



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 39/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag für Dienstleistungen zur Entwicklung, Pflege und Unterstützung von [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Gerlach auf die mündliche Verhandlung vom 4. Juni 2014 am 24. Juni 2014 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag und der Antrag auf weitergehende Akteneinsicht in die Vergabeakte betreffend den Teilnahmewettbewerb sowie betreffend das Schreiben des Bundesministeriums des Innern vom 30. April 2014 werden zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Ag machte die beabsichtigte Vergabe eines „Rahmenvertrags für Dienstleistungen zur Entwicklung, Pflege und Unterstützung von [...], im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens mit vorangegangenem Teilnahmewettbewerb gemeinschaftsweit bekannt, [...]. Das streitgegenständliche Los 1 des in drei Lose gegliederten Auftrags beinhaltet die konzeptionelle und technische Weiterentwicklung und Verfahrenssicherheit für das Produkt [...] sowie die Betriebsunterstützung und den Support [...]. In allen Losen soll eine Rahmenvereinbarung mit je einem Unternehmen geschlossen werden. Die Laufzeit dieser Rahmenvereinbarungen soll jeweils vier Jahre betragen, zwei Mal verlängerbar durch eine Option um jeweils ein weiteres Jahr.

Zum Nachweis ihrer Zuverlässigkeit im Rahmen des vorgeschalteten Teilnahmewettbewerbs mussten die Bewerber gemäß Ziffer III.2.1) der Bekanntmachung bzw. Ziffer 3.2.1 des Begleitdokuments zum Teilnahmewettbewerb erklären,

„K 7.1 (...) dass er sich in der Geheimschutzbetreuung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie befindet oder dass er bereit ist, sein Unternehmen in die Geheimschutzbetreuung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aufzunehmen (...).

Stimmen Sie dieser Regelung zu?

(...)

K 7.2 Sollte die Sicherheitsüberprüfung einer oder mehrerer Personen des vom Unternehmen bestimmten Personenkreises vor der Leistungserbringung nicht erfolgreich verlaufen, so muss das Unternehmen andere Personen benennen, bei denen eine Sicherheitsüberprüfung durchgeführt wird. Sofern keine ausreichende

Zahl an sicherheitsüberprüften Mitarbeitern bereitgestellt werden kann, behält sich die Auftraggeberin vor, aus wichtigem Grund vom Vertrag zurückzutreten (...).

Stimmen Sie dieser Regelung zu?

(...)

K 7.3 Der Bewerber (...) erklärt, dass er das Einverständnis der im Rahmen des Auftrags eingesetzten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu einer Sicherheitsüberprüfung (Ü2) gemäß § 8 SÜG einholen wird.

Stimmen Sie dieser Regelung zu?

(...)“

Über diese als Ausschlusskriterien gekennzeichneten Erklärungen hinaus enthalten die Dokumente zum Teilnahmewettbewerb eine Eigenerklärung in Bezug auf die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue. Darin mussten die Bewerber (u.a.) versichern, in den vergangenen zwei Jahren nicht wegen der illegalen Beschäftigung von Arbeitskräften, der Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung, des Betrugs oder der Geldwäsche verurteilt worden zu sein, Sozialversicherungsbeiträge, Steuern und Abgaben ordnungsgemäß abzuführen, keine wettbewerbswidrigen Absprachen getroffen zu haben und sich nicht in Liquidation zu befinden. Darüber hinaus wurde den Bewerbern mitgeteilt, dass sie bei der Abgabe vorsätzlich unzutreffender Erklärungen in Bezug auf die Eignungsmerkmale von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden können. Weitere Anforderungen an die Zuverlässigkeit der Bewerber bzw. Bieter wurden in der Bekanntmachung, den Unterlagen zum Teilnahmewettbewerb bzw. den Vergabeunterlagen nicht aufgestellt.

Nach dem erfolgreichen Durchlaufen des Teilnahmewettbewerbs wurde (u.a.) die ASt am 11. November 2013 zur Abgabe eines Angebots aufgefordert.

In dem den Vergabeunterlagen beigefügten Vertragsentwurf findet sich unter § 9 eine Vertraulichkeitsklausel. Darin wird dem Auftragnehmer (u.a.) die Wahrung des Datengeheimnisses nach dem Datenschutzgesetz auferlegt (Abs. 1), die Verpflichtung der Mitarbeiter des Auftragnehmers auf das Datengeheimnis verlangt (Abs. 2 S. 1) und die Weitergabe von Informationen aus dem Vertragsverhältnis an Dritte untersagt (Abs. 3).

Nach den von der Ag bekannt gemachten Wertungskriterien werden zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots für Los 1 alle Angebote hinsichtlich der erreichten

Leistungspunkte und der angegebenen Preise gegenübergestellt. Es wird dabei nach der einfachen Richtwertmethode gemäß UfAB V Version 2.0 verfahren, wonach für die jeweiligen Angebote ein Quotient aus Leistung (Addition der erreichten Leistungspunkte) und Preis (Addition der Angebotsbewertungspreise) gebildet wird. Die Kennzahl der Wirtschaftlichkeit (Z) für das Preis-Leistungs-Verhältnis ergibt sich somit aus $Z = L/P$, wobei L die Gesamtsumme der Leistungspunkte (Leistungskennzahl) und P den Gesamtpreis (Euro) des Angebots (Preiskennzahl) repräsentiert. Den Zuschlag erhält das Angebot mit der höchsten Kennzahl Z.

Die qualitative Leistungskennzahl der Angebote wird anhand einer Bewertungsmatrix (vgl. Anhang 15.1 Bewertungsmatrix zur Leistungsbewertung für Los 1) durch insgesamt 63 Kriterien ermittelt. Unterteilt sind diese (siehe dazu Ziff. 2.14, S. 18 ff. der Vergabeunterlage) nach Ausschlusskriterien (Typ A) und Bewertungskriterien (Typ B). Insgesamt hat die Ag für Los 1 17 Ausschluss- und 46 Bewertungskriterien, aufgeteilt in die folgenden 11 Kriteriengruppen, aufgestellt:

„Kriteriengruppe 1 „Projektmanagement“

7 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunkte 14.000;

Kriteriengruppe 2 „Know-how-Transfer“

4 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunkte 4.000;

Kriteriengruppe 3 „Erstellung von Konzepten“

3 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunkte 10.000;

Kriteriengruppe 4 „Software-Entwicklung“

4 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunkte 15.000;

Kriteriengruppe 5 „[...]“

4 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunkte 4.000;

Kriteriengruppe 6 „Betriebsunterstützung/Support“

3 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunktzahl 10.000;

Kriteriengruppe 7 „Bereitstellung von Entwicklungs-/Testumgebung“

Keine Bewertungskriterien (nur Ausschlusskriterien);

Kriteriengruppe 8 „Dokumentation“

1 Bewertungskriterium, maximale Leistungspunktzahl 5.000;

Kriteriengruppe 9 „Konfigurations- und Versionsmanagement“

3 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunkte 10.000;

*Kriteriengruppe 10 „Qualitätssicherungs- und Testmanagement“
6 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunktzahl 14.000;*

*Kriteriengruppe 11 „Verfahrenssicherheit“
11 Bewertungskriterien, maximale Leistungspunktzahl 14.000.“*

Jedes Bewertungskriterium wird einzeln mit Punkten bewertet, die den Erfüllungsgrad der von der Ag aufgestellten Anforderungen widerspiegeln. Es werden bei der Bewertung jeweils 0 bis 10 Punkte je Kriterium vergeben und mit dem jeweils angegebenen Gewicht multipliziert. Für jedes Bewertungskriterium wird als allgemeiner Bewertungsmaßstab die Erwartungshaltung an die Zielerfüllungsgrade in der Bewertungsmatrix wie folgt beschrieben:

„0-3 Punkte = Geringer Zielerfüllungsgrad; die Darstellung ist nicht oder schlecht nachvollziehbar und/oder die aufgestellten Anforderungen werden nicht oder nur im geringen Maße erfüllt.

4-7 Punkte = Durchschnittlicher Zielerfüllungsgrad; die Darstellung ist grundsätzlich u.U. mit geringen Schwächen nachvollziehbar und die aufgestellten Anforderungen werden teilweise erfüllt; die Darstellung ist durchschnittlich nutzbar, um die aufgestellten Zielvorstellung zu erreichen bzw. zu fördern.

8-10 Punkte = Hoher Zielerfüllungsgrad; die Darstellung ist umfangreich, detailliert und uneingeschränkt nachvollziehbar und die aufgestellten Anforderungen werden vollumfänglich erfüllt; ggfs. enthält die Darstellung über die Anforderungen hinausgehende gewinnbringende Ansätze.“

Gemäß Absatz 2 der Ziffer 2.14.2 („Bewertungskriterien“) erhält ein Angebot

„die maximale Bewertung mit 10 Punkten bei einem Kriterium, wenn es die dort aufgestellten Anforderungen und Erwartungen vollumfänglich – gerade auch im Vergleich zu den anderen Angeboten erfüllt. Bei Abweichungen nach unten erfolgt eine geringere Bewertung entsprechend der Bewertungsskala bis hin zu 0 Punkten.“

Insgesamt lassen sich 100.000 Leistungspunkte als Maximalwert erzielen. Für den Zuschlag kommen nur Angebote in Betracht, die bei der Leistungsbewertung mindestens 60.000 Leistungspunkte erreicht haben.

Die Ag hat den Bietern eine Tabelle mit Erläuterungen für jedes einzelne Kriterium zur Verfügung gestellt. Diese enthalten zunächst eine Beschreibung der an das jeweilige Kriterium gestellten Anforderung; daneben enthält die Bewertungsmatrix in der Spalte „*Erwartungshaltung für das Erreichen der maximalen Punktzahl (10 Pkt.)*“ für jedes einzelne Bewertungskriterium gesondert eine konkretisierte Zielvorstellung der Ag in Bezug auf das jeweilige Kriterium.

Die von der ASt im Rahmen dieses Nachprüfungsverfahrens angegriffenen Kriterien lassen sich – jeweils unterteilt nach der Beschreibung des Kriteriums, der dazugehörigen Erwartungshaltung und der in Bezug auf das von der ASt am 23. Januar 2014 abgegebene Angebot angeführten Begründung für die getroffenen Bewertungen der Ag – wie folgt darstellen:

Kriterium 1.2 (projektspezifische Aufbauorganisation):

„Beschreibung

Bitte beschreiben Sie die von Ihnen für die Vertragsausführung vorgesehene projektspezifische Aufbauorganisation und begründen Sie diese. Ihre Organisation sollte sich an den gegebenen organisatorischen Rahmenbedingungen des Auftraggebers orientieren. Ihr Vorschlag sollte ferner eine effiziente und flexible Organisation widerspiegeln und dem Auftraggeber eine klare Struktur und eindeutige Verantwortungsaufteilung vermitteln. Stellen Sie die von Ihnen vorgesehene Projektstruktur, die Projektgremien sowie das erforderliche Abstimmungsverfahren dar. Skizzieren Sie hierbei auch die Schnittstellen zu den Projektinstanzen des Auftraggebers. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden detaillierte Angaben zur Projektorganisation, den Projektgremien und dem erforderlichen Abstimmungsverfahren gemacht. Grundlage ist die Projektmanagement-Methode [...]. Die organisatorischen Rahmenbedingungen des Auftraggebers werden umfassend berücksichtigt. Die Ausführungen sind schlüssig und lassen auf eine effiziente und flexible Projektorganisation schließen“.

Die Ag hat das Angebot der ASt mit folgender Begründung mit [...] Punkten bewertet:

[...].

Kriterium K 1.5 (Eskalationsmodell)

„Beschreibung:

„Sofern es z.B. zu Terminverzögerungen, Qualitätsmängeln, vertraglichem oder fachlichem Dissens zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer kommt, muss ein Eskalationsvorgehen greifen. Der Eskalationsprozess kann sowohl vom Auftraggeber als auch vom Auftragnehmer angestoßen werden.

Skizzieren Sie das von Ihnen vorgesehene Eskalationsmodell und definieren Sie die entsprechenden Eskalationsinstanzen sowohl beim Auftragnehmer als auch beim Auftraggeber.

Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es wird detailliert ein nachvollziehbares und schlüssiges projektspezifisches Eskalationsmodell mit den notwendigen Rollen und Verantwortlichkeiten vom Auftragnehmer inkl. den korrespondierenden Rollen und Ansprechpartnern auf Auftraggeber-Seite beschrieben.“

Die Ag führt in ihrer Bewertung des Angebots der ASt mit [...] an, das Eskalationsmodell sei

„[...]“

Kriterium K 1.9 (Change-Management-Request)

„Beschreibung:

Skizzieren Sie den von Ihnen für die Vertragsausführung vorgesehenen Change-Management-Prozess und definieren Sie die entsprechenden Rollen und Schnittstellen sowohl beim Auftragnehmer als auch beim Auftraggeber. Gehen Sie dabei auf die in Abschnitt 4.1.1.2 gemachten Angaben des Auftraggebers ein.

Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es wird ein detaillierter und für die Vertragsausführung nachvollziehbarer und schlüssiger Change-Management-Prozess mit den notwendigen Rollen und Verantwortlichkeiten vom AN inkl. den korrespondierenden Rollen und Ansprechpartnern auf AG-Seite beschrieben.“

Die Ag begründet die diesbezügliche Bewertung des Angebots [...] wie folgt:

"[...]"

Kriterium K 2.2 (Know-how-Transfer)

„Beschreibung:

Erläutern Sie, wie Sie während der Vertragslaufzeit den stetigen Know-how-Transfer in Richtung des Auftraggebers sicherstellen werden. Gehen Sie dabei auf Maßnahmen zur Wissensvermittlung, Rahmenbedingungen etc. ein. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal eine DIN A4-Seite inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es wird ein nachvollziehbares und ein für den Ausschreibungsgegenstand realistisches Vorgehen zum Know-how Transfer dargestellt. Eine reibungslose und effektive Wissensvermittlung scheint gewährleistet.“

Die Ag begründet hier die Vergabe von [...] an die ASt wie folgt:

"[...]"

Kriterium K 2.4 (Know-how-Transfer zum Vertragsende)

„Beschreibung

Beschreiben Sie aus Ihrer Sicht, wie der Know-how-Transfer zum Ende Ihres Vertrages gestaltet sein soll, um einen reibungslosen Übergang der Leistungserbringung und des erforderlichen Know-hows von Ihnen auf den neuen Dienstleister zu gewährleisten. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal eine DIN A4-Seite inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es wird eine nachvollziehbare Zeit- und Aktivitätenplanung für den Übergang des erforderlichen Know-hows an den neuen Auftragnehmer dargestellt. Ein reibungsloser und effektiver Übergang scheint gewährleistet“.

Für [...] zu Lasten der ASt liefert die Ag folgende Begründung:

"[...]"

Kriterium 3.2 (Konzepte zur Weiterentwicklung der [...] -Software)

„Beschreibung:

Bestandteil der Leistungen ist die Erstellung von Konzepten zur Weiterentwicklung der Software für das Verfahren [...].

Erläutern Sie Ihre für die Vertragsausführung geplante Struktur und Inhalte bei den Konzeptionen zur Weiterentwicklung der Software für das Verfahren [...].

Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seite inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Ausführungen zu Inhalten und Strukturen der fachlichen und technischen Konzepte zur Weiterentwicklung der Software für das Verfahren [...] gemacht.“

Die Ag begründet hier die Vergabe der Leistungspunkte ([...]) an die ASt wie folgt:

„[...]“

Kriterium K 4.2 (Anwendungsarchitektur)

„Beschreibung:

Beschreiben Sie Ihr für die Vertragsausführung geplantes Vorgehen und Ihre Werkzeuge für die Modellierung einer Anwendungsarchitektur. Gehen Sie insbesondere auf Aspekte ein, die aus Ihrer Sicht bei der Änderung einer bestehenden Architektur bedeutsam sind.

Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Angaben zum Vorgehen und den Werkzeugen für die Modellierung einer Anwendungsarchitektur gemacht. Die Ausführungen scheinen gut geeignet, die komplexe Architektur zu beherrschen.“

Die Ag führt in Bezug auf das Angebot der ASt ([...]) aus:

„[...]“

Kriterium K 4.4 (Änderung des Datenmodells)

„Beschreibung:

Beschreiben Sie, in welchen Schritten Sie Änderungen des Datenmodells durchführen. Erläutern Sie dabei den Modifikationsprozess einschließlich der Migration von Bestandsdaten in die modifizierte Datenbankstruktur. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Ausführungen zur Änderung des Datenmodells gemacht. Der Modifikationsprozess ist durchgängig und vollständig beschrieben. Zur Dokumentation des Datenmodells wird die ER-Modellierung verwendet“.

Zur Begründung der Bewertungspunktzahl des Angebots der ASt ([...]) führt die Ag an:

{...}“.

Kriterium K 4.5 (WebService-Schnittstellen)

„Beschreibung:

Beschreiben Sie Ihr Vorgehen bei der Spezifikation und Entwicklung von Webservice-Schnittstellen auf Basis von Java. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden detaillierte und konkrete Angaben zum Vorgehen bei der Spezifikation und Entwicklung von Webservice-Schnittstellen auf Basis von Java gemacht. Das Vorgehen scheint gut geeignet. Es wird auf die Besonderheiten der Sopera-Technologie eingegangen“.

Zur Begründung der Bewertung der Ausführungen der ASt ([...]) führt die Ag an:

{...}“.

Kriterium K 5.2 (Optimierung der Geschäftsprozesse)

„Beschreibung:

Beschreiben Sie, wie sich aus Ihrer Sicht eine Optimierung der Geschäftsprozesse im Personalwesen unter Einbezug der Nutzung der [...] erreichen lässt. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Angaben zur Optimierung der Geschäftsprozesse im Personalwesen unter Einbezug der Nutzung der [...] gemacht“.

Die Bewertung der ASt durch die Ag ([...]) lautet diesbezüglich wie folgt:

“[...]“.

Kriterium K 5.3 (datenschutzrechtliche Belange)

„Beschreibung:

Bereits im Rahmen des Designs der [...] müssen datenschutzrechtliche Belange beachtet werden. Erläutern Sie Ihren für die Vertragsausführung vorgesehenen Lösungsansatz dieser Thematik in Bezug auf Design, Erstellung und Pflege der [...]. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Angaben zu Design, Erstellung und Pflege der [...] hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Belange gemacht. Die relevanten Regelungen des [...] sind umfassend berücksichtigt“.

Zur Begründung der Punktvergabe zugunsten der ASt ([...]) führt die Ag aus:

“[...]“.

Kriterium 5.4 (Herausforderung der Umsetzung der [...])

„Beschreibung:

*Welche besonderen Herausforderungen sehen Sie bei Umsetzung der [...] für die öffentliche Verwaltung?
Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.*

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Angaben zu den Herausforderungen bei Umsetzung der [...] für die öffentliche Verwaltung gemacht. Es werden sowohl fachliche, technische und rechtliche Fragestellungen erläutert.“

Die Ag begründet hier die Vergabe von [...] an die ASt wie folgt:

"[...]".

Kriterium K 6.2 (Störungs- und Unterstützungsannahme)

„Beschreibung:

Wie werden Sie die in Abschnitt 4.1.6 der Leistungsbeschreibung beschriebenen Anforderungen umsetzen? Beschreiben Sie die Struktur der Störungs- und Unterstützungsanforderungsannahme und des Ereignismanagements, welches Sie umsetzen werden. Gehen Sie dabei auf die Dokumentation und den Bearbeitungsablauf der Ereignisse, insbesondere auf den zeitlichen Ablauf und die Call-Erfassung, sowohl telefonisch als auch elektronisch, ein. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Angaben gemacht. Die Struktur der Störungs- und Unterstützungsannahme und der weitere Bearbeitungsprozess scheinen gut geeignet, die Anforderungen des Auftraggebers zu erfüllen. Der Bearbeitungsstand einer Anfrage ist für den Auftraggeber transparent“.

Die Ag begründet die Bewertung der ASt ([...]) wie folgt:

"[...]".

Kriterium K 8.2 (Dokumentation)

„Beschreibung:

Welche Maßnahmen werden Sie durchführen, um eine stetig hohe Qualität der im Rahmen der Vertragsausführung erstellten anwendungsspezifischen Dokumentation sicherzustellen?

Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshorizont:

Es werden nachvollziehbare und konkrete Angaben zur anwendungsspezifischen fachlichen und technischen [...] -Dokumentation gemacht.

Die beschriebenen Maßnahmen scheinen gut geeignet, eine stetig hohe Qualität der Dokumentation sicherzustellen.“

Die Ag führt in ihrer Wertung ([...]) für die ASt aus, es sei

„[...]“.

Kriterium K 11.5 (Durchführung der Strukturanalyse)

„Beschreibung:

Beschreiben Sie, wie Sie bei Durchführung der Strukturanalyse (gem. BSI IT-Grundschrift) zu einer begründeten Abgrenzung des IT-Verbunds kommen. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal zwei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden detaillierte und konkrete Angaben gemacht. Das beschriebene Vorgehen ist nachvollziehbar und scheint gut geeignet“.

Die Ag hat hier [...] für das Angebot der ASt vergeben. Die Begründung dafür lautet:

“[...]“.

Kriterium K 11.8 (Erstellung von benutzerdefinierten Bausteinen)

„Beschreibung:

Beschreiben Sie, wie Sie bei der Erstellung von benutzerdefinierten Bausteinen (gem. BSI IT-Grundschrift) vorgehen. Gehen Sie dabei auch auf die notwendigen Mitwirkungsleistungen des Auftraggebers ein. Beschränken Sie Ihre Antwort auf maximal drei DIN A4-Seiten inkl. möglicher Skizzen.

Erwartungshaltung:

Es werden detaillierte und konkrete Angaben gemacht. Das beschriebene Vorgehen ist nachvollziehbar und scheint gut geeignet“.

Die Vergabe von [...]begründet die Ag folgendermaßen:

“[...]“.

Mit Schreiben vom 23. April 2014 informierte die Ag die ASt nach § 101 a GWB über die beabsichtigte Zuschlagserteilung auf das Angebot der Bg. Als Grund für die Nichtberücksichtigung des Angebotes der ASt wurde in dem Schreiben mitgeteilt, dass alle

eingegangenen Angebote auf einem preislich vergleichbaren Niveau lägen, das Angebot der ASt allerdings eine geringere Leistungspunktzahl erzielt hätte als das Angebot der Bg. Exemplarisch führte die Ag zu drei der insgesamt 46 Bewertungskriterien für die Ermittlung der Leistungspunkte Folgendes aus:

„[...]“.

Die ASt rügte mit Schreiben vom 8. Mai 2014 gegenüber der Ag die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig. Mit Schreiben vom 12. Mai 2014 lehnte die Ag ab, der Rüge zu entsprechen, begründete ihre Entscheidung jedoch vertieft anhand der Darstellung der Bewertung einer Reihe weiterer Wertungskriterien.

2. Mit einem per Fax am 14. Mai 2014 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag hat die Kammer der Ag am gleichen Tag übermittelt.

a) Die ASt stützt ihren Nachprüfungsantrag neben der Verletzung von § 101 a GWB in der Sache auf zwei Aspekte. Sie trägt einmal vor, dass die von der Ag vergebenen Bewertungspunkte hinsichtlich des Angebots der ASt nicht gerechtfertigt seien. Des Weiteren müsse die Ag in eine erneute Eignungsprüfung eintreten, weil angesichts der Verbindung der Bg zu ihrer US-amerikanischen Mutter jedenfalls Zweifel an ihrer Zuverlässigkeit/Gesetzestreue bestünden. Diese erneute Eignungsprüfung ergebe sich nach den der ASt vorliegenden Medienberichten aus der neueren Erlasslage des BMI. Im Einzelnen:

(1)Die im Rahmen der qualitativen Bewertung vergebenen Punkte gründeten auf einer ermessensfehlerhaften Beurteilung der Antworten der ASt durch die Ag, selbst wenn man den ihr insoweit zustehenden Beurteilungsspielraum berücksichtige. Folgende Bewertungen greift die ASt konkret an:

[...]

(2)Darüber hinaus hätte die Ag auch trotz Abschlusses des Teilnahmewettbewerbs vor einer Zuschlagsentscheidung in Bezug auf die Bg wieder in die Eignungsprüfung eintreten müssen. Denn die Bundesregierung habe nach den der ASt vorliegenden Informationen bereits im April 2014 ihre Vergabeleitlinien dahingehend geändert, dass

IT-Unternehmen, die sich für Aufträge des Bundes bewerben, bestätigen müssten, dass sie keiner Verpflichtung zur Weitergabe von Daten an Geheimdienste oder andere ausländische Behörden unterlägen. Zwar liege der entsprechende Erlass des Bundesinnenministeriums der ASt nicht vor. Die neuen Anforderungen seien indes zahlreichen Medienberichten zu entnehmen. Nach diesen sei die Ag verpflichtet, bei sicherheitssensiblen IT-Aufträgen – zu denen auch der verfahrensgegenständliche Auftrag gehöre – von allen Bietern eine Eigenerklärung (sog. „No-Spy-Garantie“) zu verlangen. Jeder Bieter müsse darin zusichern, dass er nicht durch Verträge oder Gesetze verpflichtet sei bzw. gezwungen werden könne, vertrauliche Daten an ausländische Geheimdienste und Sicherheitsbehörden weiterzugeben. Die Ag habe entgegen dieser Erlasslage die No-Spy-Erklärung von keinem Bewerber bzw. Bieter verlangt. Die Ag. hätte die in dem Erlass der Bundesregierung vorgeschriebene Erklärung jedoch einfordern und hierzu erneut die Eignungsprüfung eröffnen müssen.

Diese Unterlassung beeinträchtigt auch die Rechtsposition der ASt. Denn die Bg könne eine entsprechende Erklärung nicht (oder jedenfalls nicht wahrheitsgemäß) abgeben. Die Bg sei eine [...] deutschen Tochtergesellschaften des Unternehmens [...], einem IT-Beratungs- / Dienstleistungsunternehmen mit Sitz in den USA. Bereits nach deutschem Recht unterliege eine deutsche Tochtergesellschaft dem Weisungsrecht ihrer US-Muttergesellschaft (§§ 308, 17 AktG), so dass ein Zugriff dieser auf die bei der Bg vorhandenen Daten drohe. [...].

Nach US-amerikanischer Rechtslage stünden den dortigen Behörden besonders weitreichende Befugnisse zum Eingriff in die von privaten Unternehmen gespeicherten Daten zur Verfügung. Dies ergebe sich aus dem *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) sowie insbesondere aus dem *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act* (USA PATRIOT Act; Pub. L. No. 107-56 [2001]) aus dem Jahr 2001. Durch die extensive Anwendung des USA PATRIOT Act könnten Tochter- bzw. Muttergesellschaften sowie Niederlassungen in den USA verpflichtet werden, ersuchte Daten bei ihren Mutter- bzw. Tochtergesellschaften im Ausland (also z.B. auch in Deutschland) anzufordern.

Behörden in den USA könnten folglich die Konzernstruktur der Bg nutzen, um über deren US-Muttergesellschaft Druck auf die in Deutschland ansässige Tochter auszuüben und um die Übermittlung von Daten aus dem hiesigen Auftragsverhältnis zu

verlangen. Zugleich bestünde unter dem USA PATRIOT Act die Befugnis, den Adressaten entsprechender Datenherausgabeverlangen zu untersagen, diesen Umstand offenzulegen (sog. „gag order“). Im Übrigen seien die genannten Herausgabeverpflichtungen nach US-amerikanischem Recht strafbewehrt. Daher könne die Bg die anfordernde Erklärung zur Wahrung der Vertraulichkeit nicht abgeben.

(3) Letztlich habe die Ag gegen § 101a Abs. 1 Satz 1 GWB verstoßen, weil sie ihre Vorabinformation nicht in ausreichender Weise begründet habe. Sie habe sich in dem Schreiben nur zu drei Kriteriengruppen und in diesen nur zu jeweils einem Kriterium verhalten, obwohl sie insgesamt 46 Kriterien bei der Bewertung angelegt habe. Auch in der Nichtabhilfemitteilung vom 12. Mai 2014 habe sich die Ag nur zu vier weiteren Kriterien geäußert, so dass die ASt die Erfolgsaussichten eines eventuellen Nachprüfungsverfahrens nicht abschließend beurteilen können.

Die ASt beantragt:

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten,
2. der Ag zu untersagen, den Zuschlag an die Bg zu erteilen,
3. die Ag zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und die Bieter über das Wertungsergebnis gemäß § 101a GWB zu informieren,
4. hilfsweise festzustellen, dass die ASt durch Vergabeverstöße der Ag in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
5. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht gemäß § 111 GWB zu gewähren,
6. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,

7. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß § 128 Abs. 4 GWB aufzuerlegen.

Hinsichtlich der Dokumentation der Eignungsprüfung beantragt die ASt mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014 zusätzlich:

1. der ASt im Rahmen der mit Beschluss vom 22. Mai 2014 gewährten Akteneinsicht auch die vollständigen Bestandteile der Vergabeakte betreffend den Teilnahmewettbewerb sowie alle sonstigen für die Eignungsprüfung relevanten Aktenbestandteile zur Verfügung zu stellen;
2. die Ag anzuweisen, der ASt den in dieser Stellungnahme näher beschriebenen Erlass des Bundesministeriums des Innern zur Verfügung zu stellen, mit dem die Bundesregierung ihre Beschaffungsstellen dazu angewiesen hat, im Rahmen von Vergabeverfahren Erklärungen zur Datenweitergabe an öffentliche Stellen zu verlangen.

b) Die Ag beantragt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die ASt.

Die Bewertung des Angebots der ASt sei diskriminierungs- und beurteilungsfehlerfrei erfolgt. Darüber hinaus sei sie nicht verpflichtet, nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs erneut in die Eignungsprüfung der Bieter einzutreten. Die Ag habe zudem alle gemäß § 101a GWB erforderlichen Informationen vor Beginn des Nachprüfungsverfahrens der ASt in hinreichender Form mitgeteilt.

Im Rahmen der Angebotsbewertung komme der Ag ein Beurteilungsspielraum zu, der von der Vergabekammer nur auf Beurteilungsfehler hin überprüft werden könne. Beurteilungsfehler lägen im Ausgangspunkt nur dann vor, wenn der öffentliche

Auftraggeber allgemeingültige oder sich selbst gesetzte Verfahrensvorschriften und Bewertungsregeln missachtet, er von seinem Beurteilungsspielraum gar keinen Gebrauch macht, er willkürliche sachfremde Erwägungen in die Bewertung einfließen lässt oder in sonst diskriminierender Weise verfähre. Beurteilungsfehler in diesem Sinne könne die ASt nicht anführen. Sie setze vielmehr ihre eigene subjektive Bewertung an die Stelle der Bewertung der Ag und versuche damit die Bewertung der Ag zu ersetzen. In letzter Konsequenz würde dies dazu führen, dass jedem Bieter der Zuschlag erteilt werden müsste, weil jedes Unternehmen subjektiv grundsätzlich davon ausgehe, dass es der beste Bieter sei bzw. das beste Angebot unterbreitet zu haben. Im Quervergleich der verschiedenen Angebote weise das Angebot der ASt an manchen Stellen Schwächen auf, so dass die anderen Bieter im Sinne der Gleichbehandlung schlicht besser zu bewerten seien. Die Bewertung der einzelnen Kriterien sei somit nicht zu beanstanden. Im Einzelnen sei auszuführen:

[...]

Die Ag habe den Wertungsvorgang auch formal korrekt durchgeführt. Die von ihr eingesetzte Bewertungskommission sei fachlich in jeder Hinsicht ausreichend qualifiziert gewesen, um die Angebote bedarfsgerecht auszuwerten. Zum Einsatz seien jeweils ein Informatiker des [...] sowie eine Fachadministratorin aus dem Bereich der [...] gekommen. Die Zusammensetzung der Bewertungskommission sei für die Bewertung aller Angebote konstant gewesen; die Mitarbeiter hätten ohne personelle Wechsel oder Ausfälle alle Angebote des streitgegenständlichen Loses 1 bewertet. Hierfür seien sie vorab speziell in die Aufgabenstellung eingewiesen und insbesondere auf die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes hingewiesen worden. Für die Punktebewertung der Angebote sei das Konsensprinzip zur Anwendung gelangt. Die Mitglieder der Bewertungskommission hätten sich hinsichtlich der einzelnen Bewertungskriterien bei jedem Angebot im Rahmen einer fachlichen Diskussion auf eine einheitliche Punktevergabe geeinigt. Die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte wären stichpunktartig in die Dokumentation eingeflossen. Die Ergebnisse seien durch Quervergleiche qualitätsgesichert worden, es habe jedoch keine nachträgliche Überarbeitung der Bewertungsergebnisse stattgefunden.

Ein Wiedereintritt in die Eignungsprüfung aufgrund des von der ASt herangezogenen sog. „No-Spy-Erlasses“ des BMI komme nicht in Betracht. Es lägen zunächst keine konkreten Tatsachen vor, welche die Zuverlässigkeit der Bg in Frage stellten und die somit einen objektiven Anlass für einen Wiedereintritt böten. Der von der ASt erwähnte Erlass gelte derzeit noch nicht; er befinde sich im Entwurfsstadium und werde zwischen den beteiligten Kreisen abgestimmt. Selbst bei Geltung des Erlasses entfalte er als bloßes Behördeninternum ohnehin keine Rechtswirkungen zugunsten der ASt. Eine Selbstbindung der Verwaltung könne mangels Anwendung des „Erlasses“ bislang naturgemäß nicht eingetreten sein. Darüber hinaus sei das Vergabeverfahren vor Erstellung des Erlass-Entwurfs bekannt gemacht worden, so dass für die Ag keine Berücksichtigungspflicht des „Erlasses“ bestehe.

Selbst wenn der „Erlass“ für das hiesige Verfahren bereits gelten sollte, räume er doch der Ag eine Abwägungsmöglichkeit ein, ob von den Bietern eine „No-Spy“-Eigenerklärung abverlangt werden solle oder nicht. Ein Automatismus des Verlangens einer Eigenerklärung werde es auch unter einer unterstellten zukünftigen Geltung des „Erlasses“ nicht geben. Im streitgegenständlichen Verfahren habe die Ag das Problem der Wahrung der Vertraulichkeit nicht als Zuverlässigkeitsfrage, sondern im Vertrag selbst adressiert und damit zum Gegenstand der ordnungsgemäßen Vertragsausführung gemacht. Darüber hinaus würden alle Mitarbeiter des späteren Auftragnehmers gesondert verpflichtet. Im Rahmen des der Ag diesbezüglich zustehenden Ermessens habe sie die von der ASt aufgeworfene Problematik daher nicht in der Eignung verortet und könne schon deshalb nicht nochmals in die Eignungsprüfung eintreten.

Als lediglich vorbereitendes Dokument habe die ASt keinen Anspruch darauf, Einsicht in den „Erlass“ zu nehmen. Da er im Vergabeverfahren gerade keine Rolle gespielt habe, werde er auch nicht von der Akteneinsichtsrecht der ASt umfasst; denn insoweit handele es sich gerade nicht um einen Bestandteil der Vergabeakte.

Ein Verstoß gegen § 101a GWB liege letztlich ebenfalls nicht vor, weil die der ASt in der Mitteilung genannten Gründe für die Nichtberücksichtigung ausreichend gewesen seien.

- c) Die Beigeladene (Bg) ist mit Beschluss vom 15. Mai 2014 zum Verfahren hinzugezogen worden.

Sie beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverteidigungskosten der Bg aufzuerlegen;
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg gemäß § 128 Abs. 4 GWB notwendig war.

Die Bg erachtet den Nachprüfungsantrag der ASt bereits als unschlüssig. Denn ihr Vorwurf beschränke sich im Kern darauf, dass die Ag das Angebot der ASt hätte besser bewerten müssen. Die ASt verkenne in ihrer Argumentation, dass der Kammer diesbezüglich nur eine eingeschränkte Überprüfungsmöglichkeit zustehe. Es reiche für die Schlüssigkeit eines Verstoßes gegen den der Ag zustehenden Beurteilungsspielraum nicht aus, einfach zu behaupten, dass nach der eigenen subjektiven Einschätzung das Angebot besser bewertet werden müsse. Echte Beurteilungsfehler könne die ASt jedoch nicht anführen.

Die Wertung sei auch in der Sache korrekt erfolgt. Diesbezüglich schließt sich die Bg den dokumentierten Wertungsergebnissen der Ag an und ergänzt den Vortrag der Ag.

Hinsichtlich des Vorwurfs der fehlerhaften Eignungsprüfung – aufgrund des von der Ag unterlassenen Wiedereintritts zur Abforderung einer Eigenerklärung („No-Spy-Garantie“)- sei kein Vergaberechtsverstoß erkennbar.

Selbst wenn der von der ASt angeführte „No-Spy-Erlass“ des BMI tatsächlich noch im April in Kraft getreten sein sollte, wäre dies für das streitgegenständliche Vergabeverfahren ohne Belang. Denn das Verfahren sei im Januar 2013 begonnen worden und nach dem zu diesem Zeitpunkt geltenden Recht abzuschließen (§ 23 S. 1 VgV). Die Ag dürfe die einmal aufgestellten Spielregeln nicht durch das Verlangen neuer Erklärungen mitten im Spiel ändern.

Selbst wenn man auch dies ausblende, habe die Ag die „No-Spy-Garantie“ unstreitig nicht zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Weder die Bewerbungsbedingungen noch die Vergabeunterlagen sähen die Verpflichtung zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung vor. Auch nach den von der ASt vorgelegten Medienberichten ergebe sich, dass der Erlass dem jeweiligen Auftraggeber ein Ermessen einräume, ob er eine Eigenerklärung fordere oder eben auch nicht. Insofern sei das von der ASt verlangte Wiedereintreten in die Phase der Eignungsüberprüfung keineswegs zwingend. Die Ag wolle keine gesonderte Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit von den Bietern verlangen. Dazu könne die ASt die Ag auch nicht zwingen. Letztlich könnte sich die ASt ohnehin nicht darauf berufen, dass die Ag – dem Erlass zuwider – die Eigenerklärung zur Wahrung der Vertraulichkeit – nicht abgefordert habe. Denn der Erlass binde die Ag nur intern und nicht im Außenverhältnis gegenüber den Bietern.

Vorsorglich sei darauf hinzuweisen, dass die Bg als deutsches Unternehmen den deutschen Rechtsvorschriften unterliege und diese beachte. Dies gelte auch für die Datenschutzvorschriften und die Regelungen zum Umgang mit geschützten und vertraulichen Informationen. Dabei unterscheide sich die rechtliche Situation der Bg nicht von derjenigen anderer in Deutschland tätiger Unternehmen. Dass die Bg Tochter eines US-amerikanischen Unternehmens ist, sei ohne Belang. Die Bg bestreite, dass es in den USA eine Rechtspraxis gebe, wonach Tochter- bzw. Muttergesellschaften verpflichtet werden könnten, ersuchte Daten bei ihren Mutter- bzw. Tochtergesellschaften in Deutschland anzufordern. Selbst wenn diese Vermutung der ASt zuträfe, resultiere daraus keine Verpflichtung der Bg, die Daten auch zu liefern. Einem entsprechenden rechtswidrigen Verlangen würde die Bg entgegentreten. Auch der Verweis der ASt auf die Weisungsrechte im Konzern nach § 308 AktG trage nicht. Denn die konzernrechtlichen Weisungsrechte könnten nur im Rahmen der allgemeinen Gesetze ausgeübt werden. Eine Weisung zur – nach deutschem Recht – rechtswidrigen Weitergabe von Daten ginge daher automatisch ins Leere. Die von der ASt aufgestellte Vermutung, das betroffene Unternehmen könne aus Angst eine entsprechende Weisung dennoch befolgen, habe mit der Ausgangsfrage, ob ein Unternehmen gesetzlich oder vertraglich zur Herausgabe verpflichtet sei, nichts mehr zu tun. Die ASt begeben sich auf das Feld der blanken Spekulation. Es lägen keinerlei konkreten Tatsachen vor, welche die Zuverlässigkeit und Gesetzestreue der Bg in Frage stellen würden.

4. Der ASt und der Bg wurden in Abstimmung mit der Ag Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit jeweils keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren. Die ASt hat keine Akteneinsicht in den sog. „No-spy-Erlass“ des BMI zur Datenweitergabe im Rahmen von Vergabeverfahren sowie diejenigen Dokumente erhalten, welche die Ag bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs bei den anderen Bietern geprüft hatte (s. dazu unten sub II.3.) In der mündlichen Verhandlung vom 4. Juni 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Durch Verfügung der Vorsitzenden vom 13. Juni 2014 wurde die am 18. Juni 2014 ablaufende reguläre Entscheidungsfrist des § 113 Abs. 1 S. 1 GWB gemäß § 113 Abs. 1 S. 2 – 4 GWB bis einschließlich 25. Juni 2014 verlängert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, weil er sich mit der Ag gegen einen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB richtet, der streitgegenständliche Vertrag ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag i.S.d. § 99 Abs. 2 GWB ist und der maßgebliche Schwellenwert deutlich überschritten wird.

Entgegen der Ansicht der Bg ist der Nachprüfungsantrag auch hinreichend schlüssig. Die ASt wendet sich gegen die Bewertung ihres Angebots bezüglich (nahezu) aller Kriterien, bei denen sie nicht die volle Punktzahl erhalten hat. Die Frage, inwieweit die Ag den ihr zuzugestehenden Beurteilungsspielraum eingehalten oder überschritten hat, ist keine Frage der Schlüssigkeit des Antrags, sondern ist von der Kammer im Rahmen der Begründetheit zu würdigen.

Der ASt droht auch – ihren Vortrag hinsichtlich der unzureichenden Eignungsprüfung der Bg sowie der unzutreffenden Bewertung ihres Angebots unterstellt – ein Schaden.

Den von ihr einzuhaltenden Rügeobliegenheiten ist die ASt durch Rügeerhebung am 8. Mai 2014 nachgekommen. Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde beachtet.

2. Der Nachprüfungsantrag erweist sich als unbegründet.

Die Ag war zunächst nicht verpflichtet, vor der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bg nochmals in deren Eignungsprüfung zur Verifizierung der Zuverlässigkeit/Gesetzestreue einzutreten (dazu sub. a)). Die von der ASt angeführten Fehler in der Wertung ihres Angebots liegen unter Berücksichtigung des vorzunehmenden Quervergleichs der Angebote nicht vor, die Ag hat hier ihren Beurteilungsspielraum nicht überschritten (dazu sub. b)). Letztlich liegt auch kein Verstoß gegen § 101a GWB im Sinne einer unzureichenden Information über die Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots vor (dazu sub c)).

a) Entgegen der Annahme der ASt ist die Ag nicht verpflichtet, erneut in die Eignungsprüfung der Bieter, hier insbesondere der Bg einzutreten. Dabei ist zwischen der rein formalen Ebene der Eignungsprüfung im Sinne einer Vorlage von Erklärungen oder Nachweisen und der materiellen Ebene, also der inhaltlichen Eignungsprüfung zu unterscheiden.

aa) Der öffentlich als sog. „No spy“ bezeichnete Erlass des Bundesministeriums des Inneren vom 30. April 2014 sieht für Vergabeverfahren mit Sicherheitsrelevanz, vornehmlich im IT-Bereich, vor, dass der öffentliche Auftraggeber einzelfallbezogen die Erforderlichkeit prüfen soll, von den Bietern eine Eigenerklärung im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung zu fordern. Inhalt dieser Eigenerklärung soll danach – kurz gefasst - die Bestätigung des Bieters sein, keiner Verpflichtung zu unterliegen, im Auftragsfall vertrauliche Informationen Dritten zugänglich machen zu müssen; ausgenommen sind danach gesetzliche Offenlegungspflichten (z.B. gegenüber der Börsenaufsicht, Finanzverwaltung oder Regulierungsbehörden), es sei denn, solche Offenlegungspflichten bestünden gegenüber ausländischen Sicherheitsbehörden.

Das Abverlangen einer derartigen Erklärung zum jetzigen Zeitpunkt des vorliegenden Vergabeverfahrens wäre aus formalen Gründen nicht möglich. Die „No-spy“-Erklärung wird in dem Erlass ausdrücklich in den Kontext der Zuverlässigkeit gestellt. Die Zuverlässigkeit ist ein Aspekt der Eignung, vgl. nur § 97 Abs. 4 S. 1 GWB. Auf die Eignung bezogene Nachweise müssen aber zwingend bereits in der Bekanntmachung benannt werden, § 7 EG Abs. 5 S. 1 VOL/A. Vorliegend hätte also die „No-spy“-Eigenerklärung in der Bekanntmachung vom 30. Januar 2013, spätestens aber in einer geänderten Bekanntmachung vor Abschluss des Teilnahmewettbewerbs gefordert werden müssen. Die nachträgliche Forderung einer nicht bekannt gemachten Erklärung ist dagegen unzulässig. Damit wäre der Ag das

Abfordern einer solchen Erklärung von der Bg auf der formellen Ebene zu jetzigen Zeitpunkt verwehrt.

bb) Von der rein formalen Ebene der Abgabe einer Eigenerklärung zu trennen ist allerdings die materielle Eignungsprüfung.

(1) Insoweit ist im Ausgangspunkt und erst einmal unabhängig von der „No-spy“-Erklärung festzuhalten, dass es bereits nicht selbsterklärend ist, ob die Ag überhaupt befugt wäre, hier erneut in die materielle Eignungsprüfung einzutreten. Zwar besteht im offenen Verfahren keine Bindung des Auftraggebers an eine einmal festgestellte Eignung; die nachträgliche Verneinung einer zuvor bereits bejahten Eignung gibt lediglich Anlass, besonders kritisch zu prüfen, ob diese Entscheidung möglicherweise von sachfremden Erwägungen getragen ist (so Bundesgerichtshof, Beschluss vom 7. Januar 2014 – X ZB 15/13). Das vorliegende Vergabeverfahren ist aber ein nicht offenes Verfahren, welches dadurch gekennzeichnet ist, dass die Prüfung der Eignung der Bewerber bei dieser Vergabeart vorgezogen wird, vgl. § 10 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A, und mithin zu einem Zeitpunkt stattfindet, zu dem der Auftraggeber die Bewerber noch nicht in den Wettbewerb einbezogen hat. Auch wenn im Rahmen der hier einschlägigen VOL/A-EG eine dem § 16 EG Abs. 2 Nr. 2 VOB/A entsprechende ausdrückliche Regelung fehlt, wonach bei der Wertung nur noch solche Eignungsumstände Berücksichtigung finden dürfen, die nach Angebotsaufforderung Zweifel an der Eignung begründen, könnte dennoch auch im Anwendungsbereich der VOL/A-EG für die Bieter durch die Bejahung der Eignung im nicht offenen Verfahren ein entsprechender Vertrauenstatbestand entstehen (vgl. zu dem Aspekt des Vertrauenstatbestands im Rahmen der VOB/A-EG Bundesgerichtshof, a.a.O.).

Die Pflicht US-amerikanischer Unternehmen bzw. deren deutscher Tochterunternehmen zur Datenweitergabe an US-amerikanische Sicherheitsbehörden ergibt sich aber aus dem USA Patriot Act, der aus dem Jahr 2001 stammt. Folglich ist diese Thematik in Bezug auf die Bg, die Tochtergesellschaft eines US-amerikanischen Unternehmens ist, nicht neu und war bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens im Januar 2013 grundsätzlich bekannt. Auch wenn zunächst davon ausgegangen wurde, dass eine Datenabforderung durch entsprechende Behörden nur vereinzelt stattfindet, so

wurde doch bereits im Juni 2013 publik und öffentlich diskutiert, dass eine Datenabforderung in weit größerem Maße stattfindet als bislang vermutet. Ebenfalls thematisiert wurde der Zugriff von US-Sicherheitsbehörden auf Server von US-amerikanischen IT-Firmen (vgl. z.B. Matthias Kremp, Konrad Lischka und Ole Reißmann: „Projekt Prism: US-Geheimdienst späht weltweit Internetnutzer aus“, in: Spiegel online, 7. Juni 2013). Diese neuen Erkenntnisse ergaben sich folglich zu einem Zeitpunkt, zu dem der Teilnahmewettbewerb noch nicht abgeschlossen war; die Angebotsaufforderung an die Bg, die den erfolgreichen Abschluss des Teilnahmewettbewerbs und damit die Bestätigung von deren Eignung markiert, datiert vom 11. November 2013. Die Erkenntnisse bezüglich der Datenweitergabe hätten bei dieser zeitlichen Abfolge durchaus noch im Rahmen der Eignungsprüfung der Bg mit einfließen können. Sie stellen sich daher nicht als „neu“ im Sinne einer Erkenntnis dar, die dem Auftraggeber erst nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs zugänglich geworden wäre. Unterstellt man auch im Anwendungsbereich der VOL/A-EG einen Vertrauenstatbestand zugunsten der erfolgreichen Bewerber in Bezug auf die Bejahung ihrer Eignung, so dürfte hier der Aspekt der Datenweitergabe schon aus diesem Grund keine Berücksichtigung mehr finden.

- (2) Allerdings bedarf die Frage, ob und inwieweit durch die Bejahung der Eignung im nicht offenen Verfahren ein den Wiedereintritt in die Eignungsprüfung ausschließender Vertrauenstatbestand entstehen kann, mangels Entscheidungserheblichkeit keiner weiteren Vertiefung. Zentral ist vielmehr der Aspekt, dass es sich bei dem zugrundeliegenden Sachverhalt der Datenweitergabe, den die ASt mit ihrem Hinweis auf den Ministeriumserlass in Bezug nimmt, um ein sachlich nicht zulässiges Eignungskriterium handelt. Die in Rede stehende Datenweitergabe geht zurück auf den USA Patriot Act. Dieser ist Teil der US-amerikanischen Rechtsordnung. Danach sind US-Unternehmen verpflichtet, den US-Sicherheitsbehörden (FBI, NSA, CIA) Zugriff auf ihre Server zu gestatten, und zwar auch ohne richterliche Anordnung. Diese Verpflichtung gilt in gleicher Weise für ausländische Tochtergesellschaften von US-amerikanischen Unternehmen wie die Bg, und zwar auch dann, wenn die Datenweitergabe gegen die für die ausländische Tochtergesellschaft geltenden örtlichen Gesetze verstößt. Die Weitergabe insbesondere personenbezogener Daten an Stellen außerhalb der EU ist datenschutzrechtlich nicht gestattet. Es ist offensichtlich und ohne weiteres nachvollziehbar, dass eine dennoch

stattfindende Datenweitergabe generell und insbesondere in Bezug auf personenbezogene oder sicherheitsrelevante Informationen höchst problematisch ist. Auf die öffentlich geführte Diskussion in diesem Zusammenhang ist zu verweisen. Um personenbezogene Daten geht es bei [...], dem Gegenstand des vorliegenden Vergabeverfahrens, [...].

Dennoch kann diese Problematik nicht über eine Zuverlässigkeitsanforderung im Rahmen der Eignungsprüfung gelöst werden. Eignungsanforderungen sind bieterbezogen, es geht um die Person des Bieters. Ausschließlich Sachverhalte, die dem Bieter in irgendeiner Form zurechenbar sind, dürfen hier berücksichtigt werden. Dies geht schon ganz klar aus den Europäischen Vergaberichtlinien hervor und gilt sowohl für die technische wie wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, in besonderem Maße aber für die Zuverlässigkeit, die dort bislang mit „persönliche Lage des Bewerbers bzw. Bieters“ überschrieben war, so Art. 45 RL 2004/18/EG. Zurechenbar können dem Bieter aber nur Umstände sein, auf die er überhaupt Einfluss nehmen kann. Ergeben sich dagegen aus der Rechtsordnung eines Landes, der er unterworfen ist, bestimmte Verpflichtungen, denen er sich nicht entziehen kann, so ist es unzulässig, diese dem Bieter als ein die Zuverlässigkeit ausschließendes oder in Frage stellendes Fehlverhalten zuzurechnen, und zwar auch dann, wenn er infolge dessen zwangsläufig gegen die Vorgaben einer anderen Rechtsordnung – hier der Datenschutz – verstoßen muss.

Über die Überlegung hinaus, dass ganz generell nur dem Bieter überhaupt zurechenbare und durch ihn beeinflussbare Aspekte Grundlage der Eignungsprüfung sein dürfen, bestätigen die Europäischen Richtlinien auch ganz konkret, dass Anforderungen aus der Rechtsordnung keine die Zuverlässigkeit ausschließenden Aspekte sein können. Ein Ausschluss kommt danach (soweit tatbestandlich im vorliegenden Zusammenhang einschlägig), so Art. 45 Abs. 2 lit. d) RL 2004/18/EG bzw. neuerdings Art. 57 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU, nur in Betracht bei einer im Rahmen der beruflichen Tätigkeit begangenen schweren Verfehlung, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde. Allein das oben dargestellte mittelbare Unterworfenensein unter eine Rechtsordnung mit zwangsläufigen und unvermeidbaren Rechtsfolgen für das Unternehmen kann schwerlich als „schwere Verfehlung“ eines Unternehmens gewertet und diesem als persönliches Fehlverhalten angelastet werden. Dass die Bg indes in der

Vergangenheit bereits Verstöße gegen Datenschutzbestimmungen begangen hat, ist nicht feststellbar.

Der in den Europäischen Richtlinien vorgegebene Katalog der zulässigen Eignungsanforderungen bzw. der Ausschlussgründe auf der Eignungsebene ist abschließend und kann nicht durch den Auftraggeber beliebig erweitert werden. Die Weitergabe von Daten – bzw. das Unterlassen einer Datenweitergabe – ist in diesem Katalog nicht vorgesehen, ebenso wenig liegt aus vorgenannten Gründen eine „schwere Verfehlung, die seine (des Bewerbers/Bieters) Integrität in Frage stellt“ (so der Wortlaut von Art. 57 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU). Der Katalog der Ausschlussgründe ist durch den Auftraggeber nicht beliebig erweiterbar. Eine von diesem Katalog nicht gedeckte Zuverlässigkeitsanforderung ist vergaberechtswidrig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014 – VII-Verg 28/13).

Die Bieter, hier die Bg, können nicht für die allgemein geltende Rechtsordnung, der sie unterworfen sind, haftbar gemacht werden, ansonsten stünde die Eignungsprüfung nicht in Einklang mit rechtsstaatlichen Grundsätzen. Die Ag wäre demnach vor diesem Hintergrund nicht nur nicht verpflichtet gewesen, erneut eine Eignungsprüfung der Bg vorzunehmen, sondern weitergehend gar nicht befugt, aufgrund der aus dem Patriot Act resultierenden Datenweitergabeproblematik die Eignungsfrage erneut zu stellen.

- (3) Richtig verortet erscheint die Berücksichtigung des Aspekts der Datenweitergabe in einem Vergabeverfahren aus Sicht der Vergabekammer vielmehr bei den „besonderen Anforderungen an die Auftragsausführung“, § 97 Abs. 4 S. 2 GWB (so grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, a.a.O., für die parallel zur vorliegenden Fallgestaltung gelagerte Frage nach den ILO-Kernarbeitsnormen; diese sind nach der Entscheidung des OLG ebenfalls nicht der Eignungsebene zuzuordnen, sondern den besonderen Anforderungen an die Auftragsausführung). Im vorliegenden Verfahren gibt es aber keinen Anlass, sich vor dem Hintergrund des „No-spy“-Erlasses näher mit § 97 Abs. 4 S. 2 GWB auseinanderzusetzen. Die Ag hat eine solche explizite Anforderung im Vorfeld gerade nicht aufgestellt, sondern den Aspekt der Datenvertraulichkeit als vertragliche Regelung aufgenommen. Eine vergaberechtliche Pflicht, eine

diesbezügliche Anforderung nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zu etablieren, ist weder erkennbar noch von der ASt gefordert, die lediglich die Nichtberücksichtigung im Rahmen der Eignungsprüfung beanstandet. Wie die zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf deutlich macht, läge aber allein in der Berücksichtigung des fraglichen Aspekts auf der falschen vergaberechtlichen Ebene ein Vergabefehler, so dass die Nichtberücksichtigung im Rahmen der Eignungsprüfung korrekt war. Mit Fallgestaltungen, die hier gar nicht gegeben sind, hat sich die Vergabekammer aber nicht auseinander zu setzen.

- b) Die von der Ag vorgenommene Wertung des Angebots der ASt begegnet keinen durchgreifenden Bedenken. Im Quervergleich der vorliegenden Angebote hält sich die Wertung der Ag innerhalb des ihr zustehenden Beurteilungsspielraums.

Die Ag hat ein gutes und transparentes Wertungssystem aufgestellt. Die Ag hat im Ausgangspunkt die jeweiligen Aufgabenstellungen bei den einzelnen Kriterien beschrieben und auch ihren diesbezüglichen Erwartungshorizont für die Vergabe von zehn Punkten in der den Bietern zur Verfügung gestellten Bewertungsmatrix transparent mitgeteilt. Sie hat darüber hinaus in den Vergabeunterlagen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Angebotsbewertung im Quervergleich der jeweils von den Bietern eingereichten Konzepte erfolgen werde (Ziffer 2.14.2 der Vergabeunterlagen) und bei der Bewertung des Zielerfüllungsgrades jeweils Korridore bei der Punktvergabe ausgewiesen (geringer Grad 0-3 Punkte, durchschnittlicher Grad 4-7 Punkte, hoher Grad 8-10 Punkte). Dabei hat sie auch transparent zu erkennen gegeben, dass sie über die Anforderungen hinausgehende gewinnbringende Aspekte in den Angeboten positiv bewerten wird. Bei der Ermittlung des qualitativ besten Angebots ist eine vergleichende Betrachtung in Abhängigkeit von der Erfüllung oder der Übererfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung vergaberechtlich nicht zu beanstanden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013 – VII-Verg 8/13).

Die ASt wendet sich ausdrücklich nicht gegen diese Vorgehensweise, sondern vielmehr ausschließlich gegen die ihrer Ansicht nach beurteilungsfehlerhafte Ausfüllung dieser Kriterien bzw. des Erwartungshorizontes in – wie sie meint – Verkennung ihres Angebotsinhaltes seitens der Ag respektive der eigenen Anforderungen und Erwartungen.

Bei der Wertung der Angebote anhand der bekannt gegebenen Wertungskriterien steht einem öffentlichen Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zu, der von der Kammer nur eingeschränkt daraufhin überprüfbar ist, ob der Auftraggeber einen unzutreffenden Sachverhalt oder sachfremde Erwägungen zugrunde gelegt hat, allgemeingültige Bewertungsmaßstäbe nicht eingehalten oder Bieter ungleich oder sonst willkürlich behandelt hat (ständige Rechtsprechung, vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Januar 2007, VII-Verg 46/06 m.w.N.). Daher kommt der Kammer nicht die Funktion einer Revisionsinstanz zu, die sich selbst an die Stelle der Ag setzen und eine eigene Wertung abgeben dürfte. Nur in seltenen Ausnahmefällen, wenn etwa eine bestimmte Wertung zwingend, der Beurteilungsspielraum somit auf Null reduziert ist, dürfen die Nachprüfungsinstanzen die Wertung der Vergabestelle selbst revidieren und ihre Einschätzung an deren Stelle setzen (2. VK Bund, Beschluss vom 16. Mai 2012, VK 2 - 26/12; 3. VK Bund, Beschluss vom 24. April 2013, VK 3 - 20/13). Die Grenzen des Beurteilungsspielraums des Auftraggebers sind dabei umso eher erreicht, desto mehr die Überprüfung von deutlichen Minderwertungen im Vergleich zu den Konkurrenten im Vordergrund steht; dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Angebot der ASt nach der vorliegenden Wertung mit der schlechtesten oder jedenfalls einer deutlich schlechteren Punktzahl als die Angebote der Wettbewerber bewertet wurde. Hat hingegen das Angebot der ASt nach der vorliegenden Wertung einen vergleichsweise "guten" Platz belegt, macht sie aber gleichwohl geltend, die Bestnote sei die einzig richtige Bewertung, sind der Überprüfung der Wertungsentscheidung durch die Kammer enge Grenzen gesetzt (3. VK Bund, Beschluss 14. September 2012, VK 3 -99/12; Beschluss vom 1. September 2011, VK 3 - 110/11).

Dies vorausgeschickt können bei der Bewertung der von der ASt angeführten Kriterien derartige, von der Kammer aufzugreifende Beurteilungsfehler allenfalls in Randbereichen und somit jedenfalls nicht in einem Umfang festgestellt werden, dass der ASt ein Schaden zu entstehen drohte und daher eine Neuwertung seitens der Kammer anzuordnen wäre. Im Einzelnen:

[...]

- c) Letztlich liegt auch kein Verstoß gegen § 101a GWB vor. Es erscheint der Kammer schon fraglich, ob die von der Ag in der Vorabinformation mitgeteilten Gründe für die Nichtberücksichtigung der ASt tatsächlich – wie diese vorträgt – keine Möglichkeit

eröffnet habe, die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsverfahrens abschätzen zu können. Denn die Ag hat der ASt jedenfalls mitgeteilt, dass „[...]“. Durch die Unterfütterung dieser Angabe mit drei Beispielen für Kriterien, in denen sie einen besonders hohen Abstand aufwies, musste der ASt deutlich werden, dass sie den Zuschlag aufgrund eines substanziellen Abstands in der qualitativen Bewertung nicht erhält. Dies reicht als Angabe des Grundes für die Nichtberücksichtigung des Angebots der grundsätzlich aus. Denn § 101a GWB fordert nur die Angabe (eines oder mehrerer) Gründe, nicht jedoch eine umfassende Begründung der Entscheidung. Entsprechend verlangt Art 2a Abs. 2 UAbs. 4 1. Spg. RL 2007/66/EG zur Auslösung der Frist in auch nur eine *„Zusammenfassung der Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 der RL 2004/18/EG“*. In diesem Auskunftsanspruch (auf Antrag des Bieters) wären innerhalb von 15 Tagen auch die Vorteile und Merkmale des erfolgreichen Bieters zu nennen. Soweit geht die Rechtsmittelrichtlinie bei der Vorabinformation folglich nicht und beschränkt sich auf die Zusammenfassung der Gründe. Eine derartige Zusammenfassung der Gründe hat die Ag in der Vorinformation nach Ansicht der Kammer gegeben.

Im Übrigen wurden die Informationen von der Ag durch die Nichtabhilfemitteilung und die im Laufe des Nachprüfungsverfahrens gewechselten Schriftsätze umfassend ergänzt, so dass sich die Beschwer der ASt jedenfalls erledigt hat.

Darüber hinaus wäre die Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 101a GWB, dass gegebenenfalls keine Frist in Gang gesetzt worden wäre und somit ein dennoch geschlossener Vertrag gemäß § 101b GWB angegriffen werden könnte. Diese Frage stellt sich hier indes nicht, weil die Ag bisher einen Zuschlag nicht erteilt und die ASt in jedem Falle rechtzeitig ein Vergabenachprüfungsverfahren eingeleitet hat.

Nach alledem ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

3. Der Akteneinsichtsantrag der ASt ist zurückzuweisen, soweit er sich auf das Schreiben des BMI vom 30. April 2014 und auf die Eignungsprüfung im Teilnahmewettbewerb bezieht.

Was den Erlass angeht, so war dieser seitens der Ag mit Schriftsatz vom 3. Juni 2014 der Vergabekammer vorgelegt worden, allerdings ausdrücklich beschränkte auf eine Kenntnisnahme durch diese. Die Vergabekammer wäre nicht befugt, sich ohne eine selbstständig beim Oberlandesgericht Düsseldorf anfechtbare Zwischenentscheidung über diese Kennzeichnung als vertraulich hinwegzusetzen (vgl. zur selbständigen Anfechtbarkeit

von Akteneinsichtsentscheidungen trotz ihres Charakters als Zwischenentscheidung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.12.2007 – Verg 40/07). Auch der öffentliche Auftraggeber kann Träger von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sein. Die Entscheidung in einem selbständig anfechtbaren Zwischenbeschluss, der ASt entgegen der Einstufung des Erlasses als Verschlussache durch die Ag Akteneinsicht zugestehen zu wollen, ist bei der gebotenen Interessenabwägung der Geheimhaltungsinteressen der Ag mit den Interessen der ASt auch in der Sache nicht geboten. Die Ag hat das fragliche Schreiben im Rahmen ihrer Eignungsprüfung gerade nicht herangezogen, es ist vielmehr die ASt, die eine nachträgliche Berücksichtigung des Erlasses erzwingen will. Wie die Gründe des vorliegenden Beschlusses zeigen, kommt es auf den genauen Inhalt des Erlasses in der Sache aber auch gar nicht an, denn nach der Entscheidung der Vergabekammer wäre es schon im Ansatz unzulässig, auf die im Erlass in Bezug genommenen Aspekte im Rahmen der Eignungsprüfung abzustellen. Um diese rechtliche Beurteilung nachvollziehen zu können, reichen auch für die ASt die Erkenntnisse aus, die sich aus der allgemeinen, öffentlich zugänglichen Berichterstattung über den „no spy“-Erlass ergeben (zu den vorgenannten Grundsätzen s. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.12.2007, a.a.O.).

Ebenso wenig gibt es ein Interesse an Akteneinsicht in Bezug auf den Teilnahmewettbewerb. Die ASt greift die Eignungsprüfung nicht unter dem Aspekt an, dass der Teilnahmewettbewerb so, wie er zunächst durchgeführt wurde, in sich fehlerhaft gewesen wäre. Sie macht vielmehr gerade geltend, dass erneut in die Prüfung einzutreten sei, da es neue Aspekte gäbe. Der Teilnahmewettbewerb als solcher ist damit nicht streitgegenständlich. Ein Akteneinsichtsrecht kommt aber nur in Bestandteile in Betracht, die überhaupt streitgegenständlich und relevant für das jeweilige Nachprüfungsverfahren sind. Dies ist hier in Bezug auf den Teilnahmewettbewerb nicht der Fall, so dass der diesbezügliche Akteneinsichtsanspruch zurückzuweisen ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1 S. 3 VwVfG. Die ASt als Unterliegende hat die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Ferner entspricht es der Billigkeit, der ASt auch die Erstattung der der Bg zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen (§ 128

Abs. 4 Satz 2 GWB). Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt, indem sie die Bejahung der Eignung der Bg ohne eine vertiefte Prüfung in Bezug auf deren Zuverlässigkeit/Gesetzestreue angegriffen hat. Die Bg ihrerseits hat sich durch schriftlichen und mündlichen Vortrag am Nachprüfungsverfahren beteiligt, Sachanträge gestellt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war aufgrund der Schwierigkeit und Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig. Im Übrigen war es zur Herstellung der Waffengleichheit erforderlich, dass die Bg neben der anwaltlich vertretenen ASt ebenfalls einen Verfahrensbevollmächtigten hinzugezogen hat.

IV.

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

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die 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 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.