


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	12.11.2025
Aktenzeichen:	6 Verg 2/25
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2025:1112.6VERG2.25.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 12. November 2025 – 6 Verg 2/25 –, juris

Digitalisierung Rettungsdienst

Leitsatz

1. Im Nachprüfungsverfahren kommt ein Antrag auf Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit einer Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers nur in Betracht, wenn ein Primärrechtsschutz aufgrund von Umständen, welche während des laufenden Nachprüfungsverfahrens eintreten, nicht mehr erlangt werden kann.
2. Ob der Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren antragsbefugt i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB ist, ist für jede seiner erhobenen Rügen gesondert zu prüfen. Wird die Feststellung der Unwirksamkeit des bereits erteilten Zuschlags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB begehrt, fehlt es regelmäßig an einer Antragsbefugnis für Rügen, welche sich auf Maßnahmen bei der Durchführung des vermeintlich vergaberechtswidrig gewählten Vergabeverfahrens beziehen.
3. Grundsätzlich bedarf es keines besonderen Feststellungs- oder Rechtsschutzinteresses für einen auf § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gestützten Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages. Ein Rechtsschutzinteresse kann insbesondere nicht unter Verweis darauf verneint werden, dass der angegriffene Vertrag vermeintlich nicht rückabgewickelt werden könne. An die Feststellung einer zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrages führenden Rechtsmissbräuchlichkeit der Inanspruchnahme des Rechtsschutzes sind hohe Anforderungen zu stellen.
4. Für die Beantwortung der Frage, ob objektiv Ausschließlichkeitsrechte eines Vertriebspartners des öffentlichen Auftraggebers bestehen, welche die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne EU-weite Bekanntmachung und die direkte Verhandlung mit dem Vertriebspartner nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV zu rechtfertigen geeignet sein können, ist nach dem Normwortlaut auf den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe abzustellen.
5. Bestehen zu diesem Zeitpunkt Ausschließlichkeitsrechte eines Wirtschaftsteilnehmers, ist für die Zulässigkeit der Wahl der Direktverhandlung ohne EU-weite Auftragsbekanntmachung nach § 14 Abs. 6 VgV die zeitlich dem Beginn des Vergabeverfahrens vorgelagerte Frage maßgeblich, ob die Festlegung des öffentlichen Auftraggebers auf eine Leistung mit diesem Alleinstellungsmerkmal in vergaberechtlich relevanter Weise unzulässig war, weil sie zu einer Verletzung der – insoweit vorwirkenden – Grundsätze des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB) führte.

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 8. Juli 2025, 1 VK LSA 2/25

Tenor

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 8. Juli 2025 wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis zu 19.000,00 € festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Die Antragsgegnerin, eine kreisfreie kommunale Gebietskörperschaft, betreibt die zentrale Luftrettungsdienst-Leistelle für das Land und arbeitet gemeinsam mit zwei benachbarten Landkreisen – dem A. Kreis sowie dem Landkreis B. – in einem Modellprojekt für den sog. Telenotarzt zusammen. Der Telenotarzt soll ermöglichen, dass notärztliche Dienstleistungen durch einen Notfallsanitäter unter notärztlicher Anleitung per Telekommunikation erbracht werden können.
- 2 Auf die Absichtserklärung des Ministeriums für Inneres und Sport des Landes Sachsen-Anhalt (*künftig*: MI) vom 19.11.2024, der Antragsgegnerin für die Digitalisierung des Rettungsdienstes bis zu 200.000 € zur Verwendung noch im Haushaltsjahr 2024 zur Verfügung zu stellen, beantragte die Antragsgegnerin am 04.12.2024 u.a. die Bereitstellung von 200.000 € für die Beschaffung von Endgeräten (Tablets) und Software zur Nutzung in den o.a. drei Gebietskörperschaften, und zwar teilweise zur Ergänzung des Bestandsystems der mobilen Einsatzdokumentation. Mit Erlass vom 05.12.2024 stimmte das MI dem Antrag auf Zuwendung für die Beschaffung von Tablets und Software (trotz bestehender „großer Bedenken“) zu und erließ am 06.12.2024 einen Zuwendungsbescheid, welcher durch einen Bescheid vom 18.12.2024 geändert wurde. Der Zuwendungsbescheid gab eine Durchführung der Beschaffungsmaßnahme (Lieferung und Rechnungslegung) spätestens bis zum 31.12.2024 vor.
- 3 Die Antragsgegnerin veröffentlichte keine Vorinformation über die Absicht der Vergabe des Lieferauftrags i.S.v. § 38 VgV. Sie entschied sich bei einem geschätzten Nettoauftragswert von ca. 340.000 € für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb (und damit ohne öffentliche Bekanntmachung des Auftrags) und für die Durchführung des Verfahrens mit nur einem Wirtschaftsteilnehmer und stützte sich hierfür auf § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV. Sie führte zur Begründung ihrer Wahl an, dass der Auftrag wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten nur von einem Unternehmen erbracht werden könne. Dem lag die Beschaffungsentscheidung zugrunde, Tablets mit der vorinstallierten Software ... ® einzukaufen.
- 4 Am 05.12.2024 versandte die Antragsgegnerin an die von ihr ausgewählte Unternehmung (*künftig*: Vertriebspartnerin) eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots einschließlich eines Leistungsverzeichnisses und weiterer Vergabeunterlagen. Das dar-

auf eingehende Angebot der Vertriebspartnerin wurde von der Antragsgegnerin am 09.12.2024 geöffnet, sodann geprüft und als zuschlagsfähig bewertet.

- 5 Auf der Grundlage der Beschlussvorlage vom 10.12.2024 erteilte der zuständige Ausschuss des Stadtrates der Antragsgegnerin am 18.12.2024 die Genehmigung für die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Vertriebspartnerin. Der Zuschlag wurde auch am 18.12.2024 erteilt.
- 6 Die Vertriebspartnerin lieferte die 115 Tablets mit installierter Software am 20.12.2024 an die Antragsgegnerin, welche die Geräte aufteilte und jeweils am 14.01.2025 insgesamt 53 Geräte für den Rettungsdienst der Antragsgegnerin, 27 Geräte an den Rettungsdienst des Landkreises A. und 35 Geräte an den Rettungsdienst des Landkreises B. übereignete.
- 7 Im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union wurde am 28.01.2025 eine von der Antragsgegnerin am 27.01.2025 versandte Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag veröffentlicht; am 31.01.2025 erfolgte auch eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Antragsgegnerin.
- 8 Mit Schriftsatz vom 04.02.2025 hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens bei der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt beantragt. Sie hat im Wesentlichen die Vergaberechtswidrigkeit der Verfahrensart und insbesondere der Direktvergabe an die Vertriebspartnerin gerügt.
- 9 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die am 11.03.2025 auslaufende Entscheidungsfrist mit Verfügung vom 10.03.2025 bis zum 15.04.2025, mit Verfügung vom 10.04.2025 bis zum 20.05.2025, mit Verfügung vom 19.05.2025 bis zum 24.06.2025 und mit Verfügung vom 20.06.2025 bis zum 29.07.2025 jeweils verlängert.
- 10 Mit Beschluss vom 26.05.2025 hat die Vergabekammer der Antragstellerin Einsicht in weitere Unterlagen des Vergabeverfahrens gewährt, den Antrag auf Akteneinsicht bezüglich des Angebots der Vertriebspartnerin und solcher Unterlagen des Vergabeverfahrens aber abgelehnt, die Informationen über Angebotsinhalte enthalten.
- 11 Wegen der Einzelheiten des Vorbringens der Beteiligten im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, wegen des Verlaufs des Nachprüfungsverfahrens und wegen der von den Beteiligten gestellten Anträge wird auf Abschnitt I. der Gründe des Beschlusses der Vergabekammer vom 08.07.2025 Bezug genommen.
- 12 Mit ihrem Beschluss vom 08.07.2025 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zurückgewiesen. Sie stützt ihre Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass der antragsbefugten, hinsichtlich ihres Nachprüfungsantrags keiner Rügeobliegenheit unterliegenden und die Antragsfrist des § 135 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 GWB währenden Antragstellerin ein Rechtsschutzbedürfnis fehle. Angesichts der vollständigen Lieferung der Geräte und deren teilweiser Weitergabe an andere Rechtsträger sowie der anschließenden Ingebrauchnahme der Geräte sei eine Rückabwicklung des Vertrags bereits in Gänze rechtlich ausgeschlossen und für die Vertragsparteien gleichermaßen unzumutbar. Zudem sei zu berücksichtigen, dass eine Rückabwicklung die Durchführung des Modellprojekts unmöglich machte. Insoweit sei auch festzustellen, dass im Falle der Rückabwicklung ein Beschaffungsbedarf bei der Antragsgegnerin entfiel.

- 13 Gegen diese ihr am 09.07.2025 zugestellte Entscheidung richtet sich die mit Schriftsatz vom 21.07.2025 erhobene und am selben Tage beim Oberlandesgericht Naumburg eingegangene sofortige Beschwerde der Antragstellerin.
- 14 Die Antragstellerin ist der Meinung, dass sie entgegen der Auffassung der Vergabekammer ein rechtlich schutzwürdiges Interesse an einer Nachprüfung habe. Im Falle der mit dem Nachprüfungsantrag erstrebten Unwirksamkeit des Vertrages sei ein wirksamer Eigentumserwerb gerade nicht erfolgt; der Vertrag sei bereicherungsrechtlich rückabzuwickeln. Der Direktkauf sei weder nach Landesrecht noch im Hinblick auf ein technisches Alleinstellungsmerkmal gerechtfertigt gewesen. Die Antragstellerin verweist bezüglich der wettbewerbsbeschränkenden Bestimmung des Beschaffungsbedarfs und der hieraus abgeleiteten Wahl der Verfahrensart auch auf die Anforderungen des § 14 Abs. 6 VgV, deren Erfüllung i.E. nicht nachgewiesen sei. Sie rügt weitere Fehler des Vergabeverfahrens, so einen Beginn der Ausschreibung vor Ausschreibungsreife, unzulässige Produktvorgaben in der Leistungsbeschreibung, Abweichungen des Angebots der Vertriebspartnerin von zwingenden Vorgaben des Leistungsverzeichnisses und eine unzureichende Prüfung der Eignung der Vertriebspartnerin. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 21.07.2025 sowie – ergänzend – auf den Schriftsatz vom 29.09.2025 Bezug genommen.
- 15 Die Antragstellerin beantragt in der Hauptsache,
- 16 1. den Beschluss der 1. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt vom 08.07.2025 aufzuheben und
- 17 2. festzustellen, dass die Antragsgegnerin eine unzulässige de facto-Vergabe vorgenommen hat,
- 18 3. die Antragsgegnerin zu verpflichten, den Vertragsschluss rückgängig zu machen,
- 19 4. der Antragsgegnerin bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben, ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchzuführen,
- 20 5. festzustellen, dass die Antragstellerin durch das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt wird.
- 21 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 22 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.
- 23 Sie verteidigt im Wesentlichen die angefochtene Entscheidung und vertieft u.a. die Ansicht, dass nach der zulässigerweise getroffenen Entscheidung, dass das bereits genutzte Betriebssystem und die Software ... ® weiter genutzt und ergänzt werden solle, lediglich die Vertriebspartnerin leistungsfähig sei. Hilfsweise hat sie sich darauf berufen, dass selbst im Falle der Rückabwicklung des Vertrages kein Beschaffungsbedarf mehr bestehe, weil die Beschaffung nur unter Verwendung der Fördermittel finanzierbar gewesen sei. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Schriftsatzes vom 05.08.2025 Bezug genommen.

- 24 Der Senat hat die Beschwerdesache am 10.10.2025 mündlich verhandelt und mit den Beteiligten insbesondere die Grundlagen der Bestimmung des konkreten Beschaffungsbedarfs durch die Antragsgegnerin erörtert; wegen des Inhalts der mündlichen Verhandlung wird auf das Sitzungsprotokoll vom selben Tage Bezug genommen.

B.

- 25 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig; sie hat aber in der Sache keinen Erfolg. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zwar teilweise zulässig, er ist aber nicht begründet.
- 26 I. Das Rechtsmittel der Antragstellerin ist zulässig.
- 27 1. Es ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft und wurde nach § 172 Abs. 1 bis 3 GWB frist- und formgerecht beim zuständigen Gericht (§ 171 Abs. 3 Satz 1 GWB) eingelegt. Die auch im Beschwerdeverfahren von Amts wegen zu prüfenden allgemeinen Voraussetzungen für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens (§§ 98 f., 103, 106 sowie 160 f. GWB) liegen vor. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber, der einen Lieferauftrag mit einer weit über dem Schwellenwert liegenden geschätzten Netto-Auftragssumme vergeben wollte, ohne dass eine sog. Bereichsausnahme oder ein sonstiger Ausschlussgrund für eine EU-weite Ausschreibung bestand.
- 28 2. Die Rechtssache ist entscheidungsreif, insbesondere wird der mit der Beschwerdeschrift gestellte Antrag auf ergänzende Einsicht in die Vergabedokumentation zurückgewiesen. Die Akteneinsicht hat auch im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren eine dienende, nämlich den Anspruch auf rechtliches Gehör sichernde Funktion (vgl. ausführlich zuletzt OLG Naumburg, Beschluss v. 04.06.2024 – 6 Verg 1/24). Die für die im Beschwerdeverfahren zu treffende Entscheidung maßgeblichen Daten sind der Antragstellerin bekannt.
- 29 3. Die Anträge der Antragstellerin bedürfen der Auslegung; danach sind sie jeweils statthaft.
- 30 a) Zwar kommt ein Antrag auf Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit einer Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers im Vergabeverfahren, wie mit den Anträgen zu Ziffern 2 und 5 begehrt, nur in Betracht, wenn ein Primärrechtsschutz aufgrund von Umständen, die während des laufenden Nachprüfungsverfahrens eintreten, nicht mehr erlangt werden kann (arg. ex § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB). Die Feststellung einer Rechtsverletzung erfolgt im Hauptverfahren des Primärrechtsschutzes nicht explizit durch den Beschlussausspruch, sondern schlägt sich implizit in der von der Nachprüfungsinstanz angeordneten Maßnahme zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens nieder (vgl. Blöcker in: Röwekamp/Kus/Portz/ Prieß, GWB, 6. Aufl. 2026, § 168 Rn. 8). Eine entsprechende Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit einer Maßnahme des öffentlichen Auftraggebers wäre jeweils ohne einen erkennbaren Mehrwert für die Antragstellerin (so auch OLG Rostock, Beschluss v. 11.11.2021 – 17 Verg 4/21 „Luca-App II“ – VergabeR 2022, 186, in juris Rz. 25).
- 31 b) Bei isolierter Betrachtung betrifft der Antrag zu Ziffer 3 die Anordnung eines – außerhalb des Vergabeverfahrens liegenden – Verhaltens der Antragsgegnerin, nämlich des

Rückgängigmachens des Vertragsschlusses, wozu die Nachprüfungsinstanz nach § 168 Abs. 1 GWB nicht befugt ist.

- 32 c) Die Anträge zu Ziffern 2 und 3 können jedoch in ihrer Gesamtheit dahin umgedeutet werden, dass die Antragstellerin die Feststellung der Unwirksamkeit des Liefervertrages vom 18.12.2024 nach § 135 Abs. 2 GWB begehrt; dies ist ein zulässiges und auch nur in einem Nachprüfungsverfahren zu erreichendes Antragsziel (vgl. Maimann in: Röwekamp pp., GWB, a.a.O., § 135 Rn. 19 ff.).
- 33 II. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin allerdings zu Unrecht insgesamt als unzulässig bewertet. Der Antragstellerin kann insbesondere ein schutzwürdiges Interesse am Nachprüfungsverfahren bezüglich der Rüge der unzulässigen Direktvergabe nicht abgesprochen werden.
- 34 1. Da die Antragstellerin mehrere vergaberechtliche Rügen erhoben hat, ist deren Zulässigkeit für jede Rüge gesondert zu prüfen. Danach ergibt sich, dass die Antragstellerin lediglich für eine Rüge – die Rüge der unzulässigen Wahl der Direktvergabe – antragsbefugt i.S.v. § 160 Abs. 2 GWB ist.
- 35 a) Soweit die Antragstellerin im Hinblick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB als vergaberechtswidrig rügt, dass die Antragsgegnerin den Lieferauftrag ohne Veröffentlichung einer EU-weiten Auftragsbekanntmachung vergeben hat, ohne dass dies vergaberechtlich gestattet war (hier in der Form der vergaberechtswidrigen Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb), ist die Antragstellerin antragsbefugt. Sie hat ihr Interesse am Auftrag geltend gemacht, was angesichts des Gegenstands ihrer gewerblichen Tätigkeit auch nachvollziehbar ist, beruft sich auf die Verletzung einer dem Bieterschutz dienenden Vergaberechtsvorschrift und hat dargelegt, dass sie durch die Nichtveröffentlichung des Beschaffungsvorhabens um ihre Chance auf eine Beteiligung gebracht wurde. Wird die Unwirksamkeit des Liefervertrags festgestellt, kommt eine Bedarfsdeckung nur durch eine Neuausschreibung in Betracht. Im Rahmen der Prüfung des Vorliegens eines Vergabeverstoßes gegen § 14 Abs. 4 und Abs. 6 VgV ist auch die Rechtmäßigkeit der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs durch die Antragsgegnerin, insbesondere im Hinblick auf die Festlegung auf die Software ... ®, zu prüfen und zu bewerten.
- 36 b) Soweit die Antragstellerin rügt, dass bei Beginn des gewählten Vergabeverfahrens eine Ausschreibungsreife noch nicht vorgelegen habe, fehlt es an einer Antragsbefugnis. Denn von der aus fehlender Ausschreibungsreife resultierenden zusätzlichen Unsicherheit im Vergabeverfahren, insbesondere der Gefahr einer Aufhebung der Ausschreibung, sind nur die Teilnehmer des Vergabeverfahrens betroffen.
- 37 c) Gleiches gilt für die gerügten Mängel der Leistungsbeschreibung. Insoweit ist zu differenzieren: Soweit die Festlegung des Beschaffungsbedarfs Einfluss auf die Auswahl der Verfahrensart hatte, ist sie dort inzident auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, wie vorausgeführt. Die Umsetzung der Bedarfsbestimmung in der Leistungsbeschreibung kann subjektive Rechte der Antragstellerin i.S.v. § 97 Abs. 6 GWB jedoch nicht berühren, weil die Antragstellerin weder Teilnehmerin des Vergabeverfahrens war noch geltend machen kann, durch die – ihr bis zum Nachprüfungsverfahren unbekannte – Leistungsbeschreibung an einer Teilnahme gehindert worden zu sein.

- 38 d) Eine Antragsbefugnis fehlt der Antragstellerin auch im Hinblick auf die Rüge, dass die Übernahme des Kundenstamms der ursprünglichen Vertriebspartnerin der Antragsgegnerin durch die nunmehrige Vertriebspartnerin der Software ... ® aus der Sicht der Antragsgegnerin u.U. ausschreibungspflichtig nach § 132 GWB gewesen sei. Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens sind ausschließlich Maßnahmen der Antragsgegnerin im Verfahren zur Beschaffung der 115 Tablets mit einer bestimmten, bereits installierten Software. Die Anerkennung der Kundenübernahme betrifft einen anderen Beschaffungsvorgang, hier insbesondere die Vertragsänderung des bereits seit mehreren Jahren bestehenden Wartungsvertrages für andere Anwendungen der Software ... ®.
- 39 e) Soweit die Antragstellerin schließlich die fehlende Eignung der Vertriebspartnerin und damit – als Vergaberechtsfehler der Antragsgegnerin – die vergaberechtswidrige Bejahung der Eignung rügt, fehlt es ebenfalls an einer Antragsbefugnis. Im durchgeführten Vergabeverfahren war die Antragstellerin nicht beteiligt, so dass ein Ausschluss der Vertriebspartnerin mangels Eignung ihre – aus anderen Gründen nicht vorhandenen – Zuschlagschancen nicht hätte verbessern können. Die Chance zur Verbesserung der Zuschlagsaussichten kann insoweit auch nicht mit auf die Aussicht einer nochmaligen Ausschreibung gestützt werden (sog. „zweite Chance“), denn ohne die Unwirksamkeit des Vertrags vom 18.12.2024, welche mit der zuerst genannten Rüge herbeigeführt werden soll, besteht wegen der dann eingetretenen Befriedigung des Beschaffungsbedarfs der Antragsgegnerin keine Zuschlagschance für die Antragstellerin.
- 40 2. Wie die Vergabekammer zutreffend ausgeführt hat und worauf der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, unterlag die Antragstellerin bezüglich der vorgenannten zulässigen Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB keiner Rügeobliegenheit und hat die nach § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB geltende Antragsfrist von 30 Kalendertagen ab EU-weiter Veröffentlichung der Vergabe des Lieferauftrags gewahrt.
- 41 3. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer besteht ein Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin im vorliegenden Nachprüfungsverfahren an der Prüfung und Entscheidung über die vorgenannte zulässige Rüge.
- 42 a) Grundsätzlich gilt, dass ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Nachprüfung trotz des erteilten Zuschlags dann besteht, wenn gerade die Unwirksamkeit des Zuschlags zulässigerweise geltend gemacht wird (vgl. *in ähnlichem Zusammenhang* Knop/Ulbrich in: Röwekamp pp., a.a.O., § 173 Rn. 28; so zuletzt OLG Naumburg, Beschluss v. 11.10.2024 – 6 Verg 2/24 „bauchfachliche Prüfung“ – VergabeR 2025, 438, in juris Rz. 45 m.w.N.). Für den sog. Unwirksamkeitsfeststellungsantrag nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB bedarf es keines besonderen Feststellungsinteresses, insbesondere auch nicht etwa einer Wiederholungsgefahr (vgl. OLG Rostock, Beschluss v. 09.12.2020 – 17 Verg 4/20 „anlasslose Corona-Tests“ – VergabeR 2021, 325, in juris Rz. 68 m.w.N.). Da Unwirksamkeit des Vertrages nur eintritt, wenn sie in einem vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren festgestellt wird, die Entscheidung der Nachprüfungsinstanz also konstitutiv wirkt, ist die Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechte gezwungen, das Nachprüfungsverfahren zu betreiben (vgl. OLG Rostock, a.a.O. m.w.N.).
- 43 b) Ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin kann nicht unter Verweis darauf verneint werden, dass der angegriffene Vertrag nicht rückabgewickelt werden könne. Eine Rückabwicklung kommt auch bei bereits vollständig abgewickelten Vertragsverhältnissen und selbst dann in Betracht, wenn die bereits erbrachten Leistungen nicht zurück-

gewährt werden können (vgl. OLG Rostock, Beschluss v. 09.12.2020 – 17 Verg 4/20 „anlasslose Corona-Tests“ – a.a.O. – hier wurde die Unwirksamkeit eines absoluten Fixgeschäfts, der Beschaffung von Tests, welche im Frühjahr 2020 vollständig verbraucht wurden, im Dezember 2020 festgestellt; OLG Rostock, Beschluss v. 11.11.2021 – 17 Verg 4/21 „Luca-App II“ – VergabeR 2022, 186 – hier wurde die Unwirksamkeit eines Vertrags über die Beschaffung einer Softwarelösung zur Nachverfolgung von Kontakten vom März 2021 trotz der Nutzung der Software im November 2021 festgestellt; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.04.2024 – VII-Verg 27/23 „Unterkunftsgebäude I“ – unveröffentlicht – hier wurde ein Bauvertrag über bereits weitgehend erbrachte Rohbauleistungen für unwirksam erklärt und mit besonderem Beschluss ein Baustopp für die weitere Vertragsabwicklung verhängt; OLG Düsseldorf, Urteil v. 03.07.2024 – 18 U 63/23 – Schätzung des Wertersatzes für die vom Auftraggeber aufgrund eines Verkehrsvertrages in Anspruch genommenen Verkehrsdienstleistungen nach Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrags wegen vergaberechtswidriger Direktvergabe).

- 44 c) Die Inanspruchnahme des vergaberechtlichen Rechtsschutzes durch die Antragstellerin ist auch nicht etwa rechtsmissbräuchlich. Entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin kann schon nicht festgestellt werden, dass der Beschaffungsbedarf für die streitgegenständlichen Leistungen selbst im Falle der angestrebten Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages endgültig weggefallen wäre. Es ist nicht nachvollziehbar, dass die Tablets – u.U. nach Löschung aller dort gespeicherten Daten aus der bisherigen Nutzung – nicht zurückgegeben werden könnten. Selbst wenn, wie die Antragsgegnerin vorträgt, zeitnah ein erneuter Beschaffungsversuch nicht stattfinden könnte, weil der Finanzierungsbedarf nur unter Rückgriff auf Zuwendungen zu decken und deren (erneute) Bewilligung derzeit nicht absehbar seien, soll die fortschreitende Digitalisierung des Rettungsdienstes nicht nur bei der Antragsgegnerin, sondern im gesamten Land unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Beschaffungsvorgangs vorangetrieben werden; dieses Projekt würde auch im Falle der Unwirksamkeit des vorliegenden Liefervertrages nicht etwa aufgegeben werden. Hinzu kommt, dass das Vorgehen der Antragstellerin auch deswegen nicht rechtsmissbräuchlich ist, weil angesichts des Pilot-Charakters des Projekts aus deren Sicht durchaus zu besorgen ist, dass sich die Orientierung der potenziellen öffentlichen Auftraggeber für derartige Leistungen auf ein bestimmtes Software-Produkt fortsetzt.
- 45 III. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist im Ergebnis aber unbegründet. Die Antragsgegnerin war nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c), Abs. 6 VgV im Sinne von § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB berechtigt, den Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung einer EU-weiten Bekanntmachung zu vergeben.
- 46 1. Nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV kann der öffentliche Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag in einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und damit ohne eine EU-weite Auftragsbekanntmachung vergeben, wenn zum Zeitpunkt der Aufforderung des Wirtschaftsteilnehmers zur Abgabe eines Angebots die zu beschaffenden Leistungen wegen des Schutzes von ausschließlichen Rechten nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden können.
- 47 Die Antragstellerin stellt nicht, jedenfalls nicht mit Substanz, in Abrede, dass am 05.12.2024, dem Zeitpunkt der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe durch die Antragsgegnerin, ausschließlich die Vertriebspartnerin die Stiftstechnologie mit der Software ... ® liefern und damit auf den zu liefernden Tablets installieren konnte, weil sie allein die Lizenzrechte am Produkt innehatte. Soweit sie darlegt, dass es nicht nach-

gewiesen sei, dass die besagte Software mit einem digitalen Schutzmechanismus ausgerüstet und dass die von der Antragsgegnerin bisher genutzten Systemkomponenten nicht auf einer Open Source-Software basierten, setzt sie sich in einen nicht nachvollziehbaren Widerspruch zu ihrem Vorbringen, wonach gerade die Festlegung der Antragsgegnerin auf die o.g. Software zu einem vollständigen Ausschluss von Wettbewerb führe. Es ist von den Verfahrensbeteiligten übereinstimmend vorgetragen worden, dass die Software der Vertriebspartnerin auf dem Betriebssystem iOS von Apple aufsetzt, welches gerichtsbekannt keine Open Source-Software ist. Die Antragstellerin selbst hat vorgetragen und im Rahmen der Erörterung der Rechtssache im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bekräftigt, dass derzeit allein die Verwendung des vorgenannten Betriebssystems zumindest zu erheblichen Schwierigkeiten bezüglich der Kompatibilität mit Geräten und Ausstattungen führt, welche auf der Grundlage anderer Betriebssysteme programmiert seien; in Teilbereichen hat sie eine Kompatibilität vollständig in Abrede gestellt. Sie hat weiter vorgetragen, was ebenfalls gerichtsbekannt ist, dass eine Besonderheit des iOS-Betriebssystems gerade darin bestehe, dass es regelmäßig Software-Applikationen ablehne, welche nicht von Apple zugelassen worden seien. Es ist gerade dieses Marktverhalten, welches Gegenstand legislativer und exekutiver Gegenmaßnahmen auf EU-Ebene ist. Von besonderem Gewicht für die Feststellung des Senats vom Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten der Vertriebspartnerin ist jedoch, dass in der Information der früheren Vertriebspartnerin der Antragsgegnerin – der H. GmbH & Co. KG – an die Antragsgegnerin vom 19.11.2019 über die Übergabe der digitalen Stiftstechnologie u.a. darauf verwiesen wird, dass die neue Vertriebspartnerin ausschließliche Ansprechpartnerin u.a. in allen Fragen der Lizenzen sei, was zwischen den beiden Unternehmen explizit vertraglich vereinbart worden sei. Das Schreiben enthält Hinweise für die weitere Zusammenarbeit auf der Grundlage aktueller Lizenzbestimmungen. Hierauf hat die Antragstellerin als branchenkundige Mitbewerberin der neuen Vertriebspartnerin nicht reagiert, auch nicht im Rahmen der Erörterung im Verhandlungstermin.

- 48 2. Da der Senat vom Bestehen von Ausschließlichkeitsrechten an der digitalen Stiftstechnologie ... ® zugunsten der Vertriebspartnerin ausgeht, ist für die Rechtmäßigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne EU-weite Auftragsbekanntmachung die zeitlich dem Beginn des Vergabeverfahrens (durch Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe am 05.12.2024) vorgelagerte Frage maßgeblich, ob die Festlegung der Antragsgegnerin auf die digitale Stiftstechnologie mit der Software ... ® im Rahmen der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs ausnahmsweise deswegen in vergaberechtlich relevanter Weise unzulässig war, weil sie zu einer Verletzung der – insoweit vorwirkenden – Grundsätze des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB) führte.
- 49 a) Die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, welche Leistung mit welcher Beschaffenheit und mit welchen Eigenschaften er beschaffen möchte, ist zeitlich und inhaltlich schon der Frage vorgelagert, ob er diesen Beschaffungsbedarf mit eigenen Ressourcen überhaupt oder u.U. wirtschaftlicher befriedigen kann oder ob er den Markt als Nachfrager betritt, aber erst recht der weiteren Frage, wie bzw. in welchem Maße er bei dem Betreten des Marktes Wettbewerb organisiert. Die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs unterfällt daher grundsätzlich nicht dem Vergaberecht, welches die Art und Weise der Beschaffung regelt, sondern zuvorderst der zivilrechtlichen Privatautonomie und sodann den haushaltsrechtlichen oder auch fachrechtlichen Bindungen des öffentlichen Auftraggebers (vgl. nur exemplarisch OLG Naumburg, Beschluss v. 20.09.2012 – 2 Verg 4/12 „Finanzamt“ – VergabeR 2013, 55, in juris Rz. 109; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.05.2017 – VII-Verg 36/16 „Drohnen“ – VergabeR 2017, 618, in juris Rz. 40; OLG Karls-

ruhe, Beschluss v. 14.09.2016 – 15 Verg 7/16 „Konzertflügel“ – in juris Rz. 29; BayObLG, Beschluss v. 25.03.2021 – Verg 4/21 „Winterdienst-Fahrzeug“ – NZBau 2022, 180, in juris Rz. 52; Kus in: Röwekamp pp., a.a.O., § 97 Rn. 206, 209 ff. m.w.N.; auch OLG Naumburg, Beschluss v. 01.11.2024 – 6 Verg 3/24 „UKH-Sanierung“ – NJ 2025, 172, in juris Rz. 34). Die im Vergaberecht geltenden Grundsätze einer Öffnung des Beschaffungsmarkts der öffentlichen Hand für den Wettbewerb, welcher fair – d.h. vor allem frei von Willkür und Diskriminierung – und transparent zu organisieren ist, setzen auch der Bestimmungsfreiheit Grenzen. Jede Leistungsbestimmung, welche objektiv zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führt, ist durch nachvollziehbare sachliche Gründe zu rechtfertigen und willkür- sowie diskriminierungsfrei zu treffen. Das zeigt sich u.a. auch in der Vorschrift des § 31 Abs. 6 VgV, die für Ausnahmen vom Grundsatz der Produktneutralität in der Leistungsbeschreibung eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand verlangt. Diese auftragsbezogenen und objektiven Gründe müssen tatsächlich vorhanden, also festzustellen oder notfalls erwiesen sein. Die Rechtfertigungstiefe hat sich unter Wahrung des in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an der Intensität der Wettbewerbsbeschränkung auszurichten (vgl. Kus in: Röwekamp pp., GWB, a.a.O., § 97 Rn. 209 m.w.N.; aber ablehnend für die Frage der Losaufteilung; Kern/Rubin in: Röwekamp/Kus/Marx/Portz/ Prieß, VgV, 2. Aufl. 2022, § 14 Rn. 46). Die insoweit gefestigte obergerichtliche Rechtsprechung ist auch unionsrechtskonform (vgl. nur EuGH, Urteil v. 17.09.2002 – C-513/99 „Concordia Bus Finnland“ – VergabeR 2002, 593, Rz. 58 ff.; EuGH, Urteil v. 10.04.2003 – C-20/01 und C-28/01 „KOM ./ Deutschland“ <Bockhorn, Braunschweig>, NZBau 2003, 393, Rz. 59 f.). Hierüber streiten die Verfahrensbeteiligten nicht.

- 50 b) Weiter ist zu berücksichtigen, dass im Falle der Berufung des öffentlichen Auftraggebers auf die Zulässigkeit der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. c) VgV der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in § 14 Abs. 6 VgV eine normative Konkretisierung erfahren hat, wonach die Beschränkung der Beschaffung auf eine direkte Verhandlung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer nur zulässig ist, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.
- 51 c) Abzustellen ist – wie nunmehr ausdrücklich in § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV geregelt – auf den Zeitpunkt der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe, also hier auf den 05.12.2024. Deswegen können die Ausführungen der Antragstellerin dazu, welche Anforderungen sich an die Weiterentwicklung von Software-Produkten u.U. aus dem sog. Digital Market Act (VO Nr. 2020/1925/EU) ergeben könnten, unberücksichtigt bleiben; es kommt ausschließlich darauf an, ob am 05.12.2024 die von der Antragsgegnerin gewählte Software ... ® bereits diesen Anforderungen entsprach oder nicht. Insoweit haben die Verfahrensbeteiligten übereinstimmend einerseits darauf verwiesen, dass dem ausgewählten Produkt eine sog. „Torwächter“-Eigenschaft zukommt, andererseits aber am 05.12.2024 eine Interoperabilität mit anderen Kommunikationsdiensten noch nicht sichergestellt war.
- 52 3. Nach diesen Maßstäben ist im konkreten Beschaffungsvorgang die Festlegung der Antragsgegnerin auf die Beschaffung von Tablets mit der Software ... ® nicht zu beanstanden.
- 53 a) Im Zuge der im Jahre 2013 bei der Antragsgegnerin begonnenen Umstrukturierung und beginnenden Digitalisierung des Rettungsdienstes führte diese eine Marktanalyse

der damals vorhandenen technischen Lösungen für eine schnelle und sichere Dokumentation von Rettungsdiensteinsätzen durch und entschied sich in deren Ergebnis für die Einführung einer hybriden Lösung dergestalt, dass die Dokumentation mit einem Stift mit digitaler Technologie auf einem speziell gerasterten Papier geschrieben und noch im Moment des Schreibens über eine digitale Kamera erfasst, erkannt und digitalisiert wird. Den Ausschlag für die Auswahl von ... ® gaben vor allem die festgestellte hohe Verlässlichkeit des digitalen Systems und die hohe Ausfallsicherheit. Der so hergestellte digitale Datensatz musste nach dem Einsatz jeweils in der Rettungswache nachbearbeitet werden. Im weiteren Verlauf der Digitalisierung wurden diverse Software-Komponenten dieses Systems beschafft, darunter eine Zentrale Serverkomponente mit Einsatzarchiv, Client-Lizenzen für die Ausstattung der Rettungswachen sowie Komponenten jeweils für die Erfassung des Reanimations-Datensatzes und der Erweiterten Versorgungsmaßnahmen. Wegen der Einzelheiten des inzwischen vorhandenen Systems wird auf die grün unterlegten Felder in der Anlage zum Sitzungsprotokoll Bezug genommen. Nach eigenen Angaben erfolgte der Einsatz dieser Technologie bei der Antragsgegnerin zu einer hohen Zufriedenheit. Die Antragsgegnerin hat sich weiter darauf berufen, dass die Datensicherheit des verwendeten Betriebssystems Gegenstand jährlicher Sicherheitsüberprüfungen durch das Bundesamt für Sicherheit der Informationstechnik (BSI) sei, weswegen man davon ausgehe, dass etwaige Probleme bei der Datensicherheit rechtzeitig erkannt und behoben werden könnten.

- 54 b) Ziel des hier in Rede stehenden Beschaffungsvorgangs ist es, den Digitalisierungsgrad des Dokumentationssystems zu erhöhen, indem der auf der Rettungswache anfallende Bedarf der Nachbearbeitung der im Rettungswagen aufgenommenen Daten entfällt. Dieser Schritt zur Erhöhung des Digitalisierungsgrades im Rettungsdienst ist als Pilot-Projekt im Zusammenwirken dreier kommunaler Gebietskörperschaften konzipiert. In den beiden neben der Antragsgegnerin beteiligten Landkreisen wird derzeit ebenfalls mit der Stifttechnologie von ... ® gearbeitet. Die Umgestaltung soll nach dem Konzept niederschwellig in der Weise erfolgen, dass statt der Dokumentation per digitalem Stift auf Papier ein Tablet bei ansonsten identischen Arbeitsschritten in dem Rettungswagen und identischen Formularmustern zum Einsatz kommen soll. Zugleich soll die vorher genutzte hybride Stifttechnologie als sog. Backup-Lösung zur Verfügung stehen. Durch die Beibehaltung des Softwaresystems sollen gleichzeitig die Verlässlichkeit der Dokumentation und die Akzeptanz der Umgestaltung beim Personal wegen der Vertrautheit mit dem System gefördert werden.
- 55 c) Diese Erwägungen der Antragsgegnerin sind auftragsbezogen und sachlicher Natur.
- 56 Wegen der hohen Bedeutung der Funktionalität und Einsatzsicherheit des Dokumentensystems und in Ansehung der seit Jahren bei allen drei Gebietskörperschaften mit Komponenten von ... ® aufgebauten IT-Architektur wäre die funktionale Erweiterung des Bestands mit Komponenten anderer Technologien unter mehreren Aspekten nachteilig gewesen. Neben einem durch Systemvielfalt bedingten geringeren Aussagecharakter des Pilot-Projekts wäre ein erheblicher personeller, zeitlicher und technischer Mehraufwand bei der Integration der vorhandenen Daten und der einheitlichen Erfassung der neuen Daten zu besorgen sowie ein zusätzlicher Schulungsbedarf notwendig geworden. Unter Einsatz von Komponenten verschiedener Technologien und Betriebssysteme wäre die Einführung einer besonderen, lieferantenübergreifenden Fehleranalyse und -beseitigung erforderlich. Die verfolgte „Ein Hersteller“-Strategie stellt einen einheitlichen Support sicher und erleichtert zudem die proprietäre Schnittstellennutzung und -verwaltung.

- 57 d) Diese, von der Antragsgegnerin im Verhandlungstermin vorgetragenen Gründe stehen fest. Sie sind nicht – im Sinne eines „Kunstgriffs“ – mit der Intention einer Einschränkung des Wettbewerbs konstruiert worden, sondern werden auf sachbezogene Erwägungen zurückgeführt. Soweit die Antragstellerin darauf verwiesen hat, dass die letzte veröffentlichte Prüfung der Datensicherheit des Betriebssystems durch das BSI im Jahre 2022 stattgefunden hatte, steht das der von der Antragsgegnerin geäußerten und hier vorausgeführten Erwartungshaltung nicht entgegen. Der von der Antragstellerin weiter geltend gemachte Umstand, dass von dem aktuellen Beschaffungsvorgang nicht nur die gelb unterlegten Bereiche der grafischen Darstellung (Anlage zum Sitzungsprotokoll) betroffen seien, sondern auch die grün unterlegten Bestandskomponenten, kann als wahr unterstellt werden. Maßgeblich ist für den Senat das Ausmaß der bereits bestehenden IT-Infrastruktur zur Dokumentation der Rettungsdiensteinsätze. Auch sonst ist nicht ersichtlich, dass sich die Antragsgegnerin einer existierenden vernünftigen Ersatzlösung verschlossen hätte. Das Alleinstellungsmerkmal der Vertriebspartnerin beruht gerade nicht auf einer Häufung von Einzelanforderungen, deren Reduzierung mehr Wettbewerb eröffnen könnte (so BayObLG, Beschluss v. 26.04.2023 – Verg 16/22 „Medienausstattung BbS“ – NZBau 2023, 808), sondern auf einem Ausschließlichkeitsrecht bezüglich des von der Antragsgegnerin beanstandungsfrei gewählten technologischen Systems.
- 58 e) Die Antragstellerin hat zwar zu Recht darauf verwiesen, dass sich der öffentliche Auftraggeber zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung auch dann nicht auf den Schutz von Ausschließlichkeitsrechten berufen kann, wenn der Grund für diesen Schutz ihm selbst zuzurechnen wäre (vgl. EuGH, Urteil v. 09.01.2025 – C-578/23 – VergabeR 2025, 300). Insofern hat der Gerichtshof, noch in Auslegung des Art. 31 Nr. 1 lit. b RL 2004/18/EG, aber übertragbar auf die Auslegung von Art. 26 Abs. 6 i.V.m. Art. 32 Abs. 2 lit. b) lit. iii) RL 2014/24/EU, ausgeführt, dass der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist, alles zu tun, was vernünftigerweise von ihm erwartet werden kann, um die Anwendung dieser Ausnahmenvorschrift zu vermeiden und damit auf eine Verfahrensart zurückzugreifen, welche für den Wettbewerb offener ist (vgl. EuGH, a.a.O., Rz. 31). Eine solche Zurechenbarkeit des Fortbestehens der Ausschließlichkeitsrechte der Vertriebspartnerin in der Geschäftsbeziehung zwischen der Antragsgegnerin und der Vertriebspartnerin besteht im vorliegenden Beschaffungsvorgang nicht. Es war der Antragsgegnerin weder möglich noch bezüglich des konkreten Beschaffungsvorgangs – Lieferung von 116 Tablets mit installierter Fachsoftware – zumutbar, vor der Beschaffung einen Verzicht der Vertriebspartnerin auf ihre Ausschließlichkeitsrechte durchzusetzen oder ein Vergabeverfahren für die Bereitstellung eines vollständig neuen Dokumentationssystems einzuleiten.

C.

- 59 Die Entscheidung über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 Abs. 2, 71 GWB.
- 60 Die Festsetzung des Gegenstandswertes des gerichtlichen Beschwerdeverfahrens beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Der Senat legt dabei mangels einer Angebotssumme eines Hauptangebotes der Antragstellerin den von der Antragsgegnerin geschätzten Netto-Auftragswert zuzüglich Mehrwertsteuer als Brutto-Auftragssumme zugrunde.

