


Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	10.07.2024
Aktenzeichen:	Verg 2/24
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2024:0710.VERG2.24.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 97 Abs 2 GWB, § 97 Abs 4 S 2 Alt 2 GWB, § 97 Abs 6 GWB, § 31 Abs 1 S 1 VgV, § 31 Abs 6 S 1 Halbs 2 VgV
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juli 2024 – Verg 2/24 –, juris

Vergabenachprüfungsverfahren: Produktspezifische Ausschreibung interaktiver Displays für kommunale Schulen; Absehen von einer Fachlosvergabe

Orientierungssatz

1. Herstellerverweise sind nur dann durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. u.a. OLG Brandenburg, 8. Juli 2021, 19 Verg 2/21). (Rn.81)
2. Bei sonstigen Kompatibilitätsproblemen, die bei der Beschaffung neuer Systemkomponenten - insbesondere von IT-Komponenten - regelmäßig auftreten können, muss der Auftraggeber aufzeigen, dass durch den Wechsel des Systems oder die produktneutrale Ergänzung ein unverhältnismäßiger Mehraufwand entstünde oder die Funktionalität auf nicht hinnehmbare Weise beeinträchtigt würde (vgl. OLG Düsseldorf, 16. Oktober 2019, VII-Verg 66/18). (Rn.81)
3. Einer Fachlosvergabe und damit der Prüfung des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes für eine Gesamtlosvergabe bedarf es nur, wenn es sich überhaupt um getrennte Märkte handelt (OLG Düsseldorf, 23. März 2011, VII-Verg 63/10). (Rn.96)

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Brandenburgisches Oberlandesgericht Vergabesenat, 8. Juli 2021, 19 Verg 2/21
Vergleiche OLG Düsseldorf Vergabesenat, 16. Oktober 2019, VII-Verg 66/18, ...
Vergleiche OLG Düsseldorf Vergabesenat, 23. März 2011, VII-Verg 63/10, ...

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 05.02.2024 (VK 38/23 - L) wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe

I.

- 1 Die Antragstellerin, ein IT-Unternehmen, welches digitale Lernlösungen wie interaktive Schultafeln oder Lernsoftware für Schulen anbietet, wendet sich gegen die in der seitens der Antragsgegnerin ausgeschrieben Vergabe enthaltene produktspezifische Ausschreibung der Hard- und Software sowie eine unterlassene Losaufteilung - nämlich eine unterlassene Teillosvergabe getrennt nach Schulen und eine unterlassene Fachlosvergabe getrennt nach Hard- und Software.
- 2 Die Antragsgegnerin, eine kommunale Gebietskörperschaft und Schulträgerin von 88 Schulen, schrieb mit Bekanntmachung vom 23.10.2023 im offenen Verfahren eine Rahmenvereinbarung über die Lieferung und Montage von interaktiven Displays für die kommunalen Schulen in ihrem Stadtgebiet aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union ...). Die interaktiven Displays sollen vorhandene Tafeln unterschiedlicher Art und Güte ersetzen. Der in Rede stehende Auftrag soll mit Fördermitteln aus dem Digitalpakt Schule finanziert werden. Die Rahmenvereinbarung umfasste nach der "Allgemeine(n) Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung" die Lieferung und Montage von interaktiven Displays inklusive Zubehör, Software und Dienstleistungen. Es sollen prinzipiell alle Unterrichtsräume, die bisher über kein interaktives Display verfügen, mit einem interaktiven Display ausgestattet werden (Ziff. I.6 Allgemeine Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung).
- 3 Ausweislich der Pos. Nr. 1 der Leistungsbeschreibung ist Leistungsgegenstand die Lieferung von 1.200 interaktiven Displays 86" Version T. SBID MX286-V4 mit iQ, - oder Nachfolger". Nach Ziff. I.7 der "Allgemeine(n) Vorbemerkung zur Leistungsbeschreibung" kann die sich aus der Leistungsbeschreibung ergebende Höchstmenge um höchstens 50% überschritten werden.
- 4 Nach Ziff. III.1.3 der Bekanntmachung *Technische und berufliche Leistungsfähigkeit* ist als Eignungskriterium unter anderem gefordert:

"- ...
- 5 - *Nachweis T. Platin Partnerstatus für den Bereich Bildung (mit dem Angebot mittels Dritterklärung vorzulegen)*

- ..."
- 6 Hierauf weist auch Ziff. I.16 der "Allgemeine(n) Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung" hin.
- 7 Zudem hat der Bieter nach Ziff. III.1.3 der Bekanntmachung i.V. m. Ziff. I.19 "Allgemeine Vorbemerkung zur Leistungsbeschreibung" Referenzlisten vorzulegen, aus denen sich ergibt, ob und in welchem Umfang in der Vergangenheit bereits interaktive Displays des Herstellers T. in Schulen montiert worden sind, wobei erwartet wird, dass der Bieter vergleichbare Aufträge mit anderen Schulträgern bereits ausgeführt und circa 1.000 (+/- 10%) interaktive Displays jährlich montiert hat.
- 8 Nach Pos. 6 des Leistungsverzeichnisses gehört zu dem Leistungsgegenstand die Lieferung von 42 Softwarepaketen *Touchdisplay-Software T. Notebook Plus und T. Learning Suite*. Die Software *T. Notebook Plus* und *T. Learning Suite* sollte jeweils als Schullizenz

für alle Rechner der jeweiligen Schule und auch für alle privaten Rechner der Schülerinnen und Schüler und Lehrkräfte ohne zusätzliche Kosten für regelmäßige Upgrades oder Updates zur Verfügung gestellt werden. Die Software "T. Notebook" ist eine interaktive Lehr- und Lernsoftware, die speziell für den Einsatz mit interaktiven Displays des Herstellers T. entwickelt wurde und genau wie die Softwarelösungen anderer Displayanbieter die Erstellung, Bearbeitung und Darstellung von Lerninhalten ermöglicht.

- 9 Nach Pos. 14 des Leistungsverzeichnisses sind Gegenstand der Beschaffung schließlich 100 Schulungen à drei Stunden für jeweils bis zu 13 Personen im Umgang mit dem Touchdisplay, wobei die Schulung durch einen von T. zertifizierten Trainer durchzuführen ist. Die Laufzeit des Vertrags beträgt ausweislich Ziff. II.2.4 der Bekanntmachung zwei Jahre (01.01.2024 - 31.12.2025) mit der Option einer zweimaligen Verlängerung um jeweils ein weiteres Jahr bis maximal 31.12.2027. Sie beginnt mit der Zuschlagserteilung, frühestens jedoch am 01.01.2024 (vgl. Ziff. I.3 Allgemeine Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung).
- 10 Im Jahr 2019 hatte die Antragsgegnerin bereits 666 interaktive Displays einschließlich didaktischer interaktiver Touchdisplay-Software im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens beschafft. Dem damaligen Vergabeverfahren, in dem der Hersteller T. den Zuschlag erhalten hatte, hatte eine produktneutrale Ausschreibung zugrunde gelegen (vgl. Rahmenvereinbarung, ASt 7; Technisches Leistungsverzeichnis, ASt 8; Preisblatt, ASt 9). Dabei sah die damalige Technische Leistungsbeschreibung (Anlage ASt 8) unter Ziff. 1.7 für die zu beschaffende didaktische interaktive Touchdisplay-Software folgendes vor:
- 11 *"- Alle hier geforderten Funktionen und Dienste des Softwareumfangs sind im Preis enthalten und dürfen deshalb keine zusätzlichen Kosten bei der Nutzung der Touchdisplay-Software erzeugen.*
- ...
- 12 *- Lieferung der Touchdisplay-Software als Schullizenz für alle Rechner der Schule und auch für alle privaten Rechner der Schülerinnen und Schüler und Lehrkräfte ohne zusätzliche Kosten für regelmäßige Upgrades oder Updates.*
- ...
- 13 *- die Software ist unabhängig vom Touchdisplay-Hersteller aus Pos. 1.1 und 1.2 auch mit herstellerfremden interaktiven Tafelsystemen / Touchdisplays kompatibel*
- ..."
- 14 Im Zeitpunkt der beabsichtigten streitgegenständlichen Vergabeentscheidung waren bereits 670 interaktive Displays der Firma T. an 46 von 88 Schulen der Antragsgegnerin im Einsatz. Diese Displays waren verteilt auf alle 11 Gymnasien, auf die 4 Berufskollegs, auf 4 der 5 Gesamtschulen, auf 3 der 4 Hauptschulen, auf 3 der 7 Förderschulen sowie 3 der 7 Realschulen und auf 18 von 50 Grundschulen und dort bereits installiert. Zudem wurde in allen Schulen, die über die interaktiven Displays des Herstellers T. verfügten, die T. Notebook Software eingesetzt. Auch waren in beiden Standorten des außerschulischen Lernorts "C." interaktive Displays des Herstellers T. einschließlich der dazugehörigen Software T.-Notebook im Einsatz. Weiter verfügten die Techniker des Schulamts über ein entsprechendes interaktives Display. Die Mitarbeiter des Schulamts sind - eben-

so wie die IT-Administratoren an den Schulen und die Lehrkräfte - auf die Displays des Herstellers T. geschult.

