

Verbandsgemeindeverwaltung Nahe-Glan

z. H. Frau Susanne Schoob

Marktplatz 11

55566 Bad Sobernheim

Per E-Mail: Susanne.Schoob@vg-nahe-glan.de

Koblenz, 09.12.2022

Unser Zeichen: **200/22 KR11 KR**

Sachbearbeiter: RAin Raue

Sekretariat: Fr. Frank

E-Mail: t.frank@webeler-rechtsanwaelte.de

Tel: +49 (261) 988662-11

Beschaffung DMS

Sehr geehrter Herr Bürgermeister Engelmann,

Sie baten um die vergaberechtliche Einschätzung eines Beschaffungsvorgangs und ließen hierfür durch Ihre geschätzte Frau Schoob folgenden Sachverhalt darstellen:

Die Verbandsgemeinde Nahe-Glan möchte für ihre Verwaltung ein Dokumentenmanagementsystem DMS anschaffen. Der Auftragswert wird für etwa 110.000,00 Euro netto erwartet. Die Verwaltung hat eine Markterkundung durchgeführt und sich nach einer Recherche im Internet verschiedene in Frage kommende Dokumentenmanagementsysteme durch Anbieterpräsentationen vorstellen lassen. Ergänzend wurden Erfahrungen anderer

Gerald Webeler

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Vergaberecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Katharina Raue

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Vergaberecht

Larissa Martin

Rechtsanwältin

Wirtschaftsmediatorin (IHK)

Sahar Djavadi-Djaved LL.M.

Rechtsanwältin

Krenare Bujupi

Rechtsanwältin

in Kooperation mit



Lenbachstraße 40
86529 Schrobenhausen
www.englert.legal

Webeler Rechtsanwälte

Löhstraße 99

56068 Koblenz

USt-IdNr.: DE 203132968

Tel: +49 (261) 988662-0

Fax: +49 (261) 988662-20

info@webeler-rechtsanwaelte.de

webeler-rechtsanwaelte.de

Sparkasse Koblenz

IBAN: DE03 5705 0120 0000 2460 25

BIC: MALADE51KOB

Verwaltungen abgefragt und einbezogen. Die Vorbereitung der Beschaffung hat ergeben, dass ein bestimmtes DMS den Vorzug verdient, weil es eine einfach zu bedienende Benutzeroberfläche hat, geringen Schulungsaufwand für die Beschäftigten bedeutet, eine gute Einbindung der E-Mails aus Outlook darstellt, zudem die Postverteilung gut abbildet und eine Schnittstelle zum E-Post-System der Deutschen Post bietet. Sie führten aus, dass die genannten Vorteile in dieser Kombination nur von einem einzigen DMS dargestellt werden können und baten um Begutachtung der Frage, wie der Beschaffungsvorgang aus vergaberechtlicher Sicht zu gestalten sei.

Hierzu nehmen wir im Folgenden gerne Stellung.

Am Beginn jedes Vergabeverfahrens steht die Definition der Beschaffung. Im hier vorliegenden Fall wäre daher zunächst zu klären, ob Sie irgendein Dokumentenmanagementsystem erwerben wollen, also systemoffen ausschreiben wollen, oder ob Sie nach dem Ergebnis Ihrer Markterkundung ein bestimmtes, spezifiziertes DMS erwerben möchten. Hierzu teilten Sie mit, dass nur ein System geeignet ist, die von Ihnen gestellten wesentlichen Anforderungen, unter anderem an Bedienerfreundlichkeit, Kompatibilität mit verschiedenen Schnittstellen und Dokumentation von E-Mails, zu erfüllen.

Zu klären ist hier also zunächst die Frage, ob Sie Ihren Beschaffungsvorgang auf das eine spezifische DMS konzentrieren dürfen, oder ob das Vergaberecht von Ihnen verlangt, systemoffen auszuschreiben, mithin, wie weit das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers reicht.

I. Zulässige produktspezifische Ausschreibung eines bestimmten Dokumentenmanagementsystems

Es ist ständige Rechtsprechung und allgemein anerkannt, dass es grundsätzlich Sache des Auftraggebers ist, seinen Bedarf selbst zu definieren und zu entscheiden, welches Produkt er nachfragen möchte (beispielhaft OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012, Verg 10/12; Ziekow/Völlink Vergaberecht GWB § 127 Rnr. 6). Das OLG Düsseldorf hat in der zitierten Entscheidung ausdrücklich festgestellt:

„Bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt ... ist der öffentliche Auftraggeber im rechtlichen Ansatz ungebunden. ... Die Wahl unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers.“

Dabei darf zunächst einmal grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Produktvorgabe verwiesen werden (§ 31 Abs. 6 VgV, § 23 Abs. 5 UVgO). Ein solcher Verweis, mithin eine produktspezifische Beschaffung, ist jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn dies „durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“ ist (§ 31 Abs. 6 Satz 1 letzter Halbsatz VgV). Die UVgO erlaubt den Verweis auf ein bestimmtes Erzeugnis dann, „wenn ein sachlicher Grund die Produktionsvorgabe ansonsten rechtfertigt“, § 23 Abs. 5 Satz 2 UVgO.

Der Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung geht nicht so weit, dass ein öffentlicher Auftraggeber gezwungen wäre, seinen Bedarf um des Wettbewerbsgrundsatzes willen mit einem für seine Zwecke minder geeigneten Produkt zu decken. Ein Auftraggeber ist nicht verpflichtet, seinen Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind (Wirner in Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, noch zu dem gleichlautenden § 7 VOL/A, Rn. 50, VK Schleswig-Holstein, Beschluss vom 28.11.2006, VK-FH 25/06). Er hat sich jedoch vor der Festlegung auf ein bestimmtes Produkt einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden technischen Lösungen zu verschaffen. Ihn trifft die Darlegungs- und Beweislast für die ausnahmsweise Rechtfertigung der Vorgabe eines bestimmten Produkts, sodass die entsprechende Begründung in die Vergabedokumentation aufzunehmen ist.

Die Anforderungen an die erforderliche Marktanalyse werden von der Rechtsprechung nicht genau spezifiziert. Übereinstimmende Meinung ist richtigerweise, dass ein völliges Fehlen einer entsprechenden Erkundung vergabefehlerhaft ist und nicht zur Wahl des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Teilnehmer berechtigt (Urteil der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 18.05.1995, C-57/94 Rnrn. 26, 27; EuGH, Urteil der Kommission vom 02.06.2005, C-394/02, Rnrn. 36, 37; EuGH Urteil vom 15.10.2009, C-275/08, Rnr. 61). Im letztgenannten Urteil hat der EuGH eine Zulässigkeit der Verhandlungsvergabe mit nur einem Teilnehmer abgelehnt, weil die Vergabeart gewählt wurde, „ohne auch nur im entferntesten darzutun, ... dass die (Auftraggeberin) ernsthafte Nachforschungen ... angestellt

hätte. Der Auftraggeber muss „vorab mittels einer sorgfältigen Markterforschung feststellen“, dass nur ein Unternehmen für den Auftrag in Betracht kommt (VK Hessen Beschl. v. 27.4.2007 - 69d-VK-11/2007). In dem zu beurteilenden Fall hatte die Vergabekammer Hessen dies abgelehnt, weil der Auftraggeber aus den vorliegenden Umständen schließen musste, dass auch andere Unternehmen in Betracht kommen würden. Dazu müssen „ernsthafte Nachforschungen“ angestellt werden (Ortner in: juris PK Vergaberecht § 14 VgV Rnr. 72). Die durchgeführte Prüfung ist von der Rechtsprechung nur eingeschränkt überprüfbar darauf, ob sie plausibel und nachvollziehbar erscheint (vergleiche zu den Anforderungen inzident OLG Rostock, Urteil vom 25.11.2020. 17 Verg 1/70, Rnrn. 70ff.).

Bereits vorab übersandt hatten wir Ihnen das diesem Schreiben noch einmal ergänzend beigefügte oben genannte Urteil des OLG Rostock. Das Urteil befasst sich ausdrücklich mit der Vergabe eines Dokumentenmanagementsystems in Wege der Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren mit nur einem Teilnehmer und den entsprechenden Voraussetzungen und hält dieses in dem entschiedenen Fall für zulässig. Zur Einschätzungsprärogative des Auftraggebers und der erforderlichen Markterkundung führt das OLG Rostock aus:

„Ob eine mögliche Alternative oder Ersatzlösung vernünftig ist, unterliegt dabei der Einschätzung durch den Auftraggeber.“ (Rnr. 71)

Die durchgeführte Markterkundung durch Internetrecherche, persönliche Präsentationen und die Berücksichtigung der Erfahrungen anderer Verwaltungen bildet den Anbietermarkt für Dokumentenmanagementsysteme im wesentlichen ab und erfüllt damit die Vorgaben an eine sorgfältige, unvoreingenommene Erkundung des Marktangebotes. Danach gibt es nur ein Produkt, das Ihre Anforderungen erfüllt und damit Ihren Beschaffungsbedarf deckt mit dem Ergebnis, dass dieses eine konkrete Produkt beschafft werden darf.

Der Auftragswert von geschätzt 110.000,00 Euro netto liegt deutlich unter dem Schwellenwert für eine europaweite Vergabe von derzeit 215.000,00 Euro netto. Da es sich um die Beschaffung einer IT-Leistung handelt, ist für diese der Regelungsbereich der UVgO einschlägig.

Diese sieht die Möglichkeit einer Beschaffung bei nur einem Marktteilnehmer ausdrücklich vor. Als Vergabeart steht hierfür gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 10 UVgO die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb zur Verfügung. Die Vorschrift lautet:

„Der Auftraggeber kann Aufträge im Wege der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann.“

Sie haben sich für eine proprietäre Software entschieden, das sind geschützte DMS, die nur in lizenzierter Form genutzt werden dürfen. Die Tatsache, dass ein Produkt lizenziert ist, heißt nicht automatisch, dass es hierfür auch nur einen Anbieter gibt. In manchen Fällen gibt es mehrere Vertriebspartner oder Softwarehäuser, bei denen eine Software bezogen werden kann. Sie teilten mit, dass dies bei dem von Ihnen gewünschten DMS nicht der Fall ist, sondern dass es für dieses einen exklusiven Vertriebspartner gibt. Daher wäre als zweiter Schritt in die Vergabedokumentation aufzunehmen, dass das von Ihnen gewünschte Produkt nach dem Ergebnis Ihrer Markterkundung tatsächlich auch nur von einem Bieter am Markt angeboten wird.

Da also ihr Beschaffungsbedarf nur von diesem konkreten DMS gedeckt werden kann und dieses auch nur von einem einzigen Vertriebspartner angeboten wird, bedarf es keiner Beteiligung weiterer Bieter am Vergabeverfahren. Das wäre sinnlos, weil keines der weiteren Produkte ihren Bedarf zu erfüllen geeignet ist, und wird von den Vergabeordnungen auch deshalb nicht verlangt.

Gibt es nur einen Anbieter, so wäre mit diesem gemäß § 8 Abs. 4 Nr. 10 UVgO ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen, weil ein vorgeschalteter Teilnahmewettbewerb nach dem Vorgesagten überflüssig ist.

Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb mit nur einem Bieter ließe sich abbilden wie folgt:

Zunächst müssen Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung im Sinne des § 43 Abs. 2 UVgO festgelegt werden. Diese können sich erschöpfen in einer rein preislichen Wertung, es können

aber auch weitere qualitative Kriterien hinzugezogen werden. In Betracht kommen könnte hier zum Beispiel die Zielerreichung hinsichtlich bestimmter qualitativer Punkte, die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischem Support oder als weiterer preisbildender Faktor auch ein eventueller Energieverbrauch oder die Notwendigkeit zur Anschaffung weiterer Hardware-Komponenten. Sodann wird dem Bieter die Leistungsbeschreibung mit den Anforderungen, die das Produkt erfüllen soll, übersandt, und er wird um Abgabe eines Preisangebotes gebeten. Es empfiehlt sich, mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe festzulegen, dass das Angebot verhandelt werden soll, beispielsweise in einer oder zwei Verhandlungsrunden, dass aber ein Zuschlag auf das eingegangene Erstangebot vorbehalten bleibt. Das Angebot selbst ist zwingend über den Projektraum einer Vergabepattform einzureichen. Nach Angebotsabgabe schließt sich zunächst die inhaltliche Prüfung des Angebotes an. Legt man die bereits in Ihrem Hause entwickelte Wertungsmatrix zugrunde, so gibt es sicherlich einzelne Aspekte, die das Angebot nicht vollumfänglich erfüllen wird. Entscheiden Sie sich, eine erste Verhandlungsrunde durchzuführen, so können Sie diese nutzen, das Angebot einmal inhaltlich im Hinblick auf die Zielerreichung zu verbessern, zum anderen aber auch im Hinblick auf die Preisgestaltung. Auf das so verhandelte Angebot kann, wenn kein weiterer Verhandlungsbedarf mehr besteht, ein Zuschlag erteilt werden. Mit diesem wäre das Vergabeverfahren sodann abgeschlossen.

II. Gestaltung einer Ausschreibung bei mehreren möglichen Anbietern

Sie erbatens vorsorglich Ausführungen dazu, wie sich ein Vergabeverfahren darstellen würde, wenn es mehrere Dokumentenmanagementsysteme gäbe, die geeignet wären, ihre Vorgaben zu erfüllen.

Auch diesem Verfahren ist die Definition des Beschaffungsbedarfs vorgelagert. In einer Leistungsbeschreibung wären zunächst die Mindestanforderungen aufzuführen, die das DMS zu erfüllen hat. Ergänzend können weitere Punkte abgefragt und wertungsrelevant gemacht werden, die wünschenswert, aber nicht zwingend sind, und in verschiedenen Graden der Zielerreichung durch das DMS erfüllt werden, etwa wie mit ihrer vorab übersandten Tabelle „LeistungsverzeichnisNG_Entwurf“ vorgeschlagen.

Als Ausschreibungsverfahren bei mehreren Bietern stehen dem öffentlichen Auftraggeber nach § 8 Abs. 2 Satz 1 UVgO die Öffentliche Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zur Verfügung. Eine Freihändige oder Verhandlungsvergabe ist nur möglich bis zu einem Auftragswert von 40.000,00, eine beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb nur bis zu 80.000,00 Euro netto.

Zwar könnte auch eine Verhandlungsvergabe gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UVgO in Erwägung gezogen werden. Diese ist möglich, wenn ein Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst. Nun sind Dokumentenmanagementsysteme jedoch schon einige Zeit am Markt, sodass sie wahrscheinlich nicht mehr unter den Begriff „innovativ“ fallen. Eine konzeptionelle Lösung ist ausgeschlossen, wenn es sich um marktverfügbare Standardprodukte und -leistungen handelt (Ziekow/Völlink, Vergaberecht VgV § 14, Rnr. 34). Es wäre daher zuvor zu klären, ob das DMS quasi ein „Plug-in“-System ist, das nur aufgespielt werden muss, oder ob der Leistungsumfang auch wesentliche konzeptionelle Anpassungen im System selbst oder an Ihrer IT-Struktur umfasst. Ist die Leistung nur ein einzufügender IT-Baustein, der nur in geringfügigem Umfang Anpassungen der vorhandenen Software erfordert, ist eine Einordnung als konzeptionelle Lösung nicht möglich.

Sollten Sie zu der Beurteilung kommen, dass es sich bei der Einführung eines Dokumentenmanagementsystems um eine konzeptionelle IT-Lösung handelt, die im Rahmen der Beauftragung angepasst, implementiert, und gegebenenfalls nach Ihren Vorstellungen entwickelt wird, wäre auch hier die Verhandlungsvergabe nach § 8 Abs. 4 UVgO die anzuwendende Vergabeart. Das weitere Verfahren richtet sich nach der Vorgabe, ob ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet werden soll. Dies wäre dann der Fall, wenn Sie nicht ausreichend geeignete Unternehmen kennen, die für eine Angebotsabgabe infrage kommen. In diesem Fall wären zunächst Eignungskriterien festzulegen, beispielsweise orientiert an der Erfahrung, die das Unternehmen mit der Implementierung entsprechender Softwarelösung hat, und im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs diese Eignung abzufragen. Für die Abgabe der Teilnahmeanträge wie auch der Angebote sind jeweils gemäß § 13 Abs. 1 UVgO „angemessene“ Fristen zu setzen. Diese sollten für den Teilnahmewettbewerb nicht unter 14 Tagen betragen. Nach Eingang und Auswertung der Teilnahmeanträge würden die geeigneten

Unternehmen aufgefordert werden, ein Angebot abzugeben. Die Angebotsabgabe und die anschließenden Verhandlungen würden sich gestalten, wie oben zu I. ausgeführt.

Sollte die fachliche Beurteilung ergeben, dass es sich bei dem zu beschaffenden DMS um eine Standardsoftware handelt, steht das Verhandlungsverfahren nicht zur Verfügung, und es empfiehlt sich eine Öffentliche Ausschreibung. Eine beschränkte Ausschreibung mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb macht das Verfahren für die Bieter aufwändiger und dauert länger. Da die Eignung der Bieter in diesem Fall genauso gut im Rahmen der Öffentlichen Ausschreibung abgefragt werden könnte, möchten wir Ihnen diese Vergabeart zur Auswahl empfehlen.

Zur Vorbereitung des Verfahrens sind zunächst die Anforderungen an die Bieterreignung zu spezifizieren und Zuschlagskriterien festzulegen wie oben beschrieben. Es folgt eine bundesweite Veröffentlichung des Auftrags, wobei für die Angebotsabgabe gemäß § 13 Abs. 1 UVgO eine angemessene Frist zu setzen ist. Dabei könnten Sie sich an der im Vergaberecht allgemein üblichen Regelfrist von 30 Tagen orientieren, jedoch könnte die Angebotsfrist auch kürzer ausfallen, wenn die Kalkulation für die Bieter keinen großen Aufwand verursacht. Nach Eingang der Angebote sind diese zu prüfen und anhand der festgelegten Zuschlagskriterien zu werten. Sodann ist auf das wirtschaftlichste Angebot der Zuschlag zu erteilen. Eine Verhandlung oder Abänderung der Angebote darf im Rahmen einer Öffentlichen Ausschreibung nicht erfolgen.

III. Vorschlag zum weiteren Vorgehen

Sie haben eine sorgfältige, umfassende Markterkundung mittels Internetrecherche, persönlichen Präsentationen und Berücksichtigung der Erfahrungen anderer Verwaltungen durchgeführt. In deren Folge sind Sie zu dem Ergebnis gelangt, dass nur ein DMS geeignet ist, die von Ihnen benötigten Anforderungen zu erfüllen. Dieser erste Prüfungsschritt, wie auch an zweiter Stelle, dass dieses DMS von nur einem Bieter angeboten werden kann, sind zur Vergabedokumentation zu nehmen.

In diesem Fall empfiehlt sich daher, eine Verhandlungsvergabe mit nur einem Bieter durchzuführen wie oben zu I. beschrieben.

Wenn Sie zur Vorbereitung des Vergabeverfahrens, etwa zur Durchsicht der Dokumentation der Markterkundung, oder zu seiner Durchführung weitere Fragen haben, stehen wir Ihnen hierfür selbstverständlich gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Katharina Raue

Rechtsanwältin

Fachanwältin für Vergaberecht

[Schreiben in gesetzlicher Textform, daher ohne Unterschrift gültig.]

Anlage:

Urteil des OLG Rostock vom 25.11.2020. 17 Verg 1/70

Gericht: **OLG Rostock Vergabesenat**
Entscheidungsname: **Jobcenter-Software**
Entscheidungsdatum: **25.11.2020**
Aktenzeichen: **17 Verg 1/20**
ECLI: **ECLI:DE:OLGROST:2020:1125.17VERG1.20.00**
Dokumenttyp: **Beschluss**

Quelle:



Normen: **§ 14 Abs 4 Nr 2 Buchst b VgV, § 14 Abs 6 VgV**
Zitiervorschlag: **OLG Rostock, Beschluss vom 25. November 2020 – 17 Verg 1/20 –, juris **

Nachprüfungsverfahren für die Vergabe von Softwaredienstleistungen: Voraussetzungen einer Auftragsvergabe im Verhandlungsverfahren ohne Ausschreibung; Berufung des Antragstellers auf eigene Leistungsfähigkeit und Beweislast des Auftraggebers für eine Leistungsunfähigkeit

Leitsatz

1. Für die Zulässigkeit einer Direktvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b, Abs. 6 VgV kommt es grundsätzlich nicht auf die subjektive Einschätzung des öffentlichen Auftraggebers, sondern auf die objektive Unmöglichkeit der Deckung des Beschaffungsbedarfs durch andere Unternehmen an. (Rn.69)
2. Auf die eigene Leistungsfähigkeit kann sich ein Wettbewerber im Nachprüfungsverfahren allerdings nicht berufen, wenn im Rahmen der Markterkundung dessen mit dem Vertrieb beauftragte Mitarbeiter unmissverständlich erklärten, das Produkt verfüge nicht über bestimmte technische Spezifikationen, die später - vergaberechtlich zulässig - zu Mindestanforderungen erhoben wurden, und deren Umsetzung werde auch nicht erfolgen.(Rn.75)
3. Den Auftraggeber trifft die Beweislast für behauptete Erklärungen zur Leistungsunfähigkeit. (Rn.75)

Orientierungssatz

Zitierungen zu Leitsatz 1: Anschluss OLG Düsseldorf, 12. Juli 2017, VII-Verg 13/17, VergabeR 2018, 67; OLG Düsseldorf, 7. Juni 2017, VII-Verg 53/16, NZBau 2018, 118 und BKartA Bonn, 29. September 2020, VK 2 - 73/20, VergabeR 2021, 95.

Fundstellen

VergabeR 2021, 312-322 (Leitsatz und Gründe)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern 3. Vergabekammer, 7. Januar 2020, 3 VK 08/19

Diese Entscheidung wird zitiert

Kommentare

Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht

- Ortner, 6. Auflage 2022, § 14 VgV

Praxisberichte

Jan Peter Scharf, jurisPR-VergR 2/2021 Anm. 2 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Anschluss BKartA Bonn 2. Vergabekammer des Bundes, 29. September 2020, VK 2 - 73/20

Anschluss OLG Düsseldorf Vergabesenat, 12. Juli 2017, VII-Verg 13/17, ...

Anschluss OLG Düsseldorf Vergabesenat, 7. Juni 2017, VII-Verg 53/16, ...

Tenor

1. Auf die sofortige Beschwerde des Antragsgegners wird der Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 07.01.2020 - 3 VK 08/19 - abgeändert. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und des Verfahrens vor der Vergabekammer jeweils einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen trägt die Antragstellerin. Im Übrigen erfolgt keine Erstattung.
3. Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Antragsgegner und die Beigeladene vor der Vergabekammer und vor dem Senat war notwendig.
4. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf 155.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist die beabsichtigte Vergabe von Softwaredienstleistungen ohne Ausschreibung.
- 2 Der Eigenbetrieb Jobcenter ... des Antragsgegners nutzt für die Verwaltung von SGB II-Leistungen das Fachverfahren „X“ der Beigeladenen. Dieses wird nicht weiterentwickelt, der Support läuft aus. Deshalb beabsichtigt der Antragsgegner die Beschaffung eines neuen Systems (Echtbetrieb spätestens 12/2022). Sowohl die Beigeladene („X-neu“) als auch die Antragstellerin („Y“) bieten Softwarelösungen in diesem Bereich an, das Produkt der Beigeladenen wird bei weniger als 20, das der Antragstellerin bei 56 von 104 zugelassenen kommunalen Trägern im SGB II eingesetzt.
- 3 Der Antragsgegner nahm eine Markterkundung durch Internetrecherchen, Gespräche mit potentiellen Anbietern (Antragstellerin am 15.11.2018, Beigeladene am 28.11.2018) und Teilnahme am Tag der Jobcenter (27./28.11.2018) vor. In der Vergabeakte (Bl. 12) findet sich eine Notiz der Projektleiterin A des Antragsgegners vom 16.11.2018 über das Gespräch mit der Antragstellerin, für die deren Regionalvertriebsleiter B und deren Fachvertriebsmitarbeiter C teilnahmen. Danach sei bei deren Produkt ein integriertes DMS weder vorhanden noch angedacht, DMS anderer Anbieter könnten jedoch über Schnittstellen angebunden werden. Am 18.11.2018 sandte Herr B Frau A eine E-Mail mit ergänzenden Informationen (am 11.10.2019 zur Akte der Vergabekammer gereicht, dort Bd. II Anfang). In der Dokumentation der Markterkundung vom 11.02.2019 (Bl. 1 ff. der Vergabeakte) ist festgehalten, die Betriebssicherheit sei zu gewährleisten, Verzögerungen oder gar ein Ausfall der Leistungszahlungen seien vor dem Hintergrund der Sicherung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Existenzminimums absolut inakzeptabel. Deshalb solle die Anzahl der Schnittstellen auf das Notwendigste beschränkt werden. Das Programm müsse insofern zwingend über ein leistungsfähiges, integriertes Dokumentenmanagementsystem (DMS) mit OCR (Schrifterkennung) als medienbruchfreie Lösung verfügen. Die Nutzung einer (externen) DMS-Lösung des Landkreises scheidet bereits wegen des datenschutzrechtlichen Trennungsgebots für die Sozialdaten aus. Zudem sei bei einem externen DMS aufgrund der Datenmenge von Performance-Problemen auszugehen. Darüber hinaus müsse auch unter Berücksichtigung der referentiellen Integrität der alten Datenbank - Querverweise, Beziehungen, Bedingungen - eine fehlerfreie Migration von 100 % der Stamm-/Grunddaten und mindestens 90 % der weiteren Daten/Einträge zwingend sichergestellt sein und sei ein Parallelbetrieb von Alt- und Neuanwendung zu vermeiden. Es gebe vier Anbieter von Fachverfahren für den passiven und aktiven SGB II-Bereich, andere europäische Anbieter seien auf Grund der (notwendigen) hohen fachlichen Kenntnisse des deutschen Sozial-

rechts nicht identifiziert worden. Im Rahmen der Gespräche habe die Antragstellerin bestätigt, dass es kein integriertes DMS gebe. Im Ergebnis der Recherchen stellte der Antragsgegner fest, nur das Produkt der Beigeladenen verfüge über ein integriertes DMS. Die Beigeladene unterbreitete ein Angebot. Mit Verfügung vom 23.04.2019 (Bl. 16 der Vergabeakte) empfahl Frau A mit Blick auf DMS und Datenmigration die Direktvergabe an die Beigeladene. Mit Vermerk vom 22.05.2019 (Bl. 20 der Vergabeakte) wurden die Anforderungen, der Verfahrensgang und die Auswahlgründe nochmals niedergelegt.

- 4 Mit Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vom 03.06.2019 veröffentlichte der Antragsgegner eine Vorinformation über die beabsichtigte Direktvergabe der „Beschaffung eines neuen ALG II-Fachverfahrens für den Eigenbetrieb Jobcenter“ an die Beigeladene unter Schätzung des Nettoauftragswerts auf 2.600.000 €. Mit Vergabevorschlag vom 17.06.2019 empfahl der Eigenbetrieb die Vergabe an die Beigeladene.
- 5 Die Antragstellerin rügte die beabsichtigte Vergabe mit Schreiben vom 13.08.2019 (Bl. 41 der Vergabeakte) als vergaberechtswidrig. Die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b VgV lägen nicht vor. Y verfüge nicht nur über seit Jahren etablierte, leistungsfähige bidirektionale Schnittstellen zu sämtlichen marktführenden DMS, sondern besitze die notwendigen Funktionen, um „analog zu einem eigenständigen Dokumentenmanagementsystem programmintern erstellte Dokumente revisionsicher abzulegen, fremde Dokumente und Informationen in die elektronische Fallakte einzufügen und zu verwalten“. Zudem sei seit 2005 eine Vielzahl an verlustfreien Datenmigrationen aus verschiedensten Fachverfahren durchgeführt worden.
- 6 Der Antragsgegner wies die Rüge mit Schreiben vom 15.08.2019 zurück.
- 7 Mit bei der Vergabekammer am 30.08.2019 eingegangenem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin die (beabsichtigte) Vergabe an die Beigeladene beanstandet. Sie hat die Auffassung vertreten, der Antrag sei zulässig. Insbesondere sei sie antragsbefugt, weil sie sich mit ihrem Produkt an einer Ausschreibung hätte beteiligen können. Der Antrag sei auch begründet. Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b VgV lägen nicht vor. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers sei nach § 14 Abs. 6 VgV gegenüber einer Vergabe im Wettbewerb nach § 31 Abs. 6 VgV dahin eingeschränkt, dass es keine vernünftige Alternative geben dürfe. Eine vernünftige Alternative zu einem Betrieb eines externen DMS sei die Nutzung des vorhandenen kreiseigenen DMS. Ohnehin beinhalte ein integriertes DMS nach allgemeinem Verständnis, dass neben der Fachanwendung kein weiteres Softwareprodukt erforderlich sei, um die allgemeinen Anforderungen an eine Dokumentenverwaltung zu erfüllen, also ausschließlich die Fachanwendung genutzt werde, um Dokumentvorlagen zu erstellen, zu modifizieren, zu löschen, um Dokumente zu generieren, zu bearbeiten, zu löschen („Ausgangspost“) und um weitere Informationen der Akte bzw. einer Person zuzuordnen („Eingangspost“). Die Antragstellerin hat behauptet, das System Y erfülle diese Anforderungen. Mit Schriftsatz vom 24.10.2019 hat sie dann erklärt, ihre Fachanwendung verfüge über ein integriertes DMS. Alle von dem Antragsgegner hieran gestellten Anforderungen würden erfüllt. Darüber hinaus hat sie geltend gemacht, der Antragsgegner habe sein Leistungsbestimmungsrecht auch mangels Berücksichtigung des Onlinezugangsgesetzes (OZG) vergaberechtswidrig ausgeübt. Den Anforderungen des OZG werde nur eine schnittstellenbasierte Vernetzung gerecht, weil Verwaltungsportale des Bundes und der Länder zu vernetzen seien. Zur Datenmigration hat die Antragstellerin ihr Vorbringen aus der Rügeschrift wiederholt. Ihre Mitarbeiter hätten auch nicht erklärt, das Produkt verfüge nicht über ein integriertes DMS. Ohnehin dürften die Ergebnisse des Gesprächs vom 15.11.2018 nicht verwertet werden, weil der Antragsgegner die Mindestanforderungen nicht vorab bekannt gemacht habe. Im Übrigen schienen Antragsgegner und Beigeladene kollusiv zusammengewirkt zu haben (§ 138 BGB). Dies werde daran deutlich, dass der Antragsgegner nahezu wortgleich Textbausteine anderer Auftraggeber übernommen habe.
- 8 Schließlich streiten die Beteiligten, ob die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen zur Überprüfung eines kommunalrechtlichen Betätigungsverbots nach § 107 GO NRW berufen seien, ggf. die Voraussetzungen für ein wirtschaftliches Tätigwerden vorlägen bzw. Bestandschutz gelte.
- 9 Die Antragstellerin hat vor der Vergabekammer beantragt,
- 10 1. die Unwirksamkeit des Vertrags über die Bereitstellung des Systems X-neu zur Erbringung der Leistungen im SGB II festzustellen, der durch den Antragsgegner mit der Beizuladenden vermutlich im Juni 2019 geschlossen wurde,

- 11** 2. dem Antragsgegner bei fortlaufender Beschaffungsabsicht aufzugeben, die Leistungen in einem gemeinschaftsrechtskonformen Verfahren auszuschreiben,
- 12** 3. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
- 13** 4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
- 14** 5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.
- 15** Der Antragsgegner hat beantragt,
- 16** 1. die Anträge der Antragstellerin zurückzuweisen,
- 17** 2. die Hinzuziehung eines anwaltlich Bevollmächtigten durch den Antragsgegner für erforderlich zu erklären,
- 18** 3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten des Antragsgegners aufzuerlegen,
- 19** 4. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten nicht zu gewähren.
- 20** Er hat die Auffassung vertreten, die Voraussetzungen für eine Direktvergabe lägen vor, weil im Ergebnis der - nochmals dargestellten - Markterkundung aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden sei. Dies betreffe DMS und Datenmigration. Zudem müsse ein Hosting beim Auftragnehmer in einem zertifizierten oder kommunalen Rechenzentrum erfolgen, müssten im Bestandssystem über Jahre gemeinsam entwickelte Programmfunktionen erhalten bleiben und sei eine möglichst weitgehende Nutzung des erworbenen Anwenderwissens der Mitarbeiter und die Reduzierung von Umstellungsaufwand und Mehrkosten gewünscht. Gemeinsam entwickelte Programmfunktionen wie die Abbildung des 4-Augen-Prinzips, ein Tool zur Erstellung der Eingliederungsvereinbarung und Matching-Funktion AV-2.0 könnten aber nur mit X-neu erhalten bleiben, weil naturgemäß ausgeschlossen werden könne, dass eine andere Software die Fortentwicklungen bereits integriert habe und es zu deren Implementierung einer langjährigen Zusammenarbeit bedürfe. Ein Wechsel dürfe auch zu Mehrkosten etwa bei erforderlichen Schulungen führen. Auch tatsächlich könne nur die Beigeladene die über Jahre ausgestaltete Datenstruktur nebst Verknüpfungen (referentielle Integrität) im Bestandsprogramm erkennen und verlustfrei in sein neues Fachverfahren übertragen. Die Software der Antragstellerin habe kein integriertes DMS, sondern lediglich eine integrierte Dokumentenverwaltung. Ein professionelles Datenmanagement müsse die Aspekte der Daten-/Informationsqualität und des Datenschutzes berücksichtigen, insbesondere die Datenkonsistenz über die gesamte Prozesskette gewährleisten. Interaktive und intelligente Verknüpfungen zur Arbeitserleichterung seien in der Dokumentenverwaltung der Antragstellerin nicht vorhanden. Es gehe nicht nur um die Verwaltung digitalisierter Schriftstücke mit Verschlagwortung für die bessere Auffindbarkeit. Der wesentliche Unterschied zwischen einer Dokumentenverwaltung und einem DMS bestehe darin, dass es im DMS neben der erforderlichen Dokumentenverwaltung um die Steuerung der Arbeitsabläufe und Prozesse rund um das Dokument gehe. Ein DMS werde als Informationsbasis für Organisationsprogramme eingesetzt und unterstütze die Erledigung der Aufgaben und Aufträge als Arbeitsablauf. Es ermögliche die Erledigung von Geschäftsprozessen in unmittelbarem Zusammenhang mit den entsprechenden Dokumenten. Es trage zur effektiven Zusammenarbeit bei, indem Zusammenarbeitslogiken, Workflow und Automatismen etabliert seien und damit in logischer und zeitlicher Abfolge festgelegt werde, wer was bis wann erledigen und wo wer was ablegen müsse, damit alle am Workflow Beteiligten Zugriff auf die benötigten Dokumente haben. Dies betreffe auch die Zusammenarbeit zwischen Mitarbeitern des operativen Bereichs und der Verwaltung. So seien Informationen zu Zahlungsstörungen (Verwaltung) direkt und sofort den zuständigen Mitarbeitern aus den operativen Bereichen zugänglich, die Verwaltung müsse nicht überlegen, wo der Vermerk bzw. die Information abzulegen und wer zu informieren sei. Abhängigkeiten würden definiert, um Fehler und Engstellen zu erkennen und optimieren zu können.
- 21** Die Beigeladene hat Stellung genommen.
- 22** Die Vergabekammer hat Akteneinsicht gewährt und zu der Frage, welcher Umfang der Datenmigration von der Antragstellerin im Rahmen der Gespräche zur Markterkundung angeboten worden sei, Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen A, D und B. Wegen des Ergebnisses wird auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 28.10.2019 verwiesen. Die Vergabekammer hat

daraufhin einen Hinweis erteilt und eine Frist zur abschließenden Stellungnahme gesetzt. Die Beteiligten haben Protokollberichtigungsanträge gestellt.

- 23** Mit Beschluss vom 07.01.2020 hat die Vergabekammer die Protokollberichtigungsanträge zurückgewiesen und dem Antragsgegner bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, die Leistungen in einem gemeinschaftsrechtskonformen Verfahren auszuschreiben. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Antragsgegner habe die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 lit. b VgV - dass aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden sei - nicht bewiesen. Zwar sei die Leistungsbestimmung hinsichtlich Datenmigration und DMS nicht zu beanstanden. Die Sachverhaltsermittlung einschließlich der Zeugenvernehmungen lasse indes keinen verlässlichen Rückschluss darauf zu, dass die Gespräche zwischen Antragstellerin und Antragsgegner zur Datenmigration und zum integrierten DMS nicht zu oberflächlich verlaufen seien. Die Antragstellerin sei in ihren Rechten verletzt. Der Umstand, dass sie ein kommunales Unternehmen sei, stehe nicht entgegen. Dabei könne dahinstehen, ob die Vergabekammer eine Prüfungskompetenz für einen Verstoß gegen ein kommunalrechtliches Betätigungsverbot habe. Die überregionale Betätigung der Antragstellerin habe einen öffentlichen Zweck und gehe über reine Gewinnerzielungsabsicht hinaus. Fachanwendungen der vorliegenden Art würden mit der steigenden Zahl der Nutzer verbessert, was letztlich den Leistungsempfängern und den Mitarbeitern von Jobcentern zu Gute komme. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Beschluss der Vergabekammer vom 07.01.2020 Bezug genommen.
- 24** Gegen den am 10.01.2020 zugestellten Beschluss wendet sich der Antragsgegner mit seiner am 22.01.2020 eingegangenen sofortigen Beschwerde. Er macht geltend, der Nachprüfungsantrag sei bereits wegen Verstoßes gegen § 107 GO NRW unzulässig. Zudem sei die Antragstellerin nicht antragsbefugt, weil sie die Datenmigration gerade nicht zugesagt und ein integriertes DMS verneint habe. Im Lauf des Beschwerdeverfahrens erläutert der Antragsgegner, weshalb er ein integriertes DMS verlangt und welche Anforderungen er daran stellt. Im Präsentationstermin am 15.11.2018 sei klar geworden, dass die Antragstellerin nicht über ein integriertes DMS verfüge. Die Software verfüge auch tatsächlich nicht über ein genügendes DMS.
- 25** Der Antragsgegner beantragt,
- 26** 1. den Beschluss der Vergabekammer Schwerin vom 07.01.2020 - Aktenzeichen 3 VK 08/19 - aufzuheben und den Nachprüfungsantrag abzulehnen,
- 27** 2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten des Antragsgegners aufzuerlegen,
- 28** 3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Antragsgegner für notwendig zu erklären.
- 29** Die Antragstellerin beantragt,
- 30** 1. die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der Vergabekammer Mecklenburg-Vorpommern vom 07.01.2020 (Az.: 3 VK 08/19) zurückzuweisen,
- 31** 2. dem Antragsgegner die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufzuerlegen und
- 32** 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für das Beschwerdeverfahren für notwendig zu erklären.
- 33** Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer und wiederholt ihr bisheriges Vorbringen. Ihr DMS erfülle alle gestellten Funktionsanforderungen, insbesondere Erstellen, Bearbeiten und Löschen von Dokumenten, konsistente und revisionssichere Ablage der Dokumente, Einfügen und Verwalten externer Dokumente. Auch erfolge eine automatische Verknüpfung zueinander in Beziehung stehender Datensätze. Hierbei handele es sich um das Grundwesen einer relationalen Datenbank. Das DMS der Anwendung der Antragstellerin verfüge über ein „relatives Datenbankmanagementsystem“. Durch die automatische Verknüpfung sei es der Fachanwendung möglich, Geschäftsprozesse automatisch auszulösen. Werde etwa ein Kunde in eine Beschäftigung vermittelt, aktualisiere sich automatisch der berufliche Werdegang, ein händisches Nachtragen sei nicht erforderlich. Das DMS unterstütze Arbeitsabläufe, indem es allein aufgrund der Bearbeitung eines Datenfelds verknüpfte Arbeitsabläufe automatisch in Gang setze.
- 34** Die Beigeladene beantragt,

- 35 1. den Beschluss der Vergabekammer Schwerin vom 07. Januar 2020 - Az.: VK 08/19 - aufzuheben und den Nachprüfungsantrag abzulehnen,
- 36 2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen,
- 37 3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für notwendig zu erklären.
- 38 Sie behauptet, die Antragstellerin verfüge über kein integriertes DMS. Dies ergebe sich bereits aus der Eigendarstellung in der Produktbroschüre. In der öffentlichen Darstellung der Antragstellerin gebe es keinerlei Hinweis auf das Vorhandensein eines integrierten DMS. Bei Vorhandensein würde die Antragstellerin dies aber offensiv im Marketing einsetzen. In der Branche sei bekannt, dass die Beigeladene als einziger Anbieter über ein integriertes DMS - ein Alleinstellungsmerkmal - verfüge. Auch das Vorbringen der Antragstellerin belege, dass kein integriertes DMS vorhanden sei. So habe sie zur „Workflow basierten Dokumentenverwaltung“ ausgeführt, die Implementierung der Workflows und deren Visualisierung erfolge mit von der Kommune zur Verfügung gestellter Software anderer Hersteller (GA II 90). Jedenfalls zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung seien die Funktionen auch nicht vorhanden gewesen. Tatsächlich verfüge das Produkt der Antragstellerin nicht über ein Dokumentenmanagement, nicht einmal über ein Datei-Management. Schließlich legt die Beigeladene ausführlich dar, ihre Software sei zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung voll einsatzfähig gewesen.
- 39 Der Senat hat mit Beschluss vom 02.04.2020 - auf den wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird - darauf hingewiesen, es fehle bereits an der Antragsbefugnis. Die Antragstellerin zeige nicht auf, die in ihrer Fachanwendung enthaltene Dokumentenverwaltung sei ein DMS bzw. erfülle die gestellten Anforderungen und sie könne im Fall der Ausschreibung deshalb ein zuschlagfähiges Angebot abgeben.
- 40 Die Antragstellerin hat hierzu mit Schriftsatz vom 29.04.2020 (GA II 1) Stellung genommen und ausgeführt, ihre Fachanwendung verfüge über ein integriertes DMS, das die gestellten Anforderungen erfülle. Hierfür hat sie zudem die Handbücher (Anlage BG7) vorgelegt. Das Handbuch für die Sachbearbeitung Teil 2 enthält auf den Seiten 414 bis 428 insbesondere folgende Passagen:
- 41 **Dokumentenmanagement mit der digitalen Akte**
- Abgrenzung internes / externes Dokumentenmanagementsystem**
- 43 ... Steht ein solches externes Dokumentenmanagementsystem noch nicht ... zur Verfügung, so kann ... das integrierte Dokumentenmanagementsystem genutzt werden...
- 44 Sollten Sie die Einführung eines externen Dokumentenmanagementsystems oder aber die Ausweitung der Nutzung des integrierten Dokumentenmanagementsystems planen, ...
- 45 Das integrierte Dokumentenmanagementsystem ("Dokumentenverwaltung") versetzt den Anwender in die Lage:
- 46 - sämtliche aus der Fachanwendung heraus erstellte Dokumente unveränderlich abzulegen.
- 47 - eingehende bzw. außerhalb der Fachanwendung erstellte Dokumente (in beliebigen marktüblichen Formaten wie EML, MSG, JPEG, TIFF, PDF, XLS, DOC, usw.) in das integrierte Dokumentenmanagementsystem zu importieren.
- 48 - Arbeitsabläufe (so genannte Workflows) in Abhängigkeit von bestimmten Parametern des jeweiligen Dokuments auszulösen, zu modifizieren oder aber auch zu beenden (zu stoppen).
- 49 *Hinweis: Die Definition und Organisation von Arbeitsabläufen erfolgt in der Fachanwendung in Form von so genannten Prozessen. Details entnehmen Sie bitte dem Kapitel „Termin- und Aufgabenverwaltung / Interaktion mit dem integrierten Dokumentenmanagementsystem“.*
- ...
- 50 **Ablage von generierten Dokumenten im (integrierten) Dokumentenmanagementsystem ("Dokumentenverwaltung")**

- 51** Bei der Generierung eines Dokumentes werden alle Daten, die für die Ablage im integrierten Dokumentenmanagementsystem ... benötigt werden, ...
- 52** ... kann dort wieder über das integrierte Dokumentenmanagementsystem aufgerufen werden.
...
- 53** **Das integrierte Dokumentenmanagementsystem in einer geöffneten Fallakte**
- 54** Nach dem Laden einer Fallakte können Sie die elektronische Akte, welche im integrierten Dokumentenmanagement der Fallakte zugeordnet worden ist, über den Eintrag „Dokumentenverwaltung“ im Menü ... öffnen.
...
- 55** die automatische Zuordnung und Ablage des Dokuments in dem integrierten Dokumentenmanagementsystem.
...
- 56** Das integrierte Dokumentenmanagementsystem („Dokumentenverwaltung“) bietet ...
- 57** Im Übrigen sei die Fachanwendung der Beigeladenen zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung noch nicht funktionsfähig und einsatzbereit gewesen.
- 58** Mit Schriftsatz vom 15.10.2020 hat die Antragstellerin auf Anforderung durch den Senat Auszüge aus der am 15.11.2018 aktuellen Version des Y-Handbuchs für die Sachbearbeitung Teil 2 - mit Sperrvermerk versehen - vorgelegt (Anlage BG26 GA IV 91 ff.). Diese enthalten zunächst auf dem Deckblatt den Vermerk: „Stand der Dokumentation 13.11.2018“ und im Weiteren jeweils die Bezeichnung „Dokumentenverwaltung“, aber an keiner Stelle die Bezeichnung „integriertes DMS“. Ergänzend macht sie geltend, es sei nicht unter Beweis gestellt, dass kein anderer Wettbewerber ein Produkt mit integriertem DMS anbieten könne. So sei der Antragsgegner augenscheinlich davon ausgegangen, der Anbieter V-W sei nur ein Unternehmen. Tatsächlich handele es sich um zwei Unternehmen: V und W. Mit diesen Anbietern und der Z habe der Antragsgegner keine Gespräche geführt. DMS sei auch kein feststehender Begriff. Im Allgemeinen werde darunter die datenbankgestützte Verwaltung von elektronischen Dokumenten aller Art verstanden. Der Begriff Dokumentenverwaltungssystem werde synonym verwandt. Bei Erweiterung um Dienste von Groupware- und Workflow-Systemen spreche die Branche nicht von DMS, sondern von ECM-Lösungen (Enterprise Content Management). Das Handbuch mit Stand 13.11.2018 beweise, dass ein integriertes DMS vorhanden sei. Darin werde beschrieben, wie interne und externe Dokumente verwaltet werden könnten. Anstelle des Begriffs DMS sei noch der eingedeutschte Begriff Dokumentenverwaltung verwendet worden. Ein funktionaler Unterschied gehe damit nicht einher, die Begriffe verwende die Antragstellerin synonym. Hintergrund der Begrifflichkeiten sei, dass die Antragstellerin in den Handbüchern auf Anglizismen verzichtet und vorrangig deutsche Begriffe verwendet habe. Im Informationsgespräch habe die Antragstellerin bereits einen kleineren Teil der Funktionen des integrierten DMS vorgeführt, insbesondere die Erstellung und Bearbeitung von Dokumenten.
- 59** Der Auftrag ist bislang nicht erteilt.
- 60** Der Senat hat die Beteiligten angehört und Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen A, D, E, F, G, B, H und C. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Protokolle der mündlichen Verhandlung vom 03.09.2020 und 04.11.2020 Bezug genommen.
- 61** Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 10.11.2020 hat die Antragstellerin zum Ergebnis der Beweisaufnahme ausgeführt und ergänzend vorgetragen.
- II.
- 62** 1. Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere fristgerecht eingelegt worden (§ 172 GWB). Sie hat auch in der Sache Erfolg.
- 63** Dabei ist der Nachprüfungsantrag nur insoweit Gegenstand des Beschwerdeverfahrens, als die Entscheidung zulasten des Antragsgegners ergangen ist. Über den (mangels Erteilung des Auftrags unzulässigen) Antrag auf Feststellung der Unwirksamkeit eines zwischen dem Antragsgegner und der Beigeladenen geschlossenen Vertrags über die Bereitstellung der Software ist deshalb un-

abhängig davon nicht zu entscheiden, ob die Vergabekammer hierzu eine Entscheidung (konklu-
dent) getroffen hat oder hätte treffen müssen.

- 64** a) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
- 65** Nach § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentli-
chen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeach-
tung von Vergabevorschriften geltend macht. Diese Voraussetzungen sind erfüllt. Die Antragsteller-
in hat durch ihr Verhalten und ihre Erklärungen ihr Interesse an einer Auftragserteilung mit den
streitgegenständlichen Leistungen dokumentiert und macht eine fehlerhafte Anwendung von
§ 14 Abs. 4 VgV geltend, der bieterschützende Wirkung entfaltet.
- 66** Darüber hinaus hat der Antragsteller eines Nachprüfungsverfahrens darzulegen, dass ihm durch
die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen
droht (§ 160 Abs. 2 Satz 2 GWB). Die bloße Behauptung genügt insoweit nicht. Er muss vielmehr
für jeden einzelnen behaupteten Rechtsverstoß schlüssig und nachvollziehbar darlegen, dass ge-
rade dieser Fehler seine Aussichten auf den Zuschlag tatsächlich beeinträchtigt hat oder dass die
Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein könnten. Dabei sind mit Rücksicht auf
das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG) keine überspannten Anforderun-
gen zu stellen. Ausreichend ist, dass ein Schadenseintritt nicht offensichtlich ausgeschlossen ist,
der behauptete Vergaberechtsverstoß also geeignet ist, die Aussichten für die Auftragserteilung zu
beeinträchtigen (BVerfG, Stattgebender Kammerbeschluss vom 29. Juli 2004 – 2 BvR 2248/03 –,
Rn. 27 - 28, juris; BGH, Beschluss vom 26. September 2006 – X ZB 14/06 –, BGHZ 169, 131-153,
Rn. 31; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07. September 2003 – VII-Verg 26/03 –, Rn. 4, juris;
Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 25. Juli 2007 – 1 Verg 1/07 –,
Rn. 28, juris; BKartA Bonn, Beschluss vom 13. August 2020 – VK 1 - 54/20 –, Rn. 67, juris;
Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 160 GWB (Stand:
27.03.2020), Rn. 100, 102, 121, 127, § 168 GWB (Stand: 02.08.2018), Rn. 18).
- 67** Diesen Anforderungen genügt das im Lauf des Beschwerdeverfahrens ergänzte Vorbringen der An-
tragstellerin. Es ist nach dem für die Zulässigkeitsprüfung geltenden Maßstab nicht festzustellen,
das Produkt erfülle die gestellten Anforderungen offensichtlich nicht, verfüge also keinesfalls über
ein integriertes DMS und bilde auch die geforderten Funktionalitäten nicht ab. Entsprechendes gilt
für die Datenmigration. Die weiteren Anforderungen - Hosting in einem zertifizierten oder kommu-
nalen Rechenzentrum, Erhalt der im Bestandsystem über Jahre entwickelten Programmfunktionen
(etwa Abbildung des 4-Augen-Prinzips, Tool zur Erstellung der Eingliederungsvereinbarung und
Matching-Funktion AV-2.0), möglichst weitgehende Nutzung des erworbenen Anwenderwissens
der Mitarbeiter, Reduzierung von Umstellungsaufwand und Mehrkosten - sind nicht als Ausschluss-
kriterien definiert und bereits deshalb im Rahmen der Antragsbefugnis ohne Belang.
- 68** Für die Zulässigkeit nicht erheblich ist auch, ob die Antragstellerin von einem Vergabeverfahren
wegen Verstoßes gegen § 107 GO NRW auszuschließen wäre.
- 69** b) Der Nachprüfungsantrag ist allerdings unbegründet. Eine Direktvergabe ohne Wettbewerb darf
nach § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b VgV erfolgen, wenn aus technischen Gründen kein Wettbewerb
vorhanden ist, die vergaberechtlich zulässig gestellten Anforderungen (aa) also von keinem ande-
ren Anbieter erfüllt werden (bb). Dabei kommt es nicht auf die subjektive Einschätzung des öf-
fentlichen Auftraggebers an, sondern ob die Deckung des Beschaffungsbedarfs anderen Unterneh-
men objektiv unmöglich ist (MüKoEuWettbR/Fett, 2. Aufl. 2018, VgV § 14 Rn. 74;
Ziekow/Völlink/Völlink, 4. Aufl. 2020, VgV § 14 a; BKartA Bonn, Beschluss vom 28. November
2016 – VK 1 - 104/16 –, Rn. 57, juris; siehe auch Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU).
Dem Auftraggeber sind insoweit potentielle Möglichkeiten zur bewussten Manipulation des Be-
schaffungsvorgangs genommen. In der Konsequenz trägt er aber auch das Risiko einer bloßen
Fehleinschätzung.
- 70** aa) (1) Grundsätzlich steht dem Auftraggeber das Bestimmungsrecht zu, ob und welchen Gegen-
stand er beschaffen will. Solange er dabei die Grenzen beachtet und nicht - offen oder versteckt -
ein bestimmtes Produkt bevorzugt und andere Anbieter diskriminiert (§ 31 Abs. 6 VgV), ist er bei
dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei. Er bestimmt über die an die zu beschaffenden
Gegenstände zu stellenden technischen und ästhetischen Anforderungen. Es ist grundsätzlich
keine Markterforschung oder Markterkundung notwendig, ob eine andere Lösung möglich ist. Dar-
über hinaus ist der Auftraggeber auch nicht verpflichtet, die Beschaffungsentscheidung unter
sachverständiger Hilfe zu „verobjektivieren“, um eine möglichst produkt- oder technikoffene Lei-
stungsbeschreibung zu erreichen. Das bedeutet allerdings nicht, dass dieses Bestimmungsrecht

grenzenlos ist. Die Anforderung muss vielmehr objektiv auftrags- und sachbezogen und die Begründung nachvollziehbar sein. Ob Anforderungen erforderlich oder zweckmäßig sind, ist demgegenüber ohne Belang (Senat, Beschluss vom 12. August 2020 – 17 Verg 3/20 –, Rn. 49, juris; Beschluss vom 17. Juli 2019 – 17 Verg 1/19 –, Rn. 59, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03. August 2018 – Verg 30/18 –, Rn. 41, juris; Beschluss vom 01. August 2012 – Verg 10/12 –, Rn. 41, 46, 47, juris; Beschluss vom 27. Juni 2012 – Verg 7/12 –, Rn. 22, 24, juris).

- 71** Führt die Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den öffentlichen Auftraggeber allerdings dazu, dass im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b VgV die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht werden kann, greift das Korrektiv des § 14 Abs. 6 VgV, wonach die Voraussetzungen für die Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb - mithin eine Vergabe außerhalb des Wettbewerbs - nur dann gelten, wenn es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter ist. Die Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers unterliegt damit engeren vergaberechtlichen Grenzen als bei Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens. Eine Leistungsbestimmung, die im Falle des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV zu einem völligen Wettbewerbsverzicht führt, bedarf größerer Rechtfertigungstiefe als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis (nur) zu einer hersteller- oder produktbezogenen Leistungsspezifikation gemäß § 31 Abs. 6 VgV führt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juli 2017 – VII-Verg 13/17 –, Rn. 35, juris; Beschluss vom 07. Juni 2017 – VII-Verg 53/16 –, Rn. 34, juris; BKartA Bonn, Beschluss vom 29. September 2020 – VK 2 - 73/20 –, Rn. 64, juris). Ob eine mögliche Alternative oder Ersatzlösung vernünftig ist, unterliegt dabei der Einschätzung durch den Auftraggeber (Willweber in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 14 VgV (Stand: 22.04.2020), Rn. 91).
- 72** (2) Hinsichtlich der Dokumentenverwaltung verlangt der Antragsgegner ein leistungsfähiges, integriertes DMS mit OCR (Schrifterkennung), das die Aspekte der Daten-/Informationsqualität und des Datenschutzes berücksichtigt, insbesondere die Datenkonsistenz über die gesamte Prozesskette gewährleistet, und interaktive und intelligente Verknüpfungen zur Arbeitserleichterung bietet. Neben den üblichen Funktionen einer Dokumentenverwaltung gehe es insbesondere darum, den Workflow um das Dokument herum abzubilden und zu automatisieren.
- 73** Diese vom Antragsgegner festgelegten Mindestanforderungen stehen mit dem Vergaberecht in Einklang. Sie sind sachbezogen begründet (u.a. Betriebssicherheit und Fachbetreuung aus einer Hand) und es ist nicht ersichtlich, sie seien gerade deshalb aufgestellt, um die Antragstellerin vom Auftrag auszuschließen, es gehe dem Antragsgegner also eigentlich gar nicht um das integrierte DMS. Dass der Antragsgegner die Nutzung eines unter Wahrung des Vergaberechts gesondert zu beschaffenden externen DMS - entweder durch Erweiterung des vom Antragsgegner bereits für andere Zwecke genutzten oder eines davon unabhängigen DMS - auf Grundlage seiner Beschaffungsdefinition nicht als vernünftige Alternative oder Ersatzlösung zu einem integrierten DMS ansieht, lässt Beurteilungsfehler nicht erkennen. Zwar wären Kostenfragen auszuklammern, weil diese im Rahmen der Ausschreibung Berücksichtigung finden könnten. Das nicht unterlegte Argument von Performance-Problemen bei Anbindung eines externen DMS genügt in dieser Pauschalität ebenfalls nicht. Demgegenüber ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner in einem Service „aus einer Hand“ und der Vermeidung von Risiken durch Anbindung von und Datenaustausch mit externen Komponenten Vorteile sieht, die die Nutzung eines externen DMS gerade nicht bieten kann. Der Gesichtspunkt der Losvergabe - Fachanwendung und DMS gesondert - greift insoweit nicht. Auch liegt keine künstliche Einschränkung der Auftragsvergabeparameter vor. So gingen Mitarbeiter des Antragsgegners ausweislich der Zeugenaussagen vor dem Senat bei dem Präsentationstermin selbst noch davon aus, sie würden mit der Antragstellerin „in die Zukunft gehen“. Auch dauerten die Verhandlungen über diesen Zeitpunkt hinaus an. Eine sachwidrige Vorfestlegung ist insoweit nicht zu erkennen. Vielmehr zielt die Vorgabe eines integrierten DMS nicht auf eine Einschränkung des potentiellen Bieterkreises ab, sondern entspricht offensichtlich genau den Vorstellungen des Antragsgegners von dem Produkt. Schließlich widerspricht ein integriertes DMS auch nicht den Anforderungen des Onlinezugangsgesetzes (OZG). Diese hatte der Antragsgegner ausdrücklich im Blick. Schnittstellen schließt er nicht vollständig aus, sondern möchte sie lediglich auf das - insbesondere zur Umsetzung des OZG - notwendige Maß begrenzen.
- 74** bb) Auf Grundlage des Schriftsatzes vom 10.11.2020 - dort Seite 9 Abs. 2 - hat der Senat davon auszugehen, dass das vermeintlich integrierte DMS der Antragstellerin jedenfalls die weitergehenden Anforderungen nicht erfüllt, weil damit das OZG nicht umgesetzt werden kann. Einer Direktvergabe an die Beigeladene steht die Software der Antragstellerin bereits deshalb nicht entgegen.

Unabhängig davon kann der Senat letztlich offen lassen, ob das Produkt der Antragstellerin oder eines anderen Wettbewerbers mit Ausnahme der Beigeladenen überhaupt über ein integriertes DMS verfügt oder dessen Funktionalitäten zumindest anderweitig abbildet. Denn darauf kann sich die Antragstellerin jedenfalls nicht berufen.

- 75** (1) Im Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die Mitarbeiter der Antragstellerin am 15.11.2018 auf ausdrückliche Nachfrage erklärten, die Fachanwendung verfüge nicht über ein integriertes DMS und ein solches sei auch nicht geplant, sie habe lediglich eine Schnittstelle zu einem externen DMS.
- 76** Die Zeugin A hat dies bei ihrer Vernehmung sowohl vor der Vergabekammer als auch vor dem Senat bestätigt. Die Zeugin ist glaubwürdig. Anhaltspunkte, sie könne insoweit interessengeleitet falsche Aussagen getroffen haben, sind nicht erkennbar. Zwar steht sie als Projektleiterin „im Lager“ des Antragsgegners und hat insoweit ein Interesse am Ausgang des Verfahrens. Sie hat allerdings Nachfragen unumwunden beantwortet und nicht den Eindruck hinterlassen, Informationen zurückhalten oder verfälschen zu wollen. So hat sie etwa eingeräumt, am 15.11.2018 noch keine Festlegungen zum DMS getroffen und der Antragstellerin mitgeteilt zu haben. Auch hat sie bekundet, am Vormittag sei nur am Rande über das DMS gesprochen, erst am Nachmittag sei dies - wenn auch kurz - konkretisiert worden. Weitergehende Erinnerungslücken sind angesichts des Zeitablaufs plausibel. Die Aussage ist auch glaubhaft. Die Zeugin hat sowohl im Kern- als auch im Randbereich strukturgleich ausgesagt, ihre Angaben waren - soweit angesichts des Zeitablaufs noch möglich - detailliert, zudem auch nachvollziehbar. Für die Wahrheit der Aussage spricht ganz wesentlich der Inhalt des zum Vergabevorgang genommenen Vermerks der Zeugin vom 16.11.2018 (Anlage B1 GA 20), den sie wiederum auf Grundlage ihrer handschriftlichen Notizen erstellt hatte. Es sind keine Anhaltspunkte ersichtlich, die Zeugin könne am Tag nach der Besprechung unzutreffende Notizen gefertigt haben. Für bewusste Falschangaben bestand gar kein Anlass, weil die Zeugin nach eigenem Bekunden damals selbst noch bezweifelte, dass ein integriertes DMS überhaupt möglich sei, die Praktiker durchaus positive Rückmeldungen zum Produkt der Antragstellerin gegeben hatten und die Verhandlungen andauerten. Aber auch Anhaltspunkte für einen Irrtum sind nicht ersichtlich. So hat die Zeugin nachvollziehbar bekundet, weshalb sie überhaupt entsprechende Nachfragen zum DMS stellte: weil sie mit der Frage eines als erforderlich angesehenen DMS im Rahmen einer Arbeitsgruppe befasst gewesen und in diesem Zusammenhang 2018 auch zur Expo nach Hannover gefahren sei und dort mit verschiedenen DMS-Anbietern Kontakt aufgenommen habe, für sie deshalb relevant gewesen sei, ob ein DMS gesondert beschafft werden müsse, das DMS sei deshalb für sie - intern abgestimmt - Kernpunkt gewesen. Angesichts der daraus resultierenden subjektiven Bedeutung der Frage erscheint ausgeschlossen, dass die Zeugin Erklärungen des Zeugen B hierzu missverstanden oder bei Unklarheiten nicht nachgefragt haben könnte.
- 77** Die Angaben werden dadurch gestützt, dass die Antragstellerin ihre interne Dokumentenverwaltung noch im Nachprüfungsverfahren - also nach dem Präsentationstermin - zunächst in ausdrücklicher Abgrenzung von einem DMS selbst nicht als solches angesehen und die Nutzung eines über eine Schnittstelle anzubindenden, externen DMS empfohlen hat. Eine solche Empfehlung wäre nur verständlich, wenn ihre Fachanwendung nicht alle erforderlichen Funktionen bietet oder diese nicht in der gleichen Qualität umsetzt. Erst im Laufe des Verfahrens hat sie ihre Dokumentenverwaltung dann ohne inhaltliche Änderungen als DMS bezeichnet. Der 112-seitigen Produktbeschreibung (Anlage Ast7) lässt sich zu einem integrierten DMS ebenfalls nichts entnehmen: Die Bezeichnung „DMS“ taucht nur im Zusammenhang mit Schnittstellen auf (in Abschnitten 6 und 7 sowie unter Punkt 8.4.19.1), in Punkt 2.3 ist lediglich angegeben, dass die Datenhaltung mit Ausnahme der Druckvorlagen und Druckergebnisse in einer relationalen Datenbank erfolgt, in Abschnitt 7 sind Druckvorlagen (7.1.1.9), Druckausgaben und Textbausteine (7.1.2.2) sowie „Druckprotokoll / Dokumentenverwaltung“ mit den Unterpunkten „Fall- oder personenbezogen“, „Bescheidhistorie mit LINK auf internes Dokumentenarchiv“ und „In Fallakte hinterlegte Fremddokumente“ (7.1.2.4) erwähnt. Würde die Fachanwendung über ein integriertes DMS verfügen, das Beschaffung und Betrieb eines externen DMS entbehrlich machte, wäre zu erwarten, dass die entsprechenden Funktionen in der Produktbeschreibung aufgeführt wären. Selbst im etwa 5.500 Seiten umfassenden Handbuch - das zwar nicht dem Antragsgegner, aber den Vertriebsmitarbeitern der Antragstellerin bekannt war - war zum damaligen Zeitpunkt nur von Dokumentenverwaltung, nicht aber von einem integrierten Dokumentenmanagementsystem die Rede. Diese Bezeichnung wurde erst im laufenden Beschwerdeverfahren in das Handbuch aufgenommen. Wenn aber in den Vermarktungs- und internen Unterlagen der Begriff des integrierten DMS nicht gebraucht wird, erscheint es durchaus nachvollziehbar, dass die Vertriebsmitarbeiter eine dahingehende Frage verneinten.

- 78** Auch die in der Vergabeakte niedergelegten „Eindrücke der Praktiker“ stehen damit in Einklang. Herr F vermerkte Schnittstellen für diverse DMS, Herr I: „Die Daten werden manuell im Programm erfasst. Hierbei würde X-neu eine 'bessere' Lösung darstellen, da es geplant ist, über den DMS Workflow Daten automatisch auszulesen und im Programm eintragen zu lassen“, Herr J: „X-neu wirkt insgesamt aufgeräumter und bietet gleichzeitig ein passendes DMS ab Werk an, welches bei Y offenbar extern eingekauft werden müsste“ und Herr K: „Unabhängiges DMS möglich“. In seinem Gedächtnisprotokoll vom 04.11.2019 führt Herr E aus, die Mitarbeiter der Antragstellerin hätten erklärt, ihre Fachanwendung verfüge nicht über ein integriertes DMS, sondern lediglich über eine Dokumentenverwaltung für die mit der Fachanwendung erzeugten Dokumente. Allerdings sei es möglich, über eine Schnittstelle alle marktgängigen DMS anzubinden, die Beschaffung eines DMS müsse dann zusätzlich erfolgen.
- 79** Auch weitere Zeugenaussagen stützen das Beweisergebnis. So hat die Zeugin D bekundet, die Beigeladene habe zuvor ihr Produkt mit einem integrierten DMS angepriesen, was sie sich gar nicht hätten vorstellen können und es deshalb besprechen wollten. Die Mitarbeiter der Antragstellerin hätten die Frage nach einem integrierten DMS dann auch verneint, was für sie damals nicht verwunderlich gewesen sei. Beim Tag der Jobcenter habe der Geschäftsführer der Beigeladenen erklärt, sie seien die einzige Firma, die ein Produkt mit integriertem DMS habe, hierzu habe dann keiner der anderen - auch nicht der Vertreter der Antragstellerin - etwas gesagt. Der Zeuge E hat angegeben, in der zweiten Besprechung sei es u.a. konkret darum gegangen, ob ein integriertes DMS vorhanden sei. Sie hätten damals kein DMS gehabt und sich bereits im Vorfeld mit dem Thema befasst. Die Antwort sei gewesen, dass das Produkt kein integriertes DMS habe, aber über eine offene Schnittstelle verfüge, über die jedes marktgängige DMS angebunden werden könne. Der Begriff DMS sei aus seiner Sicht belegt und er habe den Eindruck gehabt, dass den beiden Mitarbeitern der Antragstellerin auch klar war, was damit gemeint sei, weil sonst auch der Hinweis auf externe DMS keinen Sinn ergeben hätte. Es sei auch um die Unterscheidung zwischen DMS und Dokumentenverwaltung gegangen. Die Frage nach der Dokumentenverwaltung sei nach seiner Erinnerung bejaht worden. Der Zeuge F hat bekundet, er sei am Vormittag dabei gewesen, da sei auch eine Schnittstelle zu einem DMS benannt worden. Der Zeuge G hat erklärt, im Vorfeld sei bereits abgestimmt gewesen, dass ein DMS von enormer Bedeutung für die Nachfolgeanwendung sei. Es habe sich möglichst um ein System handeln sollen, das sehr stark mit der Software verzahnt ist, weil ihm aus Veranstaltungen des Landkreises bekannt gewesen sei, dass die spätere Anbindung mit viel Kraft und Aufwand verbunden sei. Deshalb habe nicht zwangsläufig ein weiteres Projekt und eine weitere Ausschreibung dafür erfolgen sollen. Es sei auch über den Unterschied zwischen einem integrierten und einem externen DMS gesprochen worden. Die Frage nach einem integrierten DMS sei verneint worden, allerdings bestehe die Möglichkeit der Anbindung externer DMS über Schnittstellen. Die genannten Zeugen stehen zwar ebenfalls im Lager des Antragsgegners, was aber für sich genommen keinen Rückschluss auf unwahre Aussagen zulässt. Die Zeugen haben nicht den Eindruck hinterlassen, unzutreffende Angaben zu machen. Auch sie haben nachvollziehbare Erinnerungslücken - auch in für den Antragsgegner relevanten Punkten - unumwunden eingeräumt. Sie haben nachvollziehbar dargelegt, weshalb das Thema jeweils für sie wichtig war.
- 80** Die Aussagen der Zeugen B und C - die ihrerseits bei der Antragstellerin für die hier gegenständliche Vermarktung zuständig sind und insoweit ebenfalls ein Interesse am Ausgang des Verfahrens haben - begründen keine Zweifel, die der Überzeugungsbildung des Senats entgegenstünden. Die Angaben des Zeugen B vor der Vergabekammer sind bereits unergiebig. Dort hat er lediglich angegeben, man habe über das DMS diskutiert und auch über die Möglichkeit gesprochen, ein externes DMS anzubinden (Seite 13 des Protokolls). Demgegenüber hat er vor dem Senat bekundet, er habe erklärt, dass eine interne DMS-Lösung mitgeliefert werde, und aufgezeigt, dass dort Fallakten bearbeitet und Prozesse begleitet werden könnten. Er habe aber auch darauf hingewiesen, dass die Arbeitsweise mit einem internen DMS nur temporärer Natur sei und dass damals bereits 80 %, inzwischen 100 % der betreuten Jobcenter ein externes DMS nutzten oder dabei waren, eines einzuführen. Er habe beide Verfahrensweisen - internes wie auch externes DMS - dargestellt und zusammen mit dem Zeugen C in der Software gezeigt. Er wisse aber nicht mehr, wie das Ganze damals bezeichnet wurde. Das DMS sei eine Standardfunktionalität. In der Folge hat er dann - abweichend - angegeben, die Schnittstelle sei sicherlich nicht vorgeführt worden, weil sie kein externes DMS dabei gehabt hätten. Für die zweite Besprechung habe er in seinen Notizen jetzt nicht gefunden, dass es da auch um das DMS gegangen sei. Der Zeuge C habe tiefe Funktionskenntnisse zu der Software. Es könne sein, dass sich der Sprachgebrauch im Unternehmen inzwischen geändert habe. Auf jeden Fall sei das Wort „integriert“ genutzt worden. Ansonsten gebe es verschiedene Begriffe, wie Dokumentenverwaltung, Dokumentenmanagementsystem oder E-

Akte. Sie hätten nicht explizit das DMS mit seinen Funktionalitäten vorgeführt, sondern die Software mit den Programmprozessen. In der Veranstaltung seien mutmaßlich die Begriffe DMS und Dokumentenverwaltungssystem genutzt worden, wohl eher nicht E-Akte. Dabei seien diese Begriffe für dieselben Inhalte, also synonym verwendet worden. Die Aussage des Zeugen ist bereits unergiebig, weil er für die zweite Besprechung keine Erinnerung geschildert, sondern lediglich auf seine - nicht notwendig umfassenden - Notizen verwiesen hat. Es mag sein, dass er seiner Erklärung zum integrierten DMS subjektiv keine dokumentationswürdige Bedeutung beigemessen hat, entscheidend ist insoweit aber der Empfängerhorizont. Im Übrigen ist die Aussage in wesentlichen Punkten auffallend allgemein gehalten und ausweichend und nicht auf die konkrete Besprechung bezogen. Soweit er angibt, er habe in der ersten Besprechung die interne DMS-Lösung genannt und erläutert, widerspricht das den Bekundungen aller anderen Zeugen und seinen eigenen Angaben zu den verwendeten Begrifflichkeiten. Auch hinsichtlich des Sprachgebrauchs im Unternehmen war die Antwort des Zeugen ausweichend. Tatsächlich ist unstreitig, dass das Handbuch aufgrund dieses und weiterer Vergabeverfahren im Frühjahr 2020 geändert und der Begriff „integriertes DMS“ aufgenommen wurde. Dass der Zeuge als Regionalvertriebsleiter, der jedenfalls auch für die hiesige Vergabe zuständig ist, davon nicht unterrichtet ist, ist schwer vorstellbar. Auch der Zeuge C hat abweichend vom Zeugen B bekundet, er habe das Dokumentenmanagement lediglich bei-läufig gezeigt, als es um die Ablage eines erstellten Bescheids ging. Da habe er zudem erörtert, dass auch ein Import von Dokumenten möglich sei, vorgeführt habe er dies aber nicht. Allerdings hat auch er angegeben, im zweiten Teil sei das nach seiner Erinnerung kein Thema mehr gewesen. Ausgeschlossen ist es aber nach dieser Aussage nicht. Zudem hat der Zeuge, der nach Angaben seines Kollegen B tiefe Funktionskenntnisse der Software hat, bekundet, sie hätten damals eine „integrierte Dokumentenverwaltung“ im System gehabt. Ein DMS sei nach seinem Verständnis eher ein separates System und habe die ein oder andere Funktion mehr, etwa hinsichtlich des Zugriffs durch andere Abteilungen mit entsprechender Rechteverwaltung und der Workflow-Steuerung. Auf dieser Grundlage erscheint es durchaus plausibel, dass die Mitarbeiter der Antragstellerin am 15.11.2018 von einer Dokumentenverwaltung sprachen und die Frage nach einem DMS verneinten.

- 81** Schließlich spricht für das Beweisergebnis auch, dass die Antragstellerin im laufenden Beschwerdeverfahren zunächst ein undatiertes Handbuch vorgelegt, schriftsätzlich in Bezug genommen und damit den Eindruck erweckt hat, bereits zum Zeitpunkt des Präsentationstermins sei die Dokumentenverwaltung im Handbuch als integriertes DMS bezeichnet worden. Tatsächlich war dies nicht der Fall, wie sich aus der nunmehr vorgelegten Fassung des Handbuch für die Sachbearbeitung Teil 2 mit Bearbeitungsstand 13.11.2018 ergibt: Dort findet sich nur die Bezeichnung Dokumentenverwaltung. Dabei fällt auf, dass auf der alten Fassung des Handbuchs ein Bearbeitungsstand auf dem Deckblatt vermerkt ist, auf dem zunächst vorgelegten - der Antragstellerin günstigeren - aber nicht. Nach Angaben des Zeugen H werden die Daten auf dem Deckblatt vermerkt. Wenn aber der Bearbeitungsstand eigentlich auf dem Deckblatt vermerkt ist, muss er manuell gelöscht worden sein. Eine andere Erklärung bietet die Antragstellerin nicht, sie ist auch für den Senat nicht ersichtlich. Ein manuelles Löschen wiederum begründet den Verdacht, es habe mit der Vorlage bewusst ein falscher Eindruck vermittelt werden sollen. Das würde aber nur Sinn machen, wenn die Antragstellerin beim Präsentationstermin gerade nicht von einem integrierten DMS bzw. dahingehenden Äußerungen ihrer Mitarbeiter ausging.
- 82** (2) Erklärten aber ihre Mitarbeiter ausdrücklich, ihre Fachanwendung verfüge über kein integriertes DMS und ein solches sei auch nicht geplant, kann sich die Antragstellerin auf ein vermeintliches Vorhandensein einer solchen Komponente oder die vermeintlich anderweitige Abbildung der Funktionalitäten nicht berufen. Denn angesichts der klaren Aussage war der Antragsgegner zu weitergehenden Nachfragen oder Ermittlungen nicht gehalten. Dabei ist unerheblich, dass die Anforderung im Zeitpunkt des Präsentationstermins noch nicht als Ausschlusskriterium festgelegt und der Antragstellerin mitgeteilt war. Denn die Markterkundung ist dem Vergabeverfahren vorge-lagert und dient erst der Ermittlung des konkreten Beschaffungsbedarfs. Der Auftraggeber darf nach späterer Festlegung potentielle Anbieter aus den weiteren Überlegungen ausklammern, so-weit er sicher festgestellt hat, dass deren Leistungen die zulässigen Anforderungen nicht erfüllen. Die Kenntnis des Ausschlusskriteriums hätte bei redlichem Verhalten der Antragstellerin auch nicht zu einer anderen Antwort führen können, weil bei Unsicherheiten über das Vorliegen unabhängig vom Gewicht der Antwort nicht eine Verneinung zu erwarten wäre, sondern ein Zurückstellen der Antwort bis zur näheren Prüfung. Ob es sich bei einem DMS um einen feststehenden Begriff handelt, spielt keine Rolle, nachdem die Mitarbeiter der Antragstellerin das Vorhandensein ohne wei-tere Klärung verneinten, obwohl sie nach dem schriftsätzlichlichen Vorbringen und den Zeugenaussa-gen sogar geringere Anforderungen an ein DMS stellen als der Antragsgegner.

- 83** (3) Soweit die Antragstellerin erstmals mit Schriftsatz vom 15.10.2020 geltend macht, andere Wettbewerber verfügten über ein integriertes DMS und deshalb sei eine Direktvergabe unzulässig, ist sie bereits ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 GWB nicht nachgekommen. § 160 Abs. 3 S. 2 GWB greift nicht, weil ein nur durch die Nachprüfungsinstanzen für unwirksam zu erklärender Zuschlag noch nicht erteilt, eine Selbstkorrektur durch den Auftraggeber also noch möglich ist. Die Verneinung der Leistungsfähigkeit von Wettbewerbern stellt im Verhältnis zur Rüge der Nichtberücksichtigung der Antragstellerin einen gesonderten Verstoß dar, der auch gesondert zu rügen und rechtzeitig in das Nachprüfungsverfahren einzuführen wäre. Zwar zielt das Vorbringen ebenfalls auf einen Verstoß gegen § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b VgV ab. Es handelt sich indes um gänzlich andere Umstände. Die mit der Rügeobliegenheit bezweckte Selbstkorrektur des Auftraggebers ist insoweit nicht möglich, wenn die Antragstellerin gar nicht aufzeigt, andere Anbieter würden die Leistungen erbringen können.
- 84** Unabhängig davon könnte sich die Antragstellerin angesichts ihrer ausdrücklichen Verneinung eines eigenen DMS auf die vermeintliche Leistungsfähigkeit anderer Wettbewerber nicht berufen, weil ihre Erklärung maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung des Antragsgegners hatte, von einer Ausschreibung abzusehen. Die weiteren Wettbewerber greifen ihrerseits die beabsichtigte Direktvergabe - und die darin enthaltene Verneinung eines integrierten DMS in deren Produkten - nicht an.
- 85** cc) Ohne Belang ist auch, ob das Produkt der Beigeladenen zur Zeit der Präsentation bereits funktionsfähig war. Ausreichend ist vielmehr, wenn der Antragsgegner im Rahmen des ihm zustehenden Beurteilungsspielraums davon ausgeht, dies werde spätestens bei Einführung der Fall sein.
- 86** Auch ein kollusives Zusammenwirken des Antragsgegners und der Beigeladenen ist bereits nicht ansatzweise dargetan. Es ergibt sich insbesondere nicht aus der Übereinstimmung von Formulierungen in mehreren Vergabeverfahren. Der Antragsgegner hat dies mit einem Austausch zwischen den Jobcentern erklärt.
- 87** Schließlich kommt es auf dieser Grundlage nicht mehr darauf an, ob die Antragstellerin die Anforderungen an die Datenmigration erfüllen könnte und ob sie von einem Vergabeverfahren wegen Verstoßes gegen § 107 GO NRW zwingend auszuschließen wäre, ob und ggf. in welchem Umfang also kommunalrechtliche Betätigungsverbote im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren überhaupt zu prüfen sind und ob ggf. die Antragstellerin vorliegend gegen § 107 GO NRW verstieße.
- 88** 2. a) Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren beruht auf den §§ 78, 175 Abs. 2 GWB. Nachdem sich die Beigeladene am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt und insoweit auch das Risiko eigener Kostentragung übernommen hat, entspricht es der Billigkeit, die Erstattung ihrer außergerichtlichen Kosten einzubeziehen.
- 89** Über die Erforderlichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts im Beschwerdeverfahren hat der Senat nach Maßgabe des § 175 Abs. 1 GWB nur für den Antragsgegner zu entscheiden.
- 90** b) Der Senat hat bei Abänderung der Entscheidung der Vergabekammer zugleich nach § 182 GWB über die dort entstandenen Kosten zu entscheiden. Die durch die Vergabekammer festgesetzte Gebührenhöhe bleibt unberührt. Es entspricht der Billigkeit, auch insoweit die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen anzuordnen, weil sie sich auch bereits vor der Vergabekammer durch substantielles Vorbringen in das Verfahren eingebracht und so das Risiko eigener Kostentragung übernommen hat. Ohne Belang ist, dass sie dort noch keine eigenen Sachanträge gestellt hat.
- 91** Auch vor der Vergabekammer war die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter erforderlich.
- 92** c) Der Streitwert ist gemäß § 50 Abs. 2 GKG mit fünf Prozent der Bruttoauftragssumme zu bemessen. In der Bekanntmachung ist der Nettowert angegeben.



Diesen QR-Code scannen, wenn Sie **genau dieses Dokument** öffnen möchten.