

Oberlandesgericht Rostock zum erfolglosen Nachprüfungsantrag gegen eine Direktvergabe

Zwingende Mindestanforderungen nicht erfüllt

Das Oberlandesgericht Rostock (OLG Rostock, 17 Verg 2/21 vom 1. September 2021) hatte über die sofortige Beschwerde gegen die Direktvergabe der Luca-App zu entscheiden, bei der das beschaffte Produkt zulässig gestellte zwingende Mindestanforderungen erfüllte, ein Konkurrenzprodukt hingegen nicht. Der Auftraggeber, das Land Mecklenburg-Vorpommern, beschaffte bei der Beigeladenen im Wege der Direktvergabe die sogenannte Luca-App, ohne diese auszuschreiben oder anderweitige Angebote einzuholen. Kurz vor dem Vertragsabschluss hatte die Antragstellerin eigeninitiativ eine Interessenbekundung für eine Kontaktnachverfolgungs-App unter anderem an den Auftraggeber gerichtet. Sie wandte sich gegen die Direktvergabe mit einem Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer zurückwies. Die Vergabekammer hielt den Antrag für unbegründet, weil nur das Produkt der Beigeladenen über eine Schnittstelle zu dem von den Gesundheitsämtern genutzten Programm SORMAS (Surveillance, Outbreak Response Management and Analysis System) verfüge. Bei dieser Sachlage habe die Beigeladene unmittelbar beauftragt werden dürfen, zumal gesteigerte Eilbedürftigkeit vorgelegen habe. Gegen den Beschluss hat die Antragstellerin Beschwerde eingelegt.



Um die Direktvergabe der Luca-App gab es Streit.

FOTO: DPA/GUIDO KIRCHNER

Sofortige Beschwerde

Mit ihrer sofortigen Beschwerde macht sie geltend, dass die Beauftragung der Beigeladenen unwirksam sei. Einerseits habe der Auftraggeber die Antragstellerin diskriminiert. Andererseits hätten die Voraussetzungen einer sogenannten Notvergabe nicht vorgelegen. Es lasse sich auch nicht sicher ausschließen, dass das Produkt der Antragstellerin im Ergebnis einer sachgerechten Marktrecherche und vergaberechtskonformen Festlegung der Anforderungen zuschlagsfähig wäre. Weder aus tatsächlichen noch aus rechtlichen Gründen sei von einem Ausschluss beziehungsweise einer Ausschließbarkeit ihres Produkts auszugehen. Letztlich weise das Produkt der Antragstellerin sogar einen Mehrwert gegenüber demjenigen der Beigeladenen auf. Die Beschwerde bleibt vor dem OLG Rostock erfolglos, weil die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag nach Ansicht des Senats zu Recht zurückgewiesen hat.

Denn die App der Antragstellerin erfülle nicht die zwingenden Kriterien, die der Auftraggeber für die Beschaffung in willkürfreier Weise aufgestellt habe. Damit

könne sich die Antragstellerin nicht auf einen etwaigen Vergaberechtsverstoß berufen. Das von der Antragstellerin entwickelte System sei für die vorliegende Beschaffung nicht in Betracht gekommen, weil es keine Schnittstelle zu SORMAS aufweise und damit ein zwingendes Beschaffungskriterium nicht erfülle. Es begegne auch keinen rechtlichen Bedenken, dass der Auftraggeber das Vorhandensein einer Schnittstelle zu SORMAS als zwingendes Kriterium vorgesehen habe.

Laut Vermerk zur Vergabe müsse das Produkt eine Anbindung an SORMAS aufweisen. Diese Anbindung setze eine tatsächlich vorhandene Schnittstelle zu SORMAS voraus. An verschiedenen Stellen im Vermerk sei hervorgehoben worden, dass der Beschaffungsgegenstand keine neu zu entwickelnde IT-Infrastruktur zur digitalen Kontaktnachverfolgung sein solle, weil eine Neuentwicklung zu lange dauern würde. Der Senat hält es für zulässig und auch geboten, die darin zum Ausdruck kommende Wertung, kein Produkt zu beschaffen, das noch einer wesentlichen Überarbeitung beziehungsweise Fortentwicklung be-

dürft hätte, für die Beantwortung der Frage heranzuziehen, ob es der Zuschlagsfähigkeit eines unterstellten Angebots schade, dass die Schnittstelle erst noch herzustellen gewesen wäre. Der Beschaffungsbedarf habe im Zeitpunkt der Beauftragung auch bereits feststanden. Nach Ansicht des Senats begegnet die Anforderung keinen vergaberechtlichen Bedenken.

Der Auftraggeber habe ein weitgehendes Bestimmungsrecht, ob und welchen Gegenstand er beschaffen wolle, solange er dabei die Grenzen der Rechtsprechung beachte und kein bestimmtes Produkt bevorzuge oder Anbieter diskriminiere. Er bestimme die an den Beschaffungsgegenstand zu stellenden technischen und ästhetischen Anforderungen, die allerdings objektiv auftrags- und sachbezogen sein müssten. Des Weiteren müsse die Begründung nachvollziehbar sein. Ohne Belang sei demgegenüber, ob Anforderungen erforderlich oder zweckmäßig seien.

Danach halte sich die Leistungsbestimmung in den vorgegebenen Grenzen. Es sei nicht sachwidrig, eine weitgehende Automatisierung der Kontaktnachverfol-

gung anzustreben und hierzu eine Schnittstelle zu SORMAS zu fordern. Die Anforderung erscheine bereits dann nicht sachwidrig, wenn bei der Vergabeentscheidung zu erwarten sei, dass zumindest einzelne Gesundheitsämter im Leistungszeitraum die Technik nutzen werden und deren Anzahl nicht derart gering sei, dass von einem nachhaltigen Effekt nicht auszugehen sei. Hier seien bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagerteilung sieben der acht Gesundheitsämter in Mecklenburg-Vorpommern an SORMAS angeschlossen gewesen; zwischenzeitlich alle. Nicht zu erkennen sei auch, dass die Anforderung auf einer einseitigen Ausrichtung an den Funktionalitäten der Luca-App beruhe. Zudem bestünden keine Anhaltspunkte, dass der Auftraggeber der Beigeladenen im kollusiven Zusammenwirken Insiderwissen zur Verfügung gestellt und diese nur deshalb über die Schnittstelle verfüge habe.

Für die Zulässigkeit der Leistungsbestimmung ohne Belang sei, ob die bei Luca vorhandene SORMAS-Schnittstelle nun auch tatsächlich genutzt werde. Hieraus lasse sich nicht schließen, dass im

Zeitpunkt der Vergabeentscheidung das Anforderungsprofil nicht sachlich und diskriminierungsfrei umrissen worden, es dem Auftraggeber also ex ante nicht wirklich und ernstlich auf eine Schnittstelle angekommen sei. Der Senat sieht auch sonst keinen Anhaltspunkt dafür, dass das Schnittstellenerfordernis nur vorgeschoben gewesen wäre, um der Beigeladenen zu einer vermeintlichen Alleinstellung zu verhelfen und so eine Beauftragung gerade der Beigeladenen zu determinieren.

Die Leistungsbestimmung verstoße auch nicht gegen das Verbot einer produktspezifischen Ausschreibung (§ 31 Abs. 6 VgV), weil es sich bei SORMAS um eine jedermann zugängliche Open-source-Software handle. Das Produkt der Antragstellerin habe hingegen zum maßgeblichen Zeitpunkt der Vergabeentscheidung über keine Schnittstelle zu SORMAS verfügt. Dieser Zeitpunkt sei maßgeblich für die Zuschlagsfähigkeit, weil die Frage nach dem Vorliegen der Voraussetzungen einer Notvergabe (§ 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV) nur zu diesem Zeitpunkt sinnvoll beantwortet werden könne.

Insoweit komme es letztlich nicht darauf an, ob die Antragstellerin die Schnittstelle binnen zwei Stunden implementieren könne. Das Anforderungsprofil des Auftraggebers habe die Anbindung an SORMAS erkennbar als wesentliche Eigenschaft der einzukaufenden Software definiert. Unabhängig von dem zeitlichen beziehungsweise entwicklungs- beziehungsweise entwicklungstechnischen Aufwand für die Schaffung dieser Voraussetzung könne aus Sicht des Senats schon wegen der maßgeblichen – funktionalen – Bedeutung dieses Aspekts für den Auftragsgegenstand nicht von einer bloß geringfügigen Änderung ausgegangen werden. Zudem könne letztlich auch nicht abschließend beziehungsweise belastbar eingeschätzt werden, ob es tatsächlich bei den von der Antragstellerin in den Raum gestellten zwei Stunden bliebe und wie erfolgreich eine anschließende Testphase verlief. Der Senat ist vor diesem Hintergrund der Ansicht, dass der Auftraggeber unter Berücksichtigung der Wertung, dass ein fertiges Produkt beschafft werden solle, von einer Einbeziehung des Produkts der Antragstellerin absehen dürfen. Von daher geht er davon aus, dass ein unterstelltes Angebot der Antragstellerin auf der Grundlage dieses Produkts für einen Zuschlag nicht in Betracht gekommen wäre.

Weil die Antragstellerin mangels eigener Zuschlagschance eventuelle Mängel bei der Vergabe nicht habe rügen können, habe der Senat nicht zu entscheiden, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen der Notvergabe gemäß § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV vorgelegen haben, ob die konkrete Vergabe den Anforderungen an einen „Wettbewerb light“ genüge und ob ein eventueller Verstoß hiergegen die Unwirksamkeitsfolge des § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nach sich zöge, wie vom Senat zuletzt im Zusammenhang mit PCR-Tests bejaht (vgl. Beschluss vom 09.12.2020 – 17 Verg 4/20 und Monatsinfo 02/21, S. 64 ff.).

Die Antragstellerin könne sich auch nicht ausnahmsweise darauf berufen, der Beigeladenen habe der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen und ihr müsse deshalb eine „zweite Chance“ eingeräumt werden. Zwar habe die Beigeladene Anpassungen bei der Check-out-Funktion vorgenommen, indem sie die Option eines automatischen Check-outs ergänzt habe. Da das Produkt aber bereits mit der manuellen Check-out-Funktion die gestellten Anforderungen erfüllt habe, begegne es keinen Bedenken, dass die Beigeladene im Rahmen der Verhandlungen die Möglichkeit der Anpassung erhalten habe. > FV

Ausschreibungen für Bayern

Auftrag online finden: Einfach. Schnell. Effizient.

- ✓ Benachrichtigungen per E-Mail
- ✓ Vergabeunterlagen online
- ✓ Viele weitere Vorteile finden Sie unter www.bsz.de/business

Webbasiert inkl.
GAEB online

Aktuelle
Ausschreibungen
warten auf Ihren Abruf