr Nachprüfungsantrag bereits unzulässig (a), jedenfalls aber unbegründet (b).

a) Die Unzulässigkeit folgt daraus, dass die Antragstellerin mit dieser Rüge nach § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB präkludiert ist (aa); darüber hinaus ist die Antragstellerin nicht antragsbefugt, weil ihr aus der gerügten (vermeintlichen) Rechtsverletzung kein Schaden im Sinne des § **160** Abs. 2 S. 2 GWB droht (bb).

aa) Gemäß § **160** Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung genannten Frist zur Bewerbung oder zur Angebotsabgabe gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Vorliegend war offensichtlich, dass das Leistungsverzeichnis, auf das sich eines der Zuschlagskriterien bezieht, noch nicht vorlag und die Vergabeunterlagen demnach nur unvollständig von der Antragsgegnerin bekannt gemacht worden waren. Ebenso offensichtlich war, dass die Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen ohne vollständige Bekanntgabe der Vergabeunterlagen vergaberechtlich problematisch sein konnte. Die Rüge hätte deswegen vor Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge erhoben werden müssen. Die Antragsgegnerin hätte dann Gelegenheit gehabt, das Leistungsverzeichnis noch vor Ablauf der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge bekannt zu machen und so der Rüge abzuheften. Indes hat die Antragstellerin weder in ihrem Rügeschreiben vom 2. April 2024 noch in ihrem Nachprüfungsantrag vom 25. April 2024 die unterlassene Bekanntmachung des Leistungsverzeichnisses gerügt. Indem die Antragstellerin versäumt hat, die Rüge aufgrund des ihr erkennbaren vergaberechtlichen Verstoßes bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe von Teilnahmeanträgen zu erheben, ist sie hiermit präkludiert.

bb) Abgesehen davon ist nicht nachvollziehbar, worin ein die Antragsbefugnis der Antragstellerin begründender ihr auch nur drohender Schaden im Sinne des § **160** Abs. 2 S. 2 GWB aus der gerügten verspäteten Bekanntmachung des Leistungsverzeichnisses liegen sollte.

Dass die Antragstellerin ihren Teilnahmeantrag ohne Kenntnis des Leistungsverzeichnisses abgegeben hat, ist ohne nachteilige Folgen für sie geblieben, nachdem die Antragsgegnerin sie zum Verhandlungsverfahren zugelassen hat. Dass möglicherweise andere Unternehmen sich wegen des nicht bekannt gegebenen Leistungsverzeichnisses nicht dazu entschließen konnten, einen Teilnahmeantrag abzugeben, verletzt die Antragstellerin nicht in ihren eigenen Rechten im Sinne von § **97** Abs. 6 GWB und ist deswegen ebenfalls nicht geeignet, ihre Antragsbefugnis zu begründen (vgl. auch noch unter b)).

Welche Nachteile die Antragstellerin durch die Benennung von Unterauftragnehmern erlitten haben

soll oder ihr noch drohen sollen, wie sie meint, ist ebenfalls nicht nachvollziehbar. Sie lässt trotz ausführlicher Erörterung im Termin zur mündlichen Verhandlung jeden Sachvortrag dazu vermissen, welche anderen Unterauftragnehmer sie benannt hätte, wenn das Leistungsverzeichnis bereits vor Abschluss der Wettbewerbsphase des Verhandlungsverfahrens bekannt gewesen wäre und welche Auswirkung dies auf ihre Zuschlagschancen im weiteren Verfahren hätte haben sollen. Das wäre von ihr nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB darzulegen gewesen. Im Übrigen hat die Antragsgegnerin nach Beendigung des Teilnahmewettbewerbs klargestellt, dass bei der Abgabe der Angebote die Nachunternehmer unter Berücksichtigung des Leistungsverzeichnisses neu benannt werden konnten und keine Bindung an die Angaben aus dem Teilnahmewettbewerb bestanden. Eine solche Bindung an die benannten Unterauftragnehmer bestand unabhängig von dieser Erklärung der Antragsgegnerin auch deswegen nicht, weil diese Vorgaben nicht ordnungsgemäß in der Auftragsbekanntmachung benannt worden waren (vgl. unten II. 14.).

b) Der Nachprüfungsantrag ist wegen der Rüge der nur unvollständigen Offenbarung der Vergabeunterlagen bei Auftragsbekanntmachung jedenfalls auch unbegründet. Zwar ist der Antragstellerin zuzustimmen, dass hierin eine Verletzung der Vorgaben aus §§ 37 Abs. 1, 41 Abs. 1 VgV liegt, wonach sämtliche Vergabeunterlagen mit der Bekanntmachung sämtlichen am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmen zugänglich zu machen sind. Deswegen war es vergaberechtswidrig, dass die Antragsgegnerin das Leistungsverzeichnis erst mit der Aufforderung zur Abgabe eines ersten indikativen Angebots den zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Unternehmen zugänglich gemacht hat.

Indes bestand nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs und der Zulassung der Antragstellerin zum Verhandlungsverfahren für die Vergabekammer und auch für den Senat kein Grund, wegen dieses etwaigen Verstoßes noch nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB durch Maßnahmen in das Vergabeverfahren einzutreten, weil der Antragstellerin hierdurch kein Nachteil entstanden ist. Dass sich andere Unternehmen wegen der unvollständigen Bereitstellung der Vergabeunterlagen nicht am Vergabeverfahren beteiligt hätten, ist nicht ersichtlich und stellt keinen eigenen Nachteil der Antragstellerin dar, auf dessen Abwehr sich ihr kartellvergaberechtlicher Rechtsschutz nach § 97 Abs. 6 GWB beschränkt. Auch durch die Benennung der Nachunternehmer ist sie in keiner Weise belastet, weil sie diese unter Berücksichtigung des Leistungsverzeichnisses bei der Abgabe ihrer Angebote jeweils neu benennen darf, also nicht an ihre Angaben im Teilnahmewettbewerb gebunden ist (vgl. unten II. 14.).

5. Der Nachprüfungsantrag bleibt wegen der Rüge der Antragstellerin zu den im Leistungsverzeichnis aufgeführten sog. Kann- und Muss-Kriterien in allen ihren vergaberechtlichen Aspekten ohne Erfolg. Weder liegt in der von der Antragsgegnerin bei ihrer Aufforderung zur Abgabe eines zweiten optimierten indikativen Angebots vorgenommenen Änderung von Muss- in Kann-Kriterien und dem Verzicht auf Muss-Kriterien eine vergaberechtlich unzulässige Änderung von Zuschlagskriterien (a), noch liegt ein Verstoß gegen die Vorschriften zur Bekanntmachung von Zuschlagskriterien vor (b), noch hat die Antragsgegnerin mit dem Änderungsvorbehalt zu den Kann- und Muss-Kriterien gegen den Transparenzgrundsatz verstoßen (c).

a) Die Antragstellerin hat mit der Änderung von sog. Muss- in Kann-Kriterien in der Leistungsbeschreibung zur zweiten Angebotsrunde nicht gegen ein § 17 VgV zu entnehmendes Verbot der Änderung von Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren verstoßen.

Dieses Verbot könnte insbesondere § 17 Abs. 13 S. 3 VgV entnommen werden, der Vorgaben zur Unterrichtung der am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Unternehmen über Änderungen der Leistungsbeschreibung und sonstigen Vergabeunterlagen enthält, die nicht die Festlegung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien betreffen. Daraus könnte gefolgt werden, dass eine Änderung der Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien nicht in Betracht kommen soll. § 17 Abs.

10 S. 2 VgV lässt sich ein solches Änderungsverbot dagegen nicht entnehmen, weil aus der Vorgabe, nicht über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien verhandeln zu dürfen, nicht gefolgt werden kann, dass sie nicht im Laufe des Verhandlungsverfahrens geändert werden könnten.

Die von der Antragsgegnerin in ihrer Leistungsbeschreibung aufgeführten sog. Muss- und Kann-Kriterien sind indes Teil der Leistungsbeschreibung im Sinne des § 121 GWB und entgegen der Ansicht der Antragstellerin keine Zuschlagskriterien oder Unterkriterien zu Zuschlagskriterien. Sie enthalten nämlich keine Vorgaben, nach denen zu bestimmen wäre, welchem Bieter der Zuschlag zu erteilen sei, sondern sie bestimmen, welche Leistungen zwingend und fakultativ zu erbringen sind. Aus diesen Leistungsbestimmungen im Sinne des § 121 GWB werden auch nicht mittelbar dadurch Zuschlagskriterien, dass sie bei dem Zuschlagskriterium "*Erfüllung der Anforderungen des Leistungsverzeichnisses*" Gegenstand der Wertung sind. Das macht sie nicht selbst zum Zuschlagskriterium, sondern ändert durch die Änderung der geforderten Leistung nur den Bezugspunkt der Angebotswertung. Eine fortwährende Änderung der Leistungsbestimmung als Gegenstand der Wertung gerade anhand qualitativer Zuschlagskriterien ist gerade im Verhandlungsverfahren der verfahrensimmmanente, ohne Weiteres zulässige Normalfall.

b) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin die Vorschriften zur rechtzeitigen Mitteilung der Zuschlagskriterien mit der Auftragsbekanntmachung (§§ 52 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 VgV, § 58 Abs. 3 S. 1 VgV) schon deswegen nicht dadurch verletzt, dass sie das Leistungsverzeichnis mit den sog. Kann- und Muss-Kriterien erst mit der Aufforderung zur Abgabe erster indikativer Angebote an die Bieter übermittelt hat, weil es sich, wie ausgeführt (zuvor unter a)), nicht um Zuschlagskriterien handelt. Diese Rüge ist zudem unbegründet, weil der Antragstellerin aus der verspäteten Übermittlung des Leistungsverzeichnisses keine Nachteile erwachsen sind und deswegen für Eingriffe in das Vergabeverfahren nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB allein wegen des Verstoßes gegen die Bekanntmachungsvorschriften keine Grundlage besteht (vgl. oben II. 4. b)).

c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin verstößt die Antragsgegnerin auch mit ihrem Änderungsvorbehalt zu den sog. Kann- und Muss-Kriterien in ihrem Leistungsverzeichnis nicht gegen Vergaberecht. Insbesondere hat sie hier nicht den Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 GWB verletzt. Danach werden öffentliche Aufträge im Wege transparenter Verfahren vergeben. Der von der Antragstellerin beanstandete Änderungsvorbehalt ist aber in dem vorliegenden Verhandlungsverfahren, wie schon ausgeführt (unter a)), eine die Transparenz des Verfahrens nicht beeinträchtigende Selbstverständlichkeit, weil in einem Verhandlungsverfahren die genauen Leistungsinhalte noch nicht von vornherein feststehen und sich in den Verhandlungen mit den Unternehmen erst schrittweise konkretisieren. Hier kann es zu Änderungen aller Art kommen. Ursprünglich vorgesehene Leistungsinhalte können wegfallen, ursprünglich nicht eingeplante hinzukommen, sie können grundsätzlich in jeder Weise bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe finaler Angebote geändert werden. Der Transparenz ist dadurch Genüge getan, dass zulässige Änderungen der Leistungsbeschreibung und der sonstigen Vergabeunterlagen den Bietern gemäß § 17 Abs. 3 S. 3 VgV rechtzeitig mitzuteilen sind. Diesen Anforderungen hat die Antragsgegnerin hier entsprochen, indem sie bei der Aufforderung zur Abgabe eines zweiten, optimierten Indikativen Angebots auf die Änderungen bei den sog. Kann- und Muss-Kriterien hingewiesen und diese Änderungen in der Aufforderung bekannt gemacht hat.

6. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch wegen der Rüge, dass die Leistungsbeschreibung entgegen der Vorgaben des § 121 GWB und der Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsätze (§ 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 2, Abs. 2 GWB) nicht hinreichend genau gefasst sei, weil die Antragsgegnerin es versäumt habe, das "*Wesen der Beschaffung*" bzw. ein "*Grundgerüst*" der Beschaffung festzulegen, unbegründet.

a) Nach § 121 Abs. 1 GWB ist in der Leistungsbeschreibung, den Transparenz- und

Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 S. 1 Hs. 1, Abs. 2 GWB) konkretisierend, der Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, so dass die Beschreibung für alle Unternehmen im gleichen Sinne verständlich ist und die Angebote miteinander verglichen werden können. Im Verhandlungsverfahren darf der öffentlichen Auftraggeber Mindestanforderungen festlegen, über die eine Verhandlung nach § 17 Abs. 10 S. 1 VgV ausgeschlossen ist. Wie der Senat bereits entschieden hat, besteht keine Verpflichtung zur Aufstellung von Mindestanforderungen, können aber den Leistungsvorgaben des öffentlichen Auftraggebers Mindestanforderungen entnommen werden, auch wenn er sie nicht als solche bezeichnet hat (Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -). "Mindestanforderungen" im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV sind hierbei die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten (insbesondere physischen, funktionellen und rechtlichen) Bedingungen, die jedes Angebot erfüllen beziehungsweise aufweisen sollte, damit der öffentliche Auftraggeber den Auftrag im Einklang mit dem gewählten Zuschlagskriterium vergeben kann; mit ihnen kann der öffentliche Auftraggeber das den Verhandlungen entzogene "*Wesen seiner Beschaffung*" charakterisieren (Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -). Er muss es aber nicht und ist nach § 121 Abs. 1 GWB lediglich gehalten, das Grundgerüst der von ihm zu beschaffenden Leistung in der Leistungsbeschreibung und insofern auch das "*Wesen der Beschaffung*" festzulegen. Aus dem Gesagten folgt auch, dass mit dem Begriff der Mindestanforderungen nicht Eignungskriterien gemeint sind, für die auch im Verhandlungsverfahren die Vorgaben des § 122 GWB gelten, sondern auf die Leistungsbeschreibung bezogene Vorgaben.

b) Vorliegend erfüllt die Leistungsbeschreibung der Antragsgegnerin in Verbindung mit dem von ihr aufgestellten Leistungsverzeichnis die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 S. 1 GWB an eine genügend eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung. Es kann keine Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin durch die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis nicht auch das "*Wesen ihrer Beschaffung*" festgelegt hätte, auch wenn sie ausdrücklich keine Mindestanforderungen festgelegt hat, wozu sie, wie ausgeführt, ohnehin nicht verpflichtet war. Zwar hat sie ausdrücklich durch ihren Änderungsvorbehalt zu den sog. Kann- und Muss-Kriterien in ihrem Leistungsverzeichnis klargestellt, dass sie keines dieser Kriterien für sich genommen den Verhandlungen entziehen wolle. In der Summe hat sie aber den von ihr gewünschten Beschaffungsgegenstand seinem Wesen nach bestimmt, nämlich als ein KIS mit klinischen und klinisch-administrativen Modulen nach Maßgabe der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses, aber ohne Abrechnungsmodul und mit Modulen zur Zahnmedizin, Pathologie und Augenheilkunde.

Soweit die Antragstellerin Unstimmigkeiten zwischen Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis moniert (vgl. dazu auch noch unten II. 7.), bleiben ihre Ausführungen im Allgemeinen und lassen nicht erkennen, inwieweit auf dieser Grundlage die Leistungen nicht vergeben werden könnten. Tatsächlich hat die Antragsgegnerin die von ihr zum Verhandlungsverfahren zugelassenen Bieter mittlerweile dreimal zur Abgabe indikativer Angebote aufgefordert, was den Bieter einschließlich der Antragstellerin offenkundig auch möglich war. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Verhandlungsverfahren bis zur Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote unter anderem dazu dient, die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zu verbessern, wozu es auch gehört, etwaige Unklarheiten auszuräumen (vgl. näher unten II. 7.). Unabhängig davon bleibt es dabei, dass die Antragstellerin den Beschaffungsgegenstand in seiner Grundstruktur in jedem Fall durch die Leistungsbeschreibung und das jeweils bei den Aufforderungen zur Abgabe weiterer indikativer Angebote fortgeschriebene und verbesserte Leistungsverzeichnis hinreichend festgelegt hat.

7. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch wegen der Rüge, dass die Leistungsbeschreibung und das Leistungsverzeichnis nicht hinreichend aufeinander abgestimmt seien, nicht begründet. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hat die Antragsgegnerin die von

ihr gewünschte Leistung durch ihre Leistungsbeschreibung in Verbindung mit dem Leistungsverzeichnis in einer für einen fachkundigen Bieter nachvollziehbaren Weise, den Anforderungen des § 121 GWB gerecht werdenden Weise (vgl. dazu bereits oben II. 6. a)) hinreichend bestimmt beschrieben. Auf die Feststellungen der Vergabekammer in dem angefochtenen Beschluss (dort unter Ziffer II. 8., S. 31 f. der Beschlussabschrift) kann verwiesen werden. Die von der Antragstellerin behaupteten Unstimmigkeiten zwischen Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis werden von ihr auch nicht näher dargelegt und sind nicht nachvollziehbar. Offenbar war sie ebenso wie die weiteren Bieter auch in der Lage, trotz der angeblichen Unstimmigkeiten und ihrer insoweit geltend gemachten Vorbehalte nach Aufforderung durch die Antragsgegnerin mittlerweile drei Indikative Angebote abzugeben.

Zudem ist auch zu berücksichtigen, dass das Verhandlungsverfahren, wie bereits ausgeführt (oben II. 5. a)), vor der Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote gerade auch dem Auffinden und Beseitigen von Unstimmigkeiten in der Leistungsbeschreibung dient. Von einer mangelnden Bestimmtheit könnte vor der Aufforderung zur Abgabe finaler Angebote daher allenfalls dann die Rede sein, wenn die Leistungsbeschreibung Mängel aufweisen würde, die im weiteren Verhandlungsverfahren nicht mehr behebbar wären. Nur dann bestünde auch für die Nachprüfungsinstanzen Anlass, mit Maßnahmen nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB in das Vergabeverfahren einzutreten. Derzeit hat die Antragsgegnerin deswegen die Möglichkeit, sämtliche Beanstandungen der Antragstellerin zur Bestimmtheit der Leistungsvorgaben zu prüfen und gegebenenfalls bessere und genauere Regelungen zur Bestimmung des Gewollten zu treffen. Auch deswegen ist jedenfalls im gegenwärtigen Verfahrensstadium die Rüge einer mangelnden Bestimmtheit der Leistungsinhalte verfrüht und daher unbegründet.

8. Der Nachprüfungsantrag ist auch wegen der Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe über Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien entgegen § 17 Abs. 10 S. 2 VgV mit den Bieter verhandelt, unbegründet. Hierbei kann dahinstehen, ob und inwieweit in der Aufforderung der Antragsgegnerin an die Bieter, Erläuterungen zu den sog. Kann- und Muss-Kriterien im Leistungsverzeichnis abzugeben, und ihrer Bereitschaft, diese entgegenzunehmen, bereits ein Verhandeln im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV liegt. Jedenfalls bezögen sich solche von der Antragsgegnerin für die von ihr im Leistungsverzeichnis aufgestellten sog. Kann- und Muss-Kriterien vorgesehenen Verhandlungen weder auf Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV noch auf Zuschlagskriterien. Auch bei den sog. Muss-Kriterien handelt es sich, was das einzelne Kriterium betrifft, wie bereits ausgeführt (oben II. 5. a)), entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht um Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV. Dies ist schon deswegen nicht der Fall, weil die Antragsgegnerin sich vorbehalten hat, diese Kriterien im weiteren Verlauf des Verhandlungsverfahrens zu ändern, etwa sie fallen zu lassen oder in sog. Kann-Kriterien umzuwandeln. Es handelt sich vielmehr um Teile der Leistungsbeschreibung, über die ohne Weiteres bis zur Abgabe finaler Angebote im Verhandlungsverfahren verhandelt werden kann.

Wie ebenfalls bereits ausgeführt (oben unter II. 5. a)), liegt in einer ohne Weiteres zulässigen Verhandlung über die Leistungsinhalte in einem Verhandlungsverfahren auch keine Änderung von qualitativen Zuschlagskriterien, die sich auf optionale Leistungsinhalte, wie hier die sog. Kann-Kriterien aus dem Leistungsverzeichnis beziehen. Die Verhandlung über und Änderung der Leistungsinhalte lässt vielmehr die Zuschlagskriterien als solche unberührt. Die sog. Kann-Kriterien in dem Leistungsverzeichnis sind insbesondere auch keine Unterkriterien für den Zuschlag, weil sie nichts mit der Bewertung der Leistung zu tun haben (vgl. bereits oben unter II. 5. a)).

9. Der Nachprüfungsantrag ist ferner auch wegen der Rüge der Antragstellerin, es verstöße gegen § 121 Abs. 1 S. 1 GWB, dass sich die Antragsgegnerin vorbehalten habe, die sog. Kann- und Muss-Kriterien im Leistungsverzeichnis zu ändern und dies tatsächlich mit ihren Aufforderungen zur Abgabe eines zweiten und dritten optimierten indikativen Angebots auch getan habe, jedenfalls

unbegründet. Wie bereits ausgeführt (oben II. 5. a) und 6. b)), handelt es sich bei den sog. Kann- und Muss-Kriterien im Leistungsverzeichnis um Teile der Leistungsbeschreibung im Sinne des § 121 Abs. 1 S. 1 GWB. Es handelt sich bei den einzelnen Kriterien als solchen weder um Mindestanforderungen im Sinne des § 17 Abs. 10 S. 2 VgV noch um Zuschlagskriterien, so dass dahinstehen kann, ob und inwieweit im Verhandlungsverfahren insoweit Änderungen zulässig sind (vgl. dazu oben II. 5. a)). Die Leistungsbeschreibung kann der öffentliche Auftraggeber während des Verhandlungsverfahrens bis zum Ablauf der Angebotsfrist für die finalen Angebote ohne Weiteres ändern, soweit er nicht den Beschaffungsgegenstand auswechselt (vgl. oben II. 6. a)), wofür hier weder etwas vorgetragen noch sonst ersichtlich ist.

10. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist wegen ihrer Rüge zur vermeintlichen Intransparenz der qualitativen Zuschlagskriterien "*Erfüllung der Anforderungen des Leistungsverzeichnisses*" und "*Reifegrad und Produkt-Demonstration (Use-Case)*" jedenfalls unbegründet.

a) Die Maßstäbe für die Festlegung von Zuschlagskriterien sind in erster Linie § 127 GWB zu entnehmen. Nach § 127 Abs. 1 S. 4 GWB können neben dem Preis zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auch qualitative Aspekte berücksichtigt werden, was durch die Regelungen in § 58 Abs. 2 S. 2 VgV noch weiter konkretisiert wird. Für sämtliche Zuschlagskriterien gilt gemäß § 127 Abs. 4 S. 1 GWB, dass sie so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Zuschlagskriterien und der Festlegung der Bewertungsmethode kommt dem öffentlichen Auftraggeber, soweit er die genannten Anforderungen beachtet, ein Beurteilungsspielraum bei der Frage zu, ob und inwieweit die Vorgaben geeignet sind, die Wirtschaftlichkeit der Angebote beurteilen zu können (Müller-Wrede/Delcuvä in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 39 m.w.N.).

b) Vorliegend lässt sich nicht feststellen, dass die von der Antragstellerin beanstandeten qualitativen Zuschlagskriterien den genannten Vorgaben aus § 127 Abs. 4 S. 1 GWB nicht genügen. Die Einwendungen gegen das Zuschlagskriterium "*Erfüllung der Anforderungen des Leistungsverzeichnisses*" greifen nicht. Dieses Kriterium ist, wie bereits ausgeführt (vgl. oben II. 5. a)), nicht etwa deswegen unklar, weil die Antragsgegnerin sich vorbehalten hat, seinen Gegenstand, nämlich die Leistungsinhalte aus dem Leistungsverzeichnis zu ändern oder weil das Verhältnis zwischen Leistungsbeschreibung und Leistungsverzeichnis nicht hinreichend klar wäre. Die von der Antragsgegnerin mit der Aufforderung zur Abgabe eines zweiten optimierten Indikativen Angebots vorgenommenen Änderungen an den sog. Kann- und Muss-Kriterien im Leistungsverzeichnis waren als Änderung der Leistungsbeschreibung ohne Weiteres zulässig (vgl. oben B. I. 8. b)).

Soweit die Antragstellerin sich gegen das weitere Zuschlagskriterium "*Reifegrad und Produkt-Demonstration (Use-Case)*" wendet, geht ihr einziger insoweit vorgebrachter Einwand, bei der geforderten bereits marktreifen Lösung sei unklar, wie der Reifegrad bestimmt werden soll, fehl, weil auch eine marktreife Lösung mehr oder weniger ausgereift sein kann; ersichtlich ist dies gemeint und nicht zu sehen, inwieweit eine Wertung nach diesem Kriterium unter Heranziehung der detaillierten weiteren Vorgaben nicht möglich sein sollte.

11. Der Nachprüfungsantrag ist auch wegen der Rüge der Antragstellerin, die Antragsgegnerin habe die Durchführung der Angebotswertung nicht transparent geregelt, jedenfalls unbegründet.

Maßstab für die transparente Ausgestaltung von Zuschlagskriterien ist § 127 Abs. 4 S. 1 GWB. Danach müssen Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und

eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Das erfordert es bei einer in qualitativen Zuschlagskriterien vorgesehenen Bewertung von Konzepten durch Gremien, wie hier bei der Bewertung der einzureichenden Konzepte, dass die Vorgehensweise des Gremiums im Einzelnen geregelt wird (Senat, Beschluss vom 27. Juni 2022 - **Verg 4/22** -).

Diesen Anforderungen hat die Antragstellerin hier aber entgegen der Ansicht der Antragstellerin genügt, indem sie in ihrer Aufforderung zur Angebotsabgabe vom 16. Juli 2024, Seite 14 im Einzelnen die Willensbildung des Gremiums beschrieben hat. Nicht erforderlich ist demgegenüber, dass die Zahl der Gremienmitglieder oder gar die konkrete personelle Besetzung des Gremiums angegeben wird. Denn diese Angaben sind nicht erforderlich, um eine willkürfreie und nachprüfbare Wertung des Gremiums zu ermöglichen.

Soweit die Antragstellerin beanstandet, die Bewertungsskala für die Konzepte sei nicht nachvollziehbar, weil im Spektrum von 0 bis 5 Punkten keine Vergabe von einem Punkt vorgesehen sei, ist diese Festlegung von dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers bei der Bestimmung der Bewertungsmethode (vgl. Müller-Wrede/Delcuvö in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 39, 79 m.w.N.) gedeckt. Sie führt dazu, dass Konzepte, die nicht einmal 2 von 5 Punkten erreichen, ohne weitere Abstufungen mit 0 Punkten zu bewerten sind. Damit betont die Antragsgegnerin, dass sie eine Mindestqualität der Konzepte gewährleistet sehen möchte, und wertet dementsprechend Konzepte ab, die diesen Anforderungen nicht genügen. Dies ist ohne Weiteres im Rahmen des der Antragsgegnerin zustehenden Beurteilungsspielraums zulässig.

12. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag, soweit die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin vorgesehene Gewichtung des Preises bei der Angebotswertung rügt, zu Recht für unbegründet gehalten. Die Antragsgegnerin hat die hier maßgeblichen Vorgaben aus § **127** GWB und § **58** Abs. 3 VgV nicht verletzt.

a) Nach § **127** Abs. 1 S. 1 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt, das durch das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu bestimmen ist (§ **127** Abs. 1 S. 3 GWB). Zu dessen Ermittlung können gemäß § **127** Abs. 1 S. 4 GWB, § **58** Abs. 2 S. 2 VgV neben dem Preis oder den Kosten unter anderem auch qualitative Aspekte berücksichtigt werden. Nach § **58** Abs. 3 S. 1 VgV hat der öffentliche Auftraggeber hierbei in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben, wie er die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Bei der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien zueinander, aber auch der für die Wertung maßgeblichen Umstände bei den einzelnen Zuschlagskriterien kommt ihm ein weiter Beurteilungsspielraum zu (vgl. Müller-Wrede/Delcuvé in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 39, 79 m.w.N.), der erst dann überschritten ist, wenn die Gewichtung nicht mehr geeignet ist, das beste Preis-Leistungs-Verhältnis zu bestimmen (im Ergebnis ähnlich BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - **X ZB 3/17** -: keine sachliche Rechtfertigung und Missbrauchsabsicht).

b) Nach diesen Vorgaben ist die Gewichtung des Preises weder für sich noch im Verhältnis zu den qualitativen Zuschlagskriterien zu beanstanden. Es kann auf die zutreffenden Gründe des angefochtenen Beschlusses (Ziffer II. 4 und 5, S. 24 und 29 der Beschlussabschrift) verwiesen werden, mit denen sich die Antragstellerin in ihrer Beschwerde nicht näher auseinandersetzt.

Die Ausführungen der Vergabekammer zusammenfassend und ergänzend bleibt festzuhalten, dass die von der Antragsgegnerin verwendete Formel zur Gewichtung der Preisunterschiede (Preispunkte für Angebot = Bestpreis ./ Angebotspreis x maximale Preispunkte) grundsätzlich nicht zu beanstanden ist (vgl. Müller-Wrede/Delcuvé in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 127 Rn. 60 m.w.N.) und die Antragstellerin keine Gesichtspunkte aufzeigt, warum die Formel

vorliegend nicht zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses geeignet sein sollte. Dass die Formel tendenziell Preisunterschiede nur schwach abbildet, ändert nichts an ihrer Eignung zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots und ist von dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers gedeckt.

Entsprechendes gilt für die Gewichtung des Preises als Zuschlagskriterium im Verhältnis zu den qualitativen Wertungskriterien. § 127 Abs. 1 S. 4 GWB, § 58 Abs. 2 S. 2 VgV erlauben die Verwendung qualitativer Zuschlagskriterien; § 58 Abs. 3 VgV gibt lediglich vor, dass eine Gewichtung der Kriterien erfolgen muss, nicht aber welche. Die Gewichtung des Preises mit 20% gegenüber den qualitativen Zuschlagskriterien begegnet danach keinen grundsätzlichen Bedenken, zumal keine Rede davon sein kann, dass so nicht das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ermittelt werden könnte (§ 127 Abs. 1 S. 1 GWB).

Dass durch die Gewichtung des Preises mit 20% aufgrund der besonderen Umstände im vorliegenden Vergabeverfahren das Preis-Leistungs-Verhältnis der Angebote nicht sinnvoll ermittelbar wäre, lässt sich entgegen der Ansicht der Antragstellerin nicht feststellen. Vielmehr hat die Vergabekammer in ihrem von der Antragstellerin angefochtenen Beschluss zutreffend herausgearbeitet, dass bei einem derart komplexen Beschaffungsvorgang wie dem vorliegenden eine sinnvolle Bestimmung des Preis-Leistungs-Verhältnisses nur mit einer starken Betonung der qualitativen Zuschlagskriterien möglich ist (vgl. auch Senat, Beschluss vom 17. Oktober 2022 - **Verg 7/22** -). Soweit die Antragstellerin behauptet, die Antragsgegnerin beabsichtige mit der von ihr vorgesehenen Gewichtung eine Bevorzugung eines Konkurrenzunternehmens, weil dieses hohe Preis abrufe, ist dies schon deswegen nicht nachvollziehbar, weil die Antragstellerin an anderer Stelle beklagt, dass sie wegen der Notwendigkeit, anders als das Konkurrenzunternehmen, Drittunternehmer mit der Bereitstellung der klinischen Module Zahnmedizin, Pathologie und Augenheilkunde beauftragen zu müssen, nicht preisgünstig anbieten könne. Die geringe Gewichtung des Preises als Zuschlagskriterium käme dann also gerade auch der Antragstellerin entgegen und würde ihre Zuschlagschancen erhöhen, ohne dass dies etwas daran ändern würde, dass sich die von der Antragsgegnerin vorgesehene Gewichtung der Zuschlagskriterien im Rahmen ihres Beurteilungsspielraums hält.

13. Der Nachprüfungsantrag bleibt auch hinsichtlich der Rüge der Antragstellerin, sie sei besser informiert worden als andere Bieter, verfüge also ihnen gegenüber über einen Informationsvorsprung, ohne Erfolg, wobei dahinstehen kann, ob es den von der Antragsgegnerin in Abrede gestellten Informationsvorsprung der Antragstellerin überhaupt gegeben hat.

Der Antrag ist insoweit bereits offensichtlich unzulässig, weil es an einem plausibel dargelegten bereits eingetretenen oder künftig drohenden Schaden als Voraussetzung für die Antragsbefugnis aus § 160 Abs. 2 GWB fehlt. Die von der Antragstellerin vorgebrachte Annahme, es könne einen Nachteil darstellen, besser als konkurrierende Bieter informiert zu sein, weil nicht ausgeschlossen werden könne, dass ein schlechter informierter Bieter ein besseres Angebot abgebe als ein besser informierter, ist abwegig. Dies ist zum einen fernliegend und könnte zum anderen jedenfalls nicht auf den besseren Informationsstand zurückgeführt werden (a.A. offenbar VK Thüringen, Beschluss vom 26. April 2019 - **250-4002-11352/2019-N-006-EF** -).

Abgesehen davon ist der Nachprüfungsantrag wegen dieser Rüge jedenfalls auch unbegründet. Denn der bei einer unterschiedlichen Information von Bieter verletzte Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 2 GWB schützt ausschließlich den schlechter informierten Bieter, worauf der besser informierte Bieter sich nicht berufen kann, weil er insoweit nicht in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist.

14. Der Nachprüfungsantrag ist wegen der Rüge, die Antragsgegnerin habe in unzulässiger Weise

auf die Bindung der Bieter an die im Teilnahmeantrag zu benennenden Unterauftragnehmer verzichtet, jedenfalls unbegründet.

a) Nach § 42 Abs. 1 S. 1 VgV überprüft der öffentliche Auftraggeber die Eignung der Bewerber oder Bieter anhand der nach § 122 GWB festgelegten Eignungskriterien. Solche Eignungskriterien sind nach § 122 Abs. 4 S. 2 GWB in der Auftragsbekanntmachung aufzuführen. Ist dies geschehen und genügen die Eignungskriterien den weiteren Anforderungen nach § 122 GWB, ist der öffentliche Auftraggeber an sie gebunden, und zwar auch im Verhandlungsverfahren (Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 122 Rn. 102 f. m.w.N.). Fehlt es dagegen an einer Festlegung der Eignungskriterien in der Auftragsbekanntmachung, kann ihre Erfüllung ebenso wenig gefordert werden, wie die Vorlage von Nachweisen, die gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 VgV ebenfalls in der Auftragsbekanntmachung angeordnet sein muss (Gnittke/Hattig in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 122 Rn. 104 m.w.N.).

b) Nach diesen Grundsätzen konnte die Antragsgegnerin die Angabe von Nachunternehmern jedenfalls im Rahmen der Eignungsprüfung nicht von den Bieter fordern. Denn die Auftragsbekanntmachung enthält weder Eignungskriterien zum Nachunternehmereinsatz noch werden dort entsprechende Belege gefordert. Schon deswegen konnte die Antragsgegnerin die Bieter nicht an ihren Angaben zum Nachunternehmereinsatz in den Teilnahmeanträgen festhalten. Ob sie überhaupt entsprechende Erklärungen in ihren Aufforderungen zur Abgabe eines Teilnahmeantrages und indikativer Angebote fordern konnte, etwa als Teil der Angaben zur zu erbringenden Leistung, kann dahinstehen. Jedenfalls sind die Bieter nicht an ihre Angaben zu den Nachunternehmern in den ursprünglichen Teilnahmeanträgen gebunden.

15. Der Nachprüfungsantrag ist wegen der Rüge der Antragstellerin zu den von ihr behaupteten Dokumentationsmängeln bereits unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

a) Der Antragstellerin fehlt für diese Rüge schon die gemäß § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis. Nach ihrem Sachvortrag ist nicht ersichtlich, dass ihr aus den behaupteten Dokumentationsmängeln, wie es § 160 Abs. 2 S. 2 GWB erfordert, ein Schaden, nämlich eine Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen erwachsen wäre oder noch erwachsen könnte. Dies wäre aber Voraussetzung dafür, dass ein Dokumentationsmangel als nach § 97 Abs. 6 GWB rügefähige Rechtsverletzung angesehen werden kann (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Oktober 2018 - **Verg 6/18** -; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015 - **VII-Verg 28/14** -; Goede/Hänsel in: Ziekow Nöllink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 8 VgV Rn. 12 m.w.N.), auch wenn die in § 8 VgV normierten Dokumentationspflichten des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich bieterschützend sind (Fülling in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 1. Auflage 2017, § 8 VgV Rn. 102 f. m.w.N.). Ein Verstoß gegen Dokumentationspflichten nach § 8 VgV löst also für sich genommen noch keine vergaberechtlichen Ansprüche aus (Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -; OLG München, Beschluss vom 5. April 2012 - **Verg 3/12** -; Hofmann in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 160 Rn. 35). Deswegen sind entsprechende Rügen mangels rügefähiger Rechtsverletzung im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB und möglichen Schadens unzulässig, weil dem Antragsteller, so auch hier der Antragstellerin, die nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Antragsbefugnis fehlt (Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30. Oktober 2018 - **Verg 6/18** -; Fülling, a.a.O., § 8 VgV Rn. 103 m.w.N.).

b) Der Nachprüfungsantrag ist wegen der gerügten Dokumentationsmängel im Übrigen auch unbegründet, weil nicht zu sehen ist, in welcher Weise der Senat Anlass haben könnte, in das Vergabeverfahren entsprechend § 168 Abs. 1 S. 1 GWB einzutreten (vgl. Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -).

16. Der Nachprüfungsantrag bleibt auch wegen der erst im Beschwerdeverfahren vor dem Senat von

der Antragstellerin erhobenen Rüge, ein potenziell am Vergabeverfahren beteiligtes US-amerikanische Konkurrenzunternehmen der Antragstellerin sei von dem Vergabeverfahren zwingend von der Antragsgegnerin auszuschließen, ohne Erfolg.

a) Der Nachprüfungsantrag ist insoweit jedenfalls unbegründet. Anders als die Antragstellerin meint, sieht weder das deutsche Kartellvergaberecht noch die mit ihm umgesetzten Vergaberichtlinien vor, dass Unternehmen, die nur über einen Sitz in einem Nicht-EU-Staat verfügen, sich nicht an EU-weiten Ausschreibungen beteiligen könnten, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinien und des Kartellvergaberechts fallen. Allerdings haben solche Unternehmen nur unter den Voraussetzungen des Art. 25 RL 2014/24/EU die Rechte, die Unternehmen mit Sitz in der EU aus dieser Richtlinie zustehen. Dafür ist erforderlich, dass es zwischen diesen Dritt-Ländern und der Europäischen Union ein entsprechendes Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen mit einer danach vorgesehenen Gleichbehandlung mit Unternehmen mit Sitz in der EU gibt, woran es nach dem Vortrag der Antragstellerin im Verhältnis zu den USA fehlt, was aber nicht dazu führt, dass solche Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen wären.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin folgt auch aus der Rechtsprechung des EuGH nicht, dass Nicht-EU-Unternehmen sich nicht an Ausschreibungen beteiligen könnten, die in den Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vergaberichtlinien fallen. Vielmehr hat der EuGH in seinem von der Antragstellerin in Bezug genommenen Urteil vom 13. März 2025 lediglich festgehalten, dass der Zugang von Wirtschaftsteilnehmern aus Nicht-EU-Ländern zu den Vergabeverfahren nicht gewährleistet sein müsse. Dies bedeutet, dass diese Wirtschaftsteilnehmer entweder von den Vergabeverfahren ausgeschlossen oder zugelassen werden können. Werden sie zugelassen, können sie sich aber nicht auf die Rechte aus den unionsrechtlichen Richtlinien berufen und keine Gleichbehandlung ihres Angebotes mit den Angeboten fordern, die Bieter aus den Mitgliedstaaten und Bieter aus Drittländern im Sinne von Art. 25 RL 2014/24/EU abgegeben haben (EuGH, Urteil vom 13. März 2025 - C-266122 (CRRC Qingdao Sifang) - Rn. 59). Solange es an allgemeinen Regeln der Europäischen Union über den Umgang mit solchen Unternehmen fehle, sei es Sache des öffentlichen Auftraggebers, zu beurteilen, ob Wirtschaftsteilnehmer aus einem Drittland, das keine internationale Übereinkunft mit der Union über die Gewährleistung des gleichen und wechselseitigen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen geschlossen hat, zu einem Verfahren für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags zuzulassen sind und, falls er dies bejaht, ob eine Bewertungsanpassung bei den Angeboten dieser Wirtschaftsteilnehmer im Vergleich zu jenen, die andere Wirtschaftsteilnehmer abgegeben haben, vorzusehen ist (EuGH, Urteil vom 13. März 2025 - C-266/22 (CRRC Qingdao Sifang) - Rn. 63).

Daraus folgt, dass es den von der Antragstellerin geltend gemachten Anspruch auf Ausschluss von Unternehmen aus Nicht-EU-Staaten nicht gibt. Der EuGH hat entgegen einigen von der Antragstellerin in Bezug genommenen Besprechungen seines Urteils vom 13. März 2025 nicht entschieden, dass solche Unternehmen nicht an Vergabeverfahren beteiligt werden könnten, sondern nur, dass sie in diesen Verfahren keine Rechte nach den unionsrechtlichen Vergaberichtlinien haben, also gegebenenfalls schlechter gestellt werden dürfen und jedenfalls nicht besser stehen dürfen als Unternehmen mit Sitz in EU-Staaten. Letzteres wäre aber ohnehin wegen des Gleichbehandlungsgrundsatzes unzulässig. Ohne dass es noch darauf ankommen würde, soll es nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin aus ihrem Schriftsatz vom 27. Mai 2025 zudem ein Abkommen zwischen den USA und der Europäischen Union geben, das für IT-Dienstleistungen eine Gleichbehandlung von US-Unternehmen mit Unternehmen mit Sitz in der EU vorsieht.

b) Der Nachprüfungsantrag ist wegen des von der Antragstellerin angestrebten Ausschlusses des potenziell an dem Vergabeverfahren beteiligten, mit der Antragstellerin konkurrierenden US-Unternehmens ohne Sitz im Bereich der EU darüber hinaus aber auch schon mangels des nach § 160 Abs. 2 GWB erforderlichen Rechtsschutzbedürfnisses (derzeit) unzulässig, weil eine

Rechtsverletzung entgegen der Auffassung der Antragstellerin erst vorliegen würde, wenn die Antragsgegnerin beabsichtigen sollte, einem solchen Unternehmen tatsächlich den Zuschlag zu erteilen (vgl. Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -), was aber eben, wie ausgeführt (oben a)), entgegen der Ansicht der Antragstellerin ohnehin ohne Weiteres zulässig wäre.

17. Schließlich ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin auch wegen ihrer zuletzt mit Schriftsatz vom 2. Juni 2025 im Beschwerdeverfahren erhobenen Rüge, die Antragsgegnerin habe bei der Gewährung der Akteneinsicht gegen ihre Geheimhaltungspflichten verstoßen, weil sich den offensichtlichen Unterlagen einer der Mitbewerber in dem Vergabeverfahren entnehmen lasse, unbegründet. Die Antragstellerin verkennt auch hier, dass sie keinen Anspruch aus § 97 Abs. 6 GWB auf die Beachtung von kartellvergaberechtlicher Vorschriften hat, die nicht ihrem Schutz dienen, sondern dem anderer Teilnehmer am Vergabeverfahren (vgl. bereits oben unter II. 3. a), 4. b) und 13.), also hier gegebenenfalls dem Schutz des Unternehmens, dessen Teilnahme am Vergabeverfahren der Antragstellerin nunmehr bekannt geworden ist. Abgesehen davon gibt die bloße Offenbarung des jedenfalls bis zur Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung nach § 5 Abs. 2 VgV vertraulich zu behandelnden Teilnehmerkreises eines Vergabeverfahrens aber auch sonst entgegen der Auffassung der Antragstellerin keinen Anlass zur Aufhebung des Vergabeverfahrens oder zu sonstigen Eingriffen in das Vergabeverfahren nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB; insbesondere ist in keiner Weise zu sehen, warum das Verfahren nicht trotz dieser Offenbarung ordnungsgemäß weiter und zu Ende geführt werden könnte.

1. Die Anträge der Antragstellerin auf Einsicht in bestimmte Teile der Vergabeakten nach Maßgabe ihrer Anträge zu 11. bis 17. aus ihrer Beschwerdeschrift sowie ihres Antrages zu 2. aus ihrem Schriftsatz vom 7. Mai 2025 waren, soweit die Antragsgegnerin ihnen nicht auf Vermittlung des Senats im Beschwerdeverfahren entsprochen hat und sie sich insoweit erledigt haben, ebenso zurückzuweisen (a) wie ihr Antrag auf Einsicht in die Akten der Vergabekammer (Antrag zu 18. aus ihrer Beschwerdeschrift) (b).

a) Nach § 165 Abs. 1 GWB können die Beteiligten die Akten bei der Vergabekammer einsehen. Aus dem Zweck des Akteneinsichtsanspruchs aus § 165 Abs. 1 GWB, die Transparenz des Vergabeverfahrens zu fördern und einen effektiven vergaberechtlichen Rechtsschutz zu ermöglichen, folgt, dass er als Hilfsrecht nur in dem Umfang besteht, wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte der am Vergabeverfahren interessierten und am Nachprüfungsverfahren beteiligten Unternehmen aus § 97 Abs. 6 GWB erforderlich ist. Er ist also durch das Rechtsschutzbedürfnis des Akteneinsicht begehrenden Beteiligten begrenzt (Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - **Verg 11/22** -)

Nach diesen Grundsätzen kam die von der Antragstellerin beantragte weitergehende Bewilligung von Akteneinsicht nicht in Betracht. Denn sie benötigt keine weitere Kenntnis der Vergabeakten, um die von ihr geltend gemachten vergaberechtlichen Rügen zu begründen. Einen darüber hinausgehenden Zweck hat das kartellvergaberechtliche Akteneinsichtsrecht nicht. Es dient nicht dazu, Beteiligten losgelöst von ihren Rügen oder Einwendungen im Vergabenachprüfungsverfahren und den damit verbundenen subjektiven Rechten Kenntnis von dem Vergabeverfahren zu verschaffen, um so möglicherweise weitere Rügen oder Einwendungen erheben zu können (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. April 2025 - **VII-Verg 24/23** -).

Deswegen hat die Antragstellerin insbesondere jedenfalls kartellvergaberechtlich auf der Grundlage von § 165 Abs. 1 GWB auch keinen Anspruch auf Einsicht in die von der Antragsgegnerin durchgeführte Markterkundung. Insoweit handelt es zwar materiell um Unterlagen, die sich auf das Vergabeverfahren beziehen und die deswegen dem Akteneinsichtsrecht nach § 165 Abs. 1 GWB unterliegen. Indes kann die Antragstellerin aus der Markterkundung der Antragsgegnerin unabhängig von deren Ergebnissen keine Rügen herleiten. Vor allem ist die Antragsgegnerin, anders als die Antragstellerin meint, an Ergebnisse einer Markterkundung in keiner Weise bei der Bestimmung ihres

Beschaffungsbedarfs gebunden (vgl. oben II. 2.).

b) Der Antragstellerin war vom Senat auch keine Einsicht in die Akten der Vergabekammer zu gewähren.

Die Antragstellerin hat zwar Anspruch auf Einsicht in diese Akten. Der Anspruch folgt nicht aus § 165 Abs. 1 GWB, sondern aus dem entsprechend anwendbaren § 70 Abs. 1 GWB, erstreckt sich auf sämtliche dort zu den Akten gereichten Unterlagen und ist weder an ein Rechtsschutzbedürfnis des am Nachprüfungsverfahren Beteiligten (§ 162 S. 1 GWB) geknüpft, noch durch Geheimschutzbelange anderer Beteigter begrenzt (Senat, Beschluss vom 1. März 2024 - Verg 11/22 -).

Der Antragstellerin liegen indes sämtliche in den Akten der Vergabekammer enthaltene Unterlagen, soweit sie von den Beteiligten eingereicht worden sind, sowie außenwirksame Verfügungen und Entscheidungen der Vergabekammer vor, so dass sie zur Untermauerung ihres Rechtsschutzbegehrens vor dem Senat weiterer Einsichten nicht bedurfte. Insoweit bestand kein Bedürfnis für die Bewilligung einer Einsicht in die Akten der Vergabekammer durch den Senat vor einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde, weswegen dem Antrag nicht nachzukommen war. Der Antragstellerin bleibt unbenommen, bei der Vergabekammer um Einsicht in deren Akten nachzusuchen, sobald diese Akten nach Beendigung des Beschwerdeverfahrens an die Vergabekammer zurückgesandt sind.

2. Die Kosten des Verfahrens über die sofortige Beschwerde waren der Antragstellerin gemäß § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 S. 2 GWB aufzuerlegen, weil sie mit diesem Rechtsbehelf keinen Erfolg hatte.

Die Kosten des Verfahrens über den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde (§ 173 Abs. 1 S. 3 GWB), über die gesondert zu entscheiden ist, weil es sich um ein auch kostenmäßig gesondertes Nebenverfahren zum Beschwerdeverfahren handelt, waren ebenfalls der Antragstellerin aufzuerlegen, nachdem sich dieser Antrag durch die Entscheidung des Senats über die sofortige Beschwerde in der Hauptsache erledigt hat. Über diese Kosten war nach Maßgabe von § 175 Abs. 2 GWB in Verbindung mit § 71 GWB zu entscheiden. Für die hier vorliegende Hauptsachenerledigung ist gemäß § 71 S. 1 GWB über die Kosten nach billigem Ermessen zu entscheiden. Billigem Ermessen entspricht es grundsätzlich, dem Beteiligten die Kosten aufzuerlegen, der nach einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage voraussichtlich in dem jeweiligen Verfahren unterlegen gewesen wäre, weil er auch bei einer streitigen Entscheidung wegen seines Unterliegens im Einklang mit der Wertung des § 71 S. 2 GWB die Kosten zu tragen gehabt hätte.

Danach waren der Antragstellerin die Kosten ihres Antrags nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB aufzuerlegen, weil dieser mangels Rechtsschutzbedürfnisses als unzulässig zu verwerfen gewesen wäre. Wie der Senat bereits entschieden hat, besteht für einen Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB nur dann ein Rechtsschutzbedürfnis, wenn ein rechtswirksamer Zuschlag in dem Vergabeverfahren droht (vgl. Senat, Beschluss vom 4. Dezember 2015 - Verg 8/15 -). Würde man dies anders sehen, wären die Vergabesenate in Verfahrenslagen wie der vorliegenden regelmäßig mit für die Beteiligten äußerst kostenträchtigen, überflüssigen Anträgen nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB konfrontiert (so aber Stoye/Thomas in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 173 Rn. 37), was ersichtlich keinen Sinn macht und auch dem mit § 173 Abs. 1 S. 3 GWB zum Ausdruck kommenden gesetzlichen Konzept eines effektiven, aber am konkreten Rechtsschutzbedürfnis orientierten Eilrechtsschutz nicht vereinbar wäre (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. September 2018 - VII-Verg 50/18 -).

Vorliegend bestand zu keinem Zeitpunkt die konkrete Gefahr eines wirksamen Zuschlags zugunsten eines anderen Unternehmens in dem Vergabeverfahren. Die Antragsgegnerin hat bislang die Teilnehmer des Verhandlungsverfahrens nicht einmal zur Abgabe finaler, zuschlagsfähiger Angebote aufgefordert. Dahinstehen kann insoweit, ab welchem Zeitpunkt ein Zuschlagsrisiko besteht, wenn die Frist zur Abgabe der Angebote bereits abgelaufen ist, und ob in diesem Fall erst zum Zeitpunkt etwaiger Informationsschreiben nach § 134 GWB ein Rechtsschutzbedürfnis für einen Eilantrag besteht oder im Hinblick auf die kurze Frist schon zu einem früheren Zeitpunkt und auf welche Umstände es insoweit ankommen könnte.

Keine Rechtfertigung für ihren mangels Rechtsschutzbedürfnisses verfrühten Antrag kann die Antragstellerin im Übrigen aus dem Umstand ziehen, dass vereinzelt angenommen wird, ein Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB sei nach Ablauf der zweiwöchigen Frist aus § 173 Abs. 1 S. 2 GWB unzulässig, weil die aufschiebende Wirkung nach ihrem Wegfall nicht verlängert werden könne (so Stoye/Thomas in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, 2. Auflage 2023, § 173 Rn. 34). Selbst wenn man dem folgen wollte, wäre die Vorschrift doch ohne jeden Zweifel entweder wegen der dann offenkundigen planwidrigen Regelungslücke im vorläufigen Rechtsschutz entsprechend anzuwenden oder die Zulassung eines entsprechenden Antrags zur Gewährleistung effektiven Primärrechtsschutzes auch unionsrechtlich geboten (vgl. Senat, Beschluss vom 4. Dezember 2015 - Verg 8/15 -).

3. Der Antrag der Antragstellerin, die Hinzuziehung ihrer Prozessbevollmächtigten im Beschwerdeverfahren für notwendig zu erklären, war wegen des für sie nach § 175 Abs. 1 S. 1 GWB im Beschwerdeverfahren bestehenden Anwaltszwangs entbehrlich. Ihm war im Übrigen auch deswegen nicht zu entsprechen, weil die Antragstellerin keine Kosten erstattet verlangen kann.
4. Der Streitwert beläuft sich nach § 50 Abs. 2 GKG sowohl für das Beschwerdeverfahren als auch für das Verfahren über den Antrag nach § 173 Abs. 1 S. 3 GWB auf fünf Prozent der Bruttoauftragssumme nach Maßgabe des Angebotes des Antragstellers. Nach Maßgabe des zweiten Angebots der Antragstellerin vom 10. Februar 2025 folgt daraus der vom Senat jeweils festgesetzte Streitwert.