

**VK 2 – 02/06**

2. Februar 2006

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen des Beschaffungsvorgangs „deNIS II plus“ hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Burchardi, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Sturhahn und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau Naukkarinen am 2. Februar 2006 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.

...

2. Die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war nicht erforderlich.

### Gründe

#### A.

Die Antragsgegnerin (Ag) beabsichtigt, den Auftrag für die Erstellung, Lieferung und Wartung des Datenverarbeitungsprogramms „... Notfallvorsorge-Informationssystem deNIS II plus“ ohne vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens an die Firma P. zu vergeben. Vergabestelle (VSt) ist das Beschaffungsamts des ..., Bedarfsträger das ... (B). Bei deNIS II plus handelt es sich um einen Erweiterungs- und Wartungsauftrag für die Katastrophenschutzsoftware deNIS II, die von der P. für die Ag entwickelt wurde. Gegenstand des Software-Projektes deNIS II ist der Aufbau eines Informationssystems, mit dem bei außergewöhnlichen und großflächigen Gefahren- und Schadenslagen die mit dem Krisenmanagement befaßten Behörden vernetzt und bei der Arbeit unterstützt werden sollen. DeNIS II dient der oberen und obersten Verwaltungsebene im Bereich des Bundes und der Länder zur Beurteilung der Lage und zur Feststellung, welche Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung eingeleitet werden müssen, sowie zur Klärung der Frage, ob hierfür weitere Ressourcen aus benachbarten Bundesländern, vom Bund oder aus dem Ausland anzufordern sind. Innerhalb des BBK ist der Fachbereich deNIS als sicherheitsempfindlich im Sinne des vorbeugenden personellen Sabotageschutzes eingestuft. Die Mitarbeiter des Fachbereichs sind, soweit sie dort operative Aufgaben übernehmen, sicherheitsüberprüft oder ihre Sicherheitsüberprüfung ist zumindest eingeleitet. Die Server, auf denen deNIS II plus installiert werden soll, sind in einem Hochsicherheitszentrum untergebracht, das gegen unberechtigten Zugang geschützt ist. Der Zugang zu der Software, den Programmen und Daten der mit dem System deNIS II befaßten Organisationseinheit ist paßwortgeschützt.

Der Auftrag zum Ausbau des Systems deNIS II zu deNIS II plus hat insbesondere funktionale Erweiterungen im Bereich des Datenaustausches, der dezentralen Datenhaltung und -erfassung sowie die Vorgabe von standardisierten Symbolen für die Lageerfassung und -darstellung zum Inhalt. Hierdurch sollen die Aktualität des Datenbestandes erhöht und eine Verzahnung der unterschiedlichen Katastrophenbekämpfungsinstanzen auf Länder- und Bundesebene ermöglicht

werden. Gegenstand des Auftrages ist überdies die Installation der für das ausgebaute System erforderlichen neuen Datenbank- und sonstigen Komponenten und die Wartung der Software. Der geschätzte Auftragswert beträgt etwa ... €

Nachdem die Antragstellerin (ASt), ein u.a. auf die Entwicklung von Softwareprodukten im Bereich des Katastrophenschutzes spezialisiertes Unternehmen, von der beabsichtigten Auftragsvergabe für das Projekt deNIS II plus erfahren hatte, wandte sie sich zunächst in der 50. Kalenderwoche 2005 telefonisch, sodann am 21. Dezember 2005 schriftlich an die Ag und bekundete ihr Interesse an dem Auftrag. Am 22. Dezember 2005 wurde ihr durch einen Mitarbeiter der Ag telefonisch mitgeteilt, der Auftrag für das Projekt deNIS II plus sei der P. bereits erteilt worden. Daraufhin rügte die ASt mit Schreiben vom 23. Dezember 2005 die Direktvergabe an die P. und das Unterlassen eines Vergabeverfahrens.

Die VSt meldete sich mit Schreiben vom 27. Dezember 2005 als zuständige Ansprechpartnerin und nahm mit Schreiben vom 2. Januar 2006 inhaltlich zu der Rüge Stellung. Sie stellte klar, daß der Auftrag noch nicht vergeben worden sei; eine Zuschlagserteilung werde nicht vor dem 17. Januar 2006 erfolgen. Der Rüge werde nicht abgeholfen, da eine freihändige Vergabe aus Geheimschutzgründen gerechtfertigt sei und die Durchführung des Auftrages besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordere. Die Mitarbeiter des Auftragnehmers erhielten zumindest im Rahmen der vorgesehenen Wartung Zugriff auf geheimhaltungsbedürftige Daten. Das B. sei als lebenswichtige Einrichtung für die Belange der Bundesrepublik eingestuft. Ein sabotagebedingter Ausfall hätte zur Folge, daß die Fähigkeit des B., im Katastrophenfall die verschiedenen Maßnahmenträger zu koordinieren und zu verzahnen, erheblich beeinträchtigt würde. Deshalb müßten die mit der Durchführung des Auftrags betrauten Mitarbeiter sicherheitsüberprüft sein. Ferner sei die Ausführung des Auftrags derart eng mit dem Basisauftrag für deNIS II verknüpft, daß im Rahmen einer Ausschreibung unter Wettbewerbsbedingungen den Bietern sämtliche kalkulationsrelevanten Dokumente der Software deNIS II zur Verfügung gestellt werden müßten, z.B. das Sicherheitskonzept. Hierdurch würde sich der Kreis der Kenntnisträger in nicht akzeptabler Weise vergrößern, was unannehmbare Sicherheitsrisiken zur Folge hätte.

Nachdem die VSt am 5. Januar 2006 eine Schutzschrift an die Vergabekammer des Bundes gerichtet hatte, die dort am 6. Januar 2006 eingegangen ist, informierte die VSt die ASt mit Schreiben vom 6. Januar 2006 darüber, daß sich die Ag entschlossen habe, mit der Auftragserteilung

nicht mehr bis zum 17. Januar 2006 zu warten, sondern den Zuschlag bereits am 11. Januar 2006 zu erteilen.

Die ASt rügte daraufhin mit Schreiben vom 9. Januar 2006 nochmals die beabsichtigte freihändige Auftragsvergabe und kündigte einen Nachprüfungsantrag an.

Am 10. Januar 2006 hat die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes eingereicht, den diese am selben Tag zugestellt hat.

Die ASt vertritt die Auffassung, ein Ausnahmefall i.S.d. § 100 Abs. 2 Buchst. d GWB liege nicht vor. Es fehle an einer überzeugenden Darlegung der Antragsgegnerin, daß Gründe der staatlichen Sicherheit es geböten, von einem Vergabeverfahren nach dem 2. Abschnitt der VOL/A abzugehen. Zur Abwägung der Sicherheitsbelange gegen die Interessen der Bieter sei der Auftraggeber stets gehalten, wenn er einen Ausnahmefall nach § 100 Abs. 2 Buchst. d GWB annehmen wolle. Der Auftraggeber habe auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit staatlichen Handelns zu beachten. Die von der Ag angegebenen Gründe für die Nichtanwendung des vierten Teils des GWB ließen dagegen nicht ersehen, daß die Ag vor der Entscheidung, auf ein Vergabeverfahren zu verzichten, die weniger einschränkenden Möglichkeiten erwogen habe, ein Nichtoffenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Vergabebekanntmachung durchzuführen. Auch diese Verfahren böten hinlängliche Möglichkeiten für den Geheimschutz und den Schutz von Sicherheitsinteressen. Daß im Falle der Ausschreibung des Auftrages eine konkrete Gefährdungslage einträte, sei nicht dargetan. Ihre Sicherheitsinteressen könne die Ag dadurch wahren, daß sie im Rahmen einer Ausschreibung als Eignungsvoraussetzung festlege, die Mitarbeiter des Auftragnehmers müßten sicherheitsüberprüft sein.

Im übrigen gebe es heute personenunabhängige technische Möglichkeiten, geheimhaltungsbedürftige Daten vor unbefugtem Zugriff zu schützen, insbesondere durch die Verschlüsselung der Datenbestände. DeNIS II plus stelle keine bloße Weiterentwicklung von deNIS II dar, vielmehr handele es sich wegen des Austausches wesentlicher Systemkomponenten um ein neues System. Ein Bieter bedürfe daher nicht des deNIS II-Quellcodes, sondern es genüge eine Schnittstellenbeschreibung, um die Weiterverwendung der deNIS II-Datenbank zu ermöglichen. Das Sicherheitskonzept brauche den Bietern ebenfalls nicht zur Verfügung gestellt zu werden, weil es wegen der veränderten Technologie ohnehin neu zu entwickeln sei.

Nach dem seitens der Vergabekammer am 11. Januar 2006 mit Übersendung der Schutzschrift erteilten Hinweis, sie neige vorläufig dazu, den Nachprüfungsantrag im Hinblick auf § 100 Abs. 2 Buchst. d als unzulässig anzusehen und erwäge deshalb, gemäß § 112 Abs. 1 S. 3 GWB ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten zu entscheiden, ergänzt und vertieft die ASt ihren Vortrag mit Schriftsätzen vom 13., 17., 23., 24., 25. und 27. Januar 2006. Insbesondere tritt sie der Behauptung der Ag entgegen, potentiellen Anbietern für das neue System müßten kalkulationsrelevante Einzelheiten der Leistungsbeschreibung, wie z.B. Systemarchitektur, technisches Feinkonzept sowie das Sicherheitskonzept vorgelegt werden. Die fachlichen Anforderungen an das System beschreibe ein Auftraggeber im Rahmen eines Softwarerealisierungsauftrages der hier vorliegenden Größenordnung typischerweise funktional. Dies gelte auch für die Sicherheitsanforderungen. Die funktional zu beschreibenden fachlichen Anforderungen enthielten keine geheimhaltungsbedürftigen Informationen. Es handele sich lediglich um eine Konkretisierung des Aufgabenbereichs des B.; dieser könne im Internetauftritt des B. von jedermann eingesehen werden. Die fachlichen Anforderungen an deNIS II plus seien im Internet ebenfalls detailliert dargestellt. Das technische Feinkonzept, die Systemarchitektur und der technische Teil des Sicherheitskonzeptes würden aufgrund der funktionalen Anforderungen vom Auftragnehmer entwickelt, müßten den Bietern also keineswegs vorab bekanntgegeben werden.

Unerwünschte Einblicke des Auftragnehmers in sicherheitsrelevante Daten und Strukturen seien auch im Rahmen der Wartung und Systemadministration durch den Auftragnehmer nicht zwangsläufig, sondern könnten durch geeignete softwaretechnische Maßnahmen (Verschlüsselung etwa mittels des Produktes ZooM) und organisatorische Vorkehrungen verhindert werden. Zu letzteren gehöre die gängige Praxis, Entwicklungsrechner beim Softwareentwickler und Testrechner beim Kunden vom Produktions- (=Wirk-) System getrennt zu halten. Änderungen und Fehlerbehebungen müsse der Auftragnehmer dabei auf dem Testsystem zur Verfügung stellen; der abschließende Systemtest und die Übernahme auf das Wirksystem lägen dann im Aufgabenbereich des Auftraggebers. Insgesamt seien daher keine besonderen Sicherheitsmaßnahmen erforderlich. Für eine Sicherheitsüberprüfung der Mitarbeiter des Auftragnehmers bestehe demnach kein Erfordernis. Überdies fehle es hierfür an einer Rechtsgrundlage, da § 1 Abs. 4 SÜG sich nur auf Personen beziehe, die bei einer lebens- oder verteidigungswichtigen Einrichtung „beschäftigt“ seien, was nur auf dort Angestellte zutrefte, nicht aber auf externe Personen, die aufgrund gesonderter Auftragsverhältnisse tätig werden. Unabhängig davon verfüge die ASt

über zahlreiche sicherheitsüberprüfte Mitarbeiter, die sie für den in Rede stehenden Auftrag einsetzen könne.

Der Gefahr einer vorsätzlichen Fehlprogrammierung der Software durch einen Auftragnehmer könne auch durch eine Sicherheitsüberprüfung von dessen Mitarbeitern nicht wirksam begegnet werden. Vielmehr sei hierfür eine entsprechende Qualitätssicherung seitens des Auftraggebers durch Überprüfung des Quellcodes der Software erforderlich.

Hinsichtlich des von der Ag mit der Schutzschrift vom 5. Januar 2006 sowie Schriftsatz vom 13. Januar 2006 gestellten, am 1. Februar 2006 zurückgenommenen Antrags auf Gestattung des Zuschlags nach § 115 Abs. 2 S. 1 GWB verweist die ASt darauf, daß ein Auftraggeber die Dauer eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens einzukalkulieren habe. Der im vorliegenden Fall seitens der AG mit der bevorstehenden Fußballweltmeisterschaft begründete Zeitdruck sei von der Ag selbst zu vertreten; die Austragung der WM sei seit dem Jahr 2000 bekannt, der Beschaffungsbedarf bezüglich deNIS II plus seit mindestens einem Jahr. Im übrigen sei es unrealistisch, zu erwarten, deNIs II plus könne noch rechtzeitig bis zur WM zur Verfügung stehen.

Die ASt beantragt:

1. Die Ag wird verpflichtet, den Auftrag zur Erstellung und Lieferung des „deutschen Notfallvorsorgeinformationssystems deNIS II plus“ im Wege eines Vergabeverfahrens nach den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB, der Vergabeverordnung und des zweiten Abschnitts der VOL/A auszuschreiben und der Antragstellerin hierbei die Möglichkeit der Abgabe eines Angebotes bzw. eines Teilnahmeantrages einzuräumen;
2. die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens;
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Die ASt beantragt zudem,

ihr Einsichtnahme in die Vergabeakten gemäß § 111 GWB zu gewähren, sobald diese bei der Vergabekammer eingegangen sind.

Ferner beantragt die ASt,

den Antrag der Antragsgegnerin auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags nach § 115 Abs. 2 S. 1 GWB zurückzuweisen.

Mit Schriftsatz vom 25. Januar 2005 beantragt die ASt darüber hinaus hilfsweise sinngemäß,

die Ag zumindest dazu zu verpflichten, den streitgegenständlichen Auftrag im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung nach § 3 Nr. 3 lit. d VOL/A auszuschreiben.

Die Ag hat mit ihrer Schutzschrift vom 5. Januar 2006 für den Fall des Einreichens eines Nachprüfungsantrags durch die ASt beantragt:

1. Den Nachprüfungsantrag wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nicht zuzustellen (§ 110 Abs. 2 GWB);
2. hilfsweise, für den Fall der Zustellung des Nachprüfungsantrags, die Voraberteilung des Zuschlags zu gestatten (§ 115 Abs. 2 GWB);
3. hilfsweise, den Nachprüfungsantrag wegen Unzulässigkeit zu verwerfen;
4. hilfsweise, den Nachprüfungsantrag wegen Unbegründetheit zurückzuweisen;
5. der mutmaßlichen ASt sämtliche Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Mit Schriftsatz vom 13. Januar 2006 beantragt die Ag unter Bezugnahme auf die Schutzschrift,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Den ebenfalls mit Schriftsatz vom 13. Januar 2006 gestellten weiteren Antrag,

ihr zu gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen,

hat die ASt mit Schriftsatz vom 1. Februar 2006 zurückgenommen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag gemäß § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB unzulässig. Nach dem SÜG und der SÜFV sei eine Sicherheitsüberprüfung der mit der Ausführung des Auftrags befaßten Personen erforderlich. Der einschlägige § 1 Abs. 4 SÜG erfasse nicht nur die Angestellten der lebenswichtigen Einrichtung, sondern erstrecke sich auch auf externe Dritte, die Zugang zu der Einrichtung haben. Die mit der Entwicklung von deNIS II plus

befähigten Mitarbeiter des Auftragnehmers müßten Zugang zu den Servern erhalten. Ein Zugriff auf das Wirksystem könne insbesondere bei der Ermittlung von Fehlern erforderlich sein. Es komme durchaus vor, daß Fehler nur auf einem System, z.B. dem Wirksystem, aufträten, während sie auf einem anderen System, beispielsweise dem Testsystem, unterblieben. Ursächlich hierfür könnten u.a. geringe Abweichungen bei der Softwarekonfiguration oder marginale Unterschiede bei der Hardware sein. Auch beim Auftreten von Fehlern auf dem Wirksystem im Einsatz- oder Übungsfall könne es erforderlich sein, daß der Auftragnehmer den Fehler unmittelbar auf dem Wirksystem beseitige. Die Mitarbeiter des Auftragnehmers erhielten überdies Zugang zur Software bzw. programmierten diese. Einer Fehlprogrammierung der Software könne die Ag bei einer so aufwendigen und komplexen Software wie deNIS II plus nicht wirksam durch die Kontrolle des Quellcodes begegnen. Dem Auftragnehmer sei demnach die Beeinträchtigung des Notfallinformationssystems und somit eine erhebliche Gefährdung der in § 1 Abs. 5 SÜG genannten Schutzgüter möglich. Da Sicherheitsüberprüfungen nach dem SÜG erforderlich seien und besondere Sicherheitsmaßnahmen im Sinne des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB bildeten, sei der Anwendungsbereich des vierten Buches des GWB nicht eröffnet. Dies gelte unabhängig davon, ob eine beschränkte Ausschreibung möglich wäre oder nicht.

In ihrer Schutzschrift vertritt die ASt darüber hinaus die Ansicht, auch die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 3. Var. GWB seien erfüllt. Die Software deNIS II plus sei hochgradig sicherheitsrelevant. Insbesondere vor dem Hintergrund der anstehenden Fußballweltmeisterschaft liege ein beträchtliches gesamtstaatliches Sicherheitsinteresse vor, das angesichts der potentiell betroffenen Schutzgüter – Leib und Leben von Menschen – den Interessen potentieller Bieter an der Durchführung eines vergaberechtlichen Wettbewerbs vorgehe. Eine Offenlegung von Einzelheiten der Leistungsbeschreibung, wie z.B. der Systemarchitektur, des technischen Feinkonzepts und des Sicherheitskonzeptes, für einen breiteren Bieterkreis würde das Risiko unbefugter Kenntnisnahme über das für die Sicherheitsbehörden beherrschbare Maß hinaus steigern.

Hinsichtlich des – inzwischen zurückgenommenen – Gestattungsantrags nach § 115 Abs. 2 S. 1 GWB hat die Ag auf die besondere Dringlichkeit der - aus ihrer Sicht bei rascher Beauftragung der P. noch realistischen - Fertigstellung von deNIS II plus bis zum Beginn der Fußballweltmeisterschaft und die Relevanz des Systems für den effektiven Schutz der Bevölkerung abgestellt. Eine raschere Vergabe des Auftrags sei nicht möglich gewesen, da die vorgezogene Bundes-

tagswahl zu Verzögerungen geführt und eine Einigung zwischen Bund und Ländern über die Tragung der Kosten für die Einführung von deNIS II plus sich schwierig gestaltet habe.

Der ASt wurde unter Beachtung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen teilweise Einsicht in die Vergabeakten gewährt.

Im Gegensatz zur ASt hat die Ag auf eine mündliche Verhandlung verzichtet. Die Vergabekammer hat von der gemäß § 112 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht, ohne mündliche Verhandlung nach Lage der Akten zu entscheiden, da von einer mündlichen Verhandlung keine neuen Erkenntnisse zu den entscheidungserheblichen Fragen zu erwarten waren.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

## **B.**

Der Nachprüfungsantrag ist nicht statthaft.

- I.** Der Statthaftigkeit des Antrages steht nicht entgegen, daß sich die ASt gegen eine bevorstehende de-facto-Vergabe wendet, die Ag also von einem förmlichen Vergabeverfahren abgesehen hat. Zulässiger Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens kann auch und gerade sein, daß die Vergabestelle eine Ausschreibung rechtswidrig unterläßt. Für das Vorliegen eines Vergabevorgangs ist dabei ein materielles Verständnis maßgeblich. Eine überprüfbare Vergabe ist bereits dann zu bejahen, wenn die Vergabestelle – wie dies hier der Fall ist – erkennbare organisatorische Schritte zur Deckung eines Beschaffungsbedarfs vornimmt und dabei die Schwelle bloßer Markterkundung und –beobachtung deutlich überschreitet (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 14.2.2001 – Verg 13/00 und v. 20.6.2001 – Verg 3/01; s. auch Noch in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 2. Aufl. 2005, § 102 Rz. 759 m.w.N.).

**II.** Der Antrag ist jedoch deswegen unstatthaft, weil der streitgegenständliche Vergabevergang die Voraussetzungen des § 100 Abs. 2 lit. d, 2. Var. GWB erfüllt. Nach dieser Vorschrift, die Art. 4 Abs. 2, 2. Var. der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge entspricht, gilt der vierte Teil des GWB nicht für Aufträge, deren Ausführung nach den Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Bundesrepublik Deutschland besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert. Dies ist hier der Fall. Die Ausführung des Auftrags macht die besondere Sicherheitsmaßnahme einer Sicherheitsüberprüfung der mit den Auftrag befaßten Mitarbeiter des Auftragnehmers nach dem SÜG erforderlich, da diese an einer sicherheitsempfindlichen Stelle innerhalb einer lebenswichtigen Einrichtung beschäftigt werden.

1. Dass eine solche Sicherheitsüberprüfung eine besondere Sicherheitsmaßnahme im Sinne des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB darstellt, ist in der Praxis der Vergabekammern und –senate zu Recht anerkannt (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2004 – Verg 101/04; Beschl. v. 30.3.2005 – VII Verg. 101/04, jeweils für den Fall der Sicherheitsüberprüfung nach § 10 SÜG; KG, Beschl. v. 19.6.2001 – Kart Verg 1/99; VK Bund, Beschl. v. 18.11.2003 – VK 2 – 110/03; Beschl. v. 14.7.2005 – VK 3 – 55/05; VK Brandenburg, Beschl. v. 22.3.2004 – VK 6/04; vgl. auch - zu Art. 4 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG - EuGH, Urt. v. 16.10.2003, Rs. 252/01 – „Luftfotografie“ für eine militärische Sicherheitsbescheinigung).
2. Die Erforderlichkeit der Sicherheitsüberprüfung der Mitarbeiter der Auftragnehmerin ergibt sich für den streitgegenständlichen Auftrag aus § 1 Abs. 4, 5 SÜG i.V.m. § 34 SÜG und § 6 S. 2 SÜFV. Nach der letztgenannten Vorschrift ist das B. eine lebenswichtige Einrichtung i.S.d. § 1 Abs. 4 SÜG. An der Rechtmäßigkeit dieser Einstufung des B. bestehen keine Zweifel. Es steht außer Frage, daß ein funktionierender Katastrophenschutz für das Gemeinwesen unverzichtbar ist, seine Beeinträchtigung somit die in § 1 Abs. 5 SÜG genannten Belange erheblich gefährden würde.
3. Dass das Projekt deNIS II plus innerhalb der lebenswichtigen Einrichtung B. eine sicherheitsempfindliche Stelle bildet, hat die Ag überzeugend dargetan. Bei einer sicherheitsempfindlichen Stelle handelt es sich nach der Legaldefinition des § 1 Abs. 5 S. 3 SÜG um die kleinste selbständig handelnde Organisationseinheit innerhalb einer le-

benswichtigen Einrichtung, die vor unberechtigtem Zugang geschützt ist und von der im Falle der Beeinträchtigung eine erhebliche Gefahr für die in § 1 Abs. 5 S. 1 Nr. 1 und 2 genannten Schutzgüter ausgeht.

Eine verbesserte Koordinierung und Verzahnung der Katastrophenschutzbehörden von Bund und Ländern, wie sie die zu entwickelnde Software ermöglichen soll, schafft die Voraussetzung für eine effektive Gefahrenabwehr im Falle großflächiger, schwerer Gefährdungslagen. Die Vereitelung dieses Zwecks hätte daher erhebliche Gefahren für die Gesundheit und das Leben großer Teile der Bevölkerung zur Folge; ein Versagen des Katastrophenschutzes würde zudem voraussichtlich große Unruhe in weiten Teilen der Bevölkerung hervorrufen und auf diese Weise Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung begründen. Zudem sind die im Bereich deNIS II/II plus vorhandenen Informationen insbesondere über Einsatzmittel und –strategien nicht nur von erheblicher Bedeutung für die Gefahrenabwehr, sondern könnten, sofern sie in die Hände Unbefugter gerieten und von diesen ausgenutzt würden, auch zu wesentlichen Schäden führen. Hierdurch würden ebenfalls die Schutzgüter des § 1 Abs. 5 S. 1 SÜG berührt.

Die Server, auf denen deNIS II plus installiert werden soll, sind unstreitig in einem gegen unbefugten Zutritt geschützten Hochsicherheitszentrum untergebracht, der Zugang zu der zu programmierenden Software, den Programmen und Datenbanken des Bereichs deNIS II/II plus ist durch Paßworte beschränkt. Eine Zugangsberechtigung zu dem Bereich deNIS II/II plus haben nur Mitarbeiter, die über eine Sicherheitsüberprüfung verfügen. Sowohl hinsichtlich seiner Sicherheitsrelevanz als auch im Hinblick auf die Verwehrung des Zugangs gegenüber Unbefugten weist der Bereich deNIS II/II plus somit die Merkmale einer sicherheitsempfindlichen Stelle auf.

4. Die Mitarbeiter des Auftragnehmers für das Projekt deNIS II plus unterfallen entgegen der Ansicht der ASt auch dem persönlichen Anwendungsbereich des § 1 Abs. 4 SÜG. Danach übt eine sicherheitsempfindliche Tätigkeit aus, wer „an“ einer sicherheitsempfindlichen Stelle innerhalb einer lebenswichtigen Einrichtung „beschäftigt“ ist. Die ASt folgert zu Unrecht aus dieser Formulierung, daß nur die durch ein dauerhaftes Dienst- oder Arbeitsverhältnis mit der Einrichtung verbundenen Personen – Arbeiter, Angestellte oder Beamte der Einrichtung – erfaßt sein sollen. Damit mißt sie der fraglichen Wen-

derung einen spezifischen, feststehenden Gehalt bei, der ihr tatsächlich nicht zukommt. Sowohl im allgemeinen als auch im juristischen Sprachgebrauch kann als an einer bestimmten Stelle beschäftigt auch derjenige angesehen werden, der dort nicht als Arbeitnehmer, sondern als Auftragnehmer tätig ist. Mit dem Sinn der Vorschrift, einen vorbeugenden personellen Sabotageschutz zu gewährleisten, wäre es unvereinbar, die an der sicherheitsempfindlichen Stelle tätigen Externen vom Anwendungsbereich des § 1 Abs. 4 SÜG auszunehmen, da die Gefährdung der Einrichtung nicht davon abhängt, in welcher Funktion jemand Zugriff auf den sicherheitsrelevanten Bereich hat. Die hier vertretene, mit dem Wortlaut der Vorschrift vereinbare und durch ihren Sinn gebotene (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2005 – VII Verg 101/04) Auslegung wird auch durch die Gesetzssystematik gestützt. So stellt § 2 Abs. 1 SÜG, der den betroffenen Personenkreis festlegt, ebenso wie § 1 Abs. 1 SÜG und § 3 Abs. 1 Nr. 5 SÜG darauf ab, ob jemand mit einer sicherheitsempfindlichen Tätigkeit betraut werden soll.

Die Mitarbeiter der Auftragnehmerin für das deNIS II plus-Projekt gehören zu diesem Personenkreis. Die Sicherheitsempfindlichkeit ihrer Tätigkeit folgt daraus, daß ihr Auftrag dazu dient, die Erfüllung der Kernaufgabe der sicherheitsempfindlichen Stelle zu ermöglichen und sie in Ausübung dieser Aufgabe Zugang zu dieser sicherheitsempfindlichen Stelle haben. Dies gilt nicht nur für die dort verwandte Software, sondern auch für die eingesetzte sowie die im Rahmen der Auftragserfüllung zu implementierende Hardware. Die Ag hat dargelegt, daß die Auftragnehmerin u.a. Zugriff auf die Server haben wird und hierfür auch eine Notwendigkeit bestehe. Die ASt ist diesem Vortrag mit dem Argument entgegengetreten, ein Zugriff auf das Wirksystem sei nicht erforderlich, vielmehr habe die Ag die Möglichkeit, der Auftragnehmerin lediglich den Zugriff auf das Entwicklungs- und das Testsystem zu gestatten und Arbeiten am Wirksystem nur selbst vorzunehmen. Der Auftraggeber kann jedoch nicht darauf verwiesen werden, sicherheitsrelevante Tätigkeiten wie den Zugriff auf das Wirksystem selbst auszuführen, um eine Sicherheitsrelevanz des Auftrages auszuschließen. Dies wäre eine unzulässige Beschneidung seines Rechts, den Inhalt und Umfang eines Auftrages festzulegen, zumal ihm regelmäßig die personellen Mittel und die Kenntnisse fehlen werden, die für die Verrichtung der ihm seitens der ASt angesonnenen Aufgabe erforderlich wären. Gerade hierin liegt schließlich der Grund dafür, den Auftrag an Externe zu vergeben. Im Übrigen ist bereits die Erstellung der Software für die Erfüllung der Aufgaben der sicher-

heitsempfindlichen Stelle derart bedeutsam, daß diese Tätigkeit – unabhängig von der Möglichkeit, auf die Server zuzugreifen - als sicherheitsempfindlich gewertet werden muß.

Die Sicherheitsüberprüfung der mit dem Projekt deNIS II plus befaßten Mitarbeiter der Auftragnehmerin ist nach alledem im vorliegenden Fall eine erforderliche besondere Sicherheitsmaßnahme im Sinne des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB.

5. Die mit dem SÜG getroffene Entscheidung des nationalen Gesetzgebers, unter den dort genannten Voraussetzungen an die Ausführung eines Auftrags besondere Sicherheitsanforderungen zu richten und die Auftragsvergabe damit im Ergebnis dem Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB zu entziehen, steht im Einklang mit dem europäischen Recht und ist zu akzeptieren (vgl. EuGH, Urteil v. 16.10.2003, Rs. C-252/01 „Luftfotografie“). Das Vorliegen der Voraussetzungen des SÜG ist seitens der Ag rechtsfehlerfrei geprüft worden. Einer weitergehenden Nachprüfung durch die Vergabekammer ist der Auftrag damit entzogen. Der ASt kann insbesondere nicht darin gefolgt werden, es müsse zusätzlich eine Abwägung zwischen den Sicherheitsinteressen des Auftraggebers und den Interessen des Bieters vorgenommen werden, die hier zugunsten der ASt ausfalle. Für eine solche Abwägung ist im vorliegenden Fall nach Wortlaut und Zweck des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB kein Raum. Im Gegensatz zur 3. Variante des § 100 Abs. 2 Buchst. d GWB, die eine Gewichtung der Interessen erfordert, ist für die hier in Rede stehende Konstellation des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB eine Abwägung zugunsten der Sicherheitsinteressen bereits durch den Gesetzgeber getroffen worden. Ob diesen Sicherheitsinteressen auch im Rahmen eines Nichtoffenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Vergabebekanntmachung genügt werden könnte, ist nicht Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens.

Etwas anderes mag allenfalls dann gelten, wenn die Notwendigkeit einer Sicherheitsüberprüfung nach dem SÜG lediglich aus der vom Auftraggeber getroffenen Entscheidung folgt, den Auftrag für geheim zu erklären, § 100 Abs. 2 Buchst. d, 1. Var. GWB. Eine solche individuelle Entscheidung des Auftraggebers, die erst die Voraussetzung dafür schafft, daß die Ausnahmenvorschriften des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 1. und 2. Var. GWB erfüllt sind, könnte einen der Abwägung des Auftraggebers und der Nachprü-

fungsinstanzen zugänglichen Gegenstand bilden. Im vorliegenden Fall fehlt es indes an einer solchen Entscheidung des Auftraggebers. Im übrigen hat auch das OLG Düsseldorf in den seitens der ASt zur Stützung ihrer Ansicht angeführten Entscheidungen nicht angenommen, die Möglichkeit, einen Teilnahmewettbewerb zu veranstalten, führe dazu, daß die Ausnahmegvorschrift des § 100 Abs. 2 Buchst. d, 2. Var. GWB nicht greife (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 20.12.2004 – Verg 101/04; Beschl. v. 30.3.2005 – VII Verg. 101/04).

Soweit gleichwohl zu fordern sein sollte, daß die geltend gemachten Sicherheitsbelange ein gewisses Gewicht aufweisen müssen (vgl. KG, Beschl. v. 19.6.2001 – Kart Verg 1/99, vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.3.2005 – VII Verg. 101/04), wäre diese Anforderung vorliegend ohne weiteres erfüllt, weil der Katastrophenschutz ein hohes Gewicht hat und wesentliche Sicherheitsbelange einer lebenswichtigen Einrichtung berührt sind.

Das Gebot europarechtskonformer Auslegung der Vergabevorschriften führt zu keinem anderen Ergebnis. Der EuGH hat für Art. 4 Abs. 2, 2. Var. der Dienstleistungsrichtlinie 92/50/EWG eine formale Betrachtung angestellt und keine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgenommen (vgl. EuGH, Urt. v. 16.10.2003, Rs. 252/01 – „Luftfotografie“). Eine von der ASt angeführte ältere EuGH-Entscheidung (vgl. EuGH, Urt. v. 28.3.1995 – Rs. C-324/93) ist für die vorliegende Frage schon deshalb unergiebig, weil sie die Richtlinie 77/62/EWG des Rates betraf. Deren Art. 6 Abs. 1 Buchst. g nahm den sicherheitsrelevanten Auftrag nicht vom Anwendungsbereich der Richtlinie aus, sondern sah lediglich vor, daß der Auftrag freihändig vergeben werden konnte. Insoweit ist die seinerzeit entschiedene Konstellation nicht mit dem vorliegenden Fall, sondern mit der Lage bei Vergaben nach § 3 Nr. 4 Buchst. g VOL/A vergleichbar.

- III.** Da der Nachprüfungsantrag unstatthaft ist, kann die Ag auch nicht, wie seitens der ASt mit Hilfsantrag vom 25. Januar 2005 begehrt, dazu zu verpflichtet werden, den streitgegenständlichen Auftrag im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung nach § 3 Nr. 3 lit. d VOL/A auszuschreiben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 und Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war nicht notwendig. Der Auftrag hat zwar wegen seiner Sicherheitsrelevanz und seines nicht geringen Volumens ein erhebliches Gewicht. Zudem machte die Ag ein großes Interesse an einer beschleunigten Abwicklung des Verfahrens geltend, die auch ihrerseits schnelle Reaktionen auf die gegnerischen Schriftsätze erforderte. Neben den nicht einfach gelagerten Streitfragen war zudem ein Antrag nach § 115 Abs. 2 GWB zu begründen. Gegen die Notwendigkeit, einen Verfahrensbevollmächtigten hinzuzuziehen, spricht jedoch entscheidend, daß die Begleitung von Vergabeverfahren einen Kernbereich der Aufgaben der VSt darstellt, diese selbst über vergaberechtlich spezialisierte Juristen verfügt und die im Nachprüfungsverfahren erheblichen Fragen bereits seit längerem geprüft hat. Die VSt war darüber hinaus in der Lage, eine Schutzschrift zu verfassen, in der die wesentlichen Fragestellungen bereits angesprochen wurden und in der bereits vorsorglich auch ein Gestattungsantrag nach § 115 Abs. 2 GWB gestellt und begründet wurde. Daher kann eine Notwendigkeit, sich eines externen Bevollmächtigten zu bedienen, im vorliegenden Fall nicht bejaht werden.

**D.**

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

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

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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