

OLG Karlsruhe (Vergabesenat), Beschluss vom 29.04.2022 – 15 Verg 2/22**Titel:**

Leistungen, Beschwerde, Jugendhilfe, Software, Vergabeverfahren, Bewerber, Vergabekammer, Ausschreibung, Bieter, Leistungsbeschreibung, Verletzung, Dienstleistungen, Zuschlag, Frist, sofortige Beschwerde, wirtschaftliches Interesse, sofortigen Beschwerde

Rechtsgebiet:

Privates Baurecht, Vergaberecht

Schlagworte:

Leistungen, Beschwerde, Jugendhilfe, Software, Vergabeverfahren, Bewerber, Vergabekammer, Ausschreibung, Bieter, Leistungsbeschreibung, Verletzung, Dienstleistungen, Zuschlag, Frist, sofortige Beschwerde, wirtschaftliches Interesse, sofortigen Beschwerde

vorgehend:

VK Baden-Württemberg vom 24.01.2022 - 1 VK 63/21

ECLI:

ECLI:DE:OLGKARL:2022:0429.15VERG2.22.0A

Rechtskraft:

unbekannt

Tenor:

1. Die Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 24.01.2022, Az. 1 VK 63/21 wird aufgehoben. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die bei der Vergabekammer angefallenen Verfahrenskosten sowie die der Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen hat die Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
3. Die Gebühr der Vergabekammer wird auf 18.775 € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen sowie der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten zu erstatten.
5. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 1.200.000 € festgesetzt.

Gründe:

I.

1Die Antragsgegnerin ist eine Anstalt öffentlichen Rechts, der kraft Gesetzes - Gesetz über die Zusammenarbeit bei der automatisierten Datenverarbeitung (ADVZG) vom 06.03.2018 - Aufgaben der automatisierten Datenverarbeitung für Kommunen in Baden-Württemberg (den Mitgliedern des kommunalen Zweckverbandes 4IT) zugewiesen sind. Bislang bezog die Antragsgegnerin die ausgeschriebenen Leistungen bei der ... (im Folgenden: Bestandsanbieterin) aufgrund eines Vertrages, den diese im Jahr 2005 mit einem der Rechtsvorgänger der Antragsgegnerin geschlossen hatte. Im Jahr 2020 leitete die Antragstellerin zwei Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer Baden-Württemberg ein, die beide durch einen einheitlichen gerichtlichen Vergleich vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe vom 15.09.2020 beendet wurden, in dem sich die Antragsgegnerin verpflichtete, bis zum 31.10.2021 eine Ausschreibung künftiger ausschreibungspflichtiger Beschaffungsbedarfe für die streitgegenständlichen Leistungen im Amtsblatt zu veröffentlichen. In der Folge schrieb die Antragsgegnerin EUweit im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb einen Rahmenvertrag über die Lieferung von Fachsoftware für Kommunen und Landkreise im Bereich der Sozial-, Arbeits-, Jugend-, Ausländer- und Integrationsverwaltung (SGB II, SGB VIII, SGB IX, SGB XII, AsylBLG, Kinder- und Jugendhilfe) sowie ergänzend hierzu die Erbringung von Dienstleistungen aus. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben vom 03.11.2021 den Verzicht auf eine Losaufteilung, eine intransparente und diskriminierende Leistungsbeschreibung, intransparente und diskriminierende Eignungs- und Zuschlagskriterien und eine wettbewerbsbeschränkende Laufzeit der Rahmenvereinbarung sowie zu knappe Fristen für den Teilnahmeantrag. Mit Schreiben vom 11.11.2021 half die Antragsgegnerin den Rügen nicht ab. Die Antragsgegnerin veröffentlichte sodann einen Katalog mit Bieterfragen und Antworten. In einem zweiten Rügeschreiben vom 19.11.2021 rügte die Antragstellerin die diskriminierende Definition des Leistungsgegenstandes, die Begründung des Leistungsbestimmungsrechts mit dem Vertriebs Erfolg der Antragsgegnerin sowie die intransparenten und diskriminierenden Antworten im Fragen- und Antworten-Katalog. Den neuerlichen Rügen half die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 23.11.2021 ebenfalls nicht ab. Die Antragstellerin gab keinen Teilnahmeantrag ab.

2Die Antragstellerin hat unter dem 25.11.2021 einen Nachprüfungsantrag gestellt, mit dem sie die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens begehrt, damit die Antragsgegnerin die Software und ergänzenden Dienstleistungen in die Fachlose Jugendhilfe, soziale Hilfen, SGB II für zugelassene kommunale Träger und BI-Software aufteilt, mindestens aber für den Bereich SGB II für zugelassene kommunale Träger ein gesondertes Fachlos bildet. Die unterlassene Losaufteilung stelle einen Verstoß gegen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB (Rüge Nr. 1) und zudem einen Verstoß gegen den Grundsatz der Produkt- und Markenneutralität nach § 31 Abs. 6 VgV dar (Rüge Nr. 2). Der diskriminierende Leistungszuschnitt und die diskriminierenden Referenzanforderungen könnten nicht durch die Bildung einer Bietergemeinschaft oder durch Eignungsleihe kompensiert werden (Rüge Nr. 3). Die unterlassene/unzureichende Markterkundung oder die Durchführung des Vergabeverfahrens nur zur Markterkundung verstoße gegen § 28 VgV (Rüge Nr. 4). Eine Bedarfsermittlung habe nicht stattgefunden, Ausschreibungsreife liege daher nicht vor (Rüge Nr. 5). Unter Verstoß gegen § 122 Abs. 4 GWB, §§ 48 Abs. 1, 51 Abs. 1 S. 2 VgV habe die Antragsgegnerin Angaben zum Umsatz und zur Zahl der Mitarbeiter gefordert, ohne mitzuteilen, welcher Mindestumsatz und welche Mindestzahl an Mitarbeitern gefordert werden (Rüge Nr. 6). Die geforderten Referenzen könnten nur vom Bestandsanbieter und höchstens einem weiteren Bieter erfüllt werden (Rüge Nr. 7). Aus der Ausschreibung ergebe sich nicht, wie die Auswahl

der Bewerber für das Verhandlungsverfahren erfolge, sofern sich mehr als drei bis fünf geeignete Bewerber am Verfahren beteiligten (Rüge Nr. 8). Die Leistungsbeschreibung sei intransparent und nicht eindeutig und erschöpfend und verstoße damit gegen § 121 Abs. 1 GWB und § 21 Abs. 1 S. 2 VgV dar (Rüge Nr. 9). Es seien keine Angaben zu den zu erwartenden User-Zahlen pro Fachverfahren gemacht worden (Rüge Nr. 10). Die Bewertungskriterien und Bewertungsmaßstäbe seien so intransparent, dass der Zuschlag willkürlich erteilt werden könne (Rüge Nr. 11 und 12). Der Vorbehalt des Zuschlags auf das Erstangebot verstoße gegen § 127 Abs. 1 und 4 GWB (Rüge Nr. 13). Zudem sei unter Verstoß gegen § 119 Abs. 2 GWB und § 14 Abs. 2 VgV die falsche Verfahrensart gewählt worden (Rüge Nr. 14). Der Vorbehalt der Teststellung verstoße gegen das Transparenzprinzip gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 und § 127 Abs. 1 und 4 GWB, da nicht mitgeteilt worden sei, unter welchen Rahmenbedingungen eine Teststellung erfolge (Rüge Nr. 15). Dass die Antragsgegnerin für die Beurteilung der Funktionalität und des Bedienkomforts keine Teststellung vorgesehen habe, verstoße ebenfalls gegen das Transparenz- und Wettbewerbsprinzip, da eine Bewertung subjektiver Elemente nicht nur anhand der Beschreibung der Software bzw. der Konzepte erfolgen könne (Rüge Nr. 16). Die Antragsgegnerin habe unter Verstoß gegen § 21 Abs. 2 S. 2 VgV keine realistischen Angaben zum Wert des Vertrags sowie zum Kreis der Bezugsberechtigten gemacht (Rüge Nr. 17). Der Vertrag enthalte eine pauschale Öffnungs- und Vertragsänderungsklausel, was gegen das Transparenz- und Wettbewerbsprinzip und gegen § 121 Abs. 1 und § 132 Abs. 1 S. 1 GWB verstoße (Rüge Nr. 18). Die Frist für die Einreichung des Teilnahmeantrags sei zu kurz bemessen und verstoße daher gegen § 20 Abs. 1 VgV (Rüge Nr. 19). Eine Vertragslaufzeit von acht Jahren verstoße gegen das Wettbewerbsprinzip sowie gegen § 21 Abs. 6 VgV (Rüge Nr. 20). Schließlich habe die Antragsgegnerin das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verletzt, da das Nichtabhilfeschreiben vom 11.11.2021 Informationen enthalten habe, die nicht allen Bewerbern bekanntgemacht worden seien (Rüge Nr. 21).

3Die Vergabekammer hat entschieden, dass die Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Verfahren in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückzusetzen und unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung neu auszuschreiben hat. Die Antragsbefugnis der Antragstellerin fehle nicht deshalb, weil sie (auch) die Vergabe von Leistungen durch die Antragsgegnerin an ihre Mitglieder im Wege der Inhouse-Vergabe für vergaberechtswidrig halte. Die Inhouse-Vergabe sei nicht Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens. Die Antragsgegnerin habe ihre Entscheidung, von einer losweisen Vergabe abzusehen, nicht ausreichend dokumentiert. Eine umfassende Interessenabwägung, die für das Absehen von einer grundsätzlich zu erfolgenden Losvergabe erforderlich sei, lasse sich dem Vergabevermerk nicht entnehmen. Im Vergabevermerk würden nur Argumente für eine Gesamtvergabe, jedoch nicht solche, die gegen eine solche sprächen, aufgeführt; dies stelle keine umfassende Abwägung dar. Die von der Antragsgegnerin im Vergabevermerk niedergelegten wirtschaftlichen Gründe für eine Gesamtvergabe seien nicht nachvollziehbar. Das errechnete Mehr von 3,5 Vollzeitstellen sei im Verhältnis zu den 1.600 Angestellten der Antragsgegnerin nicht erheblich. Eine tragfähige Berechnung des zusätzlichen Personalbedarfs fehle. Die Argumentation der Antragsgegnerin zeige, dass sie tatsächlich nur das Angebot eines Herstellers wolle, auch wenn in der Ausschreibung Bietergemeinschaften zugelassen worden seien, weil im Falle einer Bietergemeinschaft der durch die Integration und Betreuung der Software von verschiedenen Herstellern entstehende Personalaufwand dann ebenfalls anfallen würde. Entgegen den Darlegungen im Vergabevermerk habe ein wettbewerbliches Verfahren nicht stattgefunden. Dieses setze voraus, dass mindestens drei

Bewerber teilnehmen, was vorliegend nicht der Fall gewesen sei. Dies sei bereits aufgrund der von der Antragsgegnerin durchgeführten Markterkundung fraglich gewesen. Berücksichtige man weiter, dass nach der von der Antragsgegnerin vorgelegten Aufstellung 78% der Kommunen Softwareanwendungen der Bestandsanbieterin beziehen würden, verdeutliche dies, dass diese in Baden-Württemberg marktbeherrschend sei. Dass die Antragsgegnerin Kunden verliere, wenn sie nicht alle vier Softwareanwendungen von einem Hersteller anbiete, sei nicht durch eine sorgfältige Bedarfsanalyse gedeckt. Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers gelte nicht schrankenlos, vielmehr setze das Absehen von einer losweisen Vergabe konkrete projektbezogene Besonderheiten voraus, die nicht dargelegt worden seien. Der in der Bekanntmachung angegebene Schätzwert/Höchstwert sei nicht nachvollziehbar errechnet worden. Nach dem Vergabevermerk lägen der Berechnung des Höchstwerts der Rahmenvereinbarung die aktuellen monatlichen Pflegeaufwendungen ihrer bisherigen Bestandskunden zugrunde. Andererseits trage die Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vor, dass sie im Hinblick auf ein fehlendes Laufzeitende der bisherigen Verträge der Bestandskunden über den Beschaffungsbedarf ihrer Mitglieder keine belastbaren Angaben machen könne. Entgegen § 21 Abs. 2 S. 2 VgV habe die Antragsgegnerin nicht alle Bezugsberechtigten in der Auftragsbekanntmachung benannt. Es bestehe ein Widerspruch zwischen der Auftragsbekanntmachung und der als Anlage 2 - Vorschau Unterlagen Angebotsund Verhandlungsphase - vorgelegten „Kooperations- bzw. Rahmenvereinbarung über Fachanwendungen im Sozial- und Jugendwesen“, nach der auch die Tochtergesellschaft der Antragsgegnerin, die ..., zum Abruf aufgrund der Rahmenvereinbarung berechtigt sei. Dies habe zur Folge, dass der Auftragswert mit 28,5 Millionen € zu hoch sei, weil die ... nach oben Gesagtem keine Abrufe aufgrund der Rahmenvereinbarung vornehmen dürfe. Die vorgesehene Laufzeit von acht Jahren verstoße gegen § 21 Abs. 6 VgV, der eine Regellaufzeit von vier Jahren vorschreibe, die nur in begründeten Fällen überschritten werden dürfe. Ein begründeter Sonderfall sei nicht gegeben. Zudem ergebe sich aus der Kombination von Gesamtvergabe, verlängerter Laufzeit und einzelnen Festlegungen zum Verfahren eine besonders stark wettbewerbsverdrängende Wirkung, zu der die Antragsgegnerin nach dem Inhalt des Vergabevermerks keine Erwägungen angestellt habe. Davon, über die weiteren Rügen der Antragstellerin zu entscheiden, werde abgesehen, weil das Verfahren ohnehin aufgrund der für begründet erachteten Rügen in den Stand vor Bekanntmachung zurückzusetzen sei.

4Mit der sofortigen Beschwerde möchte die Antragsgegnerin erreichen, dass der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen wird. Der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig, weil die Antragstellerin kein Interesse am Auftrag habe. Der Antragstellerin gehe es letztlich darum, überprüfen zu lassen, dass die Antragsgegnerin die Voraussetzungen nach § 108 GWB für eine Inhouse-Vergabe nicht erfülle. Ein nur mittelbares wirtschaftliches Interesse an der Nichterteilung des Zuschlags reiche für die Antragsbefugnis nicht aus. Hinsichtlich der Bemessung des Auftragswertes könne der Antragstellerin schon kein Schaden entstehen. Sie, die Antragsgegnerin, habe einen Höchstwert ermittelt, der einen Wechsel der Bestandskunden berücksichtige. Bleibe der Wechsel aus, werde der Wert allenfalls unterschritten. Auch durch die behauptete unvollständige Nennung der Bezugsberechtigten könne der Antragstellerin kein Schaden entstehen. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Ein Dokumentationsverstoß liege nicht vor. Die Vergabekammer überspanne die Anforderungen an die Dokumentation. Zudem könne ein Dokumentationsmangel durch ergänzenden Vortrag im Nachprüfungsverfahren geheilt

werden. Soweit die Vergabekammer darauf abstelle, dass die mit Schriftsatz vom 12.01.2022 eingereichten Anlagen AG 1 und AG 2 nicht Bestandteil der Vergabeakte seien, rechtfertige auch dies nicht den Vorwurf einer fehlerhaften Dokumentation. Die Anlage AG 1 führe alle Bedarfsträger in Baden-Württemberg und die von ihnen eingesetzten Softwarelösungen im Bereich der sozialen Sicherung auf. Dass 78% der Bedarfsträger die Software eines, nicht aber desselben Herstellers einsetzen, werde schon unter Punkt 1.6 des Vergabeverkehrs angesprochen. Schon im Vergabeverkehrs sei der finanzielle Mehraufwand dargestellt und lediglich im Schriftsatz vom 12.01.2022 in zulässiger Weise quantifiziert worden. Die Vergabekammer habe schon keinen Beurteilungsfehler bei der ausgeschriebenen Gesamtlosvergabe, sondern nur einen Dokumentationsmangel festgestellt.

5Dessen ungeachtet sei die Gesamtlosvergabe durch den Leistungsgegenstand, insbesondere durch die an sie gestellten Anforderungen als Betreiberin eines Rechenzentrums gerechtfertigt. Ein wettbewerbliches Verfahren habe vorgelegen. Aus § 51 Abs. 2 VgV könne nicht abgeleitet werden, dass ein wettbewerbliches Verfahren nur zu bejahen sei, wenn sich mindestens drei Unternehmer tatsächlich beteiligt hätten. Nach der von ihr durchgeführten Markterkundung gebe es am Markt drei Anbieter, die die geforderte Leistung erbringen könnten. Ob der Personalmehraufwand die Gesamtvergabe rechtfertige, sei anhand der Verteuerung der konkreten Beschaffung zu messen und nicht danach, wie hoch der Aufwand im Verhältnis zur Anzahl ihrer Beschäftigten sei, worauf die Vergabekammer abstelle. Eine marktbeherrschende Stellung der Bestandsanbieterin liege nicht vor. Sie habe niemals vorgetragen, dass 78% der Bedarfsträger deren Software einsetzen. Das Auftragsvolumen sei in Einklang mit § 21 Abs. 1 S. 2 VgV unter Beachtung des Maximalschätzungsprinzips geschätzt worden. Aus dem veröffentlichten Vertragsentwurf werde ersichtlich, dass die Antragsgegnerin und ihre Tochtergesellschaften, insbesondere die ... Leistungen aus der Rahmenvereinbarung abrufen könnten. Sollten die Tochtergesellschaften nicht ordnungsgemäß bekannt gemacht worden sein, hätte dies nur zur Folge, dass diesen ein Abruf unter dem Rahmenvertrag verwehrt wäre. Die Verlängerung der Vertragslaufzeit auf acht Jahre sei aufgrund der langen Planungs- und Umsetzungszeiten bei dem ausgeschriebenen IT-Projekt gerechtfertigt. Die Gründe für die Verlängerung der Laufzeit der Rahmenvereinbarung müssten entgegen der Auffassung der Vergabekammer nicht in der Bekanntmachung angegeben werden. Auch ein Kombinationsverstoß liege nicht vor. Gerügt werde zudem die Kostenentscheidung der Vergabekammer. Ihr, der Antragsgegnerin seien die Kosten des Verfahrens auferlegt worden, obwohl nicht alle Rügen der Antragstellerin erfolgreich gewesen seien. Zudem sei die Verfahrensgebühr von der Vergabekammer zu hoch festgesetzt worden. Es sei auch nicht berücksichtigt worden, dass deren tatsächliche Aufwand geringer gewesen sei, weil auf eine mündliche Verhandlung verzichtet worden sei und eine Beiladung nicht erforderlich gewesen sei.

6Sie beantragt,

- 1.die Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 24.01.2022, 1 VK 63/21, aufzuheben,
- 2.den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin zurückzuweisen,
- 3.die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin für notwendig zu erklären.

7Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

8 Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Sie weist insbesondere darauf hin, dass es auch deshalb an einer ordnungsgemäßen Auftragswertschätzung und auftragsbezogenen Eignungs- und Zuschlagskriterien fehle, weil die Antragsgegnerin keinen konkreten Beschaffungsbedarf habe. Die Antragsgegnerin könne keine wirtschaftlichen Betrachtungen anstellen und habe keine tragfähige Beurteilungsgrundlage, weil es nur an sie herangetragene Wünsche, aber keine konkrete Bedarfsanmeldung ihrer Mitglieder gebe. Aus dem Vergabevermerk, dem Nichtabhilfescheiben vom 11.11.2021 und ihrem Vortrag im Vergabenachprüfungsverfahren ergebe sich, dass die Antragsgegnerin die Software eines Herstellers verlange. Die Ausschreibung verknüpfe künstlich die Lose soziale Hilfen, SGB II für zugelassene kommunale Träger und BI-Software mit der Software für die Anwendungen des Jugendamts. Eine solche „Universalsoftware“ werde am Markt nicht angeboten und im Übrigen auch nicht nachgefragt. Unbehelflich sei die Argumentation eines verringerten Aufwands bei Verwendung der Software eines Herstellers, da auch in diesem Fall die Software für die unterschiedlichen Bereiche unterschiedliche Architekturen aufweise. Dies sei auch bei der Bestandsanbieterin so. Zum wirtschaftlich maßgeblichen Vergleichsmaßstab, mit welcher Lösung die Kommunen sparen könnten, habe die Antragsgegnerin keine Überlegungen angestellt. Der als Begründung angeführten „Akquise von Neukunden“ fehle der Auftragsbezug; diese könne den diskriminierenden Leistungszuschnitt nicht rechtfertigen.

II.

9 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist begründet.

10 Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 155, 156 Abs. 2 GWB statthaft. Die Antragsgegnerin hat eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben, die nach § 103 Abs. 5 S. 2 GWB den öffentlichen Aufträgen gleichgestellt ist. Für Rahmenvereinbarungen gelten dieselben verfahrensrechtlichen Vorschriften wie für die Vergabe der öffentlichen Aufträge selbst, § 21 Abs. 1 VgV. Folglich unterliegt auch die Rahmenvereinbarung der Nachprüfung.

- Hinsichtlich der Rügen Nr. 1, 3, 7, 20 ist der Nachprüfungsantrag zulässig, im Übrigen unzulässig.

11a) Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Sie hat zwar keinen Teilnahmeantrag eingereicht. Ihr Interesse an der Auftragserteilung ist aber dadurch belegt, dass sie Vergabeunterlagen angefordert, Rügen erhoben und nach Zurückweisung der Rügen den Nachprüfungsantrag eingereicht hat. Zudem ergibt sich aus ihren im Nachprüfungsverfahren verfolgten Rügen, dass sie durch die unterbliebene Losaufteilung davon abgehalten worden ist, ein Angebot abzugeben. Das Produktportfolio der Antragstellerin umfasst nicht sämtliche von der Antragsgegnerin geforderten Leistungsbereiche, insbesondere im Bereich der Jugendhilfe. In einem solchen Fall muss der Antragsteller kein Angebot eingereicht haben, ein solches allein wegen des Nachprüfungsverfahrens auch nicht einreichen oder darlegen, welches Angebot er bei einer von seinem Standpunkt aus vergaberechtskonformen Ausschreibung abgegeben hätte (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2009, VII-Verg 27/09 - juris Rn. 45). Ungeachtet des Umstandes, dass die Antragstellerin Bedenken geäußert hat, ob die Antragsgegnerin im Wege einer Inhouse-Vergabe an ihre Mitglieder ihrerseits Leistungen vergeben kann, zielt ihr Nachprüfungsantrag nicht darauf ab, die Auftragserteilung zu verhindern (vgl. etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 03.11.2011, Verg W 4/11 - juris), sondern auf die Durchführung einer ihrer Meinung nach vergaberechtsmäßigen Verfahrens, in dem sie in der Lage wäre, ein aussichtsreiches Angebot abzugeben. Beschaffungsvorgänge der

Antragsgegnerin mit ihren Mitgliedern sind nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Rein hypothetische mittelbare Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren lassen die Antragsbefugnis nicht entfallen.

12b) Weitere Voraussetzung für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist, dass der Antragsteller eine Verletzung vergaberechtliche Vorschriften schlüssig vortragen kann. Ausreichend ist, dass eine Verletzung eigener Rechte gemäß § 97 Abs. 6 GWB nach der Darstellung des Antragstellers möglich erscheint (Schäfer in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 Rn. 62). Dies kann nur bei der Rüge der Verletzung von Vorschriften der Fall sein, die dem Schutz des Antragstellers zu dienen bestimmt sind, nicht jedoch von Normen, die lediglich Ordnungsfunktion haben oder lediglich den Interessen der Allgemeinheit dienen (Senat, Beschluss vom 22.07.2011, 15 Verg 8/11 - juris Rn. 24).

13 Zudem hat der Antragsteller nach § 160 Abs. 2 S. 2 GWB darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Hierfür genügt, wenn ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ursächlich und nicht offenkundig ausgeschlossen ist, denn nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung sind an die Darlegung eines drohenden Schadens aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes keine strengen Anforderungen zu stellen. Jedoch ist die Darlegung eines Schadens für jeden einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß erforderlich (Möllenkamp in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 160 Rn. 28; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl., GWB § 160 Rn. 6). Da ein Nachprüfungsverfahren grundsätzlich darauf abzielen muss, als Bieter berücksichtigt zu werden (EuGH NZBau 2010, 63, 66 Rn. 36), besteht der drohende Schaden darin, dass durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten auf den Zuschlag zumindest verschlechtert werden können (BGH, Beschluss vom 10.11.2009, X ZB 8/09, juris Rn. 32 - Endoskopiegeräte; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.04.2018, VII-Verg 56/17 - juris Rn. 17 mwN; Schäfer in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 160 Rn. 69).

14aa) Die Rüge (Rüge Nr. 2), die Ausschreibung verstoße gegen den Grundsatz der Produkt- und Markenneutralität gemäß § 31 Abs. 6 VgV erfüllt diese Voraussetzung nicht.

15 Nach § 31 Abs. 6 S. 1 VgV darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, verwiesen werden. Der Verweis auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft erfasst dabei die Festlegung eines konkreten Produkts, Herstellers, Ursprungsortes oder einer bestimmten Bezugsquelle (Prieß/Simonis in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kom. zum VgV, § 31 Rn. 41). Vom Schutzbereich des § 31 Abs. 6 VgV sind auch verdeckte Produktvorgaben umfasst, etwa in Fällen, in denen technische Anforderungen derart präzisiert werden, dass die Bieter keine Auswahlmöglichkeit haben.

16 Dass in der Ausschreibung eine Festlegung auf einen bestimmten Hersteller erfolgte, trägt die Antragstellerin ersichtlich ins Blaue hinein vor. In den Angebotsunterlagen finden sich keine Vorgaben, die auf ein bestimmtes Produkt oder einen bestimmten Hersteller abzielen. Allein der Umstand, dass die Antragstellerin die ausgeschriebenen Softwarelösungen in den Bereichen Jugendhilfe, soziale Hilfen und SGB II für zugelassene kommunale Träger und die BI-Software von einem Bieter erwartete und eine Aufteilung in Lose unterblieb, stellt keinen Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung dar. Ein bestimmtes Produkt oder ein bestimmter Lieferant wurden in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgegeben. Dass lediglich die Bestandanbieterin in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu

erbringen, ist eine durch nichts belegte Behauptung der Antragstellerin. Sie selbst weiß und hat vorgetragen, dass neben dieser mindestens ein weiterer Bieter in der Lage ist, sämtliche ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Zudem gab es nach der Markterkundung einen weiteren Anbieter auf dem Markt, der Produkte für alle ausgeschriebenen Bereiche hat.

17 Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Antwortschreiben der Antragsgegnerin vom 11.11.2021, in dem letztlich nur der sich aus der Ausschreibung ergebende Leistungsumfang beschrieben wird, wenn darin ausgeführt wird, Ziel sei die Beauftragung nicht nur eines Softwareanbieters, sondern eines echten Kooperationspartners. Soweit die Antragstellerin hiermit zugleich beanstandet, es liege eine willkürliche Einschränkung des Wettbewerbs und eine Bevorzugung der Bestandsanbieterin vor, weil es sich bei den Anwendungen Jugendhilfe, soziale Hilfen, SGB II für zugelassene kommunale Träger und BI-Software um eigenständige Produkte handele, die die sich aus dem Rügeantwortschreiben vom 11.11.2021 ergebende Forderung nach der Software aus der Hand eines Hersteller nicht rechtfertigen würden, geht es der Antragstellerin, die kein Produkt für die Jugendhilfe anbietet, ersichtlich darum, eine Losaufteilung zu erreichen und nicht darum, produktneutral auszuschreiben.

18bb) Die Rüge (Rüge Nr. 4), eine Markterkundung sei unzureichend oder unterlassen worden bzw. die angegriffene Ausschreibung diene nur der Markterkundung, erfüllt diese Voraussetzung nicht.

19 Wie schon der Wortlaut von § 28 Abs. 1 VgV zeigt, besteht eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Markterkundung grundsätzlich nicht. Dahinstehen kann, ob im Lichte der Entscheidung des EuGH vom 15.10.2009, C-275/08 - Datenzentrale Baden-Württemberg - dies bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV anders zu beurteilen ist, weil die Antragsgegnerin nicht dieses, sondern ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb wählte. Daher bestand keine Verpflichtung, bestimmte Vorgaben einzuhalten, etwa, dass die Markterkundung eine gewisse Entscheidungstiefe vermittelte. Ungeachtet dessen kann die Ernsthaftigkeit der Markterkundung nicht daran gemessen werden, dass jedem Interessenten für die Vorstellung seiner Produkte höchstens 1 Stunde zur Verfügung stand, weil diese nur einen Teil der von der Antragsgegnerin durchzuführenden Markterkundung ausmachte, die auch die Bewertung der Gespräche und der eingereichten Unterlagen - wozu die Interessenten aufgefordert worden waren - beinhaltete.

20 Zwar verbietet § 28 Abs. 2 VgV die Durchführung von Vergabeverfahren lediglich zur Markterkundung und zum Zwecke der Kosten- und Preisermittlung. Daher verstößt der öffentliche Auftraggeber gegen das Verbot des § 28 Abs. 2 VgV, wenn er ein Vergabeverfahren ohne Zuschlagsabsicht durchführt. Die Behauptung, die angegriffene Ausschreibung diene nur der Markterkundung, erfolgt ohne jede Substanz. Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die Antragsgegnerin nicht beabsichtigt, das Verfahren mit einem Zuschlag zu beenden, bestehen nicht. Hiergegen spricht vor allem auch, dass sich die Antragsgegnerin in dem vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe geschlossenen Vergleich verpflichtete, Produkte, die bisher Gegenstand des Vertriebsvertrages mit der Bestandsanbieterin waren, auszuschreiben. Ob die Antragsgegnerin das Verfahren so ausgestaltete, dass letztlich nur ein Bieter den Zuschlag erhalten kann, ist nicht im Rahmen des § 28 VgV, sondern anhand der jeweils einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen zu beurteilen.

21cc) Die Rüge (Rüge Nr. 5), es fehle die Ausschreibungsreife, erfüllt diese Voraussetzung nicht.

22 Vergabereife ist in der VgV, nach der das vorliegende Verfahren durchzuführen ist, nicht definiert. Definiert wird die Vergabereife in § 2 Abs. 8 VOB/A-EU. Danach soll der Auftraggeber erst ausschreiben, wenn alle Vergabeunterlagen fertiggestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann. Auch wenn man hieraus (wie das OLG Düsseldorf in NZBau 2014, 121 - beckonline) allgemein eine vom Auftraggeber einzuhaltende Schutzvorschrift zugunsten der am Auftrag interessierten Unternehmen ableitet, so setzt die Vergabereife voraus, dass eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung, eine gesicherte Finanzierung und die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen dafür vorliegen, dass mit den ausgeschriebenen Leistungen innerhalb der in den Vergabeunterlagen angegebenen Fristen begonnen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Antragstellerin zeigt nicht auf, welche dieser Gesichtspunkte von der Antragsgegnerin nicht beachtet worden sind. Solche sind auch nicht ersichtlich.

23 Aus der Antwort auf die Bieterfrage 3 (Anlage AST 6 zum Nachprüfungsverfahren), wonach es „im Voraus des Vergabeverfahrens keine Absichtsbekundungen von Kommunen im Hinblick auf einen Wechsel des Fachverfahrens“ gab, folgt nicht, dass die Antragsgegnerin keinen Beschaffungsbedarf haben kann. Die Antragsgegnerin hat den gesetzgeberischen Zweck zu erfüllen, die Versorgung der Mitglieder der Zweckverbände mit kommunalrelevanten bzw. kommunalspezifischen einheitlichen informationstechnischen Verfahren, deren Betrieb und damit verknüpften Dienstleistungen zu angemessenen Preisen sicherzustellen (LT-Drs. 16/3181, S. 33). Dafür ist aber erforderlich, dass sie entsprechende Lösungen „vorhält“ und ihren Verbandsmitgliedern anbieten kann. Dies und nicht der konkrete Einzelabruf bestimmt im Wesentlichen den Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin.

24 dd) Hinsichtlich Rüge Nr. 6 liegt diese Voraussetzung nicht vor. Die Antragstellerin rügt, dass zwar Angaben zum Umsatz und zur Zahl der Mitarbeiter gefordert wurden (Teilnahmeformular, Anlage AST 9 zum Nachprüfungsantrag, S. 17), jedoch Angaben zu Mindestumsatz und Mindestanzahl von Mitarbeitern fehlten. Insoweit hat die Antragstellerin schon nicht geltend gemacht, dass sie gerade im Hinblick hierauf an der Abgabe eines Angebots gehindert war; dies ist auch nicht ersichtlich. Zudem ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, bestimmte Vorgaben als Mindestbedingungen auszugestalten, wie sich aus der Formulierung „kann“ in § 45 Abs. 1 VgV und § 46 Abs. 1 VgV ergibt.

25 ee) Ungeachtet des Umstands, dass, soweit die Antragstellerin eine intransparente Bewertung der Referenzen rügt (Rüge Nr. 8), die in der Bekanntmachung unter II.2.9 für den Fall vorgesehen ist, dass sich mehr als 3 - 5 geeignete Unternehmen beworben haben, dies vorliegend schon deshalb nicht zum Tragen kommt, weil sich lediglich zwei Unternehmen beworben haben, hat sie sich nicht darauf berufen, gerade im Hinblick hierauf an der Einreichung eines Angebots gehindert gewesen zu sein.

26 Zudem bedeutet die in § 51 Abs. 2 VgV festgeschriebene Mindestanzahl an Bewerbern nicht, dass die Anzahl der geeigneten und nicht auszuschließenden Bieter nicht unter der vorgegebenen Mindestanzahl liegen darf, wie sich aus § 51 Abs. 3 S. 2 VgV ergibt. Mangelt es an einer hinreichend großen Anzahl an geeigneten Bewerbern, weil sich etwa - wie hier - nur zwei Bieter um die Teilnahme am Vergabeverfahren beworben haben, stellt auch dies ein ordnungsgemäßes wettbewerbliches Verfahren dar (vgl. EuGH, Beschluss vom 15.10.2009, C-138/08; Röwekamp in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 51 VgV Rn. 20). ff) Auch die Rügen Nr. 9 (Leistungsbeschreibung ist intransparent und nicht eindeutig und erschöpfend), Nr. 10 (keine Angaben zu den Userzahlen pro Fachverfahren), Nr. 11

(Bewertungskriterien intransparent) und Nr. 12 (intransparente Anforderungen in Leistungsbeschreibung und Wertungskriterien) erfüllen die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht.

27 Welche Anforderungen die Vergabeunterlagen im Lichte des § 29 Abs. 1 VgV erfüllen müssen, hängt auch davon ab, welche Verfahrensart der öffentliche Auftraggeber gemäß §§ 14 ff. VgV gewählt hat und welche Bedeutung die Angaben für die Entscheidung des Bieters haben, sich an dem Verfahren zu beteiligen (vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2019, 129 - beckonline). Die Antragsgegnerin wählte ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 3 VgV. Hierbei fordert nach § 17 Abs. 1 VgV der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf. Zweck des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs ist es, zunächst die Eignungsvoraussetzungen der Bewerber zu ermitteln und entsprechende Nachweise zu erlangen. Die Teilnahme am Vergabeverfahren setzt hier zunächst nur die Abgabe eines Teilnahmeantrags voraus, es geht noch nicht um die Kalkulation und Abgabe eines Angebots. Erforderlich aber auch ausreichend sind daher sämtliche Angaben, die dem Unternehmen eine belastbare Entscheidung ermöglichen, ob die ausgeschriebenen Leistungen nach Art und Umfang in sein Produktportfolio fallen und es aus unternehmerischer Sicht sinnvoll ist, in den Teilnahmewettbewerb einzutreten, um die Chance zu erhalten, zur Abgabe eines Angebots aufgefordert zu werden (OLG Düsseldorf, a.a.O. - beckonline Rn. 45).

28 Dadurch, dass die Antragsgegnerin in der Bekanntmachung die Sozialgesetze aufführte, deren Leistungsspektrum verwaltet werden sollte, und die Bestandsanbieterin sowie die von dieser bereit gestellte Software nannte, war für einen mit dem Ausschreibungsgegenstand vertrauten Bieter erkennbar, welche grundsätzlichen Anforderungen die Antragsgegnerin an die bereitzustellende Software stellt. Hierzu bedurfte es einer genauen Beschreibung der funktionalen Anforderungen an die Fachsoftware ebenso wenig wie der Mitteilung der Userzahlen pro Fachverfahren. Ob die Wertungskriterien, die die Antragsgegnerin lediglich als Vorschau für die spätere Angebotsphase mitgeteilt hat, um so den Bietern eine möglichst valide Beurteilungsgrundlage für die Abgabe eines Teilnahmeantrags zu bieten, den Vorgaben von § 31 Abs. 1 und 6 VgV entsprechen, dürfte aufgrund der Vorläufigkeit der Mitteilung in diesem Verfahrensstadium keine Rolle spielen. Die Antragstellerin macht auch nicht geltend, im Hinblick auf die aufgeführten Umstände an der Abgabe eines Angebots gehindert gewesen zu sein.

29 gg) Die Rüge Nr. 13 (Vorbehalt des Zuschlags auf Erstangebot) ist unzulässig. Die Möglichkeit auf der Grundlage der Erstangebote, ohne in die Verhandlungen einzutreten, den Auftrag zu vergeben, sieht § 17 Abs. 11 VgV für das Verhandlungsverfahren ausdrücklich vor. Voraussetzung ist lediglich, dass dies in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung vorbehalten wurde. An weitere Voraussetzungen ist diese Möglichkeit nicht geknüpft. Daher kann der Antragstellerin auch kein Schaden drohen. Sie hat auch ungeachtet des weiteren Vorwurfs, dass es an der Voraussetzung einer einheitlichen Kalkulationsgrundlage mangle, einen hierauf beruhenden Schaden nicht dargestellt.

30 hh) Die Rüge Nr. 14 (Wahl der falschen Verfahrensart) ist unzulässig. Die Antragstellerin trägt letztlich schon nicht ernsthaft vor, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens vergaberechtswidrig ist. So macht sie einerseits geltend, die Rahmenvereinbarung sei im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens zu vergeben. Sie beruft sich andererseits an anderer Stelle auf die Komplexität der zu vergebenden Leistungen. Die Komplexität des

zu vergebenden Auftrags ist aber nach § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV eine der möglichen Voraussetzungen für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb.

31ii) Die Rüge Nr. 15 (Vorbehalt einer verifizierenden Teststellung in Ziffer 5.2. des Verfahrensleitfadens) erfüllt diese Voraussetzung nicht.

32 Ungeachtet dessen, dass eine verifizierende Teststellung allein dazu dient, nach Abschluss einer Wertung nach Aktenlage zu überprüfen, ob bestimmte Kriterien eingehalten sind, dient der Teilnahmewettbewerb, wie bereits ausgeführt wurde, dazu, die Eignungsvoraussetzungen der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit bei den Bewerbern zu ermitteln und entsprechende Nachweise von ihnen zu verlangen und dient damit der vorgezogenen auftragsabhängigen Eignungsprüfung. Die Antragstellerin hat nicht vorgetragen, dass sie durch den Vorbehalt einer verifizierenden Teststellung von der Abgabe eines Teilnahmeantrags abgehalten wurde oder ihr hierdurch ein Schaden entstehen könnte.

33jj) Soweit die Antragstellerin mit der Rüge Nr. 16 beanstandet, dass keine Teststellung für Aspekte der Funktionalität und des Bedienkomforts in den bereits als „Vorschau“ zur Verfügung gestellten, das Verhandlungsverfahren betreffenden Angebotsunterlagen vorgesehen sind, kann auf die zur Rüge Nr. 15 gemachten Ausführungen verwiesen werden. Soweit sie diesbezüglich den Vorwurf erhebt, eine obligatorische Teststellung werde nicht gefordert, um die Bestandsanbieterin wettbewerbswidrig zu bevorzugen, ist dies eine ins Blaue hinein aufgestellte und durch nichts belegte Behauptung.

34kk) Nicht ersichtlich ist auch, dass der Antragstellerin durch die Benennung der Bezugsberechtigten und der Angabe des Wertes des Vertrages (Rüge Nr. 17) ein Schaden entstanden sein kann.

35(1) § 21 Abs. 2 S. 2 VgV bestimmt, dass die Einzelauftragsvergabe ausschließlich bezüglich der in der Auftragsbekanntmachung genannten öffentlichen Auftraggeber erfolgen kann. Insoweit bestimmt Erwägungsgrund Nr. 60 der RL 2014/24/EU, dass Rahmenvereinbarungen nicht durch öffentliche Auftraggeber in Anspruch genommen werden sollen, die in diesen nicht genannt sind. Zu diesem Zweck sollten die öffentlichen Auftraggeber, die von Anfang an Partei einer bestimmten Rahmenvereinbarung sind, eindeutig angegeben werden, entweder namentlich oder durch andere Mittel, wie beispielsweise eine Bezugnahme auf eine bestimmte Kategorie von öffentlichen Auftraggebern innerhalb eines klar abgegrenzten geografischen Gebiets, so dass die betreffenden öffentlichen Auftraggeber ohne Weiteres und eindeutig identifiziert werden können. Zwar bestehen Bedenken, ob dies aufgrund der Beschreibung in Ziffer II.2.4 der Auftragsbekanntmachung, wonach die ... für ihre Kunden (Mitglieder des ..., der sich aus derzeit rund 1.100 Mitgliedskommunen aus Baden-Württemberg zusammensetzt) nach deren Bedarf Leistungen abrufen kann, auch hinsichtlich der 100-prozentigen Tochter der Antragstellerin, der ..., der Fall ist. Es lässt sich jedoch nicht feststellen, dass auf der Ebene der Überprüfung der Rahmenvereinbarung, die Gegenstand der vorliegenden Nachprüfung ist, der Antragstellerin hierdurch ein Schaden entstehen könnte. Denn dies wäre nur der Fall, wenn nicht die Antragstellerin, sondern die ... Einzelverträge aufgrund der Rahmenvereinbarung abschließen sollte. Ob dies überhaupt der Fall sein wird, ist derzeit völlig offen. Da die Rahmenvereinbarung und die Einzelaufträge nur zwischen dem Bieter und der Antragsgegnerin in einem zwei-Personen-Verhältnis geschlossen werden sollen, ist auch unerheblich, welche Anzahl von Gemeinden ihren Beschaffungsbedarf „inhouse“ decken wird. Unklarheiten dahingehend, dass über die ... auch Kunden außerhalb Baden-Württembergs Zugang erhalten könnten, bestehen aufgrund des eindeutigen Länderbezugs der Ausschreibung nicht.

36(2) Nach § 21 Abs. 1 S. 2 VgV ist der in Aussicht genommene Auftragsumfang so genau wie möglich zu ermitteln und bekanntzugeben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden. Die Pflicht zur sorgfältigen Ermittlung des voraussichtlichen Bedarfs besteht deshalb nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.04.2012, VII-Verg 93/11 - juris). So reicht eine Schätzung auf der Grundlage von Erfahrungswerten aus, insbesondere wenn die genaue Ermittlung des Auftragsvolumens hohe Kosten verursacht oder aus sonstigen Gründen nicht oder nicht zuverlässig möglich ist (VK Bund, Beschluss vom 19.09.2001, VK 1-33/01 - juris). Eine entsprechende Schätzung hat die Antragsgegnerin vorgenommen, wie sich aus Ziffer 1.8 des Vergabevermerks ergibt. Da sie letztlich keinen eigenen unmittelbaren Bedarf hat, sondern ihr Bedarf durch den ihrer Mitglieder bestimmt wird, ist es nicht zu beanstanden, dass sie aufgrund allgemeiner Erfahrungswerte einen Schätzwert und einem Höchstwert im Sinne einer Obergrenze (vgl. EuGH, Urteil vom 17.06.2021, C-23/20 - juris) angegeben hat. Zudem hat die Antragstellerin nicht dargestellt, dass sie gerade durch die fehlerhafte Angabe eines Schätzwertes davon abgehalten wurde, ein Angebot abzugeben, weil ihr etwa eine Bewerbung nicht aussichtsreich erschienen wäre, da ihr unzumutbare Kalkulationsrisiken auferlegt würden. Im Übrigen trägt sie widersprüchlich vor, einerseits soll der Schätzwert zu hoch sein, wenn die ... nicht bezugsberechtigt sei und damit deren Kunden wegbrächen, andererseits wird anderenorts vorgetragen, der Schätzwert sei viel zu niedrig angegeben.

37II) Die Rüge der Antragstellerin in Ziffer 4.2 und 4.3 der Kooperations- bzw. Rahmenvereinbarung (Anlage AST 10 zum Nachprüfungsverfahren) seien pauschale Öffnungs- und Vertragsänderungsklauseln enthalten, die gegen das Transparenzgebot und Wettbewerbsprinzip verstießen (Rüge Nr. 18), ist unzulässig, weil sie ins Blaue hinein erhoben wurde. Denn die Antragstellerin weist in der beanstandeten Regelung ausdrücklich darauf hin, dass der Auftraggeber unter Wahrung der vergaberechtlichen Anforderungen, insbesondere nach § 132 GWB berechtigt ist, Softwareprodukte zu beziehen, die nicht Bestandteil des Angebots des Auftragnehmers sind. § 132 GWB ist zentrale Vorschrift für die Voraussetzungen einer ausschreibungspflichtigen Vertragsänderung. Im Übrigen ergibt sich aus dem Vortrag der Antragstellerin nicht, inwieweit ihr schon im Stadium des Teilnahmewettbewerbs zum Rahmenvertrag ein Schaden drohen könnte. Ob sich Umfang und Gegenstand eines Einzelauftrags im Geltungsbereich der Rahmenvereinbarung bewegen werden, lässt sich erst aufgrund einer in der Zukunft liegenden Einzelbeauftragung beurteilen. Die Antragstellerin wird durch die systembedingte Verlagerung der Prüfung auf den Einzelauftrag nicht in ihren Rechten beeinträchtigt. Bewegt sich nämlich der Einzelauftrag nicht im Rahmen der Rahmenvereinbarung, sondern liegt eine Auftragsänderung im Sinne von § 132 GWB vor, kann die Antragstellerin dies als unzulässige Defacto-Vergabe rügen.

38mm) Die Rüge Nr. 19 ist unzulässig. Zwar ist zutreffend, dass die Frist zur Einreichung der Teilnahmeanträge nach § 17 Abs. 2 VgV eine Mindestfrist ist und nach § 20 Abs. 1 VgV i.V.m. dem allgemeinen vergaberechtlichen Wettbewerbs- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie dem Diskriminierungsverbot nach § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB Angebots- und Teilnahmefristen unter maßgeblicher Beachtung der Komplexität der ausgeschriebenen Leistung angemessen sein müssen.

39Es lässt sich schon nicht feststellen, dass die Frist von 40 Tagen zur Einreichung des Teilnahmeantrags nicht angemessen war, war es doch zwei Bietern möglich, innerhalb dieser Frist den Teilnahmeantrag einzureichen. Zudem war gerade der Antragstellerin aufgrund der

von ihr angestrebten Verfahren gegen den Landkreis ... (OLG Karlsruhe, 15 Verg 3/20) und die Antragsgegnerin (OLG Karlsruhe, 15 Verg 5/20) und dem in deren Folge vor dem Oberlandesgericht Karlsruhe geschlossenen Vergleich (festgestellt durch Beschluss vom 15.09.2020) bekannt, dass die Antragsgegnerin die Leistungen, die bisher Gegenstand des Vertriebspartnervertrages waren, ausschreiben wird.

40nn) Soweit die Antragstellerin zuletzt eine weitere Verletzung des Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes rügt, weil die Antragsgegnerin in ihrem Nichtabhilfes Schreiben vom 11.11.2021 Aussagen getroffen habe, die sie nicht allen Interessenten zugänglich gemacht habe (Rüge Nr. 21), ist nicht ersichtlich, dass ihr durch das behauptete Mehr an Information ein Schaden entstanden sein könnte. Die Antragstellerin kann auch nicht ernsthaft behaupten, durch die Information - Software eines Herstellers - von der Bildung einer Bietergemeinschaft oder dem Einsatz eines Nachunternehmers „abgeschreckt“ worden zu sein. Hiergegen spricht schon der Zeitlauf, denn die Information erhielt die Antragstellerin am 11.11.2021, die (verlängerte) Frist zur Einreichung des Teilnahmeantrags endete am 23.11.2021. Zudem hat die Antragstellerin nicht geltend gemacht, dass beabsichtigt gewesen sei, sich als Mitglied einer Bietergemeinschaft zu bewerben. Die anderslautende Erklärung des Geschäftsführers der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat ist nicht glaubhaft (näher siehe zu Punkt 2 d). Daher kommt es auf die Frage, ob die Antragsgegnerin forderte, dass alle Softwarelösungen von einem Hersteller stammen müssen, und daher die Zulassung von Bietergemeinschaften nur zum „Schein“ erfolgte, wie die Antragstellerin behauptet, nicht an. Ungeachtet dessen ergibt sich aus dem Schreiben vom 11.11.2021 nicht, dass die Antragsgegnerin die Software eines Herstellers erwartet. Sie teilt nur die Erwartung ihrer Kunden mit und schließt daran an, dass deshalb keine Aufteilung in Fachlose, die an unterschiedliche Softwareanbieter vergeben werden, erfolgt ist. Davon, dass mit einem Antwortschreiben auf ein umfangreiches Rügevorbringen eine Änderung der ausgeschriebenen Leistung verbunden sein sollte, konnte und durfte die bereits zu diesem Zeitpunkt anwaltlich beratene Antragstellerin nicht ausgehen.

41oo) Die Rügen der unterbliebenen Losaufteilung (Rüge Nr. 1), eines diskriminierenden Leistungszuschnitts, diskriminierender Referenzanforderung (Rüge Nr. 3), intransparenter sowie unverhältnismäßiger Anforderungen an die Referenzen (Rüge Nr. 7) und einer Vertragslaufzeit von acht Jahren (Rüge Nr. 20) sind zulässig.

42Insoweit hat die Antragstellerin dargelegt, dass ihr ein Schaden zumindest droht (§ 160 Abs. 2 Satz 2 GWB). Etwaige Rechtsverstöße von öffentlichen Auftraggebern müssen sich nach dem eigenen Vortrag des Antragstellers zu seinem Nachteil auch ausgewirkt haben oder noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu einem Nachteil auswirken können (Reidt in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 Rn. 35). Durch die unterbliebene Losbildung ist die Antragstellerin gehindert, ein Angebot abzugeben, dass eine Zuschlagchance hat, weil sie nicht sämtliche von der Antragsgegnerin geforderten Anwendungen in ihrem Portfolio anbieten kann. Hiermit in unmittelbaren Zusammenhang stehen die Rügen in Bezug auf die im Rahmen der gesamtheitlichen Ausschreibung geforderten Referenzen. Wenn die Antragsgegnerin die Leistungen in Lose aufgeteilt hätte, die nach Auffassung der Antragstellerin § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB entsprochen hätten, hätte sie sich um einen Auftrag beworben. Aufgrund der geltend gemachten Vergaberechtswidrigkeit der Losaufteilung sei eine Neuausschreibung erforderlich. Damit hat die Antragstellerin dargelegt, dass sie eine Chance auf einen Zuschlag hätte, wenn eine ordnungsgemäße Ausschreibung erfolgen würde. Auch die Verlängerung der Laufzeit der

Rahmenvereinbarung über die in § 21 Abs. 6 VgV grundsätzlich vorgesehene Laufzeit von vier Jahren hinaus beeinträchtigt die Antragstellerin in ihren Rechten und könnte zu einem Schaden führen, da die Beschränkung der Laufzeit gerade dazu dient, die Marktzutrittschancen nicht übermäßig zu erschweren.

431. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er aber unbegründet.

44a) Die beabsichtigte Gesamtvergabe (Rüge Nr. 1) verstößt nicht gegen § 97 Abs. 4 S. 2 GWB.

45aa) Grundsätzlich steht es jeder Vergabestelle frei, die auszuschreibende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser Gestalt den Wettbewerb zu eröffnen. Sie befindet deshalb grundsätzlich alleine darüber, welchen Umfang die zu vergebenden Leistungen haben sollen und ob gegebenenfalls mehrere Leistungseinheiten gebildet werden, die gesondert zu vergeben sind (vgl. OLG Jena, Beschluss vom 06.06.2007, 9 Verg 3/07 in NZBau 2007, 730 - beckonline; Kus in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 97 Rn. 189). Die Entscheidung, die Fachanwendungen für das Jobcenter und das Jugendamt gemeinsam und einheitlich auszuschreiben, ist sach- und auftragsbezogen. Im Nachprüfungsverfahren ist die Entscheidung des Auftraggebers allein daraufhin zu überprüfen, ob sie, dessen Erkenntnishorizont zur Zeit der Entscheidung über die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes zugrunde gelegt, nicht auf sachfremden, willkürlichen oder diskriminierenden Erwägungen beruhte; hierbei kommt der Vergabestelle ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (Senat, Beschluss vom 14.09.2016, 15 Verg 7/16, BeckRS 2016, 121911 Rn. 18 mwN). Ist die Festlegung des Beschaffungsbedarfs aufgrund sachlicher und auftragsbezogener Gründe diskriminierungsfrei erfolgt, so ist eine sich hieraus ergebende, wettbewerbsverengende Wirkung grundsätzlich hinzunehmen (Senat, a.a.O.).

46 Ungeachtet der Frage, ob die Behauptung der Antragstellerin zutrifft, die Kommunen hätten keinen Bedarf für eine Kombination der Fachanwendungen für das Jobcenter und das Jugendamt, bestimmt zwar der Bedarf der Kommunen im Wesentlichen das, was die Antragsgegnerin beschafft. Hinsichtlich des „Wie“ spielen aber vorrangig eigene Bedürfnisse der Antragsgegnerin eine Rolle, nämlich die sich aus deren Rechenzentrumsbetrieb und der Anwendungsbetreuung ergebenden Anforderungen, wie die Antragsgegnerin auch im Vergabevermerk dargestellt hat.

47bb) Beschränkt wird die Freiheit, den Beschaffungsbedarf autonom zu bestimmen dadurch, dass aus Gründen der Stärkung des Mittelstands Leistungen grundsätzlich in Losen zu vergeben sind, § 97 Abs. 4 S. 2 GWB.

48(1) Voraussetzung ist zunächst, dass die ausgeschriebene Leistung losweise vergeben werden kann. Für diese Feststellung ist insbesondere vom Belang, ob sich für die spezielle Leistung ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet hat; hierbei sind die aktuellen Marktverhältnisse von wesentlicher Bedeutung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2012, VII-Verg 52/11 - juris).

49 Ausweislich der bei der Markterkundung gewonnen Erkenntnisse, wonach neben drei Anbietern, die für alle Anwendungsbereiche Softwarelösungen zur Verfügung stellen, drei Anbieter für Teilbereiche Lösungen anbieten, ergibt sich, dass ungeachtet rechtlicher und inhaltlicher Überschneidungen eine Bildung von Fachlosen bei den nachgefragten Lösungen möglich ist.

50 Dagegen ist nicht ersichtlich, dass bei der gebotenen funktionalen Betrachtung eine Zerlegung des Auftrags in Teillose ernsthaft in Betracht kommt. Die Antragstellerin hat schon

nicht begründet, dass für die hier ausgeschriebenen Fachverfahren ein eigener Markt für die SaaS- und die On Promise Lösungen vorhanden ist. Vor dem Hintergrund, dass es landesgesetzliche Aufgabe der Antragsgegnerin ist, die kommunalen Körperschaften im Baden-Württemberg mit Leistungen der automatisierten Datenverarbeitung zu versorgen, kommt auch eine räumliche Unterteilung in gebietsbezogene Regionallose nicht in Betracht. Zudem hat die Antragstellerin nicht dargelegt, dass sich diesbezüglich ein eigener Anbietermarkt ausgebildet hätte.

51(2) Eine Gesamtvergabe ist nur ausnahmsweise zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, § 97 Abs. 4 S. 3 GWB. Die Vorschrift bestimmt aber nicht, dass eine Gesamtvergabe nur bei Vorliegen eines objektiv zwingenden Grundes erfolgen darf. Allerdings hat sich der öffentliche Auftraggeber bei einer beabsichtigten Gesamtvergabe in besonderer Weise mit dem grundsätzlichen Gebot einer Fachlosvergabe und den im konkreten Fall dagegen sprechenden Gründen auseinanderzusetzen und eine umfassende Abwägung der widerstreitenden Belange vorzunehmen, als deren Ergebnis die für eine zusammenfassende Vergabe sprechenden technischen und wirtschaftlichen Gründe überwiegen müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.03.2012, VII-Verg 92/11 - juris; OLG München, Beschluss vom 25.03.2019, Verg 10/18 - juris; OLG Frankfurt, Beschluss vom 14.05.2018, 11 Verg 4/18 - juris). Für das Maß eines Überwiegens lassen sich keine allgemeinen Regeln aufstellen. Ebenso wenig hat die Antragstellerin, auch wenn sie ein mittelständisches Unternehmen ist, Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin Lose bildet, die ihr genehm sind und die in ihr Angebotsportfolio passen (vgl. Senat, Beschluss vom 06.04.2011, 15 Verg 3/11 - juris Rn. 57).

52 Hierbei ist die Entscheidung des Auftraggebers für eine Gesamtvergabe nur darauf zu überprüfen, ob sie auf einer vollständigen oder zutreffenden Tatsachenermittlung und nicht auf fehlerhaftem Ermessen, insbesondere Willkür beruht. Die Überprüfung erfolgt anhand der im Vergabevermerk zeitnah dokumentierten Abwägung. Unwirtschaftlich ist eine Losvergabe insbesondere dann, wenn dies zu einer spürbaren Verteuerung des Gesamtauftrags führt und damit dem Gesamtziel des Vergaberechts, wirtschaftlich zu beschaffen, zuwiderläuft (Fehling in Pünder/Schellenberg/Fehling, § 97 GWB Rn. 139). Der aus einer Losvergabe resultierende Koordinierungsaufwand sowie die sich an Schnittstellen ergebenden Risiken sind als wirtschaftliche Aspekte in die Entscheidung einzubeziehen. Technische Gründe sind solche, die eine Integration aller Leistungsschritte in einer Hand zur Erreichung des vom Auftraggeber angestrebten Qualitätsniveaus notwendig machen. Allerdings können der mit einer Fachlosvergabe allgemein verbundene Ausschreibungs-, Prüfungs- und Koordinierungsaufwand sowie ein höherer Aufwand bei der Gewährleistung eine Gesamtvergabe für sich allein nicht rechtfertigen, weil es sich dabei um einen den Losvergaben immanenten und damit typischerweise verbundenen Mehraufwand handelt, der nach dem Zweck des Gesetzes grundsätzlich in Kauf zu nehmen ist (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.).

53 Die Abwägung und deren Dokumentation sind nicht zu beanstanden.

54(aa) Anders als die Vergabekammer meint, ist für eine ordnungsgemäße Abwägung nicht erforderlich, eine Gegenüberstellung der positiven Effekte einer Gesamtvergabe und deren negative Auswirkungen im Vergabevermerk schriftlich niederzulegen. Hiermit werden die Anforderungen an die Dokumentation überspannt. Nach dem Gesetzeswortlaut von § 97 Abs. 4 GWB ist eine Gesamtvergabe zulässig, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. Ausreichend aber auch erforderlich ist es daher, dass stichhaltige technischen und/

oder wirtschaftlichen Gründe in Bezug auf den konkreten Projektverlauf in sich nachvollziehbar und in nicht willkürlicher Art und Weise vorhanden und entsprechend dargestellt werden (Kus in Kulartz/Kus/ Portz/Prieß, a.a.O., § 97 Rn. 208 mwN).

55(bb) Das Absehen von einer Losvergabe begründet die Antragsgegnerin im Wesentlichen damit, dass sie anderenfalls in vielen Fällen ihren Kunden die Softwarelösung nicht wunschgemäß bieten könne und auch ihre Mitglieder in vielen Fällen Gesamtpakete europaweit ausschreiben und die überwiegende Zahl der Kommunen nur auf die Software eines Herstellers setzen würden. Ein Parallel- und Mischbetrieb von zwei unterschiedlichen Softwarelösungen sei technisch kaum abbildbar; es würden je nach Größe und Ausbau des Fachverfahrens 25 - 35% der allgemeinen Betriebskosten im Falle einer Losaufteilung hinzukommen. Ergänzt hat dies die Antragsgegnerin im Vergabenachprüfungsverfahren dahingehend, dass eine losweise Vergabe mit einer erheblichen Steigerung der Personalaufwände und damit zusammenhängenden Kosten verbunden sei und im Rahmen ihrer sofortigen Beschwerde ergänzend ausgeführt, dass die Bedarfsträger ein nachvollziehbares und berechtigtes Interesse an einer möglichst vergleichbaren Systematik der Softwarelösungen haben, die eine Flexibilität des Personaleinsatzes ohne längeren softwarebedingten Umstellungsaufwand ermöglicht. Dies gelte auch, soweit die jeweiligen Gebietskörperschaften als zugelassene kommunale Träger tätig seien, weil auch hier ein fachübergreifendes Handeln jederzeit, etwa durch geänderte gesetzliche Rahmenbedingungen erforderlich sei, wie die beabsichtigte Umstellung der Leistungen an die ukrainischen Kriegsflüchtlinge, die bisher nach Maßgabe des Asylbewerberleistungsgesetzes erfolgen und nunmehr nach den Vorgaben des SGB II erbracht werden sollen, zeige.

56Nicht zu beanstanden ist, dass die Antragsgegnerin ihren Bedarf nach den Bedürfnissen ihrer Verbandsmitglieder bestimmt. Denn sie beschafft die in der Rahmenvereinbarung ausgeschriebenen Leistungen nicht zur eigenen Anwendung, sondern im Rahmen des ihr gesetzlich nach § 3 Abs. 1 ADVZG zugewiesenen Aufgabenbereichs, nämlich der Beschaffung, Entwicklung und des Betriebs von Verfahren der automatisierten Datenverarbeitung für kommunale Körperschaften in Baden-Württemberg. Dass die ganz überwiegende Zahl der Landkreise und kreisfreien Städte für die Fachverfahren im Sozialund Jugendwesen die Produkte eines Anbieters einsetzen, hat die Antragstellerin schon im Vergabevermerk dargelegt und dies im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durch die mit Schriftsatz vom 12.01.2022 vorgelegte Anlage AG 1 verdeutlicht.

57Die Antragsgegnerin hat nachvollziehbar zugrunde gelegt, dass wegen der Komplexität der jeweiligen Betreuungs- und Implementierungsleistungen und dem im Zusammenhang mit dem Rechenzentrumsbetrieb stehenden Aufwand des Hostings, insbesondere auch vor dem Hintergrund der durch häufige Gesetzesänderung erforderlichen rechtlichen Anpassungen die Gewährleistung einer möglichst einheitliche Bedien- und Systemarchitektur erforderlich ist. Dass dies bei der Vergabe an einen Anbieter besser gewährleistet ist, liegt auf der Hand, selbst wenn die Software für die Fachanwendungen im Sozial- und Jugendwesen unterschiedliche Systemarchitekturen aufweisen sollte, wie die Antragstellerin geltend macht. Dass der flexible Einsatz von Mitarbeitern innerhalb der Kommunen durch gleiche bzw. annähernd gleiche Systemarchitekturen und Bedienvorgänge erleichtert wird und dies für eine Gesamtvergabe spricht, ist ebenfalls nachvollziehbar. Das Erfordernis einer einheitlichen Bedienlogik brachte die Antragsgegnerin nicht erstmals im Vergabenachprüfungsverfahren vor. Bereits im Vergabevermerk wurde beispielhaft an einem Beschaffungsbedarf des Landkreises ... dargestellt, dass der Kunde eine einheitliche

Bedienung erwartet. Dieses Argument vertiefte die Antragsgegnerin nur im Nachprüfungsverfahren.

58Auch die von der Antragsgegnerin angeführten erheblichen finanziellen Belastungen rechtfertigen die Gesamtvergabe. Einen wirtschaftlichen Grund für die Gesamtvergabe stellt es dar, dass die Mehrkosten zu einer erheblichen Verteuerung der Leistung an ihre Kunden führen. Erforderlich ist eine projektbezogene Verteuerung; allgemeine wirtschaftliche Überlegungen und die strategische Ausrichtung reichen hingegen nicht. Die Antragsgegnerin hat dies beachtet. Die überschlägigen Berechnungen bilden eine tragfähige Grundlage für die Prognose der Antragsgegnerin, dass die Gesamtvergabe zu erheblichen Kostenersparnissen gegenüber einer Losvergabe führt. Damit trägt die Antragsgegnerin dem Gesamtziel des Vergaberechts Rechnung, wirtschaftlich zu beschaffen. Aus wirtschaftlichen wie technischen Gründen darf es nicht zu einer derartigen Zersplitterung der Leistung kommen, dass eine einheitliche Gesamtleistung nur noch mit unverhältnismäßigem Aufwand herzustellen ist (Fehling in Pünder/Schellenberg, a.a.O.).

59Die Gründe hat sie im Wesentlichen im Vergabevermerk dargelegt und den finanziellen Mehraufwand im Schriftsatz vom 12.01.2022 näher erläutert. Ein Dokumentationsmangel liegt insoweit nicht vor. Der öffentliche Auftraggeber kann im Nachprüfungsverfahren nicht kategorisch mit allen Aspekten und Argumenten präkludiert werden, die nicht im Vergabevermerk niedergelegt worden sind. Vielmehr ist das Nachschieben von Gründen im Vergabeverfahren aus Gründen der Beschleunigung zuzulassen, wenn keine Anhaltspunkte für eine Manipulation vorliegen und die Transparenz des Vergabeverfahrens gesichert ist (vgl. BGH, Beschluss vom 08.02.2011, X ZB 4/10 - juris Rn. 73).

60Dass Grund für die Gesamtvergabe auch die mit einer Losaufteilung verbundene Kostensteigerung ist, ergibt sich aus dem Vergabevermerk, in dem die Antragsgegnerin ausführt, dass sie für diesen Fall mit Mehrkosten von 25 - 35% rechne. Dass die Antragsgegnerin hierbei keine sachgerechten Erwägungen anstellte, lässt sich nicht feststellen. Die Antragstellerin möchte vielmehr, dass die Antragsgegnerin ihre, der Antragstellerin, Erwägungen ihrem Beschaffungsbedarf zugrunde legt, wozu diese jedoch, wie bereits ausgeführt wurde, nicht verpflichtet ist. Unerheblich ist letztlich die genaue Höhe der Zusatzkosten; dass erhebliche Zusatzkosten anfallen, zeigen die nachvollziehbaren Ausführungen der Antragsgegnerin.

61(cc) Folglich traf die Antragsgegnerin die Entscheidung für eine Gesamtvergabe aufgrund einer zutreffenden und vollständigen Tatsachengrundlage. Eine bestimmte „Begründungstiefe“ wird hierfür nicht verlangt. Sofern die Antragstellerin die von der Antragsgegnerin angeführte Begründung als unplausibel bezeichnet, setzt sie lediglich ihre Wertung an die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bewertung. Nicht entscheidend ist, dass die Bestandsanbieterin vier unterschiedliche Fachanwendungen anbietet. Den Beschaffungsbedarf bestimmt nicht das, was der öffentliche Auftraggeber bisher nutzte, sondern das, was er zukünftig einsetzen möchte. Diesen Bedarf kann er in den aufgezeigten Grenzen autonom bestimmen. Die Antragsgegnerin möchte gerade nicht die Software unterschiedlicher Softwareanbieter beschaffen. Hieran würde sich auch durch eine kundenspezifische Anpassung (Customizing) der unterschiedlichen Produkte nichts ändern. Zudem handelt es sich um zusätzlich vom Bieter zu erbringende und folglich auch mit Mehrkosten verbundene Leistungen. Nicht zutreffend ist die Annahme der Antragstellerin, die Aufgabengebiete innerhalb der Kommunen beschränkten sich auf die jeweiligen Leistungsbereiche (z.B. beschränkt allein auf SGB II oder SGB VIII). Dies zeigt sich etwa am

Beispiel des SGB IX; für die zu gewährenden Teilhabeleistungen können je nach Art das jeweilige Sozialamt, das Jugendamt oder auch das Jobcenter zuständig sein. Auch kurzfristige politische Entscheidungen, die schnell umgesetzt werden müssen, erfordern eine möglichst einfache und schnittstellenarme Bearbeitung, wie das angeführte Beispiel der Behandlung der Leistungen für Flüchtlinge aus der Ukraine zeigt. Aus dem Vergabevermerk und den schriftsätzlichen Ergänzungen im Vergabenachprüfungsverfahren ergibt sich nicht, dass eine automatische Datenmigration Grundlage der Abwägung war. Daher spielt die Frage, ob eine automatische Datenmigration datenschutzrechtlich zulässig ist, für die Überprüfung der Gesamtvergabe keine Rolle. Es kommt nicht darauf an, ob die bisher am Markt verfügbaren Leistungen sowie die Leistungen der Bestandsanbieterin nicht die Voraussetzungen an eine „Universalsoftware“ erfüllen, weil dies nicht Grundlage der von der Antragsgegnerin angestellten Erwägungen ist. Soweit die Antragstellerin beanstandet, es treffe nicht zu, dass allenfalls technologische Nachzügler das Gesamtportfolio nicht entwickelt hätten, kann offenbleiben, ob dies zutrifft. Denn dies war kein Gesichtspunkt für die Entscheidung, von einer losweisen Vergabe abzusehen, wie sich aus dem Vergabevermerk ergibt.

62 Da die angeführten Gründe ein Absehen von der Aufteilung in Lose rechtfertigen, kommt es nicht darauf an, ob das im Übrigen unter dem Punkt Verlängerung der Laufzeit im Vergabevermerk angeführte Argument der Werbung von Neukunden einen Auftragsbezug hat. Jedenfalls handelt es sich nicht um den tragenden oder maßgeblichen Erwägungsgrund für das Absehen von der Losaufteilung.

63(3) Aus den oben angeführten Gründen ergibt sich, dass die Antragsgegnerin auch keine Losbildung hinsichtlich der Software für die Anwendung SGB II für zugelassene kommunale Träger vornehmen musste. Zudem würde der von der Antragsgegnerin im Vergabevermerk dargestellte erhebliche Mehraufwand anfallen, obwohl in Baden-Württemberg lediglich elf zugelassene kommunale Träger vorhanden sind, die die Leistungen der Grundsicherung für Arbeitssuchende in kommunaler Eigenverantwortung durchführen.

64b) Die geforderten Referenzen für die Eignungsprüfung (Rüge Nr. 3) sind durch den Beschaffungsgegenstand gedeckt. Nach § 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV erfolgt der Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage von Referenzen der Bewerber. Voraussetzung für vergaberechtlich zulässig angeforderte Referenzen ist, dass sie jeweils bezogen auf die konkreten zu vergebenden Leistungen oder Teile davon sind.

65 Dies hat die Antragsgegnerin beachtet. Zudem steht es nach § 47 VgV dem Bewerber ausdrücklich frei, sich hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit auf die Eignung anderer Unternehmer zu berufen. Dass die Antragsgegnerin die angeforderten Referenzen unter Berücksichtigung des Wettbewerbs- und Transparenzgrundsatzes anforderte, ohne einzelne Bieter zu benachteiligen oder zu diskriminieren, zeigt sich daran, dass zwei Bewerber die entsprechenden Anforderungen erfüllten und Teilnahmeanträge abgaben. Zudem kann der Antragstellerin durch die angeforderten Referenzen kein Schaden entstehen, weil sie nicht alle - zulässigerweise - gesamthaft ausgeschriebenen Softwarelösungen anbietet.

66c) Die Rüge bezüglich intransparenter und unverhältnismäßiger Referenzen (Rüge Nr. 7), die wenig Substanz hat und vielfach auf nicht belegten Mutmaßungen beruht, ist unbegründet. Der Antragstellerin kann hierdurch ein Schaden nicht entstehen, weil sie einen Teilnahmeantrag zum ausgeschriebenen Gesamtlos nicht einreichen kann.

67d) Auch hinsichtlich der Rüge einer Laufzeit von acht Jahren (Rüge Nr. 20) ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

68aa) In der Bekanntmachung wurden die Gründe für die Verlängerung der Laufzeit auf insgesamt acht Jahre unter II.2.4 der Bekanntmachung angegeben (vgl. Art. 49, 51 i.V.m. Anhang V Teil C Nr. 10 lit. a RL 2014/24/EU).

69bb) Ungeachtet des Umstandes, dass die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung grundsätzlich vier Jahre nicht überschreiten darf, § 21 Abs. 6 VgV, kann der Antragstellerin durch die Verdoppelung der Regellaufzeit kein Schaden entstehen. Sie hat nämlich nicht dargelegt, dass sie jetzt oder nach Ablauf der Regellaufzeit in Bezug auf den ausgeschriebenen Gesamtauftrag einen Teilnahmeantrag einreichen bzw. ein Angebot auf das Gesamtlos abgeben will und wird. Derzeit kann sie nicht die gesamte ausgeschriebene Leistung anbieten, weil sie keine Software für den Bereich der Jugendhilfe anbietet. Es ist zugrunde zu legen, dass die Antragsgegnerin auch nach Ablauf der Regellaufzeit von vier Jahren ihren erneuten Beschaffungsbedarf gesamtheitlich vergeben würde. Denn dies brachte sie bereits damit zum Ausdruck, dass sie ihren Beschaffungsbedarf für acht Jahre durch die angegriffene Ausschreibung in dieser Weise festlegte. Greifbare Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin bei einer erneuten Ausschreibung nach vier Jahren in der Lage sein würde, ein Angebot auf das Gesamtlos abzugeben, bestehen nicht. Soweit der Geschäftsführer der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat angegeben hat überlegt zu haben, als Mitglied einer zugelassenen Bietergemeinschaft einen Teilnahmeantrag einzureichen, hiervon aber aus Zeitgründen Abstand genommen zu haben, ist dies nicht glaubhaft. Denn eines der Hauptargumente der Antragstellerin im Vergabeverfahren ist, dass die Zulassung von Bietergemeinschaften durch die Antragsgegnerin nur zum Schein erfolgt sei, mit der Ausschreibung tatsächlich allein das Produkt eines Herstellers beschafft werden soll. Dieses Verständnis der Ausschreibung und die Bildung einer Bietergemeinschaft schließen sich aber aus.

70e) Ein Verstoß gegen die allgemeinen Grundsätze nach § 97 Abs. 1 und 2 GWB liegt nicht vor.

71aa) Die Kombination aus Rahmenvereinbarung, verlängerter Laufzeit und der beabsichtigter Inhouse-Vergabe durch die Antragsgegnerin im Fall von Abrufen ihrer Mitglieder bzw. der Zweckverbandsmitglieder führt nicht zu einer nicht hinnehmbaren Wettbewerbsverengung, weil die Kommunen nicht verpflichtet sind, ihren Bedarf bei der Antragsgegnerin zu decken. Die Kommunen können ihren jeweiligen IT-Bedarf zwar bei der Antragsgegnerin decken, sie können ihn aber auch gesondert ausschreiben. So beziehen derzeit nur 24 der 44 als Bedarfsträger für die ausgeschriebenen Leistungen in Betracht kommenden Kommunen und kreisfreien Städte Softwarelösungen im Bereich der sozialen Sicherung bei der Antragsgegnerin.

72bb) Die Verpflichtung der Vergabestelle, den Auftrag in einem fairen Wettbewerb zu vergeben, beinhaltet nicht die Pflicht zur Schaffung identischer Ausgangsbedingungen. (Wissens-)Vorteile des Vorauftragnehmers sind Ausfluss der unternehmerischen Tätigkeit; es ist nicht Aufgabe des Vergabeverfahrens eine hierauf beruhende unterschiedliche Ausgangssituation künstlich zu nivellieren (vgl. Brauser-Jung in Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 97 Rn. 87). Hierauf gerichtete Beanstandungen verhelfen dem Nachprüfungsantrag der Antragstellerin daher nicht zum Erfolg.

73f) Ungeachtet dessen, dass ein Bieter einen Nachprüfungsantrag nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen kann, wenn sich die diesbezüglichen

Mängel auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig auswirken (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2004, Verg 1/04 - juris), lässt sich ein Dokumentationsmangel nicht feststellen.

74 Zwar muss die Dokumentation des Vergabeverfahrens nach § 8 Abs. 1 VgV fortlaufend und zeitnah geschehen. Unter einer fortlaufenden Dokumentation ist die chronologische Niederlegung der wesentlichen Schritte und Entscheidungen gemäß dem Gang des Vergabeverfahrens zu verstehen. Diesen Vorgaben entspricht der Vergabevermerk. Der Auftraggeber ist nicht zu einer unverzüglich, sondern lediglich zu einer zeitnahen Dokumentation verpflichtet (Kulartz/Kus/Marx/Portz /Prieß/Zeise, a.a.O., § 8 VgV Rn. 17 mwN).

752. a) Die Beschwerde ist auch zulässig, soweit hiermit die von der Vergabekammer getroffene Entscheidung zu den Kosten und dem Geschäftswert angegriffen wird.

76 Für die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer findet gem. § 128 Abs. 1 S. 2 GWB das Verwaltungskostengesetz Anwendung; nach § 22 Abs. 1 VwKostG kann die Kostenentscheidung zusammen mit der Sachentscheidung angefochten werden (OLG Schleswig, Urteil vom 13.10.2000, 6 Verg 4/00, BeckRS 2000, 17095, beckonline).

77b) Der Antrag ist begründet.

78aa) Die Gebühr der Vergabekammer ist auf 18.775 € festzusetzen.

79 Für Amtshandlungen der Vergabekammern werden Kosten, nämlich Gebühren und Auslagen, zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben (§ 182 Abs. 1 S. 1 GWB), deren Höhe sich im Sinn einer generalisierenden Betrachtung unter Berücksichtigung des Aufwands und der wirtschaftlichen Bedeutung der Sache bestimmt. Auszugehen ist dabei von dem Wert des Verfahrensgegenstandes (Losch in Ziekow/Völlink, GWB § 182 Rn. 9, beckonline). Die Vergabekammer hat sich hierbei wie die Mehrzahl der Vergabekammern an der Gebührentabelle, die die Vergabekammern des Bundes erarbeitet haben, orientiert. Diese Gebührenstaffel knüpft an die streitbefangene Auftragssumme an, was sachgerecht ist, da sich danach regelmäßig auch die Komplexität einer Vergabe richtet und so der personelle und sachliche Aufwand, den die Vergabekammer zur Erledigung des Nachprüfungsbegehrens aufzuwenden hat, in hinreichender Weise berücksichtigt wird. Sofern im Einzelfall der Sach- und Personalaufwand aus dem Rahmen dessen fällt, was ein Nachprüfungsantrag der betreffenden wirtschaftlichen Größenordnung und Bedeutung üblicherweise mit sich bringt, ist dem durch eine angemessene Erhöhung oder Herabsetzung der in der Gebührenstaffel ausgewiesenen Basisgebühr Rechnung zu tragen (vgl. Losch in Ziekow/Völlink, a.a.O.).

80 Die Vergabekammer legte erkennbar den Gesamtbruttoauftragswert, den die Antragsgegnerin mit 28,5 Mio € netto (entspricht 33.915.000 € brutto) angegeben hat, zugrunde. Sie beachtet aber nicht, dass in Nachprüfungsverfahren, in denen es an einem konkreten Angebot des Antragstellers fehlt, der Wert des Verfahrensgegenstandes grundsätzlich nach dessen Interesse am Ausgang des Verfahrens zu bemessen ist, welches entsprechend § 3 VgV geschätzt werden kann. Dies gilt insbesondere, wenn sich der Antragsteller um eine dem Verfahrensgegenstand der Art nach gleiche oder ähnliche Leistung bewerben, hiervon aber nur Teillose anbieten möchte (BGH, Beschluss vom 25.10.2011, X ZB 5/10 - juris).

81 Die Antragstellerin hat auf Nachfrage durch den Senat in der mündlichen Verhandlung angegeben, sie hätte sich auf die „fiktiven“ Lose soziale Hilfen, SGB II für zugelassene kommunale Träger und BI-Software beworben. Unter Zugrundelegung der von der

Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 27.04.2022 angegebenen auf die jeweiligen Teilbereiche entfallenden Kosten ergibt sich für diese Teilbereiche ein Auftragswert von 19.950.000 € netto (entspricht 23.740.500 € brutto). Die sich hiernach ergebende Differenz des Auftragswerts ist erheblich und hat auch deutliche Auswirkungen auf die danach zu bemessende Gebühr. Dass die Vergabekammer auch dann, wenn sie oben ausgeführte Erwägungen angestellt hätte, zu der von ihr festgesetzten Gebühr gekommen wäre, lässt sich der Begründung ihrer Kostenentscheidung nicht entnehmen. In Abänderung der Entscheidung der Vergabekammer wird die Gebühr der Vergabekammer auf 18.775 € festzusetzen.

82 Allerdings ist nicht deshalb, weil vor der Vergabekammer keine mündliche Verhandlung stattfand und eine Beiladung nicht erforderlich war, eine Herabsetzung dieser Gebühr geboten. Statt einer mündlichen Verhandlung hat die Vergabekammer einen umfangreichen schriftlichen Hinweis erteilt. Zudem war das Nachprüfungsverfahren durch eine Vielzahl von Rügen und umfangreichen Sachvortrag geprägt. Es lässt sich daher nicht feststellen, dass der personelle und sachliche Aufwand deshalb geringer war, weil keine mündliche Verhandlung stattfand und eine Beiladung unterblieben ist.

83bb) Da der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin unzulässig bzw. unbegründet war, hat sie die Kosten der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen, § 182 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 GWB.

84cc) Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

85 Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung erforderlich war. Die Frage, ob es für den öffentlichen Auftraggeber notwendig war, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist auf Grundlage einer differenzierenden Betrachtung nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund einer ex ante Prognose zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06 - juris Rn. 61; Senat, Beschluss vom 11.07.2011, 15 Verg 5/11 - juris Rn. 17; Beschluss vom 10.03.2015, 15 Verg 11/14 - juris Rn. 9). Gesichtspunkte wie die Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen, aber auch die Möglichkeit, aufgrund der sachlichen und personellen Ausstattung Fragen des Vergaberechts sachgerecht zu bearbeiten, können eine Rolle spielen. Konzentriert sich die Problematik eines Nachprüfungsverfahrens auf schlichte auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörigen Vergaberegeln, spricht im Allgemeinen mehr dafür, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse im Rahmen seines originären Aufgabenkreises selbst organisieren und aufbringen kann, es im Nachprüfungsverfahren eines anwaltlichen Beistands also nicht bedarf (Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-VergabeR, 5. Aufl. 2016, § 182 GWB (Stand: 24.11.2020), Rn. 95). Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Auftraggeber sich in seinem näheren Aufgabenbereich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst zu verschaffen hat, während er sich für nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, die zu den auftragsbezogenen Rechtsfragen hinzukommen, insbesondere wenn sie Bezüge zu höherrangigem Recht und Europarecht aufweisen, gegebenenfalls externen Rechtsrat einholen darf (vgl. Senat, Beschluss vom 11.07.2011, a.a.O. - juris Rn. 17; Senat, Beschluss vom 10.03.2015, a.a.O. - juris Rn. 9).

86 Danach durfte es die Antragsgegnerin für erforderlich halten, Rechtsrat einzuholen. Wenn auch die Rügen teilweise Auftragsbezug aufwiesen und daher von der Antragsgegnerin selbst beantwortet werden konnten, verlangte eine Vielzahl der erhobenen Rügen eine Auseinandersetzung mit komplexen Grundsätzen des Vergabeverfahrens und allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Fragestellungen. Zudem bedurfte die große Anzahl an Rügen und der umfangreiche Sachvortrag einer juristisch begleiteten Gliederung und Einordnung.

III.

87 Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Antragstellerin gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 S. 2 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit, dass die Antragstellerin gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 S. 1 GWB die durch die Beschwerde veranlassten Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt.

88 Die Streitwertfestsetzung erfolgt gemäß §§ 50 Abs. 2, 39 Abs. 2 GKG.

Zitiervorschlag:

OLG Karlsruhe Beschl. v. 29.4.2022 – 15 Verg 2/22, BeckRS 2022, 21671