- 15 In einem Fragenkatalog vom 23.05.2023 (Anlage ASt 17, Bl. 124 d. A.) hatte die Antragsgegnerin die Umstände ermittelt, die eine herstellerspezifische Ausschreibung rechtfertigen könnten. Hier führte sie zur bestehenden IT-Infrastruktur unter anderem aus, auf S. 4:
- 16 *"Ein Mischbetrieb mit Displays anderer Hersteller würde zu Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung (zwingend erforderliches Zentrales Management für alle Schulen). Das vorhandene MDM herstellerspezifisch von T. und daher nicht mit den Geräten anderer Hersteller kompatibel. Durch eine heterogene Umgebung besteht die Gefahr von Inkompatibilitäten sowie von erhöhten Supportaufwand. Sowohl die eigenen Techniker als auch die Mitarbeiter des externen Schulsupportdienstleisters müssten sich in ein weiteres MDM einarbeiten und beide Systeme betreuen."*
- 17 und weiter auf S. 5 zum Punkt "Gefährdung des störungsfreien Betriebs":
- 18 *"Ein Mischbetrieb innerhalb einer Schule mit Klassenraumprinzip ist nicht möglich, da Lehrkräfte sich in die Handhabung unterschiedlicher Displays und der herstellerspezifischen Displaysoftware einarbeiten müssten."*
- 19 und weiter zum Punkt "Entwertung bereits getätigter Infrastrukturmaßnahmen:
- 20 *"Die vorhandene MDM-Software ist herstellerspezifisch."*
- 21 Zum Umstellungsaufwand für die Nutzer führt sie auf S. 8 aus:
- 22 *"Die Schulung der Anwendung der Displays müsste auf mehreren Systemen für alle ca. 3.870 Lehrkräfte erfolgen. Der Aufwand wäre erheblich (s.o.)."*
- 23 *Die Geräte können nicht über eine gemeinsames zentrales MDM verwaltet werden.*
- 24 *Aufspaltung Userkreis: Herstellersoftwarespezifische Unterrichtsinhalte könnten nicht einheitlich durch alle User verwendet werden.*
- 25 *Es entsteht zusätzlicher Mehraufwand für den externen Supportdienstleister und den Schulsupport des Schulamtes aufgrund fehlender IT-Administratoren in den Schulen."*
- 26 In der "Allgemeine(n) Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung" heißt es unter Ziff. I.5 wie folgt:
- 27 *"Bis zur Zuschlagserteilung zum Vergabeverfahren werden in den 88 städtischen C.1 Schulen 670 interaktive Displays des Herstellers T. entweder bereits montiert oder beauftragt sein. Der Bezug dieser interaktiven Displays erfolgte aus einem auf einem produktneutralen Vergabeverfahren beruhenden Rahmenvertrag. Die vorhandenen 670 interaktiven Displays verteilen sich auf alle Schulformen und über die Hälfte der städtischen Schulen sowie zentral geschaffene Schulungsräume. Für eine Homogenität im Unterricht aller 88 städtischen C.1 Schulen, durchgehend von Klasse 1 in der Grundschule bis hin zu den Abschlussjahrgängen der weiterführenden oder berufsbildenden Schulen, ist es erforderlich, dass auch die Unterrichtsräume, die bisher nicht über interaktive Displays verfügen, mit interaktiven Displays des Herstellers T. ausgestattet werden. Hinzu kommen weitere technische Gründe, wie die Einbindung in das bereits vorhandene Mo-*

bileDeviceManagement-System (S.) sowie Wartung, Pflege und Support der Hard- und Software sowohl durch die Mitarbeitenden des Schulträgers als auch des externen Schulsupportdienstleisters. In allen Schulen, die bereits über interaktive Displays des Herstellers T. verfügen, wird zudem die T. Notebook Software eingesetzt. Ein Effizientes Arbeiten ist den ca. 3.870 Lehrkräften in den 88 städtischen C.1 Schulen nur dann möglich, wenn die einzusetzenden interaktiven Displays von nur einem Hersteller stammen. Diese Forderung nach einer einheitlichen IT-Ausstattung wird auch seitens der Schulen regelmäßig bekräftigt. Aus diesem Grund gibt es bei einigen Positionen der Leistungsbeschreibung herstellerspezifische Vorgaben und es werden keine gleichwertigen Produkte zugelassen."

- 28 Bei der MobileDeviceManagement-Software (im Folgenden: MDM-Software) handelt es sich um eine zentrale Verwaltungslösung, über die ein Administrator auf alle Displays in der Systemumgebung zugreifen, diese steuern und einstellen kann. Dadurch können beispielsweise einheitliche Zeitpläne für das Hoch- und Runterfahren, Lautstärkeregelungen und alle anderen denkbaren individuellen oder gruppengesteuerten Einstellungen einschließlich des Aufspielens von Softwareupdates vorgenommen werden.
- 29 Mit Bieterfrage (Anlage ASt 11) rügte die Antragstellerin, dass die Verfahrensgestaltung gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoße, da es an einer sachlichen Rechtfertigung für die von der Antragsgegnerin verfolgte "Ein-Hersteller-Strategie" fehle. Dies wies die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 07.11.2023 (Anlage ASt 12) zurück unter Verweis darauf, dass vorliegend eine sachliche Rechtfertigung für die Produktvorgabe gegeben sei, wobei sie die in Ziff. I.5 der "Allgemeine(n) Vorbemerkungen zur Leistungsbeschreibung" enthaltene Begründung wiederholte.
- 30 Mit anwaltlichem Rüge Schreiben vom 13.11.2023 (Anlage ASt 13) vertiefte die Antragstellerin ihr Rügevorbringen und rügte zudem einen Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung. Mit anwaltlichem Rügeantwortschreiben vom 15.11.2023 (Anlage ASt 14) half die Antragsgegnerin der Rüge nicht ab, sondern erklärte, dass eine Erweiterung des Bestandssystems mit Geräten desselben Herstellers gerechtfertigt sei, und führte hierzu wie folgt aus:
- 31 *"Es ist einerseits dadurch gerechtfertigt, dass die Verwendung verschiedener Displays und Systeme zu einem deutlich höheren Wartungs-, Schulungs- und Support-Bedarf für die IT-Servicemitarbeiter führen würde, weil verschiedene Systeme gewartet und betrieben werden müssen und zusätzliche Software beschafft werden müsste. Sowohl die Verwaltungsmitarbeitenden des Schulamtes als auch die Techniker der Schul-IT und des externen Schulsupportdienstleisters und zusätzlich die Mitarbeitenden an den C.S-Standorten müssten Fachwissen für verschiedene Produkte und herstellerspezifische Softwareprodukte aufbauen und stets aktuell halten. Dieser Aufwand ist erheblich und nicht gewünscht. Es ist andererseits auch dadurch gerechtfertigt, dass die Nutzer der Displays, zu denen nicht nur Lehrer, sondern auch Schüler gehören, nur an einem Produkt geschult werden müssen. Selbst wenn Lehrer nur vereinzelt an verschiedenen Schulen eingesetzt werden, wechseln jedenfalls die weiteren Nutzer, die Schüler im Laufe ihrer Schulzeit die Schulen regelhaft. Darüber hinaus hat die Stadt zentrale Schulungsräume mit der Technik des T.-Displays geschaffen. Dort können Lehrer, aber auch Schüler geschult werden (C. Riesstraße ...; C. Digital Beuel, ...; C. Lernwerkstatt, ...)."*
- 32 Bezugnehmend auf das Rügeantwortschreiben der Antragsgegnerin ergänzte die Antragstellerin mit anwaltlichem Schreiben vom 17.11.2023 (Anlage ASt 15) ihre Rüge in Bezug

auf eine unterlassene Prüfung einer Fachlosaufteilung getrennt nach Hard- und Software. Die Antragsgegnerin half mit Schreiben vom 20.11.2023 (Anlage ASt 16) auch dieser ergänzenden Rüge der Antragstellerin nicht ab.

- 33 Die Antragstellerin hat mit Anwaltsschriftsatz vom 22.11.2023 (Anlage ASt 18) die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens beantragt. Zu dessen Begründung hat sie ihre bereits mit Rügeschreiben vom 13. und 17.11.2023 erhobenen Rügen aufrecht erhalten und vertieft. Es fehlten nach ihrer Ansicht bei dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren tatsächlich vorliegende nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe, nach denen die Antragsgegnerin ihren Bedarf an interaktiven Lerndisplays ausschließlich an den explizit genannten und erwünschten Hersteller T. habe ausrichten dürfen. Von einem etablierten Bestandssystem könne nicht ausgegangen werden, da die bisher beschafften Displays (670 Geräte) lediglich 27 Prozent der insgesamt zu beschaffenden Displays (bis zu 1.800 weitere Geräte) ausmachten. Ein Hardware-Mischbetrieb sei üblich und werde regelmäßig ohne Mehraufwände oder Schwierigkeiten vollzogen. Es sei schon nicht feststellbar, dass die Einrichtung von Displays, deren Verwendung durch Lehrer und Schüler oder deren Administration besonderen Aufwand erforderten, wenn Geräte unterschiedlicher Firmen parallel eingesetzt würden. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Geräte an sich - unabhängig vom verwendeten Betriebssystem und der Software - unterschiedlich zu bedienen wären. Die zur Bedienung der Hardware notwendige Kenntnis beschränke sich auf die reine Inbetriebnahme. Es könne auch nicht festgestellt werden, dass der parallele Betrieb von interaktiven Displays verschiedener Hersteller im Hinblick auf die Hardwarekomponenten zu einem spürbaren Mehraufwand für Administration und Support führten. Ein erheblicher, auch finanziell belastender, Ausbildungs-, Fortbildungs- und Umstellungsmehraufwand sei nicht gegeben. Auch eine Einbindung in das vorhandene MDM-System sei nicht erforderlich. Wartung, Pflege und Support der Hard- und Software seien bei den Displays im Wesentlichen gleich. Gegen einen erheblichen Mehraufwand spreche zudem, dass Updates für die Anwendung des Prowise Presenter automatisch aufgespielt würden. Für den technischen Support gebe es bei ihr fachlich versierte *Service desks* und ihre Supportmitarbeiter könnten sich zur Fehlerbehebung ohne weiteres auf die Geräte aufschalten. Der *Prowise Presenter* sei ohne Lizenzgebühr einsetzbar. Schulungen der Antragstellerin für die Einweisung der neuen interaktiven Displays seien kostenlos. Vor diesem Hintergrund hätte die Antragsgegnerin vorliegend eine Teillosvergabe (in Bezug auf diejenigen Schulen, die noch nicht mit Displays und Software des Herstellers T. ausgestattet sind) und eine Fachlosvergabe (getrennte Beschaffung von Hard- und Software) durchführen müssen.
- 34 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 35 1. der Antragsgegnerin zu untersagen, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen;
- 36 2. der Antragsgegnerin aufzugeben, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die dargestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen;
- 37 3. die Vergabeakte beizuziehen und der Antragstellerin unverzüglich Akteneinsicht zu gewähren;
- 38 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären;

- 39 5. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.
- 40 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 41 1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
- 42 2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Antragsgegnerin aufzuerlegen;
- 43 3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.
- 44 Die Antragsgegnerin hat die Ansicht vertreten, eine produktspezifische Ausschreibung sei vorliegend sachlich gerechtfertigt. Es liege keine erstmalige Neubeschaffung vor, sondern es handle sich vielmehr um eine Erweiterung der bestehenden informationstechnologischen Infrastruktur. T.-Displays und T. Notebook Software werde bereits an 46 Schulen eingesetzt, an 85% der weiterführenden Schulen und 18 von 50 Grundschulen, die IT des Schulamts und die Schulungsräume seien mit T. Displays und Software ausgestattet, der Schulsupport sei auf diese Displays geschult, ebenso wie 3.000 von 4.100 Lehrkräften, die bereits mit Displays der Firma T. arbeiteten. Ein Mischbetrieb würde Arbeitsabläufe im Schulalltag beeinträchtigen, weil Schüler die Schulen regelhaft wechseln würden - etwa beim Übergang von der Grundschule auf die weiterführende Schule oder aufgrund von Kooperationen und gemeinsamen Leistungskursen verschiedener Schulen. Auch gebe es mit dem C. zentrale Lernräume, die alle Schüler und Lehrkräfte nutzten. Sie müssten sich dabei an ein anderes System mit einem anderen Interface und einer anderen Software gewöhnen, was zu erheblichen Zeitverlust für die eigentlichen Lehrinhalte führen würde. Ein Software-Mischbetrieb würde auch bei den Lehrern zu einem erheblichen Mehraufwand führen, weil sie alle Dateien und Lehrinhalte in zwei unterschiedlichen Formaten erstellen und bearbeiten müssten, was wertvolle Unterrichtszeit kosten würde. Hierzu könne es nicht nur bei einem Mischbetrieb innerhalb einer Schule kommen, sondern auch dann, wenn Lehrkräfte an verschiedenen Schulen tätig seien, wie etwa die in der Stadt zahlreichen Poolkräfte oder Lehrkräfte, die sich mit anderen Lehrkräften Stellen teilen und deshalb an verschiedenen Schulen tätig sind.
- 45 Die vorhandene MDM-Software, T. Notebook Software und T. Learning Suite seien herstellerspezifisch und könnten nicht ohne Funktionsbeeinträchtigungen auf der Hardware anderer Hersteller installiert werden. Bei der Verwendung der T. Software auf einer anderen Hardware stünden wichtige Werkzeuge nicht zur Verfügung, insbesondere sei die automatische Stifterkennung sowie Tochtuprkennung nicht gewährleistet. Die bereits im Einsatz befindliche MDM-Software funktioniere uneingeschränkt nur auf Geräten der Firma T.. Die MDM-Software basiere auf der Grundlage einer MDM-Software eines dritten Herstellers, die spezifisch auf die Displays der Firma T. angepasst worden sei. Sie, die Antragsgegnerin, müsse insgesamt jedwedes Risikopotential für Fehlfunktionen oder Kompatibilitätsprobleme ausschließen dürfen, um im schulischen Umfeld eine gleichförmige Funktion einer Vielzahl von Endgeräten bei der Nutzung durch unterschiedliche Schülergruppen gewährleisten zu können.
- 46 Bei einem neuen Produkt eines anderen Herstellers entstehe ein hoher Schulungsaufwand für ihr Lehrpersonal und IT-Betreuungspersonal, weil sie in beiden Softwareforma-

ten dauerhaft geschult werden müssten. Auch würde die Wartung und der Support erschwert. Die zentral ausgeführten Wartungs-, und Servicearbeiten müssten doppelt ausgeführt werden, wenn es verschiedene Hardware und damit verbunden zwei parallele Wartungssysteme (MDM-Software) gäbe.

- 47 Schließlich entstünden zusätzliche Lizenzkosten, wenn die bereits vorhandene T. Software auf Geräten anderer Hersteller eingesetzt werden müsste, denn die Kosten für den Erwerb von Lizenzen seien deutlich höher, wenn die Software auf Hardware anderer Hersteller installiert werde, als wenn sie einheitlich mit den Displays erworben werde. Es müsste zudem eine Zustimmung für die Nutzung der Software auf herstellereigenen Geräten bei der Firma T. eingeholt werden, die dem Betrieb ihrer Software auf fremder Hardware allenfalls in Ausnahmefällen zustimme. Eine Pflicht zur Markterkundung bestehe auch bei einer herstellerspezifischen Ausschreibung nicht. Unabhängig davon habe die Antragsgegnerin sich seit Jahren mit den Produkten am Markt auseinandergesetzt, indem sie sich beispielsweise jährlich auf der Bildungsmesse didacta sowie im laufenden Tagesgeschäft über die am Markt verfügbaren digitalen Displays und deren Funktionen informiere. Sie stehe auch im Austausch mit anderen öffentlichen Auftraggebern und habe sich in Vorbereitung der streitgegenständlichen Ausschreibung intensiv mit den digitalen Displays verschiedener Hersteller auseinandergesetzt, woraus sich für sie die fehlende Kompatibilität der Hard- und Software verschiedener Hersteller ergeben habe.
- 48 Gründe, die eine Teillos- oder Fachlosvergabe erforderlich machen würden, lägen ebenfalls nicht vor. Eine gemeinsame Ausschreibung von Hard- und Software sei üblich. Insbesondere sei eine getrennte Ausschreibung von Hard- und Software vorliegend aus technischen und wirtschaftlichen Gründen - wie dargestellt - nicht ohne weiteres möglich gewesen. Sie würde zu einem höheren Koordinierungsaufwand führen. Beide Komponenten müssten zu einem einheitlichen System zusammengefasst werden. Dabei könne es an den Schnittstellen zwischen den zu beschaffenden Hard- und Softwarekomponenten zu Fehlern kommen. Es bestehe ein erhöhtes Gewährleistungsrisiko. Auch eine Aufteilung des Auftrags nach Schulen, je nachdem, ob die Schule bereits über interaktive Displays verfüge oder nicht, könne aufgrund der bereits etablierten einheitlichen IT-Infrastruktur ebenfalls nicht erfolgen.
- 49 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 05.02.2024 - der Beschwerdeführerin am 06.02.2024 zugestellt - hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückgewiesen. Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, die Antragstellerin habe die Grenzen ihres Leistungsbestimmungsrechts nicht überschritten. Sie habe den Wettbewerb auf die durch sie ausgeschriebenen Leistungen beschränken und vom Grundsatz der Produktneutralität abweichen dürfen. Vorliegend sei die produktscharfe Ausschreibung ausnahmsweise nach § 31 Abs. 6 VgV gerechtfertigt gewesen. Die abzuwendenden Risiken von Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen und hohem Umstellungsaufwand bei Verwendung einer anderen Hard- und/oder Software als der ausgeschriebenen, unter Beibehaltung der Basisinfrastruktur, rechtfertige die produktspezifische Ausschreibung. Die Antragsgegnerin habe im Interesse der Systemicherheit und Funktion der interaktiven Displays das Risikopotential, welches die Verbindung verschiedener und komplexer IT-Systeme mit sich bringe, ausschließen und den zuverlässigen Weg einer "Ein-Hersteller-Strategie" wählen dürfen. Die unterbliebene Bildung von Teillosen verstoße nicht gegen das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen gemäß § 97 Abs. 4 GWB. Vorliegend lägen wirtschaftliche und technische Gründe vor, die es der Antragsgegnerin erlaubten, vom Grundsatz der Losauftei-

lung abzusehen. Im Falle eines Mischbetriebs seien unzumutbare wirtschaftliche Nachteile für die Antragsgegnerin zu befürchten. Daneben seien die von der Antragsgegnerin geschilderten Funktionalitätsgründe - nämlich Vermeidung von Fehlerquellen, Vermeidung von Kompatibilitätsproblemen und Funktionsbeeinträchtigungen im täglichen Gebrauch sowie Vermeidung eines unnötigen Wartungs- und Schulungsbedarfs - ausreichende technische Gründe im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Die Umsetzung dieser in zulässiger Weise verfolgten "Ein-Hersteller-Strategie" sei mit einer Losbildung nicht vereinbar. Einem Auftraggeber sei es im Zweifelsfall nicht zuzumuten, bei Fehlern innerhalb eines integrierten Systems eigenständige Ursachenforschung zu betreiben, in welchem System der Fehler begründet liege. Das werde jedoch notwendig, wenn die Teile von unterschiedlichen Vertragspartnern geliefert würden, und gelte umso mehr bei der Beschaffung unterschiedlicher Hard- und Software.

- 50 Hiergegen hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.02.2024 - eingegangen am selben Tag - sofortige Beschwerde eingelegt. Die Antragstellerin ist der Ansicht, Funktionsumfang und Bedienbarkeit der Displays seien bei allen etablierten Herstellern im Wesentlichen gleich. Die T.-Software funktioniere auch auf der Hardware der Beschwerdeführerin sowie auf derjenigen anderer Hersteller; sie könne dort problemlos und uneingeschränkt installiert und benutzt werden. Der Hersteller T. habe sich im vorausgegangenen Vergabeverfahren gegenüber der Beschwerdegegnerin zur Interoperabilität ihrer Software mit der Hardware anderer Hersteller verpflichtet. Die MDM-Software, T. Learning Suite sowie die T.-Notebook Software seien mit der Software der Antragstellerin kompatibel, insbesondere ließen sich mit der T.-Notebook Software erstellte Dateien ohne Funktionsverlust auf die Displays der Antragstellerin übertragen, ohne dass es einer Umwandlung in ein anderes Format (IWB) bedürfe, da aufgrund der besonderen Interoperabilität zwischen der Hard- und Software beider Hersteller eine vollständige direkte Übertragung ohne Funktionsverlust möglich sei. Auch die MDM-Software (Mobile-Device-Management Software) von T. könne mit den Geräten anderer Hersteller kompatibel sein. Jedenfalls sei eine herstellerübergreifende Nutzung von MDM-Lösungen möglich und üblich. Sollte dies bisher für die von der Antragsgegnerin genutzte MDM-Software nicht der Fall sein, ließe sich in Zusammenarbeit mit dem Hersteller und der Antragstellerin seitens der Antragsgegnerin eine Kompatibilität herstellen. Lizenzkosten dürften nicht als Argument für eine produktspezifische Ausschreibung herangezogen werden. In der Vorausschreibung habe sich T. verpflichtet, die Touchdisplay-Software "als Schul Lizenz für alle Rechner der Schule auch für alle privaten Rechner der Schülerinnen und Schüler und Lehrkräfte ohne zusätzliche Kosten für regelmäßige Upgrades oder Updates" zu liefern. Mögliche Mehrkosten habe die Antragsgegnerin zum Wettbewerbsschutz zu tragen.
- 51 Andererseits funktioniere auch die Software der Beschwerdeführerin, die lizenzfrei zur Verfügung stehe, auf allen herstellerfremden Geräten. T.-Dateien müssten nicht zwingend in einer T.-Software geöffnet werden, sondern könnten auch in einer herstellerfremden Software eines anderen Herstellers geöffnet werden. Der Import und der Export von T.-Dateien in das Softwaresystem der Antragstellerin und aus diesem heraus erfordere keinen besonderen Aufwand für die Lehrkräfte oder IT-Verantwortlichen. Ein Qualitätsverlust trete nicht auf. Das gelte auch für die MDM-Software. Auch die MDM-Lösung der Beschwerdeführerin könne die Geräte von T. erfassen, wenn T. entsprechend mit der Beschwerdeführerin kooperiere.

- 52 Ein paralleler Betrieb von interaktiven Displays verschiedener Hersteller im Hinblick auf die Hardwarekomponenten führe zu keinem spürbaren Mehraufwand im Sinne eines erhöhten Umstellungs-, Wartungs-, Schulungs- und Supportbedarfs und bedürfe keiner besonderen Spezialisierung der Mitarbeiter der IT-Service-Abteilungen, wobei zu berücksichtigen sei, dass ein Umstellungsaufwand für sich genommen nicht das Absehen von einer produktneutralen Ausschreibung rechtfertige. Die Bedienung der unterschiedlichen Hardware sei nicht verschieden. Eine herstellerbezogene Leistungsbeschreibung sei jedenfalls unverhältnismäßig. Die beiden Funktionen, die nicht automatisch funktionierten, die automatische Stifterkennung und die automatische Touchfunktion, über die der Finger als "Maus" erkannt werde, könnten mit einem einzigen digitalen Knopfdruck ausgelöst werden.
- 53 Die Antragsgegnerin habe gegen das Gebot der Losaufteilung sowohl im Hinblick auf eine Teillosvergabe als auch eine Fachlosvergabe verstoßen. Die losweise Beschaffung im Wege einer Teillosvergabe von Displays verschiedener Hersteller sei sowohl bei reinen Neubeschaffungen als auch bei solchen Beschaffungsvorgängen üblich, bei denen eine Ergänzung bestehender Systeme durch weitere Displays ausgeschrieben werde, dabei werde für Einrichtungen, an denen bereits digitale Displays genutzt würden, die weiteren Geräte produktspezifisch ausgeschrieben, und für Einrichtungen, die noch nicht über einen Grundbestand verfügten, eine produktneutrale Ausschreibung vorgenommen. Auch eine Fachlosvergabe wäre vorliegend geboten gewesen, denn weder wirtschaftliche noch technische Gründe würden angesichts der herstellerübergreifenden Interoperabilität eine Gesamtvergabe fordern.
- 54 Schließlich habe die Antragsgegnerin gegen Markterkundungs- und Dokumentationspflichten verstoßen. Die Gründe für eine produktspezifische Verfahrensgestaltung seien weder stichhaltig noch ordnungsgemäß und sorgfältig dokumentiert worden, da dies vorausgesetzt hätte, dass sich die Antragsgegnerin mit den Produkten anderer Hersteller sowie alternativen technischen Lösungen im Rahmen der Markterkundung auseinandersetze. Denn die Frage, ob eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung neben dem produktspezifisch ausgeschriebenem Beschaffungsgegenstand verfügbar sei, könne der öffentliche Auftraggeber in aller Regel nicht ohne eine Markterkundung beantworten. Aber auch darüber hinaus habe die Antragsgegnerin ihre Erwägungen für eine produktspezifische Ausschreibung lückenhaft dokumentiert. Der Vergabevermerk enthalte keine Ausführungen zur Losaufteilung.
- 55 Die Antragstellerin beantragt,
- 56 1. den Beschluss der Vergabekammer Rheinland vom 06.02.2024, Az. VK 38/23 - L aufzuheben;
- 57 2. das streitgegenständliche Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht zurückzusetzen und nur unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats fortzuführen;
- 58 3. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Beschwerdeführerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
- 59 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären.

- 60 Für den Fall, dass der Senat die Rechtsauffassung der Vergabekammer bezüglich der Anforderungen an eine Rechtfertigung herstellerbezogener Leistungsbeschreibungen teilen sollte, beantragt die Antragstellerin dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV nachfolgende Fragen zur Auslegung vorzulegen:
- 61 1. Steht Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung Gründe herangezogen werden, die sich auf Produkteigenschaften eines bestimmten Herstellers und nicht auf den herstellerneutral definierten Auftragsgegenstand (im Sinne des Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung) beziehen?
- 62 2. Steht Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung nicht geprüft wird, ob die herstellerbezogenen Anforderungen gleichermaßen in Form von herstellerneutral ausgestalteten funktionalen und leistungsbezogenen Anforderungen hätten formuliert werden können?
- 63 3. Steht Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung ausreichen soll, dass der öffentliche Auftraggeber jedwede Risikopotentiale ausschließen und den sichersten Weg wählen möchte?
- 64 Für den Fall, dass der Senat die Rechtsauffassung der Vergabekammer bezüglich der Markterkundungs- und Dokumentationspflichten eines Auftraggebers teilen sollte, beantragt die Antragstellerin, dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV nachfolgende Frage vorzulegen:
- 65 4. Steht Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung nicht erforderlich ist, dass die Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung und das tatsächliche Vorhandensein der dafür angeführten Gründe auf Grundlage einer Markterkundung belegt werden kann?
- 66 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 67 1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
- 68 2. der Antragstellerin und Beschwerdeführerin die Kosten beider Rechtszüge einschließlich der jeweils zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Gebühren und Auslagen aufzuerlegen.
- 69 Die Antragsgegnerin verteidigt unter Wiederholung und Vertiefung ihrer bereits vor der Vergabekammer vorgetragenen Ansicht die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer.

II.

- 70 Die nach §§ 171, 172 GWB zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache keinen Erfolg.
- 71 1. Der Nachprüfungsantrag ist insgesamt zulässig.
- 72 a. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Sie hat, auch wenn sie kein eigenes Angebot abgegeben hat, ein Interesse an dem Auftrag. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist ein Unternehmen, das deshalb kein Angebot abgegeben hat, weil es sich durch angeblich diskriminierende Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen oder im Pflichtenfeld gerade daran gehindert gesehen hat, die ausgeschriebene Gegenleistung zu erbringen, berechtigt einen Nachprüfungsantrag unmittelbar gegen diese Spezifikationen einzuleiten (vgl. EuGH, Urt. v. 12.02.2004 - C-230/02 - Grossmann Air Service, NZBau 2004, 221 Rn 28). Macht der Antragsteller - wie hier die Antragstellerin - geltend, durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß (hier: produktspezifische Ausschreibung, unterlassene Losaufteilung) an der Einreichung eines zuschlagsfähigen Angebots gehindert worden zu sein, muss er im Vergabeverfahren kein Angebot eingereicht haben, ein solches allein wegen des Nachprüfungsverfahrens auch nicht einreichen oder darlegen, welches Angebot er bei einer von seinem Standpunkt her vergaberechtskonformen Ausschreibung abgegeben hätte (st. Rspr., vgl. OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.02.2022 - 11 Verg 8/21, NZBau 2022, 367 Rn 34; Senat, Beschl. v. 25.11.2009 - Verg 27/09, BeckRS 2010, 2863). Die Antragstellerin macht geltend, durch eine - unter Verstoß gegen § 31 Abs. 6 S. 1 VgV - vergaberechtswidrig produktspezifische Ausschreibung sowie durch eine - unter Verstoß gegen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB - unterlassene Teillos- und Fachlosvergabe in ihren Rechten verletzt zu sein, wodurch ihr, die sich unter diesen Voraussetzungen nicht mit Erfolg an dem Vergabeverfahren habe beteiligen können, ein Schaden durch Verringerung ihrer Zuschlagschancen entstanden sei.
- 73 b. Der Nachprüfungsantrag ist nicht nach § 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB unzulässig. Die Antragstellerin hat die aus ihrer Sicht unzulässige produktspezifische Ausschreibung sowie die unterlassene Losaufteilung vor Ablauf der Angebotsfrist, welche am 21.11.2023 ablief (Ziff. IV.2.2 der Bekanntmachung) nach 160 Abs. 3 Nr. 2 und 3 GWB mit Rügen schreiben vom 13.11.2023 (Anlage ASt 13) gerügt.
- 74 2. Der Nachprüfungsantrag ist aber unbegründet.
- 75 Die Antragstellerin ist nicht durch die in der Ausschreibung der Antragsgegnerin enthaltenen produktspezifischen Angaben in ihren subjektiven Rechten verletzt (dazu unter a.). Auch das Absehen von einer Teil- und Fachlosvergabe ist vergaberechtsfehlerfrei erfolgt (dazu unter b.).
- 76 a. Die Antragsgegnerin hat nicht gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung (§ 31 Abs. 1 VgV) und damit gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter (§ 97 Abs. 2 GWB) verstoßen, indem sie in der Leistungsbeschreibung für die zu beschaffende Software produktspezifische Vorgaben gemacht hat (dazu unter aa.); dass die Antragsgegnerin darüber hinaus die Hardware produktspezifisch ausgeschrieben hat, verletzt die Antragstellerin nicht in ihren subjektiven Rechten (dazu unter bb.) und ist zudem vergaberechtlich gerechtfertigt (dazu unter cc.).

- 77 Die Ausschreibung der Antragsgegnerin ist spezifisch. Sie beinhaltet sowohl für die Software als auch für die Hardware Komponenten mit einer Herstellerangabe zugunsten der Firma T..
- 78 aa. Die Produktvorgaben betreffend die Software sind vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 79 (1) Bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ist der öffentliche Auftraggeber im rechtlichen Ansatz ungebunden. Die Entscheidung wird erfahrungsgemäß von zahlreichen Faktoren beeinflusst, unter anderem von technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen oder solchen der sozialen, ökologischen oder ökonomischen Nachhaltigkeit. Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist. Sie muss zunächst einmal getroffen werden, um eine Nachfrage zu bewirken. Das Vergaberecht regelt demnach nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung (OLG München, Beschl. v. 28.7.2008 - Verg 10/08; OLG München, Beschl. v. 09.09.2010 - Verg 10/10, Bestuhlung; Senat, Beschl. v. 27.06.2012 - VII Verg 7/12, Fertigspritzen; Senat v. 01.08.2012 - VII Verg 10/12, Warnsystem, juris Rn 41; Senat, Beschl. v. 31.05.2017 - VII Verg 36/16, Drohnen, juris Rn 40 jeweils m.w.N.). Einer besonderen vergaberechtlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den Auftraggeber nicht. Sie ergibt sich aus der Vertragsfreiheit. Die danach im jeweiligen Fall vorgenommene Bestimmung des Beschaffungsgegenstands ist von den Vergabenachprüfungsinstanzen im Ausgangspunkt nicht zu kontrollieren (Senat, Beschl. v. 31.05.2017 - VII Verg 36/16, Drohnen, juris Rn 40 m.w.N.).
- 80 Nach § 31 Abs. 1 S. 1 VgV hat der öffentliche Auftraggeber aber die Leistungsbeschreibung in einer Weise zu fassen, dass sie allen Unternehmen den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewährt. In der Leistungsbeschreibung darf nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind nur zulässig, wenn dieser Verweis durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (§ 31 Abs. 6 S. 1, 2. HS VgV) oder wenn der Auftragsgegenstand andernfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann (§ 31 Abs. 6 S. 2, 1. HS VgV). § 31 Abs. 6 VgV regelt somit in richtlinienkonformer Umsetzung von Art. 42 Abs. 4 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU nach einhelliger Auffassung der Vergabesenate (vgl. nur OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, NZBau 2022, 53, Rn 22; Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52 jeweils m.w.N.) und der Literatur (Trutzel/Meeßen, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 5. Aufl., § 31 VgV Rn 49 ff; Seebo, in: MüKo Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., § 31 VgV Rn 62 ff. jeweils m.w.N.) zwei Alternativen und zwar in Satz 1 eine durch den Auftragsgegenstand ausnahmsweise gerechtfertigte Vorgabe eines bestimmten Produkts im Sinne einer produktscharfen Ausschreibung und in Satz 2 die Verwendung eines bestimmten Produkts zur Beschreibung der Leistung im Sinne eines Leitfabrikats. Die in § 31 Abs. 6 S. 2, 2. HS VgV vorgeschriebene Verwendung "oder gleichwertig" bezieht sich allein auf die im Satz 2 im ersten Halbsatz genannte beschreibende Verwendung. Nur in Bezug auf diese macht sie auch Sinn. Die von der Antragstellerin angeführten Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Union beziehen sich alle auf eine beschreibende Verwendung. Dass es generell keine Möglichkeit

zur produktspezifischen Ausschreibung geben soll, kann dem nicht entnommen werden. Das Vergaberecht gestattet in § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b und c, Abs. 6 VgV sogar in Ausnahmefällen die Verhandlung mit nur einem Bieter. Dass der niedrigere Eingriff einer Produktvorgabe demgegenüber grundsätzlich ausgeschlossen sein soll, widerspräche dem.

- 81 Auf den Ausnahmefall des § 31 Abs. 6 S. 2, 1. HS VgV beruft sich die Antragsgegnerin nicht. Herstellerverweise sind nur dann durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt, wenn vom Auftraggeber nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden (festzustellen und notfalls erwiesen) sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (st. Rspr., vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, NZBau 2022, 53, Rn 22; OLG München, Beschl. v. 26.03.2020 - Verg 22/19, juris Rn 128; Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 31.05.2017 - VII Verg 36/16, Drohnen, juris Rn 48; Senat, Beschl. v. 13.04.2016 - VII Verg 47/15, Voice over IP, juris Rn 26; Senat, Beschl. v. 22.05.2013 - VII Verg 16/12, Hochschulverwaltungssoftware, juris Rn 40; Senat, Beschl. v. 01.08.2012 - VII Verg 10/12, Warnsystem, juris Rn 40 ff.). Dem öffentlichen Auftraggeber steht bei der Einschätzung, ob die Vorgabe eines bestimmten Herstellers gerechtfertigt ist, ein Beurteilungsspielraum zu (OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, NZBau 2022, 53, Rn 22; Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 06.07.2005 - VII Verg 26/05 - juris Rn 6; *Traupel*, in: Müller-Wrede, VgV/UVgO Kommentar, 2017, § 31 VgV Rn 69; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn. 62). Die Entscheidung muss aber nachvollziehbar begründet und dokumentiert sein; wenngleich eine vorherige Markterkundung nicht erforderlich ist (OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, NZBau 2022, 53, Rn 22; Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 01.08.2012, Verg 10/12, Warnsystem, juris; ebenso OLG München, Beschl. v. 09.09.2010 - Verg 10/10 und OLG Jena, Beschl. v. 25.06.2014 - 2 Verg 1/14, juris Rn 46; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn. 61 f.). Die Darlegungslast für die Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung liegt beim öffentlichen Auftraggeber (Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn 62). Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Senat eine sachliche Rechtfertigung für eine Produktvorgabe aus technischen Gründen bejaht, wenn im Interesse der Systemsicherheit und Funktion eine wesentliche Verringerung von tatsächlich bestehenden und abzuwendenden Risikopotentialen wie das Risiko von Fehlfunktionen und Kompatibilitätsproblemen bewirkt wird (Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 31.05.2017 - VII Verg 36/16, Drohnen, juris Rn 48; Senat, Beschl. v. 13.04.2016 - VII Verg 47/15, Voice over IP, juris Rn 26; Senat, Beschl. v. 22.05.2013 - VII Verg 16/12, Hochschulverwaltungssoftware, juris Rn 40; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn 57 ff.). Insbesondere im sicherheitsrelevanten Bereich dürfen Auftraggeber den sichersten Weg einschlagen und so jedwedes Risikopotential ausschließen (OLG Celle, Beschl. v. 31.03.2020 - 13 Verg 13/19; ; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn 57). Bei sonstigen Kompatibilitätsproblemen, die bei der Beschaffung neuer Systemkomponenten - insbesondere von IT-Komponenten - regelmäßig auftreten können, muss der Auftraggeber demgegenüber aufzeigen, dass durch den Wechsel des Systems oder die produktneutrale Ergänzung ein unverhältnismäßiger Mehraufwand entstünde oder die Funktionalität auf

nicht hinnehmbare Weise beeinträchtigt würde (vgl. Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 55; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn 59).

- 82 (2) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze, ist es vergaberechtlich nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin für die zu beschaffende Software produktspezifische Vorgabe gemacht, und entschieden hat, dass die bereits vorhandene Lernsoftware T. weiterhin genutzt werden soll, damit Lehrer und Schüler an den C.1 Schulen nur eine einheitliche Lernsoftware nutzen. Diese Entscheidung für eine produktspezifische Ausschreibung der Software ist sachlich gerechtfertigt, aufgrund objektiver und auftragsbezogener Gründe nachvollziehbar und diskriminierungsfrei getroffen und dokumentiert. Die Einführung einer zweiten Lernsoftware musste sie nicht in Erwägung ziehen, vielmehr ist die Entscheidung, vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 83 (a) Die Antragsgegnerin hat bereits in dem Fragenkatalog vom 23.05.2023 zur Begründung der produktspezifischen Ausschreibung ausgeführt, dass ein Softwaremischbetrieb nicht möglich sei, da dies zu einem erhöhten Einarbeitungsaufwand in verschiedene herstellerspezifische Softwaresysteme führe. Dies hat sie im Rügeantwortschreiben vom 15.11.2023, durch ihr Vorbringen im Nachprüfungsverfahren sowie im Beschwerdeverfahren weiter ergänzt und vertieft, indem sie die Auswirkungen eines Softwaremischbetriebs auf die Schüler und den dadurch entstehenden Mehraufwand der Lehrer - zweifelsohne objektive und auftragsbezogene Gründe - näher dargelegt hat, denn ein solcher Softwaremischbetrieb würde Arbeitsabläufe im Schulalltag beeinträchtigen, weil Schüler die Schulen regelhaft wechselten - etwa beim Übergang von der Grundschule auf die weiterführende Schule oder aufgrund von Kooperationen und gemeinsamen Leistungskursen verschiedener Schulen. Auch gebe es mit dem C. zentrale Lernräume, die alle Schüler und Lehrkräfte nutzten. Sie müssten sich dabei an ein anderes System mit einem anderen Interface und einer anderen Software gewöhnen, was zu erheblichen Zeitverlust für die eigentlichen Lehrinhalte führen würde. Ein Softwaremischbetrieb würde auch bei den Lehrern zu einem erheblichen Mehraufwand führen, weil sie alle Dateien und Lehrinhalte in zwei unterschiedlichen Formaten erstellen und bearbeiten müssten, was wertvolle Unterrichtszeit kosten würde. Hierzu kann es nicht nur bei einem Mischbetrieb innerhalb einer Schule kommen, sondern auch dann, wenn Lehrkräfte an verschiedenen Schulen tätig sind, wie etwa die in der Stadt zahlreichen Poolkräfte oder Lehrkräfte, die sich mit anderen Lehrkräften Stellen teilen und deshalb an verschiedenen Schulen tätig seien.
- 84 (b) Ein Verstoß gegen die Dokumentationspflicht (vgl. Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 01.08.2012, Verg 10/12, Warnsystem, juris; ebenso OLG München, Beschl. v. 09.09.2010 - Verg 10/10 und OLG Jena, Beschl. v. 25.06.2014 - 2 Verg 1/14, juris Rn 46; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn. 61 f.) liegt nicht vor. Die Antragsgegnerin hat ihre Entscheidung für die Verwendung der Software T. hinreichend dokumentiert. Der Senat ist nicht gehindert, seiner Entscheidung das schriftsätzliche Vorbringen der Antragsgegnerin im Vergabenachprüfungs- und Beschwerdeverfahren zu Grunde zu legen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Senats können Begründungs- und Dokumentationsmängel durch nachgeschobenen Vortrag im Nachprüfungsverfahren geheilt werden, solange sich keine Anhaltspunkte für Manipulationen finden und nicht zu besorgen ist, dass die Berücksichtigung der nachgeschobenen Dokumentationen nicht ausreichen könnte, um eine wettbewerbskonforme Auf-

tragserteilung zu gewährleisten (BGH, Beschl. v. 08.02.2011 - X ZB 4/10, NZBau 2011, 175 Rn 73 - Abellio Rail; Senat, Beschl. v. 06.09.2023 - VII Verg 11/23; Senat, Beschl. v. 10.02.2021 - VII Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn 47; Senat, Beschl. v. 21.10.2015 - VII Verg 28/14, BeckRS 2015, 18210 Rn 175; OLG Celle, Beschl. v. 12.05.2016 - 13 Verg 10/15, juris, Rn 73). Eine nachträgliche Heilung ist demnach möglich, wenn die Vergabestelle ihre Erwägungen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens lediglich ergänzt und präzisiert (Senat, Beschl. v. 06.09.2023 - VII Verg 11/23; Senat, Beschl. v. 10.02.2021 - VII Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn 47; Senat, Beschl. v. 23.03.2011 - VII Verg 63/10, NZBau 2011, 369, 371). Nur dann, wenn eine Vergabeentscheidung im Nachhinein nicht mehr aufgeklärt werden kann und die Begründung nicht nachvollziehbar ist, führt der Dokumentationsmangel dazu, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, zu wiederholen oder bei schweren Mängeln aufzuheben ist (Senat, Beschl. v. 10.02.2021 - VII Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn 47). Gemessen daran handelt es sich vorliegend bei dem weiteren Vorbringen im Vergabenachprüfungsverfahren lediglich um eine zulässige Ergänzung und Präzisierung der Begründung der in dem Fragenkatalog bereits niedergelegten produktspezifischen Ausschreibung der Software.

- 85 (c) Auf die Frage der Kompatibilität der T.-Software mit der Software der Antragstellerin, auf die Frage der Möglichkeit, T.-Dateien in einer herstellerfremden Software eines anderen Herstellers zu öffnen oder auf die Frage des Aufwands, den der Import und Export von T.-Dateien in das Softwaresystem der Antragstellerin erfordert oder einen möglichen Qualitätsverlust kommt es angesichts der Zulässigkeit der Entscheidung gegen einen Softwaremischbetrieb nicht an.
- 86 bb. Soweit die Antragstellerin im Rahmen der streitgegenständlichen Gesamtlosvergabe rügt, es sei vergaberechtsfehlerhaft, dass die Hardware nicht produktneutral ausgeschrieben worden sei, fehlt es an einem feststellbaren kausalen Schaden der Antragstellerin. Die Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers ist neben einer Rechtsverletzung für den Erfolg des Nachprüfungsantrags unerlässlich (Senat, Beschl. v. 15.06.2010 - Verg 10/10, BeckRS 2010, 19462 Rn 16; Senat, Beschl. v. 14.04.2010 - VII-Verg 60/09; *Blöcker*, in *Röwekamp/Kus/Portz/Prieß*, *GWB-Vergaberecht*, 5. Aufl., § 168 Rn 21). Daran fehlt es vorliegend, da die Auftragschancen der Antragstellerin durch die produktspezifische Ausschreibung nicht feststellbar gemindert worden sind, denn sie hätte sich auf die streitgegenständliche Ausschreibung (Gesamtlosvergabe) aufgrund der zulässigen spezifizierten Ausschreibung bei der Software, ohne eine zusätzliche Losaufteilung (Software und Hardware) nicht bewerben können.
- 87 cc. Ungeachtet dessen sind vorliegend auch die produktspezifischen Vorgaben in Bezug auf die Hardware unter Zugrundelegung der oben dargestellten Grundsätze (vgl. OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, NZBau 2022, 53, Rn 22; Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 01.08.2012, Verg 10/12, Warnsystem, juris; ebenso OLG München, Beschl. v. 09.09.2010 - Verg 10/10 und OLG Jena, Beschl. v. 25.06.2014 - 2 Verg 1/14, juris Rn 46; *Prieß/Friton*, in *Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß*, *VgV Kommentar*, 2. Aufl., § 31 Rn. 61 f.) vergaberechtlich nicht zu beanstanden.
- 88 (a) Die Antragsgegnerin hat entschieden, dass neben den bereits vorhandenen digitalen Displays der Firma T. im Rahmen der Ausstattung der restlichen Unterrichtsräume, die bisher noch nicht über digitale Displays verfügen, ebenfalls digitale Displays des Herstel-

lers T. anzuschaffen sind. Auch diese Entscheidung ist vorliegend seitens der Antragsgegnerin sachlich gerechtfertigt und mit objektiven und auftragsbezogenen Gründen nachvollziehbar und diskriminierungsfrei getroffen worden, indem die Antragsgegnerin auf Kompatibilitätsprobleme verweist, die die Funktionalität in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigen würden und einen unverhältnismäßigen Mehraufwand entstehen ließen (vgl. Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 55; *Prieß/Friton*, in Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß, VgV Kommentar, 2. Aufl., § 31 Rn 59), den die Antragsgegnerin durch die getroffene produktspezifische Ausschreibung ausschließen möchte, um im schulischen Umfeld eine gleichförmige Funktion einer Vielzahl von Endgeräten bei der Nutzung durch unterschiedliche Schülergruppen gewährleisten zu können (vgl. so auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, juris Rn 34).

- 89 (b) Die von der Antragsgegnerin im Rahmen des Fragenkatalogs vom 23.05.2023, der Vorbemerkung zur Leistungsbeschreibung (Ziff. I.5) dokumentierten und nachfolgend im Vergabenachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und dem Senat weiter spezifizierten Gründe sind nachvollziehbar und auftragsbezogen und genügen auch den weiteren vorgenannten Anforderungen an eine sachlich gerechtfertigte diskriminierungsfrei getroffene Entscheidung. So hat die Antragsgegnerin bereits im Fragenkatalog vom 23.05.2023 (vgl. etwa S. 4) darauf verwiesen, dass durch eine heterogene Umgebung die Gefahr von Inkompatibilitäten bestehe, ein erhöhter Supportaufwand entstehe, die eingesetzte MDM-Software herstellerspezifisch sei und Geräte anderer Hersteller nicht verwaltet werden könnten. Im weiteren Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und dem Senat hat sie ihre Erwägungen ergänzt und vertieft, wobei der Senat auch dieses Vorbringen nach den oben dargelegten Grundsätzen zum Nachschieben von Gründen (vgl. BGH, Beschl. v. 08.02.2011 - X ZB 4/10, NZBau 2011, 175 Rn 73 - Abellio Rail; Senat, Beschl. v. 06.09.2023 - VII Verg 11/23; Senat, Beschl. v. 10.02.2021 - VII Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn 47) seiner Entscheidung zugrunde legen kann. Die Antragsgegnerin hat zu den Kompatibilitätsproblemen, die die Funktionalität in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigen, und zu dem unverhältnismäßigen Mehraufwand - bei dem zweifelsohne jeweils objektive und auftragsbezogene Gründe - ihre Erwägungen ergänzt und vertieft. Diese Kompatibilitätsprobleme sind auch in der mündlichen Verhandlung umfassend erörtert worden. Unabhängig von der generellen Kompatibilität der T.-Software mit der Hardware anderer Hersteller, zu der sich T. in der vorausgegangenen Ausschreibung an sich verpflichtet hatte, und die zwischen den Beteiligten streitig ist, funktioniert nach den insoweit unstreitigen Ausführungen der Antragsgegnerin bei der Verwendung der T.-Software auf einem herstellerfremden Display in der Regel die automatische Stift- und Toucherkennung sowie die gleichzeitige Nutzbarkeit beider Funktionen nicht, vielmehr müssen diese Funktionen bei jedem Wechsel des Werkzeugs durch ein Anklicken der jeweiligen Funktion aktiviert werden, was in einer Unterrichtssituation unter Umständen nicht praktikabel sei. Zudem entsteht im Bereich des Supports ein Mehraufwand. Die bereits bei der Antragsgegnerin im Einsatz befindliche MDM-Verwaltungssoftware ist spezifisch auf die Displays der Firma T. angepasst worden und kann auf digitale Display anderer Hersteller nicht zugreifen und diese verwalten, so dass mit der Einführung von Displays anderer Hersteller die Wartung und der Support der Displays erschwert wird, weil zentral ausgeführten Wartungs-, und Servicearbeiten - wie etwa das Aufspielen von Updates und die Vornahme zentraler Geräteeinstellungen - doppelt ausgeführt werden müssten, wenn es verschiedene Hardware und damit verbunden zwei parallele Wartungssysteme (MDM-Software) gibt, was auch zu einem erhöhten Schulungsaufwand der IT-Mitarbeiter führt. Selbst wenn eine neue MDM-Software pro-

grammiert werden könnte, oder die MDM-Software der Antragstellerin verwendet werden würde, die nach ihrem Vortrag auch T. Geräte erfasst, sind mit dieser neuen Software - worauf die Antragsgegnerin verweist - neue Schnittstellen- und Funktionsrisiken verbunden. Schließlich entstünden zusätzliche Lizenzkosten - jedenfalls an denjenigen Schulen, die bisher noch nicht über eine Schullizenz aus der Vorausschreibung verfügten - , wenn die bereits vorhandene T. Software auf Geräten anderer Hersteller eingesetzt werden müsste, da die Kosten für den Erwerb von Lizenzen deutlich höher sind, wenn die Software auf Hardware anderer Hersteller installiert werden soll, als wenn sie einheitlich mit den Displays erworben werden würde, wobei eine Erteilung der Zustimmung der Firma T. für die Nutzung ihrer Software auf herstellereigenen Geräten keinesfalls sicher ist. Dass die Antragsgegnerin dabei keine Erwägungen dazu angestellt hat, ob die herstellereigenen Anforderungen gleichermaßen in Form von herstellereigenen ausgestalteten funktionalen und leistungsbezogenen Anforderungen hätten formuliert werden können, ist unschädlich, da in keiner Weise ersichtlich ist und von der Antragstellerin auch nicht aufgezeigt, dass und wie auf diese Weise die Kompatibilitätsprobleme und der dargestellte unverhältnismäßige Mehraufwand hätten behoben oder vermieden werden können.

- 90 Diese dargelegten Kompatibilitätsprobleme sowie der dargestellte Mehraufwand stellen vorliegend mit Blick auf den Umstand, dass im schulischen Umfeld zur Gewährleistung eines reibungslosen Unterrichts eine gleichförmige Funktion einer Vielzahl von Endgeräten bei der Nutzung durch unterschiedliche Schülergruppen zu gewährleisten ist (vgl. auch OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, juris Rn 34) einen unverhältnismäßigen Mehraufwand dar, wobei auch die Funktionalität für die Gewährleistung eines reibungslosen Unterrichts in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigt ist. Das gilt insbesondere mit Blick auf die Notwendigkeit für jeden Fall eines Werkzeugwechsels an dem digitalen Display (Wechsel von Stift- zur Touchfunktion) per digitalen Knopfdruck ein Umschalttool betätigen zu müssen, was in der Summe einen erheblichen zusätzlichen zeitlichen Mehraufwand in der Unterrichtssituation begründet, welcher dem Unterricht nicht zur Verfügung steht, sowie mit Blick auf weitere Software-Lizenzkosten und die Notwendigkeit der Beschaffung eines weiteren MDM-Tools (und den damit verbundenen Problemen des parallelen Betriebs zweier Wartungssysteme) oder der Anpassung des bisherigen MDM-Tools, die aufgrund der Notwendigkeit der ungewissen Mitwirkung der Firma T. keinesfalls sicher erlangt werden kann.
- 91 (c) Auf den Umstand, ob demgegenüber die Lernsoftware der Beschwerdeführerin, die nach Angaben der Antragstellerin lizenzfrei zur Verfügung steht, auf allen herstellereigenen Geräten, kostenlos zur Verringerung des Mehraufwands installiert werden kann, kommt es vorliegend nicht an, da sich die Antragsgegnerin in vergaberechtlich zulässiger Weise für die einheitliche Verwendung der Software T. entscheiden durfte.
- 92 dd. Schließlich hat die Antragsgegnerin auch nicht gegen das Gebot der Markterkundung verstoßen. Einer solchen bedarf es bei der Ermittlung des Beschaffungsbedarfs nach ständiger Rechtsprechung nicht (OLG Brandenburg, Beschl. v. 08.07.2021 - 19 Verg 2/21, NZBau 2022, 53, Rn 22; Senat, Beschl. v. 16.10.2019 - VII Verg 66/18, digitales Alarmierungssystem, juris Rn 52; Senat, Beschl. v. 01.08.2012, Verg 10/12, Warnsystem, juris Rn 46; ebenso OLG München, Beschl. v. 09.09.2010 - Verg 10/10 und OLG Jena, Beschl. v. 25.06.2014 - 2 Verg 1/14, juris Rn 46; *Prieß/Friton*, in *Röwekamp/Kus/Marx/Protz/Prieß*, *VgV Kommentar*, 2. Aufl., § 31 Rn. 61 f.). Soweit die Antragstellerin auf die Entscheidung des OLG Celle (Beschl. v. 22.05.2008 - 13 Verg 1/08) sowie auf die Entschei-

derung des OLG Jena (Beschl. v. 26.06.2006 - 9 Verg 2/06) verweist, die eine Pflicht zur umfangreichen Markterkundung angenommen haben, haben sowohl das OLG Celle mit Beschluss vom 31.03.2020 (13 Verg 13/19, juris Rn 42) als auch das OLG Jena mit Beschluss vom 25.06.2014 (2 Verg 1/14, juris Rn 46) hieran nicht mehr festgehalten. Selbst wenn man eine Pflicht zur Markterkundung dahingehend unterstellen würde, dass die Antragsgegnerin dazu verpflichtet gewesen wäre zu erkunden, ob es Hersteller digitaler Displays am Markt gebe, bei denen keine Kompatibilitätsprobleme bestehen, die die Funktionalität in nicht hinnehmbarer Weise beeinträchtigen und einen unverhältnismäßigen Mehraufwand entstehen lassen, würden die Geräte der Antragstellerin diese Anforderungen aus den zuvor genannten Gründen nicht erfüllen; eine unterlassene Markterkundung verletzt die Antragstellerin daher mangels Kausalität für ihre Auftragschance jedenfalls nicht in ihren subjektiven Rechten.

- 93 b. Soweit die Antragstellerin eine unterlassene Fachlosaufteilung (getrennt nach Hard- und Software) im Sinne von § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB (dazu unter aa.) rügt, fehlt es ihr mit Blick auf den Umstand, dass die produktspezifischen Bestimmungen in Bezug auf die Soft- und Hardware vergaberechtlich nicht zu beanstanden sind, bereits an einem kausalen Schaden (dazu unter aa.). Die Antragstellerin ist darüber hinaus nicht dadurch in ihren subjektiven Rechten verletzt, dass die Antragsgegnerin von der Bildung von Teilloosen im Sinne von § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 GWB abgesehen hat (dazu unter bb.).
- 94 aa. Die Antragstellerin ist durch die vorgenommene Gesamtlosvergabe unter Absehen von einer Fachlosvergabe getrennt nach Hard- und Software im Sinne von § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 2 GWB nicht in ihren subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt.
- 95 (1) Fraglich ist bereits, ob es - was Voraussetzung einer Fachlosvergabe ist - für die Hardware und die Software digitaler Displays überhaupt getrennte Märkte gibt.
- 96 (a) Einer Fachlosvergabe und damit der Prüfung des Vorliegens eines Rechtfertigungsgrundes für eine Gesamtlosvergabe (eines wirtschaftlichen oder technischen Grundes) bedarf es nur, wenn es sich überhaupt um getrennte Märkte handelt (Senat, Beschl. v. 23.03.2011 - VII Verg 63/10, juris Rn 24 ff.).
- 97 Ob ein Teilausschnitt einer Leistung als Fachlos aufzufassen ist, bestimmt sich zunächst nach der allgemein oder regional üblichen Abgrenzung. Dabei ist auch von Belang, ob sich für spezielle Arbeiten mittlerweile ein eigener Markt herausgebildet hat (vgl. Senat, Beschl. v. 23.03.2011 - VII Verg 63/10, juris Rn 24 ff; Senat, Beschl. v. 11.07.2007 - VII Verg 10/07; *Kus*, in: Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 97 Rn 197). Der Begriff ist damit nicht statisch. Vielmehr verändert er sich mit den sich wandelnden Marktverhältnissen. Das ist nach Sinn und Zweck des Gebots einer Vergabe nach Fachlosen auch nachvollziehbar. Zum einen dient sie dem Ziel einer fachlich hochstehenden Auftragsdurchführung, das durch eine - bei einer Fachlosvergabe erleichterten - Beteiligung spezialisierter Unternehmen gefördert wird (vgl. Senat, Beschl. v. 11.07.2007 - VII Verg 10/07). Zum anderen erleichtert sie die Beteiligung möglichst vieler Unternehmen an dem Vergabeverfahren, was auch Ziel des § 97 Abs. 4 GWB ist (BGH, Beschl. v. 08.02.2011 - X ZB 4/10 - Abellio Rail, Rn 51; Senat, Beschl. v. 21.07.2010 - VII Verg 19/10, NZBau 2010, 582). Beiden Zwecken wird eine Auslegung am ehesten gerecht, die die aktuellen Marktverhältnisse in den Blick nimmt. Die Feststellung, ob eine bestimmte Tätigkeit Gegenstand eines Fachloses - geworden - ist, kann bei sich im Umbruch befindlichen Marktverhältnissen für den Auftraggeber schwierig sein. Angesichts dessen, dass bereits eine Markterforschung zum Zwecke der Fachlosab-

grenzung mit Aufwand verbunden sein kann und eine Ausschreibung für den öffentlichen Auftraggeber noch handhabbar sein muss, ist es nicht unzulässig, wenn er sich bei seiner Entscheidung davon leiten lässt, wie er nach seinen bisherigen Erfahrungen einen möglichst großen Bieterkreis ansprechen kann. Je mehr Unternehmen (noch) Gesamtleistungen aus einer Hand anbieten, desto eher wird es gerechtfertigt sein, von einer Fachlosvergabe abzusehen (Senat, Beschl. v. 23.03.2011 - VII Verg 63/10, juris Rn 24 ff).

- 98 (b) Vor diesem Hintergrund scheint bereits viel dafür zu sprechen, dass die Antragsgegnerin vergaberechtsfehlerfrei davon ausgehen durfte, dass es für die Hardware und die Software digitaler Displays bisher keine getrennten Märkte gibt. Die Antragsgegnerin, die sich seit mehreren Jahren mit den am Markt verfügbaren digitalen Displays und deren Funktionen auseinandersetzt, beispielsweise jährlich auf der Bildungsmesse didacta sowie im Austausch mit anderen öffentlichen Auftraggebern, konnte keine EU-weiten Ausschreibungen feststellen, in denen die Software und die Hardware digitaler Displays getrennt ausgeschrieben worden wäre. Auch die Antragstellerin hat im vorliegenden Verfahren keine nach Hard- und Software getrennten öffentliche Auftragsvergaben benennen können. Darüber hinaus bieten nahezu alle Unternehmen die Hardware und die Software als Gesamtleistung an und/oder bewerben in Werbeauftritten den Vorteil, sich in "einer digitalen Welt" zu bewegen.
- 99 (2) Jedenfalls fehlt es an einem kausalen Schaden der Antragstellerin, der ihr durch die unterlassene Fachlosvergabe entstanden ist. Die Feststellung einer mindestens nicht ausschließbaren Beeinträchtigung der Auftragschancen des Antragstellers ist neben einer Rechtsverletzung für den Erfolg des Nachprüfungsantrags unerlässlich (Senat, Beschl. v. 15.06.2010 - Verg 10/10, BeckRS 2010, 19462 Rn 16; Senat, Beschl. v. 14.04.2010 - VII-Verg 60/09). Hätte die Antragsgegnerin die Software und die Hardware nach Fachlosen getrennt ausgeschrieben, hätte die Antragstellerin angesichts der in Bezug auf die Hardware vergaberechtlich zulässig erfolgten produktspezifischen Festlegung auf den Hersteller T. (vgl. oben unter II.2.a.bb. der Gründe) kein Angebot abgeben können, so dass es an einem kausalen Schaden fehlt.
- 100 bb. Die Antragstellerin ist auch nicht dadurch in ihren subjektiven Rechten verletzt, dass die Antragsgegnerin von der Bildung von Teillosen im Sinne von § 97 Abs. 4 S. 2 Alt. 1 GWB abgesehen hat. Auch bei einer Teillosbildung - getrennt nach Schulen, die bereits über digitale Displays verfügen und solchen, die bisher noch nicht über digitale Displays verfügen - hätte die Antragstellerin keine Chancen auf den Zuschlag, da aus den oben unter II..2.a.aa. genannten Gründen die Antragstellerin für die gesamte ausgeschriebene Software produktspezifische Vorgaben vergaberechtsfehlerfrei machen konnte, so dass sich die Antragstellerin auch auf entsprechende Teillose - getrennt nach Schulen, die bereits über digitale Displays verfügen und solchen, die bisher noch nicht über digitale Displays verfügen - nicht hätte bewerben können.
- 101 3. Eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV an den Europäischen Gerichtshof bedarf es nicht.
- 102 a. Der Senat ist nicht gehalten, dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV die Frage vorzulegen, ob Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen steht, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung Gründe herangezogen werden, die sich auf Produkteigenschaften eines bestimmten Herstellers und nicht auf den her-

stellerneutral definierten Auftragsgegenstand (im Sinne des Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung) beziehen. Einer Vorlage bedarf es deshalb nicht, weil es auf die Frage vorliegend nicht entscheidungserheblich ankommt. Die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung ergibt sich im Rahmen der streitgegenständlichen Ausschreibung nicht aus Gründen, die sich auf Produkteigenschaften eines bestimmten Herstellers beziehen, sondern aus nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründen.

- 103 b. Der Senat ist weiter nicht gehalten, dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV die Frage vorzulegen, ob Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen steht, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung nicht geprüft wird, ob die herstellerbezogenen Anforderungen gleichermaßen in Form von herstellerneutral ausgestalteten funktionalen und leistungsbezogenen Anforderungen hätten formuliert werden können. Einer Vorlage bedarf es deshalb nicht, weil diese Frage geprüft wird und vorliegend auch geprüft wurde und zwar inzident im Rahmen der Prüfung der Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung.
- 104 c. Der Senat ist nicht gehalten, dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV die Frage vorzulegen, ob Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen steht, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung ausreichen soll, dass der öffentliche Auftraggeber jedwede Risikopotentiale ausschließen und den sichersten Weg wählen möchte. Einer Vorlage bedarf es bereits deshalb nicht, weil es auch nach der vorliegenden Entscheidung des Senats, für eine Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung nicht ausreicht, dass der öffentliche Auftraggeber jedwede Risikopotentiale ausschließen und den sichersten Weg wählen will. Auch hat die Antragsgegnerin ihre Entscheidung für eine produktspezifische Ausschreibung nicht allein damit begründet.
- 105 d. Der Senat ist schließlich nicht gehalten, dem Europäischen Gerichtshof im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 Abs. 2 AEUV die Frage vorzulegen, ob Art. 42 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU der Auslegung einer nationalen Vorschrift, wie § 31 Abs. 6 S. 1 HS 2 der deutschen Vergabeverordnung, entgegen steht, wonach für die Rechtfertigung einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung nicht erforderlich ist, dass die Notwendigkeit einer herstellerbezogenen Leistungsbeschreibung und das tatsächliche Vorhandensein der dafür angeführten Gründe auf Grundlage einer Markterkundung belegt werden kann. Einer Vorlage bedarf es deshalb nicht, weil es auf die Frage vorliegend nicht entscheidungserheblich ankommt. Selbst wenn man eine Pflicht zur Markterkundung dahingehend unterstellen würde, hätte die unterlassene Markterkundung die Antragstellerin vorliegend nicht in ihren subjektiven Rechten verletzt (vgl. dazu oben unter Ziff. II.2.b.dd. der Gründe).

III.

- 106 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Demnach trägt die Antragstellerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels.

- 107 Der Beschwerdewert wird auf bis 470.000,00 EUR festgesetzt. Die Entscheidung über die Festsetzung des Werts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert fünf Prozent des Bruttoauftragswerts des Angebots des Antragstellers (Senat, Beschl. v. 10.02.2021, VII-Verg 22/20, BeckRS 2021, 8801 Rn 56). Liegt - wie hier - ein solches Angebot nicht vor, ist auf den objektiven Wert des Auftrags, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen (Senat, Beschl. v. 18.08.2021 - VII Verg 52/20, BeckRS 2021, 49378 Rn 43; Senat, Beschl. v. 17.05.2016, VII Verg 12/16). Hierfür bietet insbesondere die Schätzung des Auftraggebers einen hinreichenden Anhaltspunkt (Senat, Beschl. v. 17.06.2021 - VII-Verg 1/20 und Beschl. v. 11.05.2011 - VII Verg 1/11 - juris, Rn 44; *Fölsch*, in: *Schneider/Volpert/Fölsch*, *Gesamtes Kostenrecht*, 2. Aufl., § 50 Rn 25).