



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 34/23

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

und

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Reisebürodienstleistungen [...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes [...] auf die mündliche Verhandlung vom 6. Juni 2023 am 20. Juni 2023 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Der Antragsgegnerin wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, das Angebot der Beigeladenen unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer weiter aufzuklären.
2. Die von der Antragstellerin beantragte vollständig Offenlegung des Schreibens der Beigeladenen vom 6. April 2023 (Vergabeakte Bl. 633 bis 643) sowie der Schriftsätze der

Antragsgegnerin vom 25. Mai und 1. Juni 2023 und der Beigeladenen vom 25. Mai 2023 wird abgelehnt.

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) veröffentlichte am [...] eine unionsweite Auftragsbekanntmachung für die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Beschaffung von Reisebüroleistungen für das [...] im Wege eines offenen Verfahrens. Zuschlagskriterien sind der Preis (max. 30 Leistungspunkte) und die voraussichtliche Qualität der Leistung anhand vorzulegender Konzepte (max. 70 Leistungspunkte).

Der ausgeschriebene Vertrag hat eine Laufzeit vom 1. Juli 2023 bis zum 30. Juni 2025 und kann einmalig um vier Jahre verlängert werden (Ziff. II.2.7 der Auftragsbekanntmachung).

Ziff. 3. der Leistungsbeschreibung definiert das Anforderungsprofil für die zu beschaffenden Reisebürodienstleistungen, die in Basisleistungen (Ziff. 3.1) und Zusatzleistungen (Ziff. 3.2) aufgeteilt sind. Ziff. 3.15 enthält für die Basisleistungen folgende Vorgabe:

„3.1.5 Datenhaltung

Alle Datenhaltungen inklusive Back Office Systeme erfolgt auf Servern in der EU, idealerweise in Deutschland.“

Gemäß § 11 des bei den Vergabeunterlagen befindlichen Vertragsentwurfs soll u.a. folgendes vereinbart werden:

„(1) Die Auftragnehmerin ist gesetzlich zur Einhaltung des Datenschutzes verpflichtet. Sie benennt der Geschäftsstelle die Erreichbarkeitsdaten des hausinternen Datenschutzbeauftragten und hat sicherzustellen, dass alle Personen, die von ihr mit der Erfüllung der vereinbarungsgemäß geschuldeten Leistungen betraut sind, die gesetzlichen Bestimmungen über den Datenschutz beachten. ...

(2) Die vorstehend geregelten Verpflichtungen zum Datenschutz gelten ein Jahr über das Ende der Rahmenvereinbarung hinaus.“

Im „*Kriterienkatalog Leistung*“ (Formular gemäß Bl. 52-53 der Vergabeakte) definierte die Ag für die qualitative Bewertung des Angebotes Kriterien und Gewichtungsfaktoren für vier von den Bietern vorzulegende Konzepte, zu denen sie jeweils nach a bis c bzw. a bis d gegliederte drei bzw. vier Teilfragen vorgab: Zur Online-Booking-Engine (OBE) (Konzept OBE), zur Betreuung des Kunden (Konzept Betreuung), zum Personaleinsatz (Konzept Personaleinsatz) sowie zur Implementierung (Konzept Implementierung) der dargestellten Leistungen und Produkte. Zu den Konzepten gab die Ag jeweils eine Wortzahlbegrenzung von 3.000 Wörtern pro jeweiligem Teil (Teilfragen a bis c bzw. a bis d) vor. Ferner definierte die Ag zwei Unterkriterien für Zusatzpunkte (Formular gemäß Bl. 54 der Vergabeakte).

Die Antragstellerin (ASt) und die förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Beigeladene (Bg) gaben jeweils ein Angebot ab. Die Bg erklärte in ihrem auf Bl. 281 der elektronischen Vergabeakte dokumentierten Angebotsschreiben, sie biete *„zu den in den Vergabeunterlagen aufgeführten Bedingungen ... die ausgeschriebene Leistung an. Mein Angebot entspricht den Vorgaben der Vergabeunterlagen. ...“*

Im Vergabevermerk vom 10. März 2023 dokumentierte die Ag, das Angebot der ASt unterschreite die von der Ag festgelegte Mindestpunktzahl und sei auszuschließen (Bl. 555 ff. der Vergabeakte). Der Zuschlag sei auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben vom 17. März 2023 informierte die Ag die ASt nach § 134 GWB, das Angebot der ASt könne wegen Unterschreitens der Mindestpunktzahl nicht berücksichtigt werden, es sei beabsichtigt, den Zuschlag an die Bg zu erteilen.

Die ASt rügte die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg mit Schreiben vom 20. und 23. März 2023.

Mit Schreiben vom 24. März 2023 teilte die Ag der ASt mit, auf die Rügen der ASt hin das Vergabeverfahren in den Stand der Angebotswertung zurückzusetzen. Die Ag bat ferner um Mitteilung von Tatsachen oder Indizien, auf die die ASt von ihr bemängelte datenschutzrechtliche Verstöße der Bg stütze.

Mit Schreiben vom 29. März 2023 trug die ASt gegenüber der Ag insofern weiter vor und rügte zudem weitere datenschutzrechtliche Verstöße durch das Angebot der Bg.

Mit Schreiben vom 24. und 31. März 2023 informierte die Ag die Bg über die datenschutzrechtliche Rüge und das entsprechende Vorbringen der ASt, indem die Ag die von der ASt behaupteten datenschutzrechtlichen Mängel der Bg wörtlich mitteilte, und bat hierzu um eine Stellungnahme bis zum 4. April 2023 (Bl. 617 ff. der Vergabeakte). Die Bg antwortete der Ag mit Schreiben vom 6. April 2023 (Bl. 633 ff. der Vergabeakte).

Mit einem Update vom 29. März bzw. 6. April 2023 zum Vergabevermerk (Bl. 661-663 der Vergabeakte) dokumentierte die Ag das Ergebnis ihrer Prüfungen, wonach das Wertungsergebnis der ASt zwar zu korrigieren, aber das Angebot der Bg nach wie vor zu bezuschlagen sei.

Mit Schreiben vom 11. April 2023 half die Ag den Rügen der ASt teilweise hinsichtlich geltend gemachter Wertungsfehler ab, nicht aber hinsichtlich der bemängelten Verstöße gegen das Datenschutzrecht. Der Ausschluss der ASt wurde zurückgenommen,

Mit weiterem Schreiben vom 11. April 2023 informierte die Ag die ASt erneut nach § 134 GWB und teilte mit, das Angebot der ASt belege nur den zweiten Rang, das der Bg sei nach wie vor das wirtschaftlichste Angebot, das die Ag frühestens am 24. April 2023 zu bezuschlagen beabsichtige.

Die ASt rügte die so mitgeteilte beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Bg erneut mit Schreiben vom 17. April 2023.

Mit Schreiben vom 18. April 2023 bestätigte die Ag der ASt den Eingang ihrer Rüge vom 17. April 2023 und teilte mit, die Ag werde die Bewertung der Konzepte der ASt und der Bg „*einer weiteren, tiefgreifenden Analyse*“ zuführen. Dies werde einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen, binnen der in der Rüge gesetzten Frist bis zum 19. April 2023, 15:30 Uhr, werde keine Antwort der Ag erfolgen können.

Mit Update des Vergabevermerks vom 27. April/4. Mai 2023 (Bl. 723 ff. der Vergabeakte) dokumentierte die Ag das Ergebnis ihrer Überprüfung der Rügen der ASt und hielt als Ergebnis fest, das Vergabeverfahren sei in den Stand der Angebotswertung zurückzusetzen und die Konzepte neu zu bewerten gewesen. Dies sei erforderlich gewesen, weil die Auslegung insbesondere

des Kriterienkatalogs bei der bisherigen Bewertung nicht hinreichend aus der Sicht des objektiven Empfängerhorizonts erfolgt sei. Die Neubewertung sei durch ein fachlich nicht vorbefasstes Bewertungsgremium erfolgt. Als Zuschlagsentscheidung hielt die Ag im Ergebnis fest, dass das Angebot der ASt die Mindestpunktzahl von 60% erreiche, aber gegenüber dem im Ergebnis besser zu bewertenden Angebot der Bg nur den zweiten Rang belege. Daher sei dem Angebot der Bg der Zuschlag zu erteilen.

Die Ag informierte die ASt erneut gemäß § 134 GWB mit Schreiben vom 4. Mai 2023 (Bl. 743 ff. der Vergabeakte) über das Ergebnis der neuen Bewertung der Angebote und den beabsichtigten Zuschlag an die Bg.

2. Auf das neue Vorabinformationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 11. April 2023 mit dem für den 24. April 2023 mitgeteilten Zuschlagstermin hatte die ASt bereits mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 20. April 2023 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Der an diesem Tag bei der Vergabekammer eingegangene Nachprüfungsantrag der ASt wurde durch die Vergabekammer an die Ag am 21. April 2023 übermittelt.

a) Die ASt hält den Nachprüfungsantrag für zulässig und begründet. In der Sache sei das Angebot der Bg wegen Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen auszuschließen, weil es insofern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV abweiche; jedenfalls aber sei die Bewertung der Konzepte der ASt bzw. der Bg fehlerhaft erfolgt.

Zum Argumentationskomplex Datenschutz beruft sich die ASt auf einen Verstoß der Ag gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV. Das Angebot der Bg weiche von den Vorgaben zur Einhaltung des Datenschutzrechts in Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung bzw. § 11 Abs. 1 und 2 des Vertrages ab, weil das Angebot der Bg die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer, insbesondere die Vereinigten Staaten von Amerika (USA) oder Großbritannien, und ein erhöhtes Datenschutzniveau gemäß den Artt. 44 ff., 32 Abs. 1, 2 und 5 Abs. 1 lit. f) DSGVO bedinge und davon auszugehen sei, dass weder ein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 44 DSGVO die Übermittlung dieser personenbezogenen Daten rechtfertige noch auf Seiten der Bg ein hinreichendes Datenschutzniveau im Sinne von Art. 46 DSGVO garantiert sei. Die Ag sei auf das dezidierte Rügevorbringen der ASt der ihr im Hinblick auf § 15 Abs. 5 S. 1 VgV und § 97 Abs. 2 GWB bzw. § 128 Abs. 1 GWB obliegenden Pflicht zur Aufklärung der datenschutzrechtskonformen Ausgestaltung des Angebots der Bg nicht hinreichend nachgekommen. Soweit die Ag gegenüber der ASt im Schreiben vom 11. April 2023 nur angegeben habe, die Bg habe glaubhaft versichern können,

die relevanten datenschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten, genüge das einer solchen Aufklärung nicht, da auf diese Weise die im Rügevorbringen der ASt dargelegten Punkte nicht stichhaltig untersucht worden seien. Im Einzelnen:

- Die Verflechtung der Bg mit us-amerikanischen und britischen Konzerngesellschaften bedinge eine nach Art. 44 DSGVO unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten insbesondere in die USA und Großbritannien. Für eine Übermittlung im Sinne der Artt. 44 ff. DSGVO reiche jede Offenlegung personenbezogener Daten gegenüber einem Empfänger in einem Drittland aus. Hierfür genüge es, wenn personenbezogene Daten auf eine Plattform eingestellt würden, auf die von einem Drittland zugegriffen werden könne. Dass die Daten ggf. auf Servern in der EU lägen, sei für einen solchen Vorgang unerheblich. Die Anteile der Bg würden nahezu vollständig von der [...] gehalten, die wiederum vollständig in Händen einer weiteren britischen Gesellschaft sei. Die [...] werde von einer [...] kontrolliert, auf die wiederum die US-amerikanische Konzernmutter [...], unmittelbar sowie über weitere Gesellschaften mit Sitz in Großbritannien beherrschenden Einfluss ausübe. Führungspersonal der Bg sei offenbar nicht in Deutschland ansässig, so der für Informationstechnologie im Konzern zuständige Chief Technology Officer und Executive Vice President of Global Operations, [...]. Der [...] Konzern verstehe sich als einheitliches Unternehmen, was sich auch auf die Bg und ihr Reisedienstleistungsgeschäft auswirke. Insbesondere spiegele sich das darin wider, dass [...]. Folge dieser Struktur der Bg sei, dass sie besonders eng in den maßgeblich in den USA bzw. Großbritannien verorteten Konzernverbund eingebunden sei. Die konzernverbundenen Gesellschaften griffen wechselseitig auf personenbezogene Daten zu und übermittelten bzw. verarbeiteten diese über Landesgrenzen hinweg auf gemeinsam genutzten Servern, die insbesondere in den USA und in Großbritannien verortet seien. Dies folge aus organisatorisch und gesellschaftsrechtlich begründeten Zuständigkeits- und Weisungsbefugnissen im Konzern der Bg. Es sei nämlich davon auszugehen, dass der genannte in den USA sitzende Chief Technology Officer der Bg ebenso wie ihm zugeordnetes IT-Personal nicht nur für die Bg, sondern auch für weitere konzernverbundene Unternehmen tätig seien, von dem davon auszugehen sei, dass das Personal auf Systeme und Daten der Bg auch aus Ländern außerhalb der EU, maßgeblich aus den USA, zugreifen könnten. Vor diesem Hintergrund sei zu erwarten, dass personenbezogene Daten des Personals der Ag von der Bg bzw. ihrer us-amerikanischen Konzernmutter in den USA verarbeitet würden, jedenfalls dort abgefragt, offengelegt bzw. bereitgestellt würden. Für eine entsprechende Datenverarbeitung genüge schon, wenn der generelle IT-Support der Bg aus den USA erfolge. Dies

widerspreche zudem der Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung, wonach alle Datenhaltungen, was Datenverarbeitungen einschlieÙe, auf Servern in der EU bzw. in Deutschland stattzufinden hätten.

- Ferner lasse die Bg in ihrer u.a. Datenschutzerklärung ausdrücklich die Verarbeitung personenbezogener Daten in unsicheren Drittländern zu, für die es keinen Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO gebe. Soweit die Bg sich hierfür auf ihre bereits im Jahr 2013 für den konzerninternen Datenaustausch schon vor Inkrafttreten der DSGVO zugelassenen internen Datenschutzrichtlinien (Binding Corporate Rules, BCR) berufe, reichten diese als Grundlage für eine entsprechende Datenübermittlung nach Art. 46 Abs. 2 lit. b) DSGVO nicht aus. Zudem sei die für die Bg zuständige Datenschutzabteilung konzernintern in London/Großbritannien verortet, was im Falle einer Anrufung im Hinblick auf personenbezogene Daten zwangsläufig zu einer Datenhaltung außerhalb der EU führe. All das verstoÙe somit zusätzlich gegen die Vorgaben der Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung.
- Die im Zuge des Auftragsverhältnisses anfallende Übermittlung personenbezogener Daten durch die Bg in die USA sei mangels eines Angemessenheitsbeschlusses nach Art. 45 DSGVO nicht gerechtfertigt. Hinsichtlich einer nicht auszuschließenden Datenübermittlung nach Großbritannien gebe es zwar für Großbritannien einen Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO, dieser sei aber nur bis zum 27. Juni 2025 gültig, während der ausgeschriebene Vertrag eine Laufzeit bis zum 30. Juni 2027 bzw. bei Ausübung der Verlängerungsoption bis zum 30. Juni 2031 habe. Daraus folge zwingend, dass der Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO auch für Großbritannien unzureichend sei, um Übermittlungen personenbezogener Daten dorthin im Rahmen des ausgeschriebenen Auftragsverhältnisses rechtfertigen zu können.
- Darüber hinaus sei nicht ersichtlich, dass die Bg hinreichende geeignete Garantien nach Artt. 46, 47 DSGVO für eine Datenübermittlung in Drittländer ohne Angemessenheitsbeschluss aufweisen könne. Das gelte insbesondere für die vom ausgeschriebenen Vertrag betroffenen sensiblen Kategorien des betroffenen Dienstpersonals der [...] -Nutzer. Soweit die Bg sich auf ihre verbindlichen internen Datenschutzvorschriften (Binding Corporate Rules – BCR) für den konzerninternen Kommunikationsverkehr als geeignete Garantie beziehe, könnten diese keine geeignete Garantie darstellen. Denn diese lieÙen nicht erkennen, dass die internationalen Datentransfers auf das Erforderliche begrenzt seien. Damit sei zu befürchten, dass die BCR der Bg mit zentralen datenschutzrechtlichen Grundsätzen des Art. 5 Abs. 1, 2, Art. 6, Art. 32 DSGVO unvereinbar seien und auch den Vorgaben der Leistungsbeschreibung zur Datenhaltung in der EU nicht genügen könne.

- Bei den im Zuge einer Auftragsausführung durch die Bg anfallenden Übermittlungen personenbezogener Daten in Drittländer nach Artt. 44 ff. DSGVO sei zu befürchten, dass die Bg kein angemessenes Datenschutzniveau gemäß Art. 32 Abs. 1, 2 DSGVO gewährleiste. Es sei nicht ersichtlich, dass die Bg gebotene zusätzliche Schutzmaßnahmen wie Verschlüsselungen oder Pseudonymisierungen nutze, um personenbezogene Daten zu schützen. Dies gelte vor allem für die zu organisierenden Reisen [...]. Denn für diese Kategorien von Personen bestehe eine erhöhte Wahrscheinlichkeit unstatthafter Zugriffe Dritter, etwa mittels Abfragen durch ausländische Nachrichtendienste und andere ausländische Behörden. Mit Blick auf die gesellschaftsrechtliche und organisatorische Struktur der Bg und die Einbindung in ihren Konzernverbund sei nicht davon auszugehen, dass die Bg hinreichende technische und organisatorische Maßnahmen ergriffen habe, um das gebotene datenschutzrechtliche Niveau im Hinblick auf die Übermittlung personenbezogener Daten in die USA und Großbritannien zu gewährleisten. Vor diesem Hintergrund sei die Bg nicht in der Lage, die sich aus § 11 des Vertrages ergebenden datenschutzrechtlichen Verpflichtungen einzuhalten.
- Darüber hinaus sei zu befürchten, dass es im Rahmen eines Auftragsverhältnisses mit der Bg zu einem Risiko unstatthafter Zugriffe auf personenbezogene Daten aus dem Auftragsverhältnis zwischen Ag und Bg durch US-Behörden aufgrund US-Sicherheitsrechts komme. Dies betreffe maßgeblich die Möglichkeit von entsprechenden Herausgabeverlangen durch US-Behörden nach den Vorschriften des US-CLOUD-Acts bzw. aufgrund der Section 702 des Foreign Intelligence Surveillance Act von 1978 (FISA 702), die sich gegen die us-amerikanische Konzernmutter der Bg richten könnten und die sich danach gehalten sehen könne, die Bg aufgrund gesellschaftsrechtlicher Weisungsrechte zur Herausgabe personenbezogener Daten aus dem Auftragsverhältnis bzw. deren Übermittlung in die USA zu veranlassen. Zum anderen sei nicht auszuschließen, dass auch die Bg selbst Adressat entsprechender us-amerikanischer Herausgabeverlangen sein könne. Die gesellschaftsrechtliche und organisatorische Struktur der Bg begründe insofern ernsthafte und konkrete Zweifel an ihrer datenschutzrechtlichen Zuverlässigkeit.
- Soweit vom künftigen Auftragnehmer im Zuge der Erfüllung der Vorgaben nach Ziff. 3.2.17 der Leistungsbeschreibung bei Interkontinentalflügen nach Ticketing bis zum Abflug die Reservierungssysteme nach günstigeren gleichwertigen Tarifalternativen auf den gebuchten Flügen zu prüfen seien, sei im Markt bekannt, dass die Bg für ihre gebuchten Flugtickets das Preisvergleichstool [...] nutze. Die [...], die dieses Tool auf dem deutschen Markt vertreibe, habe der ASt bestätigt, dass [...] derzeit nur auf Servern in den USA laufe. Die zuständigen Teams, die Zugriff auf die über [...] laufenden Daten hätten, säßen derzeit

nur in den USA, Großbritannien und Indien. Vor diesem Hintergrund liefen die im Zuge dieses Prozesses anfallenden personenbezogenen Daten zwangsläufig und schwerpunktmäßig über unsichere Drittländer im Sinne des Art. 44 DSGVO. Unter Berücksichtigung der bisherigen Ausführungen verstoße der Einsatz dieses Tools damit gegen die bei Auftragsausführung zu beachtenden datenschutzrechtlichen Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zur Datenhaltung in der EU bzw. fehle es an geeigneten Garantien für einen datenschutzrechtskonformen Transfer in die USA, weil die Bg sich insofern nicht auf die von der Bg herangezogenen Standardvertragsklauseln der EU-Kommission nach Art. 46 Abs. 2 lit. c) DSGVO berufen könne. Denn diese böten kein angemessenes Datenschutzniveau. Hierzu verweist die ASt in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 auf Entscheidungen des Europäischen Datenschutzausschusses (EDSA) vom 13. April 2023 sowie der irischen Datenschutzbehörde vom 12. Mai 2023 in Sachen Meta.

- Schließlich folge eine unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten in die USA auch für die in einem etwaigen künftigen Auftragsverhältnis der Bg anfallende Datenverarbeitung durch den von der Bg genutzten Dienstleister [...] Aus der Datenschutzerklärung der Bg ergebe sich, dass personenbezogene Kunden- und Reisedaten u.a. zur Ausführung, Analyse und Verbesserung der Geschäfte und Dienstleistungen der Bg in Drittländer übermittelt würden. Hierzu gehöre besagtes Unternehmen [...]. Dieses sei auf das Sammeln, Aggregieren und Abgleichen von Reisedaten zum Zweck der Optimierung von Geschäftsabläufen spezialisiert. Die Bg und ihr Konzernverbund seien ausweislich der Website von [...] sowie von näher benannten Fachpresseveröffentlichungen Kunde dieses Unternehmens, das als Dienstleister zur Erfassung der Buchungsdaten der Bg bzw. des Konzerns tätig sei. Vor diesem Hintergrund sei zwangsläufig davon auszugehen, dass auch personenbezogene Daten im Rahmen eines künftigen Auftragsverhältnisses zwischen Ag und Bg an [...] in die USA übermittelt würden und somit die Vorgaben aus Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung bzw. § 11 des Vertrages bzw. Art. 44 DSGVO nicht eingehalten würden, was für sich genommen ebenfalls den Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV begründe.
- Soweit die Ag ferner meine, personenbezogene Daten dürften generell an Stellen außerhalb der EU weitergegeben werden, weil es deren vertragsgemäße Bestimmung sei, folge daraus allerdings nicht, dass dies stets datenschutzrechtskonform sei. Art. 49 Abs. 1 lit. c) DSGVO ermögliche zwar die Datenübermittlung zum Abschluss bzw. zur Erfüllung eines im Interesse der betroffenen Person mit einer anderen Person geschlossenen Vertrages. Dies gelte aber nur für die insofern benötigten Daten, z.B. für eine Hotelbuchung an

ein Hotel in einem Drittstaat, nicht aber für die Gesamtheit der von der Bg zu verarbeitenden Daten reisenden Personals der Ag und nicht an die Unternehmen des Konzernverbundes der Bg in Drittländern gemäß Art. 44 DSGVO.

Des Weiteren habe die Ag die qualitative Angebotswertung der ASt und der Bg beurteilungsfehlerhaft durchgeführt und damit gegen die Grundsätze von § 58 Vgv, § 127 GWB bzw. § 97 Abs. 1, 2 GWB verstoßen.

Die ASt ist der Ansicht, dass die Neuwertung durch die Ag vom 4. Mai 2023 die Bg ungerechtfertigterweise bevorzugt hat, indem die Ag für die Neuwertung – wie von ihr gegenüber der Ag im neuen Vorabinformationsschreiben angegeben – ein neues „*fachlich nicht vorbefasstes Gremium*“ damit befasst habe. An diesem sei allerdings nach den Angaben der Vergabeakte der zuständige Beschaffer sowie die zuständige Referatsleiterin beteiligt, von denen anzunehmen sei, dass sie auch in den bisherigen Vergabeprozess involviert gewesen seien. Ein drittes Mitglied des Gremiums sei nach den Angaben der Vergabeakte ein juristischer Referent gewesen, der für die fachliche Bewertung ungeeignet sei, da ohne technische und branchenspezifische Kenntnisse keine willkürfreie Bewertung möglich sei. Die Ag habe nach den Angaben der Vergabeakte zudem die Neubewertung des fachlich nicht vorbefassten Gremiums der fachlich vorbefassten Stelle zwecks Überprüfung auf ein fachlich zutreffendes Verständnis vorgelegt, was eine ergebnisoffene und neutrale Neubewertung ausschließe. Daher sei eine Verletzung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht auszuschließen. Zwar habe die Ag die von der ASt bemängelten Wertungsfehler beseitigt, die Konzepte der ASt seien insgesamt aber nicht besser bewertet worden. Die Ag habe statt dessen das Bewertungsergebnis mit neuen, im Zuge der Wertung gar nicht festgestellten und dokumentierten angeblichen Mängeln begründet. Danach bestehe der Eindruck, die Ag habe mit allen Mitteln versucht, eine sachgerechte Bewertung der Konzepte der ASt zu verhindern, um der Bg den Zuschlag als Bestandsdienstleisterin erteilen zu können.

Die Neubewertung der ASt zum Konzept OBE hält die ASt nach wie vor für beurteilungsfehlerhaft. Die Ag führe in ihrer Bewertung vom 4. Mai 2023 neue Mängel an, die sie bislang nicht kommuniziert bzw. dokumentiert gehabt habe. Die Ag moniere danach insbesondere, dass die in Ziff. 3.1.11 vorgegebenen Teilleistungsaspekte im Einzelnen nicht hinreichend im Konzept OBE der ASt berücksichtigt worden seien. Nach den Vorgaben für das Konzept OBE sei aber eine konkrete Darstellung aller Teilleistungsaspekte nicht geboten gewesen und wegen der Wortbegrenzung

auf 3.000 Worte für diesen Teil auch nicht hinreichend möglich. Nach den Vorgaben des Kriterienkatalogs sei im Konzept OBE vielmehr die für den [...] vorgesehene OBE-Lösung im Hinblick auf die dort vorgegebenen Teilfragen a bis c darzustellen gewesen. Für einen verständigen Bieter sei aus den Vorgaben zu entnehmen gewesen, dass innerhalb dieses begrenzten Darstellungsraumes nicht zu jedem einzelnen Aspekt in Ziff. 3.1.11 der Leistungsbeschreibung Stellung zu nehmen sei. Es sei auch nicht nachvollziehbar, warum in der Neubewertung gänzlich neue Mängel festzustellen sein sollten. Die Bewertung des Konzepts OBE der ASt sei daher sachfremd erfolgt und habe zwingend besser erfolgen müssen.

Die Neubewertung der ASt hinsichtlich des Konzepts Betreuung sei beurteilungsfehlerhaft, weil die Ag die Nichtberücksichtigung von Aspekten bemängelt habe, auf die nach den Vorgaben des Kriterienkatalogs nicht einzugehen gewesen sei. Im Einzelnen:

- Die Ag habe bemängelt, dass die ASt im Konzept Betreuung den in Ziff. 3.1.21 der Leistungsbeschreibung definierten Service Level nicht hinreichend klar herausgearbeitet habe. Das Erfordernis konkreter Ausführungen zum Service-Level nach Ziff. 3.1.21 sei aber dem Kriterienkatalog nicht zu entnehmen und könne daher einer besseren Bewertung der ASt insofern nicht entgegengehalten werden. Ein dort enthaltener Verweis diene allein der Klarstellung, an welcher Stelle in der Leistungsbeschreibung Vorgaben zum Business Travel Center (im Folgenden: BTC) gemacht würden. Die ASt habe in ihrem Konzept genau beschrieben, wie sie die Betreuung [...] über ihre BTC im Auftragsfall vornehmen werde. Vor diesem Hintergrund sei der Bewertungsmaßstab der Ag insoweit fehlerhaft.
- Unzutreffend sei auch die Behauptung der Ag, im Konzept der ASt komme nicht klar zum Ausdruck, dass die Betreuung des [...] durch die im Konzept konkret benannten Standorte der ASt erfolgen solle. Die ASt habe in ihrem Konzept Betreuung beide BTC ausdrücklich benannt und vorgestellt, ferner darauf hingewiesen, dass beide bereits an den genannten Standorten in Betrieb seien. Daraus folge zwingend, dass die Betreuung des [...] durch diese benannten BTC in [...] erfolge. Die Kritik, das Konzept lasse nicht klar erkennen, dass die Betreuung des [...] von beiden Standorten aus erfolge, sei eine mutwillige Fehlinterpretation des Konzepts der ASt, sie stehe im Widerspruch zu der der Neubewertung vorangestellten Maßgabe der Ag, die Konzepte wohlwollend auszulegen.

- Ebenfalls für unzutreffend hält die ASt die Begründung der Ag, die ASt sei nicht auf die technische Ausstattung ihrer BTC eingegangen. Die ASt habe auf Seite 5 ihres Konzepts Betreuung vielmehr genau dieses dargelegt, dass eine Multi-Source-Buchungsplattform zum Einsatz komme, die später im Konzept näher dargestellt werde. Es sei auch dargelegt, dass alle Arbeitsplätze betriebsärztlichen und ergonomischen Richtlinien entsprächen sowie ein Firmendienst mit [...] vorhanden sei. Die Ag habe selbst erklärt, dass nicht allein wegen einer nicht nachvollziehbaren Verortung von Inhalten in der Struktur des Konzepts Angaben unberücksichtigt bleiben sollten. Die Darstellung der Multi-Source-Plattform auf den Seiten 21 ff. des Konzepts Betreuung müsse daher mit den Darlegungen auf Seite 5 berücksichtigt werden.
- Die Ag habe ferner unzutreffend angenommen, die ASt habe im Konzept Betreuung kein zusätzliches Personal für unvorhergesehene Situationen bereitgestellt. Die ASt erkläre ausdrücklich, dass sie an jedem Standort Mitarbeiter habe, die als Springer zusätzlich in den Teams eingesetzt werden könnten, woraus sich ergebe, dass zusätzliches Personal auch in unvorhergesehenen Situationen verfügbar sei. Die ASt habe zudem im Konzept Personal ausgeführt, sie habe die Möglichkeit kurzfristiger Aufstockung durch Bestandspersonal.
- Ferner habe die Ag falsch moniert, die ASt sei nicht auf die personellen Ressourcen zur Sicherstellung von Full-Content und Best-Buy eingegangen. Im Konzept Betreuung der ASt sei auf den Seiten 21 ff. klar erkennbar, dass für die Anwendung der Plattform zur Sicherstellung von Full-Content und Best-Buy keine zusätzlichen personellen Ressourcen erforderlich seien.
- Soweit die Ag festgestellt habe, dass fehlende Ausführungen zu Teilen der gestellten Fragen einer besseren Gesamtbewertung des Konzepts Betreuung entgegenstünden, gehe sie daher fehl, da die ASt dort zu allen im Kriterienkatalog formulierten Fragen Stellung genommen habe; ihr Konzept sei vollständig.

Zum Konzept Personaleinsatz der ASt habe die Ag zu Unrecht bemängelt, die ASt habe dort die als technische Hilfsmittel eingesetzten Tools zur Unterstützung des Personals bei der Abwicklung von Flugtickets nicht näher erläutert. Eine solche Anforderung sei dem Kriterienkatalog aus Sicht eines verständigen Bieters dagegen nicht zu entnehmen. Überdies habe die ASt im Konzept Personal die entsprechenden technischen Hilfsmittel unter Erläuterung ihres Einsatzzwecks benannt. Ferner sei die von der ASt eingesetzte Multi-Source-Plattform im Konzept Betreuung aufgeführt

worden. Ebenfalls habe die Ag fehlerhaft bemängelt, dass die ASt im Konzept Personaleinsatz nur teilweise auf den [...] eingegangen sei. Denn das gesamte Konzept betreffe den Personaleinsatz für [...] ersichtlich im Hinblick auf die streitgegenständlichen Leistungen. Jedenfalls enthalte der Kriterienkatalog aber keine Anforderung, auf den Einsatz für [...] gesondert eingehen zu müssen.

Das Konzept Implementierung der ASt sei in der Neubewertung vom 4. Mai 2023 ebenfalls wesentlich schlechter bewertet worden als ursprünglich. Soweit die Ag in ihrer Neubewertung bemängelt habe, das Konzept der ASt sei in Struktur und Darstellung schwer nachvollziehbar, widerspreche dies der Feststellung der Ag, dass das Konzept der ASt alle genannten Einzelaspekte berücksichtige und nachvollziehbar sei. Dies sei ein Indiz für eine willkürliche bzw. sachfremde Bewertung der ASt, um dem Angebot der Bg zum Durchbruch zu verhelfen. Die Ag gehe bei ihrer Begründung auch fehl damit, die ASt habe Verantwortlichkeiten und Aufgabenzuordnungen nicht klar erkennbar dargestellt. Aus den Beschreibungen der ASt im Konzept auf Seiten 5 bis 7 ergäben sich die einzelnen Teilaspekte der Implementierung, ferner sei im Konzept dargestellt, in wessen Kompetenz, ASt oder Ag, die Implementierung einzelner Maßnahmen bzw. Aufgaben falle.

Des Weiteren liege es nahe, dass die Ag auch die Konzepte der Bg grob fehlerhaft bewertet habe. Die Ag habe im Zuge der Neubewertung ausweislich der Vergabeakte auf Bl. 725 nicht ausgeschlossen, dass Sonderwissen der Bg positiven Einfluss auf die ursprüngliche Bewertungsentcheidung gehabt habe. Dies ergebe sich, so die ASt in ihrem Rügeschreiben vom 17. April 2023, insbesondere im Hinblick auf die von der Ag im ursprünglichen Vorabinformationsschreiben als unzureichend bemängelten Ausführungen im Konzept OBE zu Schnittstellen zu [...]. Da ein solches Sonderwissen untrennbarer Bestandteil der Konzepte der Bg sei, sei eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz genügende Bewertung der Konzepte per se ausgeschlossen, was den Ausschluss des Angebots der Bg erfordere.

Hinsichtlich des Konzepts OBE merkt die ASt an, es sei am Markt bekannt, dass – so die ASt in ihrer Rüge vom 17. April 2023, auf die die ASt im Nachprüfungsverfahren explizit Bezug nimmt – die Bg entgegen der Anforderungen nach Ziff. 3.1.22 der Leistungsbeschreibung nicht mit einem multi-source-fähigen System arbeite. Sofern ein entsprechender Einsatz nicht im Konzept dargelegt worden sei, könne die Bg insofern nicht die volle Punktzahl erhalten.

Hinsichtlich des Konzepts Betreuung der Bg habe die ASt dargelegt, dass sich aus von ihr im Rügeschreiben vom 17. April 2023 näher dargelegten Umständen ein Betreuungsdefizit ergebe, das sich im Rahmen einer Auftragsausführung auswirken könne. Die Bg verfüge nicht über ein BTC in Deutschland, durch das die Betreuung der Ag für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistungen erfüllt werden könne. Der Vergabeakte sei nicht zu entnehmen, dass die Ag den in der Rüge näher dargelegten Indizien hinreichend nachgegangen sei, was sich als Überschreitung des Beurteilungsspielraums darstelle. Das ergebe sich auch für die Rüge der ASt, dass die Bg nicht über hinreichend qualifiziertes Personal verfüge. Die Ag habe in einem Schreiben vom 27. Oktober 2022 an die am Bestandsauftrag beteiligten Ressorts selbst auf eine angespannte Personalsituation der Bg hingewiesen. Soweit die Ag dieses Vorbringen der Ag als spekulativ zurückweise, folge daraus, dass die Ag dem Rügevortrag der ASt ebenfalls nicht nachgegangen sei, wiederum mit der Folge einer Beurteilungsüberschreitung.

Auch zum Konzept Personaleinsatz der Bg sei anzunehmen, dass die Ag die Ausführungen der ASt zur angespannten Personalsituation nicht berücksichtigt habe bei der Konzeptbewertung. Daher sei auch insofern von einem Überschreiten des Beurteilungsspielraums infolge mangelhafter Sachverhaltsaufklärung auszugehen.

Hinsichtlich des Konzepts Implementierung der Bg, so die ASt in ihrer Rüge vom 17. April 2023, auf die sie sich ergänzend bezieht, sei zu befürchten, dass dieses keine sinnvollen Angaben enthalte. Denn die Bg sei Bestandsdienstleisterin, so dass im Auftragsfall der Großteil der Implementierungsleistungen gar nicht durchgeführt werden müsse.

Hinsichtlich der Bewertung des Angebots der Bg zum Kriterium der Zusatzpunkte bemängelt die ASt, dass die Bg keine Punkte erhalten dürfe für von ihr angegebene exklusive Angebote gemäß Ziff. 1.1 des Kriterienkatalogs Zusatzpunkte. Die dort geforderten „exklusiven Angebote“ könnten nur solche sein, die nur die Bg der Ag anbieten könne. Ziff. 1.1 des Kriterienkatalogs könne aus Sicht eines verständigen Bieters nur so und nicht im Sinne von „zusätzliche Angebote“ verstanden werden. Die der Bg für zusätzliche Leistungen gewährten Zusatzpunkte seien fehlerhaft gewährt worden.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen,
2. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,

3. Auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet.

Ein Ausschluss des Angebots der Bg. nach §§ 53 Abs. 7 S. 1, 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV scheidet aus. Das Angebot der Bg. enthalte keine Erklärungen, die den Vorgaben der streitgegenständlichen Beschaffung entgegenstünden. Die Bg. habe sich vielmehr ausdrücklich im Angebot verpflichtet, die ausgeschriebenen Leistungen im Vertragsfalle zu den aufgeführten Bedingungen auszuführen, das Angebot entspreche allen Vorgaben der Vergabeunterlagen. Die Bg. habe zur Einhaltung datenschutzrechtlicher Maßgaben mit ihrem Angebot im Schreiben vom 6. April 2023 gegenüber der Ag auf die Aufklärung der Ag hin näher vorgetragen, woraus sich ergeben habe, dass keine Anhaltspunkte für Zweifel an der Einhaltung der Vorgaben der Leistungsbeschreibung, des Vertrages oder der gesetzlichen datenschutzrechtlichen Verpflichtungen bestünden. Die Ag hat hierzu insbesondere unter Rückgriff auf die Stellungnahme der Bg. vom 6. April 2023 in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 vorgetragen, insofern aber gegenüber der ASt den Schutz von Geschäftsgeheimnissen der Bg. reklamiert, so dass dies hier im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB nicht konkret wiedergegeben werden kann.

Die Ag habe keine spezifischen datenschutzrechtlichen Anforderungen definiert, deren Einhaltung die Bieter im Nachprüfungsverfahren nachzuweisen hätten und daher im Rahmen der Angebotsprüfung nach §§ 53, 57 VgV auch nicht näher zu prüfen seien. Vor diesem Hintergrund sei die Ag auch nicht zu einer weitergehenden Aufklärung gegenüber der Bg. nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV verpflichtet. Diese Pflicht greife nur bei nicht eindeutiger Auslegung von Angebotsinhalten, erlaube aber keine Prüfung der Rechts- und Leistungstreue schlechthin über den Inhalt der Vergabeunterlagen hinaus. Die von der ASt befürchtete Nichteinhaltung des Datenschutzrechts sei mangels ausdrücklich vorgegebener Verpflichtungen bzw. Mindestanforderungen bzw. entsprechend darauf bezogener unklarer Angebotsinhalte nicht aufzuklären; insoweit fehle es an einer Ermächtigungsgrundlage der Ag. Soweit die ASt anderer Auffassung sei, gehe sie fehl. Es reiche aus, dass die Ag auf das abgegebene Leistungsversprechen der Bg. vertrauen dürfe, dass sie ihre vertraglichen Zusagen auch in datenschutzrechtlicher Hinsicht einhalten werde.

Eine Pflicht zur Verifikation folge auch nicht aus den vergaberechtlichen Grundsätzen der Transparenz und der Gleichbehandlung. Der Ag stehe es frei, ob sie Nachweise zur rechtskonformen Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags nach § 128 Abs. 1 GWB fordere oder nicht bzw. darauf bezogene Eigenerklärungen der Bieter ausreichen lasse. Die Ag habe darauf fehlerfrei verzichtet. Vor diesem Hintergrund fehle es an einer vergaberechtskonformen Rechtsgrundlage für einen Ausschluss bzw. eine Prüfung der Angebote mangels definierter datenschutzrechtlicher Maßgaben. Das Begehren der ASt führte vielmehr zu Vergaberechtsverstößen, indem die Ag sonst von Art und Umfang der festgelegten Eignungsprüfung abweichen müsse. Die ASt stelle im streitgegenständlichen Verfahren zudem den Marktzugang der Bg in Frage, was nicht von der Ag zu entscheiden sei. Aus § 128 Abs. 1 GWB folge keine bieterschützende Pflicht der Ag, die von der ASt aufgeworfenen datenschutzrechtlichen Vorfragen zu Ausführungsbedingungen nach § 128 Abs. 1 GWB im Vergabeverfahren zugunsten einzelner Wettbewerber zu klären. Die Norm sei bereits nicht bieterschützend, da diese keine vergaberechtliche Sanktion bzw. Rechtsfolge bezwecke. Die Norm setze voraus, dass die am Ort der Leistungserbringung geltenden rechtlichen Vorschriften einzuhalten seien. Die von der Ag im Hinblick auf § 128 Abs. 1 GWB begehrte Auflösung sich widersprechender unterschiedlicher datenschutzrechtlicher Maßgaben in der EU und den USA als Sitz der Muttergesellschaft der Bg durch konkrete Maßgaben im Vergabeverfahren seien ohne konkrete Rechtsgrundlage nicht zulässig. Es fehle eine Rechtsgrundlage für Fälle, in denen der öffentliche Auftraggeber keine besonderen Anforderungen an die Leistungserbringung im Vergabeverfahren aufgestellt habe, also nur ein Verstoß gegen die Einhaltung von Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 1 GWB im Raum stehe. Die Ag sei überdies auch tatsächlich nicht in der Lage, die von der ASt begehrte vollumfängliche datenschutzrechtliche Verifizierung zu ermöglichen. Denn dies sei mit unverhältnismäßigem Aufwand verbunden, der eine zeitnahe Beschaffung unmöglich mache.

Auch bei unterstellter Pflicht zur Verifizierung datenschutzrechtlicher Vorfragen sei das Vorgehen der Ag beanstandungsfrei. Die Ag habe aus dem bisherigen Auftragsverhältnis mit der Bg keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bg sich nicht an das geltende Datenschutzrecht halten werden. Schließlich habe die Bg in ihrer von der Ag im Vergabeverfahren auf die Rügen der ASt abgefragten Stellungnahme vom 6. April 2023 schlüssig dargelegt, dass und wie sie die geltenden datenschutzrechtlichen Vorgaben bei der Vertragsdurchführung einhalten werde. Danach gebe es keinen Anlass für eine vertiefte Verifizierung durch die Ag.

Die ASt berücksichtige bei ihrem Vortrag gleichwohl die Art der in Rede stehenden Daten nicht hinreichend. Es handele sich dabei um Reisedaten, deren vertragsgemäße Bestimmung gerade sei, für die Durchführung der jeweiligen Reise verwendet zu werden und ggf. auch an die mit der Reiseabwicklung/-durchführung betrauten Stellen außerhalb der EU weitergegeben zu werden. Auch Aspekte des Geheimschutzes wirkten sich auf den Schutzzweck des Datenschutzes nicht aus. Ferner sei keine Auftragsdatenverarbeitung durch den Auftragnehmer gegeben, so dass auch insoweit kein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Grundsätze ersichtlich sei. Soweit die ASt meine, die Bg verstoße wegen ihrer Einbindungen in den Mutterkonzern der ASt gegen datenschutzrechtliche Bindungen, fehle es an hinreichenden Anhaltspunkten, um entsprechende Vergaberechtsverstöße erkennen zu können. Die Rüge der ASt sei insofern unsubstantiiert, als die ASt selbst nur vortrage, dass von einer Datenverarbeitung in den USA bzw. Drittländern auszugehen bzw. diese anscheinend zu erwarten sei, ohne dass die ASt hierzu konkret werde.

Allein aus dem Umstand, dass die Bg ein konzernverbundenes Unternehmen sei, könne nicht auf die Missachtung des EU-Datenschutzrechts geschlossen werden. Auch das von der ASt bemängelte Fehlen eines datenschutzrechtlichen Angemessenheitsbeschlusses nach Maßgabe der Artt. 44 ff. DSGVO mit Blick auf Großbritannien greife nicht durch. Der insofern bestehende EU-Angemessenheitsbeschluss bestehe fort bis 2025. Zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei dieser also vorhanden und nur darauf sei für die Datenschutzrechtsslage abzustellen. Sofern sich nach Vertragsschluss Anderes ergeben sollte, sehe das Vertragsrecht hinreichende Instrumente für eine entsprechende Änderung bzw. Anpassung bis hin zur Kündigung des Auftragsverhältnisses vor.

Die von der ASt bemängelten Wertungsverstöße seien durch die von der Ag zum 4. Mai 2023 mitgeteilte Neubewertung der Angebote der ASt und der Bg erledigt. Soweit die ASt bemängele, eine Schlechterbewertung einzelner Konzepte sei gegenüber den vorangegangenen früheren Bewertungen vergaberechtswidrig, gehe sie fehl. Dies ergebe sich bereits aus dem Umstand, dass die Neubewertung notwendigerweise offen und im Quervergleich aller Angebote stattzufinden habe und es daher in der Natur der Sache liege, dass unterschiedliche Ergebnisse zu früheren aufgehobenen Wertungsergebnissen möglich seien.

Soweit die ASt behaupte, die Personen, denen die Neubewertung obliegen habe, seien bereits fachlich vorbefasst bzw. per se ungeeignet, sei dies unzutreffend. Die Vergabestelle sei organisatorisch von den Bedarfsträgern getrennt und verhindere so gerade etwaige Interessenkonflikte bei der Durchführung von Vergabeverfahren. Die zur Neubewertung eingesetzten Personen

seien weder mit der bisherigen operativen Vertragsdurchführung des Bestandsvertrages noch mit der Leistungssteuerung befasst, so dass diese keine damit verbundenen spezifischen Kenntnisse der Eigenheiten und etwaigen Vorzüge der Leistung der Bg als Bestandsdienstleisterin hätten. Diese Personen seien im Hinblick auf den im Kriterienkatalog eindeutig formulierten Erwartungshorizont ohne Weiteres in der Lage gewesen, die Neubewertung durchzuführen. Ein besonderes technisches und branchenspezifisches Wissen sei hierfür nicht erforderlich.

Im Einzelnen:

- Soweit die ASt bemängelt habe, dass die Ag in der Neubewertung vollkommen neue Bewertungsaspekte berücksichtigt habe, treffe das nicht zu. Die Ag habe sich ausschließlich an die Vorgaben des Kriterienkatalogs gehalten. Soweit die ASt meine, die Konzeptbewertung beruhe auf sachfremden Erwägungen, weil ein verständiger Bieter nicht davon ausgehen müsse, zu jedem der in Ziff. 3.1.11 der Leistungsbeschreibung genannten Teilaspekte Stellung nehmen zu müssen, gehe dieser Ansatz fehl. Diese Notwendigkeit ergebe sich ohne Weiteres aus dem Wortlaut des Kriterienkatalogs. Zudem müsse ein Konzept dazu dienen, die Eigenarten der angebotenen Leistung darzustellen. Das beinhalte notwendigerweise eine Bezugnahme auf den Inhalt der Leistungsbeschreibung, auf die im Kriterienkatalog hingewiesen worden sei. Zur Darstellung sei ein angemessener Umfang eingeräumt worden, so dass es auch möglich gewesen sei, auf alle Teilleistungsaspekte einzugehen, ohne dass die Ag eine erschöpfende Beschreibung aller der in Ziff. 3.1.11 aufgeführten Teilaspekte erwartet habe, wohl aber eine nachvollziehbare Inbezugnahme innerhalb der Konzeptdarstellung. Dies habe die ASt auch richtig verstanden, da sie in ihrem Konzept auf einzelne Teilaspekte der Ziff. 3.1.11 sehr wohl Bezug nehme, nur eben nicht auf alle Aspekte in entsprechender Weise eingehe. Auch die Konzepte der übrigen Bieter zeigten entsprechend, dass die Erwartungshaltung von allen Bietern genau so verstanden worden sei.

Eine Überschreitung des Beurteilungsspielraums bei der Konzeptbewertung der Bg liege nicht vor. Die Ag habe den ursprünglich gerügten Mängeln vielmehr abgeholfen, was im Einzelnen in der Stellungnahme vom 1. Juni 2023 näher ausgeführt wird.

- Zum Konzept Betreuung habe die Ag die in der Rüge vom 17. April 2023 vorgebrachten Argumente grundsätzlich berücksichtigt, was im Einzelnen näher dargelegt wird, aber von der ASt gegenüber der Bg als Geschäftsgeheimnis reklamiert wird und daher hier nicht näher wiederzugeben ist. Die Neubewertung vom 4. Mai 2023 sei insofern sodann ebenfalls fehlerfrei erfolgt. Die Kritik der ASt, es seien keine Ausführungen zum Service Level

erforderlich gewesen, gehe fehl. Die Replik der ASt gehe selbst davon aus, dass der Kriterienkatalog auf die entsprechende Ziff. 3.1.21 der Leistungsbeschreibung verweise, die mit „Service Level“ überschrieben sei. Jedenfalls ergebe der Kriterienkatalog, dass für die Betreuung bei besonders hohem Auftragsaufkommen eine Darstellung der geforderten Antwortzeiten geboten sei, was somit eine entsprechende Darstellung des Service Level erfordere. Die Berücksichtigung dieses Aspekts sei damit nicht sachfremd.

Entgegen der Meinung der ASt sei die Benennung der Standorte der BTC im Konzept der ASt positiv berücksichtigt worden, was sich aus der entsprechenden Dokumentation der Bewertung der ASt ergebe und von der Ag in der Stellungnahme vom 1. Juni 2023 näher ausgeführt wird. Daraus ergebe sich, dass im Konzept eine Zuordnung der BTC für die Leistungserbringung nur ansatzweise enthalten und daher nicht hinreichend nachvollziehbar sei. Es sei dennoch wohlwollend berücksichtigt worden, dass die Angaben der ASt tatsächlich im Hinblick auf die Leistungserbringung gemacht worden seien und daher die Benennung der BTC für eine positive Bewertung ausreiche, auch wenn das Konzept auch Angaben ohne hinreichenden Auftragsbezug enthalte, was näher ausgeführt wird.

Ferner treffe die Kritik der ASt nicht zu, die Ag habe Ausführungen der ASt zu technischen Ressourcen nicht berücksichtigt, was in der Stellungnahme der Ag vom 1. Juni 2023 (S. 15/16) näher dargelegt wird. Das Konzept der Bg sei dagegen im Quervergleich hinsichtlich der technischen Ausstattung sehr gut nachvollziehbar gelungen, was a.a.O. (S. 16/17) ebenfalls näher dargelegt wird.

Ebenfalls unzutreffend sei, dass die Ag Ausführungen im Konzept Betreuung zur Multi-Source-Plattform bemängelt habe. Eine positive Berücksichtigung sei bei der Bewertung hinsichtlich der Darstellungen zu „Full Content“ und „Best Buy“ erfolgt. Ein Bezug zum Einsatz der Multi-Source-Plattform als technischem Mittel werde sprachlich aber nicht gesondert aufgenommen und sei daher schwer nachvollziehbar. Die Darstellungen bei der Gesamtbewertung des Konzepts doppelt zugunsten der ASt zu berücksichtigen, sei mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der anderen Bieter nicht vereinbar.

Soweit die ASt meine, es sei negativ berücksichtigt worden, dass kein zusätzliches Personal für unvorhergesehene Situationen bereitstehe, treffe dies nicht zu. Die entsprechenden Angaben im Konzept der ASt seien nicht hinreichend genau erfolgt, was näher ausgeführt wird (S. 17/18 der Stellungnahme der Ag vom 1. Juni 2023). Der Quervergleich mit dem Angebot der Bg zeige, dass dies gleichwohl möglich gewesen sei.

Schließlich habe die Ag fehlerfrei berücksichtigen dürfen, dass die ASt in ihrem Konzept Betreuung nicht auf personelle Ressourcen zur Sicherstellung von „Full-Content“ und „Best-Buy“ eingegangen sei. Der Darstellung im Konzept fehle entgegen der Vorgaben im

Kriterienkatalog ein Eingehen auf das Wie der Multi-Source-Plattform und die dafür notwendigen personellen Ressourcen, was näher ausgeführt wird (S. 19 der Stellungnahme der Ag vom 1. Juni 2023).

- Auch zum Konzept Personaleinsatz habe die Ag die in der Rüge vom 17. April 2023 vorgebrachten Argumente grundsätzlich berücksichtigt, was im Einzelnen näher dargelegt wird, aber von der ASt gegenüber der Bg als Geschäftsgeheimnis reklamiert wird und daher hier ebenfalls nicht näher wiederzugeben ist. Die Neubewertung vom 4. Mai 2023 sei fehlerfrei erfolgt. Entgegen der Ansicht der ASt sei nach dem Kriterienkatalog nicht nur die reine Nennung technischer Hilfsmittel, sondern auch eine nachvollziehbare inhaltliche Erläuterung zu entnehmen gewesen. Soweit im Konzept der ASt Ausführungen enthalten seien, seien diese lediglich stichpunktartig erfolgt. Die entsprechende Bewertung sei auch im Quervergleich mit dem Konzept der Bg gerechtfertigt, was sich im Hinblick auf deren Darlegungen ergebe, wie die Ag näher in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 (S. 20) ausführt.

Es sei zudem nicht fehlerhaft, wenn die Ag bei der Gesamtbewertung berücksichtigt habe, dass das Konzept der ASt auf den [...] als Auftraggeber nur teilweise eingegangen sei. Die Vorgaben des Kriterienkataloges enthielten unmissverständlich eine entsprechende Vorgabe, wonach der Personaleinsatz zur Betreuung des Kunden [...] darzulegen gewesen sei. Dies sei von einem verständigen Bieter in dem Sinne zu verstehen gewesen, dass auf die Besonderheiten des Kunden [...] als Vertragspartner im Konzept einzugehen gewesen sei. Entgegen der Ansicht der ASt reiche es nicht aus, allein das Konzept eingereicht zu haben, um daraus die Vorgabe des Kriterienkatalogs abzuleiten. Überdies habe die Ag bei der Bewertung berücksichtigt, dass einzelne Bezüge im Konzept vorhanden gewesen seien. Ausschlaggebend sei für die Bewertung letztlich die für die Leistungserbringung vorgesehene Anzahl der Mitarbeiter gewesen, die bei der Bg über der der ASt gelegen habe.

- Hinsichtlich des Konzepts Implementierung sei die Rüge der ASt vom 17. April 2023 insofern zutreffend, als Einzelheiten zur Personalrekrutierung im Personalkonzept zu bewerten seien und dies im Konzept der ASt grundsätzlich erfolgt sei, so dass die Ag dies zu berücksichtigen habe. Dies sei bei der Neubewertung vom 4. Mai 2023 auch so erfolgt. Die im Einzelnen näher dargelegten Erwägungen der Neubewertung dieses Konzepts hat die ASt gegenüber der Bg als Geschäftsgeheimnis reklamiert, die daher hier ebenfalls

nicht näher wiedergegeben werden können. Die Neuwertung des Konzepts Implementierung sei beurteilungsfehlerfrei erfolgt. Das Konzept der ASt falle im Vergleich zu dem der Bg durchaus ab, was die Ag in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 näher ausführt (S. 24). Entgegen der Ansicht der ASt habe sie in ihrem Konzept Implementierung ferner die Verantwortlichkeiten – anders als es in dem Konzept der Bg erfolgt sei – nicht nachvollziehbar geregelt, was dort näher auf S. 24 ff. ausgeführt wird.

Schließlich sei eine Veränderung der Rangfolge zugunsten der ASt praktisch nahezu ausgeschlossen, was die Ag unter Verweis auf vorgelegte hypothetische Rangfolgenermittlungen im Schriftsatz vom 1. Juni 2023 ausführt, die sie gegenüber ASt und Bg als geheimhaltungsbedürftig markiert hat.

Ebenfalls sei die Wertung der Konzepte der Bg fehlerfrei erfolgt. Soweit die ASt meine, sie habe substantiiert gerügt, die Bg verfüge weder über ein BTC noch hinreichend qualifiziertes Personal, werde dem widersprochen. Der diesbezügliche Vortrag der ASt sei unsubstantiiert. Hinsichtlich der von der ASt bemängelten Erteilung von Zusatzpunkten an die Bg für exklusive Angebote stünden dem die Angaben im Konzept der Bg entgegen, die der ASt im Hinblick auf § 165 Abs. 2 GWB jedoch nicht offenzulegen seien.

Das Angebot der Bg sei auch nicht nach § 124 Abs. 1 Nr. 6, Nr. 9 lit. a) und b) GWB auszuschließen, da keine Anhaltspunkte vorlägen, die Bg auf dieser Grundlage vom Vergabeverfahren auszuschließen. Soweit die ASt unter Hinweis auf das Schreiben der Ag an die am laufenden Reisebürovertrag beteiligten Mitglieder des Ressortarbeitskreises vom 27. Oktober 2022 Bezug nehme, das auch an die Bg gegangen sei, und daraus schließe, die Bg habe daraus exklusive Informationen und Kenntnisse der streitgegenständlichen Ausschreibung erhalten, gehe sie fehl. Die Bg sei als Bestandsdienstleisterin von diesem Schreiben in Kenntnis gesetzt worden. Aus dem Schreiben sei nur in sehr allgemeiner Form zur streitgegenständlichen Ausschreibung mitgeteilt worden, ohne dass die Bg daraus habe spezifische Informationen erlangen können.

c) Die mit Beschluss vom 25. April 2023 förmlich zum Nachprüfungsverfahren hinzugezogene Bg hat keine Anträge gestellt und auch nicht inhaltlich vorgetragen. Sie hat mit Schreiben vom 10. Mai 2023 erklärt, dem Nachprüfungsverfahren nicht beitreten zu wollen und für ihr Angebot den Schutz als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gegenüber der ASt reklamiert.

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

Die mündliche Verhandlung hat am 6. Juni 2023 stattgefunden. Die Bg hat an der mündlichen Verhandlung nicht teilgenommen.

Die reguläre, gemäß § 167 Abs. 1 S. 1 GWB ablaufende, fünfwöchige Entscheidungsfrist hat die Vorsitzende der Vergabekammer nach § 167 Abs. 1 S. 2 GWB bis zum 31. Juli 2023 verlängert.

b) Die ASt hat mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. Mai 2023 eine Ergänzung der ihr erteilten Akteneinsicht beantragt und die Offenlegung des in der Vergabeakte dokumentierten Schreibens der Bg an die Ag vom 6. April 2023 sowie die diesem Schreiben vorausgegangenem Schreiben der Ag vom 24. und 31. März 2023 begehrt. Die Schreiben wurden nach Anhörung der Ag und der Bg gegenüber der ASt offengelegt, das Schreiben der Bg vom 6. April 2023 nur in einer um Geschäftsgeheimnisse der Bg bereinigten Form mit von der Bg freigegebenen Teilschwärzungen.

Mit Verfügung vom 22. Mai 2023 hat die Vergabekammer den Verfahrensbeteiligten einen Fragenkatalog im Hinblick auf datenschutzrechtliche Aspekte übermittelt, den die Verfahrensbeteiligten fristgemäß je mit Schreiben vom 25. Mai 2023 beantwortet haben. Die Stellungnahmen der Ag und der Bg wurden der ASt nur in um Geschäftsgeheimnisse Dritter teilgeschwärzten Fassungen weitergeleitet. Entsprechendes gilt für den Schriftsatz der Ag vom 1. Juni 2023.

Die ASt hat mit Schreiben vom 1. und 2. Juni 2023 beantragt, das Schreiben der Bg vom 6. April 2023, die ihr weitergeleiteten Stellungnahmen der Ag und der Bg vom 25. Mai 2023 sowie der Ag vom 1. Juni 2023 vollständig und ohne Schwärzungen offenzulegen.

Die Ag hat die Bg mit Schreiben vom 1. Juni 2023 im Hinblick auf ihre Ausführungen in ihrer Stellungnahme vom 25. Mai 2023 auf die Fragen der Vergabekammer vom 22. Mai 2023 aufgefordert, bis zum 2. Juni 2023, 12 Uhr, zu Fragen des datenschutzrechtskonformen Einsatzes von [...] Stellung zu nehmen. Die Bg hat fristgemäß den datenschutzrechtskonformen Einsatz bestätigt. Auf die Anhörung der Bg durch die Vergabekammer mit Schreiben vom 2. Juni 2023, ob und

inwieweit das Antwortschreiben der Bg an die Ag vom 2. Juni 2023 gegenüber der ASt offengelegt werden kann, hat die Bg nicht geantwortet.

Die von der ASt beantragte Offenlegung dieser ihr gegenüber teilgeschwärzten Unterlagen wird abgelehnt, da diese Schwärzungen Geschäftsgeheimnisse der Bg gemäß § 165 Abs. 2 GWB betreffen. Die betreffenden Passagen enthalten ersichtlich sämtlich Angaben der Bg zur Ausgestaltung ihres Angebots bzw. Aussagen, aus denen auf die Angebotsinhalte geschlossen werden kann. Die Schwärzung der betroffenen Passagen ist daher zum Schutz dieser Geschäftsgeheimnisse der Bg geboten, um deren Offenlegung im Übrigen und der ASt das ihr zustehende rechtliche Gehör zu ermöglichen.

c) Soweit die ASt mit Schriftsatz vom 19. Juni 2023 nach der mündlichen Verhandlung ergänzend Anträge gestellt und weitere Ausführungen übermittelt hat, wird dieser Vortrag im Hinblick auf § 167 Abs. 2 GWB unberücksichtigt gelassen. Die Vergabekammer hat bereits in der mündlichen Verhandlung vom 6. Juni 2023 darauf hingewiesen, dass weitere Aufklärungsmaßnahmen zum Angebot der Bg in datenschutzrechtlicher Hinsicht erforderlich sein könnten und dies mit den Verfahrensbeteiligten erörtert. Hierzu bestand also bereits in der Verhandlung die Gelegenheit für die Verfahrensbeteiligten, sich zu äußern, was in der Sache auch erfolgt ist. Die ASt hat ausweislich des Protokolls in diesem Zusammenhang kein Bedürfnis für einen ergänzenden nachzulassenden Vortrag geltend gemacht. Dass die Vergabekammer nach der mündlichen Verhandlung die Beteiligten über das Ergebnis der Beschlusslage mit Telefonaten vom 6./7. Juni 2023 informiert hat, wonach die Ag das Angebot der Bg weiter aufzuklären habe, schaffte insgesamt keine neue Sachlage. Die ASt war am 7. Juni 2023 telefonisch informiert worden, dass die Ag eine etwaige Abhilfebereitschaft bis zum 9. Juni 2023 erklären wollte und dass die ASt eine Abhilfemitteilung der Ag nebst Gelegenheit zur Stellungnahme, ob aus Sicht der ASt Erledigung eingetreten sei, spätestens am 12. Juni 2023 erhalten werde. Da eine solche Mitteilung nicht erfolgte, war klar, dass die Vergabekammer im Beschlusswege entscheiden werde. Es hat keinen neuen Sachverhalt gegeben, zu dem die ASt – zudem nochmals eine weitere Woche später – mit Schriftsatz vom 19. Juni 2023 hätte vortragen müssen. Den Vortrag der ASt nunmehr zu berücksichtigen, bedeutete, den übrigen Verfahrensbeteiligten erneut Gelegenheit zur Stellungnahme einräumen zu müssen, was den Verfahrensablauf erheblich verzögern würde. Es besteht schließlich im Hinblick auf die unter II.2.d) festgestellten Gründe, auf die ausdrücklich verwiesen wird, kein Anlass, erneut in die mündliche Verhandlung einzutreten.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (1.) und begründet (2.). Die ASt erreicht ihr materielles Rechtsschutzziel – Ausschluss des Angebots der Bg – zwar nicht. Mangels abgeschlossener Aufklärung kann indes derzeit nicht abschließend geprüft werden, ob der von der ASt geltend gemachte Ausschlussgrund des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vorliegt oder ob das Angebot der Bg im Gegenteil in Einklang steht mit den Vorgaben der Ag. Da der festzustellende Fehler der Ag, nämlich die nicht abgeschlossene Aufklärung, voreilend ist für eine abschließende Vergabeentscheidung durch die Ag in der Sache, führt dies zur Begründetheit des Nachprüfungsantrags.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft gemäß § 155 ff. GWB. Der Nachprüfungsantrag betrifft ein Vergabeverfahren für die Beschaffung von Reisebürodienstleistungen für das [...] und damit einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB [...].

Der öffentliche Dienstleistungsauftrag liegt ersichtlich oberhalb des nach § 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB, § 3 Abs. 1 VgV relevanten Schwellenwertes von 140.000,- Euro. Das folgt aus der Schätzung des Auftragswertes gemäß dem Beschaffungsauftrag der Ag vom 21. Oktober 2021 (vgl. Bl. 1 f. der Vergabeakte). Bereits der dort für ein Jahr angegebene geschätzte Auftragswert liegt deutlich oberhalb des vorgenannten Schwellenwertes und damit erst recht der auf die Laufzeit des Vertrags hochzurechnende Schätzwert. Die Vergabekammer des Bundes ist damit insgesamt zuständig nach § 159 Nr. 1 GWB

b) Die ASt ist auch antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Das nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Interesse am ausgeschriebenen Auftrag hat die ASt hinreichend durch ihr abgegebenes Angebot sowie die hierzu erhobenen Rügen bzw. ihren Nachprüfungsantrag belegt. Sie beruft sich auf den Verstoß gegen ohne Weiteres bieterschützende Vergaberechtsvorschriften nach § 160 Abs. 2 S. 1 GWB i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB. Die zweitplatzierte ASt hat auch gemäß § 160 Abs. 2 S. 2 GWB einen ihr drohenden Schaden infolge der behaupteten Vergaberechtsverstöße in Gestalt der ihr entgehenden Zuschlagschance dargelegt.

c) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig nachgekommen. Danach ist ein Nachprüfungsantrag unzulässig, soweit der Antragsteller den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Diesen Anforderungen wird das Rügevorgehen der ASt gerecht. Die ASt hat auf die erneute Vorabinformation

gemäß § 134 GWB vom 11. April 2023 mit Schreiben vom 17. April 2023 Verstöße gegen die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung bzw. der Grundsätze der fehlerfreien Angebotswertung gemäß § 127 Abs. 1 GWB sowie – im Hinblick auf die bemängelten datenschutzrechtlichen Verstöße – gegen § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV fristgemäß gerügt.

Soweit sich die ASt im Nachprüfungsverfahren nunmehr maßgeblich gegen die im Informationsschreiben vom 4. Mai 2023 mitgeteilte neue Bewertung der Angebote bzw. den auf dieser Grundlage beabsichtigten Zuschlag an die Bg wendet, bedurfte ihr Vorbringen insofern keiner vorgeschalteten Rüge gegenüber der Ag, da sich die Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB nach ihrem Sinn und Zweck grundsätzlich nicht mehr auf mögliche Vergaberechtsverstöße erstreckt, auf die der Antragsteller erst im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens aufmerksam wird.

2. Der Nachprüfungsantrag ist im Hinblick § 15 Abs. 5 S. 1 VgV und die von der Ag insofern fehlerhaft wahrgenommene Aufklärung des Angebots der Bg zu den möglichen datenschutzrechtlichen Verstößen, aus denen sich ein Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ergeben könnte, begründet (a). Soweit die ASt die Wertung ihres Angebots beanstandet, ist der Nachprüfungsantrag nicht begründet (b).

a) Grundsätzlich darf der öffentliche Auftraggeber dem Leistungsversprechen der Bieter vertrauen. Aus der Tatsache als solcher, dass es sich bei der Bg um ein Unternehmen mit britisch-/us-amerikanischer Gesellschafterstruktur handelt, folgt entgegen der Darlegungen der ASt zur Einbindung in eine Konzernstruktur nichts anderes. Die Bg ist eine GmbH nach deutschem Recht und unterliegt der nationalen Rechtsordnung. Die von der Rechtsordnung vorgegebenen Bestimmungen der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) hat die Bg – was nach § 128 GWB ganz generell und unabhängig von den Vorgaben des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens auch vergaberechtlich beachtlich ist - daher ganz generell und unabhängig vom streitgegenständlichen Auftrag einzuhalten; vorliegend hat die Ag die datenschutzrechtlichen Anforderungen der DSGVO über § 11 zusätzlich zum Inhalt des abzuschließenden Vertrags gemacht. Die Bg hat mit ihrem Angebot zugesagt, diese Vorgaben einzuhalten. Zusätzlich zu den DSGVO-Regeln hat die Bg mit der Angebotserklärung zugesagt, die Vorgabe nach Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung zur Datenhaltung in der EU, idealerweise in der Bundesrepublik Deutschland, bei Vertragsdurchführung zu beachten. Dass die Bg grundsätzlich auch in der Lage ist, die Datenschutzregeln sowie die Datenhaltung in der EU zu gewährleisten, ist vollkommen unzweifelhaft. Soweit sich die ASt in diesem Zusammenhang insbesondere auf die Vorschriften des amerikanischen Sicherheitsrechts, insbesondere auf den sog. US-CLOUD Act bzw. auf die FISA

702, bezieht und befürchtet, die Geschäftsführung der Bg könne auf dieser Grundlage von ihrer in den USA sitzenden Konzernmutter angehalten werden, aufgrund entsprechender hypothetischer Verfügungen us-amerikanischer Behörden personenbezogene Daten aus einem etwaigen Auftragsverhältnis mit der Ag zweckwidrig herauszugeben, kann nicht per se davon ausgegangen werden, dass eine juristische Person nach deutschem Recht wie die Bg sich den Bindungen an den Datenschutz nach § 11 Abs. 1 S. 1 des Vertrags widersetzt. Bereits nach Art. 48 DSGVO wäre eine entsprechende Datenübermittlung ohne ein zugrunde liegendes Ersuchen eines drittstaatlichen Gerichts bzw. einer drittstaatlichen Behörde auf der Grundlage eines entsprechenden Rechtshilfeabkommens unzulässig. Eine gegen gesetzliche Pflichten verstoßende konzerninterne Weisung an die Geschäftsführung der Bg wäre nach § 43 Abs. 1 GmbHG rechtswidrig und dürfte von der Bg ohnehin nicht befolgt werden. Ein Abweichen von den Vorgaben der Vergabeunterlagen (hier § 11 Abs. 1 S. 1 des Vertrages) durch ein von der ASt befürchtetes Risiko rechtswidrigen Handelns der Geschäftsführung der Bg kann in dem Angebot der Bg daher nicht gesehen werden. Diese Fragestellungen wurden durch die Rechtsprechung hinlänglich aufgearbeitet und geben auch hier keinen Anlass, am Leistungsversprechen der Bg insoweit zu zweifeln (vgl. zu dieser Thematik OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. September 2022, 15 Verg 8/22; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 13. Februar 2023, VK 2-114/22).

Unsicherheiten, die eine Aufklärung indizieren, ergeben sich für das Angebot der Bg indes aus allgemein zugänglichen datenschutzrelevanten Verlautbarungen der Bg, insbesondere aus ihrem öffentlichen Internetauftritt. Dies zeigt der folgende einleitende Überblick, der im Weiteren noch zu vertiefen ist:

- Zur Wahrung des Datenschutzes innerhalb des Konzerns der Bg beruft diese sich der Ag gegenüber auf ihre sog. „Binding Corporate Rules“ (BCR) (vgl. auch Anlage C20 zum Nachprüfungsantrag), welche die Datenweitergabe innerhalb des Konzerns zum Gegenstand haben und Übermittlungen personenbezogener Daten in Drittländer nach Art. 46 Abs. 2 lit. b) DSGVO rechtfertigen sollen, für die kein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 44, 45 DSGVO existiert, wie z.B. in die USA. In der Datenschutzerklärung der Bg, die auf diese BCR für den konzerninternen Datenverkehr verweist, ebenfalls öffentlich zugänglich (vgl. auch Anlage C11 zum Nachprüfungsantrag), ist indes ausdrücklich vorgesehen, dass eine Datenweitergabe an die Jurisdiktionen von Drittstaaten, also auch außerhalb der EU und ohne Angemessenheitsbeschluss, vorgenommen werden kann. Entsprechende Regelungen enthalten daher auch die BCR der Bg. Auf der einen Seite sollen diese BCR zwar eine Grundlage für entsprechende Datenübermittlungen in Drittländer schaffen können. Insofern ist aber auf der anderen Seite erklärungsbedürftig, inwieweit

die BCR im Rahmen der Auftragsausführung durch die Bg relevant wären und das erforderliche Datenschutzniveau konkret überhaupt gewährleisten können.

- Dies ist insbesondere im Hinblick auf das Preisvergleichstool [...] bedeutsam. Die ASt hat vorgetragen, dass die Bg nach ihrer Marktkennntnis dieses Tool nutzt, das – je nach gewünschter Abfragefrequenz des Nutzers – in regelmäßigen zeitlichen Abständen abfragt, ob ein günstigerer Flug buchbar ist. Dieses Tool wird ausschließlich in den USA betrieben. Da für die Nutzung der gesamte Datensatz des Reisenden („passenger name record“, PNR) einzuspeisen ist, ist jedenfalls für die Zeit bis zum Abflug eine Datenhaltung der personenbezogenen Daten des Reisenden auf dem dafür zu nutzenden Server in den USA erforderlich. Wie lange das System [...] die Daten zur Durchführung des Preisvergleichs, aber möglicherweise auch nach Reiseabschluss, speichert, ist nicht bekannt. Zwar war im Angebot nicht anzugeben, welches Produkt der jeweilige Bieter für den vertraglich geschuldeten Preisvergleich nutzen möchte. Es ist daher keineswegs ausgeschlossen, dass die Bg einen anderen Dienstleister für diesen Preisvergleich vorgesehen hat, der nicht in den USA sitzt. Die ASt als erfahrene Marktteilnehmerin hat aber nachvollziehbar dargelegt, dass ein Reisedienstleister schon aus Kostengründen regelmäßig nur ein Produkt für alle abzuwickelnden Aufträge nutzt. Die Bg hat jedenfalls die Möglichkeit des Einsatzes von [...] in ihren Erklärungen auch nicht in Abrede gestellt. Es ist vor diesem Hintergrund erklärungs- und damit gleichzeitig aufklärungsbedürftig, welches Tool die Bg für den streitgegenständlichen Auftrag einzusetzen beabsichtigt. Denn die Übermittlung des Datensatzes des jeweiligen Reisenden an [...] und damit in die USA dürfte entgegen der Einlassung der Ag schon nach deren Sinn und Zweck nicht vereinbar sein mit der Vorgabe der geschuldeten Datenhaltung in der EU, das Datenschutzniveau der DSGVO einheitlich zu gewährleisten und das Risiko zuwider laufender Datennutzungen bzw. -zugriffe auszuschließen.
- Ferner ergibt sich aus der Datenschutzerklärung der Bg die Möglichkeit, einen Datenschutzbeauftragten der Bg anzusprechen, der ausweislich dieser Datenschutzerklärung und der darin benannten Kontaktdaten jedoch in [...] ansässig ist. Eine potentielle schriftliche oder E-Mail-Anfrage eines [...] -Reisenden würde bei Nutzung dieser Möglichkeit mit hin zwangsläufig außerhalb der EU ankommen und dort zunächst gespeichert werden. Bereits die Absenderangaben oder auch die E-Mail-Adresse eines [...] -Nutzers stellen aber personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DSGVO dar, so dass hier nicht klar ist, wie sich der Datenschutzbeauftragte der Bg in [...] verhält mit der Vorgabe gemäß Ziff. 3.15 der Leistungsbeschreibung, wonach die Datenhaltung allein in der EU erfolgen darf.

aa) Die Ag hat vor diesem Hintergrund grundsätzlich richtig gehandelt, indem sie die Bg nach Erhalt des Rügevorbringens der ASt mit Schreiben vom 24./31. März 2023 angeschrieben und um Aufklärung gebeten hat. Dies war nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV zulässig und geboten. Die Bg hat das Aufklärungersuchen auch nicht in Frage gestellt und an der Aufklärung mit Schreiben vom 6. April 2023 mitgewirkt. Fragwürdig ist zwar, dass die Ag allein die Rüge der ASt an die Bg weitergereicht hat, ohne diese inhaltlich zu würdigen – im Vergabevermerk ist hierzu nichts dokumentiert (vgl. Bl. 662 f., 722 der Vergabeakte) – und sich insofern eigenständige Gedanken über die aufklärungsbedürftigen Fragen zu machen, was allerdings für sich genommen noch nicht als vergabefehlerhaft zu qualifizieren ist. Festzustellen ist aber, dass die Antworten der Bg – wie sogleich noch näher darzulegen ist – keine konkreten Darlegungen enthielten, wie angesichts der obigen Beispiele aus den allgemeinen Unternehmensverlautbarungen der Bg die Abläufe konkret für dieses Vergabeverfahren organisiert werden sollen, um die Vorgaben zur Datenübermittlung in Drittländer nach den Artt. 44 ff. DSGVO sowie zur Datenhaltung in der EU sicherzustellen.

Die Bg hat mit ihrem Schreiben vom 6. April 2023 der Ag im Wesentlichen zugesichert, dass sie die gesetzlichen und vertraglichen Anforderungen des Datenschutzes bzw. der Datenhaltung in der EU im Falle der Auftragsausführungen einhalten wird. Sie hat gemäß der Aufforderung der Ag im Hinblick auf das Rügevorbringen der ASt Stellung genommen und ausgeführt (a.a.O., Ziff. 3, S. 5 ff., Bl. 637 ff. der Vergabeakte), dass der Ausschlussbestand nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV nicht erfüllt sei, weil „*der Kern der Datenverarbeitung ... innerhalb der EU und nicht in den USA*“ erfolge, insofern per se keine personenbezogenen Daten an andere Unternehmensteile innerhalb des Konzerns der Bg weitergeleitet würden, so dass die Vorgaben aus den Vergabeunterlagen eingehalten würden, allen voran Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung zur Datenhaltung in der EU. Soweit darüber hinaus konzerninterne Datenübermittlungen in Drittländer gemäß Art 44 ff. DSGVO nötig würden, für die kein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO existiere, verfüge die Bg über unternehmens- und konzernweit verbindliche interne Datenschutzrichtlinien (BCR) gemäß Art. 46 Abs. 2 lit. b), Art. 47 Abs. 1 DSGVO. Sofern im Auftragsfalle externe Dienstleister eingesetzt würden, werde der Einsatz durch entsprechende vertragliche Regelungen, wie beispielsweise Standarddatenschutzklauseln nach Art. 46 Abs. 2 lit. c) DSGVO sichergestellt, um das im Rahmen des ausschreibungsgegenständlichen Vertrags vereinbarte Datenschutzniveau einzuhalten.

Die Bg hat sich bei ihren Ausführungen darauf beschränkt, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen durch ihre konzerninternen BCR bzw. die Nutzung von Standardvertragsklauseln sowie zur Datenhaltung in der EU nur pauschal wiederzugeben, ohne die genannten Widersprüche dahin aufzulösen, wie die Abläufe für den konkreten Auftrag gestaltet werden sollen, um die Einhaltung der Vorgaben sicherzustellen. Auch hat die Bg z.B. zwar geantwortet, dass sie für diesen Auftrag einen Datenschutzbeauftragten im Inland stellen werde. Angesichts des gegensätzlichen Verweises der Bg in ihrer Datenschutzerklärung vom November 2021 auf ihren außerhalb der EU sitzenden Datenschutzbeauftragten ist aber unklar, wie der Datenschutzbeauftragte im Auftragsfall konkret implementiert und den [...]Nutzern im Einklang mit der Vorgabe zur Datenhaltung in der EU bekannt gemacht werden soll. So ergibt sich die Situation, dass auf der Grundlage der bisherigen Angaben der Bg unklar ist, wie ihr Angebot im Einzelnen die Beachtung der Vorgaben sicherstellen wird, während gleichwohl andererseits jedenfalls klar ist, dass die Bg eine anforderungsgerechte Leistungserbringung ausdrücklich zugesichert hat. Auf dieser Tatsachengrundlage kann nicht festgestellt werden, ob das Angebot der Bg nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen ist oder der Zuschlag auf dieses Angebot erteilt werden kann.

Die Ag hätte angesichts der pauschalen Antworten der Bg nochmals nachfassen und im Hinblick auf § 15 Abs. 5 S. 1 i.V.m. §§ 53, 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV eine konkretere Aufklärung betreiben müssen, ob und wie ganz konkret die Bg die Vorgaben des Datenschutzes für den vorliegenden Auftrag zu realisieren beabsichtigt, z.B. wie angesichts der BCR, welche die Datenübermittlung in Drittländer ohne Angemessenheitsbeschluss nach DSGVO, insbesondere die USA, nicht ausschließen oder zu nutzende Standardvertragsklauseln bei der Datenübermittlung an Dritte in Drittländer ohne Angemessenheitsbeschluss gemäß DSGVO, für den vorliegenden Auftrag Kompatibilität hergestellt werden soll mit den Ausschreibungsanforderungen.

Diese weitergehende Aufklärung wäre hier auch deshalb erforderlich gewesen, da dem Datenschutz für den vorliegenden Auftrag, der die Reisetätigkeit der gesamten Bandbreite der [...]Nutzenden nach Anlage 1 des Vertrags erfasst [...] enorme Bedeutung zukommt. Die Auffassung der Ag, die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Anforderungen nach der DSGVO ebenso wie die Anforderung an die Datenhaltung in der EU nach Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung sei erst im Rahmen der Auftragsausführung im Hinblick auf § 128 Abs. 1 GWB zu prüfen, ist erkennbar fehlerhaft. Diese Auffassung der Ag übersieht, dass sie bei der gemäß §§ 53, 57 VgV vorgeschriebenen Angebotsprüfung und insbesondere im Hinblick auf § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zu prüfen hat, ob die Bg mit ihrem Angebot die Vergabeunterlagen geändert hat. Das der Ag nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV zustehende Aufklärungsermessens ist im Hinblick auf diese Rechtsfolge für die

Bg zum einen und dem nach § 97 Abs. 1 GWB zu gewährleistenden ordnungsgemäßen Vergabewettbewerb zum anderen mithin dahin reduziert, hier weitergehende Aufklärungsschritte unternehmen zu müssen. Der Standpunkt der Ag, die Einhaltung des Datenschutzes bzw. der Datenhaltung in der EU im Hinblick auf § 128 Abs. 1 GWB erst während der Auftragsausführung näher zu kontrollieren, führt zu einem Ausfall bzw. einer prinzipiellen Verkürzung des von ihr pflichtgemäß wahrzunehmenden Aufklärungsspielraums. Zu den Vergabeunterlagen gehören die Leistungsbeschreibung und die Vertragsunterlagen, § 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV. Die Ag hat in Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung festgelegt, dass „*alle Datenhaltungen inklusive Back Office Systeme...auf Servern in der EU, idealerweise in Deutschland*“ zu erfolgen haben. Schließlich bestimmt § 11 Abs. 1 S. 1 des ausgeschriebenen Vertrages ausdrücklich, dass „*die Auftragnehmerin gesetzlich zur Einhaltung des Datenschutzes verpflichtet*“ ist. Aus diesen Teilen der Vergabeunterlagen ergibt sich somit unmissverständlich, dass der künftige Auftragnehmer das geltende Datenschutzrecht und die Vorgabe zur Datenhaltung in der EU zwingend einzuhalten hat und sein Angebot dementsprechend ausgestaltet sein muss. Die vergaberechtliche Vorschrift des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV soll im Interesse eines fairen und gleichbehandelnden Wettbewerbs gerade sicherstellen, dass der Zuschlag nur auf ein Angebot erteilt wird, welches die auftraggeberseitig gesetzten Vorgaben auch einhält und damit ein korrektes Angebot den Zuschlag erhält; eine Lösung über die vertragliche Ebene, wonach eine nicht vertragsgemäße Leistungserbringung durch vertragliche Sanktionsmechanismen zu erfassen sei, wie die Ag dies mit ihrem Hinweis auf die vertragliche Ebene meint, kommt für den vergaberechtlichen Wettbewerb zu spät. Die vergaberechtlichen Bestimmungen sollen gerade eine solche Verlagerung auf die vertragliche Ebene verhindern, um die vergaberechtlichen Grundsätze des § 97 Abs. 1, 2 GWB effektiv zu gewährleisten. Die Ag hat dafür zu sorgen, dass für die Aufklärung und die Überprüfung von deren Ergebnissen ausreichend datenschutzrechtlicher Sachverstand zur Verfügung steht.

bb) Im Detail und ergänzend zu obigen Ausführungen sind noch folgende Konkretisierungen zu benennen:

Dass Anlass zur Aufklärung besteht, wurde in der mündlichen Verhandlung insbesondere zu der von der Bg und im Übrigen auch von der Ag nicht bestrittenen Einsatzmöglichkeit des Reisekostenoptimierungstools [...] festgestellt. Dieses wird nach den unbestrittenen Darlegungen der ASt ausschließlich auf Servern in den USA betrieben. Ferner ergab die mündliche Verhandlung weiterhin bestehenden Klärungsbedarf zu den von der ASt näher dargelegten Widersprüchen zwischen der Datenschutzerklärung der Bg zur Weiterleitung von personenbezogenen Daten in Dritt-

länder und ihren in ihren Stellungnahmen vom 6. April bzw. 25. Mai 2023 nicht weiter konkretisierten Ausführungen zur Einhaltung der Vorgabe zur Datenhaltung in der EU. Hierzu konnte in der mündlichen Verhandlung weder festgestellt werden, dass das Angebot der Bg diese Anforderungen der Vergabeunterlagen erfüllt noch, ob es diese Anforderungen nicht erfüllt und – wie von der ASt geltend gemacht – nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen ist oder nicht.

Die Bg hat in ihrem Schreiben vom 6. April 2023 ausgeführt, dass die datenschutzrechtlichen Anforderungen eingehalten werden, indem „*der Kern der Datenverarbeitung ... innerhalb der EU und nicht in den USA*“ erfolgt. Die Aussage „*im Kern*“ impliziert die Möglichkeit von Übermittlungen personenbezogener Daten in Drittstaaten im Sinne der Artt. 44 ff. DSGVO, was die Bg in ihren Stellungnahmen nicht in Abrede stellt. Soweit sich im Schreiben der Bg vom 6. April 2023 dann Ausführungen finden, dass die Bg diesen Anforderungen sowie der Anforderung der Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung zur Datenhaltung in der EU nachkommt, wird dies insofern aber – wie schon festgestellt – nur pauschal, ohne aber im Einzelnen konkret erläuternd darzulegen, wie dies erfolgen soll. Im Einzelnen:

Die ASt hat nachvollziehbar ausgeführt, dass die Bg in der von ihr zum 21. November 2021 herausgegebenen Datenschutzerklärung (ebd. S. 7/8, vorgelegt von der ASt im Rahmen der Anlage C11) darauf hinweist, dass sie Daten der Nutzer auch an Jurisdiktionen an Drittländer weitergebe, die nicht über das gleiche Datenschutzniveau verfügen, wie das jeweilige Heimatland. Zum Schutz personenbezogener Daten geschehe dies danach nach den geltenden gesetzlichen Bestimmungen und, wo nötig in Übereinstimmung mit den verbindlichen unternehmensinternen Vorschriften, den sog. Binding Corporate Rules (BCR) im Sinne des Art. 46 Abs. 2 lit. b) DSGVO. Auch in den BCR der Bg (s. dort Ziff. 3.2, vorgelegt von der ASt als Anlage C20) wird eine konzerninterne Übermittlung bzw. Verarbeitung personenbezogener Daten aus der EU in Drittländer, einschließlich der USA, wo sich nach dieser Erklärung der Hauptserver des Konzerns befindet, für möglich gehalten. Ob und inwieweit das Angebot der Bg vor diesem Hintergrund konkret mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen der DSGVO vereinbar ist, hat die Bg nicht näher konkretisiert und die Ag nicht näher geprüft bzw. hinterfragt. Zwar enthält das Schreiben der Bg vom 6. April 2023 den Hinweis auf ihre BCR, die beim konzerninternen Kommunikationsverkehr auch im Rahmen der Auftragsausführung eingehalten würden, falls erforderlich. Insofern geht aber aus den Ausführungen der Bg nicht näher hervor und besteht daher weiterer Klarstellungsbedarf, ob bzw. inwieweit besagte Passage der Datenschutzerklärung Bedeutung für die Auftragsausführung hätte bzw. inwieweit die BCR der Bg den datenschutzrechtlichen Anforderungen der

DSGVO entsprechen können. Im Grunde entsteht der Eindruck, dass die Ausführungen der Bg im Schreiben vom 6. April 2023 im Hinblick auf erforderliche Datenübermittlungen in Drittländer bzw. die Datenhaltung in der EU lediglich eine Skizze einzuhaltender Anforderungen enthalten, die sich an den im Allgemeinen einzuhaltenden datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen orientieren, deren im Hinblick auf die Vergabeunterlagen gebotene konkrete Anpassung an den etwaigen Auftragsfall nicht hinreichend nachvollziehbar erläutert wird. Dies ist insbesondere relevant, wenn für besagte Drittländer kein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO existiert, wie derzeit z.B. für die USA, der eine Übermittlung personenbezogener Daten rechtfertigen kann. Dann kommt es insbesondere auf die Datenübermittlung nach den Art. 46 ff. DSGVO an. Die Bg hat in ihren Stellungnahmen jedenfalls nicht ausgeschlossen, dass solche Datenübermittlungen im Auftragsfall anfallen können.

Der Vergabeakte bzw. den Ausführungen der Ag ist nicht zu entnehmen, ob dieser Umstand im Rahmen ihrer Prüfung bzw. Aufklärung Berücksichtigung gefunden hat. Die ASt hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die BCR der Bg nach der von der ASt als Anlage C19 vorgelegten Übersicht im Jahr 2013, also vor der DSGVO vom 27. April 2016, in Kraft gesetzt worden sind. Die Ag hat allerdings diesen Umstand nicht näher gewürdigt; auch dem Schreiben der Bg vom 6. April 2023 sind insofern keine näheren Angaben zu entnehmen. Es ist vor diesem Hintergrund unklar und wäre daher aufzuklären gewesen, ob die von der Bg für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer im Hinblick auf Art. 46 Abs. 2 lit. b) DSGVO in Bezug genommenen konzerninternen BCR ggf. von der Bestandsschutzklausel nach Art. 46 Abs. 5 DSGVO erfasst sind oder ob die BCR an die DSGVO angepasst worden sind und insofern der Genehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde bedurften bzw. genehmigt worden sind. Die ASt hat hierzu darauf hingewiesen, dass für die Prüfung der Datenschutzkonformität der BCR der Bg mit den Grundlagen des europäischen Datenschutzrechts ursprünglich die britische Aufsichtsbehörde zuständig gewesen ist. Nach dem EU-Austritt Großbritanniens ist die Zuständigkeit auf die spanische Aufsichtsbehörde übergegangen, was sich auch aus der Anlage C19 ergibt. Nach Art. 46 Abs. 5 S. 1 DSGVO bleiben die von einer mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörde auf der Grundlage der ehemaligen EU-Datenschutzrichtlinie erteilten Genehmigungen zu BCR so lange gültig, bis sie erforderlichenfalls von der Aufsichtsbehörde geändert, ersetzt oder aufgehoben werden. Inwiefern die datenschutzrechtlichen Anforderungen der BCR der Bg danach erfüllt sind, ist den Angaben der Bg jedenfalls nicht zu entnehmen und die Ag hat dies nicht näher weiter aufgeklärt. Dass die Bg somit im Auftragsfall die datenschutzrechtlichen Maßgaben einhält, ist damit allenfalls pauschal zugesagt worden, nicht aber konkret nachvollziehbar.

Denn ob und inwieweit die BCR der Bg bei der Auftragsausführung ggf. auftragsbezogen modifiziert zum Einsatz kommen könnten, um – was denkbar wäre – den auftragsbezogenen datenschutzrechtlichen Maßgaben zu entsprechen, ist unklar. Angaben im Schreiben der Bg vom 6. April 2023 Seite 2 (Blatt 634 der Vergabeakte, gegenüber der der ASt nach § 165 Abs.2 GWB geschwärzt) beziehen sich auf zusätzliche interne Richtlinien im Konzern der Bg. Diese werden aber gerade andererseits nicht näher erläutert bzw. konkretisiert, so dass auch insoweit nicht nachvollziehbar ist, ob die Anforderungen an die Einhaltung des Datenschutzrechts bzw. der Datenhaltung in der EU eingehalten werden können oder nicht.

Auch finden sich in der Stellungnahme der Bg vom 25. Mai 2023 zwar Ausführungen zur Anwendung der Standarddatenschutzklauseln gemäß Art. 46 Abs. 2 lit. c) DSGVO für die Übermittlung personenbezogener Daten in Drittländer außerhalb eines vorhandenen Angemessenheitsbeschlusses (s. dort Ziff. 2.b)). Die Bg weist auf die Aufklärungsverfügung der Vergabekammer aber lediglich pauschal auf Folgendes hin: *„Deren Inhalt umfasst potenziell auch weitere ergänzende Maßnahmen, die im konkreten Einzelfall zu ermitteln und zu implementieren sind, um etwaige Rechtsschutzlücken im Drittland zu schließen und die Einhaltung des unionsrechtlichen Schutzniveaus zu gewährleisten.“* Insofern ist nicht hinreichend klar, ob bzw. inwieweit diese pauschal gehaltene Aussage ausreichend ist, um davon ausgehen zu können, dass das Angebot der Bg die für die Auftragsausführung geltenden datenschutzrechtlichen Anforderungen der DSGVO (vgl. hierzu EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020, Rs C-311/18, Rn. 131 ff.) einhalten kann oder nicht. Insofern ist aufklärungsbedürftig, ob und inwieweit es hierzu auf Seiten der Bg bereits etablierte zusätzliche Klauseln bzw. Maßnahmen gibt, mit denen das entsprechende EU-Datenschutzniveau gewährleistet wird.

Diese Frage stellt sich insbesondere im Hinblick auf die von der ASt für die Bg konkretisierte Einsatzmöglichkeit des Flugreisekosten-Optimierungstools [...]. Zwar sind die Bieter im Auftragsfall in der Wahl ihrer Mittel zur Erfüllung der Optimierungsvorgaben nach Ziff. 3.2.17 der Leistungsbeschreibung frei; der Einsatz bestimmter Tools ist nicht vorgeschrieben. Die Bg hat aber die Möglichkeit, [...] im Auftragsfalle einzusetzen, auf die Rüge der ASt hin – wie ihre Stellungnahme vom 25. Mai 2023 zeigt – grundsätzlich nicht in Abrede gestellt. Dies wird – wie ferner das Aufklärungsschreiben der Ag vom 1. Juni 2023 an die Bg zeigt und wie die Ag auch in der mündlichen Verhandlung erklärt hat – auch von der Ag grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Die Ag hat sich insofern mit der Zusage der Bg zur datenschutzrechtskonformen Ausgestaltung begnügt; wie dies konkret aussehen soll, ergibt sich aus den Angaben der Bg nicht und wurde von der Ag nicht weiter gewürdigt bzw. aufgeklärt.

Das [...] wird, wie zwischen den Verfahrensbeteiligten jedenfalls unstreitig, derzeit ausschließlich auf einem in den USA sitzenden Server betrieben. Die von [...] durchgeführte Preisoptimierung setzt voraus, dass die personenbezogenen Passagierdaten, der sog. passenger name record (PNR), für die Dauer bis zum zunächst tarifierten Abflugdatum auf diesem System vorgehalten wird, um bis dahin zu prüfen, ob ein nach den Maßgaben der Ag gemäß Ziff. 3.2.17 der Leistungsbeschreibung günstigeres Flugticket erhältlich ist. In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist für die Übermittlung der personenbezogenen Daten des betreffenden Flugreisenden aus dem Personal der [...] Nutzenden in diesem Rahmen nicht klar, ob sich die Bg, wenn sie dieses Tool tatsächlich einsetzen will, für die entsprechende Datenübermittlung in die USA als Drittland, für die kein Angemessenheitsbeschluss nach Art. 45 DSGVO existiert, auf entsprechende Standardvertragsklauseln berufen kann oder ggf. sogar ein Fall der Auftragsdatenverarbeitung vorläge, für den ein den Grundsätzen des Art. 28 Abs. 3 DSGVO entsprechender Vertrag erforderlich wäre, oder ob die Datenübermittlung jedenfalls nach Art. 49 Abs. 1 lit. c DSGVO möglich wäre, wenn kein Angemessenheitsbeschluss bzw. keine geeigneten Garantien nach Art. 46, Art. 46 DSGVO gegeben wären.

Unklar ist im Hinblick auf den somit möglichen Einsatz von [...] im Auftragsfall der Bg ferner, ob und inwieweit die Maßgabe der Datenhaltung in der EU nach Ziff. 3.1.5 der Leistungsbeschreibung eingehalten wird. Aus der Perspektive eines verständigen Bieters ist unter der dort geregelten Datenhaltung die Aufbewahrung bzw. Speicherung der zum Zweck der Reisebüro­tätigkeit erforderlichen Daten explizit „auf Servern in der EU“ zu verstehen. Ziff. 3.1.5 erstreckt dies ausdrücklich auf „alle Datenhaltungen inklusive Back Office Systeme“. Daraus ergibt sich für einen verständigen Bieter, dass eine entsprechende Auslagerung der Datenhaltung außerhalb der EU zum Zweck des Reisebüro­betriebs ausgeschlossen ist. Das wird durch den systematischen Zusammenhang der Vorgaben der Leistungsbeschreibung, so insbesondere Ziff. 3.2.23 der Leistungsbeschreibung („[...]“), gestützt. Danach sind die Anforderungen der entsprechenden Reise­stellen wie in Deutschland zu gewährleisten, „einschließlich der Sicherstellung der Datenrückflüsse“, was den Rückschluss zulässt, dass die prinzipielle Datenhaltung/-aufbewahrung/-speicherung ausschließlich in der EU zu erfolgen hat und sich auf alle zu diesem Zweck genutzten Systeme erstreckt. Insofern erschließt sich für einen verständigen Bieter der Sinn und Zweck dieser Maßgabe dahin, durchgehend ein prinzipiell an der DSGVO orientiertes Datenschutzniveau zu gewährleisten und das prinzipiell mit einer Datenhaltung außerhalb der EU einhergehende Risiko, dieses Datenschutzniveau durch dort erfolgende Datennutzungen/-zugriffe gleich welcher Art zu unterminieren, auszuschließen. Ob – wie die Ag in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat – die Maßgabe zur Datenhaltung im Sinne einer allein langfristigen Datenhaltung

in der EU zu verstehen sei und jedenfalls – von der Ag zudem nicht näher konkretisierte – kurzfristige Datenhaltungen im Rahmen von außerhalb des Bereichs des Auftragnehmers gehosteten Softwaredienstleistungen auch außerhalb der EU möglich sein sollen, ist damit zweifelhaft. Vor diesem Hintergrund ist unklar, ob bzw. wie die im Schreiben der Bg vom 6. April 2023 (Seite 5, Blatt 637 der Vergabeakte) enthaltene Erklärung, dass im Angebot der Bg *„kein Verstoß gegen die Vorgaben aus den Vergabeunterlagen, allen voran Ziffer 3.1.5 der Leistungsbeschreibung“* gegeben ist, im Falle des Einsatzes von [...] eingehalten werden kann. Mit den pauschalen Ausführungen der Bg in ihrem Schreiben ist dies nicht hinreichend nachvollziehbar. Auch das Schreiben der Bg vom 2. Juni 2023 auf das Aufklärungsersuchen der Ag vom 1. Juni 2023 im Hinblick auf die Möglichkeit des Einsatzes des [...] genügt einer näheren Aufklärung des Sachverhaltes nicht. Die Ag hat sich hierzu darauf beschränkt nach einer Bestätigung eines datenschutzrechtskonformen Einsatzes zu fragen, den die Bg jedenfalls zwar ausdrücklich bestätigt hat, ohne hierzu aber konkret auszuführen, wie dies im Einzelnen erfolgen wird.

b) Die von der ASt geltend gemachten Wertungsfehler der Ag in ihrer erneuten qualitativen Bewertung vom 4. Mai 2023 sind dagegen nicht begründet. Die Ag hat insofern den ihr zustehenden Beurteilungsspielraum zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots nach § 127 Abs. 1 GWB fehlerfrei ausgeübt.

Die Vergabekammer kann die Wertungsentscheidung des Auftraggebers nach § 127 Abs. 1 GWB im Nachprüfungsverfahren nur auf Beurteilungsfehler überprüfen; dem öffentlichen Auftraggeber steht nach Sinn und Zweck der Angebotswertung eine Einschätzungsprärogative zu, die von den Nachprüfungsinstanzen grundsätzlich hinzunehmen und nur auf ein fehlerhaftes Vorgehen überprüfbar ist. Der Auftraggeber muss somit bei seiner Wertungsentscheidung insbesondere sachgemäß und willkürfrei vorgehen und den entscheidungsrelevanten Sachverhalt berücksichtigen. Gemessen an diesen Grundsätzen beruht die Neuwertung vom 4. Mai 2023 auf sachgemäßen Erwägungen.

aa) Soweit die ASt bemängelt, sie sei bei der Neubewertung der Konzepte vom 4. Mai 2023 schlechter bewertet worden, als bei der ursprünglichen Bewertung, folgt daraus kein Vergaberechtsverstoß.

Die Ag ist mit der Neuwertung der Angebote dem Rügevorbringen der ASt sachgemäß nachgekommen. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein am vergaberechtlichen Grundsatz der Gleich-

behandlung orientierter Wertungsvorgang die Angebote nach den allen Bietern bekannt gegebenen Kriterien bewertet. Im Falle einer erneuten Angebotsbewertung infolge einer Rüge folgt daraus kein Verbot einer Verschlechterung etwaiger vorangegangener Wertungen, die sich gerade als vergaberechtswidrig erwiesen haben und daher im Quervergleich vergaberechtsgemäß erneut erfolgen müssen. So liegt der Fall hier. Die Ag hat auf die Rüge der ASt hin in mehreren Punkten nachvollziehbar fehlerhafte Bewertungen erkannt, die sie in der Bewertung vom 4. Mai 2023 ausdrücklich und nachvollziehbar dokumentiert hat. Dies betraf nicht nur das Angebot der ASt, sondern auch das der Bg.

bb) Soweit die ASt meint, die Neubewertung der Konzepte sei von fachlich vorbefasstem bzw. ungeeignetem Personal der Ag durchgeführt worden, ist dem nicht zu folgen. Ein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. das Willkürverbot oder gegen § 6 VgV, ist nicht festzustellen, so dass der Wertungsvorgang als solcher an keinen Defiziten leidet. Insofern ist auf die Ausführungen der Ag in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 Bezug zu nehmen, worin diese nachvollziehbar das eingesetzte Personal und dessen Qualifikation dargelegt hat. Dass die Ag die neue Wertung durch gänzlich andere Personen hat durchführen lassen als im ersten Wertungsvorgang, ist auf die Rüge der ASt zurückzuführen und auf das Bestreben der Ag, eine gänzlich neutrale Bewertung zu erreichen, um auch nur den Anschein einer Vorbefasstheit der handelnden Personen zu vermeiden. Der Dokumentation der Neubewertung der Konzepte, die in der Vergabeakte enthalten ist und der ASt im Zuge der Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 2 GWB offengelegt wurde, ist zu entnehmen, dass die die Wertung durchführenden Mitarbeiter der Ag grundsätzlich dem allen Bietern bekannt gegebenen Kriterienkatalog gefolgt sind. Dadurch, dass das neue Wertungsgremium ausweislich des Vergabebermerks (Bl. 728 f. der Vergabeakte) der Ag die neue Wertung in fachlicher Hinsicht mit der fachlich vorbefassten Stelle der Bedarfsträger besprochen hat, lässt sich ebenfalls keine willkürliche Vorgehensweise feststellen. Denn damit hat die Ag sachgemäß die Vertretbarkeit der Neubewertung aus fachlicher Sicht nochmals überprüft.

cc) Es ist auch nicht ersichtlich, dass die Ag bei der Neuwertung vom 4. Mai 2023 zugunsten der Bg ein wettbewerbsverzerrendes Sonderwissen der Bg berücksichtigt hat. Soweit die ASt sich hierzu in ihrem Vorbringen insbesondere auf von der Ag als unzureichend bemängelte Ausführungen im Konzept OBE der ASt zu Schnittstellen zu [...] bezogen hat, hat die Ag bei ihrer Neubewertung diesen Aspekt gerade zurückgenommen und der entsprechenden ursprünglichen Rüge der ASt insofern abgeholfen. Bei der Neubewertung vom 4. Mai 2023 wurde dieser Umstand somit nicht weiter berücksichtigt.

dd) Die Bewertung des Konzepts Online-Booking-Enging (OBE) der ASt vom 4. Mai 2023 ist durch die Ag fehlerfrei erfolgt. Die von der ASt bemängelten Fehler sind nicht festzustellen.

Soweit die ASt beanstandet, die Ag habe abwertend berücksichtigt, dass die ASt in ihrem Konzept die in Ziff. 3.1.11 der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Teilleistungsaspekte im Einzelnen nicht hinreichend berücksichtigt habe, liegt kein Beurteilungsfehler im Sinne der Beurteilungsfehlerlehre vor.

Der Kriterienkatalog zum Konzept OBE besagt ausdrücklich, dass die Bieter in ihren Konzepten „insbesondere“ auf die dort näher formulierten Punkte unter lit. a) bis c) eingehen sollten, worin explizit die Ziff. 3.1.20 der Leistungsbeschreibung (lit. a), Ziff. 2.5 (lit. b) und 3.1.11.1 bzw. 3.1.11.2 (lit c) erwähnt werden. Dies impliziert zwar ohne Weiteres eine entsprechende Schwerpunktsetzung der Konzepte, der die Bewertung auch Rechnung zu tragen hat. Gleichwohl schließt der in der Konzeptvorgabe zum Ausdruck kommende Erwartungshorizont auch ein, dass die übrigen Teilleistungsaspekte, die nicht „insbesondere“ hervorgehoben werden, gleichwohl mit aufzugreifen bzw. in Bezug zu nehmen sind. Denn der eingangs des Kriterienkatalogs für das Konzept OBE formulierte Obersatz, der den Punkten a) bis c) vorausgeht, lautet: *„Bitte stellen Sie die für den [...] vorgesehene OBE-Lösung kurz vor (3.1.11). Gehen Sie ...insbesondere auf folgende Punkte ein: a)...b)...c)...“*. Ziff. 3.1.11 der Leistungsbeschreibung wird somit prinzipiell umfassend in Bezug genommen und damit auch alle Teilleistungsaspekte von 3.1.11.1 bis 3.1.11.13. Durch die Schwerpunktsetzung „insbesondere“ ergibt sich für einen verständigen Bieter, dass diese Teilleistungsaspekte jedenfalls nicht umfassend inhaltlich aufzuarbeiten, wohl aber in den Blick zu nehmen und daher zu berücksichtigen waren. Der Erwartungshorizont ergibt somit, dass zumindest Aussagen zu einer OBE-Lösung erforderlich waren, aus denen die Einhaltung der Teilleistungsaspekte der Ziff. 3.1.11 der Leistungsbeschreibung ersichtlich wird. Wenn dies nicht oder – wie im Fall des Konzepts der ASt – nur partiell geschieht, ist es jedenfalls nicht fehlerhaft, diesen Umstand bei der Bewertung abwertend zu berücksichtigen. Dass dieser Umstand bei den vorangegangenen, nunmehr aber überholten Bewertungen ggf. nicht bzw. kaum berücksichtigt wurde, steht dem nicht entgegen.

Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, dass die Bepunktung des Angebots der ASt die sich so aus dem Kriterienkatalog ergebende Schwerpunktsetzung missachtet hätte. Die auch der ASt offenliegenden Erwägungen lassen erkennen, dass die Ag das Konzept auch und gerade hinsichtlich der geforderten Schwerpunkte bemängelt hat. Die Bewertung und Bepunktung des Konzepts beruht

somit nicht allein oder auch nur überwiegend auf den als fehlend bemängelten Teilleistungsaspekten. Das hält sich im Beurteilungsspielraum der Ag.

Dem steht auch nicht die Wortzahlbegrenzung beim Konzept OBE entgegen. Die ASt macht hierzu nicht geltend, dass allein diese Begrenzung ein Eingehen auf die Teilleistungsaspekte neben den Schwerpunktaspekten gänzlich unmöglich gemacht habe. Nach den Feststellungen der Ag hat die ASt die verfügbaren Wörter nicht ausgenutzt, so dass ihr entsprechende Ausführungen möglich gewesen wären.

ee) Auch die Bewertung des Konzepts Betreuung der ASt vom 4. Mai 2023 ist vergaberechtsgemäß. Die von der ASt beanstandeten Beurteilungsfehler sind nicht festzustellen.

(1) Soweit die ASt die Erwägung der Ag bemängelt, die ASt habe den in Ziff. 3.1.21 der Leistungsbeschreibung definierten Service-Level nicht hinreichend klar herausgearbeitet, handelt es sich, gemessen am Konzept der ASt, um eine nachvollziehbare, sachgemäße Erwägung. Die ASt hat, wie sie in ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2023 selbst ausführt (a.a.O., S. 23) und worauf die Ag in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 hinweist, die Vorgaben des Kriterienkatalogs selbst in dem Sinne verstanden, dass der Kriterienkatalog zum Konzept Betreuung im Sinne der Ziff. 3.1.21 der Leistungsbeschreibung zu verstehen sei, worin die Anforderungen an das Service-Level definiert werden, obwohl, wie die ASt zutreffend anführt, die Formulierung des Kriterienkatalogs die Ziff. 3.1.23 zitiert. Jedenfalls war der ASt damit aber offenbar grundsätzlich klar, dass das Konzept in der Sache entsprechende Ausführungen erforderte. Die Ag weist auch nachvollziehbar darauf hin, dass sich die Notwendigkeit dazu jedenfalls aus den Vorgaben des Kriterienkatalogs Betreuung ergab, „insbesondere“ auf die dort näher beschriebenen servicerelevanten Fragestellungen einzugehen, wie sie in Ziff. 3.1.21 definiert werden. So wird dort die Betreuung durch das/die Business Travel Center (BTC) des Bieters ausdrücklich angesprochen und die näheren Anforderungen an den Service-Level definiert. Der Kriterienkatalog Betreuung verlangt wiederum „insbesondere“ ein Eingehen auf die BTC, das Umgehen mit besonders hohem Auftragsaufkommen sowie die näher in Ziff. 3.1.22 definierten Anforderungen an full content bzw. best buy. Aus diesem Zusammenhang lässt sich, woraus die Ag nachvollziehbar hinweist, für einen verständigen Bieter durchaus die Erwartungshaltung entnehmen, den Service-Level im Konzept Betreuung jedenfalls zu berücksichtigen und dies dementsprechend auch in der Bewertung zu berücksichtigen. Dies ist jedenfalls im Hinblick auf die genannten Vorgaben der Leistungsbeschreibung bzw. des Kriterienkatalogs nicht evident willkürlich. Daher ist der Forderung der ASt,

das Fehlen konkreter Ausführungen zum Service-Level dürfe für die Bewertung nicht berücksichtigt werden, nicht zu folgen und stellt somit keinen Beurteilungsfehler dar.

(2) Soweit die ASt als Beurteilungsfehler beanstandet, dass die Ag die klare Benennung ihrer BTC im Konzept Betreuung nicht berücksichtigt habe, geht die ASt fehl. Die Ag hat darauf hingewiesen, dass sie in ihrer Bewertung die von der ASt im Konzept benannten BTC positiv berücksichtigt habe, was ausweislich der Konzeptbewertung und der Erläuterungen der Ag vom 1. Juni 2023 (S. 14/15) auch nachzuvollziehen ist. Die Ag hat darauf hingewiesen, dass dem Konzept der ASt keine explizite Zuordnung der im Konzept benannten BTC der ASt für die Leistungserbringung zu entnehmen ist. Es sei auf den Einsatz der im Konzept benannten BTC für die Leistungserbringung indirekt zu schließen gewesen, weil im Konzept für bestimmte Standorte Neueinstellungen benannt worden seien; das sei für eine entsprechend positive Berücksichtigung ausreichend gewesen. All dies ist anhand des Konzepts Betreuung der ASt sowie der dokumentierten Bewertung vom 4. Mai 2023 nachzuvollziehen. Vor diesem Hintergrund ist eine unsachgemäße Vorgehensweise der Ag insofern nicht festzustellen.

(3) Soweit die ASt als beurteilungsfehlerhaft bemängelt, dass die Ag in ihrer Bewertung des Konzepts Betreuung der ASt negativ berücksichtigt habe, die ASt sei nicht auf die technische Ausstattung ihrer BTC eingegangen bzw. es seien die Ausführungen im Hinblick auf die im Konzept angegebene multi-source-fähige Buchungsplattform der ASt und weitere Angaben zur ergonomischen Ausstattung der Arbeitsplätze sowie Firmendienste [...] nicht hinreichend gewürdigt worden, ist kein unsachgemäßes Vorgehen der ASt festzustellen. Die Ag hat im Kriterienkatalog zum Konzept Betreuung unter lit. a) u.a. verlangt, dass das BTC vorzustellen sei und in einem Klammerzusatz exemplifizierend ausgeführt „(Standort, technische Ausstattung, Teamstrukturen etc.)“. Die Ag hat in der dokumentierten Bewertung des Konzepts der ASt insofern sowie entsprechend in der Gesamtbewertung festgehalten, es werde auf die technische Ausstattung nicht eingegangen. Die ASt führt im Hinblick auf ihr Konzept an, dass in ihrem Konzept der Einsatz einer Multi-Source-Plattform und deren technische Ausstattung detailliert dargestellt werde. Außerdem sei die ergonomische Ausstattung der Arbeitsplätze erwähnt und das Vorhandensein von [...]. Die Ag hat zu ihrer Bewertung im Nachprüfungsverfahren erläutert, dass die Ausführungen zur Multi-Source-Plattform im Konzept Betreuung im Zusammenhang mit den Anforderungen an Full Content dargestellt werden, was ausweislich des Konzepts der ASt zutrifft (vgl. S. 21 ff., Bl. 519 ff. der Vergabeakte). Die Anforderungen an die technischen und personellen Mittel zur Erfüllung der Anforderung Full Content betreffen allerdings konkret die Vorgabe von Punkt c) des Konzepts

Betreuung, die die Ag in ihrer dokumentierten Bewertung zu diesem Punkt auch positiv berücksichtigt hat, aber aus Gründen des Gleichbehandlungsgrundsatzes nicht doppelt im Zuge der Gesamtbewertung auch für die Vorstellung des BTC im Hinblick auf die technische Ausstattung nach Punkt a) berücksichtigen darf. Beide Punkte, a) und c), sollen das Konzept Betreuung aus unterschiedlichen Perspektiven beleuchten, für deren Bewertung es daher darauf ankommt, die technischen Anforderungen im jeweiligen Zusammenhang darzustellen. Die ASt hat in ihrem Konzept die von ihr benannten Angaben zu ihrer Multi-Source-Plattform ausdrücklich dem Punkt „2c“ zugewiesen (vgl. S. 21 ff. des Konzepts Betreuung der ASt, Bl. 519 ff. der Vergabeakte). Demgegenüber hat die ASt ihre Ausführungen zu ihren BTC explizit dem Teil „2a) zugeordnet (vgl. S. 5 ff., Bl. 503 ff. der Vergabeakte). Dass die Ag vor diesem Hintergrund bei der Bewertung die entsprechenden Angaben nur im jeweiligen Sachzusammenhang berücksichtigt, ist daher nicht unsachgemäß.

Soweit die ASt zu Punkt a) des Kriterienkatalogs für das Konzept Betreuung die Berücksichtigung der von ihr erwähnten ergonomischen Ausstattung der Arbeitsplätze und die vorhandenen [...] reklamiert hat, ergibt die Erläuterung der Bewertung durch die Ag im Nachprüfungsverfahren zudem nachvollziehbar, dass der Ag insofern prägnantere technische Aspekte im Konzept der ASt fehlen, was nach Ansicht der Ag zu Einbußen bei der Nachvollziehbarkeit geführt hat. Auch das lässt nicht auf eine unsachgemäße Erwägung bei der Bewertung des Konzepts der ASt schließen. Auch im Quervergleich zum Konzept Betreuung der Bg ist die Gesamtbewertung sachgemäß, weil sich in deren Konzept nachvollziehbar spezifische Ausführungen zur technischen Ausstattung der Standorte der Bg finden (vgl. Bl. 346 der Vergabeakte). Beurteilungsfehler sind daher insofern nicht ersichtlich.

(4) Auch soweit die ASt ein beurteilungsfehlerhaftes Vorgehen der Ag darin sieht, dass die Ag beim Konzept Betreuung der ASt angenommen habe, die ASt habe dort kein zusätzliches Personal für unvorhergesehene Situationen bereitgestellt, ist kein fehlerhaftes Vorgehen festzustellen. Zwar hat die ASt – was ausweislich ihres Konzepts Betreuung (dort S. 13, Blatt 511 der Vergabeakte) zutrifft – erklärt, sie habe dort ausdrücklich auf zusätzliche Mitarbeiter an jedem Standort, die als Springer zusätzlich in den Teams eingesetzt werden könnten, hingewiesen, so dass sich ergebe, dass zusätzliches Personal in unvorhergesehenen Situationen verfügbar sei. Die Ag hat zu diesem Umstand auf Nachfrage der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung erläutert, dass die ASt diese Aussage an dieser Stelle ihres Konzepts unter der Überschrift „*Planbar höhere Nachfrage*“ und nicht unter der Überschrift „*Unvorhersehbare Krisen*“ benannt habe. Die Aussage

zum Einsatz zusätzlichen Springerpersonals ist der Ag – ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung – daher so jedenfalls nicht hinreichend nachvollziehbar erschienen. Das ist angesichts des Konzepts der ASt keine ersichtlich unsachgemäße Erwägung. Der Kriterienkatalog zum Konzept Betreuung verlangte insofern (lit. b)) Darlegungen, wie die Bieter die Betreuung der Ag auch bei besonders hohem Auftragsaufkommen („z.B. Streikfall oder aufgrund von Wettereinflüssen“) sicherstellen. Daraus erschließt sich einem verständigen Bieter, dass entsprechende Ausführungen im Konzept in diesen Zusammenhang zu stellen sind. Dass die Ag die entsprechenden Angaben der ASt im Konzept Betreuung wegen der dortigen spezifischen Einordnung für nicht hinreichend nachvollziehbar im Zusammenhang mit besonderen bzw. unvorhersehbaren Krisen hält und dies daher abwertend berücksichtigt hat, ist danach jedenfalls nicht unsachgemäß. Dies ist auch im Quervergleich zum Konzept Betreuung der Bg, das der Vergabekammer vorgelegen hat, bzw. dessen Bewertung ohne Weiteres nachvollziehbar. Überdies hat die Ag in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 (dort S. 17/18) ihre Erwägungsgründe nachvollziehbar und damit sachgemäß erläutert, worauf hierzu Bezug genommen wird. Beurteilungsfehler sind auch insofern nicht ersichtlich. Soweit die ASt zudem auf Ausführungen in ihrem Konzept Personal verweist, sind diese Erwägungen für die Bewertung des Konzepts Betreuung wegen der expliziten Konzeptvorgaben sowie der Wortbegrenzung bereits im Hinblick auf § 97 Abs. 2 GWB nicht heranzuziehen (vgl. zur Begrenzung der Konzeptbewertung auf die Ausführungen für das relevante Konzept VK Bund, a.a.O., VK2-114/22).

(5) Soweit die ASt vorträgt, die Ag habe falsch moniert, dass die ASt nicht auf die personellen Ressourcen zur Sicherstellung von full content bzw. best buy eingegangen sei, ist kein Beurteilungsfehler festzustellen. Die Ag hat in ihrer Bewertungsbegründung zum Konzept Betreuung bzw. hierzu in ihrer Stellungnahme vom 1. Juni 2023 (S. 19) erläuternd festgehalten, dass die Darstellung der ASt insofern nicht erwähnt, ob die abzuwickelnden Prozesse der ASt durch die [...]Nutzenden vollautomatisch ablaufen oder eine Bedienung der Software durch Mitarbeiter geboten ist. Dies ist ausweislich des Konzepts Betreuung der ASt auch nachvollziehbar, da die von der Ag vermisste Angabe dort nicht enthalten ist. Wenn die Ag daraus den Schluss zieht, auf den Einsatz personeller Ressourcen werde nicht eingegangen, ist dies jedenfalls keine falsche bzw. unsachgemäße Erwägung und die Berücksichtigung dieses Umstands auch im Quervergleich zum Konzept Betreuung der Bg, dem eine entsprechende Aussage demgegenüber jedenfalls zu entnehmen ist (s. Bl. 355 der Vergabeakte), nicht unsachgemäß. Der Kriterienkatalog zum Konzept Betreuung fordert zu Punkt c) gerade ein Eingehen auf die Frage, wie und mit welchen Mitteln („*technisch, personell*“) die Anforderungen full content bzw. best buy erfüllt werden.

ff) Die von der ASt bemängelten Beurteilungsfehler hinsichtlich ihres Konzepts Personaleinsatz sind nicht festzustellen.

(1) Soweit die ASt als fehlerhaft kritisiert, die Ag habe zu Unrecht bewertet, dass die ASt die dort als technische Hilfsmittel eingesetzten Tools zur Unterstützung des Personals bei der Abwicklung von Flugtickets nicht näher erläutert, liegt kein unsachgemäßer Bewertungsvorgang vor. Dem Kriterienkatalog zum Konzept Betreuung ist zu Punkt b) ausdrücklich die Vorgabe zu entnehmen, zu „*erläutern*“, mit welchen technischen und organisatorischen Hilfsmitteln die Mitarbeiter unterstützt werden, so dass damit aus Sicht des verobjektivierten Empfängerhorizonts eines verständigen Bieters mehr verlangt ist, als die dem Konzept der ASt auch aus Sicht der ASt allein zu entnehmende bloße Nennung der Hilfsmittel. Sofern die ASt demgegenüber meint, dem Kriterienkatalog sei mehr als das Erfordernis einer bloßen Nennung der Hilfsmittel nicht zu entnehmen, stimmt das mit der klaren Vorgabe des Kriterienkatalogs aus den vorgenannten Gründen somit nicht überein. Ein Beurteilungsfehler ist den Erwägungsgründen der Ag daher insofern nicht zu entnehmen. Überdies hat die Ag ausgeführt, dass die von der ASt in ihrer Stellungnahme vom 17. Mai 2023 (S. 17/18) angeführten Passagen ihres Konzepts der Ag nicht hinreichend nachvollziehbar bzw. lediglich stichpunktartig erschienen sind, was ausweislich des Konzepts Personaleinsatz der ASt nachvollziehbar ist und auch unter Berücksichtigung des Quervergleichs zum insofern prägnanter und ausführlicher gehaltenen Konzept der Bg sachgemäß.

(2) Soweit die ASt bemängelt, die Ag habe fehlerhaft bewertet, dass die Konzeptdarstellung der ASt nur teilweise auf [...] als Auftraggeber eingegangen sei, ist kein Beurteilungsfehler festzustellen. Der Kriterienkatalog Personaleinsatz gibt vor, das Konzept für den Personaleinsatz „*zur Betreuung des Kunden [...]*“ zu beschreiben. Es trifft nach Auffassung der Vergabekammer zu, dass danach aus der maßgeblichen Perspektive eines verständigen Bieters unmissverständlich ein Konzept erwartet worden ist, das auf [...] als Auftraggeber des ausgeschriebenen Auftrags spezifisch eingeht. Soweit die ASt meint, dies sei entbehrlich, da sich bereits aus dem Angebot bzw. dem Konzept ergebe, dass ein Angebot für [...] als Auftraggeber zugrunde liege, genügt dies diesem Erwartungshorizont nicht. Wenn die Ag vor diesem Hintergrund in der Bewertung berücksichtigt, dass die ASt auf den [...] als Auftraggeber nur teilweise eingeht, so ist dies dementsprechend – gemessen am Konzept Personaleinsatz der ASt – keine unsachgemäße Erwägung. Überdies ergibt der Vortrag der Ag nachvollziehbar die für die Bewertung von ASt und Bg im Quervergleich ausschlaggebenden Erwägungen, die danach sachgemäß sind, so dass auch insofern keine Beurteilungsfehler festzustellen sind.

gg) Die von der ASt bemängelten Beurteilungsfehler hinsichtlich ihres Konzepts Implementierung sind ebenfalls nicht festzustellen.

(1) Soweit die ASt meint, die Ag habe unzutreffend berücksichtigt, dass im Konzept die Angabe der Dauer der einzelnen zu erfüllenden Aufgaben fehle, ist keine fehlerhafte Bewertung ersichtlich. Der dokumentierten Gesamtbewertung der Ag ist insofern zu entnehmen, dass nicht nachvollziehbar dargelegt sei, wie lange eine Aufgabenerledigung brauche. Die Darlegungen der ASt führten im Ergebnis zu einem nicht nachvollziehbaren Zeit- bzw. Ablaufplan. Daraus geht hervor, dass sich die Ag mit den Angaben der ASt im Konzept durchaus auseinandergesetzt hat, also sich jedenfalls nicht darauf beschränkt hat zu bemängeln, dass entsprechende Angaben im Konzept fehlen.

Die Ag bezieht sich auch in ihren Erläuterungen zu dieser Bewertung im Nachprüfungsverfahren auf den von der ASt im Konzept (dort Bl. 547 der Vergabeakte) dargelegten „*möglichen zeitlichen Ablauf*“ bzw. dort zugeordneter einzelner Workstreams, dessen Angaben sie gemäß ihrer Bewertung nicht für hinreichend nachvollziehbar hält. Es fehlten nähere Angaben im Konzept zu den einzelnen Teilaufgaben der Workstreams. Diese Erwägung ist, gemessen am Konzept der ASt, nachvollziehbar und damit nicht unsachgemäß. Das Konzept der ASt enthält (auf S. 5-7, Bl. 544 ff. der Vergabeakte) stichpunktartig gefasste Angaben zu den im Zeitstrahl auf S. 8 benannten Workstreams der ASt, zu denen die Ag in der Bewertung feststellt, dass sich diese Zeitplanung nicht konkret auf die Leistung beziehe, weil diese in dem nur als „*möglich*“ dargestellten Zeitablauf nicht konkret herausgearbeitet würden. Die Ag erläutert diese Erwägung im Nachprüfungsverfahren dahin, dass sich bereits aus Seite 5 des Konzepts (Bl. 544 der Vergabeakte) der Eindruck ergebe, die ASt wolle Aufwände, Laufzeiten und Termine für die gesamte Implementierung erst nach Zuschlagserteilung festlegen, ohne dass sich dazu Näheres aber schon aus dem Konzept entnehmen lasse. Diese Einschätzung ist, gemessen am Konzept der ASt, nicht evident unsachgemäß. Denn nach den Vorgaben des Kriterienkatalogs ist im Konzept Implementierung u.a. auf „*die verschiedenen Implementierungsschritte und -aufgaben für Ihr Unternehmen, die Geschäftsstelle und für die [...]Nutzenden*“ einzugehen sowie anzugeben, wie lang die Implementierung geplant ist. Für einen verständigen Bieter ergibt sich daraus der Erwartungshorizont, die unterschiedlichen Implementierungsaufgaben zu betrachten und diesen den beabsichtigten Zeitbedarf konkret zuzuweisen. In dem von der ASt vorgelegten „*möglichen zeitlichen Ablauf*“ finden sich für die von ihr vorher zu den einzelnen Workflows definierten Aktivitäten allerdings keine Konkretisierungen. Wenn die Ag vor diesem Hintergrund die Darstellung für schwer nachvollziehbar hält,

so ist dies jedenfalls keine unsachgemäße, willkürliche, sondern vom Rahmen des Kriterienkatalogs abgedeckte Schlussfolgerung. Dies gilt auch im Quervergleich mit dem Konzept Implementierung der Bg, zu denen die Ag anführt, sie halte diese für umfassend und daher gut nachvollziehbar. Gemessen am Konzept Implementierung der Bg, das der Vergabekammer vorlag, ist diese Einschätzung nachzuvollziehen und sachgemäß, mithin fehlerfrei.

(2) Soweit die ASt ferner beanstandet, die Ag habe falsch behauptet, die Verantwortlichkeiten und Zuordnung einzelner Aufgaben im Zuge der Implementierung seien nicht klar erkennbar, ist die Erwägung der Ag nicht fehlerhaft. Wie schon soeben zu (1) festgestellt, sieht der Kriterienkatalog für das Konzept Implementierung vor, dass darin auf die verschiedenen Implementierungsschritte/-aufgaben „für Ihr Unternehmen, die Geschäftsstelle und für die [...]Nutzenden“ einzugehen ist. Daraus folgt aus Sicht eines verständigen Bieters ohne Weiteres das Erfordernis darzustellen, wer für welche der Aufgaben nach dem Konzept zuständig ist. Daher durfte die Ag den Aspekt der Verantwortlichkeiten bei der Bewertung grundsätzlich bei der Bewertung des Konzepts auch der ASt berücksichtigen. Der dokumentierten Gesamtbewertung ist insofern zu entnehmen, dass die Ag die Nachvollziehbarkeit der Ausführungen bemängelt, weil diese auf Seite 4 des Konzepts nur ansatzweise vorhanden seien. Insofern sei wohlwollend berücksichtigt worden, dass die ASt im Konzept zum Ausdruck habe bringen wollen, es wirkten alle Beteiligten bei der Implementierung mit, ohne dass sich dies aber näher aus den Darlegungen auf den Seiten 5 bis 7 des Konzepts (Bl. 544 ff. der Vergabeakte) ergebe. Dies ist so ausweislich des Konzepts nachvollziehbar. Soweit die ASt hierzu meint, aus den dort genannten einzelnen Beschreibungen der Workflows ergebe sich aber gerade, in wessen Kompetenz die jeweilige Maßnahme/Aufgabe falle, ist das dem Konzept a.a.O. so nicht explizit zu entnehmen. Aus Seite 4 des Konzepts Implementierung der ASt folgt zwar, dass die ASt die Gesamtprojektsteuerung der ASt und der Auftraggeberin zuweist. Zudem bestimmt Ziff. 3.1.7 der Leistungsbeschreibung, dass die fachliche Unterstützung durch den Auftragnehmer während der Implementierungsphase u.a. inklusive „Projektmanagement für die Implementierungsphase in Abstimmung und Zusammenarbeit mit dem [...]“ erfolgt. Allerdings ergibt sich aus dieser Vorgabe der Leistungsbeschreibung eine prinzipielle Verantwortung des Auftragnehmers für die Implementierung, der sich mit dem [...] abzustimmen hat und sodann in diesem Rahmen mit der Auftraggeberseite bei der Implementierung zusammenzuarbeiten hat. Wenn der Ag vor diesem Hintergrund in der dokumentierten Bewertung „besonders negativ“ auffällt, dass die Projektverantwortlichkeit im Konzept der ASt nicht eindeutig zugewiesen werde, sondern die Auftraggeberseite ohne Weiteres in das Implementierungsmanagement einbezogen wird, und diesen Umstand in der Bewertung berücksichtigt, so ist das jedenfalls nicht unsachgemäß. Denn es ist anhand der Formulierung im Konzept der ASt

nachvollziehbar, dass eine prinzipielle fachliche Unterstützungsverantwortung der ASt nicht klar zu erkennen ist. Diese Einschätzung ist noch vom Beurteilungsspielraum der Ag gedeckt. Dies gilt auch im Quervergleich mit dem Konzept Implementierung der Bg,, zu dem die Ag insofern anführt, sie halte die Projektverantwortlichkeit für klar zugewiesen und daher für eindeutig nachvollziehbar. Gemessen am Konzept Implementierung der Bg, das der Vergabekammer vorlag, ist diese Einschätzung nachzuvollziehen und sachgemäß (vgl. S. 2 des Konzepts Implementierung der Bg, Bl. 372 der Vergabeakte).

hh) Die von der ASt im Hinblick auf die Bewertung des Angebots der Bg vorgebrachten Argumente begründen keine Beurteilungsfehler.

(1) Soweit die ASt vorträgt, die Bg verfüge weder über ein BTC noch hinreichend qualifiziertes Personal, ist das ausweislich der Darlegungen der Bg insbesondere in ihrem Konzept Betreuung bzw. Personaleinsatz, die der Vergabekammer vorgelegen haben, faktisch nicht nachzuvollziehen. Die Bg hat dort entsprechende Angaben gemacht. Soweit die ASt insbesondere unter Hinweis auf [...]Nutzer meint, daraus ergäbe sich die angespannte Personalsituation der Bg, ist dies auf die damalige Situation im Zusammenhang mit dem Bestandsvertrag konzentriert. Entsprechendes gilt für die von der ASt angeführten Stimmen aus den Kreisen (ehemaliger) Beschäftigter der Bg. Dies ist allerdings prinzipiell unabhängig von der im Hinblick auf die Anforderungen der streitgegenständlichen Ausschreibung völlig neu zu konzipierenden Ausstattung der Bg zu sehen. Insofern dient das Konzept der Bg gerade dazu, die sich aus dem Kriterienkatalog und der Leistungsbeschreibung ergebenden Anforderungen aufzugreifen.

(2) Auch die von der ASt bemängelten Beurteilungsfehler im Hinblick auf den Kriterienkatalog Zusatzpunkte sind nicht festzustellen. Soweit die ASt meint, die Bg könne keine Zusatzpunkte für die nach dem Kriterienkatalog gemäß Ziff. 1.1 geforderten zusätzlichen „*exklusiven Angebote*“ für die Ag erhalten, wenn diese nicht ausschließlich von der Bg angeboten würden, ist die Bewertung durch die Ag sachgemäß erfolgt. Dem Konzept der Bg sind entgegen der Annahme der ASt tatsächlich Angaben zu Angeboten entnommen, die nur die Bg anbietet.

(3) Soweit die ASt im Nachprüfungsantrag unter Bezug auf ihre Rüge vom 17. April 2023 bemängelt, es sei am Markt bekannt, dass die Bg entgegen der Anforderungen nach Ziff. 3.1.22 der Leistungsbeschreibung nicht mit einem multi-source-fähigen System arbeite, die Bg könne beim jeweiligen Konzept insofern nicht die volle Punktzahl erhalten, lässt sich dies bereits nach den Angaben der Bg z.B. im Konzept Betreuung nicht bestätigen (s. Bl. 354 der Vergabeakte).

(4) Soweit die ASt im Nachprüfungsantrag auf ihre Rüge vom 17. April 2023 Bezug nimmt, hinsichtlich des Konzepts Implementierung der Bg, sei zu befürchten, dass dieses keine sinnvollen Angaben enthalte, da die Bg Bestandsdienstleisterin sei, so dass im Auftragsfall der Großteil der Implementierungsleistungen gar nicht durchgeführt werden müsse, ist das bereits nach dem entsprechenden Konzept der Bg nicht nachzuvollziehen (vgl. Bl. 371 ff. der Vergabeakte).

c) Der von der ASt geltend gemachte Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 bzw. Nr. 9 lit. a) und b) GWB liegt nicht vor. Soweit die ASt insofern ein Sonderwissen der Bg behauptet, ist dies nicht nachzuvollziehen. Aus dem von der ASt in Bezug genommenen Schreiben [...] ist ein solches Sonderwissen nicht zu erkennen. Die Ag hat insofern nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass die Bg als Bestandsdienstleisterin im Rahmen des bisherigen Auftragsverhältnisses von diesem Schreiben in Kenntnis gesetzt worden ist und das aus dem Schreiben nur in sehr allgemeiner Form zur streitgegenständlichen Ausschreibung mitgeteilt worden sei. Ausweislich dieses Schreibens, das als Teil der Anlage C14 von der ASt vorgelegt worden ist, ist das so auch nachvollziehbar, so dass die Bg daraus schon keine spezifischen Informationen zum streitgegenständlichen Vergabeverfahren hat erlangen können.

Soweit sich aus dem Vorbringen der ASt ergibt, dass die Bg ggf. im Hinblick auf das System [...] über Sonderwissen verfüge, hat die Ag den in der ursprünglichen Bewertung enthaltenen Bezug hierauf in der Neubewertung der Konzepte vom 4. Mai 2023 – wie festgestellt – ohnehin gestrichen und hat insofern der ursprünglichen Rüge der ASt abgeholfen.

d) Das tenorierte Zuschlagsverbot an die Bg ist die nach § 168 Abs. 1 S. 1 GWB geeignete Maßnahme, um die sich aus den oben festgestellten Vergaberechtsverstößen ergebenden Rechtsverletzungen zu Lasten der ASt abzustellen. Die Ag ist auf diese Weise gehalten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die festgestellte gebotene weitere Aufklärung des Angebots der Bg unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen. Die Vergabekammer kann diese Aufklärung nicht selbst vornehmen, da sie sonst in das der Ag nach § 15 Abs. 5 S. 1 VgV zustehende Ermessen übergreifen würde. Wie die Ag in diesem Rahmen die gebotene Aufklärung ausgestaltet, ist prinzipiell von ihr – unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer – zu entscheiden.

Ein Aussetzen des Nachprüfungsverfahrens bis zu einer abschließenden Aufklärung und anschließender Entscheidung der Ag im Hinblick auf das Angebot der Bg kommt schon angesichts

des grundsätzlich auf fünf Wochen begrenzten Entscheidungsspielraums nicht in Betracht, § 167 Abs. 1 GWB. Insbesondere aber ist es Aufgabe der Vergabekammer, das Vergabeverfahren ex post zu überprüfen, allerdings nur, soweit dieses auch tatsächlich durchgeführt wurde. Dies ergibt sich schon aus § 160 Abs. 2 GWB, wonach ein Antragsteller eine bereits erfolgte Rechtsverletzung infolge eines Vergabefehlers vortragen muss, um antragsbefugt zu sein, sowie des Weiteren aus § 168 Abs. 1 S. 1 GWB, wonach die Vergabekammer die erforderlichen Maßnahmen ergreift, um eine – bereits erfolgte – Rechtsverletzung zu beseitigen. Vorbeugenden Rechtsschutz gibt es im Vergabenachprüfungsverfahren nicht, ebenso wenig ist eine Aussetzung des Nachprüfungsverfahrens vorgesehen, bis der Auftraggeber einen Vergabefehler – hier: die vorzeitig abgebrochene Aufklärung – bereinigt hat, um dann darüber zu entscheiden, ob diese Fehlerbeseitigung nunmehr vergaberechtskonform erfolgte. Dies würde, wie der vorliegende Fall zeigt, einen Antragsteller auch um seinen prozessualen Erfolg bringen, wenn er einen Vergabefehler aufgedeckt hat, die Vergabekammer aber erst nach Bereinigung des Fehlers entscheiden würde. Denn dann läuft ein Antragsteller Gefahr, dass sein Nachprüfungsantrag mit Kostenlast zu seinen Ungunsten zurückgewiesen wird, wenn die Korrektur des zuvor monierten Fehlers vergaberechtskonform erfolgt ist; stellt die Vergabekammer indes auf den Fehler ab und macht diesen vor dessen Korrektur zur Entscheidungsgrundlage, so ist der Nachprüfungsantrag erfolgreich. Erfolg im Nachprüfungsverfahren ist indes nicht gleichzusetzen mit Erhalt des Zuschlags.

III.

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

1. Die Ag trägt als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen), § 182 Abs. 3 S. 1 GWB, sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt, § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

Maßgeblich für das Unterliegen im Sinne des § 182 Abs. 3 bzw. Abs. 4 GWB ist eine materielle Betrachtung der von den Verfahrensbeteiligten verfolgten Ziele. Primär kommt es somit darauf an, inwieweit das jeweilige Verfahrensziel in wirtschaftlicher Hinsicht erreicht worden ist oder nicht. Den gestellten Anträgen kommt im Hinblick auf § 168 Abs. 1 S. 2 GWB allenfalls eine indizielle Bedeutung zu (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. April 2022, VII-Verg 5/22). Die ASt hat hier das Ziel verfolgt, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu verhindern. Mit diesem

Ziel hat sie Erfolg gehabt, wenn auch nicht in dem mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend gemachten umfassenden Sinn, nämlich dem Ausschluss des Angebots der Bg. Da die Frage, ob das Angebot der Bg angesichts der erforderlichen, derzeit aber noch nicht vollständig durchgeführten Aufklärung letztlich ausgeschlossen werden muss, noch offen ist, ist die angeordnete weitere Aufklärung als Minus zum vollen Rechtsschutzziel der ASt zu werten. Die Anordnung der Vergabekammer, wonach derzeit ein Zuschlag auf das Angebot der Bg zu unterbleiben hat, entspricht im Übrigen dem Antrag der ASt. Was den Antrag auf weitergehende Akteneinsicht anbelangt, so war die ASt zwar nicht erfolgreich; da es sich hier indes nur um einen Antrag neben dem primären Rechtsschutzziel handelte, ist die Erfolglosigkeit dieses Antrags kostenmäßig zu vernachlässigen und rechtfertigt keine Unterliegensquote zu Lasten der ASt. Vor diesem Hintergrund obsiegt die ASt vollständig und dementsprechend unterliegt die Ag.

Die Bg hat sich weder durch schriftsätzlichen Vortrag oder Stellung von Anträgen am Nachprüfungsverfahren beteiligt und auch nicht an der mündlichen Verhandlung beteiligt. Sie hat damit kein Kostenrisiko auf sich genommen und ist daher nicht als mit der Ag unterliegende Partei anzusehen, so dass sie nicht an der Kostenentscheidung zu beteiligen ist.

2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt ist für notwendig zu erklären, § 182 Abs. 4 S. 4 GWB, § 80 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG (Bund). Von einem durchschnittlichen Bieterunternehmen wie der ASt kann nicht erwartet werden, die hier gegebenen komplexen vergaberechtlichen und insbesondere die nachprüfungsverfahrensrechtlichen Fragestellungen, hier zudem verflochten mit speziellen Fragen des Datenschutzrechts nach der DSGVO, im Nachprüfungsverfahren ohne anwaltliche Hilfe aufzuarbeiten.

IV.

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

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

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der

verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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

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

[...]

[...]