



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 96/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und die ehrenamtliche Beisitzerin Bachmann auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 2022 am 7. Dezember 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag auf weitergehende Akteneinsicht wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die oben genannte Vergabe im Rahmen eines nichtoffenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] unionsweit bekannt. Als

geschätzter Auftragswert wurde ein Betrag von [...] Mio. € (brutto) angegeben (Ziffer II.1.4 der Bekanntmachung). Als Zuschlagskriterium wurde ausgeführt: „*das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in den [Vergabeunterlagen] aufgeführt sind*“ (Ziffer II.2.1 der Bekanntmachung).

Die Vergabeunterlagen enthielten ein Dokument „*Hinweise für dieses Verfahren und besondere Bewerbungsbedingungen*“ („*Hinweise BBB*“) sowie ein Dokument „*Fragen der Angebotspräsentation zur Bewertung der Angebote*“ („*Kriterienkatalog Leistung*“). Der Kriterienkatalog Leistung umfasste zunächst nur 5 Seiten.

Gemäß Ziffer 3.9.2 der Hinweise BBB sollte das wirtschaftlichste Angebots anhand der erweiterten Richtwertmethode aufgrund der im Kriterienkatalog Leistung geforderten Nachweise und Erklärungen ermittelt werden (siehe dort Ziffer 2). Dort hieß es:

*„Bei der Auswertung der schriftlichen Angebote werden die mit „B“ gekennzeichneten Kriterien des Kriterienkataloges bewertet und für jedes B-Kriterium 0 bis 10 Wertungspunkte vergeben. Diese werden entsprechend den angegebenen Gewichtungspunkten gewichtet und fließen so in die Bewertung ein.
Die Bewertung der einzelnen Kriterien erfolgt nach dem folgenden Prinzip, die Abstufung erfolgt wie in der unten aufgeführten Tabelle dargestellt. [...]“*

Wertungspunkt	Definition
0	Die Anforderungen der Vergabestelle sind nicht erfüllt.
2,5	Die Anforderungen der Vergabestelle sind kaum erfüllt.
5	Die Anforderungen der Vergabestelle sind teilweise erfüllt.
7,5	Die Anforderungen der Vergabestelle sind überwiegend erfüllt.
10	Die Anforderungen der Vergabestelle sind vollständig erfüllt

Zentraler Bestandteil der qualitativen Angebotswertung war die Beantwortung einer in neun Stunden zu erstellenden Testaufgabe (nachfolgend „*9-Stunden-Aufgabe*“ bzw. „*Testaufgabe*“), bestehend aus insgesamt 6 Arbeitspaketen.

In den Hinweisen BBB hieß es hierzu unter Ziffer 3.10:

„Nach Prüfung und Wertung der Angebote lädt die Auftraggeberin die Bieter, deren Angebote nicht aus formellen Gründen ausgeschlossen wurden, zur Teilnahme an einer 9 Stunden-Aufgabe ein. Die Auftraggeberin versendet die Einladungen einschließlich einer Aufgabenstellung. Die Aufgabenstellung muss dann von den Bietern innerhalb von

9 Stunden bearbeitet werden. Zum Ende der Bearbeitungsfrist sind die Ergebnisse inkl. der Eigenerklärung über die Teamzusammensetzung (siehe Ziffer 3 der Anlage „Kriterienkatalog Leistung“) der Vergabestelle über die Nachrichtenfunktion eVergabe-Plattform zu übermitteln. Die Ergebnisse werden im Anschluss von der Vergabestelle bewertet. Die Bewertung fließt in die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots ein. Der voraussichtliche Termin für die Versendung der Aufgabenstellungen wird mit der Angebotsaufforderung bekanntgegeben. Die Versendung erfolgt an dem dafür vorgesehenen Tag um 09:00 Uhr.“

Im Kriterienkatalog Leistung wurde einleitend (unter Ziffer 1) ausgeführt:

„Nachfolgend sind als Fragen und Forderungen die Leistungskriterien tabellarisch zusammengestellt, deren Beantwortung die Grundlage der Bewertung der Angebote durch die Vergabestelle ist.

Die Leistungskriterien, welche als Bewertungskriterium (B) gekennzeichnet sind, haben einen Bewertungsraum von 0 bis 10 Punkten. Die Punkte werden entsprechend dem Erfüllungsgrad der Anforderung vergeben. Selbst wenn ein Einzelkriterium lediglich „0“ Punkte erreicht, wird das Angebot nicht automatisch ausgeschlossen. Die Bewertungskriterien sind, je nach Wichtigkeit entsprechend, mit einem Gewichtungsfaktor versehen, der in einer Spalte angegeben wird. Bitte formulieren Sie Ihre Antworten frei.“

Als weiterer Hinweis wird für die Arbeitspakete AP 1 bis AP6 eine Begrenzung der einzureichenden Antworten auf 500 Wörter (AP 1 bis AP4 und AP6) bzw. 1.000 Wörter (AP 5) vorgegeben.

Nach Ziffer 3 des Kriterienkatalogs Leistung („Teamzusammenstellung“) waren mit dem Angebot mindestens 30 bis maximal 40 Personalprofile einzureichen, denen jeweils verschiedene Rollen („Spezialist“, „Berater“ und „Assistenz“) zuzuweisen waren. Für die Bearbeitung der Testaufgabe waren vier von diesen Personalprofilen zu benennen (drei „Berater“ und eine „Assistenz“). Um dem Risiko des Ausfalls einzelner Personen am Tag der Testaufgabe vorzubeugen, konnte eine entsprechende Anzahl an Ersatzprofilen benannt werden.

Unter Ziffer 4 des Kriterienkatalogs Leistung (Seite 5) hieß es:

„Schriftliche Angebotspräsentation - 9h-Aufgabe: Fiktives Beispielprojekt

Nähere Informationen hierzu finden Sie unter Ziffer 3.10 der Anlage „Hinweise BBB“.
Weitere Informationen wurden zunächst nicht gegeben.

Mehrere Bieter stellten Fragen (u.a.) zu den in den Vergabeunterlagen nicht genannten Bewertungskriterien und Gewichtungsfaktoren die Testaufgabe betreffend.

Die Ag beantwortete die Bieterfrage Nr. 34 eines dritten Bieters wie folgt:

„Bei den genannten B-Kriterien handelt es sich um die Arbeitspakete (AP) der 9-Stunden-Aufgabe, die Ihnen erst bei Versendung der schriftlichen Angebotspräsentation zukommen gelassen werden. Ansonsten sind in diesem Verfahren keine weiteren B-Kriterien vorhanden.“

Die Antragstellerin (ASt) stellte folgende Bieterfrage Nr. 41 am 28. April 2022:

„Bei der Auswertung der schriftlichen Angebote werden die mit „B“ gekennzeichneten Kriterien des Kriterienkataloges bewertet und für jedes B-Kriterium 0 bis 10 Wertungspunkte vergeben“. Der Kriterienkatalog enthält keine Kriterien mit der Kennzeichnung „B“. Können Sie uns mitteilen, an welcher Stelle der Vergabeunterlagen die genannten B-Kriterien zu finden sind?“

Hierauf antwortete die Ag:

„Siehe Antwort zu Bieterfrage Nr. 34. Der Aufgabenstellung kann auch die Gewichtung entnommen werden.“

Diese Bieterfragen und Antworten wurden an alle Bieter übermittelt.

Nachdem die ASt und die Beigeladene (Bg) erfolgreich das Verfahrensstadium des Teilnahmewettbewerbs durchlaufen hatten, gaben beide jeweils fristgerecht zum 31. Mai 2022 ein Angebot ab.

Am 14. Juni 2022 wurde den Bietern die Aufgabenstellung zur „9 Stunden-Aufgabe“ um 9:00 Uhr über die E-Vergabeplattform mit der Maßgabe übermittelt, die „Lösungen bis spätestens 18:00 Uhr desselben Tages auf gleichem Weg“ einzureichen. Diese Aufforderung enthielt einen ergänzten Kriterienkatalog Leistung, der anstatt fünf nun neun Seiten umfasste. Die ersten vier Seiten blieben unverändert. Auf Seite 5 wurde die Aufgabenstellung eingefügt.

Diese versetzte die Bieter in die Rolle als zuständiger „Rahmenvertragspartner für das Thema „Beratung zu Informationssicherheitsmanagementsystemen und IT-Sicherheitskonzepten“, der „eine Bundesbehörde mit 40 Mitarbeitern zu einem Sicherheitskonzept beraten und dieses maßgeblich miterstellt“ habe. „Den ersten Entwurf für

eine Maßnahmenplanung [habe] der Informationssicherheitsbeauftragte (ISB) der Behörde ohne Ihre bisherige Beteiligung erstellt.“ Zu diesem ersten Entwurf werden eine Reihe von Eckdaten konkret benannt (erforderliches Gesamtbudget für technische Maßnahmen und Infrastrukturmaßnahmen sowie sonstige Maßnahmen; zuzüglich erforderlicher Personentage für die Umsetzung von organisatorischen und personellen Maßnahmen (z. B. Teilnahme an Schulungen). Das allein für die Umsetzung der Basisanforderungen nach IT-Grundschutz erforderliche Budget nebst Personentagen wird benannt und auf zusätzliche bislang noch nicht berücksichtigte „Kosten und Aufwände für die Aufrechterhaltung des Betriebs [z.B. Protokollierungsserver]“ hingewiesen.

Die Bieter in der Rolle als zukünftige Rahmenvertragspartner sollten im Rahmen eines „*Workshop zur Abstimmung der Meilensteinplanung (Umsetzungsplanung bzw. Festlegung der Umsetzungsreihenfolge der Maßnahmen)*“ aufgrund einer Vorlage des Informationssicherheitsbeauftragten (ISB) mit den genannten Eckdaten und einer von der Behördenleitung vorgegebenen Budgetrestriktion auf rund 56% des eigentlich als erforderlich veranschlagten Budgets „*Kriterien für die Priorisierung [...] finden, aus denen sich die Umsetzungsreihenfolge*“ ergäbe.

Hierzu wurde die Erwartungshaltung ausgeführt, dass die Behördenleitung vom Rahmenvertragspartner und dem ISB erwarte, „*im Nachgang des Workshops eine optimale Reihenfolge für die Umsetzung der Maßnahmen aus diesen Kriterien*“ abzuleiten und das vorhandene Budget „*so sinnvoll wie möglich*“ zu investieren. Zusätzlich äußern weitere, namentlich benannte Workshop-Teilnehmer (Akteure wie der ISB, Firewalladministrator, IT-Leiter, Verfahrensverantwortliche, Datenschutz- und Geheimschutzbeauftragte der zu beratenden Behörde) konkrete Anforderungen zur Priorisierung bestimmter Themen oder Maßnahmen (u.a. zu Stichworten wie schnell umsetzbarer Maßnahmen („*Quick Wins*“), „*IT-Grundschutz*“, Schutz besonders wichtiger Anwendungen („*Kronjuwelen*“), „*IT-Notfallvorsorge*“, „*Mindeststandards des [...]*“, „*Verschlusssachenanweisung*“ zum Geheimschutz und „*Protokollierungsrichtlinie Bund*“).

Zusammenfassend heißt es hierzu:

„Wie gehen Sie vor, um nach dem Workshop eine Empfehlung für eine optimale Maßnahmenplanung erarbeiten zu können? Beantworten Sie diese Frage anhand der nachfolgenden Aufgaben in den Arbeitspaketen AP 1 bis AP 6. Stellen Sie sich vor, die Fragen in den AP 1 bis AP 4 würden Ihnen von den Workshop-Teilnehmern gestellt und die Behördenleitung und der ISB bäten Sie, die Fragen zu beantworten. Mit den Fragen zu AP 5 haben Sie Gelegenheit, eigene Impulse zu setzen. Bitte beachten Sie, dass

AP 5 die größte Gewichtung besitzt. Es werden sowohl fachliche Kompetenz als auch Beratungskompetenz bewertet.“

Anschließend wurden die Arbeitspakete AP 1 und 6 in tabellarischer Form mit Beschreibung der Aufgabenstellung, Gewichtung und Ausführungen zum Erwartungshorizont aufgeführt. Als „Art“ der Kriterien wurde „B“ vermerkt.

Im AP 1 (Gewichtungsfaktor 100) „*Übliche Vorgehensweise und bisherige Vorarbeiten*“ wurde u.a. eine Beschreibung verlangt, „*welche Vorgehensweise für die Findung einer optimalen Maßnahmenplanung üblich ist.*“ Hierzu sollte auf „*Zusammenhänge*“ eingegangen werden, „*z.B. Rolle der Informationssicherheitsleitlinie, der Schutzbedarfsfeststellung und der Risikoanalyse*“. Zum Erwartungshorizont heißt es u.a.: „*Es werden nachvollziehbare Praxisbeispiele aufgezeigt, bei denen ein unzureichendes Budget zu berücksichtigen war (mindestens 3). [...] werden die für die Bundesverwaltung einschlägigen Standards und Vorgaben berücksichtigt [...], werden die Vorgehensweise und Zusammenhänge der einzelnen Bestandteile des IT-Sicherheitskonzepts anhand der genannten Standards und Vorgaben aufgezeigt und wird auf die anwendbaren Vorgehensweisen nach IT-Grundschutz eingegangen, die Unterschiede dieser Vorgehensweisen kurz beschrieben und ein begründeter Vorschlag für die hier zu beratende Behörde gemacht.*“

Im AP 2 (Gewichtungsfaktor 100) waren die Wortbeiträge der Teilnehmer des fiktiven Workshops zu bewerten und zu den Kriterien für die Priorisierung Stellung zu nehmen. Es war u.a. aufzuzeigen, „*auf welchen Feldern die bisherige Argumentation so nicht tragfähig ist*“ und es waren die für Bundesbehörden geltenden Standards und Vorgaben bei Empfehlungen zu berücksichtigen.

Im AP3 (Gewichtungsfaktor 50) war die Erläuterung eines Beispielszenarios gefordert, anhand dessen die Findung einer Umsetzungsreihenfolge anhand von zwei Maßnahmen exemplarisch zur Erläuterung war und anhand von Kriterien gegeneinander abzuwägen war. Dabei wurde erwartet, dass Abhängigkeiten vollständig und nachvollziehbare Konsequenzen der Entscheidung dargestellt werden.

Im AP 4 (Gewichtungsfaktor 200) war der „*Zusammenhang zwischen Maßnahmenplanung und Risikoanalyse*“ bezogen auf das Gesamtrisiko zu erklären und es wurde erwartet, dass

diese mit den von Bundesbehörden anzuwendenden Standards nachvollziehbar übereinstimmen.

Im AP 5 („*Nächste Schritte*“ - Gewichtungsfaktor 500) war ein Vorschlag für das weitere Vorgehen zu erstellen und Empfehlungen an Behördenleitung und ISB zu begründen und ausführen, wie sichergestellt werden könne, dass die zu entwickelnde Maßnahmenplanung optimal sei und akzeptiert werde. Erwartet wurden nachvollziehbare Ausführungen zu anfallenden Aufwänden, verfügbaren Ressourcen, zum verbliebenen Klärungsbedarf, zur *„Frage, ob und, wenn ja, in welchem Umfang Maßnahmen zur Mitigation vorgeschlagen werden“* sowie zu den Empfehlungen.

Im AP 6 (Gewichtungsfaktor 50) sollte ein nachvollziehbares und vollständiges Ergebnisprotokoll der Workshop-Sitzung mit den wesentlichen Problemen und Festlegungen unter Berücksichtigung der vorherigen Beiträge in AP 1 bis 5 erstellt werden.

Die ASt reichte ihre Testaufgabe am 14. Juni 2022 fristgerecht bis 18:00 Uhr ein.

Die Räumlichkeiten der Bg wurden an diesem Tag gegen 13:25 Uhr auf polizeiliche Anordnung – wegen einer Bombendrohung das Nachbargebäude betreffend – evakuiert. Nach Aufhebung der polizeilichen Maßnahmen gegen 14:00 Uhr erfolgte die Rückführung der evakuierten Personen ausweislich einer Bescheinigung der Hausverwaltung der Bg bis gegen 14:30 Uhr.

Aufgrund dieses Sachverhalts beantragte die Bg telefonisch und schriftlich eine Fristverlängerung um eine Stunde und legte die Bescheinigung der Hausverwaltung vor. Die Ag gewährte die Fristverlängerung und die Bg reichte ihre Lösung der Testaufgabe um 18:36 Uhr ein.

Mit der fachlichen Bewertung der Testaufgaben der Bieter betraute die Ag das [...] und dieses erstellte in der Folge einen 26-seitigen Prüfungsvermerk mit der Bewertungsentscheidung, der vom 27. September 2022 datiert. In der im Vergabevermerk dokumentierten Gesamtwertung wurde das Angebot der Bg auf dem ersten Rang und das Angebot der ASt auf dem dritten Rang platziert.

Mit Schreiben vom 5. Oktober 2022 teilte die Ag der ASt gem. § 134 GWB mit, dass sie deren Angebot nicht berücksichtigen könne, weil dieses nicht das wirtschaftlichste sei. Beabsichtigt sei, den Zuschlag frühestens am 17. Oktober 2022 auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Hierzu wurden zu jedem Arbeitspaket AP 1 bis 6 die vergebenen Wertungspunkte (jeweils zwischen 5 und 7,5 Punkten) genannt und die Wertungsentscheidung anhand des Prüfvermerks des [...] begründet.

Dazu wurden konkrete Defizite in der Testaufgabe der ASt benannt (u.a. nicht einschlägiges Praxisbeispiel, fehlende Bezüge zur konkreten Situation, Empfehlungen und Vorgehensweisen sowie einer Stellungnahme zu Priorisierungskriterien und der Abwägung von Grundschutzmaßnahmen) und erklärt, dass Erläuterungen „*lediglich in allgemeiner Form*“ und stichwortartig vorgenommen worden seien. Auf die Rollen der Akteure bzw. deren Wortbeiträge im Beispielszenario werde nicht genügend eingegangen bzw. deren Aussagen nicht hinreichend problematisiert. Die Darstellung wirke nicht ausreichend konkret und ein Vorschlag für eine Reihenfolge von Maßnahmen auf Basis von Kriterien sei nicht erkennbar. Es würden unklare oder sachliche falsche Begriffe verwendet, das Protokoll hätte präziser, strukturierter ausfallen können und es fehlten konkrete Anforderungen an die Akteure.

Die Verfahrensbevollmächtigten der ASt rügten mit Schreiben vom 11. Oktober 2022 die Wertungsentscheidung, die fehlende Bekanntmachung von Unterkriterien und deren Gewichtung als vergaberechtswidrig. Die Begründungen der Wertungsentscheidung seien nicht nachvollziehbar, fachtechnisch falsch und von sachwidrigen Erwägungen geleitet. Hierzu wurde der der Ag eine Frist zur Beantwortung bis zum 13. Oktober 2022 gesetzt.

Die Ag teilte den Verfahrensbevollmächtigten der ASt mit Schreiben vom 12. Oktober 2022 mit, dass sie für die Prüfung und Beantwortung der Rüge voraussichtlich bis zum 19. Oktober 2022 Zeit benötige. Die Ag sicherte zu, den Zuschlag nicht vor dem 24. Oktober 2022 zu erteilen.

Mit Schreiben vom 13. Oktober 2022 rügten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt das Vorgehen der Ag. Ein Auftraggeber könne den Lauf der Frist gemäß § 134 GWB nicht verlängern. Die Ag wurde aufgefordert, das Schreiben gem. § 134 GWB vom 5. Oktober 2022 zurückzunehmen und als gegenstandslos anzusehen.

Die Ag teilte den Verfahrensbevollmächtigten der ASt mit Schreiben vom 13. Oktober 2022 mit, dass sie das Schreiben gem. § 134 GWB vom 5. Oktober 2022 nicht zurückziehe und nach Prüfung der Rüge voraussichtlich am 19. Oktober 2022 eine Rückmeldung geben werde. Die Ag sicherte zu, den Zuschlag nicht vor dem 31. Oktober 2022 zu erteilen.

Mit Schreiben vom 19. Oktober 2022 lehnte es die Ag ab, der Rüge abzuweichen.

Mit Schreiben vom 21. Oktober 2022 forderte die ASt weitere Informationen zur Leistungs- und Preiskennzahl und erhielt diese von der Ag mit Schreiben vom 24. Oktober 2022.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Oktober 2022 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend:

- Die ASt habe ihrer Rügeobliegenheit am 11. Oktober 2022 gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt. Eine Präklusion gem. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB komme hinsichtlich der nicht rechtzeitig bekannt gegebenen Unterkriterien mit Gewichtungskoeffizienten nicht in Betracht. Der Verstoß gegen das Transparenzgebot sei für einen durchschnittlichen Bieter nicht erkennbar gewesen. Daran ändere auch die Bieterfrage Nr. 41 der ASt nichts.
- Die Bekanntgabe der Bewertungs(Unter-)Kriterien („B“) zu den einzelnen Arbeitspaketen mit Gewichtung am Tag der Testaufgabe durch Ergänzung des Kriterienkatalogs Leistung verstoße gegen § 127 Abs. 5 GWB und den Transparenzgrundsatz gem. § 97 Abs. 1 GWB. Es handele sich hierbei um Zuschlags- bzw. Unterkriterien und diese seien zu Beginn des Verfahrens in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufzuführen. Dies wäre auch erforderlich gewesen, da bereits mit der Angebotsabgabe zum 31. Mai 2022 Personalprofile für diejenigen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter anzugeben waren, die mit der Testaufgabe betraut werden sollten. Die Bieter seien so daran gehindert worden, die Angebote in Kenntnis der Bewertungskriterien taktisch auszurichten.
- Auch die Wertungsentscheidung selbst sei vergaberechtswidrig, fachtechnisch unzutreffend, beurteilungsfehlerhaft und basiere auf unzutreffendem Sachverhalt. Wertungen müssten im Quervergleich stimmig sein. Ein solcher Quervergleich sei von der Ag vergaberechtswidrig unterlassen worden. Soweit die Ag die Aufgabenlösung der ASt wegen Erläuterungen allgemeiner Art abgewertet habe, sei es wegen der Beschränkung der Beantwortung nach der vorgegebenen Anzahl der Wörter ausgeschlossen, dass andere Bieter hierzu umfangreicher vortragen konnten. Zu den Bewertungen in den einzelnen Arbeitspaketen AP 1 bis 6 wird u.a. Folgendes beanstandet:

Im AP 1 sei die Abwertung fachtechnisch unzutreffend. Auch das dritte Praxisbeispiel sei als einschlägig zu bewerten, weil auch im Rahmen einer Umsetzung eines Sicherungskonzepts regelmäßig Sicherheitskonzepte als Maßnahmen erstellt, aktualisiert oder überarbeitet würden. Die Abwertung wegen lediglich „allgemeiner Form“ der Antwort der ASt sei sachwidrig, weil im Kriterienkatalog kein Detaillierungsgrad vorgegeben und kein Bezug zur konkreten Situation gefordert worden sei. Nicht nachvollziehbar sei die bemängelte fehlende Stellungnahme zu Priorisierungskriterien. Solche seien nicht gefordert gewesen. Das Fallbeispiel lege vielmehr die Erstellung (nicht die Umsetzung) eines Sicherheitskonzepts nahe.

Im AP 2 sei eine Abwertung wegen unzureichender Berücksichtigung des [...] Mindeststandards nicht nachvollziehbar und beurteilungsfehlerhaft, weil das Sicherheitskonzept für eine Bundesbehörde erstellt werde, so dass *„denknotwendig davon ausgegangen werden [müsse], dass alle Anforderungen der Erfüllung der Fachaufgaben dienen.“* Daher lasse sich nicht ohne weitere Informationen ableiten, inwieweit sich die Verbindlichkeit der Mindeststandards von denen des Datenschutzes, des Geheimschutzes oder der Umsetzung der [...] Standards unterscheide. Dementsprechend ergebe sich hieraus kein Einfluss auf die Maßnahmenpriorisierung. Geheimschutz sei richtigerweise kein Teil der Informationssicherheit und die Erwartung der Ag von diesbezüglichen Hinweisen ergäbe sich nicht aus der Aufgabenstellung. Unzutreffend sei auch, dass die ASt nicht auf die „Protokollierungsrichtlinie Bund“ eingegangen sei.

Die Abwertung im AP 3 aufgrund nur allgemeiner Beschreibung ohne konkrete Erläuterung von Beispielen für Kriterien, Faktoren und Abhängigkeiten sei nicht plausibel. Hiermit überschreite die Ag den vorgegebenen Erwartungshorizont. Die zwei geforderten Maßnahmen seien ausgewiesen und aufgabengemäß gegeneinander abgewogen worden.

Die Bewertung im AP 4 und AP 5 seien vergaberechtswidrig. Die Ausführungen der ASt seien fachtechnisch korrekt. Im AP 5 sei lediglich ein Vorschlag zum weiteren Vorgehen gefordert gewesen. Weitergehende Anforderungen zum Detaillierungs-/Konkretisierungsgrad der Antworten – etwa ob eine Basis-, Kern- oder Standardabsicherung angestrebt werden solle oder konkrete Erläuterungen zum Budget –, ergäben sich nicht aus dem Kriterienkatalog Leistung. Die ASt habe mehrfach konkrete Vorschläge aufgeführt und auch das ursprünglich veranschlagte Budget genannt. Sofern die Ag die Aussage der ASt, dass *„die Umsetzung*

technischer Maßnahmen auch ggf. durch organisatorische Maßnahmen mitigiert werden“ als falsch bewertet habe, sei die Wertung fachtechnisch nicht korrekt. Diese Aussage sei nicht zu beanstanden.

Hinsichtlich des AP 6 sei die Wertung vergaberechtswidrig, weil unzutreffender Sachverhalt zugrunde gelegt worden sei. Zu Unrecht habe die Ag Aspekte (u.a. unzureichendes Eingehen auf die besondere Rolle bzw. die Anforderungen an die die Behördenleitung sowie fehlende konkrete Schritte außer den Verweis auf künftige Workshops) bemängelt. Diese seien in der Aufgabenstellung nicht gefordert worden. Vielmehr hätten nur die wesentlichen Ergebnisse des Workshops protokolliert werden sollen. Zudem sollten diese Aspekte den Teilnehmern im Fallbeispiel hinreichend bekannt sein.

- Nach Akteneinsicht wird beanstandet, dass die Aufgabenstellung der Testaufgabe zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung noch nicht endabgestimmt gewesen sei. Dies ergebe sich aus der Vergabedokumentation (Bl. 1448-1450), da in dieser als Anlage auf eine korrigierte Fassung der Testaufgabe verwiesen werde. Offenbar habe das [...] der Ag erst einen Tag vor dem 14. Juni 2022 die Aufgabenstellung übermittelt. Dies verstoße gegen vergaberechtliche Grundsätze, denn die Ag habe so die Testaufgabe in Ansehung des Angebotsinhalts – insbesondere des angebotenen Personals – erstellen können.
- Die Verlängerung der Abgabefrist der Testaufgabe um 60 Minuten ausschließlich zugunsten der Bg infolge der angeblichen Bombendrohung habe dieser überdies vergaberechtswidrig einen erheblichen Vorteil gewährt. Die Durchführung der Testaufgabe hätte abgebrochen werden müssen, eine neue Testaufgabe hätte zu einem späteren Zeitpunkt gestellt werden müssen.

Die ASt beantragt:

1. gegen die Ag ein Vergabenachprüfungsverfahren gem. § 160 Abs. 1 GWB einzuleiten und die Ag unverzüglich in Textform darüber zu informieren
Fax-Nr.: [...]
2. der Ag die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu untersagen und ihr aufzugeben, das Vergabeverfahren zurückzusetzen und das Verfahren vergaberechtskonform nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
3. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen der ASt zu beseitigen;

4. der ASt gem. § 165 Abs. 1 GWB die Einsichtnahme in die Vergabeakte zu gestatten;
5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen;
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der ASt notwendig war.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt werden die Kosten des Verfahrens auferlegt.

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und im Übrigen unbegründet sei:

- Der Antrag sei wegen Verstoßes gegen § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 und 3 GWB präkludiert. Ausweislich der Bieterfrage Nr. 41 habe die ASt bereits im April Kenntnis von der Nichtveröffentlichung der Aufgabenstellung und der Gewichtung der Arbeitspakete gehabt. Die ASt hätte dies jedenfalls bis zum Ablauf der Angebotsfrist im Mai 2022 rügen müssen.
- Der Antrag sei auch unbegründet. Ein Verstoß gegen § 127 Abs. 5 GWB und den Transparenzgrundsatz liege nicht vor. Es handele sich bei der Testaufgabe nicht um Unterkriterien im vergaberechtlichen Sinn. Nach der Rechtsprechung bestehe keine Pflicht zur Bekanntgabe der Bewertungsmethode. Vergabestellen müssten die Möglichkeit haben, Bieter im Dienstleistungsbereich nach unter Zeitdruck zu bearbeitenden Lösungen zu bewerten. Dies erfordere, dass die Aufgabenstellung nicht vorab veröffentlicht werde.
- Die Wertungsentscheidung sei nicht zu beanstanden und überschreite nicht den Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers, was hinsichtlich der Arbeitspakete AP 1 bis AP 6 im Einzelnen ausgeführt wird. Soweit die ASt einen mangelnden Quervergleich der Angebote moniere, habe die Ag die einheitliche Anwendung des Erwartungshorizonts noch einmal überprüft und reiche eine ergänzende Dokumentation hierzu ein.
- Die Verlängerung der Frist zur Abgabe der Testaufgabe zugunsten der Bg sei als Nachteilsausgleich gerechtfertigt. Der der Ag zustehende Ermessensspielraum, auf ein außergewöhnliches und nicht zu verhinderndes Ereignis (Räumung wegen einer Bombendrohung) zu reagieren, sei nicht überschritten worden. Eine Wiederholung

der Testaufgabe hätte eine Verzögerung um mehrere Monate bewirkt und das Risiko von Schadensersatzforderungen begründet.

- Die Aufgabenstellung zur Testaufgabe habe bereits zum Zeitpunkt der Bekanntgabe des Teilnahmewettbewerbs im November 2021 festgestanden. Dies werde durch die Vergabedokumentation belegt (Bl. 29ff. und 1939ff. der Vergabeakte). Danach seien nur noch minimale redaktionelle Änderungen vorgenommen worden.

- c) Die mit Beschluss vom 31. Oktober 2022 zum Verfahren hinzugezogene Bg hat keine Anträge gestellt und nicht schriftsätzlich vorgetragen, sich allerdings an der mündlichen Verhandlung beteiligt.
3. Die Vergabekammer hat der ASt am 8. November 2022 Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Schriftsatz vom 16. November 2022 hat die ASt ergänzende Akteneinsicht beantragt in die Dokumentation der Ag im Zusammenhang mit der Bombendrohung, die Dokumentation der Ag im Zusammenhang mit der internen Feststellung und Endredaktion der Testaufgabe, die Aufgabenlösung der Bg nebst deren Angebotswertung. Der ASt wurde daraufhin die von der Bg vorgelegte Bescheinigung der Hausverwaltung übermittelt. Die Ag hat weitere Vergabedokumentation im Zusammenhang mit der Konzeption der Aufgabenstellung der Testaufgabe vorgelegt und ist dem Antrag auf weitergehende Akteneinsicht der ASt im Übrigen entgegengetreten.
4. In der mündlichen Verhandlung am 29. November 2022 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die Bg erläuterte die Situation der polizeilich angeordneten Räumung der Geschäftsräume der Bg infolge einer Bombendrohung am 14. Juni 2022 und stellte klar, dass die Fristverlängerung schriftlich über die Vergabeplattform beantragt wurde. Die Ag erklärte, dass die Aufgabenstellung der Testaufgabe bereits vor Bekanntmachung der Ausschreibung fertig gestellt worden sei, verwies hierzu auf die Vergabedokumentation und stellte klar, dass vor dem Testtermin nur noch redaktionelle Mängel korrigiert wurden. Mit Verfügung der Vorsitzenden der Vergabekammer vom 2. Dezember 2022 wurde die Entscheidungsfrist bis 13. Dezember 2022 verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Das für die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch die Abgabe eines Angebots hinreichend dokumentiert. Ungeachtet ihrer Platzierung im Wettbewerb auf dem dritten Rang droht ihr ein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB, weil es prima facie vorliegend nicht ausgeschlossen ist, dass sie im Falle grundlegender Verfahrensfehler oder einer beurteilungsfehlerhaften Angebotswertung gegebenenfalls im Rahmen einer Zurückversetzung des Vergabeverfahrens eine bessere Bewertung bzw. eine erneute Auftragschance erhalten könnte. Mit der Ungleichbehandlung hinsichtlich der Abgabefrist der Testaufgabe, der nachträglichen Festlegung der Testaufgabe und der beanstandeten Angebotswertung macht die ASt solche Fehler konkret geltend.
- b) Soweit die ASt die verspätete Bekanntgabe der Aufgabenstellung und der Gewichtung der Arbeitspakete der Testaufgabe selbst angreift, bestehen zwar Anhaltspunkte dahingehend, dass der angebliche Vergaberechtsverstoß in tatsächlicher wie in rechtlicher Hinsicht für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter des mit dem Vergabeverfahren angesprochenen Bieterkreises vorab gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB erkennbar gewesen sein könnte. Das Wertungssystem ist in den Vergabeunterlagen detailliert beschrieben (vgl. Ziffer 3.9.2 und 3.10 der Hinweise BBB sowie die Anlage Kriterienkatalog Leistung). Dies umfasste eine Erläuterung der erweiterten Richtwertmethode und der Vergabe der Leistungspunkte anhand von „*Bewertungskriterien (B)*“ mit den einzelnen Notenstufen. Auch die Tatsache, dass Grundlage der qualitativen Angebotswertung eine schriftliche Angebotspräsentation in Form einer 9-Stunden-Aufgabe anhand eines fiktiven Beispielsprojekts am 14. Juni 2022 sein würde, wurde den Bietern von vorneherein im Kriterienkatalog Leistung bekannt gegeben.

Unklarheiten bestanden allerdings dahingehend, wie diese 9-Stunden-Aufgabe konkret beurteilt werden würde. Dass es sich bei dem ursprünglich fünfseitigen Kriterienkatalog Leistung um eine gekürzte Fassung eines vollständig neunseitigen Dokuments handelte, war für die Bieter nicht erkennbar. Dass insoweit vorab keine Informationen gegeben wurden, war der ASt allerdings auch schon im April 2022 ausweislich der Bieterfrage Nr. 41 aufgefallen, und dass diese bewusst von der Ag bis zur Bekanntgabe der

Aufgabenstellung am Morgen des 14. Juni 2022 vorenthalten bleiben sollten, wurde mit den veröffentlichten Bieterfragen und - antworten Nr. 34 und Nr. 41 seitens der Ag auch unmissverständlich klargestellt. Dass die Ag vorab keine weiteren Informationen zur Testaufgabe nebst Bewertungsmaßstäben geben würde, war somit in tatsächlicher Hinsicht vollumfänglich klar und damit erkennbar.

Allerdings ist im Rahmen der Erkennbarkeit im Sinne des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB auch erforderlich, dass der jeweilige Antragsteller die im Nachprüfungsantrag geltend gemachte Rechtswidrigkeit auch in rechtlicher Hinsicht im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre erkennen konnte. Die ASt qualifiziert die Arbeitspakete als Unterkriterien. Es ist zwar fraglich, ob die Arbeitspakete, welche die Inhalte der zu bearbeitenden Testaufgabe darstellen, als Unterkriterien zu bezeichnen sind; deren Bearbeitung durch die Bieter ist vielmehr Grundlage für die Bewertung. Der ASt ist allerdings zugute zu halten, dass die Stellung einer Testaufgabe als Basis für eine Bewertung nicht dem Regelfall in Vergabeverfahren entspricht. Gesetzte und etablierte Regeln oder Rechtsprechung gibt es daher insoweit nicht. Auch abgesehen davon ist die Frage, was an Unterkriterien und Erwartungshorizont durch einen Auftraggeber z.B. bei Konzeptwettbewerben vorab bekannt zu geben ist, vornehmlich durch Rechtsprechung geprägt und konkretisiert. Vom fachkundigen Bieter, der nicht selbst Adressat des Vergaberechts ist, kann keine vergaberechtliche Einschätzung dieser Fragen erwartet werden. Eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB in Bezug auf die Grundlagen des Vergabeverfahrens ist daher nicht gegeben.

Für das Vorliegen einer positiven Kenntnis der Vergaberechtswidrigkeit i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB fehlt es indes an konkreten Anhaltspunkten. [...]

Im Ergebnis hat die ASt den Anforderungen an eine rechtzeitige Rüge im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.

Die Bekanntgabe der Aufgabenstellung der Testaufgabe am 14. Juni 2022 nebst Bewertungskriterien und Gewichtung ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden (dazu unter lit. a). Gleiches gilt für die Endabstimmung der Testaufgabe im Vorfeld der Testaufgabe (lit. b). Die Verlängerung der Abgabefrist der Testaufgabe um 60 Minuten war als Nachteilsausgleich zugunsten der Bg statthaft und verhältnismäßig (lit. c). Auch die Wertung der Testaufgabe bewegte sich im Rahmen des Beurteilungsspielraums der Ag und ist nicht zu beanstanden (lit. d). Ein weitergehender Anspruch auf Akteneinsicht besteht nicht (lit. e).

- a) Die Bekanntgabe der Aufgabenstellung der Testaufgabe am 14. Juni 2022 nebst Bewertungskriterien und Gewichtung verstößt weder gegen § 127 Abs. 5 GWB noch den Transparenzgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB).

Am Morgen des 14. Juni 2022 wurde – wie vorab transparent angekündigt - das fiktive Beispielszenario mit der Aufgabenstellung in den Arbeitspaketen AP 1 bis 6, deren Gewichtungsfaktoren sowie Ausführungen zum Erwartungshorizont an alle Bieter übermittelt. Diese Aufgabe war unter Zeitdruck innerhalb von neun Stunden zu lösen. Das Beispielszenario bezog sich auf eine konkrete Beratungssituation im IT-Bereich. Die ASt macht nicht geltend, dass diese Beratungssituation im Hinblick auf den ausgeschriebenen Auftragsgegenstand irgendwie ungewöhnlich, überraschend oder nicht lösbar gewesen wäre. Dies ist auch nicht ersichtlich, denn ausgeschrieben wurde eine Rahmenvereinbarung über Beratungen zu Informationssicherheitsmanagementsystemen und IT-Sicherheitskonzepten. Dies umfasst die Beratungssituation der fiktiven Testaufgabe, in der die typisierte Umsetzung eines Sicherheitskonzeptes unter der Erschwernis einer Budgetrestriktion zum Gegenstand gemacht wurde. Am Morgen des 14. Juni 2022 bestanden mithin für alle Bieter im Ausgangspunkt die gleichen Bedingungen. Die verbleibende Unsicherheit wie die Aufgabenlösungen bewertet werden würden, liegt in der Natur der Sache, die mit jeglicher Prüfungssituation – zumal unter Zeitbegrenzung – verbunden ist. Ein Verstoß gegen grundlegende Transparenzanforderungen im Wettbewerb ist in dieser Sachverhaltskonstellation nicht ersichtlich.

Diese Art der Aufgabenstellung unter Zeitdruck verstößt auch nicht gegen § 127 Abs. 5 GWB, weil es sich beim fiktiven Beispielszenario, den einzelnen Arbeitspaketen AP 1 bis 6, deren Gewichtung sowie den Ausführungen zum Erwartungshorizont der Ag nicht um Zuschlagskriterien bzw. Unterkriterien i.S.d. § 127 GWB handelt.

Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen (§ 127 Abs. 4 Satz 1 GWB). Die Zuschlagskriterien spiegeln dementsprechend wider, wie der Auftraggeber im jeweiligen Vergabeverfahren das Preis-Leistungs-Verhältnis bewerten möchte, wenn sich bei den Angebotspreisen einerseits und der Qualität des Angebots andererseits unterschiedliche Rangfolgen ergeben. Hierfür ist ihm ein weiter Beurteilungs- und Handlungsspielraum eröffnet. § 127 Abs. 5 GWB schreibt vor, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der

Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen aufgeführt werden müssen. Das gilt grundsätzlich sowohl für die Zuschlags(haupt)kriterien als auch für die Unterkriterien (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2020 – Verg 26/19; OLG Celle, Beschluss vom 25. März 2021 – 13 Verg 1/21; s.a. EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 – C-6/15).

Dies hindert den Auftraggeber aber nicht daran, nachträglich – auch erst nach dem Ablauf der Angebotsfrist – eine Präzisierung der bekannt gemachten Zuschlagskriterien vorzunehmen. Dies hat der EuGH ausdrücklich für Gewichtungskoeffizienten der Unterkriterien klargestellt. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass die nachträglichen Änderungen bzw. Präzisierungen „*im Wesentlichen den Kriterien entsprechen, die den Bietern vorher zur Kenntnis gebracht wurden*“ (EuGH, Urteil vom 14. Juli 2016 – C-6/15, juris Rn. 26). Hierdurch dürfen die bekannt gemachten Zuschlagskriterien nicht derart verändert werden, dass dies die Vorbereitung der Bieter beeinflussen oder diese diskriminieren könnte. Zusätzlich hat der Auftraggeber nachträglich den Bietern das Wertungssystem zur Kenntnis zu bringen.

Dies entspricht auch der Rechtsprechung, die eine Methode der Qualitätsbewertung billigt, bei der konkretisierenden Angaben, wovon die jeweils in den Unterkriterien erreichbare Punktzahl in einem Konzeptwettbewerb konkret abhängen soll (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - X ZB 3/17; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2020 – Verg 26/19; OLG Celle, Beschluss vom 25. März 2021 – 13 Verg 1/21).

Nach den Grundsätzen dieser Rechtsprechung beinhaltete der am Morgen des 14. Juni 2022 den Bietern übermittelte, nun auf neun Seiten erweiterte Kriterienkatalog Leistung keine zusätzlichen Unterkriterien oder Gewichtungen, die eine wesentliche Veränderung der bereits bekannten Zuschlagskriterien bewirken konnten.

Im vorliegenden Fall gab es nur ein Zuschlagskriterium im Qualitätswettbewerb, die mit der Lösung der Testaufgabe zu erreichende Gesamtleistungspunktzahl, die nach der erweiterten Richtwertmethode in Bezug zum Angebotspreis als weiterem Zuschlagskriterium gesetzt wurde. Eine Veränderung der Gesamtbewertung von Leistung und Preis nach der erweiterten Richtwertmethode erfolgte hierdurch nicht. Die zusätzlichen Informationen (Aufgabenstellung, Einzelfragen der Arbeitspakete, Gewichtungsfaktoren und Erläuterungen zum Erwartungshorizont) sollten lediglich Ausgangspunkt, Anforderungen und Erwartungen in der befristeten Prüfungssituation klarstellen und dienten somit allein der Hilfestellung der Bieter zur Ermöglichung eines transparenten Wettbewerbs. Auch die bekannt gegebene Notenskala wurde hierdurch

nicht tangiert. Hierdurch wurde auch die Vorbereitung der Bieter nicht vergaberechtswidrig beeinflusst. Im Gegenteil sollte durch diese Form der Aufgabenstellung gerade eine für alle Bieter vergleichbare Prüfungssituation geschaffen werden, in der diese ihre Fach- und Beratungskompetenzen in einem auftragsbezogenen Beispielsszenario ohne spezifische Vorbereitungszeit im Wettbewerb untereinander anbieten sollten. Wenn diese Informationen vorab bekannt gegeben worden wären, wäre der bekannt gemachte Qualitätswettbewerb so nicht mehr durchführbar gewesen. Denn es liegt in der Natur von Test- und Prüfungsaufgaben, dass der Inhalt des Tests bzw. der Prüfung den Bearbeitern nicht vorab bekannt gegeben werden, ansonsten wäre eine Prüfung sinnlos. Das Vergaberecht schränkt indes den Beurteilungs- und Handlungsspielraum des Auftraggebers nicht ein, konkrete auftragsspezifische Wettbewerbssituationen zu schaffