

Entscheidung im Volltext

Vergabe

Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur mit Markterkundung!

OLG Hamburg

Beschluss

vom 06.04.2023

1 Verg 1/23

VgV § 14 Abs. 4, 6

1. Eine Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf erfolgen, wenn der Auftrag zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, dies darauf beruht, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

2. Für die Beantwortung der Frage, ob ein Anbieter zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten zur Leistung in der Lage ist, kommt es nicht darauf an, ob die Leistung sofort, also gleichsam auf der Stelle erbracht werden kann. Das zur aktuellen Erfüllung eines Auftrags erforderliche Material herbeischaffen kann auch ein Unternehmen, das sich das Material innerhalb angemessen kurzer Zeit besorgen kann.

3. Eine Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb setzt ein vorheriges Markterkundungsverfahren voraus. Anderenfalls kann der öffentliche Auftraggeber das Nichtvorhandensein vernünftiger Alternativen oder Ersatzlösungen nicht darlegen und beweisen.

OLG Hamburg, Beschluss vom 06.04.2023 - 1 Verg 1/23

vorhergehend:

VK Hamburg, 15.12.2022 - VgK 3/22

nachfolgend:

OLG Hamburg, Beschluss vom 25.09.2023 - 1 Verg 1/23

In der Sache

(…)

beschließt das Hanseatische Oberlandesgericht - Vergabesenat - durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht P., den Richter am Oberlandesgericht Dr. B. und den Richter am Oberlandesgericht Dr. W. am 06.04.2023:

I. Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 15. Dezember 2022, Az. VgK 3/22, aufgehoben.

Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Verfahren zur Beschaffung eines

Vergabemanagementsystems unter Anbindung an das Betriebssystem ### S/HANA bei der Beigeladenen im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb aufzuheben.

Der Antragsgegnerin wird im Fall der fortbestehenden Beschaffungsabsicht aufgegeben, ein geregeltes europaweites und wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen.

II. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene als Gesamtschuldner zu tragen. Im Übrigen haben die Beteiligten ihre Kosten selbst zu tragen.

III. Der Gegenstandswert wird für das Beschwerdeverfahren festgesetzt auf ### Euro.

IV. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.

Gründe

I.

Die Antragstellerin verfolgt mit ihrer Beschwerde ihr Begehren weiter, die Antragsgegnerin daran zu hindern, die Beschaffung eines elektronischen Vergabemanagementsystems im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb vorzunehmen.

Die Antragstellerin betreibt ein Unternehmen, das als Software- und Dienstleistungsanbieter u.a. im Bereich der elektronischen Vergabe tätig ist. Antragsgegnerin ist die Freie und Hansestadt Hamburg. Diese unterhält gemeinsam mit dem Land Schleswig-Holstein die Dataport AÖR als einen gemeinsamen IT-Dienstleister, der u.a. IT-Beschaffungen für hamburgische Behörden durchführt. Die Beigeladene betreibt ein Unternehmen, das Unternehmenssoftware produziert und vertreibt. Die von ihr erstellten EDV-Systeme laufen unter der Bezeichnung ###-Systeme.

Die Antragsgegnerin beabsichtigt, im Rahmen eines Projekts zur Weiterentwicklung der digitalen Verwaltung und des digitalen Haushalts bis zum Ende des Jahres 2025 ihr ###-System von derzeit überwiegend ### R73K auf die neue - seit 2015 auf dem Markt befindliche - ###-Lösung ### umzustellen. Diese Umstellung soll in der Kernverwaltung am 1. Januar 2023 beginnen; die Landesbetriebe und Hochschulen sollen in mehreren Phasen bis zum 31. Dezember 2025 folgen. Im Zuge dessen beabsichtigt die Antragsgegnerin auch, ihr Vergabemanagementsystem zu modernisieren, um die künftige Beschaffungslösung einheitlich und vollständig in ihre ERP-Systemlandschaft - in der sich auf elektronischer Grundlage das unternehmerische Planen, Steuern und Verwalten von Personal, Ressourcen, Kapital, Betriebsmitteln, Material und Informations- und Kommunikationstechnik ("Enterprise-Resource-Planning") vollzieht - zu integrieren. Das Projekt läuft unter dem Namen "TEVA — Technische Erneuerung Vergabe und Ausschreibung". Zu diesem Zweck beabsichtigt die Antragsgegnerin, ihr Vergabemanagementsystem künftig an ### anzubinden, und zwar in der Weise, dass das System über eine bidirektionale Schnittstelle zur Verarbeitung der eingehenden und ausgehenden Daten verfügt und die automatisierte (nichtmanuelle) revisions- und transaktionssichere Übertragung von Einzel- und Massendaten in Echtzeit erlaubt. Das ist technisch nur über ###-zertifizierte Schnittstellen möglich. Um die zeitlichen, technischen, betrieblichen und finanziellen Risiken der Antragsgegnerin zu minimieren, soll das zu beschaffende Vergabemanagementsystem über eine bereits vorhandene, funktionierende und ###-zertifizierte Schnittstelle zu ### verfügen, die folgende Bedarfsanforderungen der Antragsgegnerin erfüllt:

- zertifizierte ###-Schnittstelle eines ###-zertifizierten Standardpartners, damit der Anpassungs- und

Entwicklungsaufwand an der Schnittstelle durch ### entfällt (während Anpassungen für die Verbindung von ###- Daten und IDoc-Tabellen nötig seien);

- minimaler Aufwand für Wartung und Releasewechsel bei zertifizierten ###-Standardprodukten, die von ### und ihren Partnern durch regelmäßige Systemtests präqualifiziert werden, was die Betriebssicherheit und -stabilität erhöht;

- mögliche Konfiguration von Datenpaketen (z.B. zur Losbildung oder für Auswertungen), um Bedarfe übergreifend und zentral zu erfassen.

Die Antragsgegnerin ist mit der Antragstellerin seit 20 Jahren durch Verträge über das bisher von der Antragsgegnerin genutzte elektronische Vergabemanagementsystem verbunden, das die Antragstellerin erstellt hat und wartet. Mit der Beigeladenen verbindet sie ein sog. ###-Rahmenvertrag zur Erweiterung des von der Antragsgegnerin schon jetzt genutzten ###-Systems.

Ende 2020 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin über ihr TEVA-Projekt zur Optimierung der Beschaffungsprozesse. Im Zuge des Projekts führte die Antragsgegnerin im Frühjahr 2021 eine Markterkundung durch, um sich über die am Markt verfügbaren Vergabemanagementsysteme zu informieren. Hierzu hat sie auch zahlreiche andere öffentliche Auftraggeber zu deren Systemen befragt. Nach der ersten Marktrecherche kontaktierte sie neun Hersteller von Vergabemanagementsystemen - darunter die Antragstellerin - und ließ diese einen - einheitlichen - Fragebogen ausfüllen und eine Produktvorstellung durchführen. Dabei wurden die in der Vergabeakte (Ordner Markterkundung, Unterordner Erstübersicht, Unterunterordner Übersicht Softwareanbieter) aufgeführten Anbieter und Nutzer von Vergabemanagementsystemen kontaktiert. Der Fragebogen (Vergabeakte Ordner 1, Unterordner 3, Dokument 1) hatte folgenden Inhalt:

"Fragenkatalog eVergabe-Hersteller

In der Produktpräsentation sind für uns die Einkäufer- sowie die Bieterseite und damit folgende Themen interessant:

Einkäuferseite: Wie ist die Usability und wie wird der Einkäufer durch die notwendigen Teilschritte geführt? Welche Möglichkeiten der Fristenüberwachung gibt es? Wie sehen die Bewertung und der Vergleich von abgegebenen Angeboten aus?

Bieterseite: Wie sind die Usability und die Führung durch die Schritte der Angebotsabgabe (inkl. Registrierung)? Welche zusätzlichen Softwareverfahren werden bei der Angebotsabgabe genutzt? Wie funktioniert die Kommunikation zwischen Bieter und Einkäufer? Wird die Bieterzeugung jedes Mal erneut festgestellt oder können Unterlagen zur Feststellung der Eignung in einem Bieterprofil hinterlegt werden?

Weitere Fragen betreffen die Themen:

Kosten:

- Verfügen Sie über ein Preismodell und wie setzen sich die Kosten zusammen (einmalige und fortlaufende Kosten, Abhängigkeit von der Anzahl der Lizenzen oder Ausschreibungen, Serverkosten, Speicherkosten, Einrichtungskosten, Schulungskosten, ...)

- Bieten Sie On-Premise-Lösungen und/oder die Nutzung als Software as a Service (SaaS) an? Wie unterscheiden sich die Preise?

- In welcher Höhe treten Supportkosten auf und welche Supportzeiten bieten Sie an (Einkäufer und Bieter getrennt)?

- Ist Customizing bei On-Premise-Lösungen und bei SaaS-Lösungen möglich? Welche Kosten resp. Folgekosten sind durch Customizing zu erwarten?

- In welchem Rhythmus erfolgen die Abrechnungen der Kosten (monatlich/jährlich)?

Schnittstellen zu anderen Systemen:

- Gibt es eine Schnittstelle zu einem Aktensystem (z.B. XDOMEA) und lassen sich Vergabeakten ohne großen Aufwand aus dem System herauslösen (z.B. als PDF-Dokument o.Ä.)? Wenn nein: Wie viel würde die Erstellung einer Schnittstelle ungefähr kosten?

- Gibt es Schnittstellen zu ### und welche Daten können übertragen werden? Nutzen Sie ### zur Integration von ###? Wie genau funktioniert diese Schnittstelle?

- Gibt es die Möglichkeit Schnittstellen zu Systemen, die die Themen Rechnung, Katalogbestellungen und Lieferantenmanagement abdecken, herzustellen?

Nutzung von Standards:

- Gibt es die Möglichkeit der Trennung des Front- und Backends und ggf. eine Trennung der Kosten?

- Welche Standards für strukturierte Daten werden eingehalten und wie wird sichergestellt, dass neue Standards vom Bund genutzt werden können (z.B. xVergabe, xRechnung, eForms)? Sind in Ihrer Plattform die Bestandteile der aktuellen XVergabe-Kommunikationsschnittstelle implementiert (siehe Dokumentation XVergabe-Kommunikationsschnittstelle Version 4.6 (27.09.2017) - Nr. 1.5), um dadurch einen einheitlichen Bieterclient nutzen zu können?

Datenschutz:

- Wo liegen die Daten bei einer SaaS-Lösung?

- Wird die EU DSGVO bei der Datenverarbeitung eingehalten? Sind Sie BSI-zertifiziert?

- Ist die revisionssichere Ablage von Daten möglich?

Sonstiges:

- Ist die Informationsübermittlung an TED und Destatis möglich?"

Die Antragstellerin füllte den Fragebogen aus. Am 13. März 2021 kam es zu einer Produktpräsentation der Antragstellerin für die Antragsgegnerin, am 26. April 2021 übersandte die Antragsgegnerin der Antragstellerin einen Fragenkatalog, am 28. April 2021 führten die Antragstellerin und die Antragsgegnerin eine Skype-Konferenz und am 29. April 2021 kam es zu einem Wechsel von E-Mail-Nachrichten, der sich u.a. mit der Bedeutung des Themas "Schnittstellen zu ###" befasste. Im Frühjahr 2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin auf deren Anfrage mit, dass im Sommer 2021 eine Ausschreibung zur Optimierung der Beschaffungsprozesse erfolgen solle. Eine solche erfolgte indessen nicht.

Am 16. Dezember 2021 informierte die Antragsgegnerin die Antragstellerin mündlich darüber, dass

sie beabsichtige, den Auftrag an die Beigeladene zu vergeben, weil ein förmliches Vergabeverfahren wegen der technischen Alleinstellung der IT- Lösung der Beigeladenen - die den Vergabemanager der "### AG" umfasst - entbehrlich sei. Am 23. Dezember 2021 hat die Antragstellerin den beabsichtigten Zuschlag an die Beigeladene gerügt und zur Begründung ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Anwendung des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b und c, Abs. 6 VgV nicht vorlägen und auch keine anderen Ausnahmetatbestände eingriffen und dass sie an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren hätte beteiligt werden müssen, weil sie eine Softwarelösung anbiete, die die zur Bedarfsdeckung erforderlichen Schnittstellen — insbesondere die ###-Schnittstellen — enthalte und auch sonst an die Bedarfe der Antragsgegnerin im Wege des Customizing angepasst werden könne. Die Antragsgegnerin hat die Rüge unter dem 5. Januar 2022 zurückgewiesen und ausgeführt, sie könne der Rüge schon deswegen nicht abhelfen, weil weder ein Vergabeverfahren durchgeführt noch eine Vergabeentscheidung getroffen worden sei; vielmehr werde im Rahmen der Markterkundung der "###" per Testzugang einer Funktionsanalyse unterzogen und genauer bewertet, daneben würden auch Vergabemanagementsysteme anderer Wettbewerber der vertieften Bewertung unterzogen, und es sei noch keine endgültige Entscheidung über das anzuwendende Vergabeverfahren getroffen worden. Die Antragsgegnerin führte ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb ausschließlich mit der Beigeladenen durch.

Am 21. Juni 2022 veröffentlichte die Antragsgegnerin die Ex-ante-Transparentbekanntmachung 2022/S1 1 8-33291 9 im Amtsblatt der Europäischen Union (ABl. S. 118), worin sie europaweit ihre Absicht bekanntgab, im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung das Vergabemanagementsystem "###" durch Abruf aus dem ###- Rahmenvertrag mit der Beigeladenen beschaffen und auch die erforderlichen Leistungen zur Wartung (Softwarepflege) des Systems an die Beigeladene vergeben zu wollen.

In der Transparenzbekanntmachung heißt es u.a.:

"Beschreibung der Beschaffung:

Im Rahmen der Projekte NE- (Neue Einkaufsorganisation), TEVA (Technische Erneuerung Vergabe und Ausschreibung) und ERP 4.0 beabsichtigt die Freie und Hansestadt Hamburg (FHH) eine einheitliche, vollständig integrierte Beschaffungslösung auf Basis des vorhandenen ERP-Systems der Fa. ### zu realisieren. Die Lösung soll beginnend von der Feststellung des Bedarfs über den Abruf aus Rahmenverträgen (Webshop), die Durchführung von Vergabeverfahren, den Abschluss von Verträgen, Zahlung von Rechnungen sowie die Bewertung der Lieferung bzw. Leistung den gesamten Beschaffungsprozess medienbruchfrei abbilden. Die Realisierung beinhaltet u.a. die Beschaffung eines neuen Vergabemanagementsystems als Teilkomponente der Gesamtlösung.

Das Vergabemanagementsystem dient der rechtssicheren Durchführung von nationalen und europaweiten Vergabeverfahren.

Neben den sich daraus unmittelbar ableitenden Anforderungen muss das Vergabemanagementsystem zwingend weitere Leistungsmerkmale erfüllen, um insbesondere das Ziel einer einheitlichen und vollständig in das ###-System integrierten Beschaffungslösung realisieren zu können:

- Einsatz der Applikation sowohl im Baubereich als auch im Bereich Lieferungen und Leistungen: Um die Zielsetzung einer vollständig integrierten Beschaffungslösung zu erreichen, muss die Applikation im Baubereich und im Bereich Lieferungen und Leistungen eingesetzt werden können. Getrennte Systeme, redundante Datenerfassung und Datenhaltung, verschiedene Bieterportale sowie doppelte Betriebs- und Personalkosten sollen vermieden werden, da dies dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit widerspricht und dafür auch keine Haushaltsmittel zur Verfügung stehen.

- Einbettung des Vergabemanagementsystems in die ### Systemlandschaft ### über standardisierte und bereits produktive Schnittstellen:

Integration über eine bereits vorhandene, zertifizierte ###-Schnittstelle, die das Vergabemanagementsystem als ###-Modul ausweist und eine Gesamteinkaufslösung für die FHH ermöglicht.

Die Schnittstelle / das Add-On muss einen direkten und flexiblen Datenaustausch sicherstellen, so dass die Belege im ###-System mit der Ausschreibung im Vergabemanagementsystem verknüpft werden können.

Dies dient u.a. folgenden Aufgaben:

- Übertragung von Leistungsverzeichnissen aus Bestellanforderungen in die Vergabe
- Übertragung der Zuschläge (mit Leistungsverzeichnis) in ###-Kontrakte, Bestellungen u.a.
- Bieter können nach dem Zuschlag den ###-Kreditoren zugeordnet werden
- Dokumentenanlagen aus ###-Belegen können an das Vergabemanagementsystem übertragen werden
- Sichere Kommunikation des Vergabemanagers mit ### über ein entsprechendes Cockpit
- Integriertes Monitoring und Schnittstellen-Managementfunktionen
- Modellbasierter Systemaufbau inklusive individuellem Rechte- und Rollenkonzept zur unkomplizierten Umsetzung individueller Anforderungen: Das Vergabemanagementsystem muss jederzeit die zeitnahe Umsetzung kundenspezifischer Anforderungen und die flexible Gestaltung von Arbeitsabläufen ermöglichen, um interne Beschaffungsprozesse deutlich zu optimieren und schnell auf Kundenbedarfe reagieren zu können.
- Vorbereitung für ein integriertes Bedarfs- und Lieferantenmanagementtool:

Optionale Erweiterung des Vergabemanagementsystems um ein Bedarfs- und Lieferantenmanagementtool ohne Drittsysteme anbinden zu müssen.

- On-Premise Betrieb des Vergabemanagementsystems im Rechenzentrum des IT-Dienstleisters Dataport, der auch für den Betrieb der ###-Systeme der FHH verantwortlich ist.
- Erfüllung der Kriterien der EU-Vergabennorm für barrierefreie Informations- und Kommunikationstechnologie EN 301 549 und Vorgaben der WCAG 2.1 nach dem Behindertengleichstellungsgesetz BITV 2.0
- Anschlussfähigkeit an den bundeseinheitlichen Bekanntmachungsservice, den Präqualifizierungsservice und das Lieferantencockpit (EfA-Umsetzungsprojekt "Vergabe" im Rahmen des OZG)

...

Verfahrensart

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Die Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen können aus folgenden Gründen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden: nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen

Erläuterung:

Der Auftraggeber hat eine umfassende Markterkundung durchgeführt und in diesem Rahmen auch über seine Gesamtzielsetzung einer vollständig integrierten Beschaffungslösung informiert.

Als Ergebnis der Markterkundung wurde festgestellt, dass ausschließlich das Vergabemanagementsystem der Fa. #### AG (AI), das unter der Produktbezeichnung "#### Antragsgegnerin" auch von #### als Erweiterung von ####-Systemen angeboten wird, die gestellten Anforderungen erfüllt.

Insbesondere verfügt nur das System von #### mit dem ####-zertifizierten #### über eine standardisierte und bereits produktiv verfügbare Schnittstelle, die einen direkten und flexiblen Datenaustausch sicherstellt. Das Vergabemanagementsystem muss eine bestehende Schnittstelle zur ####-Systemlandschaft #### aufweisen und einen Datenaustausch in beide Richtungen ermöglichen, um das Projektziel einer vollständig integrierten Beschaffungslösung zu erreichen. Diese Schnittstelle ist für den gewollten, medienbruchfreien Beschaffungsprozess unerlässlich und vermeidet zeitintensive sowie ressourcenvernichtende Doppeleingaben. Eine erst zu programmierende respektive noch nicht produktive Schnittstelle wäre mit enormen Risiken und eventuellen Folgekosten verbunden. Mögliche Fehlfunktionen oder Kompatibilitätsprobleme sollen und müssen unbedingt vermieden werden, auch im Hinblick auf die zeitliche Umsetzung des Projektes.

Daher ist eine bereits bestehende, funktionierende und zertifizierte -Schnittstelle erforderlich.

Erfahrungen aus bisherigen Schnittstellenprojekten zeigen, dass mit Mängeln (Fehlfunktionen, Kompatibilitätsproblemen, Datenverlusten etc.) und deren aufwändiger Behebung zu rechnen ist.

Ferner ist nur das System von #### derart generisch aufgebaut, so dass individuelle Kundenmodelle hinterlegt werden können und im Bereich Workflowmanagement und Formularwesen ein hohes Maß an Customizing möglich ist. Somit ist mit Blick auf unterschiedliche Anforderungen in den Vergabestellen der FHH jeweils ein individuelles Customizing der Lösung möglich, ohne dabei von den Anforderungen anderer Nutzer/Kunden des Vergabemanagementsystems abhängig zu sein. In diesem Fall wäre nicht sichergestellt, ob bzw. wann eine Anpassung erfolgen kann.

Das Vergabemanagementsystem von #### kann sowohl für Vergaben im Baubereich als auch im Bereich Lieferungen und Leistungen eingesetzt werden. Eine entsprechende Verwendung mit positiven Erfahrungen erfolgt bei verschiedenen öffentlichen Auftraggebern."

Die Antragstellerin hat am 28. Juni 2022 die angekündigte Vergabe auf das Angebot der Beigeladenen gerügt und zur Begründung ausgeführt: Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b, Abs. 6 VgV lägen nicht vor, und auch sonst seien keine Ausnahmetatbestände einschlägig. Die Softwarelösung der Antragstellerin enthalte standardmäßig die erforderlichen Schnittstellen und könne per Customizing an das ####-System des Kunden angebunden werden. Dies habe sie bei anderen Kunden schon getan. Das Vergabemanagementsystem der Antragstellerin nutze aktuell Schnittstellen zu ####, könne aber ohne weiteres auch #### und #### bedienen. Sie

verfüge durch ihre Konzernschwester "### Ltd." in Lissabon über das Personal und Know-how, um den Beschaffungsbedarf der Antragsgegnerin vollumfänglich zu befriedigen und die ### über eine Konnektorsoftware einzusetzen. Dies lasse sich in der gleichen Zeit wie die Standardlösung der Beigeladenen an die Bedarfe der Antragstellerin anpassen. Die Antragsgegnerin hat die Rüge mit Schreiben vom 29. Juni 2022 zurückgewiesen und angekündigt, dass die Zuschlagserteilung am 2. Juli 2022 erfolgen werde. Daraufhin reichte die Antragstellerin am 30. Juni 2022 ihren Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer ein.

In dem Verfahren vor der Vergabekammer haben die Antragsgegnerin und die Beigeladene auf die Bedeutung des Unternehmens der ### hingewiesen. Die Beigeladene verwendet die Konnektorsoftware "###" die im Lieferumfang des "AI Vergabemanagers" enthalten ist. Die ### hat der Antragsgegnerin eine Exklusivitätsbescheinigung erteilt; diese lautet:

"Hiermit bestätigen wir, ###, gegenüber der Freien und Hansestadt Hamburg, dass unter den Softwarelösungen für eVergabe-Systeme unser ### einzig mit dem AI VERGABEMANAGER der Firma ### AG ... eine Standardschnittstelle zu ### ERP oder ### System implementiert hat. Das ### als Standardschnittstelle zu anderen Softwarelösungen, wie z.B. ### Sourcing (nur für Stammdaten), beinhaltet keine eVergabe-Systeme. Eine Anbindung anderer eVergabe-Systeme an unsere Softwarelösung ist momentan nicht vorgesehen und nicht angedacht."

Auf Nachfrage der Vergabekammer hat die Firma ### dieser mitgeteilt, dass das Risiko der Antragsgegnerin im Falle einer Zuschlagserteilung an die Antragstellerin und der Entwicklung einer Individuallösung durch diese darin bestehe, dass wegen der mangelnden Erprobtheit und des Fehlens einer garantierten Betriebssicherheit diese Individuallösung Nacharbeiten erforderlich mache, während bei dem Produkt der Beigeladenen sämtliche Komponenten nachweislich unterstützt würden.

In dem Verfahren vor der Vergabekammer und im Beschwerdeverfahren streiten die Beteiligten insbesondere darüber, ob die Beigeladene hinsichtlich des Beschaffungswunsches der Antragstellerin eine Alleinstellung habe oder ob auch die Antragstellerin (gegenwärtig) ein mit Sicherheit mit dem ###-System der Antragsgegnerin voll kompatibles elektronisches Vergabemanagementsystem liefern könne und ob - eine Alleinstellung der Beigeladenen bejaht - es zu der Vergabe an die Beigeladene eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gebe.

Hierzu hat die Antragstellerin vorgetragen, dass ihr Vergabemanagementsystem wie auch das der Beigeladenen eigenständige, durch Standardschnittstellen zu integrierende Softwarelösungen bildeten. Der Konzernverbund der Antragstellerin könne den geforderten Beschaffungsbedarf decken. In dem der Beigeladenen gewährten Implementierungszeitraum könne sie alle erforderlichen Anpassungen ihres Systems leisten. Ihre Lösung lasse sich in der gleichen Zeit wie die Standardlösung der Beigeladenen auf die Bedarfe des konkreten Users bzw. der Antragsgegnerin in - erfahrungsgemäß - wenigen Wochen anpassen und werde durch eine ###-zertifizierte und am Markt bekannte und geschätzte Connector-Software im Konzernverbund der Antragstellerin bedient. Jedenfalls gebe es eine vernünftige Alternativlösung. Selbst wenn ihre Lösung nicht alle gewünschten Ausprägungen der Antragsgegnerin erfüllen sollte, könnte sie sie ohne Weiteres zeitnah anpassen. Zu bemängeln sei, dass die Antragsgegnerin bestimmte vergaberelevante Anforderungen wie die ###-Schnittstellen im Rahmen der Markterkundung nicht thematisiert habe, weder in dem Fragebogen, noch im Zuge der Präsentation der Antragstellerin vom 16. März 2021, noch im Fragenkatalog vom 26. April 2021, noch in der Skype-Besprechung vom 28. April 2021, noch in der E-Mail der Antragsgegnerin vom 29. April 2021. Die Antragsgegnerin habe ihre Markterkundung nicht sorgfältig durchgeführt. Ihr sei seit der Markterkundung bekannt geworden, dass neben der Beigeladenen auch andere Mitbewerber - nicht nur die Antragstellerin - Vergabemanagementsysteme liefern könnten, die eine Anbindung an ### und die definierten

Anforderungen gewährleisten. Details zu ###-Schnittstellen und zur Umstellung auf ### habe die Antragsgegnerin nicht abgefragt. Worum es der Antragsgegnerin gegangen sei, sei potentiellen Bietern daher erst durch die Ex-ante-Transparenzbekanntmachung vom 21. Juni 2022 klar geworden. Die Verfahrenswahl der Antragsgegnerin könne auch nicht durch die "positiven Erfahrungen ... bei verschiedenen öffentlichen Auftraggebern" mit dem favorisierten System gerechtfertigt werden; denn bei der geforderten ###-Anbindung handele es sich um eine von zahlreichen Unternehmen lieferbare Standardlösung. Da die gewünschte Interoperabilität mit der ###-Landschaft der Antragsgegnerin auf einem ###-zertifizierten Konnektor beruhe, könne sie keineswegs nur die Beigeladene mit dem "AI Vergabemanager" leisten.

Die Antragsgegnerin ist der Auffassung, dass das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV zulässig sei, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb bestehe. Sie habe nach umfangreicher und sorgfältiger Markterkundung sachlich gerechtfertigte und objektiv nachvollziehbare Anforderungen an die Beschaffung festgelegt. Sie habe sich im Rahmen der Markterkundung umfassend über die am Markt verfügbaren Vergabemanagementsysteme sowie deren Funktionalitäten informiert. Als Ergebnis der ersten Marktrecherche sei Kontakt zu insgesamt neun Herstellern von Vergabelösungen aufgenommen worden. Ihre Fragen hätten unter anderem mögliche Schnittstellen zu ### und die damit verbundenen Möglichkeiten zum Gegenstand gehabt, Daten zu übertragen. Zu den Fragen hätten auch solche zum Themenkomplex ### gehört. Sie habe in ihrer E-Mail vom 27. April 2021 ausgeführt, dass "das Thema mit den Schnittstellen zu ### ... sich interessant" anhöre; gleichwohl habe die Antragstellerin in ihrer Produktpräsentation am 28. April 2021 keine Hinweise darauf gegeben, dass ihr Vergabemanagementsystem sowohl mit Blick auf die Gesamtfunktionalität als auch auf die Anbindung von ### noch weitere Funktionen bieten könne. Die Antragstellerin habe weder eine funktionierende ###-Schnittstelle noch im Vergleich zu allen anderen Herstellern neue Funktionalitäten präsentiert. Aufgrund ihrer Marktanalyse dürfe sie davon überzeugt sein, ihr Beschaffungsziel nur mit dem in die Softwarelösung der Beigeladenen integrierten "AI Vergabemanager" zu erreichen. Diese Lösung verfüge über ein Alleinstellungsmerkmal im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV, weil nur sie in der Lage sei, die bedarfsspezifischen Anforderungen der Antragsgegnerin zu erfüllen. Denn nur diese Lösung verfüge über die erforderlichen speziellen Werkzeuge, um es als Teilkomponente so in ihre ERP-Verfahren einfügen zu können, dass sich eine einheitliche, vollständig integrierte Beschaffungslösung ergebe. Die zentrale Anforderung für alle künftig an ### anzubindenden Systeme sei neben einer bidirektionalen Schnittstelle die revisions- und transaktionssichere Übertragung von Einzel- und Massendaten in Echtzeit, was nach aktuellem Stand nur über ###-zertifizierte Schnittstellen gegeben sei. Die Verwendung von ACI als standardisierter ###-Schnittstelle sei bereits in der Anwendung integriert und sofort einsatzfähig. Somit komme es hier nicht zu Implementierungsaufwänden und den damit einhergehenden Risiken. Die Schnittstelle habe zudem den Vorteil, dass sie auch bei Releasewechseln gepflegt und aktuell gehalten werde. Sie sei auf eine Standardlösung angewiesen, d.h. auf eine integrierte, bereits erprobte und nachgewiesenermaßen betriebssichere Lösung. Dagegen stelle das im Vergabemanagementsystem der Antragstellerin enthaltene Programm lediglich ein Datenaustauschformat dar und keine den genannten Anforderungen entsprechende zertifizierte ###-Schnittstelle, so dass hier Programmier- und Implementierungsaufwände notwendig wären. Eine code-arme bis code-freie Schnittstellenpflege wäre nicht gegeben, was auch deshalb von Bedeutung sei, weil das Vergabemanagementsystem nicht nur in das ###-System der Kernverwaltung integriert, sondern darüber hinaus auch an die verschiedenen ###-Systeme der Landesbetriebe und Hochschulen angebunden werden müsse und kein bidirektionaler Zugriff auf Einzel- und Massendaten in Echtzeit möglich wäre, so dass die zur Haushalts- und Ressourcensteuerung sowie zur strategischen Steuerung der Einkaufsprozesse erforderlichen stadtweiten Auswertungen nicht möglich wären. Ebenso seien die direkte Zuordnung der Kreditoren und eine fristgerechte Abrechnung in ### nicht gewährleistet. Die Annahme der Antragstellerin, es sei ausreichend, lediglich die Schnittstellenparameter im Wege des "Customizing" an die Bedarfe der Antragsgegnerin anzupassen, gehe deshalb fehl. Die Entwicklung einer solchen Lösung durch die Antragstellerin sei

auch keine vernünftige Alternativlösung.

Auch die Beigeladene hält eine Direktvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b. Abs. 6 VgV für gerechtfertigt; denn die von der Antragsgegnerin angestrebte Interoperabilität begründe eine Alleinstellung der Beigeladenen. Die Antragstellerin könne schon deshalb keinen Wettbewerb erzwingen, weil sie weder zum maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsaufforderung über die von der Antragsgegnerin zulässig definierten Beschaffungsvoraussetzungen verfügt habe noch gegenwärtig darüber verfüge. Die Antragstellerin habe ein technisch völlig falsches Verständnis des Beschaffungsvorgangs. Es könne nicht jeder beliebige, von der Beigeladenen zertifizierte Konnektor verwendet werden, um den geforderten Informationsaustausch zwischen einem Vergabemanagementsystem und der ###-Systemlandschaft der Antragsgegnerin zu gewährleisten. So würde die Lösung der Antragstellerin eine händische Übertragung der aus dem Vergabemanagementsystem generierten Daten in das ###-System erforderlich machen. Die Verwendung einer zertifizierten Standardschnittstelle oder einer Standard-Vergabemanagementsystem-Software sei für sich genommen nutzlos, wenn diese beiden Systemanbieter nicht hinreichend und betriebssicher miteinander kommunizierten. Bei dem ### Konnektor handele es sich um eine Standardsoftware, nämlich ein seit mehreren Jahren und mit einer Vielzahl an Geschäftspartnern erprobtes Standardprodukt, das somit über eine Betriebssicherheit verfüge, die unter Standardbedingungen bei anderen Nutzern bereits erwiesen sei und daher auch für jeden neuen Kunden unter denselben Bedingungen wiederholbar sei.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Er sei zulässig, aber nicht begründet. Der Antrag sei zulässig, weil selbst dann, wenn § 160 Abs. 3 GWB auf den gesetzlich nicht geregelten Fall, dass auf eine Ex-ante-Transparentbekanntmachung noch kein Vertragsschluss gefolgt ist, anzuwenden wäre, die Antragstellerin jedenfalls am 28. Juni 2022, mithin innerhalb von zehn Kalendertagen nach der Bekanntmachung vom 21. Juni 2022 eine Verfahrensrüge analog § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erhoben und ihren Nachprüfungsantrag nach der Nichtabhilfemitteilung der Antragsgegnerin vom 29. Juni 2022 am 30. Juni 2022, also innerhalb der Frist aus § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB analog, eingereicht habe. Der Nachprüfungsantrag sei indessen unbegründet. Die Antragsgegnerin habe in einer für die Vergabekammer nachvollziehbaren Weise dargelegt, dass sie zur Deckung ihres Bedarfs an einer einheitlichen und vollständig integrierten Beschaffungslösung auf Basis des vorhandenen ERP-Systems auf ein Vergabemanagementsystem angewiesen sei, das über eine standardisierte und bereits produktive Schnittstelle zu ### verfüge und so einen betriebssicheren direkten und flexiblen Datenaustausch sicherstelle. Die Bedarfsbestimmung der Antragsgegnerin beruhe nicht auf willkürlichen Erwägungen, sondern auf dem nachvollziehbaren und damit auch vergaberechtlich nicht zu beanstandenden Vorhaben einer umfassenden Integration der IT-Systeme der Freien und Hansestadt Hamburg in ihre ###-Systemlandschaft, das nicht zuletzt vor dem Hintergrund der doppelten Haushalts- und Ressourcensteuerung der Antragsgegnerin nachvollziehbar sei. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene hätten in einer für die Vergabekammer nachvollziehbaren Weise dargelegt, dass dafür eine betriebssichere, standardisierte Schnittstelle vorhanden sei, die eine erst noch zu entwickelnde Individuallösung derzeit nicht bieten könne, weshalb diese Anforderung folgerichtig sei und auf bedarfsimmanenten und nicht sachfremden Erwägungen beruhe. Darauf, ob und wann die Antragsgegnerin diese Anforderung gegenüber der Antragstellerin hinreichend konkret kommuniziert habe, komme es nicht an. Die Vorgabe einer bereits erprobten bzw. zertifizierten ### -Schnittstelle verstoße nicht gegen die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung gemäß § 31 Abs. 6 VgV. Es sei das von der Antragsgegnerin aufgestellte Kriterium, dass die zu beschaffende Vergabemanagementlösung über eine bereits implementierte und hinreichend betriebssichere Schnittstelle zu ### verfügen müsse, vor dem Hintergrund der von der Antragsgegnerin beabsichtigten Gesamtintegration der IT-Systeme in ihre ###-Landschaft nachvollziehbar und es sei auch nicht erkennbar, dass die Antragsgegnerin durch dieses Vorhaben beabsichtige, bewusst bestimmte Produkte oder Produktionen von vornherein auszuschließen. Das Produkt der Beigeladenen verfüge über ein Alleinstellungsmerkmal, welches dazu führe, dass im

Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden sei. Diese Voraussetzungen seien eng aufzufassen, lägen hier aber vor. Das aktuelle Vergabemanagementsystem der Antragstellerin verfüge jedenfalls derzeit über keine bereits erprobte, einsatzfähige ###-Schnittstelle auf Grundlage des Konnektors. Darüber hinaus hätten die Antragsgegnerin und die Beigeladene zur Überzeugung der Vergabekammer dargelegt, dass das über den Rahmenvertrag der Beigeladenen abrufbare Produkt "AI Vergabemanager" derzeit über eine Alleinstellung am Markt verfüge, was die Integrierbarkeit in das ###-System und die Anbindung an ### angehe. Sie hätten nachvollziehbar darstellen können, dass nur dieses Vergabemanagementsystem aus technischen Gründen mit ihrem Baukastensystem die Anforderungen an eine einheitliche Beschaffungslösung für alle Vergabestellen der Kernverwaltung und die sonstigen, nicht zentral gesteuerten Vergabestellen ohne Programmieraufwand umsetzen könne, weil es das einzige derzeit am Markt erhältliche standardisierte (d. h. nicht nur für einen speziellen Einzelfall entwickelte und dort betriebsbereite), bereits implementierte und überdies durch die Beigeladene zertifizierte Produkt sei. Da die allgemeine Integrierbarkeit eines solchen Vergabemanagementsystems in das ###-System gerade auf seiner Standardisierung und Erprobtheit beruhe, aus der sich die hinreichende Betriebssicherheit ergibt, sei es im gegenwärtigen Zeitpunkt, auf den es aufgrund der zulässigen Leistungsbestimmung der Antragsgegnerin in zeitlicher Hinsicht allein ankomme, keinem anderen Anbieter am Markt möglich, die von der Antragsgegnerin geforderte Lösung zu liefern. Die von der Antragstellerin angebotene individuelle Entwicklung einer Softwarelösung einschließlich der geforderten ###-Schnittstelle stelle auch keine hinreichende Alternativlösung im Sinne des § 14 Abs. 6 VgV dar. Ob denkbare Ersatzlösungen den Beschaffungsbedarf adäquat decken können, müsse der Auftraggeber nach objektiv nachprüfaren Kriterien beurteilen. Diese Voraussetzungen seien nach der Überzeugung der Vergabekammer vorliegend erfüllt. Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Beurteilung, die individuelle Entwicklung eines in ihr ###-System integrierten Vergabemanagementsystems durch die Antragstellerin sei keine vernünftige Alternative zur Beschaffung des "AI Vergabemanagers" der Beigeladenen, sei aus vergaberechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die Antragsgegnerin habe das ihr eröffnete Beurteilungsermessen insoweit sachgerecht ausgeübt, weil sie ihre Entscheidung auf sachlich nachvollziehbare Gründe stütze, die nach Auffassung der Kammer weder willkürlich noch diskriminierend seien. Insoweit stünden schon die Entwicklungsrisiken bei der individuellen Programmierung eines Vergabemanagementsystems wegen der fehlenden Erprobung der Annahme einer Alternativlösung im Sinne des § 14 Abs. 6 VgV entgegen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene hätten nachvollziehbar dargelegt, dass die Beschaffung einer solchen Alternativlösung mit hohen zeitlichen, betrieblichen und finanziellen Risiken behaftet wäre, die die Antragsgegnerin nicht eingehen müsse, wenn sie ihr Vorhaben einer den Erfordernissen der doppelten Haushalts- und Ressourcensteuerung Rechnung tragenden ###-Systemintegration umsetzen wolle. Dass eine eigens entwickelte Individuallösung in einem so komplexen System wie dem ###-System der Antragsgegnerin diese Risiken böte, sei für die Vergabekammer einleuchtend. So zeige die hinreichende Erfahrung mit IT-Fachverfahren in der öffentlichen Verwaltung, dass diese regelmäßig nur mit einem hohen zeitlichen und IT-entwicklerischen Aufwand eingeführt werden könnten und es mitunter mehrere Jahre dauere, bis die Verfahren betriebssicher liefen und im Rahmen weiterer Updatezyklen keinen nennenswerten Anpassungsbedarf mehr aufwiesen.

Gegen diesen Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde.

Auch im Beschwerdeverfahren geht es vornehmlich um die Frage, ob die Antragstellerin im Zeitpunkt der von der Antragsgegnerin geplanten Auftragsvergabe in der Lage war, eine den technischen Anforderungen der Antragsgegnerin entsprechende Lösung zu liefern oder jedenfalls eine technische Lösung, die als vernünftige Alternative oder Ersatzlösung zu dem von der Beigeladenen angebotenen Produkt anzusehen ist. Im Beschwerdeverfahren wiederholen und vertiefen die Beteiligten ihren bisherigen Vortrag.

Die Antragstellerin weist darauf hin, dass aufgrund des Umstandes, dass die Antragsgegnerin keine Markterkundung gezielt zum Vorhandensein der von ihr in der Ex-ante-Transparentbekanntmachung beschriebenen Leistung vorgenommen habe, auch nicht bekannt sei, ob es weitere Anbieter gebe, die eine solche Lösung anbieten könnten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Beschluss der Vergabekammer bei der Finanzbehörde der Freien und Hansestadt Hamburg vom 15. 12. 2022 - VgK 3/22 - aufzuheben sowie der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nach Maßgabe der Rechtsauffassung des Senats ein geregeltes europaweites und wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen;
2. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die vom Senat festgestellten Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen;
3. der Antragsgegnerin und der Beigeladenen die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin notwendig gewesen sei.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Beigeladene beantragt,

die Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene tragen vor, dass es gerade das Ergebnis der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Markterkundung gewesen sei, dass zur Erfüllung ihres Beschaffungswunsches nur das Produkt der Beigeladenen in Betracht komme.

Der Senat hat die Sache mit den Beteiligten im Termin zur mündlichen Verhandlung am 23. März 2023 erörtert.

II.

Die Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt worden. Auch in der Sache ist sie begründet. Sie führt dazu, dass unter Abänderung der Entscheidung der Vergabekammer die Antragsgegnerin zu verpflichten ist, das eingeleitete Vergabeverfahren zur Beschaffung eines Vergabemanagementsystems unter Anbindung an das Betriebssystem ### S/HANA bei der Beigeladenen im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb aufzuheben und im Fall der fortbestehenden Beschaffungsabsicht ein geregeltes europaweites und wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen.

1. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zu Recht und mit zutreffender Begründung, der der Senat folgt und auf die Bezug genommen wird, als zulässig angesehen. Ein Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin ist gegeben; denn offensichtlich völlig ohne Aussicht, den Auftrag bei Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens zu erhalten (zu diesem Maßstab s. z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 12. 7.2017 - **Verg 13/17, NZBau 2017, S. 679 ff., 680**), ist die Antragstellerin nicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Der Senat vermag sich keine Überzeugung dahingehend zu bilden, dass die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV in Verbindung mit § 14 Abs. 6 VgV vorliegen. Die Antragstellerin ist auch berechtigt zu rügen, dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht stattgefunden hat.

Eine Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb darf nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV in Verbindung mit § 14 Abs. 6 VgV erfolgen, wenn der Auftrag zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, dies darauf beruht, dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist, es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist.

a) Ob die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV vorliegen, ist bereits zweifelhaft.

Die Vergabekammer hat hinsichtlich des Auftrags zunächst zu Recht auf den Beschaffungswunsch abgestellt, den die Antragsgegnerin in der Transparenzbekanntmachung vom 21. Juni 2022 definiert hat. Die Antragsgegnerin erstrebt danach im Rahmen der Projekte NE- (Neue Einkaufsorganisation), TEVA (Technische Erneuerung Vergabe und Ausschreibung) und ERP 4.0 die Realisierung einer einheitlichen, vollständig integrierten Lösung auf Basis des vorhandenen ERP-Systems der Firma ###, die beginnend von der Feststellung des Bedarfs über den Abruf aus Rahmenverträgen (Webshop), die Durchführung von Vergabeverfahren, den Abschluss von Verträgen, Zahlung von Rechnungen sowie die Bewertung der Lieferung bzw. Leistung den gesamten Beschaffungsprozess medienbruchfrei abbildet und die Beschaffung eines neuen Vergabemanagementsystems als Teilkomponente der Gesamtlösung enthält.

Daran ist, da der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich darin frei ist, seinen Beschaffungswunsch zu bestimmen, nichts auszusetzen.

Einen Verstoß des Beschaffungswunsches gegen § 31 Abs. 6 VgV, wonach in der Leistungsbeschreibung nicht auf ein bestimmtes Produkt abgestellt werden darf, hat die Vergabekammer im Hinblick darauf zu Recht verneint, dass es der Antragsgegnerin nicht um das Produkt eines bestimmten Anbieters gehe, sondern um ein Produkt, das den von ihr gestellten Anforderungen genügt. Dass die Antragsgegnerin bei der schon vor geraumer Zeit erfolgten Wahl des Betriebssystems der Beigeladenen in der Absicht gehandelt hätte, bei späteren Beschaffungen andere potentielle Anbieter von vornherein ausschließen zu können, kann nicht festgestellt werden.

Die früher verschiedentlich vertretene Auffassung, dass ein Beschaffungswunsch der von der Antragsgegnerin definierten Art schon nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 b) VgV als gleichsam ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal notwendig eine - auf genau diesen Beschaffungswunsch - ausgerichtete vorherige Markterkundung voraussetzt, wird sich nicht aufrechterhalten lassen; denn in Kenntnis dieser Diskussion hat der Gesetzgeber § 14 VgV inzwischen geändert, ohne das Erfordernis einer Markterkundung in § 14 Abs. 4 VgV einzufügen (so Krohn in Gabriel/Krohn/Neun, Handbuch Vergaberecht, 3. Auflage 2021, § 19 VgV Rdnr. 57). Geschaffen worden ist im Zuge dieser Diskussion aber die ergänzende Bestimmung des § 14 Abs. 6 VgV, in deren Rahmen die Frage nach

dem Erfordernis einer vorherigen Markterkundung zu stellen ist (dazu unten b)).

Als maßgeblichen Zeitpunkt für die Frage, ob die Beigeladene über eine Alleinanbieterstellung verfügt, hat die Vergabekammer, insoweit der Antragsgegnerin und der Beigeladenen folgend, in der Weise auf den Zeitpunkt der geplanten Auftragsvergabe, also den Juli 2022 abgestellt, dass der Alleinanbieter der einzige sei, der zu diesem Zeitpunkt den Auftrag erbringen könne. Dass diese Sichtweise zu eng ist, zeigt indessen bereits ein Blick auf die Beigeladene; denn auch diese bedarf zur Erfüllung des Auftrags des Konnektors der Firma ### von dem nicht bekannt ist, ob er für das von der Beigeladene angebotene Vergabemanagementsystem bereits installiert war. Sollte das nicht der Fall gewesen sein, wäre auch die Beigeladene im Zeitpunkt der geplanten Auftragsvergabe noch nicht in der Lage gewesen, die Leistung sofort zu erbringen.

Für die Beantwortung der Frage, ob ein Anbieter zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten zur Leistung in der Lage ist, kann es aber jedenfalls nicht darauf ankommen, ob die Leistung sofort, also gleichsam auf der Stelle erbracht werden kann. Dem steht schon der Wortlaut von § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV entgegen; denn "erbringen" bedeutet nicht "auf der Stelle verwirklichen", sondern etwas "herbeischaffen", und das zur aktuellen Erfüllung eines Auftrags erforderliche Material herbeischaffen kann auch ein Unternehmen, das sich das Material innerhalb angemessener kurzer Zeit besorgen kann. Von einem engeren Verständnis des Merkmals der Leistungsfähigkeit im Zeitpunkt der Anbahnung des Vertrages auszugehen, besteht kein Anlass, denn ein solches liegt nicht einmal dem besonderen Fall der Dringlichkeitsvergabe in § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV (deren Voraussetzungen die Vergabekammer hinsichtlich des Beschaffungswunsches der Antragsgegnerin mit zutreffenden Gründen verneint hat) zugrunde.

Ob die Antragstellerin ihr Vergabemanagementsystem in der danach anzusetzenden, relativ kurzen Zeit in das Betriebssystem der Beigeladenen, das die Antragsgegnerin nutzt, so integrieren kann, dass dessen Implementierung einer Beschaffung des Vergabemanagementsystems der Beigeladenen gleichsteht, ist eine Tatsachenfrage. Die Antragstellerin hat insoweit jedenfalls vorgetragen, dass sie dazu im Zeitpunkt der geplanten Auftragserteilung in der Lage sei. Schon in ihrem Nachprüfungsantrag vom 30. Juni 2022 hat sie ausgeführt, dass sie - mit Hilfe eines ihr konzernrechtlich verbundenen Unternehmens - ihr Vergabemanagementsystem in derselben Zeit implementieren könne wie die Beigeladene das ihre, und dazu unter Beweisanspruch weiter vorgetragen. Die Antragsgegnerin und die Beigeladene sind dem ausführlich und dezidiert entgegengetreten.

Der Senat ist danach davon überzeugt, dass jedenfalls die Beigeladene die Leistung erbringen kann. Dem steht nicht entgegen, dass auch sie selbst offenbar nicht in der Lage ist, die erforderliche Leistung ausschließlich aus eigenen Ressourcen zu erbringen, sondern dazu der Software der Firma ### bedarf. Es ist leistungsfähig indessen auch derjenige Bieter, der die Leistung nur mittels ihm von Dritten zur Verfügung gestellter Produkte erbringen kann. Hängt - wie hier von der Antragsgegnerin und der Beigeladenen behauptet - die Leistungsfähigkeit ausschließlich von der Lieferung eines Produkts eines Dritten ab und ist der Dritte bereit, sein Produkt nur an einen einzigen Bieter zu liefern, soll auch dies zugunsten dieses Bieters das Merkmal des Fehlens eines Wettbewerbs "aus technischen Gründen" im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV erfüllen (so Fett in Münch. Komm. z. Wettbewerbsrecht, § 14 VgV Rdnr. 83). Ob neben der Beigeladenen aber auch die Antragstellerin oder gar ein anderes Unternehmen - ggf. ebenfalls jeweils unter Mitwirkung dritter Unternehmen - in der Lage ist, eine den Anforderungen der Antragsgegnerin entsprechende Leistung zu erbringen, sieht der Senat, anders als die Vergabekammer, als in tatsächlicher Hinsicht offen an. Der ausführliche und detaillierte Vortrag aller Beteiligten in dieser Sache erscheint jeweils als schlüssig und - jeweils für sich genommen - auch als überzeugend und nachvollziehbar. Dahingehend, dass eines der Vorbringen aber auch in tatsächlicher Hinsicht zutreffend ist, vermag sich der - nur mit Juristen besetzte - Senat indessen keine Überzeugung zu bilden, weil er selbst nicht über die dafür erforderliche Sachkunde verfügt. Es müsste daher, wenn es auf diese Frage ankäme, Beweis

erhoben werden durch Einholung des Gutachtens eines Sachverständigen.

b) Die auf der tatsächlichen Ebene liegende Frage, ob auch die Antragstellerin oder ein drittes Unternehmen in der Lage wäre, eine Leistung, die den Anforderungen der Antragsgegnerin genügt, zu erbringen, bedarf in diesem Verfahren indessen keiner abschließenden Klärung; denn es kann in diesem Verfahren nicht festgestellt werden, dass die für eine Vergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb notwendige weitere Voraussetzung des Fehlens einer vernünftigen Alternative oder Ersatzlösung - § 14 Abs. 6 VgV - gegeben ist.

Selbst dann, wenn die Beigeladene tatsächlich hinsichtlich genau der von der Antragsgegnerin in der Ex-ante-Transparentbekanntmachung beschriebenen Leistung zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten eine Alleinanbieterstellung eingenommen haben sollte, dürfte eine Vergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 6 VgV nur dann erfolgen, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt. Solange daher nicht festgestellt werden kann, dass es ausgeschlossen ist, dass die Antragstellerin oder ein drittes Unternehmen in relativ kurzer Zeit einen Konnektor hätten präsentieren können, der zusammen mit einem Managementvergabesystem die von der Antragsgegnerin geforderten Voraussetzungen in gleichwertiger Weise erfüllt wie das von der Beigeladenen angebotene Produkt, durfte und darf die Antragsgegnerin nicht auf einen Teilnahmewettbewerb verzichten.

aa) Der Senat ist bei der jetzigen Sachlage nicht davon überzeugt, dass die Voraussetzungen des § 14 Abs. 6 VgV vorliegen. Auch im Hinblick auf die Voraussetzungen des § 14 Abs. 6 VgV ist es die Antragsgegnerin, die die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der dortigen Voraussetzungen trägt; denn die Vorschrift bildet mit § 14 Abs. 4 VgV eine Einheit und sie statuiert eine Ausnahme von dem das ganze Vergaberecht beherrschenden Grundsatz, dass vor der Beschaffung ein geregeltes, wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden muss.

Die für dieses Verfahren maßgebliche Frage erstreckt sich nicht allein darauf, ob neben dem Angebot der Beigeladenen allein das Angebot der Antragstellerin die Bedingung der Antragsgegnerin, eine einheitliche, vollständig integrierte Beschaffungslösung auf Basis des vorhandenen ERP-Systems der Firma ### zu bieten, erfüllt oder eine dieser gleichwertige Leistung im Sinne von § 14 Abs. 6 VgV darstellt. Zu den Voraussetzungen des § 14 Abs. 6 VgV gehört schon nach dem Wortlaut dieser Bestimmung, dass überhaupt kein anderer Anbieter als der, an den der öffentliche Auftraggeber den Auftrag zu vergeben beabsichtigt, in der Lage ist, eine Leistung anzubieten, die eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung bildet. Ob es einen solchen Anbieter gibt, lässt sich mit den Mitteln des "normalen" Beweises in einem Vergabeverfahren nicht aufklären, da es dazu erforderlich ist, den gesamten einschlägigen Markt auf das Vorhandensein etwaiger entsprechender Angebote zu sichten und zu analysieren.

Deshalb kommt an dieser Stelle - anders als im Rahmen von § 14 Abs. 4 VgV - der Notwendigkeit eines vorherigen Markterkundungsverfahrens essentielle Bedeutung zu; denn wie ein öffentlicher Auftraggeber im Bestreitensfall das Nichtvorhandensein vernünftiger Alternativen oder Ersatzlösungen ohne eine Erforschung des dazu relevanten Marktes zuverlässig einschätzen, darlegen und notfalls sollte beweisen können, ist nicht ersichtlich (s. nur Fett in Münch. Komm. z. Wettbewerbsrecht, § 14 VgV Rdnr. 90); deren Fehlen kann - im Hinblick auf § 163 Abs. 1 Satz 2 GWB - in einem Nachprüfungsverfahren nicht nachgeholt werden, weil nur beim vorangegangenen Anstellen ernsthafter Nachforschungen auf dem betreffenden Markt - also grundsätzlich durch ein Markterkundungsverfahren - nicht auszuschließen ist, dass Unternehmen, die zur Lieferung einer geeigneten Software in der Lage gewesen wären, hätten ermittelt werden können (s. z.B. EuGH, Urt. v. 15.10.2009 - Rs. **C-275/08, NZBau 2010, S. 63 ff.**, 67; Dieckmann in Dieckmann / Scharf / Wagner-Cardenal, VgV, 3. Aufl., § 14 Rdnr. 65 m.w.N.).

Die Antragsgegnerin kann nicht mit Erfolg zur Erfüllung dieses Erfordernisses auf das Ergebnis der von ihr angestellten Markterkundung verweisen. Diese Markterkundung hat sich ausweislich der dazu von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen, insbesondere des Fragebogens und der mit einzelnen Betroffenen geführten Kommunikation, auf das Angebot von elektronischen - computerprogramm-basierten - Vergabemanagementsystemen bezogen. Sie hat sich explizit nicht bezogen auf ein Vergabemanagementsystem, wie es die Antragsgegnerin in der Ex-ante-Transparentbekanntmachung vom 21. Juni 2022 definiert hat, also auf ein Vergabemanagementsystem, das

"eine einheitliche, vollständig integrierte Beschaffungslösung auf Basis des vorhandenen ERP-Systems der Fa. ###"

ermöglicht. Im Gegenteil: Mit der Frage nach einem Vergabemanagementsystem für ihren Bedarf hat die Antragsgegnerin potentiellen Anbietern suggeriert, dass sie - gleichsam lediglich - ein Vergabemanagementsystem sucht, das sich an das von ihr genutzte Betriebssystem anschließen lässt. Das ist, was prinzipiell außer Streit steht, bei sehr vielen angebotenen Programmen der Fall. Dass es der Antragsgegnerin um eine gleichsam höhere Form der Kompatibilität geht, nämlich die Möglichkeit einer vollständigen Integration in das ERP-System der Beigeladenen, hat sie im Rahmen der von ihr durchgeführten Markterkundung nicht kommuniziert, und die Durchführung und das Ergebnis ihrer Markterkundung zeigen, dass sie während deren Durchführung nach etwas derartigem auch - noch - gar nicht gesucht hat. Zu der in der Ex-ante-Transparentbekanntmachung beschriebenen Eigenschaft hat sich denn auch keines der befragten Unternehmen verhalten, nachdem diese durch den Fragebogen dazu verleitet worden waren darzulegen, dass sie ein Vergabemanagementsystem liefern können, das jedenfalls die Voraussetzung erfüllt, an das bei der Antragsgegnerin vorhandene Betriebssystem der Beigeladenen angeschlossen werden zu können, nicht aber darüber hinaus ein solches, das vollständig in die Computerlandschaft der Antragsgegnerin integriert werden kann. Das Suchen nach entsprechenden potentiellen Anbietern ist auch nicht dadurch entbehrlich geworden, dass - wie die Antragsgegnerin und die Beigeladene im Beschwerdeverfahren vortragen - es gerade das Ergebnis ihrer Markterkundung gewesen sei, dass nur das von der Beigeladenen angebotene Produkt die gewünschten Voraussetzungen erfülle. Dieser Hinweis ist in seiner Schlüssigkeit schon deshalb fragwürdig, weil die Beigeladene selbst gar nicht an der Markterkundung teilgenommen hat. Jedenfalls aber hätte auch dann, wenn das durchgeführte Markterkundungsverfahren ergeben hätte, dass keines der dabei geprüften Vergabemanagementsysteme die nunmehr von der Antragsgegnerin gewünschten Eigenschaften hatte, die Antragsgegnerin nicht auf eine weitere Suche nach einem solchen Managementvergabesystem oder einem, das zu diesem eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung bildet, durch ein darauf gerichtetes weiteres Markterkundungsverfahren verzichten dürfen; denn ob es ein solches System auf dem Markt gibt, konnte aufgrund der bislang durchgeführten Markterkundung gar nicht ermittelt werden, da die Antragsgegnerin ein solches System bei dieser gar nicht nachgefragt hatte. Ob es daher Angebote an Vergabemanagementsystemen gibt, die die gewünschte Eigenschaft auch ohne den Konnektor ### erfüllen oder zu einem solchen System eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung bilden, lässt sich aus der Sicht des Senats daher nicht beurteilen.

bb) Dem Erfordernis dieser Darlegung können die Antragsgegnerin und die Beigeladene auch nicht dadurch entgehen, dass sie die Auffassung vertreten, sie hätten jedenfalls ausreichend dargelegt, dass das von der Antragstellerin angebotene Managementvergabesystem die von der Antragsgegnerin verlangte Eigenschaft nicht hat, und dass diese Behauptung in diesem Verfahren durch eine darauf beschränkte Beweiserhebung geklärt werden könnte, während es darauf, ob irgendein anderes Unternehmen als das der Antragstellerin ein entsprechendes Produkt liefern könnte, in diesem Verfahren nicht ankomme, weil die Antragstellerin nicht befugt sei, in diesem Verfahren die Interessen etwaiger Dritter, bislang unbekannter Anbieter zu verfolgen.

Dieser Auffassung liegt allerdings der zutreffende Ansatz zugrunde, dass nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB für ein Nachprüfungsverfahren antragsbefugt ein Unternehmen ist, das eine Verletzung in seinen - und das heißt: in seinen eigenen - Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Die Antragstellerin wäre danach nicht befugt, die Verletzung von Rechten eventueller Dritter in diesem Nachprüfungsverfahren zu rügen. Das aber ist auch nicht der Fall. Die Antragstellerin verfolgt, soweit sie auch darauf abstellt, dass die Antragsgegnerin nicht ausreichend geprüft habe, ob es außer ihr - der Antragstellerin - auch andere potentielle Anbieter der nachgefragten oder einer gleichwertigen Leistung gibt, durchaus eigene Rechte. Dabei muss die - in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutierte und noch nicht abschließend geklärt (s. dazu Knauff in Münch. Komm. z. Wettbewerbsrecht, 4. Aufl., § 97 GWB Rdnrn. 397 bis 403) - Frage nicht vertieft werden, ob sich der in § 97 Abs. 6 GWB konstituierte Anspruch aller Unternehmen darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden, auch darauf bezieht, dass überhaupt ein reguläres Vergabeverfahren durchgeführt wird (in diese Richtung, aber in einer anderen Fallkonstellation BGH, Beschl. v. 01.02.2005 - **X ZB 27/04, NZBau 2005, S. 290 ff.**, 295). Aus dem Erfordernis des § 14 Abs. 6 VgV, dass ein öffentlicher Auftraggeber vor Vergabe eines Auftrags an ein Unternehmen, von dessen Alleinanbieterstellung im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b) VgV er ausgeht, zu prüfen hat, ob es nicht ein anderes Unternehmen gibt, das eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung anbieten könnte, ergibt sich, dass die Anbieter auf dem betreffenden Markt darauf hinzuweisen sind, dass ein entsprechender Beschaffungswunsch besteht. Da zwischen der danach erforderlichen Markterkundung und deren Auswertung, deren Abschluss den frühesten Zeitpunkt bilden kann, zu dem die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten erfolgen kann, notwendig einige Zeit liegt, hat jeder potentielle Anbieter, der - wegen der möglicherweise tatsächlich gegebenen Alleinanbieterstellung eines Unternehmens - die gesuchte Leistung nicht erbringen kann, die Möglichkeit, eine Leistung zu präsentieren, die zu dieser eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung bildet. Diese Möglichkeit hätte auch die Antragstellerin gehabt, wenn ihr bekanntgegeben worden wäre, worauf es der Antragsgegnerin bei der Verbindung des nachgefragten Vergabemanagementsystems mit dem bei ihr laufenden Betriebssystem angekommen ist, und der Umstand, dass ihr diese Möglichkeit genommen worden ist, stellt eine Verletzung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren dar, die eben auch ihre eigenen Rechte und Interessen schützen.

Dieser Sichtweise steht nicht entgegen, dass mit der Einfügung des Merkmals "zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten" in den Tatbestand des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV ausgeschlossen werden sollte, dass ein Unternehmen, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb nach dieser Ausnahmenvorschrift noch nicht in der Lage ist, die Leistung zu erbringen, einen Nachprüfungsantrag mit dem Ziel erheben kann, die Auftragsvergabe zu verzögern, um in der Zwischenzeit seine eigene Leistungsfähigkeit und Leistungsbereitschaft erst herzustellen (dazu Dieckmann in Dieckmann / Scharf / Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 3. Aufl., § 14 VgV Rdnr. 65 m.w.N.). Denn das Erfordernis des Treffens von Maßnahmen durch den öffentlichen Auftraggeber zum Ausschluss der Möglichkeit, dass es einen Anbieter gibt, der, wenn nicht die erstrebte Leistung, so doch eine solche, die zu dieser eine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung bietet, erbringen könnte, betrifft, wie ausgeführt, einen Zeitpunkt, der notwendigerweise einige Zeit vor dem Zeitpunkt liegt, zu dem die Aufforderung zur Abgabe von Angeboten erfolgen kann. Das Gesetz will lediglich ausschließen, dass dann, wenn dieser letzte Zeitpunkt gegeben ist, Anbieter damit beginnen, etwaige Alternativlösungen zu entwickeln, und die gesetzlich gegebenen Möglichkeiten zur Überprüfung einer Vergabe benutzen, um sich Zeit für dieses Projekt zu verschaffen. Zu diesem vorgelagerten Zeitpunkt, zu dem eine auf das Vorhandensein von Anbietern für die nachgefragte Leistung oder etwaige Alternativen gerichtete Markterkundung erfolgt, steht ein etwaiges Nachprüfungsverfahren, das allein aus Verzögerungsabsichten geführt werden könnte, aber noch gar nicht im Raume, da noch gar nicht bekannt ist, ob und ggf. wie viele potentielle Anbieter es gibt.

cc) Da danach nicht zur Überzeugung des Senats dargelegt ist, dass das gesetzliche Erfordernis des § 14 Abs. 6 VgV erfüllt ist, das eine der notwendigen Voraussetzungen für die Vergabe eines Auftrags im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb durch einen öffentlichen Auftraggeber bildet, und die Antragstellerin sich im Rahmen der §§ 160 Abs. 2 Satz 1, 97 Abs. 6 GWB hier zu Recht auf das Fehlen dieses Merkmals berufen kann, darf die von der Antragstellerin beabsichtigte Vergabe nicht in dieser Form erfolgen. Nach §§ 178 Satz 1 und 2, 168 Abs. 1 Satz 1 GWB hat das zur Folge, dass die Entscheidung der Vergabekammer aufzuheben und die Antragsgegnerin zu verpflichten ist, für den Fall der fortbestehenden Beschaffungsabsicht ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 71 GWB. Da die Beigeladene sich am Nachprüfungsverfahren und am Beschwerdeverfahren auf Seiten der Antragsgegnerin beteiligt hat und ein eigenes Interesse am Ausgang des Verfahrens hat, entspricht es der Billigkeit, sie an der Kostentragungspflicht zu beteiligen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01. 08.2012 - **Verg 15/12**). Nach § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind auch die Gebühren und Auslagen der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erstattungsfähig, da deren Hinzuziehung in Anbetracht der Schwierigkeiten des Sachverhalts notwendig war.

Die Festsetzung des Wertes für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.