



[REDACTED]

gegen

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

**Antragsgegner,**

### **Beigeladene**

[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2016 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, die hauptamtliche Beisitzerin Trottenburg und den ehrenamtlichen Beisitzer Friedrich

am 01. März 2016 beschlossen:

1. Dem Nachprüfungsantrag wird stattgegeben. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestand der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren zurückzusetzen und die Leistungen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer beginnend mit der Bekanntmachung im Amtsblatt neu auszuschreiben,
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf [REDACTED] festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden dem Antragsgegner auferlegt. Dieser ist gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 VwKostG Bund von den Gebühren befreit.

### **Gründe**

#### **I.**

Der Antragsgegner schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 11.12.2015, veröffentlicht im EU-Amtsblatt am 16.12.2015 unter der Nummer 2015/S 243-441028 einen Lieferauftrag EU-weit aus.

Der Auftragsgegenstand wird in Ziff. II.1.1) der Bekanntmachung bezeichnet als: "Registrierung zu einem Microsoft Select Plus Vertrag und gleichzeitiger Kauf von

Office-Lizenzen". In Ziff.II.1.5) wird das Beschaffungsvorhaben wie folgt beschrieben: "Registrierung zum Select Plus Vertrag auf Basis des BMI Rahmenvertrages und Kauf von Microsoft Office Lizenzen".

Im Schreiben des Antragsgegners vom 11.12.2015 - Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes - heißt es: "Grundlage sind (...) die Ausführungsbestimmungen der VOL/B und die beiliegenden Verdingungsunterlagen.") sowie die Angebotsunterlagen inklusive des Leistungsverzeichnisses. Den Vergabeunterlagen war das Leistungsverzeichnis beigelegt, weiterhin die "Bewerbungs- und Vergabebedingungen des Landes NRW" sowie "Zusätzliche Vertragsbedingungen mit den Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen Teil B der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/B)". Die Zusätzlichen Vertragsbedingungen sind so aufgebaut, dass zunächst die entsprechende VOL/B-Norm genannt wird und im Folgenden sind zusätzliche Bedingungen angegeben, die die Anforderungen der jeweiligen VOL/B-Vorschrift näher konkretisieren. Etwaige Bedingungen des in der Bekanntmachung genannten BMI Rahmenvertrages enthielten die Vergabeunterlagen nicht.

Das Leistungsverzeichnis besteht aus zwei Seiten und enthält nachfolgende Angaben zum ausgeschriebenen Lizenzpaket in Tabellenform:

"Registrierung zum Select Plus Vertrag auf Basis des BMI Rahmenvertrages und Kauf folgender Microsoft Office Lizenzen:

- Microsoft Office 2016 Standard, 1.450 Stück, Neulizenz ohne SA
- Microsoft Office 2016 Professional Plus, 30 Stück, Neulizenz ohne SA
- Microsoft Office Work at home 2016 Standard, 91 Stück, Neulizenz ohne SA"

Das Kürzel "SA" steht für "Software Assurance", einen optionalen Wartungsvertrag für Microsoft Produkte, der unter anderem kostenlose Upgrades auf neue Produktversionen beinhaltet. Angaben zu etwaigen Downgrade-Rechten, Wartungsverträgen, Ansprechpartnern, Installationskeys sowie der Möglichkeit, auch künftig ohne neue Vertragsverhandlungen kleinere Mengen an Softwarelizenzen nachzubestellen, enthielten die Vergabeunterlagen nicht.

Die Antragstellerin ist ein auf Software spezialisiertes Handelsunternehmen, das nach eigenen Angaben überwiegend mit gebrauchten Softwarelizenzen handelt und unter anderem "Volumen-Lizenzen", auch Microsoft-Office-Produkte, unter anderem an Unternehmen und Behörden vertreibt. Der TÜV/IT bescheinigte der Antragstellerin am 26.8.2015 für den Prozess "Sicherer Lizenztransfer" die Erfüllung aller Anforderungen der Kriterien TÜV/IT Trusted Process, Version 1.1. Prüfgegenstand war unter anderem der Ein- und Verkauf gebrauchter Softwarelizenzen. In der Bescheinigung heißt es unter anderem:

Beim Einkauf von gebrauchten Softwarelizenzen erhält {die Antragstellerin} vom Verkäufer eine schriftliche Bestätigung, dass

- die Softwarelizenz innerhalb der EU vom Urheberrechtsinhaber als Originallizenz erworben wurde

- die Softwarelizenz zur zeitlich unbeschränkten Nutzung erworben wurde
  - mit dem Verkauf der Softwarelizenz deren Nutzung eingestellt wird.
- Beim Verkauf von gebrauchten Softwarelizenzen wird sichergestellt, dass nur die Lizenzen verkauft werden, die auch eingekauft wurden. (...)"

Mit Schreiben vom 17.12.2015 rügte die Antragstellerin die Bedingungen des Vergabeverfahrens. Sie verfolgt die Rüge im Nachprüfungsverfahren weiter.

Mit Schreiben vom 11.01.2016 wies der Antragsgegner die Rüge zurück. Er begründete die Ausschreibung der Neulizenzen und des Select Plus Vertrages der Fa. Microsoft mit dem Auftraggeberbestimmungsrecht. Die Entscheidung für Neulizenzen sei getroffen worden, weil gesicherte Aussagen dazu fehlten, ob beim Erwerb gebrauchter Volumenlizenzen ein Downgrade-Recht, also das Recht, mit der erworbenen Lizenz auch ältere Software-Versionen nutzen zu können, bestehe. Dieses sei aber für die Anbindung einiger Fachverfahren, die auch bei externen Anwendern liefen, erforderlich.

Die Firma Microsoft und das Bundesministerium des Innern (BMI) hätten im Mai 2015 neue Konditionenverträge abgeschlossen. Es handele sich dabei um einen neuen SelectPlus-Vertrag, einen neuen Konzernvertrag (Enterprise-Agreement) und einen aktualisierten Mantelvertrag (Business- und Service-Vertrag). Mit dem neuen Select-Plus-Vertrag würden der öffentlichen Verwaltung von Bund, Ländern und Kommunen auch weiterhin günstigere Konditionen für die flexible Beschaffung von Microsoft-Produkten eingeräumt. Alle Verträge seien inhaltlich speziell auf die Bedürfnisse der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland zugeschnitten.

Ein Select Plus Vertrag könne ausschließlich von einem Microsoft Licensing Solution Partner (LSP) angeboten werden. Bei den LSPs handele es sich um zertifizierte Microsoftpartner. Der Bieterkreis sei demnach von Microsoft Seite eingeschränkt. Durch die Beteiligung verschiedener LSPs würde von Seiten des Antragsgegners ein - zugegebenermaßen eingeschränkter - Wettbewerb durchgeführt.

Da sich aus der gewählten Vertragsart eine Bindung an einen Microsoft Licensing Solution Partner ergebe, treffe der Einwand der Intransparenz der Vergabeunterlagen nicht zu. Den zugelassenen Teilnehmern an der Ausschreibung seien die Bedingungen des Konditionenvertrages bekannt.

Ausweislich des Internetauftritts der Firma Microsoft gibt es in der Bundesrepublik Deutschland 12 als LSP zertifizierte Microsoft-Handelspartner.

Die Antragstellerin hat am 26.01.2016 einen Nachprüfungsantrag bei der Kammer gestellt, der dem Antragsgegner am 27.01.2016 übermittelt worden ist.

Mit Beschluss vom 04.02.2016 hat die Kammer beigeladen und allen Verfahrensbeteiligten Akteneinsicht erteilt.

Die Beigeladene erhielt Gelegenheit zu einer Stellungnahme. Mit E-Mail vom 10.2.2016 hat sie mitgeteilt, dass sie auf die Teilnahme an der mündlichen Verhandlung verzichte.

Am 26.2.2016 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Akten der Vergabekammer, die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Die Antragstellerin wendet sich dagegen, dass nach der Ausschreibung nur die von der Firma Microsoft autorisierten Handelspartner an dem Verfahren teilnehmen können, da der Antragsgegner für die Lieferung eine Registrierung zu einem Microsoft Select Plus Vertrag verlange. Sie sei in der Lage, die gewünschte Software zu liefern, allerdings könne sie sich nicht registrieren lassen, weil dies den von Microsoft autorisierten Handelspartnern vorbehalten sei.

1. Sie vertritt die Auffassung, die beabsichtigte Anschaffung von nur "Neulizenzen" von Microsoft Office-Software ohne SA verstoße gegen § 8 EG Abs. 7 VOL/A. Diese Vorgabe in der Leistungsbeschreibung sei vom Auftraggeberbestimmungsrecht nicht gedeckt. Neulizenzen unterschieden sich von Gebrauchtlizenzen nur durch die Herkunft der Software. Während es bei Neulizenzen so sei, dass die Software vom Hersteller oder dessen Vertriebspartner verkauft und entsprechende Nutzungsrechte daran eingeräumt werden, sei es bei Gebrauchtlizenzen so, dass die Software zunächst von einem Erstkunden gekauft und dann mit entsprechender Übertragung der Nutzungsrechte weiterverkauft würde. Eine Beschränkung auf eine bestimmte Herkunft nach § 8 EG Abs. 7 VOL/A sei nur möglich, soweit diese Beschränkung durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sei. Dies sei hier nicht der Fall, denn die Funktionalität und Gebrauchstauglichkeit der Software sei bei Neu- oder Gebrauchtlizenzen gleich. Software unterliege keinen Abnutzungserscheinungen.

Die Antragstellerin verweist auf Rechtsprechung des EuGH (EuGH vom 03.12.2007 - Rs. C-128/11; 03.07.2012 - C-128/11-UsedSoft I; 17.07.2013 - I ZR 129/08- UsedSoft II) und des BGH (11.12.2014 - I ZR 8/13; 17.07.2013-I ZR 129/08), in der Modalitäten für den Handel mit gebrauchter Software festgelegt worden ist. Die Antragstellerin legt dar, dass der Handel mit "gebrauchten Lizenzen" zulässig sei, wenn man die in der Rechtsprechung aufgestellten Modalitäten berücksichtigen würde. Sie, die Antragstellerin, erhalte die Software in Lizenzpaketen von Unternehmen, die aus verschiedenen Gründen überschüssige Lizenzen abstoßen. Dabei handele es sich nicht um ältere Versionen, sondern genau um die Software, die der Antragsgegner hier kaufen wolle. Sie überprüfe die angekauften Lizenzen und verkaufe nur solche weiter, die sämtlich die von der Rechtsprechung festgelegten Modalitäten für einen rechtmäßigen Weiterverkauf erfüllten. Das bedeute, dass

- der Urheberrechtsinhaber gegen Zahlung eines Entgelts, das es ihm ermöglichen soll, eine dem wirtschaftlichen Wert der Kopie des ihm gehörenden Werkes entsprechende Vergütung zu erzielen, ein Recht eingeräumt hat, diese Kopie unbefristet zu nutzen;

- die ursprüngliche Lizenz Gegenstand eines Erstverkaufs in der EU durch den Urheberrechtsinhaber oder aber mit dessen Zustimmung war und
- der Ersterwerber zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs seine eigene Kopie unbrauchbar gemacht hat.

Als Nachweis dafür, dass diese Modalitäten von ihr beim Handel mit gebrauchten Lizenzen eingehalten werden, legt die Antragstellerin das TÜV/IT Zertifikat vom 26.8.2015 vor, aus dem sich u.a. ergibt, welche Prozesse beim überprüften Händler durchlaufen werden.

Mit Schriftsatz vom 09.02.2016 meint die Antragstellerin, dass ein solches Zertifikat über eine notarielle Bestätigung, wie sie Gegenstand der Entscheidung des BGH gewesen sei, hinausgehe. Durch den TÜV erfolge eine umfassende Validation des gesamten Transferprozesses, wohingegen ein Notar in der Regel gar nicht in der Lage sei, den ordnungsgemäßen Lizenztransfer zu prüfen. Ein Notar beschränke sich darauf, eine Erklärung des ursprünglichen Lizenznehmers als wahr zu bestätigen. Es gebe aber auch noch andere Möglichkeiten, um die "Befürchtungen" des Antragsgegners auszuräumen. Beispielsweise sähen auch Softwarekaufverträge über Neulizenzen regelmäßig Freistellungsregeln vor, um diesem Risiko zu begegnen. Das sei für Verträge über Gebrauchtlizenzen nicht anders zu entscheiden. Selbst wenn solche Freistellungsregeln nicht vereinbart würden, habe der öffentliche Auftraggeber die allgemeinen Gewährleistungsrechte, die auch im vorliegenden Fall nach Maßgabe der VOL/B vertraglich vereinbart seien, und sei somit gegen eine Inanspruchnahme Dritter geschützt.

Mit Schriftsatz vom 12.02.2016 vertieft die Antragstellerin ihre Rechtsauffassung. Darüber hinaus trägt sie vor, die vom Antragsgegner behauptete Unsicherheit über das Bestehen eines Downgraderechts bei gebrauchten Volumenlizenzen bestehe nicht, so dass die Entscheidung der Vergabestelle auf einer unzutreffenden Tatsachengrundlage beruhe. Selbstverständlich sei bezüglich jeder einzelnen Office-Produktlinie zu prüfen, ob ein Downgraderecht bestehe - dies habe die Vergabestelle auch getan. Wenn jedoch bei einer bestimmten Produktlinie ein Downgraderecht bestehe, so bestehe dieses bei einer Neulizenz ebenso wie bei einer Gebrauchtlizenz. Mit der Gebrauchtssoftware würden die Nutzungsrechte der Produktlinie 1:1 übertragen. Dies sei eine allgemeine Erkenntnis, die sich unmittelbar aus der Rechtsprechung zur Veräußerung von Gebrauchtssoftware ergebe. Die eigene (Rechts-) Unkenntnis eines Auftraggebers rechtfertige keine herkunftsbezogene Leistungsbestimmung entgegen § 8 EG Abs. 7 VOL/A.

Unabhängig davon könne wegen der Unsicherheit über das Downgrade-Recht keine Beschränkung auf Neulizenzen für die ganze Beschaffung erfolgen, denn der Antragsgegner benötige Downgraderechte von Office 2016 auf Office 2010 nur für einen kleinen Teil der Lizenzen (die sog. LÄMMkom-Anwendung). Die Beschränkung auf Neulizenzen für die gesamte Migration auf Office 2016 sei daher keinesfalls gerechtfertigt. Eine Herkunftsbeschränkung i.S.v. § 8 EG Abs. 7 VOL/A könne immer

nur soweit gerechtfertigt sein, wie eine Abtrennung der betroffenen Teilleistung unmöglich sei. Insoweit stützt sich die Antragstellerin auf Entscheidungen der VK Münster und Lüneburg.

Mit Schriftsatz vom 23.2.2016 konkretisiert die Antragstellerin ihre Auffassung nochmals und stellt klar, dass aus ihrer Sicht kein sachlicher Grund für die Abweichung von den Vorgaben des § 8 EG Abs. 7 VOL/A bestehe. Sie meint, es bestehe objektiv keine Unsicherheit, welche Klauseln aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag gelten und welche nicht. Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH folge, dass nach gegebener Erschöpfung des Verbreitungsrechts der Zweiterwerber ein vollständiges Nutzungsrecht erwerbe, weshalb eine gebrauchte Volumenlizenz sämtliche Ausstattungsumfänge (Downgraderechte, Installationsrechte etc.) analog zu Neulizenzen desselben Produkts gemäß den Microsoft Nutzungsbestimmungen besitze. Es sei das Wesen einer Volumenlizenz (ob neu oder gebraucht), dass eine zentrale Lizenzverwaltung erfolgen könne und nicht eine Verwaltung auf den einzelnen Rechnern. Eine "kostengünstige Installationsroutine" sei ebenso bei der Beschaffung gebrauchter Lizenzen gewährleistet. Sofern für die Installation neuer Lizenzen nur ein Installationskey erforderlich sei, würden auch gebrauchte Lizenzen mit einem einzigen Key ausgeliefert. Allenfalls könne sich ein rechtlicher Vorteil für den Erwerber gebrauchter Lizenzen gegenüber dem Erwerber von Neulizenzen ergeben, denn dieser erwerbe ein eigenes Nutzungsrecht aus § 69d UrhG und sei darum an vertragliche Nutzungsrechte des Erstkäufers nicht gebunden.

Auch der Bezug von Updates oder Upgrades werde nicht erschwert, da für die hier ausgeschriebenen Software-Lizenzen überhaupt keine Softwarepflegeverträge angeboten würden, auch nicht für Neulizenzen. Es gehe hier um Standardsoftwareprodukte, und die würden von Microsoft stets ohne Wartung vertrieben. Solche Updates, die zum Schließen von Sicherheitslücken oder zur Fehlerbehebung von der Firma Microsoft ausgegeben würden, würden sowohl für neue als auch gebrauchte Lizenzen regelmäßig kostenfrei zur Verfügung gestellt.

Es treffe des Weiteren nicht zu, dass es Gründe für die Beschaffung der Lizenzen im Rahmen des Select-Plus-Vertrages gebe, die im Vertrag selbst begründet seien. Das Lizenzmanagement sei dasselbe wie für Gebrauchtsoftware, dies betreffe sämtliche vom Antragsgegner genannten Punkte. Die von der Antragstellerin angebotenen Lizenzen stammten aus einem Vertrag und beinhalteten analog dieselben Produktkeys wie Neulizenzen. Ebenso könnten auch bei Gebrauchtlicenzen Nachlizenzierungen durchgeführt werden. Auch die Antragstellerin könne einen unbefristeten (Rahmen-)vertrag für Softwarelieferungen mit festen Konditionen anbieten. Es sei auch nicht nur unter dem Select-Plus-Vertrag das Recht der Nutzung in einer anderen Sprachversion erlaubt. Dieses Recht sei allen Volumenlizenzen immanent.

Das in Ziff. 1.4 des Vergabevermerks genannte Ziel der Ausschreibung, nämlich "der Abschluss eines Select-Plus-Vertrages mit der Firma Microsoft,..." sei gerade nicht vom Vergaberecht gedeckt. Ziel einer Ausschreibung könne nur die Beschaffung der

erforderlichen Office-Lizenzen sein, nicht aber, den Vertrag mit einem bestimmten Unternehmen abzuschließen.

2. Darüber hinaus vertritt die Antragstellerin die Auffassung, dass der Antragsgegner auch gegen § 101 Abs. 7 Satz 1 GWB verstoße, wenn er die Registrierung zu einem Microsoft Select Plus Vertrag als Bedingung für die Softwarelieferung verlange. Öffentliche Auftraggeber seien grundsätzlich verpflichtet, die Leistungen in einem offenen Verfahren auszuschreiben. Mit der Verpflichtung zur Registrierung (sog. LAR) werde der Bieterkreis von vornherein auf diese Handelspartner begrenzt und der Antragsgegner wende sich somit mit seiner Ausschreibung nicht an einen beliebigen Bieterkreis, sondern nur an diese bereits zuvor autorisierten Handelspartner. Gleichzeitig liege darin auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 97 Abs. 7 GWB, weil die nicht autorisierten Händler vom Wettbewerb ausgeschlossen würden, ohne dass es dafür sachliche Gründe gebe.

Die Wettbewerbsverzerrung werde dadurch verstärkt, dass letztlich Microsoft - selbst potentieller Bieter in dem Verfahren - über die Autorisierung seiner Handelspartner den Bieterkreis nahezu beliebig bestimmen könne. Dasselbe ergebe sich aus der Forderung, die Software unter dem bestehenden Select-Plus Vertrag Nr. 7492930 des BMI zu liefern, denn auch dieser Vertrag sehe nur die Lieferung durch von Microsoft autorisierte Handelspartner vor. Die Beschränkung des Anbieterkreises stelle einen besonders gravierenden Verstoß gegen das Vergaberecht dar. Dies ergebe sich auch aus der Entscheidung der VK Düsseldorf vom 23.05.2008 zur Beschaffung von Gebrauchtssoftware (VK-07/2008-L), die entschieden habe, dass die Vertriebsstrategie eines Herstellers kein Wettbewerbsverfahren verkürzen könne, soweit nicht ausnahmsweise ein Fall des § 3 EG Abs. 4 lit. c VOL/A gegeben sei.

3. Außerdem rügt die Antragstellerin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 8 Abs. 1 EG VOL/A und § 97 Abs. 1 GWB) aufgrund einer Intransparenz der Vergabeunterlagen.

Durch das Nichtoffenlegen der Vertragsbestimmungen verstoße der Antragsgegner gegen seine Pflicht aus § 8 EG Abs. 1 VOL/A, die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung in gleichem Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind. Dies betreffe auch die rechtlichen Bedingungen der Auftragsausführung.

Es sei ausweislich der Vergabeunterlagen unklar, ob eine Softwarelieferung zu den Bedingungen eines "Select plus"-Standardvertrages der Fa. Microsoft gefordert werde oder die Bedingung des speziellen, zwischen BMI und Microsoft geschlossenen Select-Plus-Vertrags für die öffentliche Verwaltung gelten solle. Die entsprechenden Vertragsbedingungen würden - für beide in Betracht kommenden Verträge - im Vergabeverfahren gar nicht offengelegt.

Weiterhin sei fraglich, in welchem Verhältnis ggf. die "Select Plus"-Vertragsbedingungen zu den Regeln der VOL/B und den hier anzuwendenden Allgemeinen Vertragsbedingungen des [REDACTED] stehen.

Ein Softwareanbieter könne daher nicht abschätzen, zu welchen Vertragsbedingungen er liefern müsse.

Mit Schriftsatz vom 12.02.2016 vertritt sie die Auffassung, die Antwort auf die im Vergabeverfahren eingegangene Bieterfrage bestätige den Verstoß gegen das Transparenzgebot. Darin habe der Antragsgegner bestätigt, dass neben den im Angebotsvordruck aufgeführten Vertragsbedingungen auch die Handelspartner-/Registrierungsbedingungen von Microsoft gelten sollen. Diese Bedingungen der Fa. Microsoft deckten sich vermutlich nicht mit den Bedingungen der VOL/B und den zusätzlichen Vertragsbedingungen des Antragsgegners, so dass fraglich sei, welche Bedingungen gelten bzw. vorrangig sind. Vor allem seien diese Bedingungen den Vergabeunterlagen aber auch weder beigefügt noch allgemein zugänglich. Ein Bieterunternehmen sei daher nicht in der Lage festzustellen, welche rechtlichen Bedingungen bei der Lieferung der Software im Einzelnen gelten sollen.

Mit Schriftsatz vom 23.2.2016 weist die Antragstellerin darauf hin, dass im Vergabevermerk lediglich die Entscheidung zur Beschaffung von "Neulizenzen" ansatzweise begründet werde, nicht aber die Entscheidung, die Beschaffung mit einem Beitritt zum Select-Plus-Vertrag des Bundes zu koppeln. Alle anderen im Nachprüfungsverfahren angeführten Gründe seien nachgeschoben und inhaltlich unzutreffend.

Es bestehe auch objektiv keine Unsicherheit, welche Klauseln aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag gelten und welche nicht. Aus der Rechtsprechung des EuGH und des BGH folge, dass nach gegebener Erschöpfung des Verbreitungsrechts der Zweiterwerber ein vollständiges Nutzungsrecht erwerbe, weshalb eine gebrauchte Volumenlizenz sämtliche Ausstattungsumfänge (Downgraderechte, Installationsrechte etc.) analog zu Neulizenzen desselben Produkts gemäß den Microsoft Nutzungsbestimmungen besitze. Es sei das Wesen einer Volumenlizenz (ob neu oder gebraucht), dass eine zentrale Lizenzverwaltung erfolgen könne und nicht eine Verwaltung auf den einzelnen Rechnern. Eine "kostengünstige Installationsroutine" sei ebenso bei der Beschaffung gebrauchter Lizenzen gewährleistet. Sofern für die Installation neuer Lizenzen nur ein Installationskey erforderlich sei, würden auch gebrauchte Lizenzen mit einem einzigen Key ausgeliefert. Allenfalls könne sich ein rechtlicher Vorteil für den Erwerber gebrauchter Lizenzen gegenüber dem Erwerber von Neulizenzen ergeben, denn dieser erwerbe ein eigenes Nutzungsrecht aus § 69d UrhG und sei darum an vertragliche Nutzungsrechte des Erstkäufers nicht gebunden.

Auch der Bezug von Updates oder Upgrades werde nicht erschwert, da für die hier ausgeschriebenen Software-Lizenzen überhaupt keine Softwarepflegeverträge angeboten würden, auch nicht für Neulizenzen. Es gehe hier um Standardsoftwareprodukte, und die würden von Microsoft stets ohne Wartung vertrieben. Solche Updates,

die zum Schließen von Sicherheitslücken oder zur Fehlerbehebung von der Firma Microsoft ausgegeben würden, würden sowohl für neue als auch gebrauchte Lizenzen regelmäßig kostenfrei zur Verfügung gestellt.

Es treffe des Weiteren nicht zu, dass es Gründe für die Beschaffung der Lizenzen im Rahmen des Select-Plus-Vertrages gebe, die im Vertrag selbst begründet seien. Das Lizenzmanagement sei dasselbe wie für Gebrauchtssoftware, dies betreffe sämtliche vom Antragsgegner genannten Punkte. Die von der Antragstellerin angebotenen Lizenzen stammten aus einem Vertrag und beinhalteten analog dieselben Produktkeys wie Neulizenzen. Ebenso könnten auch bei Gebrauchtlizenzen Nachlizenzierungen durchgeführt werden. Auch die Antragstellerin könne einen unbefristeten (Rahmen-)vertrag für Softwarelieferungen mit festen Konditionen anbieten. Es sei auch nicht nur unter dem Select-Plus-Vertrag das Recht der Nutzung in einer anderen Sprachversion erlaubt. Dieses Recht sei allen Volumenlizenzen immanent.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren Nr. 30-10-69-EU "Registrierung zu einem Microsoft Select Plus Vertrag und gleichzeitiger Kauf von Office-Lizenzen" in dem erforderlichen Umfang aufzuheben und die Leistung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu auszuschreiben,
2. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Er meint, der Nachprüfungsantrag sei mangels Antragsbefugnis unzulässig, da die Antragstellerin nicht ausreichend dargelegt habe, dass ihr durch die behaupteten Vergaberechtsverstöße ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe.

Die Antragstellerin habe bereits deshalb keine Chance auf den Vertragsschluss, weil sie mit gebrauchten Lizenzen handele, der Antragsgegner aber den Erwerb neuer Lizenzen beabsichtige.

Der Antragsgegner trägt vor, dass seine Ausschreibung nicht gegen § 8 EG Abs. 7 VOL/A verstoße, weil die Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert sei und das Vergaberecht lediglich die Art und Weise der Beschaffung regele. Er habe als Auftraggeber einen weiten Spielraum

hinsichtlich der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes, solange sich seine Entscheidung für ein bestimmtes Produkt sachlich und/oder wirtschaftlich/technisch begründen lasse. Aufgrund dieses umfassenden Leistungsbestimmungsrechts habe er sich für die Ausschreibung, wie vorliegend, entschieden.

Mit Schriftsatz vom 22.2.2016 behauptet er, es gebe sachliche Gründe für die Beschaffung der Lizenzen im Rahmen des Select-Plus-Vertrages und der damit verbundenen Beschränkung des Bieterkreises. Denn dieser Vertrag biete den Vertragspartnern einige Vorteile, die den Umgang mit der Lizenzierung der Software erheblich vereinfachten. Bei gebrauchter Software müsse die Lizenzierung für jeden Computer einzeln geprüft werden und es ergebe sich erheblicher Zusatzaufwand durch eine notwendige Zuordnung von Installations-Keys zu bestimmten Computern. Neulizenzen hingegen würden im Rahmen des Select-Plus-Vertrages in das bestehende Lizenzmanagement eingebunden mit der Möglichkeit eines direkten Abrufs von Zertifikaten, Installations-Keys und Software.

Ferner handele es sich um homogene Lizenzen aus einem Vertrag, weshalb die Installations-Keys sowohl für die Lizenzen aus den Vorjahren als auch für die in Zukunft nachzukaufenden Lizenzen immer dieselben seien. Diese eröffneten die Möglichkeit, die interne Softwareverteilung zu automatisieren, ohne auf Konflikte mit den verwendeten Keys zu stoßen.

Erleichtert werde auch die Nachlizenzierung, da ohne weiteren Verwaltungsaufwand problemlos neue Lizenzen beispielsweise für neue Computer oder eine erhöhte Nutzerzahl nachgekauft werden könnten.

Des Weiteren biete der Vertrag eine dauerhafte vertragliche Basis, um den Softwarebedarf zu decken, ohne dass dadurch immer wieder neue Vertragsverhandlungen notwendig würden.

Die Software unter dem Select Plus Vertrag ermögliche die Nutzung einer anderen Sprachversion als die lizenzierte und dieser Vertragstypus biete über die Laufzeit auch eine gewisse Preisstabilität.

Er, der Antragsgegner, habe diese Vorgehensweise in der Vergangenheit mit Erfolg etabliert und sie habe sich in der Praxis bewährt.

Der Antragsgegner meint, dass er bei der Verwendung gebrauchter Lizenzen dem rechtlichen Risiko ausgesetzt sei, dass die Fa. Microsoft bei einem Audit die Rechtmäßigkeit der Nutzung der Lizenzen bestreiten könnte und ihn dazu auffordere, die Erschöpfung der verwendeten Lizenzen nachzuweisen. Dieses Risiko sei der sachliche Grund dafür, warum man keine Programme mit "gebrauchten Lizenzen" in der Leistungsbeschreibung aufgenommen habe.

Die Antragstellerin stelle die Voraussetzungen, bei deren Vorliegen die Erschöpfung des Verbreitungsrechts eintrete, zwar richtig dar. Allerdings sei es so, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Erschöpfung des Verbreitungsrechts nach Ansicht des BGH (Urt. vom 11.12.2014 - I ZR 8/13) bei demjenigen liege, der sich darauf be-

rufe. Daher müsse jeder Nutzer, der seine Nutzungsberechtigung aus der Erschöpfung des Verbreitungsrechts ableite, darlegen und beweisen, dass

1. die Software ursprünglich mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der EU oder eines anderen Vertragsstaates des EWR im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden ist
2. das Nutzungsrecht an dem Computerprogramm eingeräumt worden ist als Gegenleistung für die Zahlung eines Entgeltes, das es dem Rechtsinhaber ermöglichen soll, eine Vergütung zu erzielen, die dem wirtschaftlichen Wert der Kopie der Software entspricht
3. der Rechtsinhaber dem Ersterwerber das Recht eingeräumt hat, das Computerprogramm ohne zeitliche Begrenzung dauerhaft zu nutzen
4. der ursprüngliche Lizenznehmer seine Kopie des Computerprogramms zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht hat.

Es sei zu beachten, dass nach der zuvor zitierten Rechtsprechung des BGH eine notarielle Bestätigung, aus der sich ergebe, dass dem Notar eine Erklärung des ursprünglichen Lizenznehmers vorgelegen habe, wonach er rechtmäßiger Inhaber der Lizenz gewesen sei, diese vollständig von seinen Rechnern entfernt habe und der Kaufpreis vollständig entrichtet worden sei, nicht genüge. Gleiches gelte nach Ansicht des BGH auch für eine vom Ersterwerber abgegebene Vernichtungserklärung, wenn der Rechtsinhaber einen entsprechenden Vorgang bestreite.

Auch das von der Antragstellerin vorgelegte Zertifikat des TÜV/IT hält der Antragsgegner als "ausreichenden Nachweis" für den rechtmäßigen Erwerb der Programme und Lizenzen nicht für ausreichend.

Aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Zertifikat des TÜV/IT ergebe sich, dass sie vom Verkäufer eine schriftliche Bestätigung erhalte, aus der sich das Vorliegen der Voraussetzungen des Erschöpfungstatbestandes ergebe. Die Antragstellerin könne die Erschöpfung mithin allein durch die Vorlage einer Erklärung des Ersterwerbers der Lizenzen belegen. Nur diese Erklärung könne sie auch an den Antragsgegner weiterreichen, wenn dieser von der Fa. Microsoft auf Unterlassen der Nutzung der von der Antragstellerin erworbenen Gebrauch-Software-Lizenzen in Anspruch genommen werde.

Da eine solche Erklärung nach der Rechtsprechung nicht ausreiche, um bei einem Bestreiten des Rechtsinhabers den Nachweis für die Erschöpfung zu führen und er, der Antragsgegner, auch keine andere Möglichkeit habe, den erforderlichen Nachweis zu erbringen, stehe ernsthaft zu befürchten, dass er von der Firma Microsoft mit Aussicht auf Erfolg auf Unterlassen der Nutzung der eingekauften Software in Anspruch genommen werden könnte. Diesem Risiko wolle und müsse er sich nicht aussetzen. Daher sei nicht zu beanstanden, dass er allein den Erwerb neuer Lizenzen ausgeschrieben habe. Da die Antragstellerin nach eigenem Vortrag mit gebrauchten

Lizenzen handele, wäre sie somit auch bei einem künftigen Wettbewerbsverfahren chancenlos.

Mit Schriftsatz vom 22.2.2016 vertieft der Antragsgegner seinen Vortrag zu der seiner Meinung nach bestehenden Unsicherheit des Nachweises einer lückenlosen Rechtskette.

Des Weiteren ergebe sich die weitere rechtliche Unsicherheit, dass in der Rechtsprechung zwar geklärt sei, dass der Umfang der Nutzungsbefugnis des Erwerbers gebrauchter Software vom ursprünglichen Lizenzvertrag abhängt, aber bisher vor allem hinsichtlich der Microsoft Lizenzbedingungen nicht hinreichend klar sei, welche der Klauseln aus dem ursprünglichen Lizenzvertrag gelten würden und welche nicht. Dies gelte auch für das im Rahmen des ursprünglichen Lizenzvertrages vereinbarte Downgraderecht. Daher könne sich bei Gebrauchtssoftware auch ein zusätzliches Problem dahingehend ergeben, dass Gebrauchtssoftwarekäufer der Bezug von Updates oder Upgrades erschwert oder verweigert werde, wenn es sich nicht um eine von einem autorisierten Softwarevertriebshändler erworbene Neusoftware handele.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. 1. Zuständigkeit der Vergabekammer

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus §§ 102, 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) iVm §§ 2 Abs. 1, 2, § 3 Abs. 2 der Zuständigkeitsverordnung in Nachprüfungsverfahren des Landes Nordrhein-Westfalen (ZuStVO NpV NRW vom 2.12.2014, SGV. NW. Nr. 630).

Danach obliegt den Vergabekammern die Nachprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge (§ 102 GWB).

Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge öffentlicher Auftraggeber über die Beschaffung von Leistungen, die Lieferleistungen zum Gegenstand haben (§ 99 Abs. 1 und 2 GWB).

Der Antragsgegner als Gebietskörperschaft ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Ziff. 1 GWB.

Der geschätzte Netto-Auftragswert des hier vorliegenden Lieferauftrags nach § 99 Abs. 2 GWB überschreitet den derzeitigen Schwellenwert von 209.000 Euro nach § 2 Abs. 1 VgV deutlich. Der Schwerpunkt des ausgeschriebenen Auftrags stellt einen Lieferauftrag nach § 99 Abs. 2 GWB dar. Die Bezeichnung des Auftragsgegenstandes in der Ausschreibung unter Ziff. II.1.1 als "Registrierung zu einem Microsoft Select Plus Vertrag und gleichzeitiger Kauf von Office Lizenzen" bzw. unter Ziff. II.1.5 als "Registrierung zum Select Plus Vertrag auf Basis des BMI Rahmenvertrages und Kauf von Microsoft Office Lizenzen" deutet nach dem Wortlaut auf einen zweigeteilten Auftrag hin. Bei Auslegung der Bezeichnung vom objektiven Empfängerhorizont

ist jedoch erkennbar, dass der Auftraggeber in erster Linie den Kauf von Software-Lizenzen beabsichtigt und die Registrierung einen Annex zum Kaufvertrag darstellt.

## 1.2 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt, obwohl sie vorliegend kein Angebot abgegeben hat.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in bieterschützenden Rechten und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

Der drohende Schaden liegt in der Beeinträchtigung der Zuschlagschance. Dabei genügt der schlüssige Vortrag vergaberechtlicher Beanstandungen. Dem erforderlichen Vortrag eines drohenden Schadens ist in der Regel genügt, wenn dieser ebenfalls schlüssig vorgetragen wird. Die Feststellung dieser Voraussetzung ist dann Sache der Begründetheitsprüfung (BGH vom 18.5.2004, Az. X ZB 7/04).

Die Antragstellerin hat durch ihre Rüge und der Einreichung des Nachprüfungsantrages ausreichend ihr Interesse am Auftrag dokumentiert. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners kommt es nicht darauf an, dass die Antragstellerin gerade nicht dazu in der Lage sein soll, so wie in den Vergabeunterlagen vorgegeben, neue Programme mit Lizenzen zu liefern. Denn genau diese Einschränkung in der Leistungsbeschreibung wird von der Antragstellerin hier zur Nachprüfung gestellt. Kann sie mit ihrer Rechtsauffassung durchdringen, ist die Leistungsbeschreibung zu ändern und auch sie hätte dann die Möglichkeit, ein Angebot abzugeben. Insofern liegt die Antragsbefugnis vor.

## 1.3 Rüge

Die Antragstellerin hat die aus den Vergabeunterlagen erkennbaren Verstöße gegen Vergabevorschriften hier mit Schreiben vom 17.12.2015 rechtzeitig gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB vor Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe (26.01.2016) gerügt und auf die Nichtabhilfeentscheidung des Antragsgegners vom 11.1.2016 hin innerhalb der nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gesetzten Frist einen Antrag auf Nachprüfung gestellt.

## 1.4 Form

Der Nachprüfungsantrag genügt der Form des § 108 GWB.

## 2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die Unternehmen haben gemäß § 97 Abs. 7 GWB Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält.

2.1 Der Antragsgegner hat mit dem vorliegenden Vergabeverfahren gegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A verstoßen. Danach ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen

müssen und dass miteinander vergleichbare Angebot zu erwarten sind (Leistungsbeschreibung).

Nur wenn die Leistung eindeutig und so erschöpfend beschrieben ist, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können und alle kalkulationsrelevanten Umstände in den Vergabeunterlagen angegeben sind, können die Vergabeunterlagen ihrer Funktion genügen, eine klare und unzweifelhafte Grundlage für die vom Auftragnehmer erwartete Leistung und deren Kalkulation zu bilden. Darüber hinaus sollen diese Regelungen gewährleisten, dass die Angebote aller Bieter überhaupt vergleichbar sind, was wiederum unabdingbare Voraussetzung für eine faire und transparente Entscheidung über den Zuschlag ist (Weyand, Rn 97 zu § 7 VOL/A mwN; OLG Brandenburg, 29.01.2013 - Az.: Verg W 8). Die Regelung des § 7 Abs. 1 VOL/A zählt zu den Zentralnormen des Vergaberechts. Sie stellt nicht nur inhaltliche Anforderungen an die Beschreibung der Leistung, die als "invitatio ad offerendum" den wesentlichen Inhalt des zu schließenden Vertrages bestimmt. § 7 VOL/A ist darüber hinaus unmittelbarer Ausfluss der in § 97 Abs. 1 und 2 GWB enthaltenen Grundsätze einer transparenten, die Bieter gleich behandelnden Vergabe im Wettbewerb (Weyand, Rn 8 zu § 7 Abs. 1 VOL/A; 2. VK Hessen, B. v. 26.04.2007 - Az.: 69 d VK - 08/2007; VK Südbayern, B. v. 26.06.2008 - Az.: Z3-3-3194-1-16-04/08). Die vorgenannten Erwägungen gelten ebenso für den wortgleichen § 8 EG Abs. 1 VOL/A.

Dieses Gebot der Eindeutigkeit und Transparenz der Leistungsbeschreibung hat der Antragsgegner nicht beachtet. Das von ihm zur Verfügung gestellte "Leistungsverzeichnis" besteht lediglich aus einem zweiseitig bedruckten Blatt und beinhaltet in Tabellenform eine Kurzbezeichnung der anzuschaffenden Produkte und deren Menge. Die Beschreibung erschöpft sich in der Angabe "Registrierung zum Select Plus Vertrag auf Basis des BMI Rahmenvertrages und Kauf von Microsoft Office Lizenzen" sowie der Vorgabe, dass ausschließlich Neulizenzen angeboten werden und diese auf Datenträgern bereitgestellt werden sollen. Informationen zu den für die Bieter geltenden Konditionen enthält das Leistungsverzeichnis nicht. Es fehlt gerade der im Falle des Obsiegens mit dem Antragsgegner abzuschließende Vertragsentwurf. Ausweislich der Vergabeunterlagen ist nicht einmal klar, ob die Bedingungen eines Select plus"-Standardvertrages der Fa. Microsoft maßgeblich sein sollen oder die Bedingung des speziellen, zwischen BMI und Microsoft geschlossenen Select-Plus-Vertrags für die öffentliche Verwaltung, da die Vergabeunterlagen hierzu widersprüchliche Angaben enthalten. Die entsprechenden Vertragsbedingungen werden - für beide in Betracht kommenden Verträge - im Vergabeverfahren gar nicht offengelegt. Für die Bieter ist daher nicht erkennbar, zu welchen Bedingungen sie hätten liefern müssen. Auf der Grundlage der sehr spärlichen und wenig aussagekräftigen Angaben im Leistungsverzeichnis steht jetzt schon fest, dass keine miteinander vergleichbare Angebote erzielt werden können.

Das Argument des Antragsgegners, durch die von ihm gestellte Anforderung einer Registrierung zum neuen, zwischen BMI und Microsoft geschlossenen SelectPlus-Vertrages sei der Bieterkreis von vornherein auf die von Microsoft autorisierten Händ-

ler beschränkt, und die in Betracht kommenden Bieter würden den Inhalt des maßgeblichen Vertrages kennen, trägt nicht, da genau dies den Grundsätzen des Vergaberechts auf Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung widerspricht.

2.2 Der Antragsgegner hat vorliegend auch gegen den Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung des § 8 EG Abs. 7 VOL/A verstoßen.

2.2.1 Die Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt.

a) Nach Abs. 7 Satz 1 darf in den technischen Anforderungen, soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Nach Satz 2 sind solche Verweise ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann; solche Verweise sind mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Festlegungen im Vorfeld zu verhindern, weil damit der Zugang zum Vergabeverfahren und die Chancengleichheit der Bieter von vornherein empfindlich beeinträchtigt wäre. § 8 Abs. 7 EG VOL/A zielt darauf ab, den Marktzugang für alle Bieter offen zu halten und vor Beschränkungen des Wettbewerbs durch zu enge, auf bestimmte Produkte oder Bieter zugeschnittene Leistungsbeschreibungen zu schützen (Kurlatz/Marx/Portz/Prieß, Rn 108 zu § 8 EG VOL/A; vgl. Weyand, Rn 381 zu § 7 VOL/A).

b) Die Festlegung des Antragsgegners auf "Neulizenzen" und der darin enthaltene Ausschluss von gebrauchten Lizenzen entspricht zunächst nicht den Anforderungen des § 8 EG Abs. 7 VOL/A, weil die Festlegung auf eine bestimmte Herkunft, ein bestimmtes Erzeugnis oder die Wahl einer bestimmten Technologie vergaberechtlich unzulässig ist. Der Antragsgegner ist somit verpflichtet, produktneutral auszuschreiben. Der öffentliche Auftraggeber kann nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen von diesen gesetzlichen Vorgaben abweichen und sich insofern auf seine Bestimmungsfreiheit zur Festlegung des konkreten Beschaffungsgegenstandes berufen.

c) Nach Auffassung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010 - Verg 42/09, darf sich eine Vergabestelle auf ein Produkt festlegen, wenn sach- und auftragsbezogene Gründe dies rechtfertigen und die Erwägungen der Vergabestelle erkennbar sind. Das OLG Düsseldorf führte dazu aus: "Zwar ist jede produkt-, verfahrens- oder technikspezifische Ausschreibung und damit auch die von der Antragsgegnerin getroffene Technologiewahl zugunsten einer Datenfernübertragung über ISM per se wettbewerbsfeindlich. Das bedeutet freilich nicht, dass eine solche Ausschreibung in jedem Fall vergaberechtlich zu tadeln ist. Dann bliebe unbeachtet, dass die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes der ausschließlichen Bestimmung durch den öffentlichen Auftraggeber unterworfen ist, der genauso wie Private

allein die Art der zu vergebenden Leistung und den Auftragsgegenstand bestimmt. Entschließt er sich zur Beschaffung, ist er frei in seiner Entscheidung, welchen Auftragsgegenstand er für erforderlich oder wünschenswert hält. Die Bestimmung ist einer etwaigen Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und muss vom öffentlichen Auftraggeber erst einmal in einer zu einer Nachfrage führenden Weise getroffen werden, bevor die Vergabe und das Vergabeverfahren betreffende Belange der an der Leistungserbringung interessierten Unternehmen berührt sein können. Dagegen können Bieter nicht mit Erfolg beanspruchen, dem Auftraggeber eine andere Leistung mit anderen Beschaffungsmerkmalen und Eigenschaften, als von ihm in den Verdingungsunterlagen festgelegt worden ist, anzudienen (vgl. auch Scharen, GRUR 2009, 345, 346)."

"Eine Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand ist dabei bereits anzunehmen, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe zu der bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse bevorzugenden Leistungsbestimmung führen. Derartige Gründe können vielgestaltig sein und sich zum Beispiel aus der besonderen Aufgabenstellung, aus technischen oder gestalterischen Anforderungen oder auch aus der Nutzung der Sache ergeben. Führt eine an sach- und auftragsbezogenen Kriterien orientierte Beschaffungsentscheidung zur Festlegung auf ein bestimmtes Erzeugnis oder zur Wahl einer bestimmten Technologie, ist die damit verbundene Beschränkung oder Einengung des Wettbewerbs als Folge des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers grundsätzlich hinzunehmen.

Durch das Erfordernis der sachlichen Auftragsbezogenheit wird im Sinne einer Negativabgrenzung sichergestellt, dass der Auswahl- und Beschaffungsentscheidung des Auftraggebers nicht sachfremde, willkürliche oder diskriminierende Erwägungen zugrunde liegen. Eine weitergehende Überprüfung insbesondere auf sachliche Richtigkeit oder Nachvollziehbarkeit der vom Auftraggeber genannten Gründe hätte dagegen zur Folge, dass im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren - gegebenenfalls mit sachverständiger Hilfe - ermittelt würde, ob alternative Anforderungen seinem Beschaffungsziel genauso oder besser entsprechen und er gegebenenfalls verpflichtet würde, eine Leistung mit anderen als den von ihm festgelegten Merkmalen und Eigenschaften zu beschaffen. Dieses wäre mit dem Bestimmungsrecht des Auftraggebers unvereinbar."

Hier ist es so, dass sämtliche vom Antragsgegner angegebenen Gründe ein Abweichen vom Grundsatz der produkt- bzw. hier bieterneutralen Ausschreibung nicht zu rechtfertigen vermögen.

Aus der in der Vergabeakte enthaltenen Dokumentation und der Beschlussvorlage für den Kreisausschuss vom 8.12.2015 ergibt sich, dass der Antragsgegner die Beschaffung von gebrauchten Lizenzen erwogen hat, sich aber unsicher war, ob beim Erwerb gebrauchter Volumenlizenzen ein Downgrade-Recht besteht. Seine Erwägungen in Bezug auf die Entscheidung "keine Gebrauchtlicenzen" lassen sich somit bereits aus den Vergabeunterlagen erkennen und werden im Verlauf des Nachprüfungsverfahrens umfassender konkretisiert.

2.2.2 Die Entscheidung des Antragsgegners kann vorliegend nicht als sachlich gerechtfertigt angesehen werden.

Zutreffend ist sicherlich, dass nach der Rechtsprechung u.a. des OLG Düsseldorf, die Bestimmungsfreiheit hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes den öffentlichen Auftraggebern einen weiten Entscheidungsspielraum zubilligt. Aber die diese Entscheidung tragenden Gründe müssen für sich genommen nachvollziehbar sein und nicht etwa willkürlich oder diskriminierend erscheinen.

a) Soweit der Antragsgegner fürchtet, von dem Hersteller "Microsoft" bei der Verwendung von Software mit Gebrauchtlizenzen, die von einem nicht autorisierten Händler bezogen wurden, auf Unterlassung oder auf Ersatz des Schadens in Anspruch genommen zu werden, so ist dieses "Risiko" aufgrund der höchstrichterlichen Rechtsprechung des EuGH und des BGH nicht mehr sachlich nachvollziehbar.

Der BGH hat sich u.a. in seinem Urteil vom 11.12.2014, I ZR 8/13 in Fortführung des Urteils vom 17.7.2013, I ZR 129/08, genau mit diesem "Risiko" beim Einsatz von Software mit Gebrauchtlizenzen befasst. Der BGH war der Auffassung, dass im Falle von Volumen-Lizenzen diese rechtmäßig unter bestimmten Bedingungen weiterveräußert werden dürfen, weil es sich bei diesen "Programmen" um Werkstücke handelt, die mit Zustimmung des Berechtigten, also dem Hersteller Microsoft, im Wege der Veräußerung in den Verkehr gebracht worden seien, so dass sich das Verbreitungsrecht erschöpft und der weitere Vertrieb vom Berechtigten nicht mehr kontrolliert werden könne. Ansonsten könnte dieser "Berechtigte" den freien Warenverkehr in nicht hinzunehmender Weise behindern und kontrollieren, was im Interesse der Allgemeinheit nicht hingenommen werden könne. Eine Verletzung des Urheberrechts gemäß § 69c Nr. 3 UrhG läge dann, wenn das Verbreitungsrecht erschöpft sei, eben nicht vor.

Die rechtliche Konsequenz aus dieser Rechtsprechung ist, dass der Hersteller (Microsoft) weder einen Anspruch auf Unterlassung noch einen Anspruch auf Schadensersatz gegen den Erwerber haben kann. Der BGH führt dazu sogar in seiner Entscheidung vom 11.12.2014 aus, dass man nicht einmal eine Vermögenseinbuße bei Microsoft erkennen könne. Der BGH hat damit im Grundsatz die "Rechtmäßigkeit des Gebrauchtssoftware-Handels" bestätigt.

Sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch die Entscheidungen des BGH sind höchstrichterliche und abschließende Urteile. Dass untergeordnete Gerichte davon abweichen, ist eher eine Ausnahme, aber nicht die Regel. Wenn aber höchstrichterlich ein solches Risiko als "geklärt" gilt, dann erscheint es sachlich nicht nachvollziehbar, wenn der Antragsgegner sich dennoch auf ein solches "Risiko" für die Festlegung auf Neulizenzen berufen will. Der Grund - keine gebrauchte Lizenz wegen potentieller Regressansprüche des Herstellers - liegt in dieser umfassenden Weise nicht mehr vor und kann deshalb auch nicht als Rechtfertigung für die Abweichung vom Grundsatz des § 8 EG Abs. 7 VOL/A herangezogen werden.

b) Soweit der Antragsgegner sich darauf beruft, dass beim Erwerb gebrauchter Volumenlizenzen möglicherweise kein Downgrade-Recht besteht, handelt es sich wiederum um einen "sachlichen Grund", der nicht nachvollzogen werden kann. Allerdings verpflichtet der Wettbewerbsgrundsatz den Auftraggeber, sich vor Festlegung der Ausschreibungsbedingungen einen möglichst breiten Überblick über die in Betracht kommenden technischen Lösungen zu verschaffen und einzelne Lösungswege nicht von vornherein auszublenden. Dieser hat zu prüfen und positiv festzustellen, warum eine durch die technischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses (auch nur inzident) ausgeschlossene Lösungsvariante zur Verwirklichung des Beschaffungszwecks nicht geeignet erscheint (OLG Jena, 26.06.2006, 9 Verg 2/06, zur VOB/A).

Gebrauchtlizenzen sind keine vom Original abweichenden Lizenzen, sondern eine "gebrauchte" Software mit einer "gebrauchten" Lizenz ist von der Neufassung nicht zu unterscheiden. Enthält die Neufassung das Downgrade-Recht, dann ermöglicht auch die gebrauchte Software die Anbindung an bereits vorhandene Produktlinien.

Aus den Vergabeunterlagen und den Stellungnahmen des Antragsgegners ergibt sich lediglich die Erkenntnis, dass "gesicherte Aussagen darüber fehlen, ob beim Erwerb gebrauchter Volumenlizenzen ein Downgrade-Recht besteht" und dass der Antragsgegner, um seine Bedenken zum Downgrade-Recht zu klären, lediglich beim IT-Leiter einer anderen Kreisverwaltung nachgefragt, aber von dort keine verlässliche Aussage erhalten hatte. Der bloße Anruf in einer anderen Kreisverwaltung erfüllt jedoch nicht die Voraussetzungen eines "möglichst breiten Überblicks", zumal bereits fraglich ist, ob der Mitarbeiter eines anderen Kreises eine solche Frage mit speziellem technisch-juristischem Inhalt verbindlich beantworten kann.

Der Antragsgegner hätte seinen Kenntnisstand hinsichtlich seiner "Zweifel" allein schon mit einem Blick auf die Internetseiten der Beteiligten verbessern können. Auf der Internetseite der Firma Microsoft wird das Downgraderecht beim Volumenlizenzvertrag definiert: "Dieses ermöglicht es Ihnen, anstelle der lizenzierten Version eine frühere Version einzusetzen und zu nutzen." Auf der Internetseite der Antragstellerin wird die Frage, auf welche Produkte der Käufer einer gebrauchten Lizenz als Volumenlizenz von Microsoft professional Plus 2013 downgraden kann, dahingehend beantwortet, dass diese Lizenz das Recht beinhaltet, mit einer Vorabversion des gleichen Produkts zu arbeiten. Nachfolgend werden die Versionen in Einzelnen benannt. Der Antragsgegner hätte bei weiteren Recherchen herausfinden können, dass eine Gebrauchtlizenz dieselben Nutzungsrechte wie die der ursprünglichen Neulizenz beinhaltet und diese 1:1 auf den Zweiterwerber übertragen werden.

Letztlich zeigen diese Erkenntnisse aus dem Internet, dass die Befürchtungen des Antragsgegners - keine Downgrade-Rechte- wiederum sachlich nicht nachvollziehbar sind. Vielmehr scheinen diese Zweifel nicht zutreffend zu sein und können somit als "sachliche Rechtfertigung" für das Abweichen vom Grundsatz in § 8 EG Abs. 7 VOL/A nicht herangezogen werden.

Dabei lässt es die Kammer vorliegend dahingestellt, ob die Problematik der Downgrade-Rechte sich nur auf einen Teil der Beschaffung (LÄMMkom-Anwendung)

bezieht, so wie von der Antragstellerin dargelegt, oder ob die gesamte Beschaffung davon erfasst wird.

c) Auch das vom Antragsgegner erstmalig im Nachprüfungsverfahren angeführte Argument, er sehe sich beim Erwerb gebrauchter Lizenzen dem rechtlichen Risiko ausgesetzt, dass die Firma Microsoft bei einem Audit die Rechtmäßigkeit der Nutzung der Lizenzen bestreite und ihn auffordere, die Erschöpfung der verwendeten Lizenzen nachzuweisen, überzeugt nicht. Insoweit legt der Antragsgegner zwar zutreffend die von der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urt. vom 11.12.2014 - I ZR 8/13) entwickelten Voraussetzungen, unter denen eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts anzunehmen ist, dar, und auch, dass nach Ansicht des BGH die Darlegungs- und Beweislast bei demjenigen liegt, der sich darauf beruft.

Es fehlt einerseits bereits an einer Darlegung von Hinweisen dafür, dass bei einer Öffnung der Ausschreibung auch für Gebrauchtlizenzen mit einem Verstoß von Schutzrechten durch Bieter von Gebrauchtlizenzen und daher mit einer erfolgreichen Inanspruchnahme durch die Firma Microsoft zu rechnen ist siehe dazu a).

Andererseits hat der BGH aufgezeigt, dass insbesondere der ursprüngliche Lizenznehmer seine Kopie des Computerprogramms zum Zeitpunkt des Weiterverkaufs unbrauchbar gemacht haben muss.

Diese rechtliche Anforderungen sind bereits vom BGH sehr hoch angesetzt worden, was aber nicht bedeutet, dass es unmöglich ist. Ein öffentlicher Auftraggeber kann sich diesbezüglich umfassend in einer Leistungsbeschreibung absichern und bestimmte "Anforderungen" ausdrücklich auf die Händler übertragen. Damit wären keine ungewöhnlichen Risiken verbunden, sondern eine solche Absicherung würde im Lichte der BGH Rechtsprechung als gerechtfertigt erscheinen.

Vorliegend könnte beispielsweise verlangt werden, dass der Bieter, der gebrauchte Lizenzen anbietet, über ein TÜV/IT-Zertifikat oder einen anderen geeigneten Nachweis verfügt oder es könnte eine Freistellungsvereinbarung in den abzuschließenden Vertrag aufgenommen werden. Mit Blick auf die unter a) dargestellte höchstrichterliche Rechtsprechung, wonach im Ergebnis das Risiko einer Inanspruchnahme durch Microsoft praktisch nicht besteht, ist auch die vom Antragsgegner in der mündlichen Verhandlung vorgetragene Sorge, er trage im Falle einer Freistellungsregel das Insolvenzrisiko des Bieters, nicht nachvollziehbar.

d) Schließlich stellen auch die vom Antragsgegner schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung vorgetragenen Vorteile des BMI-Vertrages keinen sachlichen Grund für ein Abweichen vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung dar. Die von ihm genannten, aus seiner Sicht bestehenden Vorteile, wie z.B. ein Online-Portal, ein umfassendes Lizenzmanagement, ein einheitlicher Installationskey für heute gekaufte und auch zukünftig zu kaufende Software sowie die Möglichkeit, bei Bedarf auch ohne erneute Vertragsverhandlungen kleinere Mengen Software nachbestellen zu können, sind nicht Merkmale des Beschaffungsgegenstandes, sondern Bedingungen, unter denen das zu erwerbende Produkt zur Verfügung gestellt wer-

den soll. Der Antragsgegner hätte diese Bedingungen, auf die er Wert legt, in der Ausschreibung formulieren können. Dann hätten auch andere Softwareanbieter als potentielle Bieter für sich selbst entscheiden können, ob sie sich in der Lage sehen, die geforderten Merkmale anzubieten und sich am Wettbewerb zu beteiligen.

2.2.3 Eine Rechtfertigung ergibt sich auch nicht aus § 8 EG Abs. 7 Satz 2 VOL/A wegen mangelnder Beschreibbarkeit des Auftraggegenstandes. Der Antragsgegner hätte die Anforderungen an das von ihm gewünschte Office-Produkt auch ohne die Beschränkung auf "Neulizenzen" hinreichend genau und verständlich beschreiben können.

2.3 Des Weiteren hat der Antragsgegner durch die Beschränkung auf "Neulizenzen" und die "Registrierung zu einem Microsoft Select Plus Vertrag" den Anbieterkreis von vornherein auf die von Microsoft autorisierten Microsoft Licensing Solution Partner (LSP) beschränkt. Der Antragsgegner hat in seiner Rügeantwort selbst eingeräumt, dass der Bieterkreis damit letztlich von der Firma Microsoft beschränkt wird und dadurch ein nur eingeschränkter Wettbewerb stattfindet. Hierdurch verstößt der Antragsgegner gegen den in § 101 Abs. 7 GWB enthaltenen Grundsatz des offenen Verfahrens.

2.4 Aus den Verstößen gegen § 8 EG Abs. 1 und Abs. 7 VOL/A resultieren zugleich Verstöße gegen den Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) und den Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB). Darüber besteht in der Rechtsprechung Einigkeit. Denn ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität beziehungsweise eine ungerechtfertigte Abweichung stellt einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz, den Gleichbehandlungsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot dar (Weyand, Rn 382/1 zu § 7 VOL/A; 2. VK Bund, B. v. 27.08.2012 - Az.: VK 2 - 83/12; B. v. 27.08.2012 - Az.: VK 2 - 65/12; VK Schleswig-Holstein, B. v. 19.10.2012 - Az.: VK-SH 28/12; Prieß, NZBau, 2004, 87, (92))

2.4 Verstoß gegen das Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB

Überdies hat der Antragsgegner das Transparenzgebot des § 97 Abs. 1 GWB nicht beachtet. Dieses beinhaltet die Verpflichtung des Auftraggebers, durch klare Angaben für ein einheitliches Verständnis der Bieter zu sorgen und erstreckt sich auf die Gesamtheit der Vergabeunterlagen. Ein Bieter muss nach dem objektiven Empfängerhorizont hinreichend klar und eindeutig aus der Bekanntmachung und/oder dem Leistungsverzeichnis den objektivierten Willen des Auftraggebers erkennen können (Hattig/Maibaum, Rn 82 zu § 97 GWB). In dem bereits festgestellten Verstoß gegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A, der eine Konkretisierung des Transparenzgebots enthält, liegt zugleich eine Nichtbeachtung des Transparenzgebots.

2.5 Bei der Neuausschreibung der Leistungen sollte die Antragsgegnerin darauf achten, dass sie gemäß § 11 EG Abs. 1 VOL/A die Allgemeinen Vertragsbedingungen der VOL/B grundsätzlich zum Vertragsgegenstand machen muss. Eine Abänderung der VOL/B, so wie bislang vorgesehen, ist nur ausnahmsweise vergaberechtlich zulässig.

In der Literatur wird darüber gestritten, ob diese Vorschrift den Vergabestellen hinsichtlich der Einbeziehung der VOL/B ein Wahlrecht einräumt. Nach Auffassung der Kammer lässt sich aus dem Wortlaut des § 11 EG Abs. 1 VOL/A kein Wahlrecht ableiten, sondern im Grundsatz hat der öffentliche Auftraggeber die Regelungen aus der VOL/B einzubeziehen. Nur in bestimmten Ausnahmefällen muss es ihm freistehen, auch von diesem „Grundsatz“ abzuweichen. Der Regelfall ist die Einbeziehung der VOL/B, aber es gibt Ausnahmen von diesem Regelfall, so VK Münster, Beschluss vom 2.10.2014, VK 13/14.

Insofern ist es möglich, die VOL/B abzuändern oder zu ergänzen. Das kann insbesondere dann der Fall sein, wenn die vorgesehenen Vertragsbedingungen nicht ohne weiteres mit den Anforderungen der VOL/B übereinstimmen, diese aber dennoch zulässigerweise zum Inhalt einer Ausschreibung gemacht werden dürfen. In einem solchen Fall muss der öffentliche Auftraggeber auch von den Vorgaben der VOL/B abweichen können. Die Antragsgegnerin sollte dann aber diese Besonderheiten, da es sich eben um einen Ausnahmefall handelt, sachlich nachvollziehbar dokumentieren.

#### IV.

Die Antragstellerin ist durch die festgestellten Vergabeverstöße auch in ihren Rechten verletzt (§ 114 Abs. 1 Satz 1 GWB). Sämtliche festgestellten Verstöße betreffen bieterschützende Vorschriften, und die verletzten Vorschriften wurden auch zu Lasten der Antragstellerin verletzt, denn diese wurde durch die Nichtbekanntgabe des Vertragsentwurfs und die Beschränkung des Bieterkreises auf die von Microsoft lizenzierten Softwarehändler an der Abgabe eines Angebots gehindert. Bei einer Wiederholung des Vergabeverfahrens unter Vermeidung der Rechtsverstöße hätte die Antragstellerin die Chance, ein aussichtsreiches Angebot abzugeben.

Da bereits die Bekanntmachung in Ziff. II.1.1 bzw. II.1.5 widersprüchliche Angaben dazu enthält, zu welchem Select-Plus-Vertrag zu die Bieter sich registrieren sollen, war der Antragsgegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren beginnend mit der Bekanntmachung neu auszuschreiben.

#### V.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben, wobei diese Kosten durch die unterliegende Partei zu tragen sind.

Die Gebühr beträgt mindestens [REDACTED] und soll gemäß § 128 Abs. 2 GWB den Betrag von [REDACTED] nicht überschreiten. Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. [REDACTED] beträgt die Gebühr unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länder [REDACTED]. Diese Gebühr wird dem Antragsgegner

gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB auferlegt. Dieser ist allerdings gemäß § 128 Abs. 1 Satz 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 2 Satz 1 BGebG von den Gebühren befreit.

Die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden dem Antragsgegner gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB auferlegt, wobei die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin aufgrund der Komplexität des Nachprüfungsverfahrens für notwendig erklärt wird.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen die Entscheidung ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Über die Beschwerde entscheidet ausschließlich der Vergabesenat des Oberlandesgerichtes Düsseldorf, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf.

Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss enthalten:

1. die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird,
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, 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.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

---

Diemon-Wies

---

Trottenburg