

**OLG Rostock (Vergabesenat), Beschluss vom 01.09.2021 – 17 Verg 2/21****Titel:**

Coronavirus, SARS-CoV-2, Beschwerde, Vergabekammer, Italien, Software, Antragsgegner, Zuschlag, Ersatzbeschaffung, Vergabe, Ausschluss, Arbeit, Voraussetzungen, Wettbewerb, Anforderungen, Nichtigkeit, Beschwerde der Antragstellerin, lokale Entwicklung

**Normenketten:**

VgV § 14 Abs. 4 Nr. 3

GWB § 135 Abs. 1 Nr. 2

**Amtliche Leitsätze:**

1. Erfüllt das Konkurrenzprodukt zulässig gestellte zwingende Mindestanforderungen nicht und könnte auf ein entsprechendes Angebot der Zuschlag deshalb nicht erteilt werden, bleibt der Nachprüfungsantrag gegen eine Direktvergabe jedenfalls dann ohne Erfolg, wenn das beschaffte Produkt diese Anforderungen erfüllt.
2. Zu Reichweite und Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts in diesen Fällen.
3. Danach war nicht zu entscheiden, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Notvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorgelegen haben, ob die konkrete Vergabe den Anforderungen an einen „Wettbewerb light“ genügte und ob ein eventueller Verstoß hiergegen die Unwirksamkeitsfolge des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nach sich zöge (dazu Senat, Beschluss vom 09.12.2020 - 17 Verg 4/20).

**Rechtsgebiete:**

Handelsrecht, EDV-, Multimedia-, Medien- und Postrecht, Privates Baurecht, Vergaberecht

**Schlagworte:**

Coronavirus, SARS-CoV-2, Beschwerde, Vergabekammer, Italien, Software, Antragsgegner, Zuschlag, Ersatzbeschaffung, Vergabe, Ausschluss, Arbeit, Voraussetzungen, Wettbewerb, Anforderungen, Nichtigkeit, Beschwerde der Antragstellerin, lokale Entwicklung

**ECLI:**

ECLI:DE:OLGROST:2021:0901.17VERG2.21.00

**Tenor:**

1. Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 04.05.2021 - Az.: 3 VK 1/21 - wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners

und der Beigeladenen. Die Zuziehung anwaltlichen Beistandes durch den Antragsgegner war auch im Beschwerderechtszug notwendig.

3. Der Gegenstandswert für den Beschwerderechtszug wird auf bis zu ... € festgesetzt.

## Gründe:

I.

**1**Gegenstand des Verfahrens ist die mit Vertrag vom 08.03.2021 erfolgte Beschaffung der so genannten Luca-App durch den Antragsgegner - das Land Mecklenburg-Vorpommern - bei der in ... ansässigen Beigeladenen im Wege der Direktvergabe. Der Antragsgegner hatte die Sache weder ausgeschrieben noch anderweitige Angebote eingeholt. Die in ... ansässige Antragstellerin, die mit unbeantwortet gebliebener E-Mail vom 05.03.2021 eigeninitiativ eine Interessenbekundung für die Stellung einer Kontaktnachverfolgungs-App u.a. an das antragsgegnerische Land gerichtet hatte, hat sich hiergegen mit Nachprüfungsantrag vom 10.03.2021 gewendet, den die Vergabekammer mit Beschluss vom 04.05.2021 - Az.: 3 VK 1/21 - zurückgewiesen hat. Die Vergabekammer hat den Antrag für zulässig, aber unbegründet gehalten und hierbei - u.a. - darauf abgestellt, dass nur das Produkt der Beigeladenen über eine Schnittstelle zu dem von den Gesundheitsämtern genutzten Programm SORMAS - Surveillance, Outbreak Response Management and Analysis System - verfüge. Bei dieser Sachlage habe die Beigeladene unmittelbar beauftragt werden dürfen, zumal die Sache gesteigert eilbedürftig gewesen sei. Für die näheren Einzelheiten des im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer von den Beteiligten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Vorgebrachten sowie den Inhalt der dort gestellten Anträge wird auf den vorbezeichneten Beschluss, hier vorgelegt durch die Antragstellerin als Anlage Bf1 (Blatt 56 ff. d.A.), Bezug genommen. Gegen den ihr ausweislich der beigezogenen Akten der Vergabekammer am 05.05.2021 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin mit hier als Vorabfax am 19.05.2021 eingegangenem Schriftsatz vom 18.05.2021 Beschwerde eingelegt, mit der sie ihre Anträge aus dem Verfahren vor der Vergabekammer unverändert weiterverfolgt.

**2**In Anknüpfung an die Begründung des Nachprüfungsantrags macht die Antragstellerin mit der Beschwerde geltend, dass die Beauftragung der Beigeladenen unwirksam sei. Einerseits habe der Antragsgegner die Antragstellerin diskriminiert. Andererseits hätten die Voraussetzungen einer so genannten Notvergabe nicht vorgelegen. Es lasse sich auch nicht sicher ausschließen, dass das Produkt der Antragstellerin im Ergebnis einer sachgerechten Marktrecherche und vergaberechtskonformen Festlegung der Anforderungen zuschlagsfähig wäre. Weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen sei von einem Ausschluss bzw. einer Ausschließbarkeit des antragstellerischen Produkts auszugehen. Letztlich weise das Produkt der Antragstellerin sogar einen Mehrwert gegenüber demjenigen der Beigeladenen auf.

**3**Entgegen der Einschätzung der Vergabekammer liege in dem Umstand, dass das Produkt der Beigeladenen über einen Zugang zur Fachanwendung SORMAS verfüge, sehr wohl ein Hinweis auf ein kollusives Zusammenwirken zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen. Ein Bedarf für die Beschaffung einer Kontaktnachverfolgungs-App mit einer Schnittstelle zu SORMAS sei erst durch den gemeinsamen Beschluss der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten der Länder vom 05.03.2021 entstanden. Dass die App der Beigeladenen schon vorab - offenbar bereits Ende Februar 2021 - mit einer solchen Schnittstelle ausgestattet gewesen sei, lasse sich nur auf

Insiderwissen der Beigeladenen zurückführen, das ohne kollusives Zusammenwirken mit den Beschaffungsstellen der Länder nicht zu erklären sei. Andere Wirtschaftsteilnehmer seien also gezielt diskriminiert worden. In einem von der - hiesigen wie dortigen - Antragstellerin wegen der Beschaffung der Luca-App gegen den Freistaat Bayern vor der Vergabekammer Südbayern geführten Vergabenachprüfungsverfahren habe sich ausweislich des als Anlage Bf2 (Blatt 168 ff. d.A.) vorgelegten Vermerks vom 15.03.2021 ergeben, dass die „Anforderungen an das System“ endgültig erst zu diesem Zeitpunkt - also am 15.03.2021 - festgelegt worden seien. Das durch den Antragsgegner herangezogene Beschaffungsprofil könne somit schon aus chronologischer Sicht nicht die Grundlage der hier angegriffenen Direktvergabe in Gestalt des Vertragsschlusses mit der Beigeladenen vom 08.03.2021 dargestellt haben. Abgesehen davon sei auch kein sachlich einleuchtender Grund dafür erkennbar, eine Schnittstelle zu SORMAS zum Zuschlagskriterium zu erheben. Von einem entsprechenden Sachgrund könne allenfalls dann ausgegangen werden, wenn sich SORMAS als Hintergrundsystem im flächendeckenden produktiven Einsatz in den Gesundheitsämtern befunden habe. Das aber sei nicht der Fall gewesen. Auch der erwähnte Beschluss vom 05.03.2021 sei hiervon nicht ausgegangen. Selbst später - Ende März 2021 - habe sich SORMAS nur in 90 von 400 Gesundheitsämtern in Deutschland im produktiven Einsatz befunden. In 110 Gesundheitsämtern sei es gar nicht erst installiert worden. In den übrigen 290 Ämtern hätten notwendige Schnittstellen gefehlt, um mit der Software produktiv arbeiten zu können. Noch Ende Mai 2021 hätten - wie sich aus dem als Anlage Bf3 (Blatt 171 ff. d.A.) vorgelegten Artikel aus der WELT vom 28.05.2021 ergebe - nur 93 Gesundheitsämter bundesweit SORMAS aktiv genutzt; zu diesem Zeitpunkt sei SORMAS bei insgesamt 332 Gesundheitsämtern installiert gewesen.

**4**Eine Diskriminierung folge im Übrigen auch daraus, dass das Entwicklerteam der Beigeladenen einen Änderungswunsch des Antragsgegners zur Check-out-Funktion aufgenommen habe, der an andere App-Anbieter nicht herangetragen worden sei. Soweit die Vergabekammer hierzu ausgeführt habe, dieser Änderungswunsch betreffe nicht die Ebene der Entscheidungskriterien nach dem Anforderungsprofil, könne dies nicht nachvollzogen werden. Aus der Anlage 1 zum Vergabevermerk ergebe sich unzweideutig, dass die Änderungen im Bereich der Check-out-Funktion Bestandteil des Anforderungsprofils geworden seien. Dass andere Anbieter Gelegenheit erhalten hätten, entsprechende Änderungen anzubieten, ergebe sich aus dem Vergabevermerk nicht. Das diesbezügliche Schweigen des Vermerks müsse sich der Antragsgegner entgegenhalten lassen. Unerfindlich sei in diesem Zusammenhang auch, dass die Vergabekammer den Standpunkt eingenommen habe, im Nachprüfungsverfahren sei nicht zu prüfen, ob die zu beschaffende App Anmeldungen mit falschen Identitäten oder Scherzanmeldungen filtern könne, weil eine solche Filterfunktion nicht Gegenstand des Anforderungsprofils gewesen sei. Beschaffungsgegenstand sei jedenfalls eine App zum Zwecke der Kontaktnachverfolgung gewesen. Eine App, die nicht in der Lage sei, Anmeldungen mit falschen Identitäten oder Scherzanmeldungen zu filtern, eigne sich schon im Ansatz nicht für eine - zutreffende bzw. fehlerfreie - Kontaktnachverfolgung.

**5**Soweit die Vergabekammer weiter darauf abgestellt habe, dass schon der Umstand, dass überhaupt eine Markterkundung stattgefunden habe, gegen eine Diskriminierungsabsicht spreche, existiere ein Erfahrungssatz dieses Inhalts nicht. Vielmehr ergebe sich eine Diskriminierungsabsicht des Antragsgegners schon daraus, dass die hier konkret entfaltete Markterkundung nicht auf eine Teilnehmerauswahl gezielt habe, sondern ausschließlich darauf, zu verifizieren, dass die Luca-App über eine Alleinstellung verfüge. Erkennbar seien

die App-Funktionen, die vom Antragsgegner zu KO-Kriterien erhoben worden seien, anhand der vorhandenen Funktionalitäten der Luca-App gebildet worden. Von einem ergebnisoffenen Vorgehen des Antragsgegners könne daher keine Rede sein. Das Profil sei gezielt auf das Produkt der Beigeladenen zugeschnitten gewesen. Unabhängig davon liege eine Diskriminierung bereits darin, dass der potentielle Anbieterkreis von vornherein auf deutsche Wirtschaftsteilnehmer begrenzt worden sei. Es sei unerfindlich, warum das - deutschsprachige - Produkt der in ... ansässigen Antragstellerin nicht in Betracht gezogen worden sei. Neben der Antragstellerin gebe es in ... mindestens zwei weitere Anbieter vergleichbarer Apps in deutscher Sprache. Das alles lasse sich nicht durch einen Rekurs auf besonderen Zeitdruck „wegwischen“.

**6**Dringliche und zwingende Gründe im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hätten nicht vorgelegen. Soweit die Vergabekammer auf einen RKI-Bericht vom 17.02.2021 rekurriert habe, sei der Inhalt des Berichts nicht zutreffend bzw. erschöpfend erfasst und wiedergegeben worden. Aus dem Bericht ergebe sich nämlich auch, dass ein erneuter Lock-Down ab Ende Februar oder spätestens Anfang März 2021 wegen des Auftretens neuer, hochinfektiöser Virusmutationen schon damals für unausweichlich gehalten worden sei. In dieser Situation habe jedenfalls kein äußerst dringlicher Bedarf für die Beschaffung einer App zu Kontaktnachverfolgungszwecken bestanden. Eine Kontaktnachverfolgung werde gerade erst dann - dringlich - notwendig, wenn es zu Lockerungen infektionsschutzrechtlicher Beschränkungen komme. Hier sei indes umgekehrt eine erneute bzw. weitergehende Verschärfung der staatlichen Maßnahmen - konkret ein neuerlicher Lock-Down - absehbar gewesen. Das Gebot der Stunde sei eine Kontaktreduzierung gewesen, nicht die Nachverfolgung wieder vermehrt zuzulassender Kontakte. Eine Kontaktreduzierung sei auch das geeignetere infektionsschutzrechtliche Instrument als die bloße Nachverfolgung zulässiger Kontakte.

**7**Eine äußerste Dringlichkeit müsse jedenfalls auch deshalb ausscheiden, weil sich SORMAS im hier interessierenden Zeitpunkt (noch) nicht in einem flächendeckenden produktiven Einsatz befunden habe. Wenn aus diesem Umstand nicht bereits eine unzulässige Kriegerengestaltung an sich folge, müsse hieran jedenfalls eine Notvergabe außerhalb des Wettbewerbs scheitern.

**8**Entgegen der Einschätzung der Vergabekammer sei das Produkt der Antragstellerin durchaus zuschlagsfähig. Soweit die Vergabekammer in diesem Zusammenhang darauf abgestellt habe, die App der Antragstellerin habe im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung über keine Anbindung an SORMAS verfügte, sei dem entgegenzuhalten, dass eine entsprechende Schnittstelle binnen weniger Stunden in das Produkt habe integriert werden können. Das habe die Antragstellerin auch so vorgetragen. Diesen Vortrag habe die Vergabekammer schlicht außer Acht gelassen. Hinzu trete, dass sich zwischenzeitlich ergeben habe, dass die Luca-App zwar über eine Schnittstelle zu SORMAS verfüge, diese Schnittstelle aber für den Datentransfer gar nicht genutzt werde. Der Transfer erfolge vielmehr via Excel. Die Voraussetzungen für einen Excel-Transport aber habe die Beigeladene innerhalb von nur 20 Minuten schaffen können. Auch scheitere die Zuschlagsfähigkeit des von der Antragstellerin vertriebenen Produkts nicht daran, dass es sich um eine gasthausspezifische Software handele, die für Besuche an anderen Orten nicht programmiert gewesen sei. Für das Funktionieren der App der Antragstellerin sei es ohne Belang, ob der vom App-Anwender aufgesuchte Ort eine Gaststätte oder ein anderer Veranstaltungsort sei. Unschädlich sei auch der Umstand, dass sich das Produkt der Antragstellerin durch Verträge mit den Veranstaltern

finanziere. Einerseits handele es sich hierbei nicht um eine tatsächliche, sondern lediglich um eine rechtliche Eigenschaft. Und andererseits sei die Antragstellerin selbstverständlich bereit gewesen, auf den Wunsch des Antragsgegners einzugehen, sich nicht durch Verträge mit den Veranstaltern zu finanzieren, sondern durch einen Vertrag mit dem Antragsgegner.

**9**Insgesamt sei es vielmehr so, dass nicht das Produkt der Antragstellerin Eignungsmängel aufweise, sondern dasjenige der Beigeladenen, also die so genannte Luca-App. Aus infektionsschutzrechtlicher Sicht sei die Anschaffung eines Produktes veranlasst gewesen, dass sich nicht in der Nachverfolgung tatsächlich vorhandener Kontakte erschöpft. Vielmehr habe es bei sachgerechter Definierung der Beschaffungsziele darum gehen müssen, Kontakte mit Infektionseignung weitestmöglich auszuschließen. Das aber leiste die Luca-App nicht. Vielmehr stelle umgekehrt und allein das Produkt der Antragstellerin sicher, dass Personen, die weder geimpft noch genesen oder getestet seien, gar nicht erst Zutritt zu entsprechenden Einrichtungen gewährt wird. Der Antragsgegner habe sich in sachfremder Weise darauf beschränkt, Kontaktnachverfolgung im Nachhinein zu betreiben anstatt bereits das Volumen potenziell ansteckungsgerechter Kontakte durch den Einsatz einer dies ermöglichenden App systematisch zu reduzieren.

**10**Für die weiteren Einzelheiten des Beschwerdevorbringens der Antragstellerin wird auf den Beschwerdeschriftsatz vom 18.05.2021 (Blatt 43 ff. d.A.) sowie die weiteren Schriftsätze vom 06.07.2021 (Blatt 165 ff. d.A.) und 19.07.2021 (Blatt 187 f. d.A.) Bezug genommen, ferner auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 11.08.2021 (Blatt 203 ff. d.A.).

**11**Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der 3. Vergabekammer bei dem Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Gesundheit Mecklenburg-Vorpommern vom 04.05.2021 - Az.: 3 VK 1/21 - abzuändern und
  - a) festzustellen, dass die von dem Antragsgegner vorgenommene Beschaffung der sogenannten Luca-App zur Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter nichtig ist (§ 135 Abs. 2 Satz 1 GWB);
  - b) den Antragsgegner zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren zurückzusetzen und bei erneuter Durchführung mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern, wobei die Auswahl unter den Bewerbern diskriminierungsfrei erfolgen muss;
2. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären;
3. den Antragsgegner zu verpflichten, die Kosten der Antragstellerin für das Nachprüfungsverfahren zu tragen.

**12**Antragsgegner und Beigeladene beantragen übereinstimmend, die Beschwerde zurückzuweisen.

**13**Der Antragsgegner beantragt außerdem,

die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.

**14**Soweit der Antragsgegner weiter hilfsweise beantragt hatte, ihm zu gestatten, den Vertrag mit der Beigeladenen fortzuführen, bis er im Rahmen einer Ersatzbeschaffung einen neuen Auftragnehmer gebunden hat, ist dieser Antrag in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat fallengelassen worden.

**15**Auch der Antragsgegner knüpft im Verfahren vor dem Senat im Wesentlichen an sein Vorbringen im Nachprüfungsverfahren vor der Kammer an. Er hält an seiner Einschätzung fest, dass eine Ausschreibung nicht erforderlich gewesen sei, weil die Beigeladene über eine Alleinstellung verfügt habe.

**16**Von dem antragstellerseits gemutmaßten kollusiven Zusammenwirken mit der Beigeladenen könne keine Rede sein. Bei SORMAS handele es sich - dies unstreitig - um eine so genannte Open-source-Software, deren Schnittstellenspezifikationen jedermann frei zugänglich seien. Von Insiderwissen könne insoweit nicht ausgegangen werden. Eine Kollusion folge unabhängig davon jedenfalls nicht schon daraus, dass die Beigeladene bundesweit mit den Vergabestellen der Länder Kontakt aufgenommen habe, um die Abstimmung ihres Systems mit SORMAS zu besprechen. Eine solche Kontaktaufnahme habe jedem potentiellen Anbieter offen gestanden, auch der Antragstellerin. Im Übrigen sei der Antragsgegner unter föderalen Gesichtspunkten hier wie auch sonst nicht daran zu messen, was für die Beigeladene bzw. deren Software im Verhältnis zu den Gesundheitsbehörden anderer Länder gelte; es könne nur ankommen auf die landeseigenen Gesundheitsämter konkret in Mecklenburg-Vorpommern. Bereits seit März 2020 sei - auch öffentlich - diskutiert worden, dass SORMAS einen zentralen Baustein der elektronischen Kontaktnachverfolgung darstellen soll. Jedes aufmerksame IT-Unternehmen habe spätestens im Sommer 2020 auf die Idee kommen können, eine SORMASkompatible Kontaktnachverfolgungssoftware zu entwickeln. Selbst wenn im Übrigen mit der Antragstellerin davon auszugehen sei, der Antragsgegner habe der Beigeladenen im Wege der Kollusion einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil verschafft, folge daraus - jedenfalls - keine Nichtigkeit des streitbegriffenen Vertrages mit der Beigeladenen.

**17**Dass im Vergabevermerk Ausführungen zur Check-out-Funktion dokumentiert seien, treffe zu. Daraus lasse sich aber nicht auf ein vergaberechtswidriges Verhalten des Antragsgegners schließen. Die diesbezügliche Einschätzung der Vergabekammer, dass es im Rahmen eines Vergabeverfahrens selbstverständlich auch zu Kontakten zwischen der Vergabestelle und einem Bieter kommen dürfe, um Aufklärungsgespräche zu führen oder ggf. auch - im Verhandlungsverfahren - zu verhandeln, sei nicht zu beanstanden. Entsprechendes würden schon die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gebieten.

**18**Zu Recht sei die Vergabekammer auch von äußerster Dringlichkeit der Beschaffung ausgegangen. Die Ministerpräsidentenkonferenz habe am 10.02.2021 - dies sowie die weiteren hier im folgenden ausgeführten Daten zur sich anschließenden Chronologie sind unbestritten - Öffnungen in Aussicht gestellt. Der Antragsgegner habe daraufhin am 24.02.2021 mit den betroffenen Institutionen in einer gemeinsamen Erklärung eine Strategie vorsichtiger und insbesondere an die lokale Entwicklung der so genannten 7-Tage-Inzidenz geknüpfte Öffnungen zum 01./08.03.2021 vereinbart. In der letzten Februarwoche, ab dem 22.02.2021, habe sich abgezeichnet, dass der Bund eine deutschlandweite Lösung zur elektronischen Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter nicht bereitstellen würde. Das zuständige Bundesministerium habe dies mit Schreiben vom 26.02.2021 abschließend bestätigt; die Programmierung und Implementierung eines Systems zur Anbindung privater Apps an SORMAS sei Sache der Länder. In der Zeit zwischen der letzten Februarwoche und der Zuschlagsentscheidung (08.03.2021) habe der Antragsgegner ein Projektteam zur Beschaffung einer SORMASkompatiblen Kontaktnachverfolgungslösung aufgestellt, die Mindestanforderungen definiert und eine Markterkundung mit deutschen und

englischen Suchbegriffen durchsowie abschließende Abstimmungen mit der Beigeladenen herbeigeführt.

**19**Eine produktspezifische Leistungsbeschreibung liege nicht vor. Die vom Antragsgegner aufgestellten Mindestanforderungen seien durchweg sachlich begründet und hätten nicht darauf abgezielt, den Wettbewerb künstlich zu verengen. Ein vergaberechtswidriger Produktbezug im Sinne von § 31 Abs. 6 VgV sei nicht gegeben.

**20**Die der Beauftragung vorausgegangene Markterkundung sei rechtmäßig. Insbesondere sei der Markt ausreichend und vor allen Dingen auch willkürfrei erkundet worden. Dass sich das Erkundungsfeld auf den deutschen Markt beschränkt habe, sei unwahr. Der Antragsgegner habe über den deutschen - oder deutschsprachigen - Markt hinaus auch den europäischen und teilweise auch den außereuropäischen Markt auf geeignete Produkte abgesucht. Neben deutschen Suchbegriffen seien im Zuge der durch den zuständigen Mitarbeiter des Antragsgegners durchgeführten Internetrecherche auch diverse englischsprachige Schlagworte verwendet worden. Schlussendlich seien im Zuge der Markterkundung Kontaktnachverfolgungsprogramme unter anderem aus Italien, Frankreich, Finnland, Norwegen, Japan, den USA und Singapur geprüft worden.

**21**Die Verifizierung von Scherz- oder Falschanmeldungen sei keine Mindestanforderung gewesen und habe es auch nicht sein müssen. Der Antragsgegner habe im Rahmen seiner Beschaffungsautonomie auf eine solche Anforderung verzichten dürfen. Das Beschaffungsziel habe darin bestanden, eine Lösung für die Kontaktnachverfolgung über SORMAS zu finden. Dem werde die Luca-App gerecht. Im Übrigen habe mittlerweile auch die Praxis gezeigt, dass der Anteil von Falsch- oder Scherzangaben im Zusammenhang mit der App-Verwendung verschwindend gering sei. Hier liege somit jedenfalls kein praktisches Problem.

**22**Ein Beschaffungsbedarf und eine diesbezügliche Eilbedürftigkeit hätten ungeachtet eines sich abzeichnenden neuerlichen Lock-Downs bestanden. Insoweit sei zunächst zu berücksichtigen, dass bereits auf der Ministerpräsidentenkonferenz vom 16.11.2020 - dies unstrittig - eine deutschlandweite Anbindung der Gesundheitsämter an SORMAS beschlossen worden sei und hierbei eine wesentliche Funktionslücke darin bestanden habe, dass ein entsprechendes Komplementärsystem zur Erhebung und Einspeisung der sozialen Kontakte infizierter Personen noch ausgestanden habe. Der im Frühjahr 2021 verhängte bzw. verschärfte neuerliche Lock-Down sei zudem mit so genannten Sockelöffnungen für bestimmte Bereiche einhergegangen. Die Zahlen konkret für das Staatsgebiet des Antragsgegners, also für Mecklenburg-Vorpommern - nur hierauf könne es unter föderalen Gesichtspunkten ankommen -, hätten für die Zeit vom 24.02.2021 über den 01.03.2021 bis zum 08.03.2021 im Übrigen gezeigt (vgl. Seiten 7 f. des Schriftsatzes vom 11.06.2021 = Blatt 109 f. d.A.), dass jedenfalls in einzelnen Landkreisen vergleichsweise stabile und teilweise sogar fallende Inzidenzen zu verzeichnen gewesen seien. Von daher könne nicht nachvollzogen werden, aus welchem Grund eine Öffnungsperspektive nicht auch in dieser Zeit weiter aktiv - und eilig - zu verfolgen gewesen wäre.

**23**Der Antragsgegner habe sich auch nicht dadurch vergaberechtswidrig verhalten, dass er nicht wenigstens - unterhalb der Schwelle zur förmlichen europaweiten Ausschreibung - „Wettbewerb light“ ermöglicht habe. Auch unter Zugrundelegung der Maßstäbe aus der Senatsentscheidung vom 09.12.2020 zur Beschaffung so genannter Corona-Schnelltests - Az.: 17 Verg 4/20 - liege ein Vergaberechtsverstoß nicht vor. Dass keine Alternativangebote eingeholt worden seien, treffe zu, sei vorliegend aber nicht zu beanstanden. Das ergebe sich letztlich zwingend aus der Alleinstellung der Beigeladenen, deren Produkt allein über eine

Schnittstelle zu SORMAS verfügt habe. Nach Maßgabe von § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b i.V.m. Abs. 6 VgV habe insoweit schon im Ausgangspunkt - tatbestandlich - kein Spielraum für den Antragsgegner bestanden. Hilfsweise sei bei dieser Sachlage ein etwaiges Ermessen des Antragsgegners auf Rechtsfolgenseite auf Null reduziert gewesen (§ 14 Abs. 3 VgV); das Ergebnis der Markterkundung sei eben gewesen, dass allein die Beigeladene ein Produkt vertreibt, das über eine SORMAS-Schnittstelle verfügt.

**24**Unbegründet sei auch der Einwand der Antragstellerin, SORMAS sei im Frühjahr bundesweit nur bei 90 Gesundheitsämtern zum Einsatz gekommen. Mit Stand vom 27.05.2021 komme SORMAS bei 339 von 400 Gesundheitsämtern bundesweit zum Einsatz. Im Übrigen komme es auf die Zahl der deutschlandweit angeschlossenen Gesundheitsämter unter föderalen Gesichtspunkten nicht an. Entscheidend sei vielmehr allein die Anzahl der mit SORMAS ausgestatteten Gesundheitsämter in Mecklenburg-Vorpommern. Mittlerweile würden - dies unbestritten - alle acht Gesundheitsämter in Mecklenburg-Vorpommern an SORMAS angeschlossen sein, im Januar seien es immerhin fünf und Anfang März bereits sieben gewesen. Das ergebe sich auch aus dem Vergabevermerk.

**25**Zu Recht sei die Vergabekammer von einer fehlenden Eignung des Produkts der Antragstellerin ausgegangen. Die App der Antragstellerin erfülle die Mindestanforderungen des Antragsgegners nicht. Sie verfüge tatsächlich - dies unstreitig - bis heute über keine SORMAS-Anbindung. Sie enthalte - auch dies unstreitig - zudem keine Fachanwendung für die Gesundheitsämter. Die - als solche unstreitig - dezentrale Finanzierung der antragstellerischen App über die Gastwirte und anderen Veranstalter könne die Antragstellerin nicht durch vorzeitige Kündigungen auf eine Finanzierung mittels Vertrages mit dem Antragsgegner umstellen. Entsprechende Kündigungsrechte seien - auch dies unbestritten - vertraglich nicht vorbehalten. Auch sei die Antragstellerin nicht in der Lage, die Kontaktdaten der App-Nutzer vor den kommerziellen Kunden geheim zu halten. Die Antragstellerin sei - dies wiederum unstreitig - technisch auch nicht in der Lage, den Datenzugriff der Gesundheitsämter nur auf den konkreten Infektionsfall zu beschränken. Schließlich verfüge die Software der Antragstellerin in Deutschland über keine nennenswerte Verbreitung. Dass die Antragstellerin in der Lage sei, die - unstreitig aktuell weiter nicht vorhandene - SORMAS-Schnittstelle binnen weniger Stunden zu programmieren, bestreitet der Antragsgegner. Er geht davon aus, dass die Antragstellerin eine solche Schnittstelle längst hergestellt haben würde, wenn dies tatsächlich ohne weiteres möglich sei. Sämtliche Daten hätten seit Monaten online frei zur Verfügung gestanden. Der Antragsgegner sei auch nicht gehalten gewesen, zuzuwarten, bis die Antragstellerin eine entsprechende Programmierung ggf. vorgenommen habe. Hierfür habe im Übrigen auch keine Zeit bestanden.

**26**Für die weiteren Einzelheiten des Vorbringens des Antragsgegners im Beschwerderechtszug wird Bezug genommen auf den Schriftsatz vom 11.06.2021 (Blatt 103 ff. d.A.).

**27**Auch die Beigeladene verteidigt die angegriffene Entscheidung der Vergabekammer unter den im Wesentlichen bereits „erstinstanzlich“ vorgebrachten Gesichtspunkten. Insbesondere liege kein kollusives Zusammenwirken mit dem Antragsgegner vor. Dass ihr - der Beigeladenen - exklusiv „Gelegenheit gegeben“ worden sei, eine Schnittstelle zu SORMAS zu schaffen, sei unwahr. Zudem und jedenfalls habe die Antragstellerin nicht näher vorgetragen, durch wen und zu welchem Zeitpunkt eine solche Gelegenheit verschafft worden sein soll. Die betreffende Behauptung sei also jedenfalls substanzlos. Die Beigeladene habe lediglich



die Diskussion um die Kontaktnachverfolgung mittels SORMAS seit Sommer 2020 aufmerksam verfolgt, eine entsprechende Schnittstelle entwickelt und in ihre Software-Lösung integriert. Das sei nicht zu beanstanden und habe auch jedem anderen Marktteilnehmer - darunter der Antragstellerin - offen gestanden.

**28**Für die weiteren Einzelheiten des Vorbringens der Beigeladenen im Beschwerderechtszug wird Bezug genommen auf die Schriftsätze vom 11.06.2021 (Blatt 96 ff. d.A.) und 08.07.2021 (Blatt 180 ff. d.A.), ferner auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 11.08.2021 (Blatt 203 ff. d.A.).

II.

**29**Die zulässige Beschwerde (§§ 171 ff. GWB) bleibt sachlich ohne Erfolg, weil die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurecht zurückgewiesen hat.

A.

**30**Mit der Vergabekammer hält auch der Senat den Nachprüfungsantrag für zulässig. Insbesondere mangelt es nicht an der notwendigen Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Ausgehend von der Funktion der Antragsbefugnis - sowohl im Allgemeinen als auch konkret im hier in Rede stehenden Fall der Unwirksamkeitsfeststellung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB -, im Sinne eines „groben Filters“ immerhin und zugleich nur solche Anträge bereits auf Zulässigkeitsstufe „auszusieben“, bei denen ein Vergaberechtsverstoß, der mit einer Verletzung wehrfähiger subjektiver Rechte des Antragstellers einhergeht (§ 160 Abs. 2 Satz 1 GWB) und zu einem Schaden für den Antragsteller führt bzw. führen kann (§ 160 Abs. 2 Satz 2 GWB), offenkundig ausscheidet, kann die Zulässigkeit hier nicht verneint werden. Daran ändert der Umstand nichts, dass letztlich mit der Vergabekammer auch der Senat die Möglichkeit eines Schadenseintrittes für sicher ausgeschlossen hält und zu dieser Einschätzung aufgrund des in der hier maßgeblichen Hinsicht unbestritten gebliebenen tatsächlichen Vorbringens der antragstellenden Partei gelangt. Damit ist der Antrag zwar bereits in einem herkömmlich zivilprozessualen Sinne unschlüssig. Soweit im Rahmen der vergabenachprüfungsrechtlichen Antragsbefugnis - also auf Zulässigkeitsstufe - auf den Begriff der „Schlüssigkeit“ rekurriert wird (etwa bei jurisPK-Vergaberecht/Summa, 05. Aufl. 2016 [Stand: 21.06.2021], GWB § 160 Rn. 95; BeckOK Vergaberecht/Gabriel/Mertens, 20. Edition [Stand: 31.10.2020], GWB § 160 Rn. 116; aus der Rechtsprechung etwa OLG Naumburg, Beschluss vom 15.03.2001 - 1 Verg 11/00, NZBau 2001, 579 [Juris; Tz. 45]), ist damit aber ein weiterer - untechnischer - Begriff gemeint, ähnlich etwa dem heute herrschenden Möglichkeitsbegriff im Rahmen des § 42 Abs. 2 VwGO (vgl. Ziekow/Völlink/Dicks, Vergaberecht, 04. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 6). Unzulässig ist der Antrag erst, wenn auch die rechtliche Wertung, die sich an den vom Antragsteller vorgetragenen Lebenssachverhalt anschließt, evident ausfällt, also mehr oder minder „auf erste Sicht“ klar - und nicht erst im Ergebnis näherer rechtlicher Prüfung „sicher“ - ist, dass dem Antrag materiell kein Erfolg beschieden sein kann, weil - namentlich - ein Schadenseintritt aus jedem denkbaren Betrachtungswinkel ausgeschlossen erscheint (vgl. BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 - 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 597 = NZBau 2004, 564 [Juris; Tz. 27 f.]; BGH, Beschluss vom 26.09.2006 - X ZB 14/06, WRP 2006, 1523 [Juris; Tz. 31 f.]; BGH, Beschluss vom 10.11.2009 - X ZB 8/09, VergabeR 2010, 210 = NZBau 2010, 124 [Juris; Tz. 32]; OLG Naumburg, Beschluss vom 15.03.2001 - 1 Verg 11/00, NZBau 2001, 579 [Juris; Tz. 45]; Ziekow/Völlink/Dicks, Vergaberecht, 04. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 22; jurisPK-Vergaberecht/Summa, 05. Aufl. 2016 [Stand: 21.06.2021], GWB § 160 Rn. 96). So lag der vorliegende Fall nicht.

B.

**31**Sachlich bleibt der Nachprüfungsantrag ohne Erfolg, weil ... - das Programm der Antragstellerin - zwingende Kriterien, die der Antragsgegner für die Beschaffung in willkürfreier und auch sonst zulässiger Weise aufgestellt hat, nicht erfüllt. Damit kann sich die Antragstellerin auf einen etwaigen Vergaberechtsverstoß nicht berufen.

**32**1. Das von der Antragstellerin entwickelte System ... kam für die hier in Rede stehende Beschaffung jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil es über keine Schnittstelle zu SORMAS verfügt und damit ein zwingendes Beschaffungskriterium nicht erfüllt. Es begegnet auch keinen rechtlichen Bedenken, dass der Antragsgegner das Vorhandensein einer Schnittstelle zu SORMAS zum Muss-Kriterium erhoben hat.

**33a)** Aus dem antragsgegnerischen „Vermerk zur Vergabe“ vom 03.03.2021 (Anlage 3 zum „Vergabevermerk“, dort Seite 2, Nr. 6, Satz 3) ergibt sich als „Anforderung an die Lösung“ eine „Anbindung“ an SORMAS. Diese Anbindung setzt ausweislich des weiteren Vermerks in der Anlage 1 zum „Vergabevermerk“ (Rückseite, Nr. 1, lit. b) - unstreitig - das Vorhandensein einer Schnittstelle zu SORMAS voraus. An verschiedenen Stellen, unter anderem auf Seite 2 des „Vergabevermerks“, dort unter Ziffer 1.4, vorletzter Absatz, ist durch den Antragsgegner zudem hervorgehoben worden, „(d) er Beschaffungsgegenstand soll(e) keine neu zu entwickelnde IT-Infrastruktur sein. Eine Neuentwicklung einer IT-Infrastruktur zur digitalen Kontaktnachverfolgung würde den zeitlichen Rahmen der Beschaffung sprengen.“ Letzteres stellt im Verhältnis zur Schnittstellenproblematik für sich genommen zwar ein gesondertes - im Übrigen weitaus grundlegenderes - Beschaffungskriterium dar, das ... jedenfalls im Prinzip auch erfüllt haben mag; der Senat hält es aber für zulässig und auch geboten, die darin zum Ausdruck kommende Wertung, dass kein Produkt beschafft werden sollte, das erst noch einer wesentlichen Überarbeitung bzw. Fortentwicklung bedurft hätte, für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob es der Zuschlagsfähigkeit von ... (bzw., präziser formuliert, der Zuschlagsfähigkeit eines unterstellten Angebots, das ... zum Gegenstand gehabt hätte) schadet, dass die Schnittstelle erst noch herzustellen gewesen wäre.

**34**Der Beschaffungsbedarf stand im Zeitpunkt der Beauftragung - 08.03.2021 - auch bereits fest. Der Vergabevermerk des Antragsgegners vom 03.03.2021 enthielt die gestellten Anforderungen. Für die Annahme der Antragstellerin, die Beschaffungsentscheidung sei erst nachträglich durch ein „passendes“ Beschaffungsprofil „bemäntelt“ worden, bestehen insoweit keine Anhaltspunkte. Sie ergeben sich insbesondere nicht daraus, dass der Antragsgegner anscheinend dem Freistaat Bayern für die dortige Beschaffung einen entsprechenden Vermerk vom 15.03.2021 (Anlage Bf2; Blatt 168 ff. d.A.) zur Verfügung stellte. Dieser Vermerk ist nicht Teil, sondern allenfalls Folge der hiesigen Beschaffung.

**35b)** Die so verstandene Anforderung begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken.

**36**Dem Auftraggeber steht das Bestimmungsrecht zu, ob und welchen Gegenstand er beschaffen will. Solange er dabei die Grenzen beachtet und nicht - offen oder versteckt - ein bestimmtes Produkt bevorzugt und andere Anbieter diskriminiert, ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei. Er bestimmt über die an die zu beschaffenden Gegenstände zu stellenden technischen und ästhetischen Anforderungen. Das bedeutet allerdings nicht, dass dieses Bestimmungsrecht grenzenlos ist; die Anforderung muss vielmehr objektiv auftrags- und sachbezogen sein. Des Weiteren muss die Begründung nachvollziehbar sein. Ob Anforderungen erforderlich oder zweckmäßig sind, ist demgegenüber ohne Belang (Senat, Beschluss vom 17.07.2019 - 17 Verg 1/19 [Juris; Tz. 59]; Senat, Beschluss vom 12.08.2020 - 17 Verg 3/20 [Juris; Tz. 49]; jeweils m. w. Nachw.).

**37**Nach diesen Maßstäben hält sich die getroffene Leistungsbestimmung in den gesetzten Grenzen. Es ist - erst recht nach den Erfahrungen mit der manuellen Übermittlung und Auswertung der Kontaktdaten - nicht sachwidrig, eine weitgehende Automatisierung der Kontaktnachverfolgung anzustreben und hierzu eine Schnittstelle zu SORMAS zu fordern. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin durfte dies nicht erst verlangt werden, wenn SORMAS flächendeckend im Einsatz ist. Die Anforderung erscheint bereits dann nicht sachwidrig, wenn bei der Vergabeentscheidung zu erwarten ist, dass zumindest einzelne Gesundheitsämter im Leistungszeitraum die Technik nutzen werden und deren Zahl nicht von derart untergeordneter Bedeutung ist, dass von einem nachhaltigen Effekt nicht auszugehen ist. Hier waren bereits bei Zuschlag sieben der acht Gesundheitsämter in Mecklenburg-Vorpommern an SORMAS angeschlossen, inzwischen alle. Die Situation im weiteren Bundesgebiet ist für die Beurteilung der hier verfahrensgegenständlichen Beschaffung ohne Belang. Nicht zu erkennen ist auch, die Anforderung beruhe auf einer einseitigen Ausrichtung an den Funktionalitäten der Luca-App. Zudem bestehen keinerlei Anhaltspunkte, der Antragsgegner habe der Beigeladenen im kollusiven Zusammenwirken Insider-Wissen zur Verfügung gestellt und nur deshalb habe diese über die Schnittstelle verfügt.

**38**Dem Antragsgegner kann in vergaberechtlicher Hinsicht auch nicht zum Vorwurf gereichen, dass die E-Mail der deutschen Tochtergesellschaft der Antragstellerin - der ... GmbH - vom 26.01.2021 (Anlage ASt 4 zum Schriftsatz vom 23.03.2021) nicht bzw. schlussendlich mit E-Mail vom 22.02.2021 (ebenfalls enthalten in Anlage ASt 4) nur hinhaltend bzw. ausweichend beantwortet worden ist. Entgegen der Einschätzung der Antragstellerin, mit dieser E-Mail-Korrespondenz sei „der Nachweis“ erbracht, „dass wir uns ‚rechtzeitig‘ um eine Schnittstelle zu SORMAS bemüht hätten“ (so die Diktion in der E-Mail des Geschäftsführers der Antragstellerin an die eigenen Bevollmächtigten vom 20.03.2021, ebenfalls enthalten in Anlage ASt 4), ergibt sich für den Senat jedenfalls aus der E-Mail vom 26.01.2021 nicht, dass die Antragstellerin (durch ihre inländische Unternehmenstochter) damit konkret eine (etwa erforderliche) Schnittstellenspezifikation angefordert hätte. Das wird schriftsätzlich zwar so dargestellt, lässt sich der E-Mail selbst aber nicht entnehmen. Dort wird vielmehr - schon ausweislich der Betreffzeile („SORMAS - Möglichkeiten der Zusammenarbeit“) - um eine geschäftliche Kooperation geworben, was in die abschließende Äußerung mündet, man „würde (sich) sehr gerne (...) über Möglichkeiten einer Anbindung austauschen.“ Weder aus dieser abschließenden Bitte um Eintritt in einen Austausch noch aus den vorausgegangenen Ausführungen im E-Mail-Text ergibt sich konkret die Anforderung einer Schnittstellenspezifikation. Unabhängig davon war die Anfrage auch nicht an den Antragsgegner gerichtet, sondern an ein vom Antragsgegner nicht beeinflussbares (ihm auch nicht in irgendeiner Form zurechenbares) Privatrechtssubjekt, nämlich die ... GmbH. Unabhängig von alldem ist jedenfalls nunmehr auch unstrittig, dass es sich bei SORMAS um eine Open-source-Software handelt, sodass es keiner zusätzlichen Informationen - egal aus welcher Hand - bedurft hätte. Diesem Einwand des Antragsgegners und der Beigeladenen war die Antragstellerin bereits vor der Vergabekammer nicht näher entgegengetreten und sie hat auch nicht den hierauf gestützten Ansatz der Vergabekammer im Beschwerderechtszug in Frage gestellt.

**39**Für die Zulässigkeit der Leistungsbestimmung ohne Belang ist, ob die bei Luca vorhandene SORMAS-Schnittstelle nun auch tatsächlich genutzt wird oder der Datentransfer - wie von der Antragstellerin behauptet - mittels Excel stattfindet. Hieraus ergibt sich nicht, im Zeitpunkt der Vergabeentscheidung sei das Anforderungsprofil nicht sachlich und

diskriminierungsfrei umrissen worden, dem Auftraggeber sei es also ex ante nicht wirklich und ernstlich auf eine Schnittstelle angekommen. Der Senat sieht auch sonst keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Schnittstellenerfordernis nur vorgeschoben gewesen wäre, um der Beigeladenen zu einer vermeintlichen Alleinstellung zu verhelfen und so eine Beauftragung gerade der Beigeladenen zu determinieren. Mit dem Rekurs auf die oben erwähnte E-Mail ihrer deutschen Tochtergesellschaft vom 26.01.2021 „untergräbt“ die Antragstellerin letztlich selbst mit Nachdruck ihre an anderer Stelle geäußerte Einschätzung, vor Ende Februar 2021 bzw. gar bis zum 05.03.2021 habe nur ein durch den Antragsgegner oder die Beschaffungsstellen anderer Bundesländer mit Insider-Informationen „versorgter“ Wettbewerber Anlass sehen können, eine Schnittstelle zu SORMAS zu schaffen. Jedenfalls dann, wenn es - wie aus Sicht des Senats nicht - zuträfe, dass gerade die E-Mail vom 26.01.2021 dokumentieren soll, dass die Antragstellerin sich um die Schaffung einer Schnittstelle bemüht habe, kann das so nicht richtig sein.

**40**Die Leistungsbestimmung verstößt auch nicht gegen das Verbot produktspezifischer Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV). Dies muss schon deshalb ausscheiden, weil es sich bei SORMAS um eine jedermann zugängliche Open-source-Software handelt.

**41c)** Dass ... über keine Schnittstelle zu SORMAS verfügt, ist unbestritten. Sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch gegenüber dem Senat hat die Antragstellerin dies wiederholt ausdrücklich zugestanden (am wohl pointiertesten auf Seite 3 des Schriftsatzes vom 23.03.2021, unter Ziffer 4, erster Satz). Im Übrigen folgt ein solches Zugeständnis zugleich implizit aus der Erklärung, eine entsprechende Schnittstelle sei - immerhin, zugleich aber eben auch nur - „vorbereitet“ (Schriftsatz vom 16.04.2021, Seite 2) und könne kurzfristig bzw. (konkret) binnen (etwa) zwei Stunden hergestellt werden.

**42**Keiner Entscheidung bedarf in diesem Zusammenhang die von der Vergabekammer näher erörterte Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt für die Zuschlagsfähigkeit (BA Seiten 15, 23); selbst wenn nicht der Zeitpunkt der Vergabeentscheidung - 08.03.2021 - maßgeblich sein sollte, auf den die Vergabekammer letztlich abgestellt hat, sondern der Jetzt-Zeitpunkt, ergäbe sich keine Abweichung, weil eine Schnittstelle zu SORMAS unstreitig auch weiterhin nicht geschaffen ist und auch sonst keine hier relevanten Änderungen an der Software bzw. ihrer Konzeption vorgenommen worden sind. Abgesehen davon geht der Senat letztlich auch davon aus, dass es auf den Zeitpunkt der Vergabeentscheidung ankommt, weil die hier - aus dem Blickwinkel der Antragstellerin - im Fokus stehende Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen einer so genannten Notvergabe (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV) sinnvoll nur für den „unverrückbaren“ Zeitpunkt der Vergabeentscheidung beantwortet werden kann.

**43**Insoweit kommt es letztlich nicht darauf an, ob die Antragstellerin die Schnittstelle binnen zwei Stunden implementieren könnte. Zwar mag die Ergänzung eines im Kern bereits vorhandenen IT-Systems um eine erst noch zu schaffende Schnittstelle keinen derart weitgehenden Entwicklungsschritt darstellen, dass deshalb von einer „Neuentwicklung“ gesprochen werden könnte, die nach dem Beschaffungsprofil schon als solche außer Betracht bleiben müsste. Gemeint sein dürfte insofern eher der Ausschluss einer Software, die insgesamt oder doch jedenfalls ganz maßgeblich neu projiziert werden muss, bei der also der Anbieter buchstäblich in der Rolle des Entwicklers (bei „Null“) steht. Das vom Antragsgegner definierte Anforderungsprofil hat aber die Anbindung an SORMAS erkennbar als eine wesentliche - durchaus zentrale - Eigenschaft der einzukaufenden Software vorgesehen. Unabhängig von dem zeitlichen bzw. entwicklungstechnischen Aufwand für die Schaffung dieser Voraussetzung kann aus Sicht des Senats schon wegen der maßgeblichen

- funktionalen - Bedeutung dieses Aspekts für den Auftragsgegenstand nicht von einer bloß geringfügigen Änderung die Rede sein. Ganz abgesehen davon - hierauf ist durch den Antragsgegner bereits im Verfahren vor der Vergabekammer hingewiesen worden - kann letztlich auch nicht abschließend bzw. belastbar eingeschätzt werden, ob es tatsächlich bei den von der Antragstellerin in den Raum gestellten (etwa) zwei Stunden geblieben wäre respektive bliebe und mit welchem Erfolg eine sich auch nach den eigenen Ausführungen der Antragstellerin anschließende Testphase verlief. Letztlich bleibt das spekulativ. Der Senat ist vor diesem Hintergrund der Auffassung, dass der Antragsgegner - der ohnehin erst im letzten Moment vor der Vergabeentscheidung (Montag, 08.03.2021) durch die Antragstellerin kontaktiert wurde, nämlich am späten Nachmittag des 05.03.2021 (einem Freitag, kurz vor 16.00 Uhr) - Zweifel hegen und unter Berücksichtigung der Wertung, dass ein fertiges Produkt beschafft werden sollte, von einer Inbetrachtziehung des Produkts der Antragstellerin absehen durfte.

**44**Nicht entscheidend ist in diesem Zusammenhang allerdings, ob die Entscheidung der Antragstellerin, die Schnittstelle auch im laufenden Nachprüfungsverfahren weiterhin nicht zu schaffen, (vergabe-) rechtlich statthaft und für das Verfahren hinzunehmen ist. Es dürfte zwar richtig sein, dass ein Bieter jedenfalls im Grundsatz nicht verpflichtet bzw. im Sinne einer Obliegenheit gehalten ist, im laufenden Nachprüfungsverfahren zur „Nachbesserung“ seines Produkts Investitionen zu tätigen, die sich für den Fall, dass der Nachprüfungsantrag ohne Erfolg bleibt, ggf. nicht amortisieren. Das Risiko besteht zwar auch im Vergabeverfahren. Im Nachprüfungsverfahren steht aber nicht einmal fest, ob überhaupt eine (erneute) Beschaffung erfolgt. Man wird also insbesondere aus dem Umstand, dass das Produkt tatsächlich nicht „nachgebessert“ wird, regelmäßig nicht schließen können, das Produkt sei nicht „verbesserbar“. Das mag namentlich dann gelten, wenn der in Rede stehende Investitionsaufwand einen Punkt betrifft, den der Antragsteller für ein unzulässiges Zuschlagskriterium hält, wenn also mit dem Nachprüfungsantrag gerade geltend gemacht wird, das Produkt sei so „zuschlagsfähig“, wie es - Stand „jetzt“ - ist. Die Antragstellerin wendet aber gerade ein, dass nur ein geringer Aufwand von etwa zwei Arbeitsstunden erforderlich sei. Auch wenn keine rechtliche Verpflichtung bzw. Obliegenheit bestehen mag, einen Aufwand irgendeines - auch nur geringfügigen - Umfangs bzw. Gewichts zu tätigen, solange die Antragstellerin noch nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden ist, hat die Antragstellerin damit doch jedenfalls die naheliegende Chance ungenutzt gelassen, den von Antragsgegnerseite eingewandten Zweifeln an der kurzfristigen Ergänzung von ... um die verlangte SORMAS-Schnittstelle durch eine tatsächliche Ergänzung den Boden zu entziehen. Für den Senat jedenfalls sind solche Zweifel damit nicht widerlegt.

**45**Von daher geht der Senat, jedenfalls im Ergebnis übereinstimmend mit der Vergabekammer, davon aus, dass das Produkt der Antragstellerin (bzw., präziser formuliert, ein unterstelltes Angebot der Antragstellerin auf der Grundlage dieses Produkts) für einen Zuschlag nicht in Betracht gekommen wäre und auch weiterhin nicht käme.

**462.** Der Senat muss demnach nicht entscheiden, ob ... auch deshalb für die in Rede stehende Beschaffung nicht in Betracht kam, weil das System in seiner Gesamtheit bzw. in seiner grundsätzlichen Konzeption ein Reservierungssystem darstellt und - ggf. auch im Hinblick auf Fragen der Finanzierung bzw. der haushaltsrechtlichen Finanzierbarkeit und der Datenhaltung - schon im Ansatz als Aliud zu begreifen ist bzw. eine Anpassung an das Beschaffungsprofil des Antragsgegners als so weitreichend gelten müsste, dass nicht mehr von der Beschaffung „vorhandener“ Software gesprochen werden könnte.

**47**Auch kann offenbleiben, ob ... wegen seines vorrangigen Abzielens auf Kontaktvermeidung ggf. sogar das - wie die Antragstellerin meint - „bessere“ bzw. effektivere System darstellt. Die (infektionsschutz-) politische Entscheidung des Antragsgegners, Kontakte in einer Phase der Lockerung wieder vermehrt zuzulassen und dann zur Nachverfolgung systematisch zu erfassen, also gewissermaßen (nur) „kontaktbegleitend“ zu agieren, haben sowohl die beteiligten Wettbewerber als auch die Nachprüfungsinstanzen hinzunehmen. Eine sachwidrige Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes liegt darin jedenfalls nicht, zumal die Antragstellerin in ihrer Interessenbekundung vom 05.03.2021 selbst - wörtlich - hervorgehoben hatte, die Kontaktverfolgung sei die „Mutter der Pandemiebekämpfungsmaßnahmen“.

**483.** Weil die Antragstellerin mangels eigener Zuschlagschance eventuelle Mängel bei der Vergabe nicht rügen könnte, hat der Senat nicht zu entscheiden, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Notvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorgelegen haben, ob die konkrete Vergabe den Anforderungen an einen „Wettbewerb light“ genügt und ob ein eventueller Verstoß hiergegen die Unwirksamkeitsfolge des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nach sich zöge, wie vom Senat zuletzt in anderer Sache - im Zusammenhang mit PCR-Tests - bejaht (vgl. Senat, Beschluss vom 09.12.2020 - 17 Verg 4/20, VergabeR 2021, 325 = NZBau 2021, 484 [Juris; Tz. 88 f.], m.w.N.; kritisch hierzu Roth/Landwehr, NZBau 2021, 441 [446 f.]).

**49**Auch zu den Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV und - nachdem nach Äußerungen der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung offenbar eine Datenübertragung durchaus auf anderem Weg (z.B. CSV oder spezifische Austauschformate) möglich wäre - insbesondere zu § 14 Abs. 6 VgV muss der Senat sich nicht abschließend positionieren, weil es auch hierauf in Anbetracht der fehlenden Zuschlagsfähigkeit von ... nicht ankommt.

**504.** Die Antragstellerin kann sich auch nicht ausnahmsweise darauf berufen, auch der Beigeladenen habe der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen und ihr - der Antragstellerin - müsse deshalb eine „zweite Chance“ eingeräumt werden. Zwar nahm die Beigeladene Anpassungen bei der Check-out-Funktion vor, indem sie die Option eines automatischen Checkouts ergänzte. Bereits mit der manuellen Check-out-Funktion erfüllte das Produkt aber die gestellten Anforderungen. Insoweit begegnet es keinen Bedenken, wenn ihr im Rahmen der Verhandlungen die Möglichkeit der Anpassung gegeben wurde. Soweit die Beigeladene meint, die Luca-App sei ungeeignet, weil sie anders als ... lediglich auf Kontaktverfolgung und nicht auf Kontaktvermeidung abzielt und zudem Scherzanmeldungen nicht auszuschließen vermag, hat der Antragsgegner derartige Anforderungen nicht gestellt. Die Antragstellerin darf auch nicht ihre Einschätzung, welche Funktionalitäten zur Eindämmung der Pandemie am besten geeignet sind, an die Stelle der Leistungsbestimmung des Auftraggebers setzen.

III.

**51**Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 71 Sätze 1 u. 2, 175 Abs. 2 GWB. Der Antragstellerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, entsprach mit Rücksicht darauf, dass die Beigeladene auch im Verfahren vor dem Senat Anträge gestellt und sich damit potentiell einem Kostenrisiko ausgesetzt hat, der Billigkeit (§ 71 Satz 1 GWB; vgl. Senat, Beschluss vom 25.11.2020 - 17 Verg 1/20, VergabeR 2021, 312 [Juris; Tz. 88]).

**52**In Bezug auf die Notwendigkeit anwaltlichen Beistandes auf Seiten des Antragsgegners nimmt der Senat auf die dahingehenden Ausführungen der Vergabekammer (BA Seite 26) Bezug, denen die Antragstellerin auch nicht entgegengetreten ist. In Bezug auf die

Beigeladene ergibt sich die Erstattungsfähigkeit der Kosten der anwaltlichen Vertretung unmittelbar aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB, bedurfte also - anders als mit Blick auf § 175 Abs. 1 Satz 2 GWB beim Antragsgegner - keiner Tenorierung (vgl. Senat, Beschluss vom 25.11.2020 - 17 Verg 1/20, VergabeR 2021, 312 [Juris; Tz. 89]).

**53**Die Wertfestsetzung folgt aus §§ 50 Abs. 2, 63 Abs. 2 Satz 1 GKG. Dabei geht der Senat von der Bruttoauftragssumme aus, die auch die Vergabekammer zu Grunde gelegt hat (BA Seite 3).

Zitiervorschlag:

OLG Rostock Beschl. v. 1.9.2021 – 17 Verg 2/21, BeckRS 2021, 25328