

Vergabekammer des Landes Berlin

1. Beschlussabteilung

VK-B1-30/21



# Beschluss

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

...,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

gegen

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

unter Beteiligung von

...,

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des offenen Verfahrens „Lösung zum Fallbegleitenden Kodieren“ (Vergabenummer AL 27/20)

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die/den Vorsitzenden Dr. Kern, die hauptamtliche Beisitzerin Tomkiewicz und den ehrenamtlichen Beisitzer ... am 13.04.2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird abgewiesen.
2. Die Antragsstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin mit Ausnahme der Kosten der Vorabgestattung des Zuschlags, welche die Antragsgegnerin trägt. Kosten der Antragsstellerin im Rahmen der Vorabgestattung sind nicht zu erstatten.
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
4. Die Verfahrensgebühr (Gebühren der Vergabekammer) wird auf ... Euro festgesetzt. Davon trägt die Antragsstellerin 80%, die Antragsgegnerin 20%.
5. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

## Gründe

### I.

Die Antragsgegnerin ist ein Universitätsklinikum im Land Berlin, die Antragstellerin ein IT-Unternehmen. Die Antragsgegnerin schrieb mit Bekanntmachung im EU-Amtsblatt vom 15.05.2020, Nr. 2020/S 095-227384 die Bereitstellung einer Software zum fallbegleitenden Kodieren im Wege des offenen Verfahrens aus.

Zuschlagskriterien waren:

- Qualitätskriterium - Name: Besondere Merkmale/ Gewichtung: 65
- Qualitätskriterium - Name: Jährliche prozentuale Erhöhung des Pauschalpreises / Gewichtung: 5
- Kostenkriterium - Name: Niedrigster Preis / Gewichtung: 30

In der Leistungsbeschreibung unter 3.2.1 heißt es:

*„3.2.1 Mussanforderungen*

*Werden MUSS-Anforderungen nicht erfüllt, führt dies zum Ausschluss des Angebotes aus dem Verfahren. Der AN erklärt durch Angabe in Anlage 1 die Erfüllung der Musskriterien.“*

In der Anlage 1 zu den Mindestanforderungen heißt es:

*„1.2. Interoperabilität und Schnittstellen“*

*1.2.1 Das Tool besitzt eine Schnittstelle zu ISH/ISH med (Beschreibung der techn. Umsetzung in gesondertem Dokument)*

*[...]*

*1.2.7 Das Tool leitet notwendige Grundparameter aus /SH ab*

*[...]*

*Nr. 1.2.7.4: Krankenhausindividuell bepreise ZE und NUB*

*1.2.7.5: Krankenhausindividuelle/1 bepreiste DRG [...]"*

Nr. 10 der Leistungsbeschreibung lautet:

## *10 Systemvoraussetzungen seitens der Charité*

### *10.1 Hosting*

*Wenn im Zuge der Beauftragung Anteile des Systems in der Charité gehostet werden, müssen folgende Systemvoraussetzungen erfüllt sein:*

*Alle notwendigen Server können als virtuelle Server in einer ESX-Umgebung bereitgestellt werden. Als Betriebssysteme stehen Linux und Windows zur Verfügung. Das angebotene System muss jedoch im Zuge der Wartung auch künftige Releases der Betriebssysteme unterstützen, bevor die offizielle Herstellerwartung der Vorgängerversionen endet. Als Datenbanken können Oracle DB Server und MS SQL Server angeboten werden. Das angebotene System muss jedoch im Zuge der Wartung auch künftige Releases der Datenbanken unterstützen, bevor die offizielle Herstellerwartung der Vorgängerversionen endet.*

Die Antragsstellerin beteiligte sich an dem Verfahren und gab fristgemäß ein ordnungsgemäßes Angebot in Höhe von ...Euro brutto ab. Sie bestätigte in Anlage 1 zu ihrem Angebot die Erfüllung aller Mindestanforderungen Die Antragsstellerin verwies in der Spalte „Erläuterungen“ auf die entsprechenden Ausführungen im Fachkonzept unter Ziff. 3.2.2. Dort heißt es:

*„Die ID GROUPER G-DRG / PEPP enthalten zusätzlich zum zertifizierten Entgelt-Ermittlungsteil erweiterte Funktionalitäten zur Zu- und Abschlagsberechnung, kaskadierender Berechnung bei Belegabteilungen, Fallprüfung auf Fallzusammenführung, NUB (Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden) und Zusatzentgeltermittlung. Individuelle Abrechnungsbeträge können komfortabel mittels Editor gepflegt werden. Die bundesweiten Basisfallwerte stehen zur Verfügung und können ebenfalls, je nach Abschluss der Budgetverhandlungen, zeitnah und nach Geltungsdauer verwaltet werden.“*

Mit Schreiben vom 19.03.2021 teilte die Antragsgegnerin der Antragsstellerin mit, dass ihr Angebot ausgeschlossen würde, weil es die Mindestanforderungen in den Punkten 1.2.7.4 und 1.2.7.5. nicht erfülle, weil Daten nicht aus SAP ISH ausgeleitet werden könnten, sondern nur eingegeben werden könnten.

Mit Schreiben vom 26.03.2021 rügte die Antragsstellerin den Ausschluss. Sie trug vor, dass die Ausführungen unter Punkt 3.2.2 nicht zu entnehmen sei, dass die Mindestanforderungen

nicht erfüllt seien. Die Pflege im Editor setze voraus, dass die Daten zunächst aus SAP ISH ausgeleitet worden seien.

Mit Schreiben vom 29.03.2021 nahm die Antragsgegnerin den Ausschluss zurück und kündigte an, eine verifizierende Teststellung durchzuführen. Die verifizierende Teststellung wurde durchgeführt. Mit Aufklärungsschreiben vom 28.05.2021 legte die Antragsstellerin dar, dass entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin in den Punkten 1.2.7.4 und 1.2.7.5

*„lediglich eine Ableitung aus ISH bzw. im Kontext der Überschrift eine Ableitung mittels Schnittstelle, nicht jedoch das Vorhandensein einer „automatischen Schnittstelle“. Die von [der Antragsstellerin] implementierte Schnittstelle ermöglicht die Übernahme bzw. Ableitung, so wie in Ziff. 1.2.7.4 und Ziff. 1.2.7.5 der Anlage 1 gefordert. Das Auslösen der Schnittstelle kann zudem automatisiert werden, auch wenn das nicht explizit gefordert wurde.*

*[...]*

*Wie genau dies zu erfolgen hat, welche Funktionsweise oder welchen Grad der Automatisierung die Schnittstelle haben muss, um als interoperabel zu gelten, ergibt sich aus den Definitionen grundsätzlich nicht."*

*[...]*

*Die Ableitung funktioniert wie nachfolgend dargestellt:*

- 1. Export der Individualentgelte aus dem SAP Produktivsystem als csv.-Dateien [...]*
- 2. Aufbereitung der csv.-Dateien in MS Access und Mapping der Daten zu dem Eingabeformat des ID Grouper-Editors“*

Mit Schreiben vom 25.05.2021 bat die Antragsgegnerin um Aufklärung bezüglich des Angebotspreises der Antragsstellerin, da bestimmte Komponenten schon bei der Antragsgegnerin in Benutzung seien und dementsprechend unter Umständen nicht im Angebot enthalten wären. Die Antragsstellerin bestätigte mit Schreiben vom 28.05.2021, dass bereits lizenzierte Software nicht noch einmal lizenziert werden müsste und dementsprechend nicht im Angebot bepreist sei. Des Weiteren sei die Antragsstellerin einer Preisklasse zugeordnet worden, die nicht der Zahl der stationären Fälle der Charité entspreche.

Mit Vorabinformationsschreiben vom 18.06.2021 teilte die Antragsgegnerin mit, dass sie beabsichtige, das Angebot der Beigeladenen anzunehmen und schloss die Antragsstellerin erneut aus. Die Antragsgegnerin begründete dies damit, dass in der

*„[...] verifizierenden Testung [...] eine automatisierte Ausleitung der parametrisierten hausindividuell bepreisten ZEs und NUBs aus dem SAP ISH durch Ihre Softwarelösung weiterhin nicht festgestellt werden [konnte].*

*Diese hat ergeben, dass der Nutzer bei der von Ihnen angebotenen Softwarelösung für die Ausleitung der vorgenannten Parameter selbst ein Programm in SAP auszuführen hat, welches die Entgelte in eine csv-Datei exportiert. Diese csv-Datei muss so dann durch den Nutzer in Microsoft Access (nicht Teil des Angebots) umgewandelt werden und anschließend von diesem in ID CCC importiert werden. Beim Nutzer verbleiben somit manuelle Arbeitsschritte. Eine automatisierte Ausleitung der gewünschten Parameter aus dem SAP ISH ist daher nicht gegeben.“*

Des Weiteren schloss die Antragsgegnerin das Angebot der Antragsstellerin aus, weil bestimmte für den Betrieb notwendige, aber bereits lizenzierte Komponenten, nicht im Angebot enthalten seien. Daher sei das Angebot nicht auskömmlich, weil nicht berücksichtigt worden sei, dass es sich bei den vorhandenen Lizenzen um jährlich kündbare Verträge handele. Falls die bereits bestehenden Lizenzen gekündigt würden, müssten diese kostenneutral über das angebotene Produkt zur Verfügung gestellt werden, was die Auskömmlichkeit des Angebots in Frage stelle.

Mit Schreiben vom 22.06.2021 rügte die Antragsstellerin erneut den Ausschluss aus dem Verfahren mit der Begründung, dass eine automatisierte Ausleitung nicht gefordert sei und dass Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung zulasten des Auftraggebers gingen. Die von der Antragsstellerin vorgesehene und angebotene Pflege der Daten im Editor setze ein Vorhandensein der Daten voraus, dazu müssten sie aus SAP ISH abgeleitet und importiert worden sein. Der von der Antragsstellerin beschriebene Prozess zum Datenimport sei zutreffend beschrieben und bedürfe zweimal im Jahr jeweils nur wenige Minuten. Es sei nicht erkennbar, dass dies nicht die Mindestanforderungen der Leistungsbeschreibung erfülle. Im Übrigen seien die Preise auch auskömmlich, da die bereits in Benutzung befindlichen Komponenten der Software nicht erneut angeboten werden müssten, weil keine doppelten Lizenzgebühren bezahlt werden müssten. Zwar sei das Risiko einer Kündigung der bereits bestehenden Lizenzen durch die Antragsgegnerin gering, aber auch dies würde die Auskömmlichkeit des Angebots nicht berühren. Die Einordnung zu den Fallzahlen beruhe auf den Angaben der Antragsgegnerin

und könnte der Antragsstellerin nicht vorgeworfen werden. Auch bei einer zu niedrigen Einstufung hinsichtlich der Fallzahlen sei die Auskömmlichkeit nicht berührt.

Die Antragsgegnerin half der Rüge mit Schreiben vom 02.07.2021 nicht ab. Sie trug vor, dass die Ableitung aus SAP ISH durch das anzubietende Tool durchgeführt werden müsse, was manuelle Zwischenschritte ausschließe. Das Angebot der Antragsstellerin setze aber einen manuellen Eingabeprozess in den Editor und eine Konversion der Daten in MS Access voraus und erfülle damit nicht die Mindestanforderungen der Punkte 1.2.7.4 und 1.2.7.5 der Leistungsbeschreibung.

Die Antragsstellerin beantragt,

1. die Antragsgegnerin zur Neubewertung der Angebote unter Einbeziehung des Angebots der Antragsstellerin und nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu verpflichten,
2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die Antragsstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragsstellerin zurückzuweisen.
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und unbegründet sei. Das folge schon daraus, dass das angebotene Tool nicht in der Lage sei, die geforderten Daten aus SAP ISH abzuleiten, sondern dass dies durch den Anwender geschehen müsse. In der Folge könne das Tool die Anforderung 1.2.7.4 und 1.2.7.5 nicht erfüllen, da das Tool die Daten gerade nicht ableite.

In der Teststellung vom 18.06.2021 konnte die Antragsstellerin gerade nicht zeigen, dass das angebotene Tool in der Lage sei, die Mindestanforderungen zu erfüllen. Das folge daraus, dass die Anwender die Daten in SAP ISH selbst in einer .csv-Datei exportieren müssten, diese

anschließend in MS Access umgewandelt werden müssten und anschließend in das Tool importiert werden müssten.

Des Weiteren sei das Angebot der Antragsstellerin auszuschließen, weil es von den Vergabeunterlagen abweiche. Das folge daraus, dass die Antragsstellerin für die Funktionsfähigkeit des angebotenen Tools das Vorhandensein von MS Access voraussetze, obwohl dies nach den Vergabeunterlagen nicht vorausgesetzt werden durfte.

Mit Antrag vom 08.12.2021 beantragte die Antragsgegnerin, ihr gem. § 169 Abs. 2 GWB die Erteilung des Zuschlags zu gestatten. Mit Beschluss vom 22.12.2021 beschloss die Vergabekammer, der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung zu gestatten. Mit Beschluss vom 26.01.2022, Az. Verg 8/21, stellte das Kammergericht das Verbot der Zuschlagserteilung auf Antrag der Antragsstellerin wieder her.

Mit Beschluss vom 11.01.2022 wurde die Beigeladene in dem Verfahren beigelegt.

Mit Beschluss vom 30.03.2022 hat der Vorsitzende die Entscheidungsfrist letztmalig bis zum 20.04.2022 verlängert. Mit Beschluss vom 22. März 2022, der durch Beschluss vom 04. April 2022 von der Kammer neu gefasst worden ist, hat die Kammer der Antragsstellerin und der Beigeladenen teilweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt. Mit Verfügung vom 31. März 2022 hat der Vorsitzende sodann Termin zur mündlichen Verhandlung für den 08. April 2022. In der mündlichen Verhandlung haben die Beteiligten Gelegenheit erhalten, Stellung zu nehmen. Die Beigeladene hat im Verfahren und in der mündlichen Verhandlung keine Stellung genommen und abgesehen von einem Antrag auf Akteneinsicht keine Anträge gestellt.

Die Vergabeakte der Antragsgegnerin lag der Kammer vor und ist Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Verfahrensakte sowie die beigezogene Vergabeakte verwiesen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zwar zulässig, aber nicht begründet.



1.

Der Antrag ist zulässig. Es handelt sich bei dem streitgegenständlichen Auftrag um einen öffentlichen Auftrag iSd § 103 Abs. 1 GWB. Der einschlägige Schwellenwert nach § 3 VgV wurde durch das Angebot der Beigeladenen überschritten. Die Antragsgegnerin ist unzweifelhaft öffentliche Auftraggeberin. Die Antragsstellerin hat sowohl die Antragsbefugnis dargelegt, sie hat ein Angebot abgegeben.

Die von ihr gerügten Verstöße gegen das Vergaberecht sind nicht präkludiert. Zwar hat die Antragsgegnerin die Antragsstellerin bereits mit Vorinformationsschreiben vom 19.03.2021 von ihrem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren informiert, allerdings hat sie auf Rügeschreiben vom 26.03.2021 der Rüge abgeholfen, den Ausschluss zurückgenommen und eine verifizierende Teststellung durchgeführt. Mit Schreiben vom 18.06.2021 hat die Antragsgegnerin die Antragsstellerin mit Vorinformationsschreiben von ihrem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren informiert. Dies hat die Antragsstellerin mit Schreiben vom 22.06.2021 gerügt. Mit Nichtabhilfeschreiben vom 02.07.2021 hat die Antragsgegnerin die Antragsstellerin über die Nichtabhilfe der Rüge informiert, worauf die Antragsstellerin mit Schreiben vom 07.07.2021 und damit innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB einen Nachprüfungsantrag gestellt hat. Zwar beruht der Ausschluss der Antragsstellerin in dem Vorinformationsschreiben vom 18.06.2021 auf dem gleichen Grund wie der Ausschluss vom 19.03.2021, allerdings führt dies nicht zur Präklusion. Das folgt zum einen daraus, dass nicht die Tatsache gerügt wird, dass gem. Ziffern 1.2.7.4 und 1.2.7.5 eine „Ableitung“ aus SAP ISH erfolgen muss, sondern dass der Ausschluss der Antragsstellerin gerügt wird. Dem liegt ein anderer Sachverhalt als der Ausschluss mit Schreiben vom 19.03.2021 zugrunde, da der Ausschluss nicht mehr nur auf das Angebot gestützt wird, sondern auf das Angebot nach den Erläuterungen im Termin zur verifizierenden Teststellung. Gegen diesen Ausschluss konnte die Antragsstellerin erstmalig nach dem Schreiben vom 18.06.2021 vorgehen, da der Ausschluss aus dem Schreiben vom 19.03.2021 zurückgenommen wurde und aus der Leistungsanforderung selbst keine mögliche Rechtsverletzung der Antragsstellerin folgen kann.

Ein Schaden für die Antragstellerin wurde ebenfalls behauptet.

2.

Der Antrag ist allerdings nicht begründet. Die Antragstellerin wird nicht in ihren Rechten verletzt, § 168 Abs. 1 S. 1 GWB. Das Angebot der Antragstellerin wurde rechtmäßig ausgeschlossen, da es gem. § 57 Abs. 1 iVm § 53 Abs. 7 VgV nicht alle geforderten Angaben enthielt. Nach den Regelungen der Ziffer 3.2.1 der Leistungsbeschreibung werden Angebote ausgeschlossen, die nicht alle MUSS-Anforderungen erfüllen. Dies ist beim Angebot der Antragstellerin nicht der Fall.

Nach den zwingend zu erfüllenden Anforderungen der Punkte 1.2.7.4 und 1.2.7.5 der Leistungsbeschreibung sollte das zu beschaffende Tool die Grundparameter für „*krankenhausindividuell bepreiste ZE und NUB und krankenhausindividuell bepreiste DRG [...]*“ aus SAP ISH „*ableiten*“. Nach dem zugrunde zu legenden Erkenntnismaßstab eines verständigen, mit dem Gegenstand der Ausschreibung vertrauten Bieters (OLG Düsseldorf, B.v. 12.10.2011, Verg 46/11) beschreibt der Begriff des Ableitens im Sinne der Leistungsbeschreibung einen Vorgang, in dem Daten vom SAP ISH ohne Zwischenstufe in das zu beschaffende Tool importiert werden. Das ergibt sich schon daraus, dass Daten technisch gesehen ohne weiteres von jedem Datenformat in ein beliebiges anderes Format konvertiert werden können. Ein Verständnis wie es die Antragstellerin zugrunde gelegt sehen möchte, hieße vor diesem Hintergrund letztendlich, dass eine bloße Importfunktion für Daten vorhanden sein müsse, nicht aber, dass diese Daten durch das zu beschaffende Tool auch im Format von SAP ISH verarbeitet werden. Darauf kam es der Antragsgegnerin aber an und dies musste auch der Antragstellerin als Fachunternehmen bewusst gewesen sein. Es gibt auch keine Anzeichen, dass die Antragstellerin diese Anforderung anders verstanden haben könnte. Insbesondere der Begriff der Interoperabilität in der zugehörigen Überschrift unter Punkt 1.2 der Leistungsbeschreibung, der die Fähigkeit unabhängiger, heterogener Systeme beschreibt, nahtlos zusammenzuwirken, um Daten auf effiziente und verwertbare Art und Weise auszutauschen bzw. dem Benutzer zur Verfügung zu stellen, ohne dass dazu besondere Adaptierungen notwendig sind, legt nahe

dass die Antragsgegnerin mit den streitgegenständlichen Leistungsmerkmalen auf den Datenaustausch aus dem SAP ISH in das zu beschaffende Produkt zielte. Das gleiche folgt aus der Anforderung in Punkt 1.2.7.1 der Leistungsbeschreibung, nach dem eine Schnittstelle zu SAP ISH vorhanden sein müsse. Daraus musste für die Antragsstellerin als, wie sie selbst vorträgt, in dem Markt seit langem tätiges Unternehmen mit einer Vielzahl von Krankenhäusern als Kunden, folgen, dass es der Antragsgegnerin darauf ankam, die Daten aus SAP ISH direkt in das zu beschaffende Tool zu importieren. Die Antragsstellerin ist genau auf diesen Punkt in ihren Ausführungen in ihrem Angebot und detaillierter in der Anleitung zum Export aus dem SAP und dem Import in den ID-Grouper-Editor in dem Schreiben vom 28.05.2021 eingegangen und hat auch eine - von der Antragsgegnerin in der Leistungsbeschreibung nicht geforderte - automatische Lösung in Aussicht gestellt. Danach kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsstellerin das Kriterium anders verstanden hat als eine Möglichkeit des direkten Datenimports aus SAP ISH in das zu beschaffende Tool. Anders als von der Antragsstellerin in der mündlichen Verhandlung dargestellt findet durch die Konvertierung in MS Access auch nicht lediglich eine Umformatierung statt. Denn zum einen soll ausweislich des Schreibens vom 28.05.2021 sowohl das Eingangs- als auch das Ausgangsformat der Bearbeitung in MS Access eine .csv-Datei sein, zum anderen legt die Antragsstellerin dar, dass ein Mapping der Daten aus SAP ISH auf das Datenformat zu dem Eingabeformat des angebotenen Tools stattfindet. Des Weiteren hat die Antragsstellerin in der mündlichen Verhandlung angegeben, dass nicht nur eine Umformatierung, sondern eine Validierung der Daten in diesem Schritt stattfindet. Damit hat das zu beschaffende Tool gerade weder eine Schnittstelle zu SAP ISH noch kann es die in den Ziffern 1.2.7.4 und 1.2.7.5. genannten Daten aus SAP ISH ableiten. Anders als die Antragsstellerin vorträgt, ergibt sich aus dem Begriff des Ableitens nicht, dass es genügt, wenn die Daten aus SAP ISH ausgeleitet werden, dies ist vielmehr lediglich zwingende technische Voraussetzung um überhaupt Daten aus SAP ISH in ein zu beschaffendes Tool überführen zu können. Bei der Fähigkeit zum Ausleiten von Daten handelt es sich um eine Eigenschaft von SAP ISH und nicht um eine Eigenschaft des zu beschaffenden Tools. Vor diesem Hintergrund kann der Begriff des Ableitens in den Ziffern 1.2.7.4 und 1.2.7.5

in Verbindung mit der Forderung nach einer Schnittstelle in Ziffer 1.2.7.1 nicht anders verstanden werden als die Fähigkeit, direkt auf die Daten zugreifen zu können, die aus SAP ISH ausgeleitet werden.

Mit der Antragsstellerin ist allerdings festzustellen, dass weder Begriff des Ableitens noch die Anforderung einer Schnittstelle notwendigerweise eine automatisierte Schnittstelle erfordern, da diese gerade nicht in den Vergabeunterlagen gefordert ist. Gerade für die Forderung nach einem Automatismus gibt es keinen Hinweis in den Vergabeunterlagen. Dass die Antragsstellerin kein Produkt mit einer automatischen Schnittstelle angeboten hat, kann demnach entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin nicht zum Ausschluss des Angebots führen.

Die Antragsstellerin hat allerdings ein Produkt angeboten, bei dem es notwendig ist, die aus dem SAP ISH in dem rudimentären .csv-Datenformat zu exportierenden Daten in MS Access zu importieren, dort zu konvertieren und anschließend in den Editor des angebotenen Tools zu importieren. Ausweislich des Schreibens vom 28.05.2021 findet auch eine Aufbereitung der Daten aus SAP ISH sowie ein Mapping der Daten statt. Damit findet kein Ableiten der Daten aus dem SAP ISH statt, sondern ein Ableiten aus MS Access. Das folgt schon daraus, dass das angebotene Tool nicht in der Lage ist, das Datenformat von SAP ISH zu verarbeiten, so dass ein Zwischenschritt mit manueller Datenkonvertierung notwendig wird.

Der Ausschluss war hingegen nicht begründet, soweit er sich auf die fehlende Auskömmlichkeit des Angebots gestützt hat. Allein die Tatsache, dass bestimmte Module des angebotenen Tools nicht bepreist bzw. mit einem Preis von 0 versehen waren, führt weder zwangsläufig zur Annahme der fehlenden Auskömmlichkeit noch eröffnet es eine Vermutung, dass die Antragsstellerin nicht in der Lage sein wird, den Auftrag ordnungsgemäß durchzuführen. Die Prüfung der Auskömmlichkeit des Angebots dient im Endeffekt dazu, die Antragsgegnerin dagegen abzusichern, ein Angebot beauftragen zu müssen, bei dem sich im Laufe der Zeit herausstellt, dass dieses für die Antragsstellerin unwirtschaftlich ist und dadurch Risiken für die Auftragserfüllung entstehen. Vorliegend wird darum gestritten, ob die Angebote wirtschaftlich sein können, weil Lizenzgebühren für Bestandteile der Software in den Preisen nicht enthalten sind,

sondern als schon existierend und bezahlt vorausgesetzt werden. Für die Kammer ist bereits fraglich, ob und in welchem Umfang die Grundsätze für die Prüfung, Feststellung und den Ausschluss von Unterkostenangeboten auf Verträge zur Beschaffung von Softwarelizenzen für Standardsoftware Anwendung finden können. Diese Zweifel ergeben sich daraus, dass Softwarelizenzen gewöhnlich keinen einzelnen Auftrag zurechenbaren Erfüllungsaufwand verursachen und demnach auch im Falle eines konkreten Auftrags keine Anreize zu einer Schlechterfüllung dieses Auftrags wegen einer fehlenden Kostendeckung führen können. Die lizenzierte Software existiert in identischer Form für alle Kund\*innen, eine mit Unterkosten verkaufte Lizenz kann deshalb nicht bei einem spezifischen Auftraggeber zu einer Schlechterfüllung führen und auch keine Anreize dazu setzen. Die Leistung ist auch bereits mit der Zurverfügungstellung der Lizenz erbracht, diese kann im Falle der Lieferung von Standardsoftware qualitativ nicht aus Kostengründen von der vereinbarten Beschaffenheit abweichen. Etwas anderes mag im Einzelfall nur für die Erstellung von Individualsoftware, Verträge über die Anpassung von Standardsoftware oder für Dienstleistungs-, Pflege- und Wartungsverträge gelten. Für die hier betroffenen Dienstleistungen oder Pflegeleistungen spielt es jedenfalls keine Rolle, da die hierfür angesetzten Kosten im Angebot der Antragsstellerin enthalten und vollständig gedeckt sind. Jedenfalls wäre hier die Antragsgegnerin darlegungsbelastet gewesen, inwieweit sich aus der fehlenden Bepreisung der bereits lizenzierten Module ein Risiko der Nichterbringung der vertragsgemäßen Leistung ergibt. Dies hat sie nicht getan und es ist für die Kammer auch nicht erkennbar inwieweit ein derartiges Risiko vorliegen könnte. Allein aus der Möglichkeit, Lizenzen ohne Vergütung abgeben zu müssen kann im Fall der Lieferung von Standardsoftware jedenfalls noch nicht geschlossen werden, dass das Risiko einer Schlechtleistung besteht.

Das gilt ebenfalls für die vorausgesetzten, aber im Angebot nicht genannten Lizenzen von MS Access. Zum einen liegt der Preis von einzelnen Lizenzen von MS Access bei zweistelligen Euro-Beträgen, so dass ausgeschlossen ist, dass diese überhaupt Auswirkungen auf die Auskömmlichkeit des Angebots haben kann. Zum anderen kann das Angebot auch nicht ausgeschlossen werden, weil die Lizenzen von MS Access nicht enthalten, aber für die Funktion des

angebotenen Tools notwendig sind, weil das Angebot an keiner Stelle erwähnt, welche Lizenzen Teil des Angebots sind. Die Benennung der angebotenen Lizenzen war auch von der Antragsgegnerin nicht gefordert, auch das Preisblatt enthielt keine Möglichkeiten, die angebotenen Preise für einzelne Bestandteile zu spezifizieren. Das Angebot enthält lediglich Zusagen für Funktionalitäten, die erfüllt werden. Die Bereitstellung der dafür notwendigen Lizenzen würde daher im Fall des Zuschlags zur Leistungspflicht der Antragsstellerin.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB. Nach § 182 Abs. 3 S. 1 GWB hat die Antragsstellerin als unterliegende Beteiligte die Kosten zu tragen mit Ausnahme der Kosten des Antrags über die Vorabgestattung, welche die Antragsgegnerin zu tragen hat.

Nach § 182 Abs. 4 S. 1 GWB haben die Beteiligten im entsprechenden Umfang die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Gegenseite zu tragen. Die Antragsstellerin trägt danach die Aufwendungen des Antragsgegners.

Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst, da sie dem Nachprüfungsantrag nicht durch eine eigene Antragstellung in der mündlichen Verhandlung entgegengetreten ist, das Verfahren nicht gefördert hat und sich damit auch selbst keinem Kostenrisiko ausgesetzt hat (zu diesen Maßstäben vgl. auch OLG Rostock, Beschluss v. 5. Februar 2020 - 17 Verg 4/19, NZBau 2021, 70, 74; OLG München, Beschluss v. 21. Oktober 2019 - Verg 13/19, NZBau 2020, 263, 266).

Hinsichtlich der Antragsgegnerin stellt die Vergabekammer nach § 182 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG die Notwendigkeit der Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten fest. Ob die Hinzuziehung eines anwaltlichen Vertreters im Verfahren vor der Vergabekammer notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 26. September 2006 - X ZB 14/06, NZBau 2006, 800, 806; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 30. März 2010 - 11 Verg 3/10, ZfBR 2013, 517). Abgesehen davon, dass

vorliegend mehrere mitunter schwierige materielle Rechtsfragen des Ausschlusses von Angeboten, der Preisprüfung, der Notwendigkeit der Aufklärung des Angebotsinhalts sowie prozessuale Aspekte des Vergabenachprüfungsverfahrens wie Fragen der Präklusion zu klären gewesen sind, deren Bearbeitung der Antragsgegnerin nicht notwendig selbst möglich sein muss, hat sich auch die Antragsstellerin durch Verfahrensbevollmächtigte vertreten lassen, sodass unter dem Gesichtspunkt der Waffengleichheit eine anwaltliche Vertretung des Antragsgegner und der Beigeladenen ebenfalls opportun erscheint (zu diesem Aspekt vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 1. Oktober 2020 - 11 Verg 9/20, NZBau 2021, 127, 131; VK Niedersachsen, Beschluss vom 5. September 2017 - VgK-26/2017, BeckRS 2017, 126982; VK Bund, Beschluss vom 31. Juli 2017 - VK 2 - 68/17, BeckRS 2017, 130187).

Einer Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragstellerin bedarf es nicht. Denn diese setzte eine Kostengrundscheidendung hinsichtlich der Erstattung der Aufwendungen zugunsten der Antragsstellerin voraus, da anderenfalls der Ausspruch über die Notwendigkeit ins Leere ginge (vgl. etwa BVerwG, Urteil vom 15. November 2007 - 2 C 29/06, NVwZ 2008, 324, 325 m.w.N.; Schübel-Pfister, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 80, Rn. 35; Kallerhoff/Keller, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 9. Aufl. 2018, § 80, Rn. 76 f.). Da die Antragsstellerin vorliegend ihre Aufwendungen selbst zu tragen hat, fehlt es mithin am Bedürfnis für einen dahingehenden Ausspruch.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht schließlich auf § 182 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer. Die Vergabekammer zieht als Ausgangspunkt insofern die auftragswertorientierte Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes (derzeit abrufbar unter [http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien\\_node.html](http://www.bundeskartellamt.de/DE/Vergaberecht/Materialien/Materialien_node.html)) heran. Dabei legt die Kammer den Bruttoangebotspreis (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. August 2014 - 11 Verg 3/14, IBRRS 2014, 2521) der Antragsstellerin zugrunde, der ihr Interesse am Auftrag manifestiert. Nach der Gebührentabelle ergibt sich damit im Grundsatz eine Verfahrensgebühr von ... Euro. Dieser Wert ist auf Grund des durch den Antrag auf Vorabgestattung erhöhten Aufwands der Kammer auf

... € zu erhöhen.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstraße 30/31, 10781 Berlin, oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen ([www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Vorsitzender

Hauptamtliche Beisitzerin

Ehrenamtlicher Beisitzer

Dr. Kern

Tomkiewicz

...