

OLG Dresden

Urteil

vom 28.08.2025

Verg 1/25

GWB § 119 Abs. 2, § 135 Abs. 2, § 160; VgV § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b

1. Das objektive Fehlen von Wettbewerb aus technischen Gründen ist vom öffentlichen Auftraggeber darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.

2. Vor einer Vergabe ohne Wettbewerb bedarf es einer belastbaren Prüfung des Auftraggebers, ob alternative wettbewerbliche Lösungen unter Einbeziehung bekannter Bewerber oder Bieter im Wege eines Mini-Wettbewerbs in Betracht kommen. Wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass noch weitere Unternehmen für die Auftragsdurchführung in Frage kommen, muss ausgeschrieben werden.

3. Eine wirksame, freiwillige ex-ante-Transparenzbekanntmachung setzt unter anderem voraus, dass der öffentliche Auftraggeber bei seiner Bewertung, den Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung vergeben zu dürfen, sorgfältig gehandelt hat und ob er insofern der Ansicht sein durfte, dass die (in einer Ausnahmevorschrift) hierfür geltenden Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren (hier verneint).

OLG Dresden, Beschluss vom 28.08.2025 - Verg 1/25

vorhergehend:

VK Sachsen, 03.04.2025 - 1/SVK/032-24

Tenor:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 03.04.2025 wird zurückgewiesen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für das Beschwerdeverfahren durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war notwendig.

3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf bis zu ... Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin ist ein Krankenhaus der Maximalversorgung mit insgesamt 1.730 Betten, 25 Kliniken und Instituten und über 4.000 Mitarbeitern und sichert neben den beiden anderen Maximalversorgern in Sachsen, den Uniklinika in Dresden und Leipzig, konkret die Patientenversorgung in der Region Südwest-Sachsen.

Die Antragstellerin und die Beigeladene sind weltweit agierende Anbieter für Personal-(Workforce-)Management-Softwarelösungen.

Mit Zuschlagsschreiben der Antragsgegnerin vom 28.06.2024 haben diese und die Beigeladene einen Vertrag über die Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung (PEP) geschlossen. Die Vergabe durch die Antragsgegnerin erfolgte im Ergebnis eines Vergabeverfahrens in der Form des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb.

Dem lag Folgendes zugrunde:

Die C. SE & Co. KG (C.) ist der Hersteller des bei der Antragsgegnerin eingesetzten zentralen ERP- bzw. Krankenhausinformationssystems C. IS-H und der zentrale Wartungs- und Betreuungsvertragspartner. Bei der Software C. IS-H handelt es sich um den administrativen Teil des Krankenhausinformationssystems (KIS) der Antragsgegnerin, welche diesen über die C. beschafft hat. Mit dieser Software wurde auch die Personaleinsatzplanung der Antragsgegnerin durchgeführt.

Anfang des Jahres 2023 erfuhr die Antragsgegnerin, dass C. die PEP-Pflegedienst nicht mehr voll unterstützen werde, woraus sich ein Beschaffungsbedarf für die Antragsgegnerin ergab. Aus diesem Grunde eruierte die Antragsgegnerin durch Gespräche mit anderen Kliniken und Anbietern von PEP-Softwarelösungen den Markt und erstellte dazu eine Matrix, welche sie im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer vorlegte. Im Zentrum der Betrachtungen der Antragsgegnerin stand seinerzeit eine PEP-Softwarelösung für die 600 Ärzte der Antragsgegnerin, nicht aber für die gesamte Mitarbeiterschaft von weiteren 4.000 Mitarbeitern und Pflegepersonal.

Die Entscheidung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb begründete die Antragsgegnerin im Vergabevermerk vom 26.03.2024. Die Beigeladene wurde am 13.05.2024 zur Angebotsabgabe aufgefordert, woraufhin sie ein Angebot abgab, welches am 24.05.2024 eröffnet wurde.

Mit freiwilliger Ex-ante-Transparenzbekanntmachung, die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 18.06.2024 unter Nr. OJ S 117/2024 veröffentlicht wurde, gab die Antragsgegnerin die beabsichtigte Vergabe des Auftrages an die Beigeladene bekannt.

Zur Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes hieß es unter Ziffer 5.1: "Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung (inkl. Softwarepflege). Aufgrund interner und externer Anforderungen benötigt die Klinikum B. gGmbH eine Software zur dauerhaften Durchführung einer komplexen Personaleinsatzplanung (PEP). Die Software muss eine sichere und konsistente Integration in die vorhandene administrative und klinische IT-Infrastruktur des Klinikum B. Konzerns gewährleisten."

Zur Begründung der "Direktvergabe" heißt es unter Ziffer 6.:

"Der Auftrag kann nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden, da aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist."

Sonstige Begründung: Zur Abdeckung der Anforderungen bezüglich der Integration in die bestehende

klinische und administrative IT-Infrastruktur des Klinikum B. Konzerns ist nur das genannte Projekt der D. ... AG [der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen] einsetzbar. Die C. SE & Co. KG (C.) ist der Hersteller des am Klinikum B. eingesetzten zentralen ERP- bzw. Krankenhausinformationssystems (KIS) C. IS-H und der zentrale Wartungs- & Betreuungsvertragspartner. Bei der Software C. IS-H handelt es sich um den administrativen Teil des Krankenhausinformationssystems (KIS) des Klinikum B., das diesen über die C. beschafft hat. Mit der einstigen Wahl des Krankenhausinformations- (KIS) - bzw. ERP-Systems C. IS-H des Herstellers C. hat das Klinikum

B. insoweit in Ausübung des ihr zustehenden Leistungsbestimmungsrechts eine "Systementscheidung" getroffen, die sich auch auf die angeschlossenen und neu zu beschaffenden Funktionalitäten und Softwaresysteme auswirkt. Derzeit ist ausschließlich die C. AG der einzige Partner mit dem "Endorsed Partner Status" der C. mit der Ausrichtung "Zeitwirtschaft & Personal-Einsatzplanung" (ein entsprechendes C.-Partnerzertifikat liegt vor).

Maßgabe hierfür ist die tiefe Integration und Anbindung an das C.-System. Die Anbindung von D. an C. erfolgt mittels einer sogenannten "Productized Integration". Das bedeutet, dass eine etablierte und erprobte Anbindung "out of the box" zur Verfügung steht. Diese wird aktiv von beiden Seiten (C. und D.) gepflegt und funktionssicher gehalten. Insbesondere aus KIS- Kompatibilitätssicht kann daher sinnvollerweise nur die D. ... AG beauftragt werden."

Das am 24.05.2024 eröffnete Angebot der Beigeladenen erhielt mit dem Schreiben der Antragsgegnerin vom 28.06.2024, welches der Beigeladenen am 29.06.2024 übersandt wurde, den Zuschlag.

Die Antragstellerin wandte sich mit der im Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 25.11.2024 enthaltenen Rüge gegen die von der Antragsgegnerin in der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung angekündigte Direktvergabe und machte geltend, die Voraussetzungen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb gemäß § 14 Abs. 4 VgV lägen nicht vor. Die Antragsgegnerin teilte mit E-Mail vom 26.11.2024 mit, die Rüge sei nicht fristgerecht eingegangen und werde daher nicht beantwortet. Die Bekanntmachung sei am 18.06.2024 veröffentlicht worden, weswegen jedenfalls die Frist des § 135 Abs. 3 GWB eingehalten worden sei.

Mit dem Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 06.12.2024 stellte die Antragstellerin daraufhin den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer.

Sie beehrte die Feststellung der Unwirksamkeit des am 28.06.2024 zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages über die "Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung" gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, die Antragsgegnerin habe zu Unrecht ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb unter Berufung auf technische Gründe durchgeführt, denn dessen Voraussetzungen lägen nicht vor, weil die Beigeladene über kein technisches Alleinstellungsmerkmal i.S.v. § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV verfüge. Die Antragsgegnerin habe keine vollständige und zutreffende Sachverhaltsermittlung durchgeführt, sie verstoße gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung und die Antragstellerin sei in der Lage, ein vernünftiges Alternativsystem anzubieten. Es sei auch infolge der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 18.06.2024 keine Präklusion nach § 135 Abs. 3 Satz 1 GWB eingetreten, denn die Transparenzbekanntmachung beinhalte schon keine zutreffende Rechtsbehelfsbelehrung, jedenfalls aber keine vertretbare Begründung für das Vorliegen der Voraussetzungen des von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausnahmetatbestandes für eine Direktvergabe aus § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV.

Nachdem die Antragsgegnerin mit ihrer Stellungnahme vom 18.12.2024 zunächst nur geltend

gemacht hatte, dass Einwendungen der Antragstellerin gegen die Wirksamkeit des Vertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen vom 28.06.2024 keinen Erfolg hätten, weil die Frist gemäß § 135 Abs. 3 GWB bereits am 28.06.2024 abgelaufen sei, forderte sie die Vergabekammer mit ihrem Hinweis vom 20.01.2025 auf, sich zu den technischen und fachlichen Argumenten für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb zu erklären.

Die Antragsgegnerin trug sodann mit dem Schriftsatz ihrer nunmehrigen Verfahrensbevollmächtigten vom 31.01.2025 vor, die Antragstellerin sei mit ihrer Rüge der unzulässigen defacto-Vergabe präkludiert und der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Die Beigeladene verfüge über ein technisches Alleinstellungsmerkmal in Form einer "Endorsed App Partnerschaft" mit C., welche eine funktionssichere Schnittstelle zu C. HCM sicherstelle. Die Zertifizierung sichere die Funktionsfähigkeit der Schnittstelle nicht nur zu der aktuell im Einsatz befindlichen C.-Systemwelt, sondern gewährleiste auch die Funktionsfähigkeit in der zukünftigen C.-Systemwelt und stelle deshalb für die Antragsgegnerin den sichersten Weg dar. Im Übrigen sei die Standardsoftware der Beigeladenen im Vergleich zu anderen Lösungen am Markt fortgeschrittener, so dass bestimmte Funktionen nicht erst in Eigenentwicklerleistungen umgesetzt werden müssten, sondern bereits in der Standardsoftware integriert seien. Die Antragsgegnerin habe den Sachverhalt ermittelt, indem sie eine Markterkundung auf zwei Ebenen durchgeführt hätte. Dabei habe sie zum einen mit anderen Kliniken geeigneter Größe gesprochen und diese nach deren eingesetzten Systemen und Funktionalitäten besonders mit Blick auf die Schnittstelle zu C. HCM befragt. Zusätzlich habe sie sich mit ihrem Vertragspartner C. in Verbindung gesetzt und habe diesen nach geeigneten Partnerlösungen befragt, wobei sich herausgestellt habe, dass einziger C.-Partner mit zertifizierter bilateraler Integration der PEP-Software in C. HCM die Beigeladene sei. Nach Auswertung dieser Markterkundung habe man sich für die Durchführung einer Direktvergabe an die Beigeladene entschieden. Der technische Berater der E. AG habe der Antragsgegnerin erklärt, dass aus seiner Sicht aufgrund der technischen Besonderheiten der PEP-Software der Beigeladenen eine Direktvergabe an diese für vertretbar gehalten werde. Der Vermerk zur Begründung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb sei sodann erstellt worden.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und der vor der Vergabekammer von der Antragstellerin und der Antragsgegnerin gestellten Anträge wird auf die Gründe des angefochtenen Beschlusses der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 03.04.2025 Bezug genommen.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Die Vergabekammer hat mit dem Beschluss vom 03.04.2025 festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung unwirksam sei, und die Antragsgegnerin verpflichtet, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die verfahrensgegenständlichen Leistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben.

Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, der Nachprüfungsantrag sei zulässig, denn es bestehe keine Rügeverpflichtung gemäß § 160 Abs. 3 GWB und der Nachprüfungsantrag sei weder verfristet noch verwirkt. Der Nachprüfungsantrag sei zudem begründet, weil die Voraussetzungen von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorlägen, nicht aber die Voraussetzungen von § 135 Abs. 3 Satz 1 GWB. Grundlage für die Bejahung der Voraussetzungen aus § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sei eine hinreichende Aufklärung des Sachverhaltes im Sinne einer zureichenden Marktaufklärung, auf deren Grundlage die Annahme gerechtfertigt sei, dass die Beigeladene ein Alleinstellungsmerkmal im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV gehabt habe. Aus dem Vortrag der Antragsgegnerin, zu dem sie im laufenden Vergabenachprüfungsverfahren aufgefordert und im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer am 24.02.2025 befragt worden sei, ergebe sich aber, dass bereits eine

ausreichende Markterkundung von Seiten der Antragsgegnerin nicht durchgeführt worden sei. Das Vorliegen eines technischen Alleinstellungsmerkmals der Beigeladenen lasse sich daraus nicht herleiten. Zudem sei die durchgeführte Markterkundung im Hinblick auf die Frage einer vernünftigen Alternative oder Ersatzlösung i.S.v. § 14 Abs. 6 VgV nicht ausreichend gewesen.

Es greife auch nicht der Tatbestand des § 135 Abs. 3 Satz 1 GWB ein, weil nicht festgestellt werden könne, dass die Antragsgegnerin i.S.v. § 135 Abs. 3 Nr. 1 GWB aufgrund einer sorgfältigen Prüfung der Sach- und Rechtslage in vertretbarer Weise zu der Ansicht gelangt sei, dass eine Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zulässig sei. Dabei könne offen bleiben, ob die Ex-ante-Transparenzbekanntmachung im Hinblick auf die darin enthaltene, fehlerhafte Rechtsbehelfsbelehrung überhaupt Wirksamkeit habe erlangen können. Jedenfalls habe die Antragsgegnerin nicht vertretbar zu dem Ergebnis gelangen können, dass i.S.v. § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden sei.

Gegen den ihr am 04.04.2025 zugestellten Beschluss der Vergabekammer hat die Antragsgegnerin mit dem am 17.04.2025 beim Vergabesenat eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie begehrt die Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer vom 03.04.2025 und die Zurückweisung des Nachprüfungsantrages.

Sie trägt vor, die Antragsgegnerin habe ihr Leistungsbestimmungsrecht in zulässiger Weise ausgeübt, indem sie eine von C. zertifizierte Schnittstelle als Mindestanforderung festgelegt habe. Die Vergabekammer habe an eine Markterkundung im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Ex-ante-Transparenzbekanntmachung zu hohe, in der Rechtsprechung nicht bestätigte Anforderungen gestellt. Maßgeblich sei nicht, ob die Antragsgegnerin aufgrund der Dokumentation objektiv nicht nachweisen könne, dass die Beigeladene ein technisches Alleinstellungsmerkmal nach § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV innehabe. Im Rahmen der Prüfung des § 135 Abs. 3 GWB gehe es vielmehr um eine Missbrauchskontrolle, indem nämlich verhindert werden solle, dass sich der Auftraggeber, hier die Antragsgegnerin, den Ausnahmetatbestand des § 135 Abs. 3 GWB zunutze mache, indem sie wider besseres Wissen vorbringe, sie habe ein Vergabeverfahren ohne europaweite Ausschreibung für zulässig gehalten. Ein solcher Vorwurf aber könne der Antragsgegnerin nicht gemacht werden. Zudem sei die Markterkundung von Seiten der Antragsgegnerin nicht unzureichend gewesen, weil sie bereits gewusst habe, dass weltweit nur die Beigeladene eine tiefe Integration in C. durch den Zertifizierungsstatus habe vorweisen können und es keinen vergleichbaren oder anderweitigen Partnerstatus von C. für diese Art von Systemen gegeben habe. Die Markterkundung habe im Übrigen weitere Gründe, insbesondere im Sinne des Wirtschaftlichkeitsgebotes, geliefert, weshalb das Angebot der Beigeladenen als Einziges den Bedarf der Antragsgegnerin erfüllt habe und deshalb keine Alternative auf dem Markt existiert habe, die i.S.d. § 14 Abs. 6 VgV in Betracht gekommen sei.

Zusammengefasst habe die Antragsgegnerin im Rahmen eines langen Abwägungsprozesses aufgrund ihrer eigenen Fachkenntnis und sogar unter Zuhilfenahme eines externen technischen Beraters die Vorteile einer zertifizierten Schnittstelle, welche nur die Beigeladene vorweisen könne, geprüft und darauf ihre Entscheidung gestützt. Es bleibe dabei, dass nur die Beigeladene durch einen aufwändigen Prozess die Zertifizierung erlangt habe. Schließlich habe die Vergabekammer den Vortrag der Antragsgegnerin, dass die Markterkundung auch ergeben habe, dass neben der zertifizierten Schnittstelle die Beigeladene die Einzige am Markt sei, bei der wesentliche Funktionen in der Standardsoftware integriert seien, völlig unbeantwortet gelassen habe. Die Antragsgegnerin habe im Rahmen der Beschaffung den sichersten Weg gehen dürfen, der zum Produkt der Beigeladenen führe, das die sicherste Schnittstelle zum vorhandenen Programm von C. gewährleiste.

Der Nachprüfungsantrag sei danach bereits unzulässig, weil die Antragstellerin ihre Rügeobliegenheit aus § 160 Abs. 3 GWB verletzt habe. Mindestens habe die Antragstellerin ihr Recht auf Nachprüfung verwirkt. Jedenfalls aber sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil die Voraussetzungen von § 135 Abs. 3 GWB vorlägen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer des Freistaates Sachsen vom 03.04.2025, Az. 1/SVK/032-24 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen, sowie
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für die Vertretung vor der Vergabekammer für notwendig zu erklären.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vorbringens.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, weil bereits eine Rügeobliegenheit der Antragstellerin nach § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB nicht bestanden habe. Die überobligatorische Rüge vom 25.11.2024 führe nicht zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages. Für die Annahme der Verwirkung sei bereits angesichts der Frist aus § 135 Abs. 2 GWB kein Raum. Im Übrigen lägen die Voraussetzungen einer Verwirkung nicht vor.

Die Ausschlusswirkung des § 135 Abs. 3 Satz 1 GWB sei nicht eingetreten, weil die Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 18.06.2024 bereits rechtswidrig sei. Sie enthalte eine unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung und auch sonst nicht die vorgeschriebenen Mindestinhalte nach § 135 Abs. 3 Satz 2 GWB. Jedenfalls seien aber die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht erfüllt, weil die Antragsgegnerin bereits nicht den Sachverhalt als Entscheidungsgrundlage sorgfältig ermittelt habe.

Zudem könne sich die Antragsgegnerin nicht auf Ausschließlichkeit i.S.v. § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV berufen, weil sie mit der Festlegung auf die Software von C. den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung verletzt habe. Soweit die Antragsgegnerin die Auswahlentscheidung auf den "Endorsed Partner Status" mit Zertifikat habe stützen wollen, sei dies ein missbräuchliches Kriterium und deshalb nicht vom Leistungsbestimmungsrecht der Antragsgegnerin gedeckt. Der Mehrwert der Zertifizierung zu funktionierenden anderen Softwarelösungen mit bidirektionaler Schnittstelle, wie sie auch von Seiten der Antragstellerin angeboten würden, sei nicht erkennbar. Die Zertifizierung sei auch nicht der sicherste Weg, denn die technische Lösung der Antragstellerin mit funktionierender bidirektionaler Schnittstelle sei technisch mindestens vergleichbar. Im Ergebnis lägen die Voraussetzungen einer Direktvergabe ohne Teilnahmewettbewerb nicht vor, weil die Beigeladene kein technisches Alleinstellungsmerkmal i.S.v. § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV vorweisen könne.

Die Beigeladene hat auch im Beschwerdeverfahren keinen Antrag gestellt.

II.

Die nach §§ **171**, **172** GWB form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat in der Sache keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat im angefochtenen Beschluss vom 03.04.2025 zutreffend die Unwirksamkeit des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen durch Zuschlag mit Schreiben vom 28.06.2024 geschlossenen Vertrages über die Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung festgestellt und die Antragsgegnerin verpflichtet, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht die vertragsgegenständlichen Leistungen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu vergeben, weil der auf diese Entscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig (dazu A) und begründet (dazu B) ist.

A. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, welche nach den zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer auf Seite 15 ihres Beschlusses vom 03.04.2025 antragsbefugt gemäß § **160** Abs. 2 GWB war, ist zulässig, weil die Antragstellerin nicht die Rügeobliegenheit aus § **160** Abs. 3 Satz 1 GWB verletzt (dazu 1.) und den Nachprüfungsantrag rechtzeitig, insbesondere unter Beachtung der Frist aus § **135** Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB, eingereicht hat und er nicht verwirkt ist (dazu 2.).

1. Der Senat teilt die Auffassung der Vergabekammer, dass eine Verletzung der Rügeobliegenheit gemäß § **160** Abs. 3 Satz 1 GWB durch Verspätung der Rüge der Antragstellerin vom 25.11.2024 nicht vorliegt, weil dem von der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren gestellten Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages gemäß § **135** Abs. 1 Nr. 2 GWB eine Rüge nach § **160** Abs. 3 Satz 1 GWB nicht vorausgehen musste (§ **160** Abs. 3 Satz 2 GWB).

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin ändert daran auch nichts der Umstand, dass der Auftragsvergabe durch die Antragsgegnerin nach einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb eine freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung voranging, denn bei dieser handelt es sich nicht um eine Bekanntmachung im Sinne von § **135** Abs. 1 Nr. 2 GWB, weil diese Transparenzbekanntmachung nicht auf eine Vergabe im Wettbewerb gerichtet ist, sondern nur die Absicht einer Vergabe ohne Wettbewerb mitgeteilt wird (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, **VII-Verg 13/17**, **NZBau 2017**, 679 Rdn. 18, 23; OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, **13 Verg 9/21**, **NZBau 2022**, 236 Rdn. 25 f.; OLG Koblenz, Beschluss vom 01.09.2021, **Verg 1/21**, **NZBau 2022**, 434 Rdn. 64 ff.).

Die Antragsgegnerin beruft sich für ihren gegenteiligen Standpunkt zu Unrecht auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 19.02.2020 (**Verg 27/17**, **BeckRS 2020**, 8810 Rdn. 20 ff.) und den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 28.01.2025 (**VK2-109/24**, **BeckRS 2025**, 958 Rdn. 57). Beide Entscheidungen betreffen nicht den hier einschlägigen und in § **160** Abs. 3 Satz 2 GWB ausdrücklich geregelten Fall eines Antrages auf Feststellung der Unwirksamkeit eines ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung abgeschlossenen Vertrages, sondern den Fall einer angekündigten und nicht vollzogenen Direktvergabeabsicht, für den § **160** Abs. 3 Satz 2 GWB nicht gilt (so auch ausdrücklich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2020, **a.a.O.**, Rdn. 28).

2. In Übereinstimmung mit den Ausführungen der Vergabekammer im angefochtenen Beschluss vom 03.04.2025 ist festzustellen, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 06.12.2024 die Frist aus § **135** Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB wahrte, denn die Antragsgegnerin hat zwar im Wege der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung die Absicht des Vertragsschlusses mit der Beigeladenen bekannt gegeben, nicht aber den Vertragsschluss durch Zuschlag mit Schreiben vom 28.06.2024, so dass die Frist von 30 Kalendertagen aus § **135** Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB bzw. aus § **135** Abs. 2 Satz 2 GWB nicht lief, sondern nur die Ausschlussfrist von sechs Monaten ab dem Vertragsschluss aus § **135** Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB. Diese aber lief nach dem Vertragsschluss durch das Zuschlagsschreiben vom 28.06.2024 bis Ende Dezember 2024 und wurde

demzufolge durch den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 06.12.2024 gewährt.

Die Antragstellerin hat zudem ihr Nachprüfungsrecht nicht vor Stellung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer am 06.12.2024 unter dem Gesichtspunkt der Verwirkung verloren.

Grundsätzlich erscheint es zwar denkbar, dass das prozessuale Recht, einen Nachprüfungsantrag anzubringen, nach Treu und Glauben verwirkt werden kann (vgl. BayObLG, Beschluss vom 26.04.2023, **Verg 16/22**, **NZBau 2023**, 808 Rdn. 47). Im Vergabenachprüfungsverfahren kommt dies in Betracht, wenn das betroffene Unternehmen keine Maßnahmen ergreift, obwohl ihm dies möglich ist, durch sein langes Zuwarten mit der Rüge oder dem Nachprüfungsantrag bei der Vergabestelle das Vertrauen erweckt, das Unternehmen werde keine Schritte zur Nachprüfung mehr unternehmen (Zeitmoment), und die Vergabestelle im Vertrauen darauf in dem Vergabeverfahren fortfährt (Umstandsmoment) (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.04.2008, **Verg 23/08**, **NZBau 2008**, 461, 464; OLG Jena, Beschluss vom 09.04.2021, **Verg 2/20**, BeckRS 2021, 17182 Rdn 17).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall fehlt es aber im Hinblick auf das angebrachte Nachprüfungsbegehren auf Feststellung der Unwirksamkeit des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Vertrages sowohl am Zeit- als auch am Umstandsmoment, denn es ist von der Antragsgegnerin weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die Antragstellerin zeitnah vor der Anbringung ihrer (überobligatorischen) Rüge vom 25.11.2024, die in engem zeitlichem Zusammenhang vor der Stellung des Nachprüfungsantrages am 06.12.2024 erfolgte, Kenntnis vom Zuschlag der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.06.2024 hatte, welche die Möglichkeit eines Nachprüfungsantrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB erst begründen konnte. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer am 24.02.2025 teilte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin mit, dass diese im Vorfeld ihrer Rüge vom 25.11.2024 keine konkrete Kenntnis vom Stand des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb der Antragsgegnerin hatte. Das Vorliegen eines Zeitmoments kann danach jedenfalls nicht festgestellt werden. Im Übrigen konnte das Verhalten der Antragstellerin im Hinblick auf den von ihr gestellten Nachprüfungsantrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB kein Vertrauen der Antragsgegnerin für die Fortführung des Vergabeverfahrens erzeugen, weil die Antragsgegnerin bereits mit ihrem Schreiben vom 28.06.2024 den Zuschlag für den Vertrag mit der Beigeladenen erteilte und damit das Vergabeverfahren beendete. Auf die Verhinderung des bevorstehenden Zuschlags für einen öffentlichen Auftrag ist der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin dagegen nicht gerichtet.

Es kommt danach nicht entscheidend darauf an, ob zudem neben der relativ kurzen Frist für den Nachprüfungsantrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von sechs Monaten ab Vertragsschluss aus § 135 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB noch Raum für die Annahme der Möglichkeit einer Verwirkung des Rechts auf einen Nachprüfungsantrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB wäre.

B. Der Nachprüfungsantrag ist begründet, weswegen die Vergabekammer im Beschluss vom 03.04.2025 zutreffend festgestellt hat, dass der von der Antragsgegnerin mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam ist. Die Antragsgegnerin hat mit dem Zuschlag auf den Vertragsschluss den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung der Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens im Amtsblatt der EU vergeben, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet war.

Die Antragsgegnerin beruft sich hinsichtlich der gesetzlichen Gestattung zu Unrecht auf die Ausnahmenvorschrift des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV, deren Voraussetzungen im vorliegenden Fall nicht gegeben waren (dazu 1.).

Der Unwirksamkeit des Vertrages zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gemäß § 135

Abs. 1 Nr. 2 GWB steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin am 18.06.2024 im Amtsblatt der Europäischen Union eine freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung veröffentlichte, weil die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht erfüllt sind (dazu 2.) .

1. Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 119 Abs. 2 Satz 1 GWB zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren, welches stets einen Teilnahmewettbewerb erfordert, wählen. Die anderen Verfahrensarten stehen ihm nur dann zur Verfügung, wenn dies aufgrund des Gesetzes gestattet ist (§ 119 Abs. 2 Satz 2 GWB). Das von der Antragsgegnerin gewählte Verhandlungsverfahren (ohne Teilnahmewettbewerb) gehört zu diesen anderen Verfahrensarten (§ 119 Abs. 5 GWB) und ist nur dann gestattet, wenn die Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 VgV vorliegen.

Die Antragsgegnerin beruft sich auf die gesetzliche Gestattung nach § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV, welche voraussetzt, dass der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Ergänzend muss gemäß § 14 Abs. 6 VgV hinzutreten, dass es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung geben darf und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

Für die Frage, ob aus technischen Gründen nur ein bestimmtes Unternehmen für die Durchführung des Auftrages in Betracht kommt, kommt es auf die Festlegung des Auftragsgegenstandes und die Bestimmung seiner technischen Spezifikationen an. Dem Auftraggeber, hier der Antragsgegnerin, steht das Bestimmungsrecht zu, ob und welche Leistungen er beschaffen will. Solange er dabei die gesetzlichen Grenzen beachtet und nicht - offen oder versteckt - ein bestimmtes Produkt oder Unternehmen begünstigt oder ausschließt (§ 31 Abs. 6 VgV), ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei.

Die gewählten Anforderungen müssen aber objektiv auftrags- und sachbezogen und die Begründung nachvollziehbar sein. Führt die Bestimmung des Auftragsgegenstandes dazu, dass im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV die Leistung nur von einem Unternehmen erbracht werden kann, ist gemäß § 14 Abs. 6 VgV weiter zu prüfen, ob es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Eine Leistungsbestimmung, die im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV zu einem völligen Wettbewerbsverzicht führt, bedarf demzufolge größerer Rechtfertigungstiefe als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis nur zu einer hersteller- oder produktbezogenen Leistungsspezifikation gemäß § 31 Abs. 6 VgV führt (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 25.11.2020, **17 Verg 1/20**, **BeckRS 2020, 34207** Rdn 36 f.; Fett in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., § 14 VgV, Rdn. 91).

Im Rahmen der Prüfung der Voraussetzungen von § 14 Abs. 4 Nr. 2b, Abs. 6 VgV ist zu beachten, dass es sich um einen Ausnahmetatbestand handelt, der eng auszulegen und anzuwenden ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, **a.a.O.**, Rdn. 26; OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, Rdn. 30; VK Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 16.12.2022, **Vk14/22**, **BeckRS 2022, 45201** Rdn 82; Völlink in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 14 VgV, Rdn. 51). Aus Erwägungsgrund 50 der RL 2014/24/EU, zu deren Umsetzung § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV geschaffen wurde, ergibt sich, dass angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Auftragsbekanntmachung nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen sollen.

Das objektive Fehlen von Wettbewerb aus technischen Gründen ist vom öffentlichen Auftraggeber darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.06.2017, **VII-Verg 53/16**, **NZBau 2018, 118** Rdn. 23; VK Sachsen, Beschluss vom 04.12.2018, **1/SVK/023-18**,

BeckRS 2018, 34847, Rdn. 53; VK Südbayern, Beschluss vom 05.06.2023, 3194.Z3-3 01-22-54, **BeckRS 2023, 56519** Rdn 38). Der Nachweis muss regelmäßig aufgrund einer umfassenden Marktanalyse auf europäischer Ebene erfolgen, wobei der öffentliche Auftraggeber wettbewerbliche Alternativen prüfen muss, um entscheiden zu können, ob zum Zeitpunkt der Angebotsaufforderung objektiv und ohne vernünftige Zweifel ausschließlich ein bestimmtes Unternehmen zur Durchführung des Auftrages in Betracht kommt. Sind dem öffentlichen Auftraggeber Unternehmen bekannt, welche die Fähigkeit zur Leistungserbringung haben könnten, ist jedenfalls diesen Unternehmen Gelegenheit zu geben, ihre Fähigkeit zur Erbringung der konkret geforderten Leistung selbst einzuschätzen (vgl. VK Bund, Beschluss vom 19.09.2022, **VK 2-80/22, BeckRS 2022, 31569** Rdn 81; Völlink, a.a.O.). Im Ergebnis bedarf es vor einer Vergabe ohne Wettbewerb einer belastbaren Prüfung des Auftraggebers, ob alternative wettbewerbliche Lösungen unter Einbeziehung bekannter Bewerber oder Bieter im Wege eines Mini-Wettbewerbs in Betracht kommen, denn schon wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass noch weitere Unternehmen für die Auftragsdurchführung in Frage kommen, muss ausgeschlossen werden. Zweckmäßigkeitserwägungen oder rein wirtschaftliche Vorteile im Falle der Leistungserbringung durch ein bestimmtes Unternehmen reichen nicht aus. Die Gründe, welche die Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb rechtfertigen, sind vom öffentlichen Auftraggeber gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 7 VgV in den Vergabevermerk aufzunehmen.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist festzustellen, dass die Antragsgegnerin bereits nicht dargelegt hat, dass für die Vergabe des Vertrages über die Lieferung bzw. Bereitstellung eines Softwaresystems zur Zeiterfassung und Personaleinsatzplanung im Umfang der von ihr vorgenommenen Leistungsbestimmung aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden war.

Die Antragsgegnerin macht geltend, sie habe im Rahmen ihres Leistungsbestimmungsrechts als Mindestanforderung im Vergabeverfahren bestimmt, dass zum einen eine von C. zertifizierte Schnittstelle für das zu beauftragende Softwaresystem gegeben sein müsse und zum anderen Regelungen der PpUGV und der PPR 2.0 im Standard der Software bereits abgebildet sein müssten, ohne dass es Eigenentwicklungsleistungen seitens der Anbieter der Softwarelösungen bedürfe. Es sei danach kein Wettbewerb vorhanden, weil die Beigeladene als einziges Unternehmen über die Zertifizierung in Form der "Endorsed App Partnerschaft" verfügt habe und die genannten Regelungen als Standard ohne Eigenentwicklungsleistungen in ihrer Software integriert habe. Es liege also insoweit ein Alleinstellungsmerkmal der Beigeladenen vor, welches zur Anwendbarkeit der Ausnahmegesetzgebung des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV führe.

Diese Auffassung trifft aber nicht zu, denn die Auslegung der in Ziffer 2.1 und 5.1 der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 18.06.2024 enthaltenen und hier maßgeblichen (vgl. auch OLG Hamburg, Beschluss vom 06.04.2023, **1 Verg 1/23**, BeckRS 2023, 50352 Rdn 36) Leistungsbeschreibung ergibt, dass mit dieser weder die Zertifizierung durch C. noch die genannten Programmelemente innerhalb der Standardsoftware als Mindestanforderungen für die Vergabe im Sinne des sichersten Weges für die Antragsgegnerin im Hinblick auf die Funktionalität der zu vergebenden Softwarelösung festgelegt wurden.

Maßgeblich für das Verständnis der Leistungsbeschreibung ist der objektive Empfängerhorizont der potentiellen Bieter, wobei auf einen verständigen und sachkundigen, mit den einschlägigen Beschaffungsleistungen vertrauten Bieter abzustellen ist. Dabei kommt dem Wortlaut der Ausschreibung eine vergleichsweise große Bedeutung zu. Bei der Leistungsbeschreibung muss daher zuerst auf die konkret im Streit stehende Position abgestellt werden. Die speziellen Angaben sind dann in Verbindung mit den anderen Angaben im Leistungsverzeichnis und den anderen Vertragsunterlagen unter Einbeziehung der technischen Normen und des Stands der Technik als sinnvolles Ganzes auszulegen. Bei Leistungsmerkmalen von technischen Ausstattungen kommt es im Zweifel darauf an, dass deren ordnungsgemäßer Betrieb gesichert ist (vgl. OLG Frankfurt/M.,

Beschluss vom 05.11.2019, **11 Verg 4/19, BeckRS 2019, 29592** Rdn 31 f. m.w.N.; BayObLG, Beschluss vom 09.04.2025, Verg 1/25e, **BeckRS 2025, 6717** Rdn. 29 ff.).

Im vorliegend zu beurteilenden Fall wird im Rahmen der Leistungsbeschreibung zunächst ausgeführt, dass das zu vergebende Softwaresystem zur dauerhaften Durchführung einer komplexen Personaleinsatzplanung benötigt wird und eine sichere und konsistente Integration in die vorhandene administrative und klinische IT-Infrastruktur des Konzerns der Antragsgegnerin gewährleisten muss. Die Notwendigkeit eines C.-Zertifikates oder von besonderen Spezifikationen innerhalb der Standardsoftware ergibt sich aus dem Wortlaut der Ausschreibung nicht.

An diesem Auslegungsergebnis ändert sich nichts, wenn man ergänzend zur Leistungsbeschreibung die Begründung für die beabsichtigte Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb unter Ziffer 6 der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 18.06.2024 heranzieht. Dort wird zwar ausgeführt, die Rechtsvorgängerin der Beigeladenen sei der einzige Partner, welcher die Zertifizierung der C. besitze, und demzufolge über eine etablierte und erprobte Anbindung ("out of the box") verfüge. Dies dient aber nur der Begründung durch die Antragsgegnerin, allein mit der Beigeladenen könne "sinnvollerweise" der Vertrag über das Softwaresystem abgeschlossen werden. Unabhängig davon, dass es sich bei diesen Ausführungen der Antragsgegnerin nicht unmittelbar um eine Leistungsbeschreibung, sondern um die Begründung für das Eingreifen des Ausnahmetatbestandes aus § 14 Abs. 4 Nr. 2 b VgV handelt, kann ihnen die Bestimmung eines technischen Mindeststandards nicht entnommen werden. Vielmehr wird allenfalls der Leistungsumfang des Softwaresystems der Beigeladenen beschrieben und daraus der Schluss auf die Sinnhaftigkeit einer Vergabe des Auftrages an diese geschlossen. Die Beschreibung eines technischen Mindeststandards ist damit aber nicht verbunden.

Es kann offen bleiben, ob die nicht veröffentlichten Ausführungen der Antragsgegnerin im Vergabevermerk vom 26.03.2024 bei der Auslegung der Leistungsbestimmung herangezogen werden können. Bejahte man dies, führte dies zu keinem anderen Ergebnis bei der Auslegung der Leistungsbestimmung von Seiten der Antragsgegnerin. Die Ausführungen im Vergabevermerk vom 26.03.2024 decken sich im Wesentlichen mit dem Inhalt der Begründung unter Ziffer 6 der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 18.06.2024. Auch wenn sich dort Rechtsausführungen zur Frage des Umfangs des Bestimmungsrechts des Auftraggebers finden, ersetzt dies nicht die Aufnahme von entsprechenden Vorgaben in die Leistungsbestimmung selbst, welche hier nicht erfolgt ist.

Mangels entsprechender Leistungsbestimmung von Seiten der Antragsgegnerin kann sich ein technisches Alleinstellungsmerkmal der Software der Beigeladenen demzufolge von vornherein nicht aus dem Umstand ergeben, dass nur die Beigeladene über die Zertifizierung von C. verfügt oder bestimmte Softwarekomponenten allein bei ihrem Softwaresystem in der Standardsoftware enthalten sind. Auch wenn das Vorbringen der Antragsgegnerin zutreffen sollte, was die Antragstellerin bestreitet, dass die Software der Beigeladenen im Hinblick auf die genannten zusätzlichen Komponenten die sicherste Softwarelösung im Hinblick auf ihre Funktionalität für die Antragsgegnerin wäre, hieße das aber gerade nicht, dass die Software der Beigeladenen die einzige ist, welche die Vorgaben der Leistungsbeschreibung einhält, worauf es aber im Rahmen der Anwendung des § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV allein ankommt.

Nach den vorstehenden Ausführungen ergibt die Auslegung der Leistungsbestimmung von Seiten der Antragsgegnerin lediglich, dass das zu vergebende Softwaresystem eine sichere und konsistente Integration in die vorhandene IT-Infrastruktur des Konzerns der Antragsgegnerin ermöglichen muss, also über eine entsprechende bidirektionale Schnittstelle verfügen muss. Es steht im vorliegenden Verfahren nicht im Streit, dass dies auf die Software auch der Antragstellerin zutrifft. Es kann offen bleiben, ob der Inhalt der von der Antragsgegnerin vorgelegten Matrix dafür spricht, dass dies auch

auf die Softwareprodukte weiterer Firmen zutrifft. Ein technisches Alleinstellungsmerkmal im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2b VgV liegt damit für kein Unternehmen auf der Basis der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Leistungsbestimmung vor.

2. Der Unwirksamkeit nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB steht nicht entgegen, dass die Antragsgegnerin am 18.06.2024 im Amtsblatt der Europäischen Union eine freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung veröffentlicht hat, weil die Voraussetzungen des § 135 Abs. 3 GWB, unter denen die Unwirksamkeit des Vertrages nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht eintritt, nicht vorliegen.

Kumulativ müssen drei Anforderungen an eine wirksame, freiwillige Ex-ante-Transparenzbekanntmachung erfüllt sein. Der öffentliche Auftraggeber muss der Ansicht sein, dass die Auftragsvergabe ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zulässig ist, er muss eine Bekanntmachung im Amtsblatt veröffentlichen, mit der er die Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und der Vertrag darf nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens zehn Kalendertagen abgeschlossen werden, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung.

Im vorliegenden Falle ist jedenfalls die erste dieser Voraussetzungen, welche sich aus § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ergibt, nicht gegeben.

Die Nachprüfungsinstanzen haben danach zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber bei seiner Bewertung, den Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung vergeben zu dürfen, sorgfältig gehandelt hat und ob er insofern der Ansicht sein durfte, dass die (in einer Ausnahmevorschrift) hierfür geltenden Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren (vgl. EuGH, Urteil vom 11.09.2014, **C 19/13**, juris, Rdn. 90; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, **a.a.O.**). Maßgeblich für die durch die Nachprüfungsinstanzen, und damit auch für den Senat, vorzunehmende Prüfung sind in erster Linie die Gründe, welche der öffentliche Auftraggeber in der freiwilligen Ex-ante-Transparenzbekanntmachung bekannt gemacht hat (vgl. EuGH, **a.a.O.**, juris, Rdn. 51). Objektiv ist danach festzustellen, ob der öffentliche Auftraggeber den seiner Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt vollständig und zutreffend ermittelt hat, während es subjektiv darauf ankommt, dass die von ihm gezogenen Schlussfolgerungen zumindest vertretbar sind, wobei bei der Beurteilung der Vertretbarkeit auch die Erfahrung des Auftraggebers eine Rolle spielt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, **a.a.O.**; OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, **a.a.O.**, Rdn. 36; Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 4. Aufl., § 135 GWB, Rdn. 39; Wolf/Wolters, NZBau 2019, 560, 561 f.; Linke, NZBau 2022, 199, 200 f.). Abweichend von der Auffassung der Antragsgegnerin geht es nicht um eine reine Missbrauchskontrolle, sondern um einen subjektiv-objektiven Sorgfaltsmaßstab, der eine sorgfältige rechtliche Bewertung erfordert und sich nicht in der Prüfung einer missbräuchlichen Berufung auf § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erschöpft.

Ausgehend von diesen Grundsätzen teilt der Senat die Auffassung der Vergabekammer, dass die Antragsgegnerin nicht dargelegt hat, dass sie auf der Grundlage einer ordnungsgemäßen Markterkundung auf europäischer Ebene die Überzeugung davon erlangt habe, dass ein Wettbewerb für den von ihr definierten und beabsichtigten Auftrag aus technischen Gründen nicht bestehe.

Soweit die Antragsgegnerin vorträgt, sie habe im Jahre 2023 Gespräche mit anderen Kliniken und Anbietern von PEP-Softwarelösungen geführt, genügt dies schon deshalb nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäße Markterkundung, weil im Zentrum der damaligen Gespräche eine Softwarelösung für die Personaleinsatzplanung lediglich in Bezug auf die 600 Ärzte der Antragsgegnerin stand, nicht aber in Bezug auf die weiteren 4000 Mitarbeiter mit Pflegepersonal.

Zudem beinhaltet die als Ergebnis der genannten Gespräche im Nachprüfungsverfahren vorgelegte

Matrix eher ein Indiz dafür, dass es mehrere Unternehmen am Markt gibt, die eine Software für die Personaleinsatzplanung anbieten, welche über eine bidirektionale Schnittstelle zu dem von der Antragsgegnerin verwendeten System von C. verfügt, die also ein im Sinne der Leistungsbestimmung der Antragsgegnerin technisch geeignetes Softwaresystem anbieten können. Auch wenn die Matrix anhand des mehrere Jahre zurückliegenden Zeitraums der Erhebung (und des Bezugs zu einem Beschaffungsbedarf lediglich für die 600 Ärzte) nicht ohne Weiteres die technische Konkurrenz von mehreren Unternehmen für die von der Antragsgegnerin beabsichtigte Beschaffung belegen kann, fehlt es jedenfalls an einer hinreichenden Markterkundung von Seiten der Antragsgegnerin, welche ausreichende Anhaltspunkte für Gegenteil, nämlich das Fehlen einer Konkurrenz neben der Beigeladenen für die beabsichtigte Vergabe einer Softwarelösung aus technischen Gründen belegen würde. Eine europaweite Markterkundung für eine PEP-Softwarelösung für sämtliche Mitarbeiter zeitnah vor Beginn des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb legt die Antragsgegnerin nicht dar.

Schon aus diesem Grunde liegen die Voraussetzungen von § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB objektiv nicht vor, denn es kann im Nachprüfungsverfahren nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin als Auftraggeberin den ihrer Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt im Hinblick auf die von ihr beabsichtigte und umschriebene Beschaffung vollständig und zutreffend ermittelt hätte. Die Frage, welche Schlussfolgerungen sie vertretbar aus einem vollständig und zutreffend ermittelten Sachverhalt hätte ziehen dürfen, stellt sich danach nicht.

Im Ergebnis liegen die Voraussetzungen von § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht vor. Ob die Antragsgegnerin die Voraussetzungen von § 135 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB eingehalten hat, kann offen bleiben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 71, 175 Abs. 2 GWB, die Festsetzung des Streitwertes für das Beschwerdeverfahren auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat hat insoweit den Angebotspreis der Beigeladenen im Vergabeverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zugrunde gelegt.