


Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	20.02.2026
Aktenzeichen:	6 Verg 5/25
ECLI:	ECLI:DE:OLGNAUM:2026:0220.6VERG5.25.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 20. Februar 2026 - 6 Verg 5/25 -, juris

Fachsoftware II

Leitsatz

1. Ein Antrag im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren, welcher sich nicht auf das den Gegenstand der Nachprüfung bildende Vergabeverfahren bezieht, sondern auf die Unwirksamkeit des Zuschlags in einem Vergabeverfahren gerichtet ist, ist wegen des Grundsatzes der Akzessorietät zwischen Vergabeverfahren und Nachprüfungsverfahren unzulässig.
2. Auch einem Teilnehmer an einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Teilnahmewettbewerb kann aus der gerügten vergaberechtswidrigen Wahl dieser Vergabeart ein Schaden i.S. von § 160 Abs. 2 GWB drohen.
3. Das Vorliegen eines Vergaberechtsverstoßes durch die Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb ist aus der Auftragsbekanntmachung regelmäßig nicht erkennbar i.S.v. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB, wenn im Bekanntmachungstext lediglich die Vergabeart bezeichnet und kein Grund für die Auswahl dieser Verfahrensort genannt ist.
4. Eignungsanforderungen müssen in dem Maße, in dem sie eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, durch umso gewichtigere Gründe sachlich gerechtfertigt sein. Führt die Festlegung einer Mindesteignungsvoraussetzung in ihrer Tendenz dazu, dass nur noch ein Wirtschaftsteilnehmer als Vertragspartner in Betracht kommt und jeglicher Wettbewerb um das beste Preis-Leistungs-Verhältnis ausgeschlossen wird, kann darin ein Anzeichen für eine bewusste Diskriminierung anderer Interessenten am Auftrag liegen.
5. Bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens nach § 14 Abs. 3 VgV hat der öffentliche Auftraggeber selbst dann, wenn ein in dieser Vorschrift genannter Zulässigkeitsgrund vorliegt, eine Ermessensentscheidung unter Abwägung dahin vorzunehmen, ob die Vorteile dieser Vergabeart für ihn in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch bewirkten Nachteilen, insbesondere der Einschränkung des Wettbewerbs und der Transparenz des Vergabeverfahrens, stehen.

Tenor

- I. 1. Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 12. Dezember 2025 bezüglich des Beschlussausspruchs in den Ziffern 1., 2. und 3. aufgehoben.

2. Dem Antragsgegner wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

3. Bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht ist der Antragsgegner verpflichtet, ein neues wettbewerbliches Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats durchzuführen.

II. 1. Im Hauptverfahren vor der Vergabekammer werden die Kosten der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) und die außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin jeweils dem Antragsgegner auferlegt. Eine weitere Kostenerstattung findet nicht statt.

2. Die Verfahrensgebühr bleibt auf 3.050,00 € festgesetzt.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten wird für die Antragstellerin für notwendig erklärt.

III. Im gerichtlichen Beschwerdeverfahren werden die gerichtlichen Kosten und die außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin dem Antragsgegner zu zwei Dritteln und der Beigeladenen zu einem Drittel auferlegt. Im Übrigen findet eine Kostenerstattung nicht statt.

IV. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren ist mit Senatsbeschluss vom 6. Februar 2026 auf eine Wertstufe bis zu 80.000,00 € festgesetzt worden.

Gründe

A.

- 1 Der Antragsgegner, eine allgemeine obere Landesbehörde, ist u.a. Aufgabenträger der Statusentscheidungen für Menschen mit Behinderungen sowie für die Durchführung des Gesetzes über das Blinden- und Gehörlosengeld. Hierfür nutzte er seit mehreren Jahren eine Fachsoftware der Antragstellerin, welche in diesem Zusammenhang weitere IT-Dienst- und Beratungsleistungen erbrachte.
- 2 Dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren ging eine erste Ausschreibung im Wege des Offenen Verfahrens voraus; die EU-weite Auftragsbekanntmachung wurde am xx.xx.2024 veröffentlicht (*künftig: erste Ausschreibung*). Der ausgeschriebene Dienstleistungsauftrag wurde mit „Erhöhung der Digitalisierungsreife des Schwerbehinderten-Feststellungsverfahrens“ bezeichnet und als „Ertüchtigung des Bestandsverfahrens oder Einführung eines neuen Verfahrens einschließlich Migration der Daten aus dem Bestandsverfahren für das Schwerbehindertenrecht“ beschrieben. Vorgesehen war eine Vertragslaufzeit vom 01.06.2025 bis zum 31.12.2029 ohne Verlängerungsoptionen. In diesem ersten Vergabeverfahren reichten zwei Unternehmen jeweils ein Angebot ein, die hiesige Antragstellerin und die hiesige Beigeladene. Nachdem der Antragsgegner sie darüber informierte, dass die Zuschlagserteilung auf das Angebot der Mitbewerberin beabsichtigt sei, leitete die hiesige Antragstellerin ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren ein, welches bei der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt unter dem Aktenzeichen 2 VK LSA 7/25 geführt wurde. Der Antragsgegner stellte in diesem Nachprüfungsverfahren einen Antrag auf Gestattung des vorzeitigen, d.h. vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu erteilenden Zuschlags nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB, wel-

cher unter dem Aktenzeichen 2 VK LSA 21/25 registriert, über den aber wegen prozessualer Überholung nicht mehr entschieden worden ist. Nachdem nicht nur im Angebot der hiesigen Antragstellerin, sondern auch im Angebot der Zuschlagsaspirantin jeweils zum zwingenden Ausschluss führende Mängel in Rede standen, hob der Antragsgegner das zugrundeliegende Vergabeverfahren auf, worüber die Teilnehmer am 14.06.2025 informiert wurden, und stützte seine Entscheidung darauf, dass kein zuschlagsfähiges Angebot eingegangen sei.

- 3 Am 31.07.2025 leitete der Antragsgegner eine zweite, die hier streitgegenständliche Ausschreibung durch Absendung des Bekanntmachungstextes ein. In der EU-weiten Auftragsbekanntmachung wurde der Dienstleistungsauftrag als „Erneuerung der Fachsoftware für das Schwerbehindertenrecht-Feststellungsverfahren nach dem SGB IX unter Ablösung des bisherigen Fachverfahrens ...“ beschrieben. Der Antragsgegner verwies in der Auftragsbekanntmachung u.a. darauf, dass der Zuschlag wegen einer hinreichend begründeten Dringlichkeit der Beschaffung bis Ende Oktober 2025 erteilt werden solle, um eine Leistungserbringung zum 01.01.2026 zu gewährleisten. Die Ausschreibung erfolgte auf der Grundlage der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb. Der Auftrag umfasst Leistungen der Softwareprogrammierung beim Antragsgegner und Beratungsleistungen mit einer Laufzeit von 48 Monaten und der Option, dass sich der Vertrag danach bis zu zweimal jeweils um ein Jahr verlängert, wenn er nicht mit einer Frist von drei Monaten zum Ende der Vertragslaufzeit gekündigt wird. Hierzu führte der Antragsgegner u.a. aus, dass die Forderung nach einer Erneuerung der Fachsoftware, anders als eine schrittweise Ertüchtigung, ein vollständig neues Umsetzungskonzept verlange und sich diese Forderung aus den Erfahrungen der ersten Ausschreibung sowie dem aktuellen Stand der technischen Umsetzung, insbesondere der Inbetriebnahme eines neuen Rechenzentrums in der Behörde, ergeben habe. Der geschätzte Netto-Auftragswert beträgt 1,1 Mio. €.
- 4 In der Auftragsbekanntmachung des zweiten Vergabeverfahrens wurden insgesamt fünf Eignungskriterien veröffentlicht. Für die Erfüllung des Kriteriums „Spezifischer Jahresumsatz“ verlangte der Antragsgegner den Nachweis eines Mindestjahresumsatzes im Bereich der IT-Systementwicklung i.H.v. 1 Mio. € der letzten drei Geschäftsjahre durch Vorlage einer Bestätigung von einem Steuerberater/Wirtschaftsprüfer. Hierzu wurde in der Vergabedokumentation erläutert, dass der Auftragnehmer über die wirtschaftliche und finanzielle Kapazität für die Ausführung des Auftrags verfügen müsse. Eine kontinuierlich hohe Geschäftsumsätze ausweisende Markttätigkeit des Unternehmens könne eine bessere Gewähr für eine einwandfreie Ausführung des Auftrags bieten. Um die Arbeitsfähigkeit des Fachbereichs Schwerbehindertenrecht nicht zu gefährden, sei eine Auftragsausführung in einer sehr kurzen Zeit erforderlich. Im Rahmen des Kriteriums „Referenzen zu bestimmten Dienstleistungen“ forderte der Antragsgegner mindestens zwei Referenzen zu Aufträgen im Bereich IT-Systementwicklung, bei denen Verknüpfungen mehrerer Organisationsstrukturen im Fokus standen oder die über verschiedene Organisationsebenen hinweg umgesetzt wurden, wobei mindestens eine Referenz im Bereich Schwerbehindertenrecht-Feststellungsverfahren gegeben sein müsse. Insoweit wurde die Vorlage einer Referenzliste der in den letzten drei Jahren erbrachten wesentlichen Leistungen (unter Vorgabe von Mindestangaben) verlangt. Sodann hieß es: „Um mehr Wettbewerb zu gewährleisten, können auch Referenzen gewertet werden, die länger zurückliegen, aber maximal fünf Jahre.“

- 5 Für die Abgabe von Teilnahmeanträgen wurde eine Frist bis zum 20.08.2025 gesetzt. Bestandteil der zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung über die Vergabeplattform zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen war eine sog. Kurzleistungsbeschreibung mit dem Hinweis, dass die vollständigen Vergabeunterlagen erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zur Verfügung gestellt werden sollten. In der Kurzleistungsbeschreibung wurde dargestellt, dass das bestehende halbelektronische Hybridverfahren mit noch analoger Aktenführung schnellstmöglich abgelöst werden sollte durch die Einführung einer elektronischen Akte und eines Online-Zugangs. Es sollten zugleich die Möglichkeiten eines mobilen Arbeitens und der Telearbeit geschaffen und der elektronische Rechtsverkehr in der Gesundheitsversorgung befördert werden. Hierfür seien sämtliche mit dem Fachverfahren verbundene Verwaltungsvorgänge zu implementieren. Ziele seien eine konsequente Nutzung digitaler Kommunikation, die Automatisierung und Standardisierung von Arbeitsschritten – d.h. die Umsetzung der Prinzipien Digital First und Digital Only –, der künftige Einsatz künstlicher Intelligenz und dadurch eine signifikante Verkürzung der Bearbeitungszeiten. Das Fachverfahren müsse technisch einem Arbeitsaufkommen von ca. 45.000 Antragsverfahren, 7.000 Widerspruchsverfahren und 1.200 Klageverfahren jährlich gewachsen sein. Erforderlich sei die Migration von Daten aus dem bisher genutzten Fachverfahren zu ca. 300.000 laufenden Verfahren, idealerweise auch zu den abgeschlossenen Verfahren. Das Projekt zur Ablösung des Altverfahrens solle noch 2025 beginnen und bereits zum 01.01.2026 solle der Produktivstart der Grundfunktionalitäten sichergestellt sein, weil zu diesem Zeitpunkt eine Änderung der Vorgaben für die elektronische Übermittlung der Daten an die Finanzämter in Kraft trete. Die Erneuerung der Software solle bis Ende Juni 2026 abgeschlossen sein.
- 6 Die Antragstellerin rügte vor dem Ablauf der Bewerbungsfrist mit ihrem Schriftsatz vom 18.08.2025 die Vergaberechtswidrigkeit der auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit bezogenen Eignungsanforderung im Hinblick auf deren Unverhältnismäßigkeit und deren diskriminierende Wirkung. Es entstehe der Eindruck, dass sich der geforderte Mindestjahresumsatz an den Umsätzen der Mitbewerberin orientiere. Dies gelte insbesondere vor dem Hintergrund, dass diese Forderung in der ersten Ausschreibung nicht gefordert worden sei. Die Forderung eines derart hohen Mindestjahresumsatzes passe auch nicht zu der an anderer Stelle getroffenen Aussage, das Verfahren für mehr Wettbewerb zu öffnen, indem der Referenzzeitraum von drei auf fünf Jahre verlängert worden sei, was ebenfalls die Vermutung einer Anpassung an die unternehmensbezogenen Daten der Mitbewerberin nähere. Als vergaberechtswidrig rügte die Antragstellerin die Beschränkung der bereits während des Teilnahmewettbewerbs zur Verfügung stehenden Vergabeunterlagen auf eine Kurzleistungsbeschreibung. Hierdurch sei das konkrete Leistungssoll nicht hinreichend abschätzbar; dies sei durch die verweigerte Beantwortung entsprechender Bieterfragen während des Laufs der Bewerbungsfrist so geblieben. Weitere Rügen bezogen sich auf die bekanntgegebenen Zuschlagskriterien.
- 7 Der Antragsgegner half den Rügen insgesamt nicht ab, worüber er die Antragstellerin am 19.08.2025 informierte.
- 8 Die Antragstellerin und die Mitbewerberin aus der ersten Ausschreibung reichten jeweils fristgerecht einen Teilnahmeantrag ein.

- 9 Am 25.08.2025 hat die Antragstellerin die Nachprüfung des Vergabeverfahrens beantragt; das Verfahren ist bei der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt unter dem Aktenzeichen 2 VK LSA 25/25 registriert worden.
- 10 Am 01.09.2025 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin darüber, dass sie nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert werde, da der von ihr angegebene Jahresumsatz den geforderten Mindestumsatz unterschreite. Die Mitbewerberin wurde zur Angebotsabgabe zugelassen und aufgefordert, ein Erstangebot zu unterbreiten. Das inzwischen eingegangene Erstangebot der Mitbewerberin wurde am 29.09.2025 geöffnet, danach geprüft und bewertet. Eine Verhandlungsrunde fand nicht statt. Das Angebot ist für die Zuschlagserteilung vorgesehen.
- 11 Der Vorsitzende der Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist im Nachprüfungsverfahren am 25.09.2025 bis zum 03.11.2025, am 30.10.2025 bis zum 08.12.2025 und am 04.12.2025 bis zum 22.12.2025 jeweils verlängert.
- 12 Ein Antrag des Antragsgegners auf Gestattung des vorzeitigen Zuschlags nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB ist letztlich erfolglos geblieben; wegen der Einzelheiten wird auf den Beschluss des erkennenden Senats vom 04.11.2025 (Gz.: 6 Verg 3/25) Bezug genommen.
- 13 Mit Beschluss vom 13.11.2025 hat die Vergabekammer die Mitbewerberin zum Nachprüfungsverfahren beigeladen. Die Beigeladene hat am weiteren Nachprüfungsverfahren mitgewirkt. Sämtliche Verfahrensbeteiligte haben ergänzende Stellungnahmen abgegeben.
- 14 Die Vergabekammer hat die Rechtssache am 08.12.2025 mündlich verhandelt und mit ihrem Beschluss vom 12.12.2025 den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen. Wegen der Entscheidungsgründe wird auf den Inhalt des Beschlusses Bezug genommen.
- 15 Gegen diese, ihr am 12.12.2025 zugestellte Entscheidung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 22.12.2025 beim Oberlandesgericht eingegangenen sofortigen Beschwerde, auf deren Begründung Bezug genommen wird, ebenso wie auf den Inhalt der Replik vom 02.02.2026.
- 16 Sie beantragt in der Hauptsache,
- 17 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 12.12.2025 aufzuheben,
- 18 2. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand zumindest vor Wertung der Teilnahmeanträge zurückzusetzen und mit der Maßgabe fortzuführen,
- 19 a) dass zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit kein über 100.000 € jährlich hinausgehender Mindestumsatz verlangt wird,
- 20 b) die vollständigen Vergabeunterlagen bereits zur Einreichung des Teilnahmeantrages offengelegt werden und

- 21 c) die Anforderungen an die Qualitätszuschlagskriterien 1 - 6 hinreichend zu bestimmen,
- 22 hilfsweise, den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen,
- 23 3. hilfsweise in Bezug auf den Antrag zu 2, den Teilnahmeantrag und das Angebot der Beigeladenen auszuschließen,
- 24 4. festzustellen, dass der zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Herstellung der Schnittstelle des eingesetzten Fachverfahrens zum Finanzamt unwirksam ist.
- 25 Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen übereinstimmend,
- 26 die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.
- 27 Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Beschwerdeerwiderungen des Antragsgegners vom 14.01.2026 und der Beigeladenen vom 28.01.2026 Bezug genommen.
- 28 Der Senat hat auf den Antrag der Antragstellerin nach § 173 Abs. 1 Satz 3 GWB mit seinen Beschlüssen vom 07.01.2026 (vorläufig) und vom 16.01.2026 (bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens) die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsmittels angeordnet.
- 29 Der Beigeladenen wurde partiell Akteneinsicht in die o.a. jeweils mit Akten- oder Geschäftszeichen angeführten und beigezogenen Akten des Vergabesenats und der Vergabekammer sowie in einzelne Dateien der Vergabedokumentation gewährt.
- 30 Der Senat hat die Rechtssache am 06.02.2026 verhandelt; wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt des Sitzungsprotokolls Bezug genommen.

B.

- 31 Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig und begründet.
- 32 I. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, allerdings sind die gestellten Anträge, an welche der Senat nach §§ 178 i.V.m. 168 Abs. 1 Satz 2 GWB bei seiner Entscheidung nicht gebunden ist, zur Bestimmung des konkreten Gegenstands des Beschwerdeverfahrens zu bewerten. Im Übrigen ist die Zulässigkeit der einzelnen Rügen für jede Rüge gesondert zu prüfen, was hier ebenfalls zu einer Reduzierung des Gegenstands der Nachprüfung führt.
- 33 1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist nach § 171 Abs. 1 GWB statthaft, sie ist insbesondere form- und fristgerecht i.S.v. § 172 Abs. 1 bis Abs. 3 GWB eingelegt und begründet worden. Die Antragstellerin ist durch die Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrags durch die angefochtene Entscheidung der Vergabekammer formell und materiell beschwert. Die von Amts wegen zu prüfenden Voraussetzungen für den Zugang zum vergaberechtlichen Primärrechtsschutz nach §§ 155 ff. GWB sind erfüllt, denn der Antragsgegner ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB, Gegenstand des Vergabeverfahrens ist ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.v. §§ 103 Abs. 1, Abs. 4 i.V.m.

110 Abs. 1 Satz 1 GWB, dessen Auftragswert den bei Beginn des Vergabeverfahrens am 31.07.2025 (vgl. § 3 Abs. 3 VgV) maßgeblichen Schwellenwert von 221.000 € (vgl. § 106 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 1 Nr. 1 lit. c) VO Nr. 2023/2495/EU) übersteigt und für welchen eine Bereichsausnahme oder sonstige Ausschlussgründe nicht eingreifen. Das Vergabeverfahren dauert auch noch an, denn ein Zuschlag ist bislang nicht erteilt worden und konnte wirksam nicht erteilt werden, weil sowohl während des Verfahrens vor der Vergabekammer als auch während des gesamten Beschwerdeverfahrens ein prozessuales Zuschlagsverbot galt.

- 34 2. Nach §§ 178, 168 Abs. 1 Satz 2 GWB ist das Beschwerdegericht im Falle der Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und einer Selbstentscheidung in der Sache zwar nicht an die gestellten Sachanträge gebunden, sondern hat im Falle der Begründetheit einer Rüge der Antragstellerin die zur Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens erforderlichen und angemessenen Maßnahmen selbst auszuwählen. Gleichwohl sind die in der Hauptsache gestellten Sachanträge einer Bewertung zu unterziehen, weil sie den Gegenstand der Nachprüfung mitbestimmen. Diese Bewertung führt hier dazu, dass eine Entscheidung über den Hauptantrag im Antrag zu Ziffer 2 sowie über den Antrag zu Ziffer 4 jeweils nicht in Betracht kommt.
- 35 a) Der Hauptantrag (im Antrag) zu Ziffer 2 ist seinerseits auf eine vergaberechtswidrige Anordnung gerichtet. Eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in das Stadium der Wertung der Teilnahmeanträge änderte am inhaltlichen Maßstab der Eignungsprüfung und -entscheidung nichts. Der Antragsgegner wäre bei Wiederholung der Bewertung der Teilnahmeanträge wegen der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz des Vergabeverfahrens (§§ 97 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GWB) weiter an die mit der Auftragsbekanntmachung publizierten Eignungsanforderungen einschließlich der dort enthaltenen K.o.-Kriterien – hier insbesondere des dort bezifferten jährlichen Mindestumsatzes – gebunden. Soweit die Antragstellerin eine vergaberechtswidrige Auswahl und Festlegung einzelner Eignungskriterien rügt, kann ein etwaiger Vergaberechtsverstoß nur durch die Veröffentlichung einer neuen bzw. einer Änderungsbekanntmachung beseitigt werden, was jedoch eine Zurückversetzung des Verfahrens zumindest bis vor Abgabe der Teilnahmeanträge und eine Neufestsetzung der Bewerbungsfrist erforderte, um eine rechtmäßige Einwirkung zu sein. Insoweit ist lediglich über den Hilfsantrag im Antrag zu Ziffer 2 der Beschwerdeschrift zu befinden.
- 36 b) Der Antrag zu Ziffer 4 ist unzulässig, weil er sich nicht auf den Gegenstand der Nachprüfung bezieht. Gegenstand der Nachprüfung ist das Vergabeverfahren zur Vergabe des Gesamt-Dienstleistungsauftrages, welches am 31.07.2025 vom Antragsgegner begonnen wurde. Soweit der Antragsgegner daneben einen Teil der ursprünglich mit dem Gesamtauftrag ausgeschriebenen Leistungen, die Teilleistung der Herstellung einer Schnittstelle zur Übermittlung von personenbezogenen Daten (Grad der Schwerbehinderung) an die Finanzämter, gesondert ausgeschrieben und vergeben hat, ist ein neues Vergabeverfahren über diesen Teilauftrag geführt worden. In diesem anderen Vergabeverfahren, welches nicht Gegenstand der angefochtenen Entscheidung der Vergabekammer gewesen ist, ist am 25.11.2025 ein Zuschlag erteilt worden. Die Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit dieses Zuschlags wäre, soweit zulässig, in einem gesonderten Nachprüfungsverfahren zu bewerten. Der Senat verkennt nicht, dass die Antragstellerin im Rahmen eines effektiven Primärrechtsschutzes auch ein Bedürfnis hat, gegen Abspaltungen von Teilleistungen aus dem Gesamtvertrag vorzugehen, geht aber in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass dem den gesetzlichen Regelungen zum Primärrechts-

schutz zugrundeliegenden Gedanken der Akzessorietät zwischen einem bestimmten Vergabeverfahren und dem hierauf bezogenen Nachprüfungsverfahren höheres Gewicht zukommt (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 31.07.2006 – 1 Verg 6/06 „BAB: Erd- und Deckenbau III“, ZfBR 2006, 811, in juris Rz. 18 für den Fall der Doppelausschreibung; zuletzt: OLG Naumburg, Beschluss v. 16.08.2024 – 6 Verg 3/24 „UKH-Sanierung“, VergabeR 2025, 1007, in juris Rz. 16; vgl. zur Akzessorietät zwischen Hauptsache- und Eilverfahren Kus in: Röwekamp/Kus/Portz/Friton, *GWB*, 6. Aufl. 2026, § 169 Rn. 108; Wiedemann *VergabeR* 2009, 316). Soweit die – nach vorstehender Auffassung nicht Gegenstand des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens bildende – Vergabe des Teilauftrags zugleich eine Reduzierung des Leistungssolls im hier geprüften Vergabeverfahren zur Folge hat, könnte dies zwar dogmatisch als eine Teilaufhebung der ursprünglichen zweiten Ausschreibung zu bewerten sein und ggf. als unwirksam oder rechtswidrig gerügt werden; es fehlen allerdings schon in tatsächlicher Hinsicht konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es insoweit nicht nur um einen bevorstehenden, sondern um einen bereits begangenen Vergaberechtsverstoß geht, was einer Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 *GWB* entgegenstünde. Einen vorbeugenden Rechtsschutz gegen nur drohende Vergabeverstöße gewährt das Nachprüfungsverfahren nicht. In der derzeitigen Situation wäre, was im Hinblick auf konkret erhobene andere Rügen noch auszuführen ist, ein solcher Verstoß auch noch nicht schadensträchtig i.S. einer Verschlechterung der Zuschlagschance der Antragstellerin, weil diese die zweite Stufe des Vergabeverfahrens mangels Zulassung noch nicht erreicht hat.

- 37 3. Die auf den Teilnahmewettbewerb bezogenen Rügen der Antragstellerin sind zulässig.
- 38 a) Die Antragstellerin ist – entgegen der Auffassung der Vergabekammer – bezüglich sämtlicher im Zusammenhang mit dem Teilnahmewettbewerb stehender Rügen antragsbefugt i.S.v. § 160 Abs. 2 *GWB*. Sie hat ihr Interesse am ausgeschriebenen Auftrag durch ihren Teilnahmeantrag sowie durch das Betreiben des (2.) Nachprüfungsverfahrens hinreichend bekundet. Sie rügt den Verstoß gegen einen zentralen Grundsatz des Vergabeverfahrens, den nach § 97 Abs. 2 *GWB* geltenden Grundsatz der Gleichbehandlung aller potenziellen Teilnehmer am Vergabeverfahren. Sowohl in einer bewussten Benachteiligung der Antragstellerin als auch in einer bewussten Bevorzugung der Beigeladenen jeweils durch den Antragsgegner läge auch ein Verstoß, der geeignet ist, eine Verschlechterung der Zuschlagschancen der Antragstellerin zu bewirken. An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens sind im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung keine überzogenen Anforderungen zu stellen (vgl. nur *BVerfG*, Beschluss v. 29.07.2004 – 2 BvR 2248/03 „öffentliche Ausschreibung“, *VergabeR* 2004, 597; Schäfer in: Röwekamp/..., *GWB*, a.a.O., § 160 Rn. 70 m.w.N.).
- 39 Soweit die Vergabekammer die Auffassung vertritt, dass bezüglich der Wahl der Verfahrensart durch den Antragsgegner für die Antragstellerin weder ein Schaden eingetreten ist noch droht, weil die Antragstellerin Gelegenheit hatte, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen (BA 13 f.), folgt der Senat dieser Ansicht nicht. Die Wahl eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb führt dazu, dass die Interessenten am Auftrag zu einem sehr frühen Zeitpunkt und wegen des Wettbewerbs um die beste Eignung grundsätzlich detaillierte Angaben zu unternehmensbezogenen Daten machen und damit rechnen müssen, zum Verhandlungsverfahren in der zweiten Stufe gar nicht zugelassen zu werden. Dieses Risiko ist im vorliegenden Fall noch dadurch verstärkt worden, dass eine gegenüber der allgemeinen Mindestbewerbungsfrist von 30 Kalendertagen nach § 17 Abs. 2 *VgV* verkürzte Bewerbungsfrist von nur 20 Kalendertagen,

gestützt auf § 17 Abs. 3 VgV, festgelegt wurde. Die Wahl des Verhandlungsverfahrens birgt gegenüber der Wahl der Standardverfahren (Offenes bzw. Nicht Offenes Verfahren) auch für einen am Verfahren in zweiter Stufe beteiligten Wirtschaftsteilnehmer z.B. die Gefahr, im Rahmen der Verhandlungen von einer ursprünglich aussichtsreichen Platzierung verdrängt zu werden (vgl. Schäfer, a.a.O., § 160 Rn. 72 m.w.N.). Gerade im Hinblick auf die Rüge der Antragstellerin, dass die Ausgestaltung bewusst so gewählt worden sei, um die Beigeladene zu bevorzugen, kommt einer u.U. vergaberechtswidrigen Wahl eines Verhandlungsverfahrens (unabhängig vom vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb) besondere Bedeutung zu. Denn diese Verfahrensart ist intransparenter als die Standardverfahren und geeignet, im Zusammenspiel mit der Verkürzung der Bewerbungsfrist andere Wirtschaftsteilnehmer von einer Teilnahme abzuhalten. Dass diese Gefahr nicht von der Hand zu weisen ist, zeigt sich auch im Vergleich der beiden Ausschreibungen des Antragsgegners. Während sich bei der 1. Ausschreibung im Offenen Verfahren insgesamt neun Wirtschaftsteilnehmer für die Ausschreibung interessierten, reagierten auf die 2. Ausschreibung im Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nur noch vier Wirtschaftsteilnehmer. Angebote bzw. Teilnahmeanträge gingen jeweils nur zwei ein.

- 40 b) Die Vergabekammer hat zu Recht und von den Verfahrensbeteiligten nicht angegriffen darauf erkannt, dass die Antragstellerin ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sowie auch nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und Nr. 3 GWB bezüglich der Einzelrügen der diskriminierenden Ausgestaltung des Eignungskriteriums „Spezifischer Jahresumsatz“, einer vergaberechtswidrigen Beschränkung der bei Auftragsbekanntmachung bereits zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen sowie einer vergaberechtswidrigen Feststellung der Eignung der Beigeladenen genügt hat. Hiergegen haben die Verfahrensbeteiligten im Beschwerdeverfahren keine Einwendungen erhoben.
- 41 Die Vergabekammer hat – von ihrem Rechtsstandpunkt einer insoweit ohnehin fehlenden Antragsbefugnis aus zutreffend – offengelassen, ob die Antragstellerin mit der Einzelrüge der unzulässigen Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerbs u.U. nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB präkludiert wäre. Nach dieser Vorschrift ist ein Teilnehmer am Vergabeverfahren mit der Rüge eines Vergaberechtsverstößes im Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen, wenn der Verstoß aufgrund der Bekanntmachung objektiv erkennbar ist und er die Rüge gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nicht innerhalb der Bewerbungsfrist erhebt. Im vorliegenden Fall war zwar die vom Antragsgegner gewählte Verfahrensart aus der Auftragsbekanntmachung zu ersehen (Ziffer 2.1), nicht aber der vom Antragsgegner hierfür herangezogene Zulässigkeitsgrund. In dieser Erkenntnislage hätte die Antragstellerin die Wahl der Verfahrensart nur dann als vergaberechtswidrig rügen können, wenn objektiv, d.h. für einen fachkundigen Wirtschaftsteilnehmer des mit der Ausschreibung angesprochenen Unternehmenskreises bei Anwendung üblicher Sorgfalt erkennbar gewesen wäre, dass keiner der fünf in § 14 Abs. 3 VgV aufgeführten Zulässigkeitsgründe vorliegt (vgl. zum Maßstab der Erkennbarkeit nur Keppler/Wiese in: Röwekamp/..., GWB, a.a.O., § 160 Rn. 123 ff. m.w.N.). Das ist evident nicht der Fall. Ohne irgendwelche Gründe für die Wahl der Vergabeart zu kennen, bleiben sämtliche Erwägungen rechtlicher Art spekulativer Natur. Das zeigt auch die Sicht aus dem Blickwinkel des Teilnehmers: welche Rüge hätte er mit hinreichender Substanz formulieren sollen oder können?
- 42 c) Die Vergabekammer ist zu Recht davon ausgegangen, dass die Antragstellerin mit ihrem am 25.08.2025 bei der Vergabekammer eingegangenen Nachprüfungsantrag die Antragsfrist des § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GWB eingehalten hat, denn die Nichtabhilfe-

entscheidung des Antragsgegners ist ihr frühestens am 18.08.2025 zugegangen, so dass die Ausschlussfrist von 15 Kalendertagen unterschritten worden ist.

- 43 4. Den auf das Verhandlungsverfahren bezogene Rügen der Antragstellerin ist nicht nachzugehen.
- 44 Die Antragstellerin hat bislang das Verhandlungsverfahren gar nicht erreicht. Sie kann durch die Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung oder der Zuschlagskriterien jedenfalls noch nicht in ihren subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB betroffen sein, denn entweder verbleibt es bei ihrem Ausschluss im Teilnahmewettbewerb wegen mangelnder Eignung oder der Teilnahmewettbewerb ist zu wiederholen. Das schließt die Möglichkeit der Veränderung der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagskriterien durch den Antragsgegner ein. Ein vorbeugender Rechtsschutz wird im Nachprüfungsverfahren nicht gewährt.
- 45 II. Soweit die Rügen der Antragstellerin zulässig sind, ist der Nachprüfungsantrag begründet. Die 2. Ausschreibung ist in einer die Antragstellerin diskriminierenden Art und Weise gestaltet worden. Die Rechtswidrigkeit der 2. Ausschreibung kann nur dadurch beseitigt werden, dass das Vergabeverfahren vollständig neu durchzuführen ist, falls die Beschaffungsabsicht des Antragsgegners fortbesteht.
- 46 1. Allerdings ist die Rüge wegen des Umfangs der während des Teilnahmewettbewerbs vom Antragsgegner zur Verfügung gestellten Vergabeunterlagen unbegründet, insbesondere die Rüge, dass während der Bewerbungsfrist nicht die vollständigen Vergabeunterlagen, sondern lediglich ein „Leistungsverzeichnis-kurz“ zur Verfügung gestellt wurde. Der Senat nimmt insoweit Bezug auf die zutreffende und durch das Beschwerdevorbringen nicht entkräftete Auffassung der Vergabekammer (BA 18). Ergänzend wird auf die Grundsatzentscheidung des Vergabesenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf zur Auslegung von § 41 Abs. 1 VgV (Beschluss v. 17.10.2018 – VII-Verg 26/18 „Messereinigung“, VergabeR 2019, 180, in juris Rz. 82 ff.) verwiesen.
- 47 2. Dem gegenüber ist die Festlegung des Eignungskriteriums „Spezifischer Jahresumsatz“ sowie dessen Ausgestaltung als K.o.-Kriterium durch Festlegung eines spezifischen Mindestjahresumsatzes vergaberechtswidrig.
- 48 a) Zwar ist für die Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit von Teilnehmern am Vergabeverfahren i.S.v. § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GWB i.V.m. § 45 VgV die Festlegung eines bestimmten Mindestjahresumsatzes, einschließlich eines bestimmten Mindestjahresumsatzes in dem Tätigkeitsbereich des Auftrags, wie hier, zulässig (vgl. § 45 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VgV). Dem vom Antragsgegner ausgewählten Eignungskriterium fehlt es weder an Bestimmtheit noch an Transparenz. Inhaltlich weist das Kriterium einen hinreichenden Auftragsbezug auf. Diese Aspekte werden von der Antragstellerin auch nicht infrage gestellt. Für die Entscheidung des Senats kann auch offenbleiben, ob bei isolierter Betrachtung die Herleitung der Höhe des Mindestjahresumsatzes mit zu den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbaren Leistungen nachvollziehbar ist oder nicht. Wie auch die Vergabekammer erkennt, führt die vom Antragsgegner getroffene Festlegung jedoch objektiv zu einer spürbaren Einschränkung des Wettbewerbs (BA 17 oberer Absatz). Da die Festlegung eines bestimmten Mindestjahresumsatzes durch den öffentlichen Auftraggeber eine nach billigem Ermessen zu treffende Entscheidung ist (vgl. § 45 Abs. 1 VgV: Satz 1 „Der öffentliche Auftraggeber kann ...“ und Satz 2 „Zu diesem Zweck kann er insbesondere Folgendes verlangen ...“) und nach

§ 122 Abs. 4 Satz 1 GWB die Eignungskriterien nicht nur zu dem Auftragsgegenstand als solches, sondern auch zu dem Zweck des Verfahrens, einen wirksamen und fairen Wettbewerb zu organisieren, in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen, ist eine Abwägung vorzunehmen zwischen den widerstreitenden Aspekten der zur Wettbewerbsbeschränkung führenden Eignungsanforderungen – auch in ihrer graduellen Ausgestaltung – und dem Wettbewerbsgrundsatz. Denn die Vorschrift ist im Zusammenhang mit dem in § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB normierten Wettbewerbsgrundsatz und dem in § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB ausdrücklich aufgeführten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz weiter dahin zu verstehen, dass Eignungsanforderungen in dem Maße, in dem sie eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung entfalten, durch umso gewichtigere Gründe gerechtfertigt sein müssen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 27.06.2018 – VII-Verg 4/18 „Bibliothekeninfrastruktur“, VergabeR 2019, 83, in juris Rz. 44, 50; OLG Frankfurt, Beschluss v. 30.03.2021 – 11 Verg 18/20 „Jobcenter-Software“, NZBau 2021, 478, in juris Rz. 71 ff.; BayObLG, Beschluss v. 06.09.2023 – Verg 5/22 „Ausstellungsreferenzen“, VergabeR 2023, 767, in juris Rz. 40; vgl. Hausmann/ von Hoff in: Röwewkamp ..., GWB, a.a.O., § 122 Rn. 41; Kadembach in: Reidt/Stickler/Glahs, VergabeR, 5. Aufl. 2024, § 122 GWB Rn. 59 m.w.N.).

- 49 b) Im vorliegenden Fall war dem Antragsgegner aus der 1. Ausschreibung bekannt, dass sich trotz eines größeren Anfangsinteresses letztlich nur zwei Wirtschaftsteilnehmer am Offenen Verfahren beteiligten. Zur Zeit der Festlegung des Mindestjahresumsatzes mit Leistungen aus dem Tätigkeitsbereich des ausgeschriebenen Auftrags als K.o.-Kriterium in der 2. Ausschreibung bestand beim Antragsgegner positive Kenntnis davon, dass die Antragstellerin dieses Kriterium nicht erfüllt. Denn die Antragstellerin hatte – entsprechend der Aufforderung in den Vergabeunterlagen der 1. Ausschreibung – eine Eigenklärung über ihre Eignung nach Formblatt 124 LD abgegeben und darin auch die Gesamtumsätze der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre beziffert. Danach wies sie jeweils Jahresumsätze unter 600.000 € auf. Dem Antragsgegner war deswegen bewusst, dass er mit dem von ihm festgelegten spezifischen Mindestjahresumsatz einen von zwei Bietern der 1. Ausschreibung aus dem Wettbewerb verdrängt. Es war ihm damit bewusst, dass die hierdurch verursachte Einschränkung des Wettbewerbs die Tendenz zum Ausschluss jeglichen Wettbewerbs um das beste Preis-Leistungs-Verhältnis aufwies. Soweit der Antragsgegner und – ihm folgend – die Vergabekammer in der angefochtenen Entscheidung (BA 17) darauf verweisen, dass eine geforderte wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit grundsätzlich auch im Wege der Eignungsleihe nachgewiesen werden kann (vgl. § 47 Abs. 1 Satz 1 VgV), war das im vorliegenden Fall faktisch ausgeschlossen. Denn das Kriterium des spezifischen Mindestjahresumsatzes zielte nicht etwa auf eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sondern wurde Vermerk „Neuausschreibung“ vom 18.07.2025, S. 3, wie folgt, formuliert: „Eine kontinuierlich hohe Geschäftsumsätze (im Bereich der IT-Systementwicklung – *Einfügung durch den Senat*) aufweisende Marktstätigkeit eines Unternehmens könne eine bessere Gewähr für eine einwandfreie Ausführung des Auftrags bieten ...“. Hieraus folgt, dass „klassische“ Mittel der Eignungsleihe im Bereich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, z.B. Bankerklärungen, Bürgschaften, Patronatserklärungen, keine Aussicht auf eine Anerkennung als gleichwertiger Eignungsnachweis gehabt hätten, weil aus ihnen nicht auf eine höhere Gewähr für eine einwandfreie Ausführung des Auftrags zu schließen ist. Diesen, im vorgenannten Vermerk aufgeführten zentralen Ansatz hat der Antragsgegner während des gesamten Nachprüfungsverfahrens aufrechterhalten. Inwieweit der Antragsgegner überhaupt eine Abwägung mit dem Aspekt der dadurch bewirkten Einschränkung des Wettbewerbs vorgenommen hat, ist dem Vermerk konkret zu entnehmen. Einziger Anhaltspunkt ist die im Vermerk vom 18.07.2025 enthaltene pauschale Notiz, dass ei-

ne Marktanalyse ergeben habe, „... dass eine Vielzahl von Unternehmen in diesem Bereich regelmäßig Umsätze mit dieser Größenordnung erzielt ...“. Auf Nachfrage im Termin der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Antragsgegner erklärt, dass die Marktanalyse durch einen Mitarbeiter der Fachabteilung IT des Antragsgegners vorgenommen worden sei, und zwar durch Einsichtnahme in das Handelsregister. Eine weitere Dokumentation – über den vorzitierten Satz hinaus – existiere hierüber nicht. Diese Ausführungen vermögen dem Senat keine Überzeugung davon zu vermitteln, dass beim Antragsgegner eine ernsthafte Auseinandersetzung mit der durch die Festlegung des K.o.-Kriteriums „spezifischer Mindestjahresumsatz“ bewirkten erheblichen Wettbewerbsbeschränkung stattfand. Wird eine Markterkundung durchgeführt und führt deren Ergebnis zu Festlegungen, welche den Wettbewerb erheblich beschränken, so sind die Art und Weise der Durchführung und die Ergebnisse dieser Markterkundung zu dokumentieren (so schon OLG Naumburg, Beschluss v. 20.09.2012 – 2 Verg 4/12 „Finanzamt“, VergabeR 2013, 55, in juris Rz. 88 ff.; OLG Rostock, Beschluss v. 12.08.2020 – 17 Verg 3/20 „Intensivtransporthubschrauber II“, in juris Rz. 49 ff.; OLG Rostock, Beschluss v. 25.11.2020 – 17 Verg 1/20 „Jobcenter-Software“, VergabeR 2021, 312, in juris Rz. 70 ff.; Hanseat. OLG Hamburg, Beschluss v. 06.04.2023 – 1 Verg 1/23 „Vergabemanagementsystem“, VergabeR 2024, 728, in juris Rz. 96 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.07.2024 – Verg 2/24 „interaktive Displays“, VergabeR 2025, 968, in juris Rz. 81 f.; OLG Dresden, Beschluss v. 28.08.2025 – Verg 1/25 „KIS“, in juris Rz. 72 ff.). Fehlt eine entsprechende Dokumentation, so kann sie u.U. im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden, und zwar auch durch das Beschwerdevorbringen; dem Senat obliegt dann jedoch die Prüfung auf ihre Stichhaltigkeit (vgl. nur BGH, Beschluss v. 08.02.2011 – X ZB 4/10 „S-Bahn-Verkehr Rhein/Ruhr I“, BGHZ 188, 200, in juris Rz. 73). Die vorbeschriebenen ergänzenden Angaben des Antragsgegners genügen hierfür nicht ansatzweise.

- 50 c) Im Hinblick auf die Rüge einer bewussten Diskriminierung der Antragstellerin durch den Antragsgegner kommt dem Umstand Bedeutung zu, dass jeweils nach dem Text der Auftragsbekanntmachungen eine Änderung des Leistungsgegenstandes zwischen der 1. und der 2. Ausschreibung erfolgte. Während in der 1. Ausschreibung alternativ und sogar vorrangig die Weiterentwicklung („Ertüchtigung“) des von der Antragstellerin angebotenen Softwaresystems abgefragt wurde, wurde in der 2. Ausschreibung ausdrücklich die Ablösung des bisherigen Fachverfahrens als Beschaffungsziel formuliert. Dabei hatte die Markterkundung des Antragsgegners, wie seinem internen Vermerk vom 23.07.2025 über die Kostenschätzung zu entnehmen ist, ergeben, dass neben individuellen Länderentwicklungen, welche für Sachsen-Anhalt nicht übernommen werden sollten, lediglich zwei Anwendungen auf dem Markt verfügbar seien, die Anwendung B. , welche von der Antragstellerin eingesetzt wurde und die Grundlage des bisherigen, zur Ablösung anstehenden Fachverfahrens des Antragsgegners war, und die Anwendung T. , welche exklusiv von der Beigeladenen vertrieben wurde. In Kenntnis des Umstandes, dass bei der vorangegangenen 1. Ausschreibung nur diese beiden Unternehmen mit einem Angebot teilgenommen hatten, bewirkt die Beschränkung des Wettbewerbs über die Vorgabe eines Mindestjahresumsatzes objektiv nicht nur eine Benachteiligung der Antragstellerin, sondern zugleich – gewollt oder ungewollt – eine Bevorzugung der Beigeladenen, für die u.U. ein konkurrenzloses Verhandlungsverfahren in Aussicht stand.
- 51 d) Schließlich ist darauf zu verweisen, dass sich eine negative Einstellung von Mitarbeiterinnen des Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin im bisherigen Verlauf des Beschaffungsvorhabens in unsachlichen Entscheidungen und Äußerungen manifestierte. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin in der 1. Ausschreibung ist z.T. auf

Gründe gestützt worden, welche einer Nachprüfung nicht standgehalten hätten; der Antragsgegner ist entsprechenden Feststellungen der Vergabekammer durch die Aufhebung der 1. Ausschreibung zuvorgekommen. Besonders markant hat sich die Einstellung des Antragsgegners zur Antragstellerin im Antragsverfahren vor dem Senat zum Geschäftszeichen 6 Verg 3/25 gezeigt; in seiner dortigen Stellungnahme vom 30.10.2025 hat der Antragsgegner u.a. ausgeführt:

- 52 „Davon auszugehen, mit dem ‘Besitz’ einer Schwerbehinderten-Fachsoftware alle Anforderung des Kunden in der sich rasant wandelnden Welt der Digitalisierung abdecken zu können, erscheint ziemlich überheblich.“ (S. 4)
- 53 „Dies zeigt sich auch in den Ausführungen, wo Gründe für die Unzulänglichkeit des Ist-Zustandes beim Kunden gesehen werden, statt selbst aktiv den wandelnden Markt zu begleiten.“ (S. 4)
- 54 „Dies und die Aussage ... zeigen, dass die Antragstellerin Sinn und Möglichkeiten einer durchgehenden Digitalisierung bis hin zum Einsatz von Künstlicher Intelligenz nicht verstanden hat und die Entwicklung der Informationstechnologie nicht für die Weiterentwicklung der Lösung aufgreift.“ (S. 4)
- 55 „Wenn die Antragstellerin meint, durch diese Vorgabe ausgeschlossen zu werden, scheint sie die politische und gesellschaftliche Brisanz dieses digitalisierten Verwaltungsbereiches nicht verstanden zu haben ...“ (S. 5)
- 56 Soweit die Vergabekammer die Auffassung vertritt, dass der Umstand, dass der Antragsgegner in dieser Stellungnahme „möglicherweise unsachliche Formulierungen verwendete“, den Schluss auf eine Diskriminierung nicht zulasse, insbesondere deswegen, weil ein zeitlicher Zusammenhang zur Vorbereitung der 2. Ausschreibung fehle, ist darauf zu verweisen, dass es sich einerseits um einen von mehreren Anhaltspunkten handelt und andererseits die Stellungnahme in einem sehr engen zeitlichen Zusammenhang mit der erstmaligen Dokumentation von Zulässigkeitsgründen für die Wahl der Verfahrensart steht, wie auszuführen sein wird.
- 57 3. Im Zusammenhang mit einer unangemessenen Einschränkung eines wirksamen Wettbewerbs um den ausgeschriebenen Auftrag kommt hier auch der Wahl der Verfahrensart Bedeutung zu. Im Ergebnis der vom Senat von Amts wegen betriebenen Aufklärung ist festzustellen, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb im vorliegenden Fall vergaberechtswidrig erfolgte.
- 58 a) Der Senat kann im vorliegenden Beschwerdeverfahren offenlassen, ob für die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Teilnahmewettbewerb einer der in § 14 Abs. 3 VgV normierten Zulässigkeitsgründe vorliegt. Hieran bestehen zumindest erhebliche Bedenken.
- 59 aa) Die Zulässigkeit der Verfahrensart dürfte nicht mit Erfolg auf § 14 Abs. 3 Nr. 5 VgV gestützt werden können.
- 60 Nach dieser Vorschrift darf die Verfahrensart ausnahmsweise u.a. dann gewählt werden, wenn im Rahmen eines vorangegangenen Offenen Verfahrens keine ordnungsgemäßen Angebote eingereicht wurden. Die Zulässigkeit dieser Verfahrensart wird daraus abgeleitet, dass eine Nachfrage am Markt mittels eines vorangegangenen wettbewerblichen Verfahrens ohne Ergebnis geblieben war und mit einem geringeren Verwaltungsaufwand

so wiederholt werden darf, dass die Mängel der bisherigen Angebotsabgabe vermieden werden. Der Rückgriff auf eine Verfahrensart, welche weniger Wettbewerb organisiert, ist sachlich nur deswegen gerechtfertigt, weil derselbe Auftrag bereits im Wettbewerb gestanden hat. Aus dieser Erwägung folgt, dass bei der Neuausschreibung keine grundlegende Änderung der ursprünglichen Auftragsbedingungen vorgenommen werden darf, denn ansonsten wäre das Scheitern der ersten, mehr Wettbewerb generierenden Ausschreibung ohne Relevanz für die zweite Ausschreibung (vgl. dazu Hirsch/Kaelble in: Müller-Wrede, VgV/UVgO, 1. Aufl., § 14 VgV Rn. 123 ff. m.w.N.). Der Auftraggeber darf sogar vom Teilnahmewettbewerb – nicht aber von der EU-weiten Auftragsbekanntmachung – absehen, wenn er am Verhandlungsverfahren alle geeigneten Unternehmen beteiligt (vgl. § 14 Abs. 3 Nr. 5 a.E. VgV). Auch diese Regelung setzt unausgesprochen voraus, dass sich der Beschaffungsgegenstand nicht grundlegend ändert, weil sich dann u.U. auch die Eignungsanforderungen ändern würden.

- 61 Im vorliegenden Fall ist die Identität des Beschaffungsgegenstandes zwischen der 1. Ausschreibung, welche nach dem Text der Auftragsbekanntmachung im Schwerpunkt auf eine Ertüchtigung der Bestandssoftware mit einem geringeren Leistungsumfang gerichtet war, und der 2. Ausschreibung, welche nach dem Text der Auftragsbekanntmachung auf ein völlig neues, umfangreicheres und vor allem qualitativ anspruchsvolleres Projekt der vollständigen Erneuerung und Neukonzeption der Verwaltungsprozesse einschließlich der Einführung der eAkte und der Herstellung von digitalen Schnittstellen zu verschiedenen Bereichen der Landesverwaltung zielte, erheblich zweifelhaft. Auch aus Sicht des Antragsgegners handelte es sich beim Gegenstand der 2. Ausschreibung um ein von der 1. Ausschreibung verschiedenes, weit umfassenderes Projekt. Das zeigt sich im überarbeiteten Leistungsverzeichnis und in den aus dem Beschaffungsbedarf abgeleiteten höheren Anspruch an die Eignung der als Vertragspartner in Betracht kommenden Unternehmen. Unter wettbewerblicher Perspektive sprach die 2. Ausschreibung u.U. andere Wirtschaftsteilnehmer an als die 1. Ausschreibung, denn – ausgehend von den dokumentierten Ergebnissen der Markterkundung des Antragsgegners – setzte die 1. Ausschreibung vor allem wettbewerbliche Anreize für Unternehmen, welche mit dem System B. Erfahrungen hatten, auch wenn in der 1. Ausschreibung der Austausch des Systems noch offengelassen wurde. In der 2. Ausschreibung war diese Systemoffenheit nach dem Inhalt der Auftragsbekanntmachung nicht mehr gegeben, es wurde ausdrücklich eine Ablösung des bisherigen Fachverfahrens B. in den Wettbewerb gestellt, so dass Unternehmen, welche Leistungen auf Basis der Fachsoftware T. anboten, direkt angesprochen wurden. Das war, wie die Nachfrage bei der Beigeladenen im Termin der mündlichen Verhandlung ergeben hat, objektiv eine auf die Beigeladene zugeschnittene Ausschreibung, denn die Beigeladene hat auf Nachfrage erklärt, dass jedenfalls bis jetzt keine Lizenz an ein anderes Unternehmen zur Nutzung der Basissoftware T. vertrieben worden sei. Die Verfahrensweise des Antragsgegners führte – im Zusammenhang mit der verkürzten Bewerbungsfrist – jedenfalls selbst aus seiner Sicht und bei unterstellter Unkenntnis über das Alleinstellungsmerkmal der Beigeladenen dazu, dass die Beigeladene im Wettbewerb mit vermuteten anderen Anbietern der Fachsoftware T. bevorzugt wurde, weil sie einen zeitlichen und informationellen Vorlauf gegenüber diesen Anbietern hatte.
- 62 bb) Erhebliche Zweifel bestehen auch am Vorliegen des vom Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren angeführten zweiten Zulässigkeitsgrundes für die Wahl der Vergabeart. Der Antragsgegner beruft sich auf § 14 Abs. 3 Nr. 3 VgV.

- 63 Für die Inanspruchnahme dieses Ausnahmetatbestandes genügt nicht, dass eine Ausschreibung auf die Lösung einer komplexen Aufgabe gerichtet ist oder dass die Leistung funktional i.S.v. § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV beschrieben ist, sondern es muss ein ursächlicher Zusammenhang dafür existieren, dass u.a. die Art oder die Komplexität der Aufgabe die Durchführung einer – interaktiv geführten – Verhandlung zur Vervollständigung der Leistungsbeschreibung oder der Ausführungsbedingungen erfordern. Der Auftraggeber muss objektiv nachprüfbar nicht in der Lage sein, die für eine Ausschreibung erforderlichen Informationen vollständig anzugeben (vgl. Kern/Rubin in: Röwekamp/..., VgV, 2. Aufl. 2022, § 14 Rn. 29 m.w.N.). Es muss objektiv eine Situation vorliegen, in welcher der öffentliche Auftraggeber ohne Verhandlungen entweder gar nicht beurteilen kann, was der Markt an technischen Lösungen bieten kann, oder die Verhandlungen benötigt, um die Kreativität des Marktes zur Lösung seiner Aufgabe abzuschöpfen. Es ist zweifelhaft, ob sich ein derartiges Selbstverständnis des Antragsgegners in der Vergabedokumentation spiegelt. Der Antragsgegner verschaffte sich jedenfalls einen Marktüberblick auf Nachfrage-seite, was möglich war, weil die Digitalisierung dieses Fachverfahrens in den meisten anderen Bundesländern bereits erheblich weiter fortgeschritten war, und er hielt sich aufgrund seiner Markterkundung auch für fähig, eine der beiden am Markt bereits verfügbaren technischen Lösungen als für seine Beschaffungsziele weniger geeignet auszuschließen. Der einzige Anhaltspunkt in der Dokumentation des Vergabeverfahrens durch den Antragsgegner für eine Erforderlichkeit von Verhandlungen findet sich im Vermerk zur Wahl der Vergabeart; dort heißt es:
- 64 „Im Rahmen der vorangegangenen Ausschreibung stellte sich heraus, dass dieser Systemvertrag (*EVB-IT-Systemvertrag aus der UfAB – Anm. d. Senats*) nicht zufriedenstellend vorgegeben werden konnte.“
- 65 Dieser Anhaltspunkt wurde jedoch erheblich entkräftet durch den Vorbehalt des Antragsgegners im Verhandlungsverfahren, den Zuschlag u.U. auch auf das Erstangebot, d.h. ohne die Durchführung irgendeiner Verhandlungsrunde, zu erteilen. Wie die Nachfrage des Senats im Termin ergeben hat, sind im Verhandlungsverfahren mit der Beigeladenen tatsächlich auch keinerlei Verhandlungen geführt worden. Dieser Umstand spricht erheblich gegen ein Bedürfnis zur Verhandlung zwecks Vervollständigung der Vertragsunterlagen.
- 66 b) Jedenfalls fehlt es für eine rechtmäßige Auswahl des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb an einer – nach § 14 Abs. 3 VgV notwendigen – Ermessensausübung.
- 67 aa) Der öffentliche Auftraggeber „kann“ nach der vorgenannten Vorschrift ein Verfahren auswählen, welches weniger Wettbewerb organisiert und intransparenter ist, wenn einer der Zulässigkeitsgründe vorliegt. Dies ist jedoch kein Automatismus; der öffentliche Auftraggeber hat beim Vorliegen eines Zulässigkeitsgrundes weiter eine Abwägung vorzunehmen, ob die Vorteile, welche er sich von der Wahl dieser Vergabeart verspricht, im konkreten Beschaffungsvorgang in einem angemessenen Verhältnis zu den dadurch bewirkten Nachteilen steht.
- 68 bb) Im vorliegenden Fall kann nicht festgestellt werden, dass der Antragsgegner eine solche Überlegung vor Beginn des Vergabeverfahrens überhaupt angestellt hat.

- 69 (1) Vor dem Beginn der 2. Ausschreibung durch Versendung des Bekanntmachungstextes am 31.07.2025 findet sich in der Vergabedokumentation keinerlei Anhaltspunkt für entsprechende Erwägungen.
- 70 Die im Rahmen der Konzeptionierung der 2. Ausschreibung gefertigten internen Vermerke beziehen sich auf die Festlegung der Eignungskriterien (Vermerk v. 18.07.2025), auf den Umfang der bereitzustellenden Vergabeunterlagen während des Teilnahmewettbewerbs (Vermerk v. 22.07.2025) und auf die Kostenschätzung (Vermerk v. 23.07.2025). Ein vor dem 31.07.2025 gefertigter Vermerk über die Gründe der Wahl der Vergabeart existiert nicht. Eine nach § 8 Abs. 1 Satz 1 VgV von Beginn an fortlaufende, zeitnah erstellte Dokumentation über die Gründe für die Wahl der Verfahrensart wäre in Ansehung des Katalogs des § 8 Abs. 2 Nr. 6 VgV über den Mindestinhalt eines Vergabevermerks bereits vor dem 31.07.2025 erforderlich gewesen.
- 71 Auch der Text der Auftragsbekanntmachung benennt weder durch Angabe einer Norm noch in verbaler Form einen Grund für die Wahl der Vergabeart. Dominierend für die Verfahrenswahl waren nach dem Inhalt der Vergabedokumentation bis zum Beginn der 2. Ausschreibung allein zeitliche Gesichtspunkte, wie sie auch im Text der Auftragsbekanntmachung (Ziffer 2.1 a.E.) aufgeführt sind, die aber – offenkundig auch nach Einschätzung des Antragsgegners – die Voraussetzungen nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV nicht erfüllten. Anhaltspunkte für eine vorgenommene Ermessensausübung fehlen völlig.
- 72 Auf entsprechenden Vorhalt des Senats im Termin der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegner eingeräumt, dass es die vom Senat vermisste Dokumentation nicht gibt.
- 73 (2) Der tatsächlich vorhandene Vermerk über die Wahl der Vergabeart wurde nachträglich nach der Auftragsbekanntmachung (Versendung am 31.07.), sogar nach dem Ablauf der Bewerbungsfrist (am 20.08.) und erst nach dem Abschluss des Teilnahmewettbewerbs (am 01.09.) am 13.10.2025 gefertigt. Die zeitlich nachlaufende Dokumentation weckt nicht nur durchgreifende Zweifel daran, ob die dokumentierten Erwägungen für die Wahl eines Verfahrens nach § 14 Abs. 3 VgV überhaupt angestellt wurden, sondern sprechen dafür, dass sie in Reaktion auf das von der Antragstellerin am 25.08.2025 eingeleitete Nachprüfungsverfahren zur nachträglichen Rechtfertigung niedergelegt wurden.
- 74 (3) In inhaltlicher Hinsicht findet sich in der nachträglich gefertigten Dokumentation im Vermerk vom 13.10.2025 „Wahl der Verfahrensart“ zwar eine Begründung dafür, dass der Antragsgegner vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 14 Abs. 3 Nr. 3 und Nr. 5 VgV ausging, aber kein Anhaltspunkt dafür, dass der Antragsgegner sich mit den gegen die Verfahrenswahl sprechenden Aspekten überhaupt auseinandergesetzt hat. Das wäre hier aber in besonderem Maße geboten gewesen. Das Beschaffungsvorhaben bezog sich auf eine grundlegende Umgestaltung der Prozesse und der Arbeitsweise im Fachverfahren; die Vertragslaufzeit war auf mindestens vier, maximal sechs Jahre vorgesehen, der Auftragswert war relativ hoch. In einem derart bedeutenden Beschaffungsvorgang ein besonders intransparentes und faktisch keinen wirksamen Wettbewerb organisierendes Vergabeverfahren auszuwählen, ist jedenfalls nicht selbsterklärend.
- 75 Auf entsprechenden Vorhalt des Senats im Termin der mündlichen Verhandlung hat der Antragsgegner auch nicht vermocht, zeitlich oder inhaltlich eine Ermessensausübung darzulegen.

- 76 4. Die vorbeschriebene diskriminierende Festlegung des Eignungskriteriums „Spezifischer Jahresumsatz“ und gleichzeitige Auswahl eines relativ intransparenten Vergabeverfahrens sind im Sinne einer Kausalitätsbetrachtung auch geeignet, die Zuschlagschancen der Antragstellerin zu verschlechtern. Der Gesichtspunkt, ob und inwieweit der Antragsgegner im Rahmen der Bestimmung seines Beschaffungsbedarfs u.U. eine Festlegung auf die Basissoftware der Beigeladenen als zwingende Leistungsanforderung hätte vornehmen dürfen – was allerdings der Leistungsbeschreibung – kurz nicht eindeutig zu entnehmen ist –, steht dem nicht entgegen. Denn jedenfalls ist nicht auszuschließen, dass selbst dann, wenn der Antragsgegner eine solche Bestimmung eindeutig verlautbart hätte, die Antragstellerin hiergegen mit Erfolg hätte vorgehen können.
- 77 5. Wie vorausgeführt, kann die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens im vorliegenden Fall nur dadurch hergestellt werden, dass der Beschaffungsvorgang in das Stadium der Konzeptionierung des Vergabeverfahrens, insbesondere der Wahl der Verfahrensart, und der Vorbereitung des Verfahrens, insbesondere der Auswahl der Eignungskriterien, und mithin in den Stand vor Versendung des Bekanntmachungstextes an das Pflichtmedium zurückversetzt wird. Die zu treffende Anordnung war auf den Fall der fortbestehenden Beschaffungsabsicht des Antragsgegners zu beschränken.

C.

- 78 I. Die Kostenentscheidungen im Hauptverfahren vor der Vergabekammer beruhen auf § 182 GWB; hinsichtlich des Gestattungsverfahrens verbleibt es bei den in der angefochtenen Entscheidung zu Ziffern 4., 5. und 6. getroffenen Entscheidungen.
- 79 1. Die Kosten des Hauptverfahrens vor der Vergabekammer i.S.v. § 182 Abs. 1 GWB fallen nach § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB dem Antragsgegner zur Last. Die Antragstellerin ist mit ihrem mit dem Nachprüfungsantrag verfolgten Rechtsbegehren vollständig erfolgreich. Insoweit kommt es nicht darauf an, ob sämtliche erhobenen Rügen Erfolg hatten, sondern darauf, ob das mit der Nachprüfung verfolgte Ziel erreicht worden ist. Das war hier die Untersagung der Zuschlagserteilung im laufenden Vergabeverfahren und die Verpflichtung des Antragsgegners zu einer erneuten Ausschreibung im Falle des Fortbestehens der Beschaffungsabsicht.
- 80 2. Die Entscheidung über die Kostenerstattungspflicht bezüglich der außergerichtlichen Auslagen der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB. Der Ausspruch über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin folgt § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 BVwVfG und § 1 VwVfG LSA.
- 81 II. Die Entscheidung über die Kostentragung im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 175 Abs. 2, 78 GWB. Es ist angemessen, die Kosten auf die beiden unterlegenen Verfahrensbeteiligten nicht paritätisch zu verteilen, sondern dem Antragsgegner, welcher im Rahmen seiner Rechtsverteidigung über erheblich umfangreichere Informationen über den Gang des Verfahrens, insbesondere über Hintergründe der zur Konzeptionierung des Verfahrens getroffenen Zwischenentscheidungen, verfügte, einen höheren Anteil der Kosten aufzuerlegen.
- 82 Im Beschwerdeverfahren ist eine Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin nicht zu treffen, weil eine solche Hinzuziehung kraft Gesetzes (§ 175 Abs. 1 Satz 1 GWB) notwendig ist.

