

Titel:

Zulässigkeit der Vergabe der Beschaffung der "LucaApp"

Normenketten:

GWB § 97 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 6, § 160 Abs. 2

VgV § 31 Abs. 6

Leitsätze:

1. Zur Aufrechterhaltung der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB ist im Falle einer Insolvenz des Antragstellers eine Erklärung erforderlich, dass das operative Geschäft fortgesetzt wird und sich der Antragsteller weiterhin an der Ausschreibung beteiligen möchte. (Rn. 25) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Anforderung im Rahmen eines Vergabeverfahrens, dass eine zur Verfügung zu stellende App eine bestimmte Schnittstelle enthalten muss, kann vergaberechtlich zulässig sein, wenn die Anforderung sachlich gerechtfertigt ist und nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe hierfür vorliegen. (Rn. 35 – 36) (redaktioneller Leitsatz)
3. Der Auftraggeber kann, wenn es dafür vernünftige wirtschaftliche Gründe gibt, den Leistungsinhalt so bestimmen, dass einzelne Bieter Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen haben, solange dies nicht durch die Absicht der Bevorzugung eines bestimmten Unternehmens motiviert ist. (Rn. 38) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Vergabeverfahren, Antragsbefugnis, Insolvenz, Ausschreibung, Bieterschutz, Produktanforderungen, maßgebliche Gründe, Bestimmung des Leistungsinhalts

Vorinstanz:

Vergabekammer München, Beschluss vom 14.09.2021 – 3194.Z3-3_01-21-23

Fundstellen:

LSK 2022, 19230

NZBau 2023, 135

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 14. September 2021, Gz. 3194.Z3-3_01-21-23, wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen zu tragen.
3. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 276.318,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Der Antragsgegner erteilte nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb der Beigeladenen am 6. April 2021 den Zuschlag für einen Auftrag zur Beschaffung einer digitalen Lösung für die Besucher-Kontaktdataerfassung. Das von der Beigeladenen angebotene System beinhaltete unter anderem die sogenannte „LucaApp“.

2

Der Antragsgegner hatte, unter anderem gestützt auf eine Markterkundung des Landes Mecklenburg-Vorpommern im Februar 2021, die Beigeladene und ein weiteres Unternehmen mit Schreiben vom 25. März 2021 zur Angebotsabgabe aufgefordert. Dem Aufforderungsschreiben waren die Vergabeunterlagen samt

Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen beigefügt. In der Leistungsbeschreibung wurde ausgeführt:

„Folgende Mindestanforderungen an die Leistung sind vom Auftragnehmer einzuhalten (Ausschlusskriterien):

...

Die automatisierte und vollständige Weitergabe der gefilterten Daten über die SORMASSchnittstelle zu den Gesundheitsämtern muss implementiert sein ... Die Gesundheitsämter müssen die Daten direkt elektronisch anfragen und nach Freigabe durch die Einrichtungen sicher (mindestens transportverschlüsselt) abrufen können.“

3

Das System der Beigeladenen beinhaltet die geforderte SORMAS-Schnittstelle, in der Software der Antragstellerin war sie hingegen im Frühjahr 2021 nicht installiert.

4

Der Antragsgegner veröffentlichte am 12. April 2021 die Auftragsvergabe an die Beigeladene im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 15. April 2021 beantragte diese ein Nachprüfungsverfahren.

5

Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Antragsgegner habe zu Unrecht eine besondere Dringlichkeit im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV angenommen. Zum einen sei die Software SORMAS ohnehin nur bei 290 von 400 Gesundheitsämtern bundesweit installiert gewesen und nur 90 Gesundheitsämter hätten aktiv produktiv mit ihr gearbeitet. Zum anderen sei absehbar gewesen, dass wegen des Auftretens neuer Virusmutationen ohnehin neuerliche Kontaktreduzierungen nötig würden. Selbst wenn eine besondere Dringlichkeit vorgelegen hätte, sei der Antragsgegner seiner Pflicht zur Einholung mehrerer Angebote nicht nachgekommen. Ferner habe die Beigeladene wohl über Insider-Wissen verfügt, da zum Zeitpunkt der Markterkundung in ihrer Software schon die SORMAS-Schnittstelle implementiert gewesen sei, ohne dass diese Anforderung bzw. der Beschluss der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidenten vom 3. März 2021 über die Beschaffung eines Systems für die Digitalisierung der Kontaktnachverfolgung bekannt gewesen sei. Zudem lasse sich die SORMAS-Schnittstelle binnen weniger Stunden entwickeln.

6

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass die Beschaffung der sogenannten Luca-App durch den Antragsgegner zur Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter nichtig ist (§ 135 Abs. 2 Satz 1 GWB) und
2. den Antragsgegner zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren zurückzusetzen und bei erneuter Durchführung mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern, wobei die Auswahl unter den Bewerbern diskriminierungsfrei erfolgen muss.

7

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens als unzulässig zu verwerfen und darüber hinaus als unbegründet zurückzuweisen.

8

Die Beigeladene hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

9

Nach Ansicht des Antragsgegners fehlt es bereits an der Antragsbefugnis der Antragstellerin. Die Software verfüge über keine SORMAS-Schnittstelle, sodass ein Zuschlag an die Antragstellerin ohnehin nicht in Betracht gekommen wäre. Der Antragsgegner habe diese Schnittstelle zulässigerweise als Mindestkriterium gefordert. Maßgeblich sei allein die damalige Situation in Bayern. Am 26. Februar 2021 sei in allen 76

bayerischen Gesundheitsämtern SORMAS implementiert gewesen. Eine Pflicht des Antragsgegners, der Antragstellerin die Programmierung der Schnittstelle noch zu ermöglichen, habe nicht bestanden. Die Dringlichkeit folge daraus, dass sich Ende Februar 2021 abgezeichnet habe, dass einerseits die Inzidenzwerte aufgrund neuer Virusvarianten anstiegen und andererseits der Bund, anders als auf der Ministerpräsidentenkonferenz vom 16. November 2020 versprochen, kein einheitliches System zur Kontaktnachverfolgung bereitstellen würde. Zudem hätte jede Verlängerung des Lockdowns einen schwerwiegenden Eingriff in die verfassungsmäßig geschützten Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger bedeutet.

10

Die Beigeladene hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Gegenstand der Beschaffung sei nicht die Entwicklung, sondern die Lieferung einer fertigen Software samt Schnittstelle gewesen. Die Beigeladene habe über kein Insiderwissen verfügt, sondern die Schnittstelle aufgrund der Berichterstattung in den Medien und der öffentlichen Diskussion über eine Kontaktnachverfolgung mit SORMAS vorsorglich programmiert.

11

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag mit Beschluss vom 14. September 2021, der Antragstellerin zugestellt am 17. September 2021 zurückgewiesen. Der Antrag sei zulässig, aber offensichtlich unbegründet. Die Leistungsbestimmung des Antragsgegners, dass die zu liefernde Software über eine bestehende SORMAS-Schnittstelle verfügen müsse, sei vergaberechtskonform. Eine Verletzung der Antragstellerin in bieterschützenden Rechten scheide schon deshalb aus, da ihre Software zum Zeitpunkt der Beschaffungsentscheidung nicht über eine derartige Schnittstelle verfügt habe. Aufgrund der Eilbedürftigkeit der Beschaffung habe sich der Antragsgegner nicht auf die Risiken der Entwicklung einer neuen Softwarefunktion einlassen müssen.

12

Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer sofortigen Beschwerde vom 1. Oktober 2021, eingegangen beim Bayerischen Obersten Landesgericht am selben Tag. Die Vorgabe einer SORMAS-Schnittstelle sei unzulässig gewesen. Der Antragsgegner habe mit seiner Anforderung den Wettbewerb künstlich eingeschränkt. SORMAS sei Ende Mai 2021 nur in 93 Gesundheitsämtern bundesweit produktiv eingesetzt worden. Die Installation der SORMAS-Schnittstelle sei nicht fehlerträchtig. Dringliche Gründe für eine Vergabe nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV hätten nicht vorlegen. Außerdem fehle es an einer ausreichenden Markterkundung durch den Antragsgegner.

13

Die Antragstellerin beantragt, den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 14. September 2021 abzuändern und

1. festzustellen, dass die von dem Antragsgegner vorgenommene Beschaffung der sogenannten Luca-App zum Zweck der Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter nichtig ist (§ 135 Abs. 2 Satz 1 GWB) und

2. den Antragsgegner zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren zurückzusetzen und bei erneuter Durchführung mindestens drei Bewerber zur Angebotsabgabe aufzufordern, wobei die Auswahl unter den Bewerbern diskriminierungsfrei erfolgen muss.

14

Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

15

Der Antragsgegner und die Beigeladene verteidigen den Beschluss der Vergabekammer. Die Vorgabe einer SORMAS-Schnittstelle sei zulässig, da zumindest einzelne bayerische Gesundheitsämter die Technik im Leistungszeitraum genutzt hätten. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin sei die Schnittstelle nicht leicht und ohne Fehleranfälligkeit herstellbar gewesen. Dieses Risiko habe der Antragsgegner bei der vorliegenden zeitkritischen Beschaffung nicht eingehen müssen. Die Markterkundung des Antragsgegners unter Heranziehung der Erkenntnisse aus Mecklenburg-Vorpommern sei nicht zu beanstanden. Die

Software der Antragstellerin habe mangels SORMASSchnittstelle nie eine Chance auf den Zuschlag gehabt.

16

Der Senat hat mit Beschluss vom 16. Dezember 2021 darauf hingewiesen, dass die sofortige Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg haben dürfte und die Rücknahme des Rechtsmittels empfohlen. Die Antragstellerin hat sich hierzu nicht geäußert. Auf Anregung des Senats haben die Verfahrensbeteiligten einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt.

II.

17

Das Beschwerdeverfahren ist nicht durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der Antragstellerin unterbrochen. Auf den Beschluss des Senats vom 16. Dezember 2021, Ziffer 3, wird Bezug genommen.

18

Der Senat kann gemäß § 175 Abs. 2, § 65 Abs. 1 Halbsatz 2 GWB ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da sämtliche Beteiligten auf diese verzichtet haben (vgl. Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, 4. Aufl. 2022, GWB § 175 Rn. 9).

19

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß § 171 Abs. 1 GWB statthaft sowie nach § 172 Abs. 1 und 2 GWB form- und fristgerecht eingelegt und begründet. Sie verbleibt aber in der Sache ohne Erfolg.

20

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

21

Die ordnungsgemäße Vertretung des Antragsgegners ist dargetan. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. h), § 2 Abs. 2 Nr. 5 VertrV ist grundsätzlich das Landesamt für Finanzen - Dienststelle München - für das vorliegende Verfahren Vertretungsbehörde. Das Staatsministerium der Finanzen und für Heimat hat allerdings gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Buchst. d) VertrV die Prozessvertretung mit Zustimmung des Staatsministeriums für Digitales auf dieses übertragen.

22

b) Die nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB maßgebliche 30-tägige Frist für die Geltendmachung der Unwirksamkeit seit Information über den Vertragsschluss ist eingehalten.

23

c) Die Antragstellerin ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB.

24

aa) Die Antragstellerin hat ursprünglich ein ausreichendes Interesse an dem Auftrag und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB dargelegt, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Mit Schreiben vom 5. März 2021, gerichtet unter anderem an den bayerischen Ministerpräsidenten und die bayerische Staatskanzlei, erklärte die Antragstellerin, sie verfüge über ein System zur Kontaktnachverfolgung, das mit SORMAS kompatibel sei. Zudem beanstandet die Antragstellerin, sie sei zu Unrecht nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Dies genügt grundsätzlich als hinreichende Darlegung eines konkreten Interesses an dem Auftrag (vgl. zu dieser Anforderung Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB § 135 Rn. 49).

25

Allerdings muss die Antragsbefugnis während des gesamten Vergabenachprüfungsverfahrens fortbestehen. Sie entfällt, wenn der Antragsteller das Interesse an dem Auftrag verliert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juli 2020, VII Verg 17/16, NZBau 2020, 806 Rn. 31; OLG Koblenz, Beschluss vom 23. Mai 2018, Verg 2/18, NZBau 2018, 639 Rn. 2). Daher wird im Fall einer Insolvenz des Antragstellers regelmäßig eine Erklärung zu fordern sein, dass die Insolvenzschuldnerin ihr operatives Geschäft trotz Zahlungsunfähigkeit beziehungsweise Überschuldung fortführen wird und sich daher an der angestrebten Ausschreibung nach wie vor beteiligen möchte (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Juli 2020, VII Verg 17/16, NZBau 2020,

806 Rn. 31 f.; Vavra/Willner in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB § 178 Rn. 21; Jaeger in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2022, GWB § 160 Rn. 21). Eine derartige Erklärung fehlt vorliegend, ohne dass es aber im konkreten Fall noch einer weiteren Aufklärung durch einen Hinweis an die Antragstellerin bedürfte. Vielmehr kann zu ihren Gunsten unterstellt werden, dass ihr Interesse an dem Auftrag fortbesteht.

26

Die Antragstellerin rügt, der Antragsgegner habe zu Unrecht den Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb und ohne ausreichende Markterkundung vergeben sowie durch die Vorgaben einer SORMAS-Schnittstelle den Wettbewerb unzulässig zugunsten der Beigeladenen und zulasten der Antragstellerin eingeschränkt. Die damit als verletzt gerügten Normen § 97 Abs. 1 und 2 GWB, § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV sind bieterschützende Vorschriften im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB (zu § 97 Abs. 1 und 2 GWB: Dörr in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB § 97 Rn. 24; zu § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV: BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022, Verg 7/21, juris Rn. 58; OLG Rostock, Beschluss vom 11. November 2021, 17 Verg 4/21 - LUCA-App II, juris Rn. 24; Dieckmann in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VgV, UVgO, 3. Aufl. 2022, VgV § 14 Rn. 92).

27

bb) Die Antragstellerin hat ferner einen durch die geltend gemachte Verletzung der Vergabevorschriften ihr entstandenen bzw. drohenden Schaden dargelegt, § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB. Hierzu genügt, dass die Antragstellerin bei einem behaupteten Verstoß im Sinne des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB in vergaberechtswidriger Weise nicht am Verfahren beteiligt wurde. Dies stellt eine Verschlechterung der Zuschlagsaussichten und damit einen potentiellen Schaden dar (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 597 [juris Rn. 27, noch zum alten Recht]; BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022, Verg 7/21, juris Rn. 60). Für die Antragsbefugnis und die Möglichkeit eines Schadenseintritts ist nicht erforderlich, dass die Antragstellerin den Zuschlag ohne den behaupteten Verstoß gegen Vergabevorschriften tatsächlich erhalten hätte. Ausreichend ist vielmehr, dass die Zuschlagserteilung an diesen Bieter jedenfalls nicht ausgeschlossen werden kann (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03, VergabeR 2004, 597 [juris Rn. 27, noch zum alten Recht]; BGH, Beschl v. 10. November 2009, X ZB 8/09, VergabeR 2010, 21 [juris Rn. 32]; OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 37; Horn/Hofmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB § 160 Rn. 39).

28

Vorliegend wäre eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin nicht von vornherein ausgeschlossen gewesen, wenn der Antragsgegner sie am Verhandlungsverfahren beteiligt bzw. einen Teilnahmewettbewerb durchgeführt hätte und die Existenz einer SORMAS-Schnittstelle kein Ausschlusskriterium gewesen wäre. Letzteres bemängelt die Antragstellerin als unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs. Ein Schaden der Antragstellerin durch die von ihr als vergaberechtswidrig beanstandeten zwingenden Vorgaben des Antragsgegners und die Art der Durchführung des Vergabeverfahrens erscheint daher zumindest möglich.

29

cc) Zugunsten der Antragstellerin geht der Senat davon aus, dass sich das Nachprüfungsverfahren nicht infolge des Zeitablaufs erledigt hat und die Antragsbefugnis daher auch nicht aus diesem Grund entfallen ist (vgl. KG, Beschluss vom 25. April 2022, Verg 1/22, juris Rn. 22 ff., zum Wegfall der Antragsbefugnis bezüglich eines Antrags nach § 135 Abs. 2 GWB). Anhaltspunkte hierfür finden sich im Vortrag der Beteiligten nicht.

30

d) Die Rügen der Antragstellerin sind nicht präkludiert. § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB findet im Rahmen eines Antrags nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWG keine Anwendung, § 160 Abs. 3 Satz 2 GWB (vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 20. Januar 2022, Verg 7/21, juris Rn. 63; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 4. Dezember 2020, 15 Verg 8/20, juris Rn. 25).

31

2. Der Nachprüfungsantrag verbleibt in der Sache ohne Erfolg.

32

Der Antragsgegner konnte zulässigerweise eine bereits implementierte SORMASSchnittstelle als Mindestkriterium fordern. Da das System der Antragstellerin diese nicht aufwies, wäre eine Zuschlagserteilung an die Antragstellerin nicht in Betracht gekommen. Auf die weiteren von der Antragstellerin gerügten Verstöße gegen Vergabevorschriften, insbesondere die fehlende Dringlichkeit im Sinne des § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV, kommt es daher nicht an.

33

a) Der Antragsgegner verlangte ausweislich der Leistungsbeschreibung (Bl. 873 d. A. VK) als einzuhaltende „Mindestanforderung“, dass eine automatisierte und vollständige Weitergabe der gefilterten Daten über die SORMAS-Schnittstelle zu den Gesundheitsämtern „implementiert“ sein müsse. Es handle sich um ein „Ausschlusskriterium“. Diese Leistungsbeschreibung wurde der Beigeladenen und einem weiteren Unternehmen, das der Antragsgegner zur Angebotsabgabe aufforderte, übersandt. Dieselbe Vorgabe findet sich im Vergabevermerk (Bl. 856 d. A. VK). Das System der Antragstellerin erfüllte weder vor dem noch im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung dieses Kriterium. Hiervon geht die Vergabekammer in ihrem Beschluss vom 14. September 2021 aus, ohne dass sich die Antragstellerin dagegen in der Beschwerde verwahrt hätte.

34

b) Die Entscheidung des Antragsgegners, eine bereits implementierte SORMASSchnittstelle als Mindestanforderung bzw. Ausschlusskriterium vorzusehen, war nicht vergaberechtsrechtswidrig.

35

aa) Dem Auftraggeber steht das Bestimmungsrecht zu, ob und welchen Gegenstand er beschaffen will, sowie über die technischen und ästhetischen Anforderungen. Indessen unterliegt die Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers und damit auch die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffenden Leistungen gestellt werden dürfen, allgemeinen vergaberechtlichen Grenzen. Die konkrete Bestimmung des Auftragsgegenstands durch den öffentlichen Auftraggeber muss sachlich gerechtfertigt sein und es bedarf nachvollziehbarer, objektiver und auftragsbezogener Gründe hierfür. Die Festlegung hat willkür- und diskriminierungsfrei zu erfolgen und die Vorgaben des § 31 Abs. 6 VgV zu beachten (BayObLG, Beschluss vom 25. März 2021, Verg 4/21, juris Rn. 50 ff.; OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 43; OLG München, Beschluss vom 26. März 2020, Verg 22/19, juris Rn. 128; Beschluss vom 9. März 2018, Verg 10/17, NVwZ 2018, 995 Rn. 37; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Juni 2017, VII Verg 53/16, juris Rn. 33; OLG Koblenz, Beschluss vom 5. September 2002, 1 Verg 2/02, juris Rn. 107 ff.). Ob die Vorgaben erforderlich oder zweckmäßig sind, ist demgegenüber ohne Belang (OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 43).

36

bb) Unter Anwendung dieser Grundsätze verstieß es nicht gegen Vergaberecht, dass der Antragsgegner eine Software mit einer SORMAS-Schnittstelle forderte. Der Antragsgegner trägt vor, Ende Februar 2021 seien die Infektionszahlen, nachdem sie zuvor gesunken waren, aufgrund neuer, besonders ansteckender Virusvarianten wieder angestiegen. Gleichzeitig sei ein erheblicher Druck der Öffentlichkeit entstanden, die schwerwiegenden Grundrechtseingriffe infolge des Lockdowns aufzuheben oder zumindest zu verringern. Vor diesem Hintergrund sei beschlossen worden, ein System zu beschaffen, das Händler, Gastronomie, Behörden, Kulturtreibende und alle weiteren Einrichtungen mit Publikumsverkehr bei der Erfassung von Kontaktdaten und der Weiterleitung dieser Daten an die Gesundheitsämter unterstützte, um die ressourcen- und zeitaufwändige Datenerhebung in Form von Papierlisten durch ein einfach zu nutzendes digitales Verfahren abzulösen. Besonderes Augenmerk sollte dabei auf der Erleichterung der Arbeit für die Gesundheitsämter und der schnellen Benachrichtigung der Kontaktpersonen liegen (s. auch Vergabevermerk S. 1, Bl. 852 d. A. VK). Diese Erwägungen sind ausgehend von der damaligen Situation nachvollziehbar und plausibel. Dass eine automatisierte Weitergabe der Daten ermöglicht werden sollte, die eine schnellere und effektivere Kontaktnachverfolgung erlaubt als eine manuelle unter Verwendung von Papierlisten, erscheint sachlich gerechtfertigt. Ob bereits damals ein weiterer Lockdown und verschärfte Maßnahmen zur Kontaktvermeidung vorzugswürdig oder gar unvermeidbar erschienen, betrifft die Zweckmäßigkeit oder gegebenenfalls die Dringlichkeit, nicht aber die rechtliche Zulässigkeit der Beschaffung an sich (so auch im Parallelverfahren OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 54). Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war die Vorgabe einer SORMAS-Schnittstelle nicht deshalb unzulässig, weil SORMAS bundesweit nur bei 290 von 400 Gesundheitsämtern installiert und lediglich bei rund 90 Gesundheitsämtern aktiv genutzt worden sei. Zum

einen kommt es für die Beschaffung durch den Freistaat Bayern als öffentlichen Auftraggeber primär auf die Situation in Bayern an. Unstreitig war im Vergabezeitpunkt SORMAS in allen 76 bayerischen Gesundheitsämtern implementiert, von denen zumindest einige die Software bereits aktiv nutzten. Zum anderen war auch bei den Gesundheitsämtern, die SORMAS schon installiert hatten, sich aber noch im Testbetrieb befanden, eine Verwendung zur automatisierten Kontaktnachverfolgung jedenfalls in Zukunft möglich und naheliegend. Die Forderung nach einer SORMASSchnittstelle auch schon vor deren flächendeckenden Einsatz in den Gesundheitsämtern erscheint mithin objektiv nachvollziehbar und nicht willkürlich (so auch OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 44).

37

cc) Der Antragsgegner war nicht verpflichtet, generell den Bietern oder gerade der Antragstellerin die Möglichkeit einzuräumen, die SORMAS-Schnittstelle nach Angebotsabgabe oder Zuschlagserteilung noch zu programmieren.

38

Das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot, § 97 Abs. 2 GWB, stellen Anforderungen an das Verhalten des Auftraggebers bei der Vorbereitung und Durchführung der Ausschreibung. Davon unberührt bleiben jedoch Umstände, die nicht auf die Ausschreibung zurückzuführen sind, sondern etwa aus der regelmäßig unterschiedlichen Marktstellung der teilnehmenden Unternehmen resultieren. Dies betrifft etwa den Umstand, dass ein Unternehmen wegen seiner bisherigen Geschäftstätigkeit gegebenenfalls größere Chancen für die Abgabe eines wirtschaftlicheren Angebots hat. Der öffentliche Auftraggeber ist nicht berechtigt und erst recht nicht verpflichtet, unabhängig von der konkreten Ausschreibung bestehende Wettbewerbsvorteile auszugleichen. Der Auftraggeber kann, wenn es dafür vernünftige wirtschaftliche Gründe gibt, den Leistungsinhalt so bestimmen, dass einzelne Bieter Wettbewerbsvorteile gegenüber anderen haben, solange dies nicht durch die Absicht der Bevorzugung eines bestimmten Unternehmens motiviert ist (OLG Schleswig, Beschluss vom 13. Juni 2019, 54 Verg 2/19 - Triebzüge, juris Rn. 199; OLG Naumburg, Beschluss vom 5. Dezember 2008, 1 Verg 9/08, juris Rn. 79; OLG Koblenz, Beschluss vom 5. September 2002, 1 Verg 2/02, juris Rn. 125).

39

Die Mindestvoraussetzung einer bereits installierten SORMAS-Schnittstelle war vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden. Die Programmierung einer derartigen Schnittstelle wäre auch anderen Unternehmen als der Beigeladenen möglich gewesen. Unstreitig handelte es sich bei SORMAS um eine Open-Source Software. Ob es für die Realisierung einer solchen Schnittstelle zudem noch der Mitwirkung des Anbieters von SORMAS bedurfte, wie die Antragstellerin vorträgt, ist ohne Belang. Dass durch die Vorgabe faktisch die Beigeladene, in deren Programm die Schnittstelle schon installiert war, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Antragstellerin erhielt, die noch keine SORMAS-Schnittstelle implementiert hatte, ändert nichts. Dieser Wettbewerbsvorteil der Beigeladenen bestand bereits vor und unabhängig von der konkreten Vergabe durch den Antragsgegner. Zu einem Ausgleich dieses Wettbewerbsvorteils war der Antragsgegner nicht verpflichtet.

40

Es ist auch nicht ersichtlich, dass das Mindestkriterium gerade eine Bevorzugung der Beigeladenen oder eine Diskriminierung der Antragstellerin bezweckte. Selbst wenn die Programmierung der Schnittstelle, wie die Antragstellerin behauptet, in kurzer Zeit und in der Regel ohne Probleme erfolgen kann, musste sich der Antragsgegner nicht darauf einlassen. Angesichts der Situation Mitte / Ende Februar 2021, der aufgetretenen neuen Virus-Mutationen und der steigenden Infektionszahlen durfte der Antragsgegner den sichersten Weg wählen und eine bereits vorhandene und funktionierende SORMASSchnittstelle fordern. Zudem war für den Antragsgegner im Vorfeld der Vergabe nicht hinreichend sicher abschätzbar, wieviel Zeitaufwand die Programmierung erfordern und welche Risiken sie bergen würde. Nur ergänzend wird insoweit auf die erheblich divergierenden Angaben zum nötigen Zeitaufwand von Antragstellerin - zwei Stunden - und Beigeladener - mehrere Wochen - verwiesen (so im Ergebnis auch OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 44). Zudem birgt eine erst neu einzurichtende Softwarefunktion wie die SORMAS-Schnittstelle gegenüber einer schon implementierten Funktionalität jedenfalls ein (etwas) höheres Risiko und eine (zumindest leicht) gesteigerte Fehleranfälligkeit.

41

dd) Die Vorgabe einer bereits implementierten SORMAS-Schnittstelle durch den Antragsgegner verstieß nicht gegen § 31 Abs. 6 VgV.

42

Die Mindestvoraussetzung, dass die angebotene Software über eine Schnittstelle zu der bei den Gesundheitsämtern installierten Software SORMAS verfügen müsse, ist keine offen produktspezifische Vorgabe im Sinne der Festlegung auf ein bestimmtes (Vor-) Produkt, sondern lediglich die Beschreibung einer nötigen Funktion bzw. Eigenschaft des angebotenen Systems.

43

Allerdings wird gegen die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung nicht nur dann verstoßen, wenn ein bestimmtes Fabrikat offen in der Leistungsbeschreibung genannt wird, sondern auch, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein bestimmtes Produkt vorgegeben wird und nur mit diesem die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden können (OLG München, Beschluss vom 26. März 2020, Verg 22/19, juris Rn. 128; Trutzel in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, VgV § 31 Rn. 50).

44

Eine verdeckte produktspezifische Vorgabe wäre möglicherweise anzunehmen, wenn tatsächlich nur die Software der Beigeladenen die geforderte Funktionalität hätte erfüllen können. Dies ist aber nicht der Fall. Zum einen ist SORMAS unstreitig eine Open-SourceSoftware, deren Schnittstelle bereits 2015 allgemein zugänglich gemacht wurde, sodass im Grundsatz jedem Anbieter eine entsprechende Programmierung möglich war. Zum anderen forderte der Antragsgegner nicht nur die Beigeladene, sondern ein weiteres Unternehmen zur Angebotsabgabe auf. Somit war im Beschaffungszeitpunkt offensichtlich das Produkt der Beigeladenen gerade nicht das einzige System am Markt, das über eine schon vorhandene Schnittstelle zu SORMAS verfügte.

45

ee) Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene über Insiderwissen verfügt und daher bereits die Vorgabe einer SORMAS-Schnittstelle gegen § 97 Abs. 1 und 2 GWB verstoßen hätte.

46

Unabhängig davon, ob ein etwaiges Insiderwissen der Beigeladenen überhaupt zur Unzulässigkeit der Mindestanforderung führen und nicht nur einen Ausschluss der Beigeladenen bedingen könnte, fehlt es bereits an Anhaltspunkten hierfür. Auch nach dem Vortrag der Antragstellerin waren im Februar 2021 bundesweit bereits 290 Gesundheitsämter mit SORMAS ausgestattet, davon nutzten ca. 90 diese Software aktiv. Unstreitig waren eine Kontaktnachverfolgung mittels SORMAS und der Einsatz dieser Software in den Gesundheitsämtern bereits seit Sommer 2020 in der öffentlichen Diskussion. Somit erschien es auch aus damaliger Sicht nicht fernliegend, dass im Rahmen des weiteren Pandemieverlaufs Bedarf an einer automatisierten Kontaktnachverfolgung über eine Schnittstelle zu SORMAS entstehen könnte. Dass die Beigeladene anders als die Antragstellerin dies erkannte und vorsorglich die Schnittstelle programmierte, lässt nicht den Schluss zu, die Beigeladene habe über Insiderwissen verfügt (so im Ergebnis auch OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 44).

47

d) Auf die weiteren von der Antragstellerin behaupteten Verstöße gegen vergaberechtliche Bestimmungen kommt es nicht. Dahingestellt bleiben kann insbesondere, ob eine Dringlichkeit gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorlag, die Voraussetzungen des § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b) VgV erfüllt waren und ob der Antragsgegner eine ausreichende Markterkundung durchgeführt hatte sowie mehr als zwei Unternehmen zur Angebotsabgabe hätte auffordern müssen.

48

Wurde ein Bieter in seinem Recht auf Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt, ist sein Nachprüfungsantrag dennoch nicht begründet, wenn ihm tatsächlich weder ein Schaden entstanden noch ein solcher wahrscheinlich ist. Droht wegen einer Rechtsverletzung kein Schaden, mithin keine Beeinträchtigung der Aussichten auf Erhalt des Auftrags, sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen. Dies folgt nicht zuletzt aus dem Wortlaut des § 168 Abs. 1 Satz 1 GWB, wonach geeignete Maßnahmen zu treffen sind, um eine Rechtsverletzung des Antragstellers zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Die Vergabekammer und der

Vergabesenat sind keine allgemeinen Kontrollinstanzen, die abstrakt für die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens sorgen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2019, VII-Verg 18/19 - Trockenausbau, juris Rn. 48; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11. Juni 2013, 11 Verg 3/13, juris Rn. 47; OLG Naumburg, Beschluss vom 12. April 2012, 2 Verg 1/12 - Landesdatennetz, juris Rn. 116; OLG München, Beschluss vom 12. Mai 2011, Verg 26/10, juris Rn. 73; Dreher/Hoffmann in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB § 135 Rn. 45; Prell in BeckOK Vergaberecht, 24. Edition Stand: 31. Januar 2022, GWB § 168 Rn. 27; Fett in Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht, GWB § 168 Rn. 12; kritisch Antweiler in Burgi/Dreher/Opitz, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1, GWB § 168 Rn. 28).

49

Die Software der Antragstellerin verfügte über keine SORMAS-Schnittstelle und wäre daher mangels Erfüllung des - zulässigen - Mindestkriteriums für einen Zuschlag auf keinen Fall in Betracht gekommen. Die Antragstellerin hatte mithin keinerlei Aussicht, den Auftrag zu erhalten. Die behaupteten weiteren Verstöße gegen Bestimmungen über das Vergabeverfahren konnten folglich eine solche Aussicht nicht beeinträchtigen. Der Nachprüfungsantrag ist daher unabhängig davon unbegründet, ob weitere Rechtsverletzungen tatsächlich vorlagen (so im Parallelverfahren auch OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 55). Anhaltspunkte dafür, dass auch die Angebote der Beigeladenen und des weiteren zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerbers hätten ausgeschlossen werden müssen, der Antragsgegner sodann das Mindestkriterium einer SORMAS-Schnittstelle aufgehoben und die Antragstellerin infolgedessen eine Chance auf den Auftrag erhalten hätte (vgl. OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021, 17 Verg 2/21 - LUCA-App I, juris Rn. 57; OLG München, Beschluss vom 5. November 2009, Verg 15/09, juris Rn. 67), sind nicht erkennbar.

C.

50

Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 Abs. 2, § 71 Sätze 1 und 2 Alt. 1 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der Antragstellerin die gesamten Kosten aufzuerlegen, da sie mit ihrer Beschwerde unterlegen ist. Dies gilt auch für die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung angefallenen außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die sich aktiv am Verfahren beteiligt hat. Bei der Kostenentscheidung der Vergabekammer hat es sein Bewenden.

51

Den Streitwert hat der Senat gemäß § 50 Abs. 2 GKG auf 5% der im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter Nr. 2021/S. 070-179017 veröffentlichten Auftragssumme von 4.644.000,00 € netto, mithin 5.526.360,00 € brutto, festgesetzt.