



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 40/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „[...]“; EU-Bekanntmachung Amtsblatt [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2015 am 10. Juni 2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt als IT-Dienstleister der [...] derzeit ein offenes Verfahren über die Lieferung und Pflege der Standardsoftware „[...]“ nach der SektVO durch. Dieses „Enterprise Mobile Management System“ (sog. „EMM-Lösung“) soll insbesondere die Verwaltung und den Betrieb der im [...] -Konzern (z.Zt. über [...], später bis zu [...]) eingesetzten mobilen Endgeräte (Tablets, Handys etc.) unterstützen; neben den bereits im Rahmen eines anderen Mobile Device Management Systems eingesetzten Funktionen (wie E-Mail-, Kontakte und Kalendersynchronisation, Inventarisierung und Verwaltung der Endgeräte) soll die neue EMM Lösung sukzessive um weitere Services erweitert werden.

Nach mehreren hausinternen Workshops und Gesprächen mit unterschiedlichen Softwareunternehmen (darunter die Antragstellerin (ASt), die selbst eine bestimmte EMM-Lösung herstellt, und die Herstellerin der verfahrensgegenständlichen Software „[...]“) führte die Ag ab dem 27. Oktober 2014 eine sog. Marktanfrage durch, um einen aktuellen Überblick über die am Markt befindlichen EMM-Lösungen zu erhalten. In dem betreffenden Fragebogen hatte sie 14 fachliche Anforderungen aufgeführt, „die vollständig durch das [zukünftig zu beschaffende] Kaufprodukt erfüllt sein müssen“ (s. Ziffer 5.1 der Marktanfrage).

Das Kriterium F7/7.1 der Marktanfrage bezog sich auf die Anzeigemöglichkeit einer Nutzungsrichtlinie vor der Registrierung eines mobilen Endgerätes, das Kriterium F14/14.1 lautete:

„Kann die in der angebotenen EMM Lösung eingesetzte oder von dieser mitgelieferte Datenbank von der EMM Lösung separiert und skalierbar in einer hochverfügbaren Umgebung der [Ag] betrieben werden?“

An der Marktanfrage beteiligten sich zahlreiche Unternehmen mit unterschiedlichen Softwarelösungen, mehrere (darunter die ASt) bejahten, dass sie die Kriterien F7/7.1 und F14/14.1 erfüllten. Nach Auswertung der eingereichten Fragebögen und praktischen Tests mit unterschiedlichen Softwarelösungen kam die Ag zu dem Ergebnis, dass nur das Produkt „[...]“ alle ihre Anforderungen erfülle, und schrieb daher die Beschaffung dieser konkreten Software aus.

Am 20. April sowie am 24. April 2015 rügte die ASt u.a., dass die Ausschreibung gegen das vergaberechtliche Gebot der Produktneutralität verstoße und dass auch ihre Software die ausgeschriebenen Vorgaben einhalte. Die Ag half den Rügen nicht ab und wies die ASt darauf hin, dass deren Software insbesondere die Anforderungen F7/7.1 und F14/14.1 nicht erfülle.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 6. Mai 2015 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 7. Mai 2015 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, die Ag habe ihre Ausschreibung zu Unrecht auf die Software des mit ihr konkurrierenden Herstellers [...] beschränkt. Eine solche produktspezifische Ausschreibung sei nicht gerechtfertigt, da es für die von der Ag nachgefragten EMM-Lösungen eine Vielzahl von Softwareprodukten anderer Hersteller auf dem Markt gebe, die gleichwertig seien. Zudem sei die Ag bei der Bestimmung des Auftragsgegenstands nicht willkürfrei und diskriminierungsfrei vorgegangen, denn bereits die Marktanfrage sei auf das nunmehr ausgeschriebene Produkt der Firma [...] zugeschnitten gewesen. Die Ag habe die Herstellerin dieser Software bzw. deren [...] Tochter bereits im Rahmen der Vorbereitung der Marktanfrage eng in ihre Überlegungen zur Bestimmung des Bedarfs eingebunden und sich von dieser beeinflussen lassen. Demgegenüber sei der ASt keine vergleichbare Gelegenheit eingeräumt worden, ihre EMM-Lösung der Ag vorzustellen. Jedenfalls hätte die Ag in der Ausschreibung gemäß § 7 Abs. 11 SektVO den Zusatz „oder gleichwertig“ verwenden müssen.

Darüber hinaus treffe es nicht zu, dass das Produkt der ASt die Mindestanforderungen F7/7.1 und F14/14.1 nicht erfülle. Zum Kriterium F14/14.1 räumt die ASt ein, dass die zentrale Datenbank, auf der personenbezogene Daten gespeichert werden würden, bei ihrer EMM-Lösung nicht separiert werden könne, sondern fest in das System integriert sei. Eine solche Separierung sei jedoch zur Gewährleistung der Datensicherheit gar nicht notwendig, sondern könne auch von der Software der ASt erfüllt werden. Eine Separierung in verschiedene Schutzzonen sei von der Zielarchitektur der Ag darüber hinaus gar nicht erwünscht; die ursprüngliche Vorgabe der Ag sei dementsprechend anders gewesen und erst nachträglich zu Lasten der ASt geändert worden. Im Übrigen trägt die ASt – ohne dies im Einzelnen zu begründen – vor, dass auch das

ausgeschriebene [...] -Produkt die Anforderungen der Zielarchitektur der [...] nicht erfülle. Auch in der mündlichen Verhandlung macht die ASt hierzu keine näheren Ausführungen.

Darüber hinaus meint die ASt, die Leistungsbeschreibung sei nicht eindeutig und erschöpfend. Da die Ag auf ein bestimmtes, bereits existierendes Software-Produkt Bezug genommen habe, hätten die Bieter gar nicht erkennen können, auf welche Kriterien es der Ag bei dem ausgeschriebenen Produkt ankomme und ob ggf. gleichwertige oder sogar bessere Lösungen in Frage kämen.

Schließlich trägt die ASt vor, dass die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Ag vorliegend nicht notwendig sei. Denn es gehöre zum originären Aufgabenkreis der Ag, nicht nur die IT-Leistungen des [...] -Konzerns als Dienstleister zu bündeln, sondern solche Leistungen auch im Zuge von Vergabeverfahren nach der SektVO auszuschreiben. Die Ag verfüge daher über eine besondere Erfahrung im Vergaberecht. Zudem könne sie auf die Rechtsabteilung der [...] zurückgreifen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. der Ag zu verbieten, den Zuschlag zu erteilen;
2. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren aufzuheben und ohne Beschränkung auf ein konkretes Produkt und/oder einen konkreten Hersteller neu durchzuführen;
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
4. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Ag war notwendig.
3. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -verteidigung notwendigen Aufwendungen.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei mangels Antragsbefugnis und rechtzeitiger Rüge der ASt bereits unzulässig.

Darüber hinaus habe die Ag das Ergebnis der Marktanfrage zu Recht zur Grundlage des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens gemacht, ohne diese vorherige Markterkundung wäre die Vergabe nicht ausschreibungsreif gewesen. Die Vorgabe dieses konkreten Produkts beruhe auf nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründen. Entsprechend den zwingenden Vorgaben einer [...]Konzernrichtlinie seien die IT-Systeme des [...]Konzerns aus datenschutz- und sicherheitstechnischen Gründen in verschiedene durch Firewalls voneinander getrennte Sicherheitsstufen (sog. „Schutzzone(n)“) unterteilt. Der Netzwerkbereich, der alle Systeme beherberge, die einen Internetzugang benötigten, sei dem Bereich „Basis Schutz“ zugeordnet. Systeme wie der EMM-Server, die direkt mit dem Internet kommunizierten, müssten in diesem Bereich angesiedelt sein, jedoch dürften hier keine Daten mit hohem Schutzbereich vorgehalten werden. Solche Daten wären bei der ausgeschriebenen EMM-Lösung beispielsweise der Name, die Telefonnummer und die Mailadresse des jeweiligen Anwenders. Systeme, die solche personenbezogenen Daten speicherten, befänden sich im Bereich „Hoher Schutz“. Letzteres betreffe auch die EMM-Datenbank. Um das interne Netz der Ag einschließlich der dort gespeicherten personenbezogenen Daten vor unberechtigten Zugriffen von außen zu schützen, solle nach der [...]Konzernrichtlinie kein unmittelbarer Zugang vom Internet oder dem Netzwerkbereich im Intranet der Ag, der offen aus dem Internet erreichbar sei, zum „hohen Schutzbereich“ bestehen.

Andere Wirtschaftsteilnehmer würden durch die ausgeschriebene Produktvorgabe nicht diskriminiert, weil für die Ag keine andere Software in Betracht komme. Da es keine gleichwertigen Produkte am Markt gebe, sei auch der Zusatz „oder gleichwertig“ vorliegend nicht erforderlich gewesen.

Die Ag habe sich auch nicht von der Firma [...] beeinflussen lassen; sie habe auch nicht nur mit diesem Unternehmen, sondern mit einer Vielzahl anderer Unternehmen im Rahmen der Vorbereitung der Marktanfrage Gespräche geführt, darunter wie aus einem von der Ag vorgelegten E-Mail-Verkehr ersichtlich auch mit der ASt. Die Marktanfrage habe ergeben, dass der Kriterienkatalog der Ag nur vom ausgeschriebenen Produkt der Firma [...] eingehalten werden könne. Wie die ASt selbst zugebe, erfülle ihr in sich

geschlossenes EMM-System jedenfalls nicht das Kriterium F14/14.1, weil die Datenbank, auf der personenbezogene Daten gespeichert würden, nicht in den Bereich mit hohem Schutzbedarf im Sinne der Ag-eigenen IT-Architektur separiert werden könne. Entweder müsste die Lösung der ASt in den Bereich „Basis Schutz“ integriert werden, dann befände sich jedoch die Datenbank mit den anfallenden personenbezogenen Daten nicht wie gefordert im „hohen Schutzbereich“, oder die Lösung der ASt müsste im „hohen Schutzbereich“ installiert werden, dann gäbe es jedoch einen laut der [...] Konzernrichtlinie verbotenen unmittelbaren Zugriff von dem Netzwerkbereich, der mit dem Internet kommuniziert (z.B. E-Mail, www etc.; hier: der EMM-Server), zum hohen Schutzbereich der Ag. Ein solches Sicherheitsrisiko könne und dürfe die Ag nicht eingehen. Andere große Hersteller auf dem Markt für EMM-Lösungen würden das Kriterium F14/14.1 erfüllen.

Die Ag meint, es sei für sie notwendig, einen Rechtsanwalt hinzuziehen. Ihr Personal sei vergaberechtlich oder in der Durchführung kontradiktorischer Verfahren nicht hinreichend erfahren, zudem müssten die entscheidungserheblichen Zulässigkeits- und Begründetheitsfragen tiefergehend vergaberechtlich durchdrungen werden.

Die Vergabekammer hat der ASt nach vorheriger Zustimmung der Ag antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 1. Juni 2015 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung ergeht gemäß § 1 Abs. 1 SektVO auf der Grundlage der SektVO.

Der Nachprüfungsantrag ist jedenfalls unbegründet, denn die Ag hat zu Recht mit der EMM-Lösung der Firma [...] ein bestimmtes Produkt ausgeschrieben; zudem erfüllt die EMM-Lösung

der ASt die vergaberechtskonform aufgestellten Produkthanforderungen der Ag nicht, so dass auch aus diesem Grund eine Rechtsverletzung der ASt nicht vorliegt.

Die Ausschreibung der Ag erfolgte in nicht zu beanstandender Weise im Einklang mit § 7 Abs. 11 SektVO. Diese Vorschrift ist – entgegen ihrem missverständlichem Wortlaut – richtlinienkonform so auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber in seinen technischen Anforderungen nicht nur dann auf bestimmte Produkte verweisen darf, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann (vgl. § 7 Abs. 11 S. 2 SektVO), sondern dass er auf den Gleichwertigkeitszusatz auch dann vollständig verzichten darf, wenn die Ausschreibung eines ganz bestimmten Produktes „durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist“ (vgl. Art. 34 Abs. 8 S. 1 RL 2004/17/EG und gleichlautend Art. 60 Abs. 4 S. 1 RL 2014/25/EU; s. zur identischen Rechtslage nach Art. 23 Abs. 8 RL 2004/18/EG: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Januar 2013, VII-Verg 33/12). Dies vorausgesetzt ist die Entscheidung der Ag, ein bestimmtes Produkt zu beschaffen, nicht zu beanstanden. Denn das Vergaberecht regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber beschafft, sondern nur die Art und Weise der Beschaffung; auch für einen öffentlichen Auftraggeber gilt grundsätzlich die Vertragsfreiheit (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Mai 2013, VII-Verg 16/12). Die vergaberechtlichen Grenzen sind nur dann überschritten, wenn die Bestimmung des Beschaffungsgegenstands nicht durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, keine nachvollziehbaren objektiven und auftragsbezogenen Gründe vom Auftraggeber angegeben worden sind und die Bestimmung nicht willkürfrei erfolgte, wenn solche Gründe tatsächlich nicht vorhanden sind oder wenn die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert (std. Rspr. des OLG Düsseldorf, vgl. nur Beschlüsse vom 22. Mai 2013, aaO., und vom 17. Februar 2010, VII-Verg 42/09).

Im vorliegenden Fall wurden diese Grenzen eingehalten. Die Ag will zur Verwaltung der im [...] Konzern eingesetzten mobilen Endgeräte eine EMM-Lösung beschaffen, bei der die Datenbank, auf der die bei der Nutzung dieser Geräte anfallenden personenbezogenen Daten (Name, Adresse des Nutzers etc.) in einem Bereich ihrer Systemarchitektur abgelegt werden, der durch mehrere hintereinandergeschaltete Firewalls besonders vor unberechtigten Zugriffen von außen geschützt und nicht unmittelbar aus dem Internet erreichbar ist. Da die EMM-Lösung zugleich (zum Abruf von E-Mails, Recherchen im www etc.) den Mitarbeitern des [...] Konzerns einen Internetzugang ermöglichen soll, soll der betreffende EMM Server – wie die übrigen IT-Dienste in der Systemarchitektur der Ag bzw. des [...] Konzerns auch – in einem Bereich mit niedrigerem Schutz installiert werden. Für eine solche Systemarchitektur mit voneinander durch

Firewalls getrennten Bereichen unterschiedlicher Schutzniveaus sprechen sowohl objektiv anzuerkennende datenschutzrechtliche als auch sicherheitstechnische Erwägungen nicht nur in Bezug auf die einzukaufende EMM-Lösung, sondern auch im Hinblick auf die IT innerhalb des gesamten [...]Konzerns. Denn ein Zugriff auf die personenbezogenen Daten der Mitarbeiter ist umso eher möglich, wenn eine Appliance, die den Zugang zum Internet eröffnet (wie hier für die über die ausgeschriebene EMM-Lösung verwalteten mobilen Endgeräte dieser [...]Mitarbeiter), gleichzeitig die personenbezogenen Daten, die beim Internetzugang anfallen, enthält. Die Entscheidung der Ag, in einem solchen Fall die Datenbank, auf der die personenbezogenen Daten gespeichert werden, in einen höheren Schutzbereich auszulagern, und den EMM-Server in einen hiervon durch eine weitere Firewall getrennten anderen Schutzbereich, ist daher unter sachlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Würden EMM-Server und die betreffende Datenbank im selben (ggf. hohen) Schutzbereich betrieben, bestünde darüber hinaus ein weiteres Sicherheitsrisiko für die übrige IT des [...]Konzerns, falls unberechtigt auf den EMM-Server und damit zugleich auf diesen Schutzbereich zugegriffen wird. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang auch, dass diese Risiken vorliegend nicht nur einen kleinen Kreis der [...]Mitarbeiter betreffen, sondern derzeit über [...] Endgeräte bzw. zukünftig bis zu [...].

Dass die von der ASt angebotene EMM-Lösung die datenschutz- und sicherheitstechnischen Anforderungen der Ag nach Auffassung der ASt ebenso gut erfüllen soll, ist unerheblich. Denn dass sich die Ag unter Hinblick auf ihre übrige Softwarearchitektur und ihre geltende Konzernrichtlinie speziell für das Modell der Separierung von EMM-Server und Datenbank entschieden hat, ist aus den o.g. objektiven Gründen anzuerkennen. Wenn solche objektiven und auftragsbezogenen Gründe wie hier tatsächlich vorliegen, hat ein Bieter keinen Anspruch, einem öffentlichen Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften anzudienen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 17. Februar 2010, VII-Verg 42/09, und vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12).

Die Festlegung des Beschaffungsgegenstands durch die Ag ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil vor der Ausschreibung zunächst Gespräche mit mehreren Softwareunternehmen sowie eine Marktanfrage stattgefunden haben. Die ASt meint, die Ag habe sich zu Lasten der ASt von der Firma [...] beeinflussen lassen. Um den Markt zu erkunden, ist es jedoch zumindest bei Beschaffungen, die wie hier zwar Standardprodukte, aber solche Produkte betreffen, deren Einkauf nicht alltäglich erfolgt und deren technische Entwicklung sich wie im Softwarebereich in kurzen Zeiträumen regelmäßig grundlegend ändert, nicht ungewöhnlich, dass ein öffentlicher Auftraggeber den Markt in Bezug auf die

Umsetzbarkeit seines Beschaffungsbedarfs zunächst eruiert. Im Gegenteil könnte eine ohne vorher erforderliche Markterkundung erfolgte Ausschreibung mangels Ausschreibungsreife sogar vergaberechtswidrig sein (so OLG Celle, Beschluss vom 22. Mai 2008, 13 Verg 1/08; und Thüringer OLG, Beschluss vom 26. Juni 2006, 9 Verg 2/06). Auch die neue EU-Sektoren-Richtlinie lässt daher solche „vorherigen Marktkonsultationen“ zukünftig ausdrücklich zu (s. Art. 58 RL 2014/25/EU).

Es liegen auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Ag hier nicht diskriminierungsfrei vorgegangen wäre, vor allem nicht dafür, dass die Ag hierüber hinaus kollusiv mit der Firma [...] zusammengewirkt hätte. Da der Vorwurf kollusiven Verhaltens eines öffentlichen Auftraggebers mit einem Bieter auch strafrechtlich relevant sein kann, sind an die entsprechende Darlegung besonders strenge Anforderungen zu stellen. Mehr als die Tatsache, dass vor der Ausschreibung Gespräche und eine nach dem oben Gesagten zulässige Marktanfrage stattfanden, konnte jedoch auch die ASt nicht vortragen. Das reicht zum Beleg einer diskriminierenden oder gar kollusiven Vorgehensweise der Ag jedoch nicht. Denn diese Gespräche wurden nicht nur mit der Firma [...], sondern auch mit der ASt (und weiteren Softwareunternehmen) geführt. Auch sonst gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die ausgeschriebenen Anforderungen speziell auf die Software der Firma [...] zugeschnitten wurden. Wie die Marktanfrage gezeigt hat, wird gerade das bei der Software der ASt beanstandete Kriterium F14/14.1 von mehreren Anbietern erfüllt. Dass diese Marktanfrage dazu führte, dass nur ein einziges Produkt den Beschaffungsbedarf der Ag erfüllen kann, ist per se ebenfalls kein Indiz für eine Bevorzugung der Firma [...], wenn – wie hier – die zu erfüllenden technischen Anforderungen durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind. Denn die aus einer zulässigen Bestimmung des Beschaffungsbedarfs resultierende Einengung des Wettbewerbs ist von den übrigen Anbietern grundsätzlich hinzunehmen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010, VII-Verg 42/09). Anders als die ASt vorträgt, wurden die ausgeschriebenen Anforderungen auch nicht nachträglich zu Lasten ihrer Software geändert. Vielmehr ergibt sich die Anforderung, dass die Datenbank mit den personenbezogenen Daten separierbar sein muss, unmissverständlich bereits aus der Marktanfrage und ist in der Konzernrichtlinie des [...]Konzerns auch für die Ag verbindlich so vorgeschrieben. D.h. eine andere Anforderung hätte die Ag aus konzerninternen Gründen gar nicht aufstellen dürfen. Die ASt widerspricht sich hier im Übrigen selbst, wenn sie einerseits vorträgt, auch andere und sogar ihr Produkt könne den Beschaffungsbedarf der Ag befriedigen, und andererseits meint, das Vergabeverfahren sei speziell auf das Produkt der Firma [...] zugeschnitten. Im Übrigen darf nicht verkannt werden, dass es sich bei der Ag um einen Sektorenauftraggeber handelt,

der zwar nicht unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist, dennoch aber aufgrund seiner unternehmerischen Strukturen – und damit im Unterschied zu „klassischen“ öffentlichen Auftraggebern – stärkeren wirtschaftlichen Zwängen unterliegt. Auch dieser Umstand spricht hier eher dafür, dass die Ag die von ihr letztlich realisierte in aller Regel deutlich teurere produktspezifische Beschaffung nicht zielgerichtet verfolgt hat, sondern aufgrund ihres tatsächlichen Beschaffungsbedarf keine Alternative hatte.

Damit hat die Ag ihren Bedarf zu Recht so definiert, dass nur eine solche EMM-Lösung beschafft wird, die die Anforderung F14/14.1 erfüllt. Nachdem die ASt eingeräumt hat, dass die hiernach geforderte Separierung der Datenbank mit den personenbezogenen Daten bei ihrer EMM-Lösung nicht möglich ist, erfüllt jedenfalls das Produkt der ASt die berechtigten Anforderungen der Ag nicht und wurde daher vergaberechtskonform bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands nicht von der Ag berücksichtigt. Inwiefern auch das ausgeschriebene [...]Produkt den Anforderungen der Ag nicht entsprechen soll, hat die ASt weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung substantiiert vorgetragen, so dass die Vergabekammer hierüber nicht zu befinden vermag. Insoweit kann aber zumindest festgestellt werden, dass die von der Ag vor dem Vergabeverfahren durchgeführten praktischen Tests diese Annahme der ASt jedenfalls nicht bestätigen.

Ob die Software der ASt auch weitere der ausgeschriebenen Anforderungen nicht erfüllt wie hier möglicherweise das Kriterium F7/7.1 (so die Ag in ihren Rügeantworten gegenüber der ASt), ist vor diesem Hintergrund nicht mehr entscheidungserheblich.

Vorliegend liegt auch kein Vergaberechtsverstoß gegen die Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung vor. Denn wenn ein öffentlicher Auftraggeber wie hier ein Produkt unter einer konkreten Produktbezeichnung beschafft, ist die Leistung durch diese Bezeichnung eindeutig und erschöpfend i.S.d. § 7 Abs. 1 SektVO beschrieben. Etwas anderes wollte die Ag gar nicht einkaufen und brauchte daher auch keine allgemein gehaltenen Kriterien zu formulieren. Aus demselben Grund musste die Ag auch nicht den Zusatz „oder gleichwertig“ verwenden. § 7 Abs. 11 S. 2 SektVO erfordert einen solchen Zusatz nur dann, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Im vorliegenden Fall besteht der Auftragsgegenstand aus Sicht der Ag jedoch gerade allein aus diesem konkreten Produkt. Die Ergänzung „oder gleichwertig“ wäre dementsprechend unnötig und sogar widersprüchlich und damit der Eindeutigkeit der

Leistungsbeschreibung gerade abträglich (vgl. hierzu auch OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 9. Januar 2013, VII-Verg 33/12, und vom 15. Juni 2010, VII-Verg 10/10).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die obsiegende Ag war notwendig, denn in dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zur vergaberechtskonformen Bestimmung des Beschaffungsbedarfs durch einen öffentlichen Auftraggeber, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann