

Gericht: **OLG Rostock Vergabesenat**
Entscheidungsname: **Luca III**
Entscheidungsdatum: **11.11.2021**
Aktenzeichen: **17 Verg 6/21**
ECLI: **ECLI:DE:OLGROST:2021:1111.17VERG6.21.00**
Dokumenttyp: **Beschluss**

Quelle:



Normen: **§ 133 BGB, § 157 BGB, § 28a Abs 1 Nr 17 IfSG, § 28a Abs 4 IfSG, § 14 Abs 4 Nr 2 Buchst b VgV ... mehr**
Zitiervorschlag: **OLG Rostock, Beschluss vom 11. November 2021 – 17 Verg 6/21 –, juris **

Langtext

Luca III

Leitsatz

Luca III

1. Auf eine vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit kann sich ein Bieter nicht berufen, wenn sein Produkt zulässig gestellte zwingende Anforderungen zweifelsfrei nicht erfüllt.
2. Kommt es dem Auftraggeber mit Blick auf die Dringlichkeit und Risikobegrenzung zulässigerweise auf die Beschaffung einer bestehenden Software an, muss er einen über die programmtechnisch bereits vorgesehene und getestete Konfiguration hinausgehenden Eingriff in die Programmstruktur nicht hinnehmen.

Orientierungssatz

Zitierungen zum Leitsatz: Festhaltung OLG Rostock, Beschluss vom 1. September 2021 - 17 Verg 2/21 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2010 - VII-Verg 10/10.

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Festhaltung OLG Rostock Vergabesenat, 11. November 2021, 17 Verg 4/21

Diese Entscheidung zitiert

Rechtsprechung

Festhaltung OLG Rostock Vergabesenat, 1. September 2021, 17 Verg 2/21
Anschluss OLG Düsseldorf Vergabesenat, 15. Juni 2010, VII-Verg 10/10, ...

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 17.08.2021 - 3 VK 5/21 - wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragsgegners und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Antragsgegner war im Beschwerdeverfahren erforderlich.
4. Der Streitwert wird für das Beschwerdeverfahren auf 25.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Im Februar 2021 beabsichtigte der Antragsgegner, den „Corona-Lockdown“ durch einzelne Öffnungsschritte abzumildern. Nach Erfahrungen mit der Kontaktnachverfolgung auf Grundlage von Anwesenheitslisten in Papierform sollten die Lockerungen von einer effektiveren Form der Kontaktnachverfolgung begleitet werden. Unter dem 26.02.2021 teilte das Bundesgesundheitsministerium den Ländern mit, dass der Bund eine deutschlandweite Lösung zur elektronischen Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter nicht zeitnah bereitstellen werde. Am 03.03.2021 beschloss die Ministerpräsidentenkonferenz: „Die Länder stellen in ihren Verordnungen sicher, dass die verpflichtende Dokumentation zur Kontaktnachverfolgung auch in elektronischer Form, zum Beispiel über Apps erfolgen kann“.
- 2 Der Antragsgegner recherchierte im Internet Systeme beziehungsweise Apps zur digitalen Kontaktnachverfolgung. Die Anwendung X der Antragstellerin war zu diesem Zeitpunkt weder über eine Google-Suche noch über die App-Stores auffindbar, andere Produkte sah der Antragsgegner als nicht zuschlagsfähig an. Er beschaffte daraufhin ohne Ausschreibung und ohne Einholung weiterer Angebote mit Vertrag vom 08.03.2021 das LUCA-System der Beigeladenen. Dagegen wendet sich die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren.
- 3 Bei dem Produkt der Antragstellerin werden bei Installation der App keine persönlichen Daten angegeben. Bei einem Check-In wird der QR-Code der Veranstaltung gescannt. Warnungen über Infektionsfälle im Zusammenhang mit einer bestimmten Veranstaltung stellt das Gesundheitsamt dann auf dem X-Server („Schwarzes Brett“) ein. Jede (noch) installierte X-App fragt zyklisch das „Schwarze Brett“ ab, ob Warnungen für die lokal gespeicherten Veranstaltungs-Codes hinterlegt sind. Die Warnung wird dann in der App angezeigt. Die Nutzung ohne Smartphone erfolgt über eine Web-App nach ähnlichem Prinzip unter Angabe einer Kontakt-E-Mail-Adresse. Die über die Smartphone-App beziehungsweise per E-Mail benachrichtigten Kontaktpersonen des Infizierten können dann freiwillig ihre Kontaktdaten ein- und für das Gesundheitsamt freigeben. Erst nach der Freigabe stehen die Daten dem Gesundheitsamt zur weiteren Kontaktnachverfolgung zur Verfügung. Der Veranstalter hat keinen Zugriff auf die Daten und kann sie auch nicht dem Gesundheitsamt übermitteln.
- 4 Mit Beschluss vom 17.08.2021 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unzulässig zurückgewiesen. X ermögliche bereits keine Kontaktnachverfolgung und versetze den Veranstalter nicht in die Lage, Daten an das Gesundheitsamt zu übermitteln. Dies sei nach der Corona-Landesverordnung in der Fassung vom 24.02.2021 aber zwingend erforderlich. Wegen der Anträge und Feststellungen wird auf den Beschluss Bezug genommen.
- 5 Gegen den am 18.08.2021 zugestellten Beschluss wendet sich die Antragstellerin mit ihrer am 31.08.2021 bei dem Oberlandesgericht eingegangenen sofortigen Beschwerde. Sie macht im Wesentlichen geltend:
- 6 (1) Ihr Produkt X sei zuschlagsfähig. Der Datenzugriff des Gesundheitsamts erst nach Freigabe durch die Kontaktpersonen und die fehlende Möglichkeit der Datenübermittlung durch den Veranstalter stehe aus zwei Gründen nicht entgegen:
- 7 Die Funktionalität sei gar nicht gefordert worden. Eine entsprechende Anforderung ergäbe sich weder aus dem vom Antragsgegner formulierten Beschaffungsprofil („digitale Kontaktnachverfolgung“) noch aus dem objektiv zutreffend verstandenen Beschaffungszweck. Für einen verständigen Bieter sei nicht ersichtlich, dass die „digitale Kontaktnachverfolgung“ als „zur Erfüllung der Vorgaben der Corona-VO für die Veranstalter“ verstanden werden sollte. Die verordnungsrechtlichen Vorgaben seien auch erstmals am Ende der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer zur Sprache gekommen, seien also offenbar auch aus Sicht der Vergabestelle keine intendierten Anforderungen. Im Übrigen habe im Beschaffungszeitpunkt nicht die Corona-Landesver-

ordnung in der Fassung vom 24.02.2021, sondern vom 06.03.2021 gegolten. Eine Erfassung von Adresse, Ort und Zeit sei bei einer digitalen Kontaktnachverfolgung auch weder erforderlich noch nach dem Grundsatz der Datensparsamkeit verhältnismäßig gewesen. Dem fachkundigen Bieter könne nicht zum Vorwurf gemacht werden, aus den vorhandenen Quellen die gesetzlich engsten Voraussetzungen zur Programmierung einer eigenen Anwendung gezogen zu haben. Der einzige Unterschied zu LUCA bestehe im Übrigen in dem Zeitpunkt der Erfassung der Kontaktdaten. Während LUCA die Kontaktdaten zu Beginn der Registrierung erfasse, würden bei X die persönlichen Kontaktdaten erst nach der Benachrichtigung im Infektionsfall erfasst. Unabhängig von den persönlichen Kontaktdaten (Name, Anschrift, etc.) würden jedoch von X die für die Kontaktnachverfolgung notwendigen Daten (Kontakthistorie) anonym erfasst und ermöglichen so die Kontaktnachverfolgung durch die Gesundheitsämter.

- 8** Die Funktionalität könne in X zudem nachgerüstet werden. Es müsse lediglich die zeitliche Reihenfolge der Erfassung geändert werden. Inzwischen sei die Anpassung auch mit einem Aufwand von etwa 9,0 Arbeitsstunden (einschließlich 4,0 Stunden Test) vorgenommen worden.
- 9** (2) Darüber hinaus sei die LUCA-App nicht zuschlagsfähig. Sie sei jedenfalls hinsichtlich des Datenschutzes mangelbehaftet, weil gegen den Datenminimierungsgrundsatz verstoßen werde. Zudem stehe die Gästeliste einer Veranstaltung dem Gesundheitsamt erst nach Freischaltung durch den Veranstalter – und damit nicht unmittelbar – zur Verfügung. Darüber hinaus biete LUCA – wenn denn auf die Corona-Landesverordnung abgestellt würde – nicht die Möglichkeit der Plausibilitätskontrolle der Kontaktdaten.
- 10** (3) Der Zuschlag sei nach § 135 GWB für unwirksam zu erklären. Die Voraussetzungen einer Direktvergabe lägen nicht vor. Es fehle an einer technologischen Alleinstellung und einer Eilbedürftigkeit. Auch sei das erforderliche Mindestmaß an Wettbewerb nicht gewahrt. Zudem erfülle die Leistungsbeschreibung nicht die rechtlichen Anforderungen der §§ 121 Abs. 1 GWB, 31 VgV.
- 11** Die Antragstellerin beantragt:
- 12** 1. Der Beschluss der Vergabekammer bei dem Ministerium für Arbeit, Wirtschaft und Gesundheit vom 17.8.2021, Az. VK 3–5/21, wird aufgehoben.
- 13** 2. Es wird festgestellt, dass der verfahrensgegenständliche Vertrag zwischen dem Beschwerdegegner und der Beigeladenen 12.3.2021 vom 12.3.2021 gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam ist.
- 14** Hilfsweise zu 2.: Der Vergaberechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senates an die Vergabekammer zurückzuweisen.
- 15** 3. Es werden geeignete Maßnahmen getroffen, um die festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
- 16** 4. Der Beschwerdegegner trägt die Kosten des Verfahrens.
- 17** Der Antragsgegner beantragt:
- 18** 1. Die sofortige Beschwerde wird zurückgewiesen.
- 19** Hilfsweise: Der Antragsgegnerin wird gestattet, den Vertrag mit der Beigeladenen fortzuführen bis sie im Rahmen einer Ersatzbeschaffung einen neuen Auftragnehmer vertraglich gebunden hat.
- 20** 2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.
- 21** 3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.
- 22** Sie macht geltend, X ermögliche im Gegensatz zu LUCA keine digitale Kontaktnachverfolgung im Sinne der Corona-Landesverordnung Mecklenburg-Vorpommern (Corona-LVO M-V), weder in der Fassung vom 24.02.2021 noch in der vom 06.03.2021, sondern allenfalls eine Warnfunktion. Gefordert werde, dass „die Daten im Falle des Infektionsgeschehens unmittelbar dem zuständigen Gesundheitsamt in einer für diese geeigneten Art und Weise zur Verfügung gestellt werden“. Dies könne X gerade nicht leisten, da die Daten dem zuständigen Gesundheitsamt nur bei ausdrücklicher nachträglicher Zustimmung der betroffenen Person übermittelt würden. Überdies weise X erhebliche Defizite im Hinblick auf die Erreichbarkeit der mittels der App ermittelten

Kontaktpersonen auf: Wenn der Nutzer die X-App nach dem Besuch einer Veranstaltung lösche, ihm sein Handy abhanden komme oder er sich ein neues Handy anschaffe, habe das Gesundheitsamt keinerlei Möglichkeit, diesen Nutzer als Kontaktperson zu kontaktieren.

- 23** Die Beigeladene beantragt,
- 24** 1. die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 17.08.2021, Az.: 3 VK 5/21, zurückzuweisen;
- 25** 2. dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen;
- 26** 3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlichen Beistandes durch die Beigeladene auch im Beschwerderechtszug notwendig war.
- 27** Sie macht geltend, X sei bereits kein System zur Kontaktnachverfolgung. Was unter Kontaktnachverfolgung zu verstehen sei, ergäbe sich unmittelbar aus § 28a IfSG. § 28a Abs. 4 IfSG enthalte Regelungen dazu, welche Daten von den Verantwortlichen erhoben werden. Wer diese Verantwortlichen seien, ergäbe sich mittelbar aus § 28a Abs. 1 Nr. 17 IfSG. Dort werde nach näherer Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen geregelt, dass Kontaktdaten von Kunden, Gästen oder Veranstaltungsteilnehmern erhoben werden. Verantwortlicher im Sinne des § 28a IfSG sei daher, wer Kunden empfangt, Gäste bewirte oder Veranstaltungen durchführe. Nicht Verantwortliche im Sinne dieser Bestimmung seien der Gast, der Kunde oder der Teilnehmer einer Veranstaltung selbst.
- 28** Der Senat hat der Antragstellerin weitergehende Akteneinsicht gewährt, das Gesuch im Übrigen aber zurückgewiesen.
- II.
- 29** Die Beschwerde ist zulässig, bleibt in der Sache indes ohne Erfolg.
- 30** 1. Zwar ist der Nachprüfungsantrag zulässig. Die Antragstellerin macht die Verletzung in bieterschützenden Rechten durch eine unzulässige Direktvergabe geltend und es ist nach dem für die Zulässigkeitsprüfung geltenden Maßstab (zu Einzelheiten vgl. *Senat*, Beschluss vom 01. September 2021 – 17 Verg 2/21 –, Rn. 37, juris - Luca I) nicht von vornherein ausgeschlossen, ihr Produkt sei zuschlagsfähig und ihr drohe deshalb ein Schaden (§ 160 Abs. 2 GWB). Der genaue Inhalt und die vergaberechtliche Zulässigkeit der gestellten Anforderungen und die Erfüllung derselben durch das Produkt der Antragstellerin ist gerade Gegenstand der Nachprüfung. Dann aber bleibt die Prüfung insoweit der Begründetheit vorbehalten.
- 31** 2. In der Sache bleibt der Antrag indes ohne Erfolg.
- 32** a) Auf eine vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit der Direktvergabe kann sich die Antragstellerin schon deshalb nicht berufen, weil die X-App zulässig gestellte zwingende Anforderungen im Vergabezeitpunkt nicht erfüllte. Die vergaberechtliche Nachprüfung dient dem Schutz von Unternehmen vor Benachteiligung bei der öffentlichen Auftragsvergabe. Deshalb können Unternehmen in dem Verfahren nur geltend machen, sie würden durch die konkrete Ausgestaltung des Vergabeverfahrens oder die Auswahlentscheidung in subjektiven Rechten verletzt und ihnen drohe dadurch ein Schaden. Eine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle oder Überwachung des Handelns und der Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber findet demgegenüber in diesem Rahmen nicht statt. Vielmehr genießt dann das Interesse an einer zügigen Beschaffung Vorrang. Deshalb muss - auch wenn die Antragsbefugnis als „Grobfilter“ bejaht wird - ein Nachprüfungsantrag letztlich ohne Erfolg bleiben, wenn sich im Rahmen einer eingehenden Prüfung auf Begründetheitsebene ergibt, dass der Antragsteller auf sein konkretes beziehungsweise potentielles Angebot einen Zuschlag zweifelsfrei gar nicht erhalten könnte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2010 – VII-Verg 10/10 –, Rn. 21, juris; Blöcker in: *Röwekamp/Kus/Portz/Prieß, GWB, 5. Aufl., § 168 Rn. 7 mwNachw.*).
- 33** aa) Nach den Vergabeunterlagen war Beschaffungsgegenstand ein System zur (digitalen) Kontaktnachverfolgung. Der genaue Inhalt ist durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB nach dem Horizont eines verständigen Bieters zu ermitteln.
- 34** Kontaktnachverfolgung bedeutet dem Wortsinn nach, Personen zu identifizieren und Kontakt zu ihnen aufzunehmen, die ihrerseits Kontakt zu einer bestimmten Person - hier einem Infizierten - hatten. Bei der Auslegung darf der gesetzliche Kontext nicht unberücksichtigt bleiben. Für jeden Interessenten musste auf der Hand liegen, dass es um die Kontaktnachverfolgung im Rahmen

der Covid-19-Pandemie gehen sollte, für die insbesondere § 28a Abs. 1 Nr. 17, Abs. 4 IfSG und die landesrechtlichen Regelungen die Grundlage bildeten. Nach § 28a Abs. 1 Nr. 17, Abs. 4 IfSG und dem Vergabevermerk kann es dabei nur um die behördliche Kontaktnachverfolgung gehen, die durch das Gesundheitsamt erfolgt. Das wird auch von den Beteiligten nicht in Zweifel gezogen. Die Erhebung der zur Verfolgung erforderlichen Kontaktdaten hat dabei - wie sich ebenfalls § 28a IfSG entnehmen lässt - durch den Veranstalter als Verantwortlichem zu erfolgen, der die Daten der zur Verarbeitung zuständigen Stelle auf Anforderung zu übermitteln hat. Nach der Corona-Landesverordnung hat der Veranstalter Vor- und Familienname, vollständige Anschrift, Telefonnummer des Gastes sowie Datum und Uhrzeit zu erfassen und auf Anforderung unmittelbar dem Gesundheitsamt zur Verfügung zu stellen. Insoweit besteht kein relevanter Unterschied zwischen den beiden Fassungen der Verordnung vom 24.02.2021 und vom 06.03.2021. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin können diese Verpflichtungen zur Datenerfassung nicht isoliert betrachtet werden. Sie sind vielmehr notwendiger Teil der vom Antragsgegner vorgesehenen Kontaktnachverfolgung. Insofern ging es bei der Beschaffung nicht - wie von der Antragstellerin mit der Beschwerde beanstandet - im Kern um die Erfüllung der Pflichten der Veranstalter, sondern um die Ermöglichung einer effektiven behördlichen Kontaktnachverfolgung, zu der der Antragsgegner auch die Datenerfassung im Verantwortungsbereich des Veranstalters zählt. Die verbindliche Rechtsverordnung kann hier auch nicht deshalb unberücksichtigt bleiben, weil der Antragsgegner nicht nur Vergabestelle, sondern durch seine Exekutive zugleich Verordnungsgeber ist und die Verordnung auch anders hätte fassen können. Er hat es jedenfalls nicht getan. Für den potentiellen Bieter wird auch aus der Verordnung ersichtlich, wie sich der Antragsgegner die Kontaktnachverfolgung vorstellt und welche Anforderungen insoweit an das zu beschaffende Kontaktnachverfolgungssystem zu stellen sind. Gerade in Fällen der Direktvergabe, in denen die Leistungsbeschreibung nicht als Grundlage für einzureichende Angebote dient, sondern allein zur Dokumentation des Beschaffungsbedarfs, macht es letztlich keinen Unterschied, ob das Land die Anforderung ausdrücklich in die Vergabeunterlagen oder aber in übergeordnete Rechtsvorschriften aufnimmt.

- 35** Wie der Antragsgegner die Formulierung der Zuschlagskriterien ursprünglich subjektiv gemeint hat, ist angesichts des objektiven Auslegungshorizonts ohne Belang. Insoweit spielt keine Rolle, ob er tatsächlich bei der Markterkundung zur Corona-Warn-App - die im Übrigen zu diesem Zeitpunkt lediglich ein manuelles Tagebuch und keine Check-In-Funktion vorsah - auf den Gesichtspunkt der Datenerfassung und -freigabe nicht abgestellt hat und ob die Problematik im Rahmen der Verhandlung vor der Vergabekammer lediglich am Rande erörtert wurde.
- 36** Im Ergebnis sind also im Rahmen der Kontaktnachverfolgung Personendaten zu erheben und im Bedarfsfall durch den Veranstalter unmittelbar dem Gesundheitsamt zur Verfügung zu stellen.
- 37** bb) Mit dieser Definition des Beschaffungsbedarfs hat sich der Antragsgegner im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts gehalten. Dabei ist ohne Belang, ob er sich auch mit einem (datensparsameren) System der anonymen Warnung und nachträglichen Erfassung der Kontaktdaten hätte zufrieden geben und dementsprechend den Beschaffungsbedarf und die Verordnung anders hätte regeln können. Ein solches System ist jedenfalls nicht das nach § 28a IfSG und den Datenschutzgrundsätzen evident einzig zulässige. Es ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Antragsgegner die Erfassung der Personendaten vor dem Check-In und deren unmittelbare Bereitstellung im Bedarfsfall als für die Nachverfolgung erfolgversprechender angesehen hat. Bei der weiterhin zulässigen Verwendung von Papierlisten und anderen, nicht App-basierten Check-In-Varianten dürfte eine Kontaktnachverfolgung ohne Erhebung von Personendaten sogar unmöglich sein.
- 38** Eine andere Beurteilung der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Leistungsbestimmung ergibt sich auch nicht daraus, dass hierdurch einzelne Anbieter aus dem potentiellen Bewerberkreis ausgeschlossen werden. Die Erwartung einer effizienteren Nachverfolgung bei sofortiger Personendatenerfassung und unmittelbarer Übermittlung der Daten an das Gesundheitsamt im Anschluss an eine Infektionsmeldung im Vergleich zur Personendatenerfassung erst nach der Infektionswarnmeldung und der anschließenden Übermittlung durch jede einzelne Kontaktperson ist jedenfalls nicht willkürlich. Eine technische Alleinstellung im Sinn des § 14 Abs. 4 Nr. 2 Buchst. b, Abs. 6 VgV wird nicht begründet.
- 39** cc) X erfüllt dieses Anforderungsprofil unter mehreren Gesichtspunkten nicht: Die bestehende Möglichkeit, anonyme Warnungen für den Abruf durch noch vorhandene Apps zur Verfügung zu stellen, genügt für sich genommen nicht. Davon geht letztlich auch die Antragstellerin aus, wenn in ihrem Konzept (Anlage ASt4) auf Folie 4 dargestellt wird, für eine Warnung würden zwar keine Personendaten benötigt, für die Nachverfolgung durch das Gesundheitsamt aber schon. Entgegen der Auffassung der Antragstellerin genügt es den Anforderungen auch nicht, wenn die Personendaten erst nach der Warnmitteilung erfasst werden. Denn hierdurch können die Daten

dem Gesundheitsamt im Bedarfsfall nicht wie gefordert unmittelbar zur Verfügung gestellt werden. Darüber hinaus sind die Veranstalter selbst - auch unter Rückgriff auf X- überhaupt nicht in der Lage, diese Daten dem Gesundheitsamt zur Verfügung zu stellen.

- 40** Soweit die Antragstellerin angibt, die Funktionalität habe mit geringem Aufwand nachgerüstet werden können und dies sei inzwischen erfolgt, hätte sich der Antragsgegner darauf nicht einlassen müssen. Er hat bei verständiger Würdigung der Auftragsunterlagen gefordert, das zu beschaffende System müsse sofort und sicher verfügbar sein. Eine solche Anforderung ist dann vergaberechtlich unbedenklich, wenn es nicht willkürlich erscheint, dass der Auftraggeber mit Blick auf die Dringlichkeit der Beschaffung das Risiko eines Fehlschlagens erforderlicher Anpassungen und damit verbundener Risiken nicht zu tragen bereit ist. So liegt der Fall hier. Erste Öffnungsschritte waren bereits zum 01.03.2021 und zum 08.03.2021 erfolgt. Mit Blick auf die Unzulänglichkeit der Kontaktnachverfolgung mit Papierlisten - insbesondere bei höheren Inzidenzen - hat es der Antragsgegner in vergaberechtlich nicht zu beanstandender Weise als erforderlich angesehen, die Öffnung zur Begrenzung gesundheitlicher Risiken schnellstmöglich durch eine digitale Kontaktnachverfolgung zu begleiten. Eine Verschiebung der Öffnungsschritte kam für ihn nicht in Betracht. Auch diese politische Entscheidung ist im Nachprüfungsverfahren nicht angreifbar. Mit einer Umprogrammierung im Sinn eines Eingriffs in die Programmstruktur - und nicht lediglich einer programmtechnisch bereits vorgesehenen und getesteten Konfiguration des Systems - sind aber Risiken und Verzögerungen verbunden, zu deren Abschätzung sich der Auftraggeber nicht auf Angaben des Anbieters verweisen lassen muss (zur legitimen Risikobegrenzung siehe auch Willweber in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 14 VgV (Stand: 22.04.2020), Rn. 99).
- 41** b) Auch unter dem Gesichtspunkt des sogenannten Rechts auf zweite Chance ergibt sich kein (Teil-) Erfolg der Beschwerde. Luca war zuschlagsfähig. Die Erfassung der persönlichen Daten war - wie oben ausgeführt - nach dem Beschaffungsprofil gefordert. Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Datenminimierung liegt insoweit nicht vor. Die Daten können dem Gesundheitsamt auch wie gefordert unmittelbar zur Verfügung „gestellt“ werden. Dass sie unmittelbar zur Verfügung „stehen“ müssen, ergibt sich aus den Anforderungen nicht. Auch eine Plausibilitätskontrolle wird durch die SMS-Verifizierung gewährleistet. Der Grad der Effektivität dieser Plausibilitätskontrolle ist nicht als Ausschlusskriterium formuliert. Im Übrigen sah die Corona-Landesverordnung in der Fassung vom 06.03.2021 vor, dass die Verpflichtung zur Plausibilitätsprüfung bei der Kontaktnachverfolgung in elektronischer Form entfällt.
- 42** 3. Die Kostenentscheidung folgt aus den §§ 71 Satz 1 und 2, 175 Abs. 2 GWB. Der Antragstellerin auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, entspricht mit Rücksicht darauf, dass die Beigeladene auch im Verfahren vor dem Senat Anträge gestellt und sich damit potentiell einem Kostenrisiko ausgesetzt hat, der Billigkeit.
- 43** Die Hinzuziehung anwaltlichen Beistands auf Seiten des Antragsgegners war im Beschwerdeverfahren notwendig. In Bezug auf die Beigeladene ergibt sich die Erstattungsfähigkeit der Kosten der anwaltlichen Vertretung unmittelbar aus § 175 Abs. 1 Satz 1 GWB, bedarf also keiner Tenorierung.
- 44** Die Wertfestsetzung beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.