

Gericht: OLG Karlsruhe Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 07.09.2022
Aktenzeichen: 15 Verg 8/22
ECLI: ECLI:DE:OLGKARL:2022:0907.15VERG8.22.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle:



Zitiervorschlag: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 7. September 2022 – 15 Verg 8/22 –, juris

Tenor

1. Die Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 13.07.2022, Az. 1 VK 23/22, wird aufgehoben. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die bei der Vergabekammer angefallenen Verfahrenskosten sowie die den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen hat die Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen sowie den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen die zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendigen Kosten zu erstatten.
4. Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf bis 6.000 € festgesetzt.

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerinnen schrieben europaweit die Beschaffung einer Software für digitales Entlassmanagement im offenen Verfahren für 3 Jahre mit einer zweimaligen Verlängerungsoption von jeweils einem Jahr aus. Die Antragstellerin und die Beigeladene gaben ein Angebot ab. Nachdem die Antragsgegnerinnen mitteilten, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin erteilen zu wollen, rügte die Beigeladene Vergabeverstöße. Diesen halfen die Antragsgegnerinnen (teilweise) ab und versetzten das Verfahren in den Stand vor Versand der Vergabeunterlagen zurück. Die Vergabeunterlagen (Stand 23.02.2022) sahen vor, dass das Angebot in deutscher Sprache abzufassen war. Der Zuschlag sollte auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden, wobei der Nettogesamtpreis mit 65 % und die Qualität mit 35 % in die Wertung einfließen. In den Leistungsanforderungen bestimmten die Antragsgegnerinnen zum Ausschluss führende Kriterien (A-Kriterien). Als Ausschlusskriterium war u.a. die softwaretechnische Einhaltung eines DSGVO - Vertragsentwurfs, der Bestandteil der Vergabeunterlagen (AST 6) war, bestimmt. Dass die Daten ausschließlich in einem EWR.-Rechenzentrum verarbeitet werden, bei dem keine Subdienstleister / Konzernunternehmen in Drittstaaten ansässig sind, war als nur für die Wertung relevantes B-Kriterium ausgestaltet. Die Vergabeunterlagen (Stand 23.02.2022) sahen weiter vor, dass der Preisbestandteil „Einmalkosten für die Imple-

mentierung der Software „Digitales Entlassmanagement“ nicht in die Wertung einfließt. Im zurückversetzten Verfahren gaben die Antragstellerin und die Beigeladene ein Angebot ab. Mit Schreiben vom 04.05.2022 informierten die Antragsgegnerinnen die Bieter darüber, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

- 2 Mit Schreiben vom 09.05.2022 rügte die Antragstellerin, die Beigeladene sei von der Angebotswertung auszuschließen, weil sie Änderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen habe. Deren Angebot verstoße gegen zwingende gesetzliche Vorgaben der DS-GVO, sie verarbeite personenbezogene Daten auf Servern, auf die Drittstaaten Zugriff hätten. Sie setze die A. S.à.r.l. als Unterauftragnehmerin ein. Nach der zwischen dieser und der Beigeladenen bestehenden Vereinbarung in Umsetzung von Art. 28 DS-GVO sei in den Ziff. 3 und 12.1 jeweils ein Vorbehalt vorgesehen, der es A. S.à.r.l. erlaube, die im Auftrag des Kunden verarbeiteten personenbezogenen Daten auch ohne bzw. entgegen einer Weisung des Kunden offenzulegen und in ein Drittland zu übermitteln, wenn dies notwendig sei, um Gesetze oder verbindlichen Anordnungen einer staatlichen Behörde einzuhalten (A. GDPR DATA PROCESSING ADDENDUM, AST 15: im Folgenden A. DPA). In einem SUPPLEMENTARY ADDENDUM zu dem A. DPA erkläre A., jede zu weitgehende oder unangemessene Anfrage einer staatlichen Stelle einschließlich solcher Anfragen, die im Widerspruch zum Recht der EU oder zum geltenden Recht der Mitgliedstaaten stehen, anzufechten. Hieraus ergebe sich bereits, dass A. trotz des Serverstandortes in F. davon ausgehe, einem Herausgabeverlangen der US-Behörden zu unterliegen. Die Beigeladene benenne die T. Inc. als Unterauftragnehmerin für den Versand von Transaktionsmails. Ihr, der Antragstellerin, sei aus einem anderen Vergabeverfahren bekannt, dass die Beigeladene tatsächlich die T. Ltd. einsetze. Die Beigeladene habe ein unzulässiges Unterkostenangebot abgegeben. Eine ordnungsgemäße Preisprüfung nach § 60 Abs. 2 VgV habe nicht stattgefunden. Die Preiswertung sei diskriminierend und intransparent, weil die Einmalkosten der Implementierung der Software nicht berücksichtigt worden seien. Mit weiterem Schreiben vom 12.05.2022 rügte die Antragstellerin das Vorabinformationsschreiben als unzureichend; die Angebotswertung und die Dokumentation des Vergabeverfahrens seien fehlerhaft. Nachdem die Antragsgegnerinnen den Rügen nicht abgeholfen haben, reichte die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Baden-Württemberg ein, mit dem sie die bereits zuvor erhobenen Rügen wiederholte und vertiefte. Zudem machte sie geltend, dass die Beigeladene entgegen ihren Erklärungen in den Ausschreibungsunterlagen einen weiteren Unterauftragnehmer, nämlich die I., nicht benannt habe und gegen die Vorgabe verstoßen habe, dass das Angebot ausschließlich in deutscher Sprache abzugeben sei, weil die Beigeladene im Zusammenhang mit dem Einsatz der T. Inc. dem Angebot ein „transfer impact assessment“ beigelegt habe, dass offenbar in englischer Sprache abgefasst sei.
- 3 Die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene haben die Auffassung vertreten, dass die Beigeladene, nicht auszuschließen sei. Es liege schon kein Verstoß gegen Art. 44 ff. DSV-GO vor, weil eine theoretische Zugriffsmöglichkeit des Drittstaates keine Übermittlung personenbezogener Daten darstelle. Zudem verwende die Beigeladene Standardvertragsklauseln und setze durch weitere Vereinbarungen mit A. S.à.r.l. die vom EuGH nach der Schrems II-Rechtsprechung geforderten ergänzenden Regelungen um. Ins Blaue hinein behaupte die Antragstellerin eine datenschutzrechtlich unzulässige Datenverarbeitung durch T. Inc. und fehlende Angaben zu Unterauftragnehmern (T. Inc. statt T. Ltd.; I.). Deren Benennung sei vorsorglich erfolgt; ein Auftragsbezug bestehe nicht. Soweit die Antragstellerin meine, die Beigeladene verstoße gegen zwingende Vorgaben des Leis-

tungsverzeichnisses im Zusammenhang mit dem Einsatz von A. S.à.r.l. als Unterauftragnehmerin, weil deren Muttergesellschaft ihren Sitz in einem Drittstaat habe, könne hierauf ein Ausschluss nicht gestützt werden. Denn die Antragsgegnerinnen hätten die Vorgabe nicht als Ausschluss- sondern nur als Bewertungskriterium ausgestaltet.

- 4 Die Vergabekammer hat durch den angegriffenen Beschluss den Antragsgegnerinnen aufgegeben, das Verfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin sei teilweise unzulässig. Die Rüge der Nichtberücksichtigung der Einmalkosten für die Implementierung der Software im Rahmen der Preiswertung sei nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Der Vergaberechtsverstoß sei unmittelbar aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Die Rüge, die Angebotswertung sei fehlerhaft erfolgt, sei ins Blaue hinein erfolgt. Diesen Schluss ziehe die Antragstellerin aufgrund eines fehlerhaften Verständnisses des Vorabinformationsschreibens vom 04.05.2022. Die Antragsgegnerinnen hätten darin mitgeteilt, dass die Bewertung mittels einer „Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nach den Wertungskriterien der Ausschreibungsunterlagen“ erfolgt sei; folglich habe eine Gesamtbewertung von Preis und Leistung stattgefunden. Zudem hätten die Antragsgegnerinnen eine ordnungsgemäße Wertung vorgenommen. Die Rüge, die Beigeladene habe fehlerhafte Angaben zu dem Unterauftragnehmer T. Inc. gemacht, sei ins Blaue hinein erfolgt. Hierzu reiche es nicht, dass die Antragstellerin zur Rüge im Schreiben vom 09.05.2022 angegeben habe, diese Kenntnis habe sie aufgrund eines anderen von der Beigeladenen angestrebten Vergabenachprüfungsverfahrens mit vergleichbaren Voraussetzungen gewonnen. Sie legen nicht dar, woher sie die Kenntnis habe, denn mündliche Verhandlungen vor der Vergabekammer seien nichtöffentlich und die Endentscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren noch nicht ergangen. Auch lege die Antragstellerin nicht dar, weshalb der Einsatz der T. Ltd. ständige Praxis der Beigeladenen sei. Ins Blaue hinein habe die Antragstellerin auch gerügt, dass die Beigeladene das Angebot nicht ausschließlich in deutscher Sprache abgefasst habe und sie entgegen ihrer Erklärung I. als Unterauftragnehmerin einsetze. Hierbei handele es sich um reine Mutmaßungen der Antragstellerin. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag zulässig. Unbegründet sei die Rüge, die Antragstellerin sei unzureichend über die Gründe ihrer Nichtberücksichtigung nach § 134 Abs. 1 GWB unterrichtet worden. Durch das Rügeschreiben sei die Antragstellerin in der Lage gewesen, ihre Rechte durch Einreichen eines Nachprüfungsantrags zu wahren. Mit Ausnahme einer unzureichenden Dokumentation über die Preisauflärung habe die Antragstellerin nicht dargelegt, wie etwaige Dokumentationsmängel sich negativ auf ihre Rechtsstellung im Verfahren ausgewirkt hätten. Die Rüge unzureichender Preisauflärung sei aber unbegründet. Denn es könne nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerinnen gegen § 60 Abs. 3 S. 1 VgV verstoßen hätten. Im Hinblick auf die preisliche Nähe der Angebote der Beigeladenen und der Antragstellerin sei die Aufgreifschwelle von 20 % nicht überschritten worden. Zudem hätten die Antragsgegnerinnen die Beigeladene zur Offenlegung der Kostenkalkulation und zur Aufklärung des Unterschieds zwischen dem aktuellen und dem vor Zurückversetzung eingereichten Angebot aufgefordert. Die Erklärungen der Beigeladenen hätten zur nachvollziehbaren Überzeugung der Antragsgegnerinnen geführt, dass der angebotene Preis einer ordnungsgemäßen Vertragserfüllung nicht entgegenstehe. Zulässig und begründet sei allerdings gerügt worden, dass das Angebot der Beigeladenen nicht den Vergabeunterlagen entspreche und daher gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vom Vergabeverfahren auszuschließen sei, weil es aufgrund des beabsichtigten Einsatzes der A. S.à.r.l. gegen Art. 44 ff. DS-GVO verstoße. Indem die Beigeladene A. S.à.r.l. als Hosting-Dienstleister einsetze und die Beauftragung von A. unter anderem auf dem A. DPA basiere, liege eine Über-

mittlung im Sinne von Art. 44 ff. DSV-GO vor, wobei die Vorschriften auch bei der Offenlegung von personenbezogenen Daten an einen Auftragsverarbeiter in einem Drittland anwendbar seien. Ausreichend sei, wenn eine Einstellung personenbezogener Daten auf eine Plattform erfolge, auf die von einem Drittland aus zugegriffen werden könne. Dies gelte unabhängig davon, ob der Zugriff tatsächlich erfolge und ob der Server, über den die Daten zugänglich gemacht würden, innerhalb der EU liege. Eine Zugriffsmöglichkeit etwa durch Einräumung von Zugriffsrechten berge ein latentes Risiko, dass eine unzulässige Übermittlung personenbezogener Daten stattfinde, ohne dass die hierfür in der DSV-GO normierten rechtlichen Grundlagen gegeben seien. Auch die von der Beigeladenen mit A. S.à.r.l. getroffenen Vereinbarungen führten zu keiner anderen Beurteilung. Denn die entsprechenden Bestimmungen seien generalklauselartig gestaltet und eröffneten sowohl staatlichen als auch privaten Stellen außerhalb der EU und insbesondere in den USA im Rahmen der im konkreten Fall jeweils anwendbaren vertraglichen oder gesetzlichen Ermächtigungen die Möglichkeit, in bestimmten Situationen auf bei der A. S.à.r.l. gespeicherte Daten zuzugreifen. Soweit sich A. S.à.r.l. verpflichte, zu weitgehende oder unangemessene Anfragen staatlicher Stellen einschließlich solcher Anfragen, die in Widerspruch zum Recht der EU oder zum geltenden Recht der Mitgliedstaaten stünden, anzufechten, beseitige dies das latente Risiko eines Zugriffs durch diese Stellen nicht. Das gleiche gelte für die von der Beigeladenen eingesetzte Verschlüsselungstechnik, wobei deren Ausführungen und die der Antragsgegnerinnen im Nachprüfungsverfahren ohnehin unberücksichtigt bleiben müssten, weil die diesbezüglichen Schriftsätze für die übrigen Beteiligten geschwärzt gewesen seien. Eine Angemessenheitsschwelle nach Art. 45 Abs. 1 DS-GVO gebe es nicht. Die Verwendung der Standarddatenschutzklauseln sei nicht geeignet, die Übermittlung zu legitimieren. Vielmehr bedürfe es einer Einzelfallprüfung, die vorliegend zur datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit führe. Soweit in den Angebotsunterlagen die Anforderung an Datenschutz und IT-Sicherheit bestehe, wonach Daten ausschließlich in einem EU- bzw. EWR-Rechenzentrum verarbeitet werden dürften, sei dies nur als Bewertungskriterium ausgestaltet, so dass ein Ausschluss darauf nicht gestützt werden könne.

- 5 Mit ihrer hiergegen gerichteten sofortigen Beschwerde begehrt die Beigeladene, den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Sie habe die Vergabeunterlagen nicht geändert. Konkrete Tatsachen, die auf eine zukünftige Nichteinhaltung der datenschutzrechtlichen Bestimmungen hindeuteten, die sie, die Beigeladene, garantiere, lägen nicht vor. Solche hätten auch die ausführlichen Prüfungen der Antragsgegnerinnen nicht ergeben. Ihr Angebot sehe eine Datenverarbeitung ausschließlich auf einem in Deutschland stehenden Server einer deutschen GmbH vor. Sie werde nur regionale Services nutzen, die keinen Datentransfer erforderten, sodass die damit einhergehende Verarbeitung von Kundendaten ausschließlich in Europa stattfinde. Das A. DPA werde als Standarddokument allen A. Kunden zur Verfügung gestellt, komme jedoch im konkreten Fall nicht zur Anwendung. Zudem sei A. S.à.r.l. nicht befugt, einseitig die vereinbarte Region der Leistungserbringung zu ändern. Die Wahl der Leistung und Regionen obliege allein den A. Kunden. A. S.à.r.l. sei auch nicht berechtigt, die Kundendaten anders zu behandeln als unter dem bei Vertragsschluss mit dem Kunden gültigen Datenübermittlungsmechanismus. A. S.à.r.l. habe der Beigeladenen zugesichert, dass sie die Leistung dieser gegenüber in datenschutzkonformen Weise erbringen werde. Selbst das von der Vergabekammer angenommene latente Risiko einer Übermittlung personenbezogener Daten in die USA bestehe nicht, weil die von ihr eingesetzte Verschlüsselungstechnik dies nicht ermögliche. Der Cloud Act finde keine Anwen-

dung auf die A. S.à.r.l.. Jedenfalls stelle eine theoretische Zugriffsmöglichkeit keine Datenübermittlung im Sinne des Art. 44 ff. DS-GVO dar.

6 Sie beantragt,

7 1. den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg, vom 13. Juli, Aktenzeichen

1 VK 23/22, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

8 2. hilfsweise, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden;

9 3. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

10 Die Antragsgegnerinnen beantragen,

11 1. den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg, vom 13. Juli, Aktenzeichen

1 VK 23/22, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

12 2. die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen der Antragstellerin und Beschwerdegegnerin aufzuerlegen;

13 3. die Hinzuziehung des anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen für notwendig zu erklären.

14 Sie hätten das Angebot der Beigeladenen werten dürfen und dieses nicht wegen unzulässiger Änderungen oder Ergänzungen der Vergabeunterlagen ausschließen müssen. Im Übrigen schließen sich die Antragsgegnerinnen der Argumentation der Beigeladenen an.

15 Die Antragstellerin beantragt,

16 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

17 Sie verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer unter Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens. Aus dem Vergabeverfahren, VK Bund, Az. VK ..., wisse sie, dass die Beigeladene als Unterauftragnehmerin die T. Ltd. einsetze, um sogenannte Transaktionsmails im Zusammenhang mit ihrer webbasierten Softwarelösung zu versenden. Diese habe sie jedoch nicht als Unterauftragnehmerin angegeben. Zudem setze die Beigeladene das Unternehmen I. als Unterauftragsnehmerin ein, ohne dies angegeben zu haben, was sie ebenfalls aus dem genannten Verfahren wisse. Auch hierauf sei der Ausschluss des Angebots der Beigeladenen entgegen der Auffassung der Vergabekammer zu stützen. Ihr Vortrag sei nicht ins Blaue hinein erfolgt. Zudem habe die Beigeladene, wie sie ebenfalls aus dem genannten Vergabeverfahren wisse, ein Dokument entgegen den Vorgaben der Vergabeunterlagen in englischer Sprache vorgelegt und damit geben die Vorgaben der Vergabeunterlagen verstoßen. Mit der beabsichtigten Erteilung des Zuschlags auf das Angebot der Beigeladenen würden die Antragsgegnerin gegen § 60 Abs. 3 S. 1

VgV verstoßen. Das neue Angebot der Beigeladenen mache in einzelnen Positionen nur noch 10 % des Erstangebots aus. Es sei davon auszugehen, dass das Angebot nicht auskömmlich sei. Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerinnen seien die Erläuterungen der Beigeladenen im Schreiben vom 08.04.2022 lediglich vorgeschoben und inhaltlich unzutreffend. Entgegen der Auffassung der Vergabekammer sei deshalb auch unterhalb der Auftragsschwelle von 20 % der Preis aufzuklären gewesen. Denn die Beigeladene habe schon zum wesentlich höheren Erstangebot erklärt, die Preise an der untersten Grenze auskömmlich kalkuliert zu haben. Mit ihrer Rüge, dass es vergaberechtlich unzulässig sei, die Einmalkosten für die Implementierung der Software digitales Entlassmanagement nicht bei der Bewertung des Gesamtpreises zu berücksichtigen, sei sie nicht präkludiert. Dieser Umstand sei für sie erst mit Erhalt des Bieterinformationsschreibens erkennbar gewesen, da erst zu diesem Zeitpunkt eine vertiefte juristische Auseinandersetzung mit der Problematik der ordnungsgemäßen Preiswertung unter Einbeziehung sämtlicher relevanter Bestandteile erfolgt sei. Zudem sei das Vorabinformationsschreiben unzureichend gewesen. Die Antragsgegnerinnen hätten eine fehlerhafte Wertung vorgenommen. Den ihr zugänglich gemachten Teilen des Vergabevermerks lasse sich entnehmen, dass die Antragsgegnerinnen die Angebote nicht anhand der Kriterien Qualität und seiner Unterkriterien gewertet hätten. Entgegen den Vorgaben in den Vergabeunterlagen (Lastenheft Nr. 2.5) hätten die Antragsgegnerinnen die verifizierende Teststellung inhaltlich bewertet. Dies stelle einen Verstoß gegen § 58 VgV i.V.m. § 127 Abs. 1 S. 1 GWB dar. Das Vergabeverfahren sei unzureichend dokumentiert. In der mündlichen Verhandlung vor dem Vergabesenat hat die Antragstellerin geltend gemacht, aufgrund einer gestern angestellten Recherche festgestellt zu haben, dass die Beigeladene bei ihrer Anwendung C. einsetze, bei dem nach den Angaben von A. die Daten in die USA und ihre, der Antragstellerin, IP-Adresse in die USA übermittelt würden.

II.

- 18 Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.
- 19 1) Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft, insbesondere ist der Schwellenwert nach § 106 Abs. 1 S. 1 Abs. 2 Nr. 1 GWB eingehalten. Abzustellen ist hierbei auf die ordnungsgemäße Auftragswertschätzung ungeachtet einer etwaigen Unterschreitung der einschlägigen Schwellenwerte durch die konkreten Angebote (vgl. Röwekamp in Röwekamp/Kus/ Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, 5. Aufl. 2020, § 106 Rn. 10).
- 20 2) Der Nachprüfungsantrag ist teilweise unzulässig.
- 21 a) Die Rüge, dass es vergaberechtlich unzulässig sei, die Einmalkosten für die Implementierung der Software digitales Entlassmanagement nicht bei der Bewertung des Gesamtpreises zu berücksichtigen, ist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB präkludiert, weil die Antragstellerin die Rüge nicht bis zum Ablauf der Frist zur Abgabe der Angebote, sondern erst nach Ablauf dieser Frist erhob. Zu Recht hat die Vergabekammer darauf abgestellt, dass die Antragstellerin den angeblichen Verstoß bei Aufbietung der gebotenen Sorgfalt hätte erkennen können, weil ein durchschnittlich fachkundiger, die übliche Sorgfalt anwendender Bieter den angeblichen Vergaberechtsverstoß ohne Rechtsrat erkennen konnte (EuGH, Beschluss vom 12.03.2015, C - 538/13 - Vigilo, juris Rn. 58; Senat, Beschluss vom 19.02.2020, 15 Verg 1/20, juris Rn. 28). Abzustellen ist hierbei gerade nicht auf das konkrete antragstellende Unternehmen, sondern auf ein Unternehmen, das schon über gewisse Erfahrung in Vergabeverfahren verfügt (Senat, a.a.O.). Ein Unternehmer, der an einem EU-weiten

Vergabeverfahren teilnimmt, muss zumindest den Text der einschlägigen Verfahrensordnungen zur Kenntnis nehmen; Ungereimtheiten oder Widersprüchlichkeiten der Vergabeunterlagen muss er nachgehen, auch wenn er die genaue Rechtslage nicht kennt (vgl. Summa in Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016 - Stand 21.06.2021, § 160 GWB Rn. 277). Darauf, ob sich die Antragstellerin mit der Preisgestaltung in den Vergabeunterlagen erst mit Erhalt des Absageschreibens vom 04.05.2022 vertieft auseinandersetzt, kommt es insoweit nicht an. Dass die Einmalkosten für die Implementierung der Software digitales Entlassmanagement nicht bei der Preiswertung Berücksichtigung finden würden, ergab sich durch Lesen der Angaben zur Preiswertung in den Vergabeunterlagen (Stand 23.02.2022) und dem Preisblatt (Stand der 23.02.2022), in dem dies in Rot hervorgehoben wurde. Die rechtliche Wertung, ob eine solche Preisvorgabe möglicherweise intransparent und diskriminierend ist, kann jeder Bieter selbst vornehmen. Ergänzend wird auf die hierzu gemachten zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer Bezug genommen.

b) Die Rüge, die Antragsgegnerinnen hätten erkennbar fehlerhaft allein auf den Preis abgestellt, obwohl nach den Vergabeunterlagen auch die Qualität gewertet werden sollte, erhob die Antragstellerin ebenso ins Blaue hinein wie die Rüge, die verifizierende Teststellung sei in die Wertung eingeflossen, obwohl dies nach 2.5. des Lastenhefts nicht vorgesehen war. Solche Anhaltspunkte ergaben sich weder aus dem der Antragstellerin im Rahmen der Akteneinsicht überlassenen teilweise geschwärzten Vergabevermerk noch aus dem Bieterinformationsschreiben. Willkürliche, aufs Geratewohl oder ins Blaue hinein aufgestellte Behauptungen sind prozessual unbeachtlich (vgl. Dicks in Ziekow/Völlink/Dicks, 4. Aufl. 2020, GWB § 160 Rn. 18).

Hieran gemessen sind die oben aufgeführten Beanstandungen als unzulässig zu qualifizieren. Die Behauptung, entgegen den Ausschreibungsunterlagen hätten die Antragsgegnerinnen die Teststellung in die Wertung einfließen lassen, beruht auf einem Verständnis des der Antragstellerin zur Verfügung gestellten (teilgeschwärzten) Vergabevermerks, das nicht durch Tatsachen gerechtfertigt ist. Soweit im Vergabevermerk unter Nr. 16 festgehalten wird, dass die Teststellung als „gut“ bezeichnet wird, gibt dies keinen Hinweis darauf, dass die verifizierende Teststellung in die Wertung eingeflossen ist. Eine verifizierende Teststellung dient allein dazu, nach Abschluss einer Wertung nach Aktenlage zu überprüfen, ob bestimmte Kriterien eingehalten sind. Die Verwendung des Begriffs „gut“ bedeutet nicht, dass die Teststellung Teil der Wertung und nicht im Anschluss an diese erfolgte ist. Der Begriff wurde ersichtlich unspezifisch verwendet und kommt einer Schulnotenbewertung, die die Antragsgegnerinnen insoweit nicht vorgesehen haben, nicht gleich.

Keinerlei Anhaltspunkte bietet auch das Bieterinformationsschreiben an die Antragstellerin vom 04.05.2022 für eine entgegen der bekannt gemachten Wertungskriterien vorgenommene Wertung und damit für einen Verstoß nach § 58 VgV. Die Antragsgegnerinnen teilten der Antragstellerin mit, dass bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nach den Wertungskriterien der Ausschreibungsunterlagen deren Angebot in der Wertung des Preises nicht das wirtschaftlichste gewesen sei. In der Gesamtbewertung Preis und Leistung habe ihr Angebot auf Rang 2 gelegen. Das Schreiben verwendet „Wertungskriterien“ im Plural, gibt weiter an, dass beim Preis das Angebot der Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste sei, erkennbar gemeint war, nicht

auf Platz 1 lag, und benennt im dritten Satz die beiden Wertungskriterien (Preis und Leistung).

c) Wie die Vergabekammer ausgeführt hat, ist die Antragstellerin hinsichtlich der Rüge eines nicht den Anforderungen des § 134 GWB genügenden Bieterinformationsschreibens mangels Darlegung eines eventuellen Schadens durch den angeblichen Vergaberechtsverstoß nicht antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB.

aa) Da die Antragsgegnerinnen noch keinem Angebot den Zuschlag erteilt haben, kann eine ordnungsgemäße Unterrichtung nach § 134 GWB lediglich für die Einhaltung der Rügefrist und die Substantiierung eines Vergaberechtsverstoßes von Bedeutung sein. Die Antragstellerin hat aber innerhalb der gesetzlichen Frist den Antragsgegnerinnen zahlreiche Verstöße vorgeworfen. Dass ihr weitere Verstöße aufgrund unzureichender Unterrichtung unbekannt geblieben sein könnten, ist nicht ersichtlich und hat die Antragstellerin auch nicht angedeutet.

bb) Die Rüge wäre zudem unbegründet.

Die Mitteilung der Antragsgegnerinnen vom 04.05.2022, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen, erfüllt die Anforderungen von § 134 Abs. 1 GWB. Nach dieser Vorschrift hat ein öffentlicher Auftraggeber die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, (u. a.) über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots zu informieren. Die Begründung eines Absageschreibens, dass der unterlegene Bieter nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, kann zwar unter Umständen die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllen. Wie bereits ausgeführt, ergibt sich aus der Zusammenschau der im Informationsschreiben abgegebenen Erklärungen, dass das Angebot der Beigeladenen beim Wertungspunkt Preis günstiger war. Eine ausführliche Begründung verlangt die Vorschrift nicht.

d) Die Rüge einer unzureichenden Dokumentation nach § 8 VgV ist unzulässig.

aa) Ein Bieter kann sich nur dann auf eine fehlende oder unzureichende Dokumentation stützen, wenn sich die diesbezüglichen Mängel auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nachteilig ausgewirkt haben, die Dokumentation ist kein Selbstzweck (vgl. OLG München, Beschluss vom 02.11.2012, Verg 26/12, juris Rn. 26; OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. Januar 2007, 11 Verg 11/06, juris Rn. 43). Ausschlaggebend ist vielmehr, dass die festzustellenden Dokumentationsmängel den Wertungsvorgang an sich betreffen und ohne hinreichend detaillierte und nachvollziehbare Dokumentation sowohl aus der Sicht eines Mitbieters wie der Nachprüfungsorgane nicht überprüft und nicht festgestellt werden kann, ob sich die Vergabestelle im Rahmen ihres Wertungsspielraumes bewegt und eine sachlich richtige Entscheidung getroffen hat oder sich von unsachlichen, vergaberechtsfernen Gesichtspunkten hat leiten lassen (OLG Frankfurt, a.a.O.).

Die Antragstellerin behauptet lediglich ins Blaue hinein, dass eine Vielzahl der für die Vergabe wesentlichen Entscheidungen und Vorgänge durch die Antragsgegnerinnen nicht ausreichend dokumentiert sei. Welche dies sind und weshalb sie dies in ihren Rechten verletzt, hat sie nicht näher dargestellt. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin beim Kriterium Leistung ohnehin an erster Stelle

lag, was ihr aufgrund des Bieterinformationsschreibens bekannt war. Die Möglichkeit, eventuell weitere Rechtsverletzungen feststellen zu können, die die Antragstellerin zur Begründung anführt, genügt für eine Rechtsverletzung nach § 160 Abs. 2 GWB nicht.

bb) Ungeachtet dessen wäre die Rüge auch unbegründet. Die Bestimmungen in § 8 VgV verlangen eine fortlaufende Dokumentation der maßgeblichen Stufen des Vergabeverfahrens und vorliegend insbesondere eine inhaltlich nachvollziehbare Wertungsentscheidung. Dieser Vorgabe sind die Antragsgegnerinnen im Rahmen der Anfertigung einer Bewertungsmatrix nachgekommen.

22 3) Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig, aber unbegründet.

a) Die Rügen, die Beigeladene setze die T. Ltd. anstelle der als Unterauftragnehmerin angegebenen T. Inc. ein, sie habe die von der T. eingesetzte I. nicht als weitere Unterauftragnehmerin angegeben und im Zusammenhang mit dem Einsatz der T. Inc. dem Angebot ein „transfer impact assessment“ beigelegt, dass offenbar in englischer Sprache abgefasst sei, erfolgten nicht ins Blaue hinein.

23 aa) Aus Gründen der Beschleunigung wie auch zur Vorbeugung gegen den Missbrauch der Rüge bzw. des Nachprüfungsverfahrens ist dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht zuzumuten, auf eine gänzlich unsubstantiierte Rüge hin in eine genaue, gegebenenfalls erneute Tatsachenermittlung einzutreten. Daher ist der Antragsteller gehalten, schon bei Prüfung der Frage, ob ein Vergaberechtsverstoß zu rügen ist, Erkenntnisquellen auszuschöpfen, die ohne großen Aufwand zur Verfügung stehen. Zudem muss er angeben, woher seine Erkenntnisse stammen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2021, VII-Verg 9/21, juris Rn. 43 mwN). Dies hat die Antragstellerin schon im Rügeschreiben vom 09.05.2022 hinsichtlich des Einsatzes der T. Inc. getan. Denn sie hat dargelegt, dass sie die Erkenntnisse über deren Einsatz im Zusammenhang mit Transaktionsmails aufgrund eines Vergabeverfahrens, an dem ebenfalls sie und die Beigeladene beteiligt waren, gewonnen habe. Nachfolgend hat sie mit gleicher Begründung ihren Vortrag in Bezug auf die weitere Unterauftragnehmerin, die I., und die Vorlage eines Dokuments in englischer Sprache erweitert.

24 bb) Die Rügen sind jedoch unbegründet. Das Angebot der Beigeladenen ist nicht nach §§ 53 Abs. 7, 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wegen Änderung an den Vergabeunterlagen auszuschließen.

25 (1) Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt immer dann vor, wenn eine unmittelbare Veränderung an dem Inhalt des auftraggeberseitig vorgegebenen Angebotsblanketts einschließlich aller seiner Bestandteile vorgenommen worden ist (vgl. Verfürth in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 53 Rn. 64). Nach der Begründung des Referentenentwurfes dient § 53 Abs. 7 VgV der Vergleichbarkeit der eingereichten Informationen und soll der Gefahr vorbeugen, dass öffentliche Auftraggeber ein Angebot zuschlagen, das nicht ihren Anforderungen entspricht (Begründung des Referentenentwurfes, Seite 187). Folglich setzt eine Änderung der Vergabeunterlagen voraus, dass der Bieter Erklärungen in Bezug auf die konkret ausgeschriebene Beschaffung entgegen den Vorgaben abgibt. Um festzustellen, ob ein Bieter die Vergabeunterlagen unzulässig geändert hat, ist sein Angebot mit den in den Vergabeunterlagen genannten Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers an die zu erbrin-

gende Leistung zu vergleichen (Dittmann in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 57 Rn. 54).

- 26 (2) Die Beigeladene hat angegeben, dass die Benennung der T. Inc. im Zusammenhang mit „Transaktionellen E-Mails und Kurznachrichten“ erfolge (vgl. AVV-Vertrag, Anl. 3). Unterauftragnehmer im Sinne der Ausschreibung ist nach § 1 Abs. 2 des AVV-Vertrages ein „beauftragter Leistungserbringer, dessen Dienstleistung und/oder Werk der Auftragnehmer zur Erbringung der in diesem Vertrag beschriebenen Leistungen gegenüber dem Auftraggeber benötigt“. Die transaktionellen, d.h. automatisch versendeten E-Mails und Kurznachrichten sind aber nicht Gegenstand der Ausschreibung. Daher geht auch die Rüge, die Beigeladene setze als weitere Unterauftragnehmerin I. ein und habe ein Dokument in englischer Sprache vorgelegt, ins Leere.
- 27 (3) Zudem sieht § 36 Abs. 5 VgV für den Fall des Auftretens von Eignungsmängeln des Unterauftragnehmers das Recht des Auftraggebers vor, den Austausch des Unterauftragnehmers zu verlangen. Wenn schon eine mögliche Ungeeignetheit des Unterauftragnehmers nicht zum Ausschluss führen muss, dürfte für eine Falschbenennung nichts anderes gelten.
- 28 b) Das Angebot der Beigeladenen ist auch nicht auszuschließen, weil ihr Angebot von den Anforderungen der Antragsgegnerinnen an Datenschutz und IT-Sicherheit abweicht.
- 29 aa) Der öffentliche Auftraggeber darf ohne Widerspruch zu § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Bieter seine vertraglichen Zusagen erfüllen wird (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.08.2018, Verg 23/18, juris Rn. 71; KG, Beschluss vom 21.11.2014, Verg 22/13, juris, Rn. 36). Erst wenn sich konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass dies zweifelhaft ist, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, durch Einholung ergänzender Informationen die Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens beziehungsweise die hinreichende Leistungsfähigkeit des Bieters zu prüfen (OLG Düsseldorf, a.a.O.; KG, a.a.O.; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 16.06.2011, 11 Verg 3/15, juris, Rn. 82; OLG Brandenburg, Beschluss vom 20.11.2012, Verg W 10/12, juris Rn. 21).
- 30 bb) Die Vergabeunterlagen verlangten die softwaretechnische Einhaltung des beigefügten DS-GVO-Vertragsentwurfs (4.1.1. lit. c der Vergabeunterlagen). Weiter heißt es, „die Einzelheiten ergeben sich aus dem Leistungsverzeichnis und dem Lastenheft der Vergabeunterlagen.“ Im Lastenheft heißt es unter 2.8 „Erfüllung der Anforderungen aus der DS-GVO und dem BDSG, insbesondere
- 31 - Erfüllung der datenschutzrechtlichen Grundsätze, Art. 5, 25 DS-GVO (insbesondere Datenminimierung, Datenschutz durch Technikgestaltung, Datenschutz durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen)
- 32 - Umsetzung ausreichender technischer und organisatorischer Maßnahmen (Art. 32 DS-GVO) oder anderer geeigneter Garantien (z.B. Zertifizierung nach Art. 42 DS-GVO); Möglichkeit zur Vorortprüfung des Auftragnehmers muss gegeben sein.“
- 33 Im Lastenheft weisen die Antragsgegnerinnen darauf hin, dass die Anforderungen an die Leistungen als zum Ausschluss führende A-Kriterien und bewertungsrelevante B-Kriterien ausgestaltet sind. Danach ist allein die softwaretechnische Einhaltung des

DS-GVO-Vertragsentwurfs Ausschlusskriterium (Lastenheft lfd. Nr. 19), während die DS-GVO konformen softwaretechnischen Möglichkeiten zur Berechtigungssteuerung (Lastenheft lfd. Nr. 20) und die Vorgabe, wonach die Daten ausschließlich in einem EU-/EWR-Rechenzentrum verarbeitet werden, bei dem kein Subdienstleister / Konzernunternehmen in Drittstaaten ansässig ist (Lastenheft lfd. Nr. 21), als B-Kriterien ausgestaltet.

- 34 Durch die Unterzeichnung der von den Antragsgegnerinnen vorgegebenen DS-GVO-Verträgen hat die Beigeladene erklärt, die gemachten Vorgaben einzuhalten. Sie hat zudem ihre Leistungen beim Einsatz von Dienstleistern und im Bereich von Datenschutz und IT-Sicherheit im Angebot im Einzelnen näher beschrieben und hierbei ein klares und eindeutiges Leistungsversprechen abgegeben. Sie hat in diesem Zuge zugesichert, dass personenbezogene Gesundheitsdaten ausschließlich an die A. S.à.r.l., L., übermittelt werden und auch zu ihrer Verarbeitung die EU nicht verlassen, sondern nur in Deutschland verarbeitet werden. Zudem hat die Beigeladene erklärt, dass die A. S.à.r.l., L. ihr gegenüber zugesichert habe, dass alle Daten der Beigeladenen in Deutschland verarbeitet werden und in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zudem bestätigt, dass sie bis zur Angebotsverwirklichung sämtliche intern notwendigen Verträge mit A. schließen wird, die ihre Zusagen, wie sie im Angebot gemacht werden, umsetzen. Im Sinne einer solchen bindenden Zusicherung haben die Antragsgegnerinnen die Erklärungen der Beigeladenen in den Vergabeunterlagen auch verstanden. Auf dieses Leistungsversprechen dürfen die Antragsgegnerinnen vertrauen.
- 35 (1) Zweifel mussten die Antragsgegnerinnen nicht deshalb haben, weil A. Verträge im Allgemeinen unter Einbeziehung der A. DPA abschließt. Die A. DPA waren nicht Gegenstand des Angebots der Beigeladenen. Die Verträge mit A. waren nach den Vergabeunterlagen nicht vorzulegen und lagen dem Angebot auch nicht bei. Folglich bestand für die Antragsgegnerinnen keine Veranlassung, an den im Leistungsversprechen gemachten Zusicherungen zu zweifeln, weil die A. DPA möglicherweise datenschutzrechtliche Defizite aufweisen könnten, wie dies die Vergabekammer aufgezeigt hat oder weil deren Formulierung als dreiseitige Vereinbarung, in die auch die A. Inc., USA, einbezogen ist, Zweifel an der Einhaltung der DS-GVO begründen könnten. Aufgrund des im Angebot beschriebenen Leistungsversprechens und den abgegebenen Garantien in Bezug auf die konkrete Auftragsdurchführung können die Antragsgegnerinnen davon ausgehen, dass die Beigeladene sich hieran hält und ihre Verträge mit A. entsprechend gestaltet, ungeachtet etwaiger Bestimmungen in den als AGB ausgestalteten A. DPA. Die Beigeladene hat folglich dafür Sorge zu tragen, dass sie ihre Leistung entsprechend der abgegebenen Garantien umsetzt und durchführt.
- 36 (2) Anders als die Antragstellerin meint, musste nicht allein die Tatsache, dass die A. S.à.r.l ein Tochterunternehmen eines US-amerikanischen Konzerns ist, die Antragsgegnerinnen an der Erfüllbarkeit des Leistungsversprechens zweifeln lassen. Die Antragsgegnerinnen mussten nicht davon ausgehen, dass es aufgrund der Konzernbindung zu rechts- und vertragswidrigen Weisungen an das Tochterunternehmen kommen wird bzw. das europäische Tochterunternehmen durch seine Geschäftsführer gesetzeswidrigen Anweisungen der US-amerikanischen Muttergesellschaft Folge leisten wird.

- 37 (3) Die erstmals am Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Vergabesenat von der Antragstellerin erhobene Rüge, die Beigeladene setze C. ein, wobei von A. Daten in die USA übertragen würden, auch werde die IP-Adresse in die USA übertragen, was die Beigeladene bestritten hat, ist wegen des im Vergabenachprüfungsverfahren im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit an einer raschen Auftragsvergabe geltenden Beschleunigungsgrundsatzes unbeachtlich. Weshalb die Antragstellerin dies nicht hätte früher rügen können, hat sie nicht nachvollziehbar erklärt. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Recherche besonders aufwendig war, denn es genügte eine Eingabe in die R.-APP, um diese Informationen zu erhalten, wie die Antragstellerin erklärt hat. Der behauptete Verstoß gegen die DS-GVO wegen einer Datenübermittlung in die USA war bereits Kernargument des Rügeschreibens der Antragstellerin vom 09.05.2022.
- 38 Selbst wenn man den Vortrag als zulässig erachten würde, wird das Leistungsversprechen der Beigeladenen damit nicht in Zweifel gezogen. Denn daraus lässt sich nicht schließen, dass die Verwendung von C. und die Übermittlung der IP-Adresse in die USA Teil der den Antragsgegnerinnen angebotenen Leistung ist.
- 39 (4) Da die Antragsgegnerinnen folglich nicht davon ausgehen mussten, dass die personenbezogenen Gesundheitsdaten von der Beigeladenen im Rahmen der Vertragserfüllung in ein Drittland übermittelt werden, bedurfte es der Durchführung eines Transfer Impact Assessments nicht. Dessen Fehlen stellt keine Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen dar.
- 40 (5) Im Hinblick auf das Versprechen der Beigeladenen, dass die Daten ausschließlich in Deutschland verarbeitet werden, kommt es nicht darauf an, ob die Beigeladene begleitende organisatorische und technische Maßnahmen, insbesondere auch im Hinblick auf eine sichere Verschlüsselung, zusagte, die erforderlich sind, damit die Übermittlung von Daten in die USA im Einklang mit den Bestimmungen der DS-GVO steht.
- 41 Allerdings weist der Senat darauf hin, dass die Vergabekammer, die einen anderen rechtlichen Ansatz wählte und für die es daher für die Einhaltung der DS-GVO unter anderem auf eine effiziente Verschlüsselungstechnik ankam, die von der Beigeladenen als geheimhaltungsbedürftig gekennzeichneten Angaben nicht hätte unberücksichtigt lassen dürfen. In Fällen, in denen eine Weitergabe von Informationen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen eines der Beteiligten unterbleiben muss, ist dem vielmehr durch eine entsprechende Verfahrensgestaltung (wegen der Einzelheiten: BGH, Beschluss vom 31.01.2017, X ZB 10/16, juris) Rechnung zu tragen.
- 42 c) Die Antragsgegnerinnen haben nicht gegen ihre Aufklärungspflicht nach § 60 Abs. 1 VgV verstoßen. Sie haben, weil die Beigeladene im zurückversetzten Verfahren teilweise erheblich günstigere Preise anbot als im ursprünglichen Vergabeverfahren, die Preise aufgeklärt. Die Preisprüfung erstreckt sich darauf, ob der angebotene Gesamtpreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich oder unangemessen niedrig ist und zur Leistung in einem Missverhältnis steht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.06. 2016, VII-Verg 57/15, juris). Eine darauf gerichtete Preisprüfung haben die Antragsgegnerinnen vorgenommen. Die Erklärungen der Beigeladenen und die hierzu vorgelegten Unterlagen haben die Antragsgegnerinnen als zufriedenstellend bewertet und dies in den Vergabeunterlagen nachvollziehbar dargestellt und doku-

mentiert. Ergänzend wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zutreffenden Ausführungen der Vergabekammer Bezug genommen. Folglich ist das Angebot der Beigeladenen nicht nach § 60 Abs. 3 VgV von der Wertung auszuschließen.

III.

- 43 Über die von der Beigeladenen beantragte Frist zur Stellungnahme auf das neue Vorbringen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat war nicht zu befinden, weil es für die Entscheidung hierauf nicht ankam, wie ausgeführt wurde.

IV.

- 44 1) a) Die Antragstellerin trägt gemäß § 182 Abs. 3 S. 3 GWB die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer, weil sie unterlegen ist.
- 45 b) Die zur zweckentsprechenden Verteidigung notwendigen Aufwendungen hat die Antragstellerin den Antragsgegnerinnen zu erstatten, da sie mit ihrem Nachprüfungsantrag unterlegen ist.
- 46 Nach § 182 Abs. 4 S. 2 GWB entspricht es der Billigkeit, dass die Antragstellerin auch die Aufwendungen der Beigeladenen erstattet. Die Beigeladene hat sich in einem bewussten Interessengegensatz zu der unterlegenen Partei gestellt, sich aktiv mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen an dem Nachprüfungsverfahren beteiligt und im Ergebnis erfolgreich eigene Anträge gestellt bzw. das Verfahren wesentlich gefördert (vgl. Glahs in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 182 GWB, Rn. 23).
- 47 c) Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.
- 48 aa) Gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG sind die Kosten eines Rechtsanwalts erstattungsfähig, wenn dessen Hinzuziehung erforderlich war. Die Frage, ob es für den öffentlichen Auftraggeber notwendig war, einen Rechtsanwalt zuzuziehen, ist auf Grundlage einer differenzierenden Betrachtung nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund einer ex ante Prognose zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 26.9.2006, X ZB 14/06, juris Rn. 61; Senat, Beschluss vom 11.07.2011, 15 Verg 5/11, juris Rn. 17; Beschluss vom 10.03.2015, 15 Verg 11/14, juris Rn. 9). Gesichtspunkte wie die Einfachheit oder Komplexität des Sachverhalts, die Überschaubarkeit oder Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen, aber auch die Möglichkeit, aufgrund der sachlichen und personellen Ausstattung Fragen des Vergaberechts sachgerecht zu bearbeiten, können eine Rolle spielen. Konzentriert sich die Problematik eines Nachprüfungsverfahrens auf schlichte auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazugehörigen Vergaberegeln, spricht im Allgemeinen mehr dafür, dass der öffentliche Auftraggeber die erforderlichen Sach- und Rechtskenntnisse im Rahmen seines originären Aufgabenkreises selbst organisieren und aufbringen kann, es im Nachprüfungsverfahren eines anwaltlichen Beistands also nicht bedarf (Summa in Heiermann/ Zeiss/Summa, jurisPK-VergabeR, 5. Aufl. 2016, § 182 GWB, Stand: 24.11.2020, Rn. 95). Zu berücksichtigen ist nämlich, dass der Auftraggeber sich in seinem näheren Aufgabenbereich die für ein Nachprüfungsverfahren notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse grundsätzlich selbst zu verschaffen hat, während er sich für nicht einfach gelagerte Rechtsfragen, die zu den auftragsbezogenen Rechtsfragen hinzukommen, insbesondere wenn sie Bezüge zu höherrangigem Recht und Europarecht aufweisen, gegebenenfalls ex-

ternen Rechtsrat einholen darf (vgl. Senat, Beschluss vom 11.07.2011, a.a.O., juris Rn. 17; Senat, Beschluss vom 10.03.2015, a.a.O., juris Rn. 9). Danach durften es die Antragsgegnerinnen für erforderlich halten, Rechtsrat einzuholen. Wenn auch die Rügen teilweise Auftragsbezug aufwiesen und daher von den Antragsgegnerinnen selbst beantwortet werden konnten, verlangte eine Vielzahl der erhobenen Rügen eine vertiefte Auseinandersetzung mit den deutschen und europäischen Bestimmungen zum Datenschutz.

- 49 bb) Aus oben genannten Gründen sind auch die Kosten der Hinzuziehung eines Rechtsanwalts für die Beigeladene erforderlich.
- 50 2) Da die Beschwerde Erfolg hat, hat die Antragstellerin gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 S. 2 GWB die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit, dass die Antragstellerin gemäß §§ 175 Abs. 2, 71 S. 1 GWB die durch die Beschwerde veranlassten Aufwendungen der Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen trägt.
- 51 3) Die Streitwertfestsetzung erfolgt gemäß §§ 50 Abs. 2, 39 Abs. 2 GKG.