



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 114/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen:

[...],

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer [...] auf die mündliche Verhandlung vom 23. Januar 2023 am 13. Februar 2023 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene wird jeweils für notwendig erklärt.
4. Die Beigeladene erhält zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin eine im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB passagenweise geschwärzte Fassung des Beschlusses.

Gründe:

I.

1. Die [...] (Ag) veröffentlichten über ihre Vergabestelle am [...] eine unionsweite Auftragsbekanntmachung zur Durchführung eines auf zwei Lose aufgeteilten Vergabeverfahrens in Gestalt eines Verhandlungsverfahrens mit vorangehendem Teilnahmewettbewerb zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen für Aufträge zur Überlassung und Entwicklung von Anwendungen für [...] und den Betrieb von [...]-Anwendungen (Los 2).

Los 1 umfasst die Überlassung und Entwicklung von [...]-Anwendungen im sog. Frontend und Backend. Die Anwendungen im Frontend des bisherigen Auftragnehmers Frontend müssen bis spätestens 1. Juli 2023 an die bereit gestellten [...]-Anwendungen angebunden werden. Die bereit gestellten [...]-Anwendungen müssen bis zum 1. Januar 2026 produktiv gestellt werden. U.a. muss der Auftragnehmer für Los 1 Betriebsunterstützung für den Auftragnehmer des Loses 2 leisten.

Los 2 umfasst den Betrieb der vom Auftragnehmer Los 1 zur Verfügung gestellten [...]-Anwendungen im Backend sowie für die Erfüllung der von den Ag an ihn delegierten gematik-Anwendungen.

Möglich waren separate Angebote auf einzelne Lose, aber auch ein Angebot für beide Lose (sog. Kombinationslos). Beginn der Verträge sollte jeweils der 1. Januar 2023, Vertragsende jeweils der 30. Juni 2027 sein. Vorgesehen sind jeweils Verlängerungsoptionen für weitere vier Jahre bis maximal zum 30. Juni 2031.

Das Beschaffungsvorhaben ist Teil des von den [...] initiierten Projekts „[...]“, unter dessen Bezeichnung die Ag die [...] und weitere Anwendungen der Telematikinfrastruktur anbieten. [...]

ASt und Bg absolvierten den Teilnahmewettbewerb erfolgreich und gaben auf Aufforderung Angebote ab, über die die Ag mit ihnen Verhandlungen führten.

a) Die Vergabe- und Vertragsunterlagen sehen zur Einhaltung von Datenschutzvorgaben Folgendes vor:

- Auftragsbekanntmachung vom [...] unter Ziffer „III.2.2) Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“:

„Die Auftraggeberinnen unterliegen als gesetzliche Krankenkassen besonderen gesetzlichen, insbesondere sozialversicherungsrechtlichen Bindungen. Zur Erfüllung der gesetzlichen Anforderungen ergeben sich besondere Anforderungen an die Leistungserbringung und Auftragsdurchführung im Rahmen dieses Vergabeverfahrens.

Es wird daher bereits jetzt darauf hingewiesen, dass von den zu Verhandlungen für Los 2 ausgewählten Bewerbern im Rahmen der Angebotsabgabe u.a. die verpflichtende Erklärung verlangt werden wird, dass

- sich die Betriebsumgebungen der [...] Anwendungen auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR befinden;

- sichergestellt ist, dass für die bereitgestellten Rechenzentrumsstandorte mindestens Infrastrukturleistungen zum Betrieb eines Rechenzentrums im Sinne der Festlegungen des BSI zur kritischen Infrastruktur erbracht werden;

- sichergestellt ist, dass die gesamte Leistungserbringung, soweit damit ein Zugriff oder die tatsächliche Möglichkeit eines Zugriffs auf Sozialdaten oder sonstige personenbezogene Daten verbunden ist oder sein kann, insbesondere auch (mögliche) Fernzugriffe auf Sozialdaten oder sonstige personenbezogene Daten ausnahmslos auf dem Gebiet eines Mitgliedsstaates der EU oder des EWR oder einem Drittstaat, für den die EU-Kommission förmlich die Angemessenheit des Datenschutzniveaus gemäß Art. 45 der EU Datenschutz-Grundverordnung festgestellt hat, durchgeführt wird;

- sie in keinem Fall Sozialdaten, personenbezogene Daten oder sonstige Daten, die mit der Auftragsdurchführung in Zusammenhang stehen, an Dritte (insbesondere andere Unternehmen, ausländische Staaten oder deren Behörden etc.) ohne entsprechende Weisung oder Zustimmung der Auftraggeberinnen herausgeben oder Dritten Zugriff auf diese Daten einräumen werden.

Näheres hierzu ergibt sich aus den Vergabe- und Vertragsunterlagen.

Die Auftraggeberinnen gehen im Übrigen davon aus, dass der künftige Auftragnehmer für Los 1 bei der Erbringung der geschuldeten Leistungen

- nicht mit Sozialdaten oder sonstigen personenbezogenen Daten in Berührung kommt, die mittels einer [...] Anwendungen verarbeitet werden oder verarbeitet werden sollen,

- keine Sozialdaten oder sonstigen personenbezogenen Daten im Auftrag der Auftraggeberinnen verarbeitet und

- keine Kenntnis von Daten oder Informationen erlangt, die dem Sozialgeheimnis (§§ 35 SGB I, 203 Abs. 2 StGB) unterliegen.

Sollte sich zu einem späteren Zeitpunkt abzeichnen, dass einzelne oder alle der zuvor getroffenen Annahmen nicht zutreffen, wird von den zu Verhandlungen für Los 1 ausgewählten Bewerbern im Rahmen der Angebotsabgabe u.a. die verpflichtende Erklärung verlangt werden, dass eine Verarbeitung von Sozialdaten im Auftrag nur auf dem Gebiet eines Mitgliedsstaates der EU oder des EWR oder in einem Drittstaat erfolgen darf, für den ein Angemessenheitsbeschluss gemäß Art. 45 DS-GVO vorliegt. Das gilt auch für die Verarbeitung von Sozialdaten durch eventuelle Unterauftragnehmer und für Fernzugriffe auf Sozialdaten z.B. im Rahmen von Wartungs- oder Supportleistungen. Näheres hierzu ergibt sich aus den Vergabe- und Vertragsunterlagen.

- Leistungsbeschreibung: Die Leistungsbeschreibung enthält in Ziffer 1.1.2.7 für Los 1 sowie in Ziffer 2.1.2.4 für Los 2 im Detail die Vorgaben, die in Bezug auf den Datenschutz bestehen. Diese Vorgaben sind als Mindestanforderungen ausgewiesen.

- Vertragsentwürfe unter § 35.2.3 Vertrag Los 1 und § 33.3 Vertrag Los 2 mit der Verpflichtung zur Einhaltung der übernommenen Verpflichtung in Bezug auf die Datenschutzvorgaben. § 35.2.3 Vertrag Los 1 lautet im Wortlaut wie folgt:

„Der Auftragnehmer gewährleistet, dass er rechtlich und tatsächlich in der Lage ist, die Datenschutzvorgaben und die in der Anlage 4 – Datenschutzbestimmungen übernommenen Verpflichtungen einzuhalten und die im Rahmen des Vertrags erhaltenen oder zugänglich gemachten personenbezogenen Daten, vertraulichen Informationen, Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse streng vertraulich zu behandeln und insbesondere nicht an Dritte herauszugeben. Der Auftragnehmer erklärt, dass für ihn und etwaige von ihm zulässigerweise eingesetzte Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen, die Zugang zu solchen Informationen haben, im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrags weder direkt noch mittelbar über mit ihm bzw. dem jeweils beauftragten Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen gesellschaftsrechtlich verbundene Unternehmen Verpflichtungen bestehen, Dritten (z. B. ausländischen Sicherheits- oder Geheimdienstbehörden) solche Informationen zu offenbaren. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Auftraggeberinnen sofort schriftlich zu benachrichtigen, wenn er die Einhaltung dieser Verpflichtung nicht mehr gewährleisten kann, insbesondere, wenn für ihn oder einen von ihm beauftragten Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen eine Offenbarungspflicht entsteht. Dritte im Sinne dieses § 35.2.3 sind nicht Behörden oder andere Stellen der Europäischen Union oder eines ihrer Mitgliedsländer, denen gegenüber der Auftragnehmer oder die von ihm beauftragten Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen nach den Gesetzen der EU oder eines EU Mitgliedslandes zur Offenbarung verpflichtet sind. Der Auftragnehmer hat die Auftraggeberinnen unverzüglich zu informieren, wenn solche Behörden oder Stellen ihn oder seine Erfüllungs- oder Verrichtungsgehilfen zur Offenbarung von personenbezogenen Daten, vertraulichen Informationen oder von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen auffordern, soweit die genannten Gesetze das zulassen.“

Die Anlage 4 zum Vertragsentwurf Los 1, auf die Ziffer § 35.2.3 Vertrag Los 1 Bezug nimmt, enthält „Bestimmungen zum Datenschutz und zur Datensicherheit bei der Datenverarbeitung im Auftrag (Art. 28 DS-GVO i. V.m. § 80 SGB X) -Datenschutzbestimmungen“.

§ 35.2.4 sieht eine Vertragsstrafenregelung vor für jeden Fall von schuldhaften Verletzungen der datenschutzrechtlichen Vorgaben.

Im Vertragsentwurf Los 2 sind in §§ 33.3, 33.4 identische Regelungen vorgesehen.

b) Als Zuschlagskriterien definierten die Ag in Ziff. 17 der Bewerbungsbedingungen die Qualität mit 60% und den Preis mit 40%. Die Zuschlagskriterien, deren Gewichtung und die Bewertungsmethode für die beiden Lose bzw. das Kombinationslos gaben die Ag im Einzelnen in Bewertungsmatrizen vor (Bewertungsmatrix Wirtschaftlichkeit Los 1 bzw. Los 2). Diese Bewertungsmatrizen definierten pro Los bezifferte qualitative Zuschlagskriterien, zu denen Aufgabenstellungen (Hauptaufgaben) formuliert waren, zu denen die Bieter ihre konzeptionellen Darlegungen zu bestimmten Ziffern der Leistungsbeschreibung zu beschreiben hatten. Zu diesen Hauptaufgaben waren sodann Fragen formuliert, die „insbesondere“ der geforderten Beschreibung dienten.

Die Bewertungsmatrizen sahen für die „Bestimmung der erreichten Punktzahl je Zuschlagskriterium“ Folgendes vor: „Für jedes Zuschlagskriterium wird anhand der eingereichten Konzepte eine Bewertung mithilfe des unten dargestellten Wertungsschemas durchgeführt und anhand dessen zwischen 0 und 3 Punkten vergeben.“ Dabei waren 0 Punkte für ein Angebot zu vergeben, bei dem die Darstellung der Lösung im Konzept nicht in allen Punkten schlüssig und nachvollziehbar war und eine den Anforderungen entsprechende Leistungserfüllung nicht zuverlässig erkennen ließen. 1, 2 bzw. 3 Punkte waren dagegen zu vergeben, wenn die Darstellung der Lösung im Konzept schlüssig und nachvollziehbar war und erkennen ließ, dass alle geforderten Anforderungen erfüllt werden und ein unterdurchschnittlicher (1 Punkt), durchschnittlicher (2 Punkte) bzw. überdurchschnittlicher (3 Punkte) Zielerreichungsgrad zu erwarten ist.

Die Konzepte für die Lose waren in entsprechende Formblätter einzutragen, worin sich unter der Überschrift „Konzeptionelle Angaben zu den Wertungskriterien“ der folgende Hinweis befand:

„Die Konzeption basiert auf den in der Leistungsbeschreibung (LB) formulierten Anforderungen, die in der Bewertungsmatrix Wirtschaftlichkeit [Anm. der Vergabekammer: Zu Los 1 bzw. 2] als qualitative Zuschlagskriterien aufgegriffen werden. In den Zuschlagskriterien gibt es jeweils eine Hauptaufgabe sowie dazugehörige Fragestellungen, auf die bei der Beantwortung der Hauptaufgabe im Detail eingegangen werden soll. Die Ausführungen zu den einzelnen Zuschlagskriterien, die mitsamt Hauptaufgabe und Fragestellungen in diesem Formblatt wiederholt werden, sind auf den Folgeseiten des jeweiligen Zuschlagskriteriums zu dokumentieren.

Wie der Bieter die maximale Seitenzahl auf die einzelnen Zuschlagskriterien verteilt, bleibt ihm überlassen. Angaben, die vom Bieter an anderer Stelle als der jeweiligen Ziffer gemacht werden, müssen von den Auftraggeberinnen (AG) bei der Angebotswertung nicht berücksichtigt werden.“

Für die Bewertung der Zuschlagskriterien gingen die Ag folgendermaßen vor: Die Ag bewerteten die zu den beschreibenden Hauptaufgaben mit „insbesondere“ konkretisierten Fragestellungen

nach dem Wertungsschema von 0 bis 3 Punkten. Aus den so bewerteten Antworten errechneten die Ag den Mittelwert, der den Punktwert für das der Hauptaufgabe übergeordnete Zuschlagskriterium ergab. Der Punktebewertung der Fragen ging eine Bewertung voraus, deren Erwägungsgründe die Ag jeweils dokumentierten. Für die Bewertung des übergeordneten Zuschlagskriteriums dokumentierten die Ag ebenfalls die Erwägungsgründe, die sich aus den Antworten der Bieter zu den dazugehörigen Fragestellungen ergaben.

Die Durchführung der Bewertung führten die Ag ausweislich des Vergabevermerks Teil D vom 21. Dezember 2022 so durch, dass zunächst ab dem 2. November 2022 zwei parallele unabhängig agierende Prüfer teams der Ag die Bewertungsmatrizen und deren Wertungsschemata auf die Konzepte der Bieter anwendeten und dazu anhand der in den Bewertungsmatrizen enthaltenen qualitativen Kriterien einen Bewertungsvorschlag erarbeiteten. Diese Vorschläge wurden anschließend in einem Workshop beider Teams am 21. November 2022 unter Beteiligung der [...] - Programmleitung und der Verfahrensbevollmächtigten der Ag als vergaberechtliche Berater zu einem gemeinsamen Bewertungsvorschlag konsolidiert. Soweit bei der Bepunktung ein Dissens zwischen den beiden Prüfer teams verblieb, zog die [...] - Programmleitung den betreffenden Vorschlag zur Bewertungsentscheidung an sich. Im Grundsatz wurde hier zugunsten des jeweiligen Bieters die höhere der beiden Punktzahlen bei der betreffenden Fragestellung vergeben, es sei denn, es ergab sich bei Lektüre der Konzepte eine klare Präferenz für die niedrigere Punktzahl. Abschließend erfolgte eine nochmalige fachliche und juristische Kontrolle in weiteren gemeinsamen Workshops. Soweit hierbei noch Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bewertungsteams auftraten, zog die Programmleitung diesen Vorschlag erneut an sich und bewertete nach dem Grundsatz „Im Zweifel für den Bieter“. Die abschließende Festlegung der Punkte für die Konzepte im Rahmen losbezogener weiterer Workshops zwischen den Bewertungsteams, der [...] - Programmleitung und den Verfahrensbevollmächtigten der Ag erfolgte zwischen dem 22. November und dem 2. Dezember 2022.

Um den Zuschlag auf ein Kombinationslos-Angebot zu erteilen, sahen die Vorgaben in den Bewertungsmatrizen Wirtschaftlichkeit für Los 1 bzw. 2 vor, dass das Angebot das beste auf das Kombinationslos und das beste Angebot je Los darstellt. Für ein Kombinationslos-Angebot sehen die Bewertungsmatrizen die Möglichkeit vor, sog. Delta-Konzepte zu den qualitativen Zuschlagskriterien der Bewertungsmatrizen für Los 1 bzw. Los 2 einzureichen, die in der dortigen Spalte „Delta-Kombinationslos“ entsprechend gekennzeichnet sind und insofern eine Änderung des für das jeweilige Los eingereichten Angebotes zu dem jeweiligen Kriterium ermöglichen. Der Zuschlag auf das Kombinationslos war danach möglich, wenn ein Bieter jeweils sowohl in Bezug

auf das Kombinationslos als auch in Bezug auf die beiden Einzellose das wirtschaftlichste Angebot vorgelegt hatte.

In den so erarbeiteten Auswertungsübersichten wurde dokumentiert, dass die Bg sowohl in beiden Einzellosen als auch im Kombinationslos im Gesamtergebnis an erster Stelle rangierte, die ASt dagegen zu allen Positionen auf Rang drei.

Im Ergebnis entschied die Vergabekommission der Ag auf der Grundlage des wie vor ausgearbeiteten Bewertungsvorschlags am 5. Dezember 2022, den Zuschlag an die Bg zu erteilen. Diesem Vergabevorschlag ist die [...] -Gesellschafterversammlung am 7. Dezember 2022 gefolgt.

c) Mit Schreiben vom 9. Dezember 2022 informierten die Ag die ASt gemäß § 134 GWB, sie beabsichtigten, die Zuschläge für die Lose 1 und 2 auf das Kombinationslos-Angebot der Bg zu erteilen. Die Ag informierten die ASt ferner über ihren jeweiligen Rang hinsichtlich des Preises und der qualitativen Zuschlagskriterien bei den beiden Einzellosen bzw. im Hinblick auf die Kombination beider Lose. Die Bewertung der Angebote von ASt und Bg für das Kombinationslos-Angebot legten die Ag im Schreiben mit einem Bestbieter-Vergleich zu den einzelnen qualitativen Kriterien näher in tabellarischer Form dar, worin das Ergebnis der Punktebewertung für die einzelnen Kriterien und der jeweilige gesamte Qualitätsscore mitgeteilt wurden.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 14. Dezember 2022 rügte die ASt die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg und bemängelte Verstöße gegen die datenschutzrechtlichen Anforderungen der Ag, einen Verstoß des Informationsschreibens vom 9. Dezember 2022 gegen die Anforderungen des § 134 GWB sowie eine näher dargelegte fehlerhafte Wertung der Angebote.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2022 wiesen die Ag die Rüge vom 14. Dezember 2022 zurück und halfen den gerügten Punkten nicht ab. In diesem Schreiben bestätigten die Ag mit Blick auf die Rügen der ASt zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen, dass die Bg mit der [...] als Unterauftragnehmerin zusammenarbeite.

Die ASt rügte daraufhin mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 16. Dezember 2022 einen Verstoß der Ag gegen § 6 Abs. 3 Nr. 2, Abs. 1 VgV. Es sei ein Interessenkonflikt zu vermuten, da die Verfahrensbevollmächtigten der Ag, die als Beschaffungsdienstleister der Ag einzu-

ordnen seien, zugleich geschäftliche Beziehungen zur von der Bg eingesetzten Nachunternehmerin [...] hätten, was die ASt näher darlegte. Die Ag wiesen auch diese Rüge mit Schreiben vom 17. Dezember 2022 zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. Dezember 2022, den Ag durch die Vergabekammer übermittelt am 19. Dezember 2022, beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Zur Begründung führt die ASt im Einzelnen wie folgt aus:

aa) Zur Nichtberücksichtigungsfähigkeit des Angebots der Bg wegen Verstoßes gegen die datenschutzrechtlichen Vorgaben trägt die ASt unter Einreichung eines Gutachtens von Herrn [...], auf das sie sich im Rahmen ihres Vortrags bezieht, Folgendes vor:

Mit der Auftragserteilung auf das Angebot der Bg sei ein Verstoß gegen § 80 Abs. 2 SGB X evident. Bei der Verarbeitung von Sozialdaten durch ein deutsches Tochterunternehmen einer US-amerikanischen Muttergesellschaft könne, solange kein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO vorliege, kein sicherer Verarbeitungsort angenommen werden, wenn das US-amerikanische Mutterunternehmen nach dem Recht der USA verpflichtet sein könne, auf die in Europa gespeicherten und verarbeiteten Sozialdaten zuzugreifen und diese US-Behörden zur Verfügung zu stellen. Die strikte Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers gegenüber den Ag könne im Fall eines Zugriffs durch US-Behörden wohl nicht eingehalten werden. Bei allen die [...] betreffenden Daten handle es sich um Sozialdaten sowie um personenbezogene Daten, welche seitens der Ag für die Zwecke der [...] verarbeitet würden. Nach § 80 Abs. 2 SGB X dürften Sozialdaten nur von einem Auftragnehmer verarbeitet werden, wenn die Verarbeitung im Inland, einem anderen Mitgliedstaat der EU bzw. des EWR erfolge oder in einem anderen Land, sofern für dieses ein Angemessenheitsbeschluss der EU nach Art. 45 DSGVO vorliege. Ausweislich der BT-Drs. 18/12611 zu § 80 Abs. 2 SGB X werde durch diese Vorgaben gewährleistet, dass Sozialdaten nicht in unsichere Drittstaaten übermittelt würden. Sozialdaten stünden ferner unter dem Schutz des Sozialdatengeheimnisses, § 35 Abs. 1 SGB X, einer einfachgesetzlichen Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Sozialdaten stünden unter einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz, daher seien die Anforderungen von § 80 Abs. 2 SGB X bei der Verarbeitung von Sozialdaten bei der Auftragsverarbeitung immer zu beachten und weit auszulegen. Habe ein Auftragsverarbeiter wie die

Unterauftragnehmerin der Bg ein Mutterunternehmen in einem Drittland, für das kein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO existiere, so dürfe aufgrund des hohen verfassungsrechtlichen Schutzes eine Verarbeitung durch einen solchen Auftragsverarbeiter nicht erfolgen, auch wenn nur ein latentes Risiko bestehe, dass Behörden des Drittlandes Zugriff auf diese Daten erlangen. Dieses Risiko sei hier gegeben, so dass der Rückgriff auf die organisatorischen und technischen Maßnahmen nach Art. 28 DSGVO für die Verarbeitung von Sozialdaten im Auftrag durch die Nachunternehmerin der Bg nicht ausreichend seien. Unter den engen Voraussetzungen von § 80 SGB X und Art. 28 ff. DSGVO sei den Ag die Auftragsverarbeitung durch Dritte erlaubt, wobei die strikte Weisungsgebundenheit des Auftragnehmers sowie die Primärverantwortung der auftraggebenden Stelle für den datenschutzkonformen Umgang kennzeichnend seien. Dieser bereichsspezifische Datenschutz werde durch § 203 StGB zusätzlich strafrechtlich flankiert und in seiner Bedeutung unterstrichen.

Auch bei Verarbeitung der Daten allein auf dem Gebiet der EU bestehe ein Risiko, dass die US-amerikanische Muttergesellschaft der Unterauftragnehmerin diese möglicherweise zwingen könne, die Daten herauszugeben oder einem Zugriff zugänglich zu machen. Da es sich bei der Bg vorliegend um eine GmbH nach deutschem Recht handle, käme die Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschafterversammlung nach § 37 GmbHG hinzu, ferner Auditrechte und Überprüfungsspflichten des Gesellschafters. Die Frage, ob bei einer Gefährdung von Sozialdaten durch Zugriff eines Drittstaats das Verbot des § 80 Abs. 2 SGB X greife, könne nur anhand des Schutzzwecks der Norm beantwortet werden. Aus der Ergänzung von § 80 Abs. 2 SGB X um den Angemessenheitsbeschluss zur USA in Jahr 2018 ergebe sich, dass die Bestimmung eine ausschließliche Verarbeitung im Rechtsraum der DSGVO sicherstellen wolle, was erst gegeben sei, wenn kein Abfließen von Daten in ein unsicheres Drittland wie die USA stattfinden könne. Ein restriktives Verständnis der Norm sei vor diesem Hintergrund, gerade auch als konkretisierendes Verfassungsrecht, geboten. Nicht genügen könne es vor dem Hintergrund der hochrangigen Schutzziele, nur bei nachweisbaren Gefahren von einer riskanten und damit unerlaubten Datenverarbeitung auszugehen. Bereits das abstrakte Risiko sei maßgeblich, um Grundrechtsgefährdungen auszuschließen.

Eine Verarbeitung der Daten in den USA könne aufgrund der dortigen Rechtslage nicht ausgeschlossen werden, wobei ein konkreter Transfer dieser Daten nicht notwendig sei, denn eine Übermittlung als eine Form der Verarbeitung liege bereits vor, wenn das latente Risiko eines Zugriffs bestehe, so dass bereits das Vorhandensein eines US-amerikanischen Mutterkonzerns für die Unzulässigkeit der Auftragserteilung spreche. Aber auch wenn man keine Übermittlung

annahme, sei nicht sichergestellt, dass kein tatsächlicher Datentransfer in die USA erfolge. Seit dem „Schrems-II-Urteil“ des EuGH vom 16. Juli 2020 fehle es für die USA an dem nach § 80 Abs. 2 SGB X i.V.m. Art. 45 Abs. 1 DSGVO erforderlichen Angemessenheitsbeschluss. Damit laufe auch der Verweis der Ag auf die [...] fehl, denn diese hätten ihre jeweiligen Vergabeentscheidungen getroffen, bevor der Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission für unwirksam erklärt worden sei. § 80 Abs. 2 SGB X mache das Vorliegen eines Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO zur Bedingung, so dass die in Art. 46 DSGVO geregelten „Geeigneten Garantien“ als selbständig neben dem Angemessenheitsbeschluss stehendes Instrument diesen nicht ersetzen könnten. Der Verweis der Ag auf geeignete technische und organisatorische Maßnahmen der Unterauftragnehmerin der Bg, die einen Zugriff ausschließen, sei damit unerheblich. Eine Heilung durch Verschlüsselung mit der Folge, dass die natürliche Person, auf die die Daten sich bezögen, nicht mehr festgestellt werden könne und damit die DSGVO gem. ihrem Art. 4 Nr. 1 keine Anwendung mehr finde, sei ebenfalls nicht möglich. Denn es müsse davon ausgegangen werden, dass eine Identifizierung der Personen durch US-Geheimdienste selbst bei Ende-zu-Ende-Verschlüsselung der Daten - die im Übrigen nicht bei allen Sozialdaten stattfinde - möglich sei. Die Wahrscheinlichkeit, dass US-Geheimdiensten der Zugriff auf Klardaten gelinge, sei somit hoch, wovon auch der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit ausgehe. Würden Versicherte sich beim Auftreten von Problemen an den Support wenden, so könnten die Daten komplett als Klardaten vorliegen.

Ein Zuschlag auf das Angebot der Bg verstoße nicht nur gegen § 80 Abs. 2 SGB X, sondern daneben auch gegen Art. 9 DSGVO, wonach auch Gesundheitsdaten einem besonderen Schutz unterlägen. Auch hier stelle die potentielle Gefahr eines Zugriffs bereits eine Übermittlung und damit eine Verarbeitung dar, für die es an einer Rechtsgrundlage fehle; die nach § 344 SGB V vom Patienten zu gebende Einwilligung stelle in Ermangelung einer entsprechenden Aufklärung über die Übermittlung an US-Behörden keine solche freiwillige Einwilligung dar. Selbst wenn man den potentiellen Zugriff nicht als Übermittlung qualifiziere, so läge eine Übermittlung spätestens dann vor, wenn US-Behörden Zugriff nähmen.

Selbst wenn weder Sozial- noch Gesundheitsdaten vorlägen, also wesentlich weniger sensible Daten, würde eine Vergabe an die Bg gegen Art. 6 DSGVO verstoßen. Dies hätten auch die Deutschen Datenschutzaufsichtsbehörden im Jahr 2020 in einem Beschluss klargestellt.

Verstöße der Ag gegen Art. 44, 28, 29 DSGVO seien zu erwarten, denn es sei den Ag bereits derzeit bekannt, dass die Bg und ihre Unterauftragnehmerin aufgrund der US-Gesetzgebung

nicht sicherstellen könnten, dass nicht auch Datenverarbeitungen außerhalb von Weisungen der Ag möglich seien. Nach Art. 28 Abs. 3 lit. a) DSGVO dürfe der Auftragnehmer Daten jedoch nur auf Weisung verarbeiten, wäre aber ggf. gezwungen, auf Grund der US-Gesetze auch Verarbeitungen außerhalb dieser Weisung vorzunehmen.

Die Gefahr eines Zugriffs durch US-Behörden auch auf Daten, die nicht in den USA gespeichert seien, sei aufgrund der dortigen Rechtslage in mehrfacher Hinsicht möglich, was der EuGH in der Schrems II-Entscheidung ausdrücklich festgestellt habe. Das von der ASt vorgelegte Gutachten von Herrn [...] lege das reale Risiko eines Zugriffs durch Anforderungen von US-Behörden dar, das von den Ag im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Gutachten von [...] könne aufgrund von Wertungswidersprüchen nicht überzeugen.

- Der „Cloud Act“ aus dem Jahr 2018 sei geschaffen worden, um den Zugang der Strafverfolgungsbehörden zu Daten zu verbessern, die außerhalb der USA gespeichert würden. Danach könne ein Unternehmen, das der US-Gerichtsbarkeit unterliege, zur Herausgabe der von ihm kontrollierten Daten verpflichtet werden, auch wenn sich diese außerhalb der USA befänden.

Entgegen der Auffassung der Ag unterfalle die Unterauftragnehmerin der Bg dem Cloud Act, denn die Auslegungshinweise des US Departments of Justice, auf welche die Ag sich beriefen, bestätigten gerade, dass der US-Cloud-Act für Situationen wie der vorliegenden geschaffen worden sei. Danach gelte für global agierende Unternehmen mit Niederlassungen außerhalb der USA ein Vorrang des US-Rechts, wenn in Konflikte mit bestehenden Gesetzen vor Ort der Niederlassung bestünden. Das Unterliegen unter die US-Gerichtsbarkeit werde durch die US-Gerichte sehr weit ausgelegt. Danach genüge das Vorhandensein einer US-amerikanischen Muttergesellschaft über ein Tochterunternehmen außerhalb der USA, denn dann werde von der Kontrolle des Mutterunternehmens über das Tochterunternehmen ausgegangen. Danach müsse davon ausgegangen werden, dass die Nachunternehmerin der Bg als unter die US-Gerichtsbarkeit und damit auch dem Cloud Act unterfallend angesehen werde. Dies stelle das als Anlage AS 17 beigefügte Memorandum des US-Rechtsanwalts [...] vom 10. Januar 2023 klar, denn danach genüge für die Zuständigkeit der US-Justiz ein hinreichender Kontakt mit den USA („*having a sufficient contact with the U.S.*“). Ein amerikanisches Mutterunternehmen könne danach ausreichen. Europäischen Tochterunternehmen sei es nicht möglich, Rechtsmittel gegen Anordnungen unter dem Cloud-Act einzulegen. Es

bestünde mithin die Gefahr, dass die Nachunternehmerin selbst der US-Gerichtsbarkeit unterfalle, was einen erheblichen Zielkonflikt für dieses Unternehmen auslösen könne, das widersprüchliche Gesetze befolgen müsse. Das Argument der Ag, an der Erfüllung der vertraglichen Pflichten gäbe es keinen Zweifel, da die Geschäftsführung gegen europäisches Datenschutzrecht verstieße, wenn sie Zugriff auf die Daten ermögliche, sei damit hinfällig. Ebenso wenig finde die mögliche Strafbarkeit nach § 42 BDSG Anwendung, auf das die Ag rekurrierten, denn die Tatbestandsvoraussetzungen – gewerbsmäßig, gegen Entgelt oder Bereicherungsabsicht – lägen nicht vor. Es könne daher nicht davon ausgegangen werden, dass die Nachunternehmerin nicht ggfs. gegen vertragliche Zusagen verstoßen würde.

Der Cloud-Act ermögliche es auch, den jeweiligen Offenlegungsbeschluss gegen die US-Mutter eines europäischen Unternehmens zu richten. Aufgrund der Weisungsgebundenheit nach § 37 GmbHG könne die amerikanische Muttergesellschaft über die Gesellschafterversammlung enormen Druck ausüben auf das deutsche Tochterunternehmen.

- Ferner regle § 702 des Foreign Intelligence Surveillance Act von 1978 (FISA 702) die Erlangung bestimmter ausländischer Informationen durch amerikanische Geheimdienste von Anbietern elektronischer Kommunikationsdienste, worunter die Nachunternehmerin der Bg entgegen der Auffassung der Ag falle. Das Gutachten von [...], auf das die Ag sich bezögen, stelle im Gegenteil klar, dass die Daten von US-Unternehmen einschließlich deren EU-Tochtergesellschaften auch bei Speicherung außerhalb der USA unter FISA 702 fallen könnten. Es sei nicht möglich, sich gegen eine solche Anordnung mit entgegenstehenden Rechten wie der DSGVO zur Wehr zu setzen.
- Die Executive Order 12333 erlaube es den US-Geheimdiensten, mit genehmigten Programmen Zugriff auf Daten zu nehmen, z.B. auf Daten, die über Unterseekabel in die USA übertragen würden. Richtigzustellen sei, dass die Daten nicht alle Ende-zu-Ende verschlüsselt würden.

Auch der EuGH habe im Schrems II-Urteil festgestellt, dass die US-Behörden mittels FISA 702, Executive Order 12333 und den darauf gestützten Überwachungsprogrammen wie PRISM und UPSTREAM Zugriff auf Daten nehmen könnten. Der neue Executive Order 14086 der US-Regierung ändere nichts an der Verletzung von § 80 Abs. 2 SGB X; Datenschutzbeauftragte hätten Bedenken geäußert, dass mit diesem Executive Order des vom EuGH in Schrems II verlangte

Datenschutzniveau geschaffen werden könne. Ob der Entwurf des neuen Angemessenheitsbeschlusses der EU-Kommission das gesetzlich vorgeschriebene Prüfverfahren nach Art. 93 Abs. 2 DSGVO erfolgreich durchlaufen werde, sei offen. Der Entwurf können einen Angemessenheitsbeschluss nicht ersetzen.

Jedenfalls die US-Muttergesellschaft der Nachunternehmerin der Bg unterliege dem US-Recht. Durch Weisungen könne die Unterauftragnehmerin der Bg in einen Zielkonflikt geraten. Weisungen der Muttergesellschaft könnten dieser Zugriff auf die Daten verschaffen, ohne zwangsläufig gegen deutsches oder europäisches Datenschutzrecht zu verstoßen, so beispielsweise über Outsourcing-Vorhaben oder über die Abspaltung von Unternehmensteilen, gegen die die Unterauftragnehmerin sich nicht zur Wehr setzen könne. Auch könne statt einer Weisung direkt eine Aufforderung von Vorgesetzten der US-Muttergesellschaft an Untergebene bei der deutschen Tochtergesellschaft ergehen, da in US-Konzernen die Reporting-Lines häufig nicht im Unternehmen verblieben, sondern Vorgesetzte für Mitarbeiter in EU-Unternehmen bei der US-Muttergesellschaft säßen.

Die ASt habe einen subjektiven vergaberechtlichen Anspruch auf Einhaltung der Datenschutzvorgaben. Die Bg halte diese nicht ein und sei daher zwingend auszuschließen. Der Beschluss des OLG Karlsruhe vom 7. September 2022 stehe dem nicht entgegen. Das Gericht setze sich nicht auseinander mit der Rechtslage nach Wegfall des Privacy-Shield. Auch sei der Sachverhalt, wo es um eine technische Lösung für ein [...] ging, nicht vergleichbar mit dem vorliegenden Fall der [...]. Vorliegend seien die datenschutzrechtlichen Anforderungen sämtlich als Muss-Anforderungen vorgegeben, im Verfahren des OLG Karlsruhe dagegen würden A- und B-Kriterien unterschieden. Vorliegend könne angesichts der Sensibilität der Daten das bloße Vertrauen auf die Zusagen der Bg nicht ausreichen, es sei vielmehr eine faktische Risikoreduzierung angezeigt. Aus demselben Grund könne auch nicht darauf vertraut werden, dass der Us-Mutterkonzern keine mit EU-Datenschutzrecht unvereinbare Weisung erteile. Die abstrakte Bewertung des OLG Karlsruhe, wonach ein Auftraggeber sich auf die vertraglichen Zusagen eines Bieters verlassen dürfe, könne spätestens im vorliegenden Fall nicht mehr gelten, wo ein Datenschutzkonzept Gegenstand des Vergabeverfahrens sei. Ein mögliches Vertrauen werde durch die Pflicht zur sorgfältigen Nachprüfung der angeforderten Unterlagen überlagert.

Der Hinweis der Ag auf die Zulassung der Nachunternehmerin und deren Komponenten für die Telematikinfrastruktur durch die gematik GmbH bedeute nicht, dass die Verarbeitung durch die Nachunternehmerin datenschutzkonform erfolge, denn die gematik GmbH führe keine rechtliche

Prüfung der Konformität mit Datenschutzvorgaben durch. Dies gelte insbesondere für den entscheidenden Teil des Systems, bei dem die Daten nicht Ende-zu-Ende verschlüsselt vorlägen.

bb) Die ASt bemängelt ferner die durchgeführte Angebotswertung als fehlerhaft infolge eines von der ASt behaupteten Verstoßes der Ag gegen § 6 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. Abs. 1 VgV. Vor diesem Hintergrund sei die Bewertung des Angebotes der ASt fehlerhaft, weil die Zuschlagsentscheidung nicht objektiv getroffen worden sei, sondern auf einer unstatthaften Vorfestlegung beruhe. Die ASt bezieht sich auf näher zitierte Pressemeldungen, wonach sie Anlass zur Annahme habe, die Wertung sei unter Einbeziehung von Beratern der Ag mit Interessenkonflikten im Sinne des § 6 VgV erfolgt. Die Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten der Ag stünde ausweislich der Pressemeldungen und zweier Veranstaltungsmeldungen auf deren Homepage in einer langjährigen Mandats- bzw. engen Geschäftsbeziehung zur Nachunternehmerin der Bg, der [...]. Man führe gemeinsame Seminare zu den Themen [...] an. Ferner sei [...] seit Jahren Mandantin der Verfahrensbevollmächtigten der Ag. Dies begründe einen Interessenkonflikt im Sinne des § 6 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. Abs. 1 VgV. Die anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten seien Beschaffungsdienstleister der Ag im Sinne des § 6 Abs. 1 VgV, die die Ag bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beraten hätten. Ihre gleichzeitige Tätigkeit für den zentralen Nachunternehmer der Bg genüge den Anforderungen für einen zu vermutenden Interessenkonflikt. Dieser Fehler sei gravierend und führe zur Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens von Anfang an, so dass das Verfahren aus diesem Grunde aufzuheben sei.

cc) Nach Durchsicht der Wertungsergebnisse infolge der erhaltenen Akteneinsicht hat die ASt einen Verstoß gegen § 7 VgV gerügt. Die ASt hält die Bg für vorbefasst, was zum einen aus einem Interview des zuständigen [...] -Programmleiters bei den Ag in einem [...] -Artikel vom [...] (vorgelegt als Anlage AS12) indiziert werde. Dieser habe darin in Bezug auf die streitgegenständliche Ausschreibung vor Angebotsabgabe erwähnt, die Ag wollten ein Angebot, das mehr als die gesetzlich vorgegebenen Funktionen der [...] biete. Es sollten auch alltagsrelevante Mehrwerte wie [...] umfassen sein. Daraus, dass eine [...] in den Vergabeunterlagen nicht als [...] -Mehrwertanwendung von den Ag verlangt worden sei und die Unterauftragnehmerin der Bg, die [...], eine solche bereits als Mehrwertanwendung für andere [...] anbiete, entnehme die ASt ein Indiz, dass die Ag mit der Bg bereits im Vorfeld der Ausschreibung über das zwischen dieser und den Ag bestehende Bestandsauftragsverhältnis hinaus gemeinsame Planungen zu Frontend und Backend vorgenommen habe, die erst Teil der streitgegenständlichen Ausschreibung seien. Aus dem Vorgang sei zu entnehmen, dass die Bg über Teile der Ziele der Ag für die streitgegenständliche Ausschreibung bereits im Vorfeld der Ausschreibung in Kenntnis bzw. damit vorab befasst

gewesen sei. Unter Berufung auf die Entscheidung der VK Bund VK2-87/21 vom 21. September 2021 hält die ASt den § 7 VgV auf den vorgetragenen Sachverhalt für anwendbar und ist der Ansicht, die Bg sei im Hinblick auf § 7 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen. Ihr Vorbringen hat die ASt in der mündlichen Verhandlung ergänzt und dort gerügt, dass von Seiten der Ag bereits im Mai 2022 angeordnet worden sei, Backend und Mehrwertdienste der Bg zu implementieren. Hierzu hat die ASt mit nachgelassenem Schriftsatz vom 24. Februar 2023 näher vorgetragen und die von ihr benannten Folien der Bg vorgelegt, worauf im Einzelnen Bezug genommen wird. Nach Auffassung der ASt ergebe sich aus den von ihr dargelegten Sachverhalten eine Vorfestlegung der Ag auf die Bg als Zuschlagsempfängerin.

dd) Zu den von ihr erhobenen Rügen zur Angebotswertung trägt die ASt folgendermaßen vor:

- Die Ag sei bei der Durchführung der Angebotswertung fehlerhaft vorgegangen, weil sie in diesem Rahmen einen unstatthaften Vergleich der Angebote untereinander vorgenommen habe. Dies sei den Bietern nicht vorab bekannt gemacht worden, was mit § 127 Abs. 5 GWB unvereinbar sei, da die bekannt gemachten Wertungskriterien in den Bewertungsmatrizen für die Wirtschaftlichkeit der Lose keine solche Binnenbewertung vorgäben. Dort sei lediglich geregelt, dass sich die Bewertung am Zielerreichungsgrad unterdurchschnittlich bis überdurchschnittlich orientiere, ohne dass sich darin allerdings die von der Ag tatsächlich vorgenommene relative Bewertungsmethode wiederfinde. Dadurch hätten die Ag auch gegen § 127 Abs. 4 GWB verstoßen, da keine wirksame Überprüfung der Wertungskriterien möglich sei. Dadurch, dass die Ag vor Ausschreibung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens ferner die [...] als Unterauftragnehmerin der Bg für die Durchführung des vorangegangenen Auftragsverhältnisses zugelassen hätten, hätten die Ag gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen. Die Ag hätten bewusst eine Konstellation geschaffen, die der Bg einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil bei der durchgeführten Binnenbewertung verschafft habe, indem sie einen Wunschbieter bessergestellt habe.
- Ferner hält die ASt die Anwendung des von den Ag festgelegten Wertungssystems für fehlerhaft. Die Ag seien willkürlich vorgegangen, weil sie teilweise mehrere Angebote mit derselben Punktzahl 3 und damit mehrere Angebote parallel z.B. als überdurchschnittlich eingeordnet hätten. Nach der Logik der von den Ag vorgegebenen Zielerreichungsgraden und den diesen jeweils zugeordneten Punktwerten sei eine parallele Bewertung von Konzepten unterschiedlicher Bieter als überdurchschnittlich ausgeschlossen. Dies sei aber angesichts der mitgeteilten Übersicht in der Vorabinformation vom 9. Dezember 2022 nicht der Fall. Auch sei, wie die ASt insbesondere in ihren Stellungnahmen vom 12. und 22. Januar 2023 näher ausführt, vergaberechtswidrig, dass aus der Dokumentation der Ag zu den Bewertungen der von der

ASt im Schriftsatz vom 12. Januar 2022 (Ziff. D.VI i.V.m. D.VII.4, S. 34/35 und S.56-59) näher benannten Einzelkriterien der Lose 1 und 2 nicht ersichtlich sei, warum der jeweilige Konzeptteil nur durchschnittlich und nicht überdurchschnittlich bewertet worden sei.

- Schließlich bemängelt die ASt im Einzelnen insbesondere in ihren Stellungnahmen vom 12. und 22. Januar 2023, die Ag hätten die Einzelbewertung der qualitativen Konzepte nach den Vorgaben der Bewertungsmatrizen Wirtschaftlichkeit zu näher benannten qualitativen Wertungskriterien fehlerhaft durchgeführt. Dies resultiere aus im Einzelnen näher begründeten fehlerhaften Sachverhaltsermittlungen, fehlerhaft angewendeten Bewertungsmaßstäben, einer fehlerhaften Dokumentation und einer unzulässigen Bevorzugung der Bg seitens der Ag. In ihrem Schriftsatz vom 12. Januar 2023 (S. 37) hat die ASt zu weiteren Wertungsfehlern infolge fehlerhafter Sachverhaltsermittlung auf eine von ihr vorgelegte Anlage AS20 verwiesen, die eine tabellarische Übersicht mit Anmerkungen zu zahlreichen Bewertungen der Konzepte der ASt zu einzelnen Zuschlagskriterien bzw. dazugehörigen Fragestellungen enthielt und überschrieben war mit „*Kommentierung der Konzeptwertung durch[...]*“. Zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der ASt kann der Vortrag der Ag zu den von ihr behaupteten Wertungsfehlern nicht näher dargelegt werden.

ee) Das Informationsschreiben der Ag vom 9. Dezember 2022 hält die ASt für unzureichend und sieht insofern einen Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB. Das Schreiben genüge den Anforderungen nicht, weil darin lediglich eine tabellarische Auflistung der Bewertungspunkte für das Kombinationslos-Angebot, nicht aber eine nähere Darstellung der Bewertung der Einzellose enthalten sei. Eine solche sei erforderlich, um nachvollziehen zu können, ob die Voraussetzungen der Ziff. 1.1.2 der Bewerbungsbedingungen gegeben seien, wonach der Zuschlag auf ein Kombinationslos-Angebot nur erteilt werden könne, wenn jedes Los-Angebot isoliert betrachtet ebenfalls das wirtschaftlichste Angebot sei. Es fehle überdies an einer nachvollziehbaren und aussagekräftigen Begründung der einzelnen im Schreiben dargelegten Kriterien-Bewertung. Diese Mängel seien auch nicht durch die Rügeantwort vom 15. Dezember 2022 behoben worden. Die ASt sei danach nicht in der Lage, sich ein Gesamtbild von der Bewertung zu machen.

Die ASt hält zudem die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten für notwendig, was sie im Antragschriftsatz abschließend näher ausführt.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass die Ag mit ihrem Informationsschreiben vom 15. Dezember 2022 nicht ihrer Informationspflicht nach § 134 Abs. 1 S. 1 GWB nachgekommen ist;

2. die Ag zu verpflichten, das Angebot der Bg auszuschließen;
3. die Ag für den Fall der weiteren Vergabeabsicht zu verpflichten, den Zuschlag
 - a. auf das Kombinationsangebot der ASt,
 - b. hilfsweise auf das Angebot Los 1 und das Los 2 der ASt,
 - c. hilfsweise auf das Angebot Los 1 oder Los 2 der AStals das wirtschaftlichste/die wirtschaftlichsten Angebote zu erteilen;
4. hilfsweise zu Antrag Ziff.3 das Verfahren zurückzusetzen und die Ag zur Wiederholung der Wertung aufzufordern, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer;
5. hilfsweise das Verfahren insgesamt aufzuheben und die Ag zu verpflichten, bei Fortbestehen der Beschaffungsabsicht ein unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer rechtskonformes Vergabeverfahren durchzuführen;
6. den Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen;
7. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt die ASt Einsicht in die Vergabeakte gemäß § 165 Abs. 1 GWB.

b) Die Ag beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Ag notwendig war.

Die Ag begründen ihr Vorbringen wie folgt:

aa) Unter Bezugnahme auf ein von den Ag eingereichtes Gutachten von [...]tragen die Ag vor, der von der ASt geltend gemachte Ausschlussgrund, das Angebot der Bg genüge nicht den datenschutzrechtlichen Anforderungen, greife nicht. Wie schon in der Auftragsbekanntmachung kommuniziert, handle es sich bei den datenschutzrechtlichen Anforderungen um Vertragsbedingungen, nicht um Bestimmungen i.S.v. § 97 Abs. 6 GWB. Die ASt könne folglich auch keine vergaberechtliche Norm benennen, gegen die die Ag verstoßen haben könnten. Die datenschutzrechtlichen Vorgaben insbesondere der Art. 28, 44 DSGVO und des § 80 Abs. 2 SGB X seien bei der Auswahl der Bg eingehalten worden. Falsch sei es, wenn die ASt einen Verstoß gegen § 80

Abs. 2 SGB X aus der gesellschaftsrechtlichen Verbindung der Unterauftragnehmerin ableite, weil bereits das daraus resultierende Risiko einer Datenherausgabe an US-Behörden den Tatbestand einer Datenverarbeitung bzw. Datenübermittlung erfülle. Das habe auch das OLG Karlsruhe in einem vergleichbaren Sachverhalt mit Beschluss vom 7. September 2022 entschieden. Der Sachverhalt sei im von der ASt für entscheidend gehaltenen Punkt vergleichbar, dass nämlich eine europäische Tochter eines US-amerikanischen Konzerns mit der Verarbeitung sensibler Daten beauftragt werde, dort Gesundheitsdaten, vorliegend Sozialdaten. Das Risiko eines unzulässigen Datenzugriffs durch eine ausländische Muttergesellschaft oder eine ausländische Behörde könne entgegen der Auffassung der ASt nicht mit einer tatsächlichen Verarbeitung oder Übermittlung personenbezogener Daten gleichgesetzt werden. Die ASt verkenne, dass sowohl dem Begriff der „Verarbeitung“ als auch der „Übermittlung“ personenbezogener Daten ein intentionales Element innewohne. Ein Gleichsetzen des bloßen Risikos eines Datenzugriffs von außen mit einer tatsächlichen Verarbeitung oder Übermittlung personenbezogener Daten sei daher schon begrifflich ausgeschlossen.

Die Bg biete hinreichende Garantien i.S.v. Art. 28 DSGVO. Sie und ihre Unterauftragnehmerin sicherten vertraglich zu, die Daten ausschließlich in Mitgliedsländern der EU oder des EWR oder in Drittländern zu verarbeiten, für die ein Angemessenheitsbeschluss der EU-Kommission nach Art. 45 DSGVO vorliege, und die Daten nicht entgegen der Weisung der Ag an Dritte herauszugeben. Auf diese vertragliche Zusage dürften sich die Ag gemäß der Rechtsprechung verlassen. Ausländische Rechtsvorschriften oder Weisungsbefugnisse ausländischer Gesellschafter schlossen die Zuverlässigkeit der Bg nicht aus. Die Unterauftragnehmerin könne durch Vorschriften des US-Rechts nicht wirksam zur Datenherausgabe an amerikanische Behörden verpflichtet werden. Denn es läge ansonsten ein Verstoß gegen die DSGVO vor, welcher der [...] -Geschäftsführung nicht unterstellt werden könne.

Das gesellschaftsrechtliche Weisungsrecht der US-amerikanischen Muttergesellschaft der Unterauftragnehmerin der Bg nach § 37 GmbHG könne ein Risiko einer unzulässigen Datenübermittlung nicht begründen. Denn Weisungen, deren Befolgung einen Gesetzesverstoß begründen würde, dürfe die Geschäftsführung von [...] nach allgemeiner Meinung nicht umsetzen. Es sei daher fernliegend, dass die Geschäftsführung der [...] eine rechtswidrige Weisung zur Offenlegung von Sozialdaten befolgen würde. Es komme daher nicht darauf an, ob die Muttergesellschaft nach US-Recht zur Herausgabe von Daten verpflichtet werden könne, die sich im Besitz der [...] befänden; allerdings sei dies schon nach dem eigenen Vortrag der ASt fraglich, wonach eine Herausgabeverpflichtung nach dem Cloud Act nur in Betracht komme für Daten, die unter der

Kontrolle des verpflichteten Unternehmens stünden, was aber in Bezug auf die Muttergesellschaft bezüglich der Daten der deutschen Tochtergesellschaft gerade nicht der Fall sei.

Die Bg und ihre Unterauftragnehmerin hätten mit dem Angebot hinreichende technische und organisatorische Garantien nach Art. 28 DSGVO zum Schutz der Daten der Ag belegt. Bestätigt werde die Einschätzung der Ag zur Tauglichkeit der technischen und organisatorischen Maßnahmen der [...] durch die Zulassung der gematik nach §§ 325, 341 Abs. 3 SGB V, für sämtliche von [...] angebotenen [...] -Komponenten und Betriebsleistungen. Prüfkriterien der gematik seien nach § 325 Abs. 3 S. 4 SGB V neben Datenschutzzielen auch die Vertraulichkeit der Dienste und Komponenten. Diese gematik-Zulassungen seien entgegen der Behauptung der ASt teilweise deutlich nach der Entscheidung des EuGH vom 16. Juli 2020 erteilt oder erneuert worden. Insgesamt hänge die Erteilung einer gematik Zulassung für [...] -Komponenten und [...] -Betriebsleistungen ganz wesentlich davon ab, dass der Hersteller bzw. Betreiber wirksame technische und organisatorische Maßnahmen zum Schutz insbesondere der Vertraulichkeit versichertenbezogener Daten nachweisen könne. Gesetzliche Krankenkassen, die einen von der gematik zugelassenen Betreiber mit der Zurverfügungstellung einer [...] beauftragten, dürften darauf vertrauen, dass der Betreiber hinreichende Garantien i.S.v. Art. 28 Abs. 1 DSGVO biete.

bb) Den gerügten Verstoß gegen § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV halten die Ag für nicht gegeben. Die Vorschrift sei bereits vom Wortlaut her nicht anwendbar, da die von der ASt angeführten anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten der Ag nicht im Sinne dieser Vorschrift für einen Bewerber bzw. Bieter des Vergabeverfahrens tätig seien, sondern die Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten, wenn auch in Gestalt anderer Personen als die Verfahrensbevollmächtigten bzw. anwaltlichen Berater der Ag im streitgegenständlichen Verfahren, nur für den Nachunternehmer der Bg. Die Rolle des Nachunternehmers sei, da dieser nur Teile der Leistung zu erbringen habe, nicht vergleichbar mit derjenigen des Bieters selbst, so dass auch eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV ausscheide.

Es liege ferner kein Interessenkonflikt nach § 6 Abs. 2 VgV vor. Zum einen sei im Hinblick auf Berater § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV die spezielle Regelung. Zum anderen lägen die Voraussetzungen der Norm nicht vor, weil kein Anwalt der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten, der im Zusammenhang mit der streitgegenständlichen Ausschreibung berate, für die [...] beratend tätig sei. Die von der ASt benannten Seminare würden allesamt von anderen Rechtsanwälten der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten in Zusammenarbeit mit der [...] durchgeführt, was die Ag in der An-

tragserwiderung vom 30. Dezember 2022 näher ausführt. Die Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten der Ag sei auch entgegen der ASt keine Partnerin der [...]. Denn keiner der im streitgegenständlichen Vergabeverfahren für die Ag tätigen Rechtsanwälte der Ag betreue aktuell ein Mandat für einen der an der Ausschreibung beteiligten Bieter oder Unterauftragnehmer, was in der Antragserwiderung unter Verweis auf Geschäftsgeheimnisse gegenüber den übrigen Verfahrensbeteiligten näher dargelegt wird. Diese Rechtsanwälte der Ag könnten zudem keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens nehmen, da die Ag alle maßgeblichen Entscheidungen selbst trafen und getroffen hätten. Innerhalb der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten der Ag könnten auch nur die mit der Beratung der Ag betrauten Rechtsanwälte Zugriff auf die entsprechenden Mandatsakten nehmen, was dadurch gewährleistet sei, dass alle Personen zu diesen Zwecken aktiv von den das Mandat federführenden Rechtsanwälten freigeschaltet werden müssten.

cc) Den von der ASt im Laufe des Nachprüfungsverfahrens bzw. während der mündlichen Verhandlung im Hinblick auf die Grundsätze des § 7 VgV bzw. eine von der ASt bemängelte die ASt diskriminierende Vorfestlegung der Ag auf die Bg als Zuschlagsempfängerin hält die Ag für unbegründet. Die Bg sei nicht vorbefasst gewesen, weil sie die Ag nicht bei der Vorbereitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens beraten habe bzw. anderweitig beteiligt gewesen sei. Die Bg sei bisherige Auftragnehmerin Frontend. [...] sei Anfang 2022 in die Markterkundung der Ag wie alle existierenden Anbieter gematik-zugelassener Standardprodukte im Frontend und Backend einbezogen worden. Die Ag hätten mit allen bisherigen Auftragnehmern Verhandlungen über Aufhebungs- und Verkürzungsvereinbarungen für die Bestandsaufträge geführt. Hieraus sei kein Sachverhalt abzuleiten, der entsprechend der VK-Bund-Entscheidung VK2-87/21 einen Verstoß gegen § 7 VgV begründen könne, weil bereits der dort entschiedene Sachverhalt nicht mit dem hiesigen vergleichbar sei, was näher ausgeführt wird. Die Ag hätten in ihrer funktionalen Leistungsbeschreibung gerade keine Vorgaben zu [...] Mehrwertanwendungen gemacht, um den Wettbewerb nicht zu beschränken. Hinsichtlich der von der ASt vorgelegten Folien vom Mai 2022 zum Bestandsauftrag gehe ebenfalls keine Vorbefasstheit der Bg hervor. Anlässlich des betreffenden Workshops seien zwischen der Bg und [...] als bisheriger Auftragnehmerin Backend verschiedene Szenarien besprochen worden wie die neue Frontend-Lösung der Bg, zu der auch [...] Produkte der [...] gehörten, in das Backend der [...] integriert werden könne. Soweit darin zu einem Szenario angeführt werde „Die [...] wünscht...“, sei dies eine verunglückte Formulierung der Bg als Verfasserin der Folien. Das Szenario 2 sei zudem nicht im Bestandsauftrag umgesetzt worden. Eine Vorfestlegung der Ag auf die Bg als Zuschlagsempfängerin im streitgegenständlichen Vergabeverfahren sei darin nicht zu erblicken.

dd) Zu den von der ASt bemängelten Fehlern bei der Angebotswertung erwidern die Ag wie folgt:

- Die Rüge der Intransparenz bzw. unzulässig durchgeführten Binnenbewertung der Angebote hinsichtlich der qualitativen Konzeptkriterien halten die Ag für unbegründet. Die Notwendigkeit einer Bewertung unter Berücksichtigung des Vergleichs der Angebote untereinander sei im Hinblick auf eine fehlerfreie Beurteilung gerade geboten. Die Rechtsprechung, insbesondere der BGH in seinem Beschluss vom 4. April 2017 (X ZB 3/17) habe dies bereits herausgearbeitet. Für eine am Grundsatz der Gleichbehandlung orientierte Bewertung von qualitativen Bewertungskriterien komme es danach darauf an, dass die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel zu vergeben seien. Auch das OLG Düsseldorf habe mit Beschluss vom 27. April 2022 (VII-Verg 25/21) für einen solchen Zusammenhang festgestellt, dass die Wertungen im Quervergleich stimmig sein müssten, um beurteilungsfehlerfrei zu sein. Das setze einen entsprechenden Vergleich der Angebote voraus, dieser sei der bekannt gemachten Bewertungsmethode der Ag somit immanent und für einen fachkundigen Bieter wie die ASt auch ohne Weiteres erkennbar gewesen.
- Eine Diskriminierung der ASt gegenüber der Bg liege nicht vor. Soweit die ASt meine, die Bg sei durch das Auswechseln ihres Unterauftragnehmers hin zur [...] im vorausgegangenen Auftragsverhältnis mit den Ag in die Lage versetzt worden, unstatthafte Wettbewerbsvorteile generieren zu können, halten die Ag den entsprechenden Rügevortrag bereits für präkludiert. Die Einbindung von [...] als Unterauftragnehmer der Bg bereits im Vorauftrag sei aus der bestandskräftigen EU-weiten Bekanntmachung der entsprechenden ausschreibungsfrei zulässigen Auftragsänderung vom [...] und ferner aus der Leistungsbeschreibung und dem Vertragsentwurf ersichtlich gewesen. Jedenfalls aber sei diese Rüge unbegründet. Durch die vergaberechtskonforme Änderung des Unterauftragnehmers der Bg im dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren vorausliegenden Auftragsverhältnis sei kein Wunschbieter der Ag geschaffen worden. Es sei zudem nicht ausgeschlossen, dass die Bg etwaige im Wettbewerb erlangte Vorteile aus anderen Auftragsverhältnissen auch in ihren Konzepten des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens übernehmen könne. Darin liege kein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze. Letztlich reklamiere die ASt Entsprechendes auch für ihr eigenes Angebot, in das sie die [...], ebenfalls bisherige Auftragnehmerin der Ag (für das Backend), eingebunden habe.
- Die von der ASt bemängelten Fehler zu den näher dargelegten Einzelbewertungen lägen nicht vor. Weder seien die Bewertungen im Einzelnen unzureichend dokumentiert, noch hätten die Ag im Einzelfall einen unzureichenden beurteilungsrelevanten Sachverhalt zugrunde gelegt noch sei der Bewertungsmaßstab falsch angewendet worden. Die Ag bestreiten, dass die ASt

auch bei einer hypothetischen Bewertung aller Kriterien der ASt mit der Höchstpunktzahl von 3 Punkten eine Chance auf den Zuschlag erhalten könne. Die Annahmen der ASt, die diese bezüglich der Möglichkeit des Auftragserhalts insbesondere in ihrer Anlage AST7 vortrage, hingen von fehlerhaften Bewertungen der ASt in einer so hohen Zahl von Kriterien ab, von denen nicht auszugehen sei. Selbst einzelne fehlerhafte Bewertungen veränderten nach Auffassung der Ag die Rangfolge nicht zugunsten der ASt. Des Weiteren tragen die Ag zu den von der ASt im Einzelnen bemängelten Bewertungen zu den einzelnen Wertungskriterien insbesondere mit Schriftsätzen vom 30. Dezember 2022 und 18. Januar 2023 vor und sind der Meinung, insofern die Angebote von ASt bzw. Bg fehlerfrei bewertet zu haben. Zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Verfahrensbeteiligten kann der Vortrag der Ag hier nicht näher dargelegt werden.

ee) Die Rüge des unvollständigen Vorabinformationsschreibens halten die Ag für unbegründet. Ihrer Ansicht nach seien darin alle gesetzlich erforderlichen Pflichtangaben enthalten. Die ebenfalls dort angegebenen Rangplätze zu den einzelnen Angeboten seien überobligatorisch erfolgt. Soweit die Punktwerte und Scores für das Kombinationslos-Angebot ausführlicher mitgeteilt worden seien, sei dies dem Umstand geschuldet, die Gründe für das für die Vergabeentscheidung im Ergebnis maßgebliche Angebot näher zu konturieren. Schließlich seien die Zuschlagschancen der ASt durch die Vorabinformation nicht geschmälert worden, sie habe im Hinblick auf die ASt ersichtlich die Funktion erfüllen können, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu prüfen.

c) Die mit Beschluss vom 21. Dezember 2022 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg für notwendig zu erklären;
3. Der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen.

aa) Die Bg bezieht zur Datenschutzthematik in ihren Vortrag eine Stellungnahme ihrer Unterauftragnehmerin ein; der Stellungnahme der Unterauftragnehmerin ist ein Gutachten von Herrn [...] beigefügt.

Richtigzustellen sei, dass die Bg entgegen der Unterstellung im Vortrag der ASt und in dem von der ASt eingereichten [...]Gutachten ausweislich des Handelsregisters keine US-amerikanische Muttergesellschaft habe, so dass die datenschutzrechtliche Argumentation der ASt schon aus diesem Grund nicht verfange.

Auch rechtlich trage die Argumentation nicht. Das OLG Karlsruhe habe mit Beschluss vom 7. September 2022 in einem vergleichbaren Fall entschieden, dass ein Auftraggeber nicht an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens bezüglich der Datenverarbeitung ausschließlich in der EU zweifeln müsse, wenn als Unterauftragnehmer ein Tochterunternehmen eines US-amerikanischen Konzerns eingesetzt werde. Dieser Beschluss sei auf das vorliegende Verfahren übertragbar. Auch dieser, auf das Entlassmanagement bezogene Beschluss habe ebenso wie die vorliegende [...] die Verarbeitung von Gesundheits- und Sozialdaten i.V.v. § 67 Abs. 2 S. 1 SGB X zum Gegenstand gehabt; ebenso wie hier sei auch im OLG Karlsruhe-Sachverhalt die Tochtergesellschaft eines US-Mutterkonzerns als Auftragsverarbeiter vorgesehen. Entgegen der Auffassung der ASt habe sich das OLG Karlsruhe mangels Entscheidungserheblichkeit nicht mit der Rechtslage nach der Ungültigkeit des Privacy-Shields auseinandergesetzt, sondern die Frage, die Gegenstand des dortigen Rechtsstreits gewesen sei, verneint, nämlich ob bei US-amerikanischer Mutter an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens zu zweifeln sei.

Hilfsweise sei auf die Unrichtigkeit der Argumentation der ASt hinzuweisen, wonach die Sozialdatenverarbeitung durch ein deutsches Tochterunternehmen einer US-amerikanischen Muttergesellschaft per se einen Verstoß gegen § 80 Abs. 2 SGB X darstellen solle, weil kein sicherer Verarbeitungsort anzunehmen sein solle wegen einer Verpflichtung der US-Muttergesellschaft, auf Daten der deutschen Tochtergesellschaft zuzugreifen und diese US-Behörden zur Verfügung zu stellen. Die ASt verkenne den datenschutzrechtlichen Unterschied zwischen einer Verarbeitung und einem Risiko. Weder die ASt noch das [...]Parteigutachten begründeten, warum ein abstraktes Risiko eine datenschutzrechtliche Verarbeitung oder Übermittlung, für die stets eine Bewegung der Daten und ein aktives Element erforderlich sei, darstellen solle. Der Verweis auf die Grundrechte überzeuge nicht, für Sozialdaten sei keine andere Bewertung angezeigt. Ein abstraktes Zugriffsrisiko durch ein US-Mutterunternehmen oder durch US-amerikanische Behörden auf Daten, die physisch bei einem EU-Tochterunternehmen lägen, sei keine Verarbeitung, § 80 Abs. 2 SGB X, Art. 44 DSGVO fänden daher keine Anwendung, was die Bg im Einzelnen anhand der Datenschutzvorschriften detailliert begründet. Einem abstrakten oder latenten Risiko könne mit technischen und organisatorischen Maßnahmen begegnet werden. Weder im Wortlaut

von § 80 Abs. 2 SGB X noch in der Gesetzesbegründung habe der Gesetzgeber anklingen lassen, dass auch abstrakte Zugriffsrisiken erfasst sein sollten. Ein abstraktes Restrisiko des Zugriffs auf Sozialdaten gebe es stets, auch in der EU, insbesondere bei Anwendung krimineller Energie wie bei Hackerangriffen. Wollte man auf dieses abstrakte Risiko ausreichen lassen, so wäre eine Auftragsverarbeitung von Sozialdaten generell unzulässig, der Norm des § 80 Abs. 2 SGB X hätte es nicht bedurft. Die ASt verkenne im Übrigen das Verhältnis zwischen Gesundheits- und Sozialdaten, denn richtigerweise stellen die Gesundheitsdaten eine Teilmenge der wesentlich weiter gefassten Sozialdaten dar. Der Gesetzgeber der DSGVO habe für die Auftragsverarbeitung der besonders schützenswerten Gesundheitsdaten gerade keine gesonderte, dem § 80 Abs. 2 SGB X vergleichbare Einschränkung vorgesehen, die Auftragsverarbeitung von Gesundheitsdaten in Drittländern sei vielmehr grundsätzlich auch ohne Angemessenheitsbeschluss möglich. Selbstverständlich habe die Unterauftragnehmerin der Bg ausweislich des Angebots der Bg ausreichende technische und organisatorische Maßnahmen implementiert, um die Daten vor einem unberechtigten Zugriff zu schützen, worauf hilfsweise hinzuweisen sei. Die Unterauftragnehmerin der Bg entwickle und betreibe seit Jahren [...] -Systeme für [...], sie besitze gematik-Zulassungen für alle Komponenten und Betriebsleistungen, für deren Erteilung der Nachweis wirksamer Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit Voraussetzung sei. Diese Maßnahmen einschließlich der Verschlüsselung machten einen Zugriff technisch unmöglich. Die Verschlüsselung führe dazu, dass die Daten für Dritte einschließlich der US-Muttergesellschaft und etwaiger US-Behörden anonym wären. Ein unterstellter Zugriff auf verschlüsselte Daten fiele nicht mehr in den Anwendungsbereich des Datenschutzrechts.

Äußerst hilfsweise weist die Bg darauf hin, dass ein Angemessenheitsbeschluss für die USA im Entwurf vorliege, der dem Europäischen Datenschutzausschuss bereits weitergeleitet worden sei. Danach sei vorgesehen, dass US-Unternehmen sich zur Einhaltung von Datenschutzanforderungen verpflichten könnten, damit der Angemessenheitsbeschluss Anwendung auf sie fände. Die US-Muttergesellschaft der Unterauftragnehmerin wolle sich hierzu verpflichten, so dass zeitnah die Anforderungen des Angemessenheitsbeschlusses erfüllt seien und sich die Diskussion einer Drittlandsverarbeitung nach § 80 Abs. 2 SGB X nicht mehr stelle. Mit der bereits bindenden Executive Order 14086 der Präsidenten der Vereinigten Staaten vom 7. Oktober 2022 zur Verbesserung des Schutzes vor Aktivitäten des US-Geheimdienstes seien neue verbindliche Garantien eingeführt worden, welche alle vom EuGH in Schrems II problematisierten Punkte berücksichtigten, insbesondere der Zugang der US-Nachrichtendienste werde eingeschränkt und ein Datenschutzüberprüfungsgericht werde eingeführt.

Höchst vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass die Geschäftsführung der Unterauftragnehmerin der Bg Weisungen der US-Muttergesellschaft nicht vorbehaltlos unterliege, denn ein Geschäftsführer dürfe aufgrund des Legalitätsprinzips, § 43 Abs. 1 GmbHG, weder aus eigener Initiative noch auf Weisung rechtswidrig handeln. Ausdrückliche gesetzliche Anordnungen wie das Datenschutzrecht begrenzten unstreitig die Geschäftsführungsbefugnis. Die Unterauftragnehmerin könne daher nicht durch die Muttergesellschaft zu einer rechtswidrigen Datenherausgabe gezwungen werden oder gezwungen werden, einen rechtswidrigen Datenzugriff zu ermöglichen.

bb) Zur Rüge, die Bg sei unter Verstoß gegen § 7 VgV vorbefasst gewesen, führt die Bg aus, die Voraussetzungen der Vorschrift seien für die Bg nicht erfüllt. Die Bg sei nicht an der Vorbereitung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens beteiligt oder insofern anderweitig vorab eingebunden worden. Sie habe lediglich als bisherige Auftragnehmerin Frontend in entsprechenden Gesprächen bzw. Verhandlungen mit den Ag bzw. der bisherigen Auftragnehmerin Backend gestanden. Dies gelte auch für die Unterauftragnehmerin der ASt, die [...], die – sei § 7 VgV anzuwenden – ebenfalls als vorbefasst zu gelten hätte. Wettbewerbswidrige Vorteile der Bg im Sinne des § 7 VgV gebe es nicht.

cc) Die Hinzuziehung ihrer Verfahrensbevollmächtigten hält die Bg angesichts der komplexen Sach- und Rechtslage des Nachprüfungsverfahrens für geboten.

3. Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach Anhörung der Ag Einsicht in die Vergabeakte erteilt, soweit Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse nach Abs. 165 Abs. 2 GWB nicht betroffen waren. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird Bezug genommen.

Die mündliche Verhandlung hat am 23. Januar 2023 stattgefunden. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung die Rüge erhoben, dass von Seiten der Ag bereits im Mai 2022 angeordnet worden sei, das Backend und Mehrwertdienste der Bg zu implementieren. Auf das Protokoll zur mündlichen Verhandlung wird insoweit Bezug genommen. Mit Schriftsatz vom 24. Januar 2022 hat die ASt hierzu Foliensätze zu Gesprächen aus dem Mai 2022 übermittelt. Die Vergabekammer hat diese Foliensätze den übrigen Verfahrensbeteiligten übermittelt und dazu die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt. Des Weiteren hat die Vergabekammer zu dem Schriftsatz der ASt vom 22. Januar 2023 den Ag und der Bg ebenfalls die Möglichkeit der Stellungnahme eingeräumt. Die Ag haben hierzu mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. Januar 2023 vortragen, auf den die ASt mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. Februar 2023

erwidert hat. Im Folgenden haben – je entsprechend erwidern – wiederum die Ag (mit Schriftsatz vom 3. Februar 2023) und die ASt (mit Schriftsatz vom 7. Februar 2023) weiter vorgetragen.

Die Bg erhält zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der ASt eine im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB um die betreffenden Inhalte durch Schwärzung bereinigte Fassung des Beschlusses. Die Bg wird dadurch nicht beschwert, da sie nicht unterliegt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (1.), aber unbegründet (2.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Der Nachprüfungsantrag betrifft die [...]Beschaffung zweier losweisen Rahmenvereinbarungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge gemäß § 103 Abs. 5 in Verbindung mit § 103 Abs. 4 GWB durch öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB. [...]

b) Die ASt ist auch antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Das nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Interesse am ausgeschriebenen Auftrag hat sie hinreichend durch die von ihr abgegebenen Angebote sowie die hierzu erhobene Rüge bzw. ihren Nachprüfungsantrag belegt. Sie beruft sich ohne Weiteres auf den Verstoß gegen bieterschützende Vergaberechtsvorschriften nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB. Das gilt auch im Hinblick auf die von der ASt behaupteten datenschutzrechtlichen Verstöße, die vom Angebot der Bg bzw. ihres Unterauftragnehmers [...] ausgehen sollen. Nach dem Vortrag der ASt sollen die von ihr behaupteten Unvereinbarkeiten mit § 80 Abs. 2 SGB X den Ausschlussstatbestand nach § 57 VgV verwirklichen, der damit den gebotenen vergaberechtlichen Anknüpfungstatbestand darstellt, so dass sich die ASt auch insofern auf die Einhaltung von „Bestimmungen über das Vergabeverfahren“ gemäß § 97 Abs. 6 GWB beruft.

Des Weiteren hat die ASt gemäß § 160 Abs. 2 S. 2 GWB einen ihr drohenden Schaden durch die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße dargelegt. Auszugehen ist für die Antragsbefugnis, an die als einem groben Filter für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags keine allzu strengen Anforderungen zu stellen sind, vom Vorbringen des jeweiligen Antragstellers, woraus sich ergeben muss, ob der bemängelte Vergaberechtsverstoß und eine daraus folgende Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen möglich erscheint, ohne dass es auf dieser Stufe darauf ankommt, ob der behauptete Vergaberechtsverstoß tatsächlich vorliegt oder nicht.

Ausgehend vom Vortrag der ASt ist eine Beeinträchtigung der Zuschlagschance der ASt nicht auszuschließen. Die von ihr reklamierten Vergaberechtsverstöße sind geeignet, die Bieterreihenfolge – unterstellt diese lägen vor – zugunsten der ASt zu verändern. Sollten bereits die von der ASt bemängelten Wertungsfehler im Hinblick auf Kriterien für das Los 1 gegeben und das Angebot der ASt insofern fehlerhaft bewertet worden sein, ist jedenfalls nicht auszuschließen, dass sich die Rangfolge insoweit verändern könnte und in der Folge das Kombinationslos-Angebot der Bg nicht wie beabsichtigt bezuschlagt werden bzw. ggf. das Angebot der ASt für Los 1 zu bezuschlagen, jedenfalls aber die Bieterreihenfolge erneut zu prüfen sein könnte. Dies wäre erst recht nicht auszuschließen, wenn – wie von der ASt behauptet – das Angebot der Bg auszuschließen und das Angebot der ASt fehlerhaft bewertet worden oder im Hinblick auf die gerügten Verstöße gegen §§ 6, 7 VgV das Vergabeverfahren ggf. ganz aufzuheben wäre.

c) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig nachgekommen. Danach ist der Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit ein geltend gemachter Vergaberechtsverstoß vom Antragsteller vor Einreichen des Antrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt worden ist,

aa) Die ASt hat auf die Vorabinformation der ASt vom 9. Dezember 2022 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg sowie die von ihr bemängelten datenschutzrechtlichen Verstöße, den Verstoß gegen § 134 GWB sowie die fehlerhafte Angebotsbewertung mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 14. Dezember 2022 fristgemäß gerügt.

Soweit die Ag meinen, die ASt habe maßgeblich ihre datenschutzrechtlichen Bedenken frühzeitig bereits während der Angebotsphase vorbringen müssen und sei daher nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nrn. 2 bzw. 3 GWB mit diesem Vorbringen präkludiert, greift dieses Vorbringen nicht durch. Die ASt konnte erstmals aus dem Vorabinformationsschreiben die Information entnehmen, dass die Bg bezuschlagt werden soll. Erst daraus und unter Berücksichtigung der von ihr im Rügeschreiben vom 14. Dezember 2022 dargelegten Marktkenntnisse ergab sich für die ASt die Erkenntnis, dass die Bg wahrscheinlich mit der [...] als Nachunternehmerin im Vergabeverfahren auftreten werde und daher die Datenschutzvorgaben aus § 80 Abs. 2 GSB X nicht werden einhalten können. Damit war dies der für eine entsprechende Rüge gegenüber den Ag relevante Zeitpunkt, die Rüge damit fristgemäß, denn der Rügetatbestand des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist einschlägig. Die ASt hat zudem – durch die Ag dem Grunde nach unbestritten – in der mündlichen

Verhandlung vorgetragen, sie habe auf ihre entsprechende Bieterfrage zu den datenschutzrechtlichen Anforderungen seitens der Ag die Antwort erhalten, die Ag würden diese prüfen, weshalb für die ASt danach zunächst keine Veranlassung zu einer expliziten Rüge gegeben war.

bb) Fristgemäß erfolgt ist auch die mit Schreiben der ASt vom 16. Dezember 2022 vorgetragene Rüge eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 3 Nr. 2 VgV, den die ASt erstmals infolge der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 15. Dezember 2022 erkennen konnte. Aus dem Schreiben ergab sich für die ASt die ausdrückliche Bestätigung durch die Ag, dass die Bg mit [...] als Nachunternehmerin bezuschlagt werden soll. Die ASt bemängelte auf der Grundlage ihrer Erkenntnisse daraufhin den von ihr angenommenen Interessenkonflikt hinsichtlich der Verfahrensbevollmächtigten der Ag.

cc) Die weiteren Rügen der ASt – Verstoß gegen § 7 VgV bzw. den Gleichbehandlungsgrundsatz wegen der von der ASt behaupteten Vorfestlegung der Ag – erfolgten im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens auf die Akteneinsicht der ASt bzw. den prozessualen Vortrag der Ag und unterfallen daher nach deren Sinn und Zweck nicht der Rügeobliegenheit des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

d) Der Nachprüfungsantrag wurde schließlich binnen der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB auf die Nichtabhilfemitteilungen der Ag vom 15. bzw. 17. Dezember 2022 bei der Vergabekammer des Bundes am 17. Dezember 2022 eingereicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Vergaberechtliche Verstöße sind weder hinsichtlich des datenschutzrechtlichen Vortrags der ASt (a) noch im Hinblick auf § 6 VgV (b), § 7 VgV bzw. § 97 Abs. 2 GWB (c) oder den Wertungsvorgang (d) festzustellen. Auch der gerügte Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB liegt nicht vor (e).

a) Ein Ausschluss des Angebots der Bg im Hinblick auf die von der ASt behaupteten datenschutzrechtlichen Verstöße kommt nicht in Betracht. Es liegt kein Ausschlussgrund vor. Ebenso wenig gibt es einen Ausschlussgrund in Bezug auf die Bg als Unternehmen. Denn die Auftragsdatenverarbeitung erfolgt nach dem Angebot der Bg ausschließlich in Deutschland. Ob ein Angemessenheitsbeschluss für die USA vorliegt, ist daher irrelevant, denn es greift in Bezug auf das Angebotskonzept der Bg mit ihrer Nachunternehmerin bereits die 1. Alternative von § 80 Abs. 2 SGB X, die Verarbeitung im Inland. Eines Angemessenheitsbeschlusses für die USA bedürfte es nur, wenn eine Datenverarbeitung in den USA stattfände, was aufgrund der alleinigen Verarbeitung im Inland gerade nicht der Fall ist. Auf das Leistungsversprechen der Bg dürfen die Ag vertrauen

(so grundlegend bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2016 - Verg 37/14 zu Eigenerklärungen, ferner z.B. Beschluss vom 26. August 2018 – Verg 23/18 zum Vertrauen des Auftraggebers auf die Einhaltung vertraglicher Zusagen durch den Bieter als späteren Auftragnehmer; konkret in Bezug auf Datenschutzzusagen einer europäischen Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Mutterkonzerns OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. September 2022 – 15 Verg 8/22), denn es gibt keinen Anlass, anzunehmen, die Nachunternehmerin könnte nicht in der Lage sein, ihre Zusagen einzuhalten, die Auftragsdatenverarbeitung dem Zweck der zugrunde liegenden Vereinbarung zwischen der Ag und der Bg gemäß auszuführen. Eine Art von eigenmächtigem, zwangsweisen Datenzugriff amerikanischer Behörden ist – ungeachtet dessen, wie wahrscheinlich ein solches Ansinnen in der Praxis überhaupt sein kann - mangels US-amerikanischer Staatsgewalt in Deutschland nicht realisierbar. Ebenso wenig kann die Unterauftragnehmerin der Bg über ihre Muttergesellschaft gezwungen werden, Daten an diese herauszugeben. Denn in der Übermittlung an die in den USA ansässige amerikanische Muttergesellschaft der Unterauftragnehmerin läge nicht nur eine im Verhältnis zu den Ag weisungs- und damit vertragswidrige Datenherausgabe, sondern daneben ein Verstoß gegen § 80 Abs. 2 SGB X. Eine Datenübermittlung an die amerikanische Muttergesellschaft wäre nach dieser Vorschrift rechtswidrig, denn die Datenübermittlung stellt eine Form der Verarbeitung dar, die nur – 4. Variante von § 80 Abs. 2 SGB X – zulässig ist, wenn ein Angemessenheitsbeschluss für das Drittland vorliegt, in das die Daten übermittelt werden. Eine Weisung der Muttergesellschaft nach § 37 Abs. 1 GmbHG zur Datenherausgabe wäre damit unbeachtlich für die deutsche Tochtergesellschaft. Das Vergaberecht bietet den Ausschluss des Angebots der Bg bzw. der Bg selbst nicht und würde diesen auch gar nicht zulassen. Würde die Annahme vorherrschen, dass Daten, insbesondere grundrechtlich besonders schützenswerte Sozialdaten, bei Auftragsdatenverarbeitung durch ein europäisches Tochterunternehmen eines amerikanischen Konzerns aufgrund der amerikanischen Rechtslage nicht sicher sind, so bedürfte es der Schaffung einer gesonderten Rechtsgrundlage für einen Ausschluss dieser Unternehmen vom für alle Unternehmen ungeachtet ihrer Nationalität offenen und durch den Wettbewerbsgrundsatz geprägten Vergabewettbewerb, etwa in Gestalt einer EU-Verordnung vergleichbar der EU-Verordnung 2022/576 vom 8. April 2022, mit der – aus völlig anderen Gründen – russische Unternehmen vom Vergabewettbewerb ausgeschlossen werden. Die Gefährdungslage wird seitens der EU jedoch ganz offenbar völlig anders eingeschätzt als die ASt diese beurteilt, denn es ist ein neuer Angemessenheitsbeschluss in Bezug auf die Vergleichbarkeit der Datenschutzniveaus in den USA in Vorbereitung, dessen Inkrafttreten in Kürze erwartet wird. Die Thematik wird sich mit Inkrafttreten eines solchen Beschlusses ohnehin erledigen. Im Einzelnen:

aa) Die ASt macht geltend, das Angebot der Bg müsse nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen Abweichens ihres Angebots von den Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden. Zwar muss ein Bieter auch für Defizite eines von ihm eingeschalteten Unterauftragnehmers einstehen und sich zurechnen lassen, wenn etwa der Unterauftragnehmer mit seinem Leistungsteil Vorgaben der Vergabeunterlagen nicht einhält, denn dieser Leistungsteil ist Bestandteil des Angebots des Bieters, hier der Bg. Somit wäre das Angebot der Bg auszuschließen, wenn nicht sie selbst, sondern ihre Unterauftragnehmerin von den seitens der Ag in den Vergabeunterlagen gesetzten Vorgaben abweichen würde. Allein um die Unterauftragnehmerin der Bg geht es der ASt vorliegend, denn diese ist das deutsche Tochterunternehmen einer US-amerikanischen Muttergesellschaft; für die Bg selbst gilt das nicht. Es ist diese Konstellation, aus der die ASt die Annahme ableitet, die Unterauftragnehmerin verstoße gegen Datenschutzvorgaben der Ag und weiche somit von den datenschutzrechtlichen Vorgaben der Ag ab.

(1) Die Vergabeunterlagen verlangen als Bedingung für die Ausführung des Auftrags an mehreren Stellen die Einhaltung bestimmter Datenschutzvorgaben nebst Abgabe von darauf bezogenen Erklärungen. Beispielhaft kann insoweit auf die Auftragsbekanntmachung vom [...] verwiesen werden, wonach bereits die Bewerber des Teilnahmewettbewerbs darauf hingewiesen wurden, dass mit Angebotsabgabe die folgenden verpflichtenden Erklärungen verlangt werden:

„(...) dass

- sich die Betriebsumgebungen der [...] Anwendungen auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates der EU oder des EWR befinden;

- sichergestellt ist, dass für die bereitgestellten Rechenzentrumsstandorte mindestens Infrastrukturleistungen zum Betrieb eines Rechenzentrums im Sinne der Festlegungen des BSI zur kritischen Infrastruktur erbracht werden;

- sichergestellt ist, dass die gesamte Leistungserbringung, soweit damit ein Zugriff oder die tatsächliche Möglichkeit eines Zugriffs auf Sozialdaten oder sonstige personenbezogene Daten verbunden ist oder sein kann, insbesondere auch (mögliche) Fernzugriffe auf Sozialdaten oder sonstige personenbezogene Daten ausnahmslos auf dem Gebiet eines Mitgliedsstaates der EU oder des EWR oder einem Drittstaat, für den die EU-Kommission förmlich die Angemessenheit des Datenschutzniveaus gemäß Art. 45 der EU Datenschutz-Grundverordnung festgestellt hat, durchgeführt wird;

- sie in keinem Fall Sozialdaten, personenbezogene Daten oder sonstige Daten, die mit der Auftragsdurchführung in Zusammenhang stehen, an Dritte (insbesondere andere Unternehmen, ausländische Staaten oder deren Behörden etc.) ohne entsprechende Weisung oder Zustimmung der Auftraggeberinnen herausgeben oder Dritten Zugriff auf diese Daten einräumen werden.

Näheres hierzu ergibt sich aus den Vergabe- und Vertragsunterlagen. (...)“

Die geforderten Erklärungen haben die Bg und ihre Unterauftragnehmerin mit Angebotsabgabe eingereicht. Die Unterauftragnehmerin hat zugesagt, dass die Daten auf im Inland befindlichen

Servern gespeichert und verarbeitet werden. Die gesamte Leistungserbringung durch die Bg soll danach im Inland erfolgen.

Die bloße Tatsache, dass die Unterauftragnehmerin eine US-amerikanische Muttergesellschaft hat, führt nicht, auch nicht zusätzlich zu einer Auftragsverarbeitung der Sozialdaten in den USA. Die ASt begründet dies mit dem latenten, abstrakten Risiko eines Datenzugriffs aus den USA und rekurriert in diesem Zusammenhang auf die besondere Sensibilität der Sozialdaten, die in der [...] gespeichert werden sollen. Diese besondere Sensibilität der Daten führt, wie die ASt mit dem von ihr beauftragten Gutachten von Herrn [...] nachgewiesen hat, zu einer besonderen Grundrechtsrelevanz. Allerdings gibt diese besondere Grundrechtsrelevanz nicht die Befugnis, eindeutig formulierte Tatbestandsmerkmale von § 80 Abs. 2 SGB X bzw. von Art. 44 DSGVO entgegen ihrem Wortlaut auf nicht erfasste Fallgestaltungen anzuwenden und damit neue Tatbestände zu kreieren, die der Gesetzgeber nicht vorgesehen hat. Auch wenn man die Gefahr eines latenten Datenzugriffs als gegeben unterstellt, wird aus einem unberechtigten Datenzugriff keine datenschutzrechtliche Verarbeitung bzw. Übermittlung durch den Auftragsdatenverarbeiter; der Auftragsdatenverarbeiter ist vielmehr seinerseits einem Datenzugriff passiv ausgesetzt, wohingegen die Übermittlung bzw. Verarbeitung gerade sein aktives Tun voraussetzt, nämlich die Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung der Auftragsverarbeitung. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der zitierten Vorschriften auf latente Zugriffsrisiken ist auch in der Sache nicht erforderlich, denn die besondere Sensibilität der Sozialdaten und damit deren besondere Grundrechtsrelevanz ist gerade der Grund für die Schaffung von § 80 Abs. 2 SGB X als einer Norm, die in ihren Anforderungen über das europäische Datenschutzrecht hinausgeht, indem sie für die Auftragsdatenverarbeitung in einem Drittland das Vorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses verlangt. Die Grundrechtsrelevanz erfordert also nicht, die Norm auf der Tatbestandsebene um eine nicht erfasste Fallgestaltung zu erweitern, sondern die Rechtsfolge – Erfordernis eines Angemessenheitsbeschlusses bei Drittlandverarbeitung – dient der grundrechtlichen Absicherung. Die Rechtsfolge greift aber nur, wenn tatbestandlich auch wirklich eine Verarbeitung in einem Drittland erfolgen soll; nur dann greift die Voraussetzung des Erfordernisses eines Angemessenheitsbeschlusses. Die Verarbeitung in einem Drittland ist also Voraussetzung für das Eingreifen des Angemessenheitsbeschlusses. Die ASt behauptet an dieser Stelle in der Sache das Vorhandensein einer weiteren Fallgruppe, welche die Norm aber gar nicht regelt, um so das Erfordernis eines Angemessenheitsbeschlusses begründen zu können. Hätte der Gesetzgeber auch die Fallgestaltung des von der ASt befürchteten latenten oder abstrakten Zugriffsrisikos von § 80 Abs. 2 SGB X erfassen wollen, so hätte dies ausdrücklich geschehen müssen. Eine Auslegung von § 80

Abs. 2 SGB X im Sinne der ASt vermag auch in der Sache nicht überzeugen: Ein latentes, abstraktes Risiko eines illegalen Datenzugriffs wird sich nie zu 100 % ausschließen lassen, so bei Hackerangriffen, und zwar selbst bei Verarbeitung der Daten im Inland oder in der EU. Wäre das latente Zugriffsrisiko unter den Begriff der „Verarbeitung“ nach § 80 Abs. 2 SGB X zu subsumieren, so würde dies für alle Alternativen der Norm gelten mit der Folge, dass eine Auftragsverarbeitung von Sozialdaten selbst im Inland per se unzulässig wäre. Damit würde kein Anwendungsfall für § 80 Abs. 2 SGB X mehr verbleiben. § 80 Abs. 2 SGB X zeigt aber im Gegenteil, dass die Auftragsdatenverarbeitung zulässig ist, geknüpft an die dortigen Voraussetzungen.

Somit liegt rein formal kein Abweichen von den Vorgaben vor. Das Argument der ASt, § 80 Abs. 2 SGB X verlange einen Angemessenheitsbeschluss für die Verarbeitung von Sozialdaten in einem Drittland, vertragliche Zusagen zur Einhaltung der Datenschutzvorgaben genügten gerade nicht, ist im Zusammenhang mit dem Angebot der Bg und deren Unterauftragnehmerin irrelevant. § 80 Abs. 2 SGB X erlaubt vier alternative Varianten der zulässigen Auftragsverarbeitung von Sozialdaten: im Inland, in der EU, im EWR, in einem Drittland mit Angemessenheitsbeschluss. Bg nebst Unterauftragnehmerin sehen die Datenverarbeitung im Inland und damit die erste Variante vor.

(2) Die abgegebenen Erklärungen und Zusicherungen zum Datenschutz sind auch nicht etwa in einem funktionalen oder materiellen Sinn als abweichend bzw. als nicht abgegeben anzusehen. Davon könnte nur ausgegangen werden, wenn die Zusagen nicht erfüllbar für die Unterauftragnehmerin wären. Wäre die Unterauftragnehmerin der Bg erkennbar nicht in der Lage, ihren Verpflichtungen während der Vertragsdurchführung auch tatsächlich zu entsprechen, so wäre die Erklärung zum Datenschutz als nicht abgegeben anzusehen, was nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV ebenfalls einen Grund für den Ausschluss eines Angebots darstellt. Die Unterauftragnehmerin ist indes in der Lage, ihre Zusagen in Bezug auf die Auftragsausführung einzuhalten, auch wenn sie eine amerikanische Muttergesellschaft hat.

(a) Eine direkte zwangsweise Durchsetzung eines Datenherausgabeverlangens seitens amerikanischer Behörden der Unterauftragnehmerin gegenüber scheidet rechtlich aus. Auch die Ausführungen der ASt vermögen eine direkte, zwangsweise Durchsetzungsmöglichkeit nicht zu belegen. Die Unterauftragnehmerin ist nicht nur eine rechtlich unselbständige Niederlassung der US-Muttergesellschaft, für welche nach dem Vortrag der ASt der sog. US-Cloud Act geschaffen wurde, sondern als juristische Person nach deutschem Recht nicht US-amerikanischem Recht unterwor-

fen. Die ASt trägt zwar vor, dass die US-amerikanische Justiz ihren eigenen Zuständigkeitsbereich sehr weit fasse, indem ein – vgl. das von der ASt als Anlage ASt 17 eingereichte [...] - Memorandum vom 10. Januar 2023 – „hinreichender Kontakt“ mit den USA genügen soll. Selbst wenn man mit der ASt annähme, dass eine US-amerikanische Muttergesellschaft als ausreichender Anknüpfungspunkt für die Zuständigkeit der dortigen Justiz auch bezüglich einer deutschen Tochtergesellschaft gesehen werden könnte, so wäre eine unterstellte Anordnung US-amerikanischer Behörden gegenüber einem deutschen Unternehmen mit Sitz in Deutschland nicht durchsetzbar. Eine Vollstreckung derartiger Anordnungen durch US-amerikanische Behörden zur Datenherausgabe der Unterauftragnehmerin gegenüber - z.B. Beschlagnahmung oder Durchsuchung von in Deutschland befindlichen Servern, auf denen die Sozialdaten der Versicherten der Ag gespeichert sind – im Inland sind nicht möglich, da US-amerikanischen Behörden keine Staatsgewalt in Deutschland zukommt. Amts- bzw. Rechtshilfe deutscher Behörden scheidet aus, da eine Beschlagnahme von Sozialdaten für US-amerikanische Behörden nicht mit hiesigem Datenschutzrecht in Einklang zu bringen ist. Ein „Datenzugriff“ im Sinne einer via Zwangsmaßnahmen durchgeführten Inbesitznahme der Daten gegen den Willen der Unterauftragnehmerin scheidet folglich aus, somit auch das von der ASt skizzierte latente Zugriffsrisiko der Unterauftragnehmerin gegenüber.

Die ASt führt in dem Zusammenhang mit dem Bericht von [...] (Anlage AS 25), dort S. 7 f., ausschließlich allgemeine und weitreichende Befugnisse von US-amerikanischen Sicherheitsbehörden an, die seitens des EuGH im Schrems II-Urteil problematisiert worden waren, so z.B. FISA 702, der die Überwachung elektronischer Kommunikation von Nicht-US-Bürgern außerhalb des Territoriums der USA durch den US-amerikanischen Nachrichtendienst NSA regle. Soweit die ASt auf diese US-geheimdienstlichen Rechtsgrundlagen rekurriert, die einen - nach deutschem Recht illegalen - Datenzugriff durch amerikanische Behörden ermöglichen sollen, so sind diese Möglichkeiten und deren Eingreifen nicht daran geknüpft, dass ein deutsches Unternehmen eine amerikanische Mutter hat. Insoweit besteht bezüglich der Unterauftragnehmerin kein spezifisches, im Vergleich zu Unternehmen ohne US-amerikanische Muttergesellschaft erhöhtes Zugriffsrisiko auf Sozialdaten. Wollte man auf diese Rechtsgrundlagen abstellen, so müsste folglich die Auftragsdatenverarbeitung von Sozialdaten gänzlich unterbleiben, um einen Zugriff auf Basis dieser Rechtsgrundlagen vollkommen auszuschließen

Zwar weist die ASt zu Recht darauf hin, dass die Ag in der zitierten Passage der Auftragsbekanntmachung selbst von der Möglichkeit eines Datenzugriffs ausgehen und im Zusammenhang mit dem Verbot, Daten herauszugeben, explizit auch ausländische Staaten bzw. deren Behörden

ansprechen. Daraus muss geschlossen werden, dass die Ag einen solchen Zugriff jedenfalls für denkbar halten, denn andernfalls ergäbe diese Vorgabe keinen Sinn. Diese Vorgaben der Ag sind indes ihrer Pflicht geschuldet, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Maßgaben für die Auftragsdatenvereinbarung für alle denkbaren Gestaltungen zu gewährleisten. Daher sind die Bedingungen für die Auftragsausführung so formuliert, dass sie alle denkbaren Fallgestaltungen erfassen. Es könnte Fallgestaltungen geben, in denen neben einer europäischen Tochtergesellschaft auch die US-amerikanische Muttergesellschaft oder deren Datenschutzregularien auf Bieterseite in die Angebotsausgestaltung einbezogen werden. Die umfassende Vorgabe der Ag würde in diesem Fall relevant. Bei anderen Bietern, wie der ASt selbst oder auch der Bg, ist diese Vorgabe vom Sachverhalt her nicht einschlägig, so dass aus der Vorgabe kein Argument für die Gefahr eines Datenzugriffs ausländischer Behörden auf die Bg bzw. deren Unterauftragnehmerin hergeleitet werden kann.

(b) Es bliebe US-amerikanischen Behörden folglich nur die Option, über die US-amerikanische Muttergesellschaft vorzugehen, die ihrerseits amerikanischem Recht unterworfen ist. Sollten US-amerikanische Behörden von der US-Muttergesellschaft die bei ihrer deutschen Tochtergesellschaft in Deutschland gespeicherten Sozialdaten auf Basis der dortigen rechtlichen Bestimmungen, insbesondere des sog. US-Cloud Act herausverlangen, so könnte die US-Muttergesellschaft zwar theoretisch eine Weisung an die Geschäftsführung der deutschen Unterauftragnehmerin zur Herausgabe erteilen, § 37 Abs. 1 GmbHG. Mit indirekter Teilnahme am Vergabewettbewerb in der Eigenschaft als Unterauftragnehmerin und in diesem Zuge mit der Abgabe aller geforderten Datenschutzerklärungen hat die Unterauftragnehmerin sich aber entschieden und implizit verbindlich angeboten, entsprechenden Weisungen nicht Folge zu leisten. Aus diesem Grund besteht der von der ASt skizzierte Zielkonflikt, die deutschem und europäischem Datenschutzrecht unterworfenen Bg könne sich gehalten sehen, eben doch einer Weisung ihrer US-Muttergesellschaft zur Datenherausgabe Folge zu leisten, nicht – die Unterauftragnehmerin hat sich mit ihrer verbindlichen Zusage den Ag gegenüber bereits anderweitig entschieden.

Auch gesellschaftsrechtlich gäbe es keinen Zwang für die Unterauftragnehmerin, einer solchen Weisung folgen zu müssen. Denn in diesem fiktiven Fall – nicht zu verwechseln mit der tatsächlich zugesagten auftragsgemäßen Datenverarbeitung, die im Inland erfolgt – läge in der Übermittlung der besonders schützenswerten Sozialdaten an die in den USA ansässige Muttergesellschaft ein Verstoß gegen § 80 Abs. 2 SGB X; für die USA existiert derzeit kein Angemessenheitsbeschluss in Bezug auf die Vergleichbarkeit des Datenschutzniveaus. Würde die Unterauftrag-

nehmerin ihrer US-Muttergesellschaft die geschützten Sozialdaten auf Weisung der Muttergesellschaft in die USA übermitteln, so wäre dies ein Verstoß gegen § 80 Abs. 2 SGB X. Damit wäre eine solche Weisung rechtswidrig nach deutschem Recht, dem die Unterauftragnehmerin der Bg als juristische Person nach deutschem Recht unterfällt, und damit unbeachtlich, § 43 Abs. 1 GmbHG.

Eine derartige Weisung nicht zu befolgen, hat die Unterauftragnehmerin mit Abgabe der geforderten Erklärungen zugesagt. Damit gibt es auch kein latentes Risiko einer Datenverarbeitung in den USA, das derzeitige Nichtvorhandensein eines Angemessenheitsbeschlusses ist irrelevant, denn es verbleibt bei der Datenverarbeitung im Inland. Es ist also klar zu differenzieren: Die Umsetzung einer Weisung der Muttergesellschaft, die Daten herauszugeben, wäre mangels Angemessenheitsbeschluss rechtswidrig und unbeachtlich. Keine Relevanz kommt dem Fehlen eines Angemessenheitsbeschlusses entgegen der Auffassung der ASt indes in Bezug auf die Belastbarkeit der Erklärung der Unterauftragnehmerin zu. Die ASt meint in diesem Kontext, § 80 Abs. 2 SGB X erlaube es bei den hier vorliegenden besonders schützenswerten Sozialdaten gerade nicht, dass eine vertragliche Zusicherung auf Einhaltung aller nationaler Datenschutzvorgaben angeführt wird, sondern die Norm verlange einen Angemessenheitsbeschluss. Die entscheidende Frage ist aber, wofür die Norm den Angemessenheitsbeschluss verlangt, nämlich für die Verarbeitung von Sozialdaten außerhalb der EU bzw. des EWR. Die Unterauftragnehmerin wird die Sozialdaten jedoch im Inland speichern und verarbeiten; das Nichtvorliegen eines Angemessenheitsbeschlusses würde nur dann zum Problem, wenn die Datenspeicherung und -verarbeitung in den USA vorgesehen wäre bzw. auf Weisung der Mutter eine Datenübermittlung in die USA zwingend wäre. In diesem Fall wäre eine vertragliche Zusicherung, das nationale und europäische Datenschutzrecht einzuhalten, nach § 80 Abs. 2 SGB X nicht ausreichend, sondern es bedürfte eines Angemessenheitsbeschlusses. § 80 Abs. 2 SGB X stellt aber vier Alternativen zur Auswahl, die eine Auftragsverarbeitung von Sozialdaten zulassen: so (1) im Inland, (2) in der EU (3) im EWR, (4) in einem Drittland, für das ein Angemessenheitsbeschluss vorliegt. Da die Unterauftragnehmerin vorliegend eine Verarbeitung im Inland und damit Variante (1) vorsieht, ist irrelevant, dass kein Angemessenheitsbeschluss in Bezug auf die USA vorliegt; da Variante (1) bereits greift, muss nicht noch zusätzlich Variante (4) vorliegen. Die Tatsache, dass die Unterauftragnehmerin eine amerikanische Muttergesellschaft hat, führt – dies abschließend – nicht zu einer Auftragsverarbeitung in den USA. § 80 Abs. 2 SGB X bezieht sich auf die legale Auftragsverarbeitung von Sozialdaten. Eine Datenherausgabe an Dritte ist der Bg bzw. Unterauftragnehmerin in keinem Fall gestattet; dies stünde in einem klaren Widerspruch zu der Weisungslage der Ag, wie sie schon aus der Auftragsbekanntmachung manifest wird:

- sie (Anm.: die Bewerber) in keinem Fall Sozialdaten, personenbezogene Daten oder sonstige Daten, die mit der Auftragsdurchführung in Zusammenhang stehen, an Dritte (insbesondere andere Unternehmen, ausländische Staaten oder deren Behörden etc.) ohne entsprechende Weisung oder Zustimmung der Auftraggeberinnen herausgeben oder Dritten Zugriff auf diese Daten einräumen werden.

Eine Datenherausgabe an die Muttergesellschaft wäre damit in jedem Fall rechtswidrig und illegitim, und zwar völlig unabhängig davon, ob es für die USA als Sitzland der Muttergesellschaft einen Angemessenheitsbeschluss gibt oder nicht. Ein Angemessenheitsbeschluss könnte mit anderen Worten eine weisungswidrige Datenherausgabe seitens der Nachunternehmerin an ihre Muttergesellschaft ohnehin nicht legitimieren.

(3) Ein generelles Restrisiko, wonach ein Auftragnehmer seine Verpflichtungen nicht einhält, besteht gleichwohl stets. Wollte man aufgrund des US-Cloud Act etc., also der Rechtslage in den USA, und einer daraus resultierenden besonderen Belastung für die Unterauftragnehmerin, die aus der Nichtbeachtung einer Weisung der Muttergesellschaft folgen könnte, die Konsequenz ziehen, dass abgegebene Datenschutzerklärungen und -zusicherungen wie nicht abgegebene Erklärungen anzusehen sind und damit einen zwingenden Ausschlussgrund in Bezug auf das Angebot bedingen, so würde die Unterauftragnehmerin und mit ihr die Bg im Ergebnis haftbar gemacht für eine Rechtslage im Ausland. Dies gälte nicht nur für die Unterauftragnehmerin, sondern für eine ganze Gruppe von Unternehmen, bei denen vergleichbare Konstellationen vorliegen wie im hiesigen Vergabeverfahren. Diese dürften keine Aufträge über die Auftragsdatenverarbeitung, jedenfalls nicht über Sozialdaten erhalten, und zwar allein aufgrund des Umstands, dass sie US-amerikanische Muttergesellschaften haben. Der pauschale Ausschluss vom Wettbewerb stellt einen gravierenden und diskriminierenden Eingriff in die Rechte der Unternehmen dar, siehe die Ausführungen von[...], dies auf Basis einer Rechtslage in USA, welche die Unternehmen nicht zu vertreten haben und auf die sie auch keinen Einfluss haben. Die Bg und ihre Unterauftragnehmerin haben wie die ASt alles getan, was in ihrer Macht steht, und ein korrektes Angebot abgegeben.

Das vorhandene Vergaberecht erlaubt keinen Ausschluss. Für einen Ausschluss bedürfte es bei einer solchen Sachlage eine gesonderte Rechtsgrundlage, vergleichbar etwa Art. 5 k der EU-VO 2022/576 zu russischen Unternehmen, wenn denn die Meinung bestünde, das Restrisiko sei hier nicht hinnehmbar. Eine solche Rechtsgrundlage gibt es indes nicht und die Schaffung einer sol-

chen ist nicht beabsichtigt, sondern das Gegenteil. In USA gibt es die von den Verfahrensbeteiligten zitierte Executive Order 14086 der US-Regierung, mit der in den USA den Bedenken des EuGH aus dem Schrems II-Urteil begegnet wird. Die EU-Kommission hat den Entwurf eines neuen Angemessenheitsbeschlusses vorbereitet, der bereits in der Abstimmung ist. Damit kann nicht die Rede davon sein, dass das Risiko eines zwangsweisen Datenabflusses in die USA auf Ebene der Kommission als relevant eingeschätzt wird. Das Gegenteil ist der Fall. Auch die von der ASt bemühten grundrechtlichen Schutzpflichten vermögen eine solche Rechtsgrundlage nicht zu ersetzen. Ein Ausschluss des Angebots der Bg kommt nicht in Betracht.

bb) Aus den identischen Gründen kommt ein Ausschluss der Bg als Unternehmen nach § 128 Abs. 1 GWB nicht in Betracht. Diese Vorschrift verpflichtet Auftragnehmer bei Ausführung eines öffentlichen Auftrags zur Einhaltung der geltenden rechtlichen Bestimmungen. Datenschutzvorgaben werden zwar nicht explizit genannt, die Aufzählung der rechtlichen Verpflichtungen ist indes nur beispielhaft. Es besteht kein Zweifel, dass Datenschutzvorgaben gerade im vorliegenden Auftrag der Auftragsverarbeitung von Sozialdaten eine zentrale Bedeutung zukommen. Stünde bereits vor Auftragserteilung fest, dass die Bg mit ihrer Unterauftragnehmerin bei Auftragsdurchführung gegen Datenschutzbestimmungen verstoßen wird, so käme die Bg nicht für den Auftrags-erhalt in Betracht. Dies ist gemäß den hier entsprechend heranzuziehenden Überlegungen zum Ausschluss des Angebots nicht der Fall.

b) Der von der ASt gerügte Verstoß gegen § 6 VgV liegt nicht vor.

Das Vergabeverfahren leidet ferner nicht etwa deswegen an einem Verfahrensmangel, weil die Kanzlei der hiesigen Verfahrensbevollmächtigten der Ag gleichzeitig in einem anderen Rechtsbereich durch die Unterauftragnehmerin der Bg mandatiert ist. Ein Interessenkonflikt, welcher die Mitwirkung der hier verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwälte am Vergabeverfahren nach § 6 VgV ausgeschlossen hätte, wird weder nach § 6 Abs. 3 VgV vermutet noch liegt ein solcher Interessenkonflikt nach § 6 Abs. 2 VgV vor.

aa) Die Voraussetzungen für das Eingreifen einer Vermutung nach § 6 Abs. 3 VgV sind nicht gegeben. Die Frage, welche Ziffer von § 6 Abs. 3 VgV einschlägig ist, bedarf dabei keiner weiteren Prüfung. Denn übergreifende Voraussetzung ist aufgrund der Bezugnahme auf die in § 6 Abs. 1 VgV genannten Personen, dass es sich hier bei den Rechtsanwälten, die konkret das Vergabeverfahren begleiten, um Mitarbeiter eines im Namen der Ag handelnden „*Beschaffungsdienstleisters*“ handeln müsste.

Diese Tatbestandsvoraussetzung ist hier nicht erfüllt. Rechtsanwaltsdienstleistungen sind nicht gleichzusetzen mit reinen Beschaffungsdienstleistungen. Beide Arten von Dienstleistungen stellen jeweils einen eigenen Markt dar, so der Vergabesenat des OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 25. Mai 2022 – Verg 33/21 und unter Bezugnahme auf die Definition des Beschaffungsdienstleisters in Art. 2 Abs. 1 Ziff. 17 der Richtlinie 2014/24/EU im Kontext der Fachlosbildung:

„Vorliegend gibt es den Markt der rechtsanwaltlichen Beratungs- und Unterstützungsleistung bei der Durchführung von Vergabeverfahren, wie auch das zuvor von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergabeverfahren betreffend vergaberechtliche rechtsanwaltliche Beratungs- und Unterstützungsleistungen bei der Beschaffung von IT sowie Bau- und Baunebenleistungen (VOEK 066.21) belegt. Daneben gibt es aber auch den Markt der reinen fachtechnischen Unterstützung der Beschaffungstätigkeiten öffentlicher Auftraggeber (vgl. auch Art. 2 Abs. 1 Ziff. 17 der Richtlinie 2014/24/EU). In diesem Bereich ist keine rechtsanwaltliche Beratungsleistungen erforderlich und die Leistungen werden von reinen Beschaffungsdienstleistern erbracht.“

§ 6 Abs. 1, 3 VgV nimmt allein auf Beschaffungsdienstleister Bezug. Zwar sind Schnittmengen zwischen beiden Märkten nicht nur denkbar, sondern bei lebensnaher Betrachtung durchaus wahrscheinlich. So wird in der Praxis etwa die Erbringung von Rechtsdienstleistungen durch einen reinen Beschaffungsdienstleister ohne anwaltliche Qualifikation vorkommen, soweit dies als Nebenleistung nach § 5 RDG zulässig ist (dazu ausführlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Mai 2022, a.a.O.). Umgekehrt wird ein anwaltlicher Berater möglicherweise nicht ausschließlich rechtliche Dienstleistungen erbringen, sondern im Einzelfall auch eine Beschaffungsdienstleistung, die keine „Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten“ mit dem Erfordernis einer „rechtlichen Prüfung des Einzelfalls“, § 2 Abs. 1 RDG, darstellt. Infolge möglicher Überlappungen in den grundsätzlich zwei verschiedenen Märkten zuzuordnenden Tätigkeitsbereichen werden aber weder Beschaffungsdienstleister zu Rechtsanwälten noch umgekehrt Rechtsanwälte zu Beschaffungsdienstleistern. Zugelassene Rechtsanwälte bieten auf dem Markt Rechtsdienstleistungen an, nicht – wie in der Definition des „Beschaffungsdienstleisters“ in Art. 2 Ziff. 17 RL 2014/24/EU formuliert – „Nebenbeschaffungstätigkeiten“. Die Verfahrensbevollmächtigten der Ag haben diese bei Durchführung des Vergabeverfahrens rechtlich beraten und damit typische Rechtsanwaltsdienstleistungen i.S. des RDG erbracht. Hier liegt der Schwerpunkt der Tätigkeit der eingeschalteten Anwälte.

Die handelnden Rechtsanwälte sind mithin nicht Normadressaten der Vermutungsregel nach § 6 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 VgV. Soweit dies in der Rechtsprechung anders gesehen wurde, so die Vergabekammer Saarland mit Beschluss vom 9. September 2019 – 2 VK 01/19, betraf diese

Entscheidung einen Fall, in welchem der Rechtsanwalt sowohl für den öffentlichen Auftraggeber tätig war als auch die Antragstellerin im dortigen Nachprüfungsverfahren in anderen aktuellen Mandaten vertrat. Die Subsumtion von Rechtsanwälten unter den Begriff des „*Beschaffungsdienstleisters*“ erfolgte dort vor der Grundsatzentscheidung des OLG Düsseldorf vom 25. Mai 2022, a.a.O., welche die beiden Märkte herausgearbeitet hat, und ohne Befassung mit der Differenzierung nach diesen beiden Märkten. Eine Subsumtion von Rechtsanwälten unter den Begriff des Beschaffungsdienstleisters und damit unter § 6 Abs. 1, 3 VgV würde im Ergebnis die Einbindung von Rechtsanwälten in Vergabeverfahren ganz erheblich erschweren, denn es ist im Vorhinein nicht absehbar, welche Unternehmen sich am Wettbewerb beteiligen werden. Wollte man den Rechtsanwalt, der einen öffentlichen Auftraggeber im Vergabeverfahren berät, als Beschaffungsdienstleister einstufen, so müsste er seine Beratung sofort einstellen, sobald sich ein Mandant am Wettbewerb beteiligt, egal in welchem Bereich die Mandatsbeziehung besteht. Gerade bei großen Kanzleien mit einer Vielzahl von Mandanten kann eine solche Konstellation, wie der vorliegende Fall zeigt, auftreten: Auch die ASt steht ihrerseits in Mandatsbeziehungen zu der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten der Ag, hält diese aber im Rahmen des § 6 VgV für unschädlich, da es allein um die [...]Niederlassung gehe, nicht aber um die [...]Niederlassung, wo der [...]angesiedelt ist. Damit macht die ASt deutlich, dass auch sie in der Sache ein Bedürfnis nach Eingrenzung von § 6 VgV bei Rechtsanwälten sieht. Im Übrigen gibt es auch in der Sache und ungeachtet aller rechtlichen Aspekte kein Bedürfnis, Rechtsanwälte als Beschaffungsdienstleister und damit als Normadressaten der Vermutungsregeln in § 6 Abs. 3 VgV anzusehen, da mögliche Interessenkonflikte über die Norm des § 6 Abs. 2 VgV erfasst werden können.

bb) Ein Interessenkonflikt liegt nämlich unabhängig vom Eingreifen eines Vermutungstatbestands vor, wenn die Voraussetzungen von § 6 Abs. 2 VgV gegeben sind. Auch dies ist hier nicht der Fall. Hier ist die Normadressateneigenschaft der beteiligten Rechtsanwälte zwar zu bejahen, denn diese, im Vergleich zur allein auf Beschaffungsdienstleister beschränkten Regelung in § 6 Abs. 1, 3 VgV weiter gefasste Vorschrift bezieht sich allgemeiner auf „*Personen, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind*“.

Die Bejahung eines Interessenkonfliktes setzt aber des Weiteren voraus, dass diese Personen „*ein direktes oder indirektes finanzielles, wirtschaftliches oder persönliches Interesse haben*“ müssen, das ihre Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte. Solche Interessen haben die handelnden Rechtsanwälte nicht. Aus der Tatsache, dass in anderen Rechtsbereichen als dem Vergaberecht Mandatsbeziehungen zu einem

Unterauftragnehmer eines Bieters bestehen, die kanzleiintern durch andere Rechtsanwälte bearbeitet werden, können keine, auch keine indirekten finanziellen, wirtschaftlichen oder persönlichen Interessen abgeleitet werden. Würde man dies annehmen, so müsste Gleiches in Bezug auf die ASt gelten, die ebenfalls in anderen Rechtsgebieten Mandantin der Kanzlei der Verfahrensbevollmächtigten der Ag ist. Die von der ASt vorgenommene Differenzierung, wonach ihre eigenen Beziehungen zu dieser Kanzlei unschädlich seien, weil diese nur zur [...], nicht aber zur [...] Niederlassung bestünden, überzeugt nicht, denn es handelt sich rechtlich nicht um selbständige juristische Personen, sondern lediglich um unselbständige Niederlassungen.

Ebenso wenig ergeben sich derartige Interessen aus dem von der ASt angeführten Umstand, dass ein anderer Rechtsanwalt als die verfahrensbevollmächtigten Anwälte aus dem Bereich [...] Veranstaltungen wie Webinare durchführt, an denen u.a. Mitarbeiter der Unterauftragnehmerin der Bg beteiligt sind. Die Durchführung von Fachveranstaltungen oder Mandantenseminaren ist gängige Praxis in größeren Anwaltskanzleien. Sie werden regelmäßig unter Beteiligung nicht allein der kanzleiangehörigen Anwälte, sondern von Referenten, Diskussionsteilnehmern etc. aus verschiedenen Bereichen durchgeführt. Hat die Veranstaltung ein Thema mit Bezug zu IT und Digitalisierung zum Gegenstand, so ist es naheliegend, auch den diesbezüglichen Sachverstand in der Veranstaltung zu repräsentieren, so z.B. das Webinar zum [...], auf welches die ASt in ihrer Anlage AS 15 hinweist. Dort sind als Teilnehmer aufgeführt ein [...] sowie ein Mitarbeiter nicht der Unterauftragnehmerin der Bg selbst, aber eines Partnerunternehmens der Unterauftragnehmerin der Bg. Diese Art Veranstaltung ist nicht geeignet, die Unparteilichkeit der im hiesigen Vergabeverfahren tätigen Rechtsanwälte i.S.v. § 6 Abs. 2 VgV zu beeinträchtigen. In Anlehnung an die Rechtsprechung zur Befangenheit von Amtspersonen müssten hierfür „objektive Gründe“ vorliegen, „die vom Standpunkt des Ablehnenden aus bei vernünftiger Betrachtung die Befürchtung wecken können, der Amtsträger stehe der Sache nicht unvoreingenommen und damit nicht unparteiisch gegenüber.“ (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. September 2018 - Verg 17/18). Ebenso wenig wie gemeinsame Vortragsveranstaltungen geeignet sind, die Besorgnis der Befangenheit einer Amtsperson zu begründen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. September 2018, a.a.O.), gilt dies vorliegend in Bezug auf die Besorgnis der Parteilichkeit der in das Vergabeverfahren eingeschalteten Anwälte. Der Umstand, dass Mitarbeiter eines großen IT-Dienstleisters wie der Unterauftragnehmerin der Bg als Vortragende bzw. Diskussionsteilnehmer im Rahmen von Kanzleiveranstaltungen auftreten, reicht nicht aus, um ein indirektes persönliches Interesse der hier handelnden Rechtsanwälte zu bejahen.

c) Soweit die ASt einen Verstoß gegen § 7 VgV bemängelt und in diesem Zusammenhang gerügt hat, die Ag habe eine diskriminierende Vorfestlegung zugunsten der Bg getroffen, sind keine Vergaberechtsverstöße festzustellen.

Der Vorwurf der ASt ist in dem Kontext der geltend gemachten Vorbefasstheit der Bg dahin zusammenzufassen, dass die Bg nach § 7 VgV bzw. entsprechend dem dort normierten Rechtsgedanken vom vorliegenden Vergabewettbewerb auszuschließen sei. Dem ist nicht zu folgen, die Voraussetzungen von § 7 VgV liegen nicht, insbesondere nicht in einer analogen Anwendung, vor. Eine direkte Anwendung von § 7 VgV auf die Bg scheidet aus, da sie nicht bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens mitgewirkt hat; die Eigenschaft als Vorauftragnehmerin macht die Bg nicht zu einem Unternehmen, welches das Vergabeverfahren mit und für den Auftraggeber, hier die Ag, vorbereitet hätte.

aa) Die ASt begründet ihre Annahme einmal damit, die Ag hätten der Bg die Möglichkeit eingeräumt, ihre Unterauftragnehmerin bereits kurz vor Beginn des vorliegenden Vergabeverfahrens in die Abwicklung des bisherigen Auftrags einzubeziehen, indem der Bg beim Vorauftrag gestattet worden sei, die bisherige Unterauftragnehmerin gegen die jetzige, in die vorliegende Angebotskonzeption eingebundene Unterauftragnehmerin auszutauschen. Dies habe zur Folge, dass das Frontend ohne Not bis Ende 2025 für die Bg nebst aktueller Unterauftragnehmerin für einen Leistungsteil gesetzt sei, der erst ab 1. Januar 2026 durch einen anderen Auftragnehmer übernommen werden könne. Alle anderen Bieter müssten diese Schnittstelle zur Unterauftragnehmerin der Bg erst einmal bedienen und könnten erst ab 2026 ihr eigenes Frontend nutzen.

Hierzu ist anzumerken, dass die Ag die Auswechslung der Unterauftragnehmerin als Änderung des Bestandsauftrags am [...]europaweit nach § 132 Abs. 5 GWB ordnungsgemäß bekannt gemacht hatten. Es bestand somit die Möglichkeit, hiergegen vorzugehen, wenn die ASt meint, infolge dieser Auswechslung seien der Bg unzulässig Wettbewerbsvorteile für den streitgegenständlichen Folgeauftrag verschafft worden. Eine Nachprüfung wurde indes nicht in die Wege geleitet. Damit ist die Auswechslung der Unterauftragnehmerin durch die Bg gesetzt; es kann vorliegend nicht implizit ein Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden, das im Juni 2022 nicht durchgeführt wurde.

bb) Ferner stützt die ASt ihr Petitum, die Bg müsse nach § 7 VgV ausgeschlossen werden, auf ein vermeintliches Sonderwissen der Bg, welches über das bisherige Vertragsverhältnis hinausgehe und sich auf gemeinsame Planungen zu Backend, Frontend und Mehrwertdiensten beziehe.

In diesem Zusammenhang meint die ASt, dass sich die Ag von vornherein auf die Bg gleichsam als Wunschkandidatin festgelegt habe. Die ASt zieht hier eine Parallele zu der Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 21. September 2021 – VK 2-87/21.

Der Sachverhalt der zitierten Entscheidung ist jedoch nicht vergleichbar. Im dortigen Auftrag ging es um die Umsetzung strategischer Ziele eines Auftraggebers, wobei diese Ziele aus Gründen der Vertraulichkeit Wettbewerbern gegenüber gerade nicht in den Vergabeunterlagen und damit gerade nicht allen Bietern gegenüber offengelegt wurden. Lediglich ein Vorauftragnehmer, der den Auftrag hatte, den öffentlichen Auftraggeber bei der Findung und Definition dieser Ziele zu beraten, hatte als einziger Bieter im dort streitgegenständlichen Vergabeverfahren, gerichtet auf Umsetzung der Ziele, Kenntnis von diesen Zielen. Dies veranlasste die Vergabekammer, in funktionaler Auslegung des § 7 VgV diesen Vorauftragnehmer als Projektanten anzusehen, obwohl er formal gesehen nicht an dem dort streitgegenständlichen Vergabeverfahren mitgewirkt hatte. Vorliegend dagegen ist eine vollständig andere Situation gegeben, denn alle Vorgaben sind in den Vergabeunterlagen umfassend dargelegt und beschrieben, und zwar für alle Bieter. Was den Ag wichtig ist, ergibt sich auch aus dem in der Auftragsbekanntmachung mitgeteilten Auftragsgegenstand, der Leistungsbeschreibung und den Wertungsvorgaben, worin die [...] Mehrwertdienste ausdrücklich genannt sind. Anders als im Referenzverfahren der Entscheidung VK2-87/21 haben im streitgegenständlichen Vergabeverfahren alle Bieter den umfassenden und identischen Kenntnisstand; auch die ASt hat zu keinem Zeitpunkt beanstandet, dass ihr für die Angebotserstellung relevante Informationen fehlten, so dass ihr Hinweis nunmehr im Nachprüfungsverfahren, es hätte weitergehender Vorgaben über den Erwartungshorizont der Ag bedurft, um einen Wissensvorsprung der Bg auszugleichen, nicht belastbar ist. Im Übrigen haben die Ag der obergerichtlichen sog. „Schulnotenrechtsprechung“ vollumfänglich entsprochen, denn detaillierte Vorgaben insbesondere in der Leistungsbeschreibung erlauben es, einen offenen Bewertungsmaßstab vorzugeben, denn den fachkundigen Bietern ist dann klar, worauf es dem Auftraggeber ankommt (so bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2016 – Verg 25/16, sowie Beschluss vom 8. März 2017 – Verg 39/16; ferner BGH vom 4. April 2017 – X ZB 3/17). Wenn die ASt wie von ihr vorgetragen z.B. Angaben dazu vermisst, welche [...] Mehrwertdienste den Ag besonders wichtig sind, so verkennt sie die Vorgaben der zitierten Rechtsprechung, die gerade darauf ausgerichtet sind, Konzeptwettbewerbe nicht ihres Sinns zu entheben, indem zu detaillierte Vorgaben des Auftraggebers verlangt werden. Sinn und Zweck des Konzeptwettbewerbs besteht gerade darin, den Ideen und Lösungsansätzen der fachkundigen Bieter Raum zu lassen, was konterkariert würde, wenn ein Auftraggeber doch wieder en detail alles vorgeben müsste. Aus der Tatsache, dass das Angebot der Bg teilweise besser bewertet wurde als das der ASt,

kann ebenfalls nicht der Rückschluss gezogen werden, die Bg müsse über projektantenähnliches Sonderwissen verfügt haben, welches ihr eine optimierte Darstellung ihrer Konzepte auf begrenzter Seitenzahl erlaubt habe. Es liegt in der Natur des Vergabewettbewerbs, dass Angebote eine unterschiedliche Bewertung erfahren. Hinzuweisen ist flankierend darauf, dass nach den von der ASt im Rahmen ihres Vortrags zur Ausschlussbedürftigkeit der Bg gesetzten Prämissen wohl auch die ASt selbst auszuschließen wäre, denn mit der [...] hat auch die ASt eine Unterauftragnehmerin in ihre Angebotsgestaltung eingebunden, die Vorauftragnehmerin der Ag ist.

cc) Soweit die ASt unter Berufung auf einen Artikel des [...] (Anlage AS 12) vorträgt, aus Äußerungen des für die [...] zuständigen [...] -Programmeleiters sei auf eine Vorfestlegung der Ag zugunsten der Bg mit ihrer Unterauftragnehmerin [...] zu schließen, lässt sich auch daraus kein Verstoß gegen § 7 VgV bzw. eine den Grundsatz des § 97 Abs. 2 GWB verletzende Diskriminierung der Bg feststellen.

Die ASt trägt insofern vor, der Programmleiter habe sich in besagtem Interview vor Abgabe der finalen Angebote dahin geäußert, die [...] wollten ein Angebot, das mehr als die gesetzlich vorgegebenen Funktionen biete. Es sollten auch alltagsrelevante Mehrwerte wie [...]umfasst sein. Da die [...] von den Ag aber nicht als [...] -Mehrwertanwendungen verlangt worden oder beispielhaft genannt worden seien, allerdings von der Unterauftragnehmerin der Bg, der Fa. [...], für andere [...] als [...] -Mehrwertanwendung angeboten werde, schließt die ASt auf die von ihr behauptete Vorfestlegung. Aus dem zitierten [...] erschließt sich jedoch keine Vorfestlegung, die auf die Anwendung des § 7 VgV bzw. eine Diskriminierung zu Lasten der ASt schließen lässt. Zunächst ergibt der Artikel, dass der [...] -Programmeleiter auf die sich aus der Leistungsbeschreibung für alle Bieter ergebende Vorgabe Bezug nimmt, dass ein Angebot gesucht werde, das mehr als die gesetzlich vorgegebenen Funktionen biete. Dies entspricht der Zielvorgabe der „Flexibilität zur Differenzierung“ in der Leistungsbeschreibung. Dass die Nennung der [...] auf eine Vorfestlegung zugunsten der Bg und ihrer Unterauftragnehmerin [...] schließen lässt, ist daraus nicht zu entnehmen. Die Ag haben darauf hingewiesen, dass es sich bei der [...] um einen Aspekt von allgemeinem Interesse [...] handle, der beispielhaft im Interview genannt worden sei. Das ist plausibel und nachvollziehbar: **[Im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:]** [...] **[Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]**

dd) Soweit die ASt schließlich aus den von ihr als Anlage AS 27 vorgelegten Folien der Bg für einen von den Ag ausgerichteten Workshop am 16. Mai 2022, flankiert durch die Aussage des

Vertreters der [...] in der mündlichen Verhandlung, den Schluss zieht, die Ag hätten eine weitergehende Implementierung der [...] -Lösung und damit eines Leistungsteils schon im Mai 2022 gefordert, der erst Gegenstand der streitgegenständlichen Ausschreibung sei, so stellt sich der Sachverhalt aus Sicht der Vergabekammer anders dar. Ein Verstoß gegen § 7 VgV bzw. die Grundsätze des § 97 Abs. 2 GWB ist nicht festzustellen.

Die ASt bezieht sich insbesondere auf eine Folie, auf der zwei Szenarien angesprochen werden und auf der für das Szenario 2 betr. „*Nutzung der [...] [...] -Services*“ vermerkt ist: „*Die [...] wünscht...*“. Dies bezieht sich aber auf die Durchführung des Vorgängerauftrags und die Diskussion verschiedener Varianten zwischen der Bg und der [...]. Nicht kann daraus geschlossen werden, dass die Ag der Bg bereits vor der neuen Ausschreibung die Möglichkeit eröffnet hätten, schon Leistungsteile des jetzt zur Vergabe anstehenden Pakets zu realisieren, was auch in der Sache abwegig erschiene. Tatsächlich wurde auch keines der auf den Folien diskutierten Szenarien umgesetzt, insbesondere bieten die Ag ihren Versicherten derzeit, also vor Vergabe des streitgegenständlichen Auftrags, keine Mehrwertleistungen an. Die Schaffung eines bevorzugten Status zugunsten der Bg durch die Ag und damit eine dem Projektanten ähnliche Stellung ist nicht zu erkennen.

d) Die gegen die Durchführung der Wertung vorgebrachten Rügen der ASt sind nicht begründet. Die Ag haben das von ihnen festgelegte Wertungssystem fehlerfrei angewendet. Weder ist der bei der qualitativen Angebotswertung vorgenommene Vergleich der von den Bietern vorgelegten Konzepte vergaberechtswidrig (aa) noch haben die Ag das festgelegte Wertungssystem insbesondere bei durchschnittlichen Bewertungen fehlerhaft angewendet (bb). Des Weiteren sind auch die von der ASt als fehlerhaft bemängelten Einzelbewertungen vergaberechtskonform (cc).

aa) Soweit die ASt bemängelt, dass die von den Ag durchgeführte qualitative Wertung anhand eines Vergleichs der von den Bietern eingereichten Konzepte durchgeführt wurde und die Ag diese Vorgehensweise nicht in den Vergabeunterlagen bekannt gemacht haben, liegt kein Vergaberechtsverstoß gegen die Maßgaben des § 127 GWB bzw. des § 97 Abs. 1, 2 GWB vor.

Die Ag haben ihrer Bewertung der einzelnen qualitativen Zuschlagskriterien bzw. der diese in Frageform konkretisierenden Unterkriterien einen Quervergleich der entsprechenden Konzepte der Bieter zugrunde gelegt. Ein Verstoß gegen die Grundsätze des § 127 GWB ist darin nicht zu erblicken. Diese Vorgehensweise betrifft allein die konkrete Durchführung der Wertung, d.h. die Ausübung des den Ag nach § 127 Abs. 1 GWB zustehenden Beurteilungsspielraums und damit

die Wertungsmethode zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots gemäß § 127 Abs. 1 GWB. Anders als die ASt meint, ist davon aber nicht die Bekanntmachung der Zuschlagskriterien, mithin der Eigenschaften bzw. Messgrößen zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote und deren Gewichtung nach § 127 Abs. 5 GWB, betroffen. Die Bekanntmachung der Zuschlagskriterien ist hier seitens der Ag in den Bewerbungsbedingungen (a.a.O., Ziff. 17.2, S. 14) allen Bietern gegenüber erfolgt (Preis 40%, Qualität 60%), was in den Bewertungsmatrizen für die Wirtschaftlichkeitsprüfung vor allem für die Qualität zulässigerweise näher konkretisiert wurde.

Dass die Ag die Bewertung der Konzepte jeweils auf der Grundlage eines Quervergleichs der Bieterkonzepte untereinander festgelegt haben, entspricht den Grundsätzen fehlerfreier Ausübung des nach § 127 Abs. 1 GWB wahrzunehmenden Beurteilungs- bzw. Wertungsspielraums des öffentlichen Auftraggebers. Dies hat die von den Ag zitierte Vergaberechtsprechung zutreffend als Maßstab für eine sachgemäße Beurteilung qualitativer Zuschlagskriterien herausgearbeitet. Der dem öffentlichen Auftraggeber im Hinblick auf § 127 Abs.1 GWB zustehende Beurteilungsspielraum bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung der Angebote muss insbesondere dem vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechen, was bei einer Konzeptbewertung voraussetzt, dass die insofern an die einzelnen Bieter zu vergebenden Punkte plausibel, mithin in sich und im Verhältnis zu den übrigen Angeboten und damit insbesondere im Vergleich mit besser bewerteten Angeboten ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters vergeben werden (vgl. BGH, Beschluss vom 4. April 2017, Az.: X ZB 3/17 Rn. 53; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022, VII-Verg 25/21 m.w.N.).

Ein expliziter Hinweis auf die Durchführung einer vergleichenden Betrachtung bzw. – wie von der ASt reklamiert – die Möglichkeit einer Binnenbewertung in den Vergabeunterlagen ist demgegenüber nicht geboten. Die vergaberechtlichen Grundsätze des transparenten und chancengleichen Vergabewettbewerbs erfordern grundsätzlich keine Bekanntgabe der Bewertungsmethodik (vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016, Rs C-6/15, Rn. 27 ff. – Dimarso, betr. Art. 53 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG, der gleichlautenden Vorgängervorschrift des Art. 67 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU, der wiederum durch § 127 Abs. 5 GWB in deutsches Recht umgesetzt worden ist). Denn ein solcher Hinweis gäbe nichts Anderes wieder als die Selbstverständlichkeit, dass der Auftraggeber die Wertung der Angebote fehlerfrei anhand der bekannt gemachten Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung im Einzelfall diskriminierungsfrei durchzuführen hat. Dies entspricht dem allseits ohne Weiteres bekannten Grundsatz, dass das Angebot auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, worauf die Ag überdies ausdrücklich in den Bewerbungsbedingungen (Ziff. 17.1, S. 14) hingewiesen haben. Die Begrifflichkeit des „wirtschaftlichsten Angebots“, so

ausdrücklich § 127 Abs. 1 S. 1 GWB, impliziert bereits einen Quervergleich der abgegebenen Angebote, der gerade bei einem Konzeptwettbewerb in Bezug auf die qualitativen Wertungskriterien erforderlich ist; bei der Preiswertung wird nichts anderes gemacht als ebenfalls ein Quervergleich, ohne dass es diesbezüglich einer besonderen Vorabbekanntmachung bedarf. Zudem ist nicht ersichtlich, dass ein Bieter selbst im Falle einer ausdrücklich bekannt gemachten vergleichenden Bewertungsmethode sein Angebot bzw. Konzept anders abfassen könnte und würde als er es als sorgfältiger Kaufmann nicht ohnehin tun würde. So liegt der Fall auch hier. Die Berücksichtigung des Quervergleichs der Konzepte der Bieter untereinander bei der Bewertung durch die Ag hat hier nicht zu einer nachträglichen inhaltlichen Veränderung der den Bietern bekannt gemachten Zuschlagskriterien bzw. Verzerrung der Bewertungen geführt. Die seitens der Ag in den Bewerbungsbedingungen bzw. den Bewertungsmatrizen für die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Lose 1 und 2 allen Bietern bekannt gegebenen qualitativen Unterkriterien wurden durch die vergleichende Betrachtung weder in der Sache abgeändert noch wurde die Wertung durch den Quervergleich per se verzerrt. Diese Kriterien lagen dem Bewertungsvorgang vielmehr jeweils zugrunde und wurden im Einzelfall diskriminierungsfrei angewendet (s. näher unten cc)).

Die Berücksichtigung eines Vergleichs der Konzepte der Bieter untereinander durch die Ag, auch ohne dies den Bietern zuvor explizit bekannt gegeben zu haben, ist damit als solches kein Vergaberechtsverstoß.

bb) Eine fehlerhafte Anwendung des bekannt gemachten Wertungssystems im Hinblick auf die Bewertung einzelner Konzeptkriterien als „*durchschnittlich (2 Punkte)*“ ist nicht festzustellen.

(1) Bereits der Bewertungsvorgang war auf ein mehrstufiges Verfahren angelegt, das geeignet war, eine gleichmäßige Anwendung der von den Ag vorgegebenen und allen Bietern vorab bekannt gegebenen Bewertungsleitfäden in den Bewertungsmatrizen für die Wirtschaftlichkeitsprüfung der Konzepte für die Lose 1 und 2 bzw. das Kombinationslos zu gewährleisten und zu vermeiden, dass die mit der Prüfung bzw. Bewertung der Konzepte betrauten Mitarbeiter der Ag das von den Ag selbst festgelegte Wertungssystem bei der Bewertung uneinheitlich anwenden.

(2) Soweit die ASt insbesondere in ihren Stellungnahmen vom 12. und 22. Januar 2023 näher ausführt, es sei vergaberechtswidrig, dass aus der Dokumentation der Ag zu den Bewertungen der von der ASt im Schriftsatz vom 12. Januar 2022 (Ziff. D.VI i.V.m. D.VII.4, S. 34/35 und S.56-59) näher benannten Einzelkriterien der Lose 1 und 2 nicht ersichtlich sei, warum der jeweilige

Konzeptteil nur durchschnittlich und nicht überdurchschnittlich bewertet worden sei, greift diese Rüge nicht durch.

Die Bewertungsmatrizen für die Lose 1 und 2 bzw. das Kombinationslos sehen für die Bewertung der darin für die jeweiligen Kriterien definierten Unterkriterien eine Bepunktung von 0 bis 3 Punkten vor. 2 Punkte erhält danach eine Darstellung der Lösung im Konzept, die *„schlüssig und nachvollziehbar [ist] und [...] erkennen [lässt], dass alle geforderten Anforderungen der angegebenen Referenzen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden. Sie lässt anhand der beschriebenen Maßnahmen einen durchschnittlichen Zielerreichungsgrad erwarten.“* Für eine *„schlüssige und nachvollziehbare Darstellung der Lösung im Konzept, die erkennen lässt, dass alle Anforderungen der angegebenen Referenzen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden. Sie lässt aufgrund eines besonderen, schlüssig und nachvollziehbar dargelegten Mehrwerts der beschriebenen Maßnahmen einen überdurchschnittlichen Zielerreichungsgrad erwarten“*, sollen nach den Vorgaben der Bewertungsmatrizen 3 Punkte vergeben werden. Daraus geht hervor, dass nicht jedes Mehr gegenüber den formulierten Anforderungen ausreichen kann, um eine Bewertung mit der Höchstpunktzahl zu vergeben, sondern es dafür eines besonderen Mehrwertes bedarf, der im jeweiligen Konzept schlüssig und nachvollziehbar dargelegt sein muss (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022, VII-Verg 25/21).

Die von den Ag in den Bewertungsmatrizen definierten Bewertungsmaßstäbe für eine Vergabe von 0 bis 3 Punkten sind mit dem Grundsatz eines transparenten und chancengleichen Vergabewettbewerbs gemäß § 97 Abs. 1, 2 GWB ohne Weiteres vereinbar und wurden von der ASt überdies rügelos akzeptiert. Daraus ergibt sich, dass eine durchschnittliche Bewertung mit 2 Punkten von den Ag eine Begründung erfordert, aus der hervorgeht, dass das zugrunde liegende Konzept den vergaberechtskonformen Vorgaben der Bewertungsmatrizen für diese Bewertungsstufe entspricht, mithin im jeweiligen Konzept schlüssig und nachvollziehbar dargelegt wurde, dass die zum jeweiligen Konzept formulierten Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt werden. Daraus ergibt sich zwanglos, dass nicht vergaberechtlich zwingend zusätzlich zu begründen ist, warum keine überdurchschnittliche Bewertung erfolgt. Ebenso wenig bedarf es für eine durchschnittliche Bewertung einer spezifischen, zusätzlichen Begründung, warum keine unterdurchschnittliche Bewertung geboten ist. Denn wenn ein Konzept fehlerfrei als durchschnittlich eingeordnet worden ist, ist es per se nicht über- oder unterdurchschnittlich. Wenn ein öffentlicher Auftraggeber eine durchschnittliche Bewertung im Einzelfall explizit oder in der Sache gegenüber einer nach der jeweiligen Bewertungsmatrix verfügbaren überdurchschnittlichen Bewertungsstufe abgrenzt – wie von der ASt in ihrem Schriftsatz vom 22. Januar 2022 für die durchschnittliche

Bewertung einzelner Konzepte verlangt (a.a.O., S. 15) –, um der Begründung der jeweiligen Bewertung ggf. besonderen Nachdruck zu verleihen, steht ihm dies frei und kann im Einzelfall geboten sein, wenn ein Bieter einen besonderen Lösungsansatz vorstellt, mit dem der Auftraggeber sich gedanklich vor dem Hintergrund einer möglichen Bewertung mit der Maximalpunktzahl näher auseinandersetzt. Dann ist es sinnvoll, die Abgrenzung nach oben, d.h. die Gründe für die Nicht-Bewertung mit der Maximalpunktzahl, auch zu dokumentieren. Im Regelfall ist dies vergaberechtlich im Hinblick auf § 97 Abs. 1, 2 GWB bzw. die sich daraus ableitende Dokumentationspflicht des § 8 Abs. 1 VgV jedoch nicht geboten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. November 2005, VII-Verg 65/05 sowie VK Bund, Beschluss vom 30. August 2005, VK1-89/05). So sind die Ag jedoch auch tatsächlich verfahren, denn in Einzelfällen wurde ausdrücklich festgehalten, warum keine bessere Bewertung als mit 2 Punkten erfolgte. Aus dem Vorstehenden folgt sodann auch, dass die Konzepte mehrerer Bieter gleichzeitig als überdurchschnittlich eingeordnet werden können; entsprechende Bedenken der ASt sind unbegründet.

Bei der Bewertung der Konzepte als durchschnittlich (2 Punkte) oder überdurchschnittlich (3 Punkte), ebenso als unterdurchschnittlich (1 Punkt) oder ungenügend (0 Punkte) steht den Ag im Hinblick auf § 127 Abs. 1 GWB ein Beurteilungsspielraum zu. Dieser Beurteilungsspielraum erfordert eine situative und durch subjektiv-wertende Einschätzungen geprägte Abwägung, die nach ihrem Sinn und Zweck durch die Nachprüfungsinstanzen nur begrenzt überprüfbar ist, ob die Einschätzung des Auftraggebers sachgemäß bzw. unter Einhaltung der von den Ag selbst gesetzten Bewertungsmaßstäbe und unter Berücksichtigung der beurteilungsrelevanten Tatsachen getroffen worden ist. Für die Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien bedeutet das, dass die Ag anhand der geforderten Konzepte der Bieter unter Berücksichtigung der von ihr gesetzten Anforderungen der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf ihr Wertungsschema in den Bewertungsmatrizen eine entsprechend nur auf Beurteilungsfehler nachprüfbare Prognose des Zielerreichungsgrades abzugeben und diese zu dokumentieren hatte.

Die von der ASt im Schriftsatz vom 12. Januar 2023 (S. 34/35, 57-59) insofern im Einzelnen bemängelten Einzelkriterien, bei denen eine Bewertung mit 2 Punkten erfolgte, entsprechen den Maßgaben der Bewertungsmatrizen. Diese Bewertungen der ASt sind, auch im Quervergleich mit dem Angebot der Bg, plausibel nachzuvollziehen und damit beurteilungsfehlerfrei.

Im Einzelnen: **[Im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:]**

[...]

[Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]

cc) Des Weiteren sind auch die von der ASt als fehlerhaft bemängelten Einzelbewertungen im Hinblick auf § 127 Abs. 1 GWB und § 97 Abs. 1, 2 GWB beurteilungsfehlerfrei erfolgt. Die Ag waren nicht gehalten, zur Bewertung der Zuschlagskriterien Konzeptinhalte beliebig aus anderen Losen, Kriterien oder weiteren Angebotsteilen heranzuziehen ((1)). Ferner liegen die von der ASt behaupteten Beurteilungsfehler wegen fehlerhafter Sachverhaltsermittlung ((2)) bzw. fehlerhaften Bewertungsmaßstabs ((3)) nicht vor.

(1) Eine unsachgemäße Beurteilung ergibt sich nach den in den Bewertungsmatrizen festgelegten Maßstäben entgegen der Ansicht der ASt nicht daraus, dass sich die Ag bei der Bewertung der einzelnen Zuschlagskriterien allein auf die von der ASt konkret hierzu in die Bewertungsmatrizen eingetragenen Ausführungen zu den jeweils zu dem entsprechenden Zuschlagskriterium zugehörigen Fragen/Unterkriterien bezogen haben. Anders als die ASt meint, sind die Ag danach nicht gehalten, sich, ohne dass – worauf auch die Ag in ihrer Stellungnahme vom 30. Januar 2023 (S. 22) hingewiesen hat, – darauf konkret verwiesen bzw. Bezug genommen worden wäre, etwaige im konkret zu bewertenden Unterkriterium relevante Aussagen aus anderweitig verorteten Ausführungen desselben oder anderer Lose oder sonstigen Angebotsteilen wie z.B. dem Preisblatt heranzuziehen. Zu den von der ASt im Einzelnen z.B. in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2023 näher bemängelten Bewertungen, z.B. zu ihren Konzeptausführungen zu [im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] [Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt] oder auch in ihrer tabellarischen Auflistung einzelner Losbewertungen im Schriftsatz vom 1. bzw. 7. Februar 2023 ist damit nicht festzustellen, dass die Ag insofern von einem fehlerhaften Sachverhalt ausgegangen sind.

Der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB verlangt, dass die Bieter bei der Bewertung der Konzepte gleichbehandelt werden und der Auftraggeber die von ihm hierfür gesetzten Maßstäbe gegenüber allen gleichermaßen einhält. Soweit die ASt hier meint, die Bewertungsmatrizen seien so zu verstehen gewesen, dass das Konzept insgesamt für die Bewertung in den Blick zu nehmen gewesen wäre, weil die Bieter frei gewesen wären, wie sie den Inhalt ihres Konzepts strukturieren bzw. aufteilen, und die Angaben zu den einzelnen Unterkriterien bzw. Fragen nicht separat für sich zu bewerten seien, geht sie fehl.

(a) Eine Auslegung der relevanten Vergabeunterlagen nach dem für das Verständnis maßgeblichen verobjektivierten Empfängerhorizont eines fachkundigen Bieters ergibt, dass allein die Darlegungen zu den einzelnen Fragen/Unterkriterien für die Bewertung dieser Unterkriterien zugrunde zu legen waren. Die Fragen fungieren als Konkretisierung bzw. Unterkriterien zu den in den Bewertungsmatrizen für die jeweiligen Lose bezifferten Zuschlagskriterien und den zu diesen formulierten Hauptaufgaben. Beispielhaft sind danach von der Ag die von einem Bieter zu Los 1, Kriterium 1, Frage 1 dargelegten Konzeptinhalte der Bewertung für diese Fragestellung bzw. dieses Unterkriterium zugrunde zu legen, nicht aber etwaig anderweitig verortete möglicherweise relevante Ausführungen im Angebot desselben Bieters, sofern der Bieter diese nicht durch eine ausdrückliche Verweisung beigezogen hat.

Allen Bietern wurden mit den Vergabeunterlagen Formblätter für die zu den Losen zu erstellenden Konzepte bekannt gegeben. Darin wurden ausdrücklich Seitenzahlbegrenzungen und Formatvorgaben definiert. Ferner enthielten die mit den Konzeptangaben zu befüllenden Formblätter auf Seite 2 („*Konzeptionelle Angaben zu den Wertungskriterien*“) den folgenden Hinweis (im Folgenden sind die Hervorhebungen in fett nicht im Original):

*„Die Konzeption basiert auf den in der Leistungsbeschreibung (LB) formulierten Anforderungen, die in der Bewertungsmatrix Wirtschaftlichkeit [Anm. der Vergabekammer: Zu Los 1 bzw. 2] als qualitative Zuschlagskriterien aufgegriffen werden. In den Zuschlagskriterien gibt es jeweils eine Hauptaufgabe **sowie dazugehörige Fragestellungen, auf die bei der Beantwortung der Hauptaufgabe im Detail eingegangen werden soll. Die Ausführungen zu den einzelnen Zuschlagskriterien, die mitsamt Hauptaufgabe und Fragestellungen in diesem Formblatt wiederholt werden, sind auf den Folgeseiten des jeweiligen Zuschlagskriterium zu dokumentieren.***

Wie der Bieter die maximale Seitenzahl auf die einzelnen Zuschlagskriterien verteilt, bleibt ihm überlassen. Angaben, die vom Bieter an anderer Stelle als der jeweiligen Ziffer gemacht werden, müssen von den Auftraggeberinnen (AG) bei der Angebotswertung nicht berücksichtigt werden.“

Daraus war für einen fachkundigen Bieter unmissverständlich zu entnehmen, dass die Bieter die zu den jeweiligen Hauptaufgaben aufgeführten Fragen/Unterkriterien zu beantworten hatten, diese Fragen also durch entsprechende Darlegungen zu beantworten waren und die Bieter ihr Konzept somit an den im Formblatt wiederholten Zuschlagskriterien, Hauptaufgaben und Fragestellungen auszurichten hatten, mithin nicht beliebig strukturieren konnten. Aus den für die Wirtschaftlichkeit der Lose vorgegebenen Bewertungsmatrizen ergab sich ferner, dass die Bewertung „für jedes Zuschlagskriterium...anhand der eingereichten Konzepte“ und anhand des dort dargestellten Wertungsschemas mit 0 bis 3 Punkten bewertet würde. Für die in den Bewertungsmatrizen zu den Losen definierten bezifferten Zuschlagskriterien waren sodann die Hauptaufgaben

vorgegeben, die sich auf die einzelnen ebenfalls bezifferten Anforderungen der Leistungsbeschreibung bezogen. Diese Aufgabenstellungen wurden – so die ausdrückliche Formulierung in den Bewertungsmatrizen – „*insbesondere*“ durch die einzelnen Fragestellungen im Sinne von Unterkriterien konkretisiert.

Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass die jeweiligen Darlegungen zu den einzelnen Fragen der Beantwortung der Hauptaufgabe dienen, die Fragen somit die für die Bewertung des jeweiligen Zuschlagskriteriums „*insbesondere*“ relevanten Konzeptinhalte beinhalten. Die in den Bewertungsmatrizen zu den Hauptaufgaben regelmäßig enthaltene Beschreibung der Hauptaufgabe, die „*insbesondere*“ durch die jeweils formulierten Fragen konkretisiert wurde, erschließt für den unbefangenen fachkundigen Bieter damit klar und unmissverständlich, dass die von der Aufgabenstellung in Bezug genommenen Anforderungen der Leistungsbeschreibung durch die Darlegungen zu den Fragen/Unterkriterien („*insbesondere*“) konzeptionell aufzuarbeiten waren. Danach war für einen fachkundigen Bieter klar, dass im Ergebnis die Darlegungen zu den einzelnen Fragen maßgebend für die Bewertung des jeweiligen Zuschlagskriteriums sind, die Formulierung „*insbesondere*“ aber – anders als die ASt meint – keine Maßgabe an die Bieter, die für die einzelnen Fragen relevanten Darlegungen ggf. auch ohne konkrete Inbezugnahme an anderen Stellen des Angebots unterzubringen. Die oben zitierten Vorgaben für die Formblätter der Konzepte ergeben, dass die zu den Zuschlagskriterien im Einzelnen formulierten Fragestellungen spezifische Konkretisierungswünsche für die Bewertung des Zuschlagskriteriums enthielten. Die ASt hat dies auch genauso verstanden. Sie hat auf den von ihr ausgefüllten Konzept-Formblättern die von den Ag in den Bewertungsmatrizen formulierten Fragen zu den Zuschlagskriterien im Einzelnen beantwortet. Wenn sie zu bestimmten Fragen auf Darlegungen zu anderen Fragen anderer Zuschlagskriterien in ihren Konzepten Bezug nehmen wollte, hat sie dies durch ausdrücklichen Verweis getan, so z.B. in ihren konzeptuellen Darlegungen zu [im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]

Auf diese Weise war durch die Vergabeunterlagen allen Bietern in gleicher Weise vorgegeben, wie sie bei ihren konzeptionellen Darlegungen vorzugehen hatten, um eine gleichmäßige und vergleichbare Bewertung zu gewährleisten. Dieser formale Ansatz schließt es aus, dass die Ag gehalten sind, sich die von ihnen zu bewertenden Inhalte zu den zu jeweiligen Zuschlagskriterien formulierten einzelnen Fragen beliebig aus Antworten zu anderen Zuschlagskriterien und deren Einzelkriterien oder gar aus anderen Angebotsteilen zusammensuchen, sofern keine explizite Inbezugnahme auf eine andere Passage im Bieterkonzept vorhanden war. Hierauf haben die Ag

in oben zitierten den Formblättern für die Konzepte zu konzeptionellen Angaben zu den Wertungskriterien ausdrücklich hingewiesen („...Angaben, die vom Bieter an anderer Stelle als der jeweiligen Ziffer gemacht werden, müssen von den Auftraggeberinnen (AG) bei der Angebotswertung nicht berücksichtigt werden.“).

(b) Im Interesse einer formalen Gleichbehandlung der Bieter ausgeschlossen ist damit aber auch ein entsprechendes Zusammensuchen des zu den einzelnen Fragen eines Zuschlagskriteriums zu bewertenden Konzeptinhalts aus den Antworten auf andere Fragen zu demselben Zuschlagskriterium. Die ASt hat dies insbesondere in ihrer Stellungnahme vom 12. Januar 2023 (S. 38) für die Bewertung zu ihrem Konzeptinhalt zu [im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] [Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt] Stellenweise ergibt sich Entsprechendes auch aus ihren Darlegungen im Schriftsatz vom 1. Februar 2023, die die ASt in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2023 nochmals präzisiert hat. Zwar dienen die geforderten Darlegungen zu den Fragen immer nur „insbesondere“ der Konkretisierung des jeweils zugeordneten Zuschlagskriteriums. Allerdings ergibt sich – wie schon oben festgestellt – aus den ausdrücklich definierten einzelnen Fragestellungen zu den Zuschlagskriterien, dass es den Ag gerade darauf ankam, die hierfür relevanten Anforderungen der Leistungsbeschreibung aus dem durch die einzelnen Fragen spezifisch konkretisierten Blickwinkel auszuleuchten, da die Ag sonst auch auf die von ihr zu den Zuschlagskriterien im Hinblick auf die zu erfüllenden Anforderungen der Leistungsbeschreibung im Einzelnen ausformulierten Fragestellungen für die Bewertung der Qualität der Angebote hätte verzichten können. Da sie aber zu den spezifischen Fragestellungen konkrete Darlegungen verlangt hat, war daraus ohne Weiteres ersichtlich, dass jede Frage eine darauf bezogene spezifische Antwort verlangt und die darin darzulegende konzeptionelle Perspektive daher auch für die Bewertung des jeweiligen Zuschlagskriteriums spezifisch relevant ist. Daraus erschließt sich aus der Perspektive eines fachkundigen Bieters unmissverständlich, dass bei der Bewertung durch die Ag ein beliebiger Rückgriff auf Antworten zu anderen Fragen auch nur desselben Zuschlagskriteriums ohne entsprechende Inbezugnahme für den Bewertungsvorgang nicht in Betracht kommt, weil in den Antworten zu den jeweiligen Fragen die von den Ag insofern ausdrücklich definierten spezifischen Blickwinkel auf die Erfüllung der entsprechenden Anforderungen der Leistungsbeschreibung ausgeleuchtet werden sollen. Würden die konzeptuellen Ausführungen gleichsam fragenübergreifend für die Bewertung des entsprechenden Zuschlagskriteriums zugrunde gelegt werden müssen, verzerrte dies die von den Ag vorgenommene Bewertung der Darlegungen zur jeweiligen Frage und damit dem darin konkretisierten Unterkriterium. Zwar fließen die Antworten auf die Einzelfragen in die Bewertung des jeweiligen Zuschlagskriteriums ein. Auch haben die Ag in den schon oben zitierten

Erläuterungen zu den konzeptionellen Angaben zu den Wertungskriterien in den Konzept-Formblättern ausgeführt, dass die Ag die „*vom Bieter an anderer Stelle als der jeweiligen Ziffer*“ gemachten Angaben nicht berücksichtigt werden müssten. Dies dürfte sich auf Angaben in anderen Zuschlagskriterien beziehen, da nur diese in den Konzept-Formblättern „*beziffert*“ sind. Die ASt meint hierzu in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2023, der Begriff „*Ziffer*“ beziehe sich auf die Referenzen der Leistungsbeschreibung, was nichts Anderes meint, als dass – wie es die ASt formuliert – mindestens all jene Ausführungen zu beachten seien, welche beim betreffenden Zuschlagskriterium verortet seien. Daraus aber den Schluss zu ziehen, dass die Konzeptangaben innerhalb desselben Zuschlagskriteriums unabhängig davon, zu welcher der Einzelfragen sie ergangen sind, von den Ag stets automatisch und ohne einen vom jeweiligen Bieter hergestellten konkretisierenden bzw. systematisierenden Bezug für den Bewertungsvorgang heranzuziehen seien, entspräche nicht der in den Erläuterungen zu den konzeptionellen Angaben in den Konzept-Formblättern zum Ausdruck kommenden Vorgabe. Daraus ergibt sich, dass bei der konzeptionellen Darlegung auf die zu den Zuschlagskriterien gehörenden Fragestellungen bei der Beantwortung der vorgegebenen Hauptaufgabe ausdrücklich „*im Detail eingegangen werden soll*“. Würden die Ag nach relevanten Kriterien an anderen Stellen suchen müssen, um diese ohne klare Inbezugnahme für die Bewertung heranzuziehen, wäre die Bewertung willkürlich und nicht gewährleistet, dass das Nachverhandlungsverbot einzuhalten wäre. Denn die Ag wäre gehalten, in jedem einzelnen Fall bei dem jeweils betroffenen Bieter aufzuklären, ob und inwieweit einzelne Konzeptteile unvollständig bzw. durch Ausführungen an anderer Stelle zu ergänzen wären. Daraus ergibt sich für die maßgebliche Perspektive eines objektiven fachkundigen Bieters, dass den jeweiligen Antworten eine eigenständige Relevanz zukommt, die den Bietern damit im Konzeptwettbewerb die Möglichkeit zu ausdifferenzierten Darlegungen geben soll.

Die von der ASt vorgeschlagene Vorgehensweise wäre mit dem von den Ag allen Bietern gleichermaßen klar vorgegebenen Maßstäben für die Konzepterstellung und -bewertung unvereinbar, da sie unter Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB keine gleichmäßige Bewertung ermöglichte bzw. unter Verstoß gegen § 56 Abs. 3 S. 1 VgV unzulässigen Nachbesserungen der jeweiligen Konzeptteile Vorschub leistete.

(c) Soweit die ASt in ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2023 (S. 5) darauf hinweist, die Ag habe fragenübergreifende Konzeptausführungen bei für die ASt negativen Bewertungen berücksichtigt, so bei den Bewertungen zu **[im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:]** [...] **[Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]**, woraus folge, dass sie dies nicht nur selektiv, sondern auf alle Kriterien anwenden müsse

und damit stets das gesamte Konzept im Blick behalten müsse, begründet dieses Vorgehen kein Indiz für ein beurteilungsfehlerhaftes Vorgehen der Ag, sondern hat jeweils einen nur verdeutlichenden Charakter, ohne dass die Passagen beurteilungsrelevant sind.

Die von der Ag benannte Bewertung zu [im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] [Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt] Die Ag begründen damit dort also, unter welchen Umständen eine überdurchschnittliche Bewertung denkbar gewesen wäre, ohne dass dies im Hinblick auf die dort im Übrigen festgestellte und begründete durchschnittliche Bewertung der ASt allerdings geboten gewesen wäre. Die Erwägungen der Ag sind an dieser Stelle damit keine relevante Beurteilungserwägung für die getroffene durchschnittliche Begründung.

Entsprechendes gilt für die von der ASt benannte Bewertung für [im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] [Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]

(d) Erst recht verbietet es sich nach dem von den Ag vorgegebenen Ansatz zur Konzeptbewertung, dass [im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] [Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt] Das Preisblatt bzw. darauf bezogene Angaben im Angebot sind aber bereits nicht Bestandteil des zu bewertenden qualitativen Konzepts, für das die Ag allen Bietern eine unmissverständliche Seitenzahlbegrenzung vorgegeben hatte, die auch die ASt rügelos akzeptiert hat. [Im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:] [...] [Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]

(2) Soweit die ASt zur Bewertung von konkreten Einzelkriterien/Einzelfragen vorträgt, dass die Bewertung beurteilungsfehlerhaft sei, weil die Ag insofern den relevanten Sachverhalt fehlerhaft ermittelt hätten, ist das Vorbringen unbegründet. Hinsichtlich der folgenden von der ASt im Einzelnen vorgetragenen Einzelbewertungen lassen sich keine entsprechenden Beurteilungsfehler feststellen:

[Im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:]

[...]

[Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt] [...]

[Im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:]

[...]

[Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]

(m) Soweit die ASt in ihrem Schriftsatz vom 12. Januar 2023 (S. 37) zu weiteren Wertungsfehlern infolge fehlerhafter Sachverhaltsermittlung pauschal auf die von ihr eingereichte Anlage AS20 verweist, entspricht diese nicht den Maßgaben des § 161 GWB für die Begründung des Nachprüfungsantrags. Die Tabelle enthält in der Sache nur Kommentierungen zahlreicher Passagen der Konzeptbewertungen der Ag. Auch die Überschrift der Anlage AS20 spricht nur von „*Kommentierung der Konzeptwertung durch [...]*“. Die für eine Begründung nach § 161 GWB gebotene Beschreibung von Rechtsverletzungen mit entsprechender Sachverhaltsdarstellung ist in dieser Anlage AS 20, anders als den expliziten schriftsätzlichen Darlegungen zu den insoweit vorgetragene Beurteilungsfehlern, nicht enthalten. Die Anlage AS20 hat daher in diesem Nachprüfungsverfahren außer Betracht zu bleiben.

(3) Soweit die ASt zu weiteren einzelnen Bewertungen die Anwendung eines fehlerhaften Bewertungsmaßstabs bemängelt, greifen diese Bedenken ebenfalls nicht durch.

[Im Folgenden Geschäftsgeheimnisse der ASt, die für die Bg im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB zu sperren sind:]

[...]

[Ende der Geschäftsgeheimnisse der ASt]

e) Der von der ASt ferner gerügte Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB liegt nicht vor. Die Ag hat die ASt im Informationsschreiben vom 9. Dezember 2022 ordnungsgemäß über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung des Angebots der ASt informiert, indem sie der ASt jeweils losweise ihre Platzierung und zu dem zuschlagsrelevanten Kombinationslos ferner detaillierte Angaben übermittelt hat. Bereits damit war die ASt in jedem Fall in der Lage, die Plausibilität der beabsichtigten und mitgeteilten Zuschlagsentscheidung und damit die Möglichkeit, Vergaberichtsschutz in Anspruch zu nehmen, zu überprüfen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1 und 2 i.V.m. Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 S. 1, 2 und 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG (Bund).

1. Die ASt trägt als unterliegender Verfahrensbeteiligter die nach § 182 Abs. 1, 2 GWB zu erhebenden Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) gemäß § 182 Abs. 3 S. 1 GWB sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag gemäß § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

2. Die Aufwendungen der Bg sind nach § 182 Abs. 4 S. 2 GWB erstattungsfähig, weil es der Billigkeit entspricht, sie der ASt aufzuerlegen. Die ASt hat durch ihren Nachprüfungsantrag den Ausschluss der Bg geltend gemacht und so einen direkten Interessengegensatz zur Bg begründet. Die Bg hat sich durch umfangreichen Sachvortrag gegen den Nachprüfungsantrag verteidigt und Anträge gestellt, so dass sie ein entsprechendes Kostenrisiko auf sich genommen hat, das es rechtfertigt, ihre Kosten der unterliegenden ASt aufzuerlegen.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag war notwendig, § 182 Abs. 4 S. 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG (Bund).

Die Entscheidung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts als Verfahrensbevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren bedarf einer einzelfallgerechten Betrachtung, abstellend auf den Zeitpunkt der Hinzuziehung (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; vgl. ferner OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. September 2022, VII-Verg 15/22). Die Notwendigkeit der Hinzuziehung hängt davon ab, ob der jeweilige Verfahrensbeteiligte nach den Umständen des Falles auch selbst in der Lage gewesen wäre, den Sachverhalt aufgrund der bekannten bzw. erkennbaren Tatsachen zu erfassen, der im Hinblick auf eine Missachtung von Bestimmungen über das Vergabeverfahren von Bedeutung ist, hieraus die für eine sinnvolle Rechtswahrung bzw. -verteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und das danach Gebotene gegenüber der Vergabekammer vorzubringen (BGH, a.a.O.; OLG Düsseldorf, a.a.O.). Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts kann daher insbesondere geboten sein, wenn sich im Nachprüfungsverfahren nicht einfachgelagerte Rechtsfragen stellen, insbesondere solcher verfahrensrechtlicher Natur oder solcher Art, die auf einer höheren Rechtsebene als der der Vergabeordnungen zu entscheiden sind (OLG Düsseldorf, a.a.O.).

Vor dem Hintergrund dieser Maßgaben kann die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag als notwendig anerkannt werden. Der Nachprüfungsantrag zeichnete sich durch komplexe

außervergaberechtliche Fragestellungen des Datenschutz- und des US-amerikanischen Sicherheitsrechts aus, ferner ergab sich aus Sicht der Ag nicht unplausibel die Notwendigkeit, die Einhaltung der Rügeobliegenheit bzw. der Antragsbefugnis der ASt substantiell zu erörtern, so dass Fragen des Nachprüfungsverfahrensrechts für die Reaktion auf den Nachprüfungsantrag bedeutsam waren. Schließlich tritt der Aspekt hinzu, dass es sich bei dem zugrunde liegenden Vergabeverfahren um ein gesundheitspolitisch bedeutsames Beschaffungsvorhaben [...]handelt, das in der grundsätzlich auf fünf Wochen begrenzten Dauer des Nachprüfungsverfahrens konzentriert und umfangreich aufzuarbeiten war. Die von den Ag hierfür herangezogenen Verfahrensbevollmächtigten dienten ihnen bereits im Vergabeverfahren als vergaberechtliche Berater, was es als zweckmäßig erscheinen ließ, diese auch mit der Verteidigung der Vergabeentscheidung der Ag im Nachprüfungsverfahren zu betrauen. Sekundierend ist zugunsten der Ag der Aspekt der Waffengleichheit heranzuziehen, da auch die ASt rechtsanwaltlich vertreten war.

4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg war ebenfalls notwendig, § 182 Abs. 4 S. 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG (Bund). Von einem durchschnittlichen Bieterunternehmen wie der Bg kann nicht erwartet werden, die hier gegebenen komplexen vergaberechtlichen und insbesondere die nachprüfungsverfahrensrechtlichen sowie datenschutzrechtlichen Fragestellungen im Nachprüfungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe aufzuarbeiten. Hinzu tritt zugunsten der Bg der Aspekt der Waffengleichheit im Hinblick auf die im Nachprüfungsverfahren ebenfalls rechtsanwaltlich vertretene ASt.

IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung

als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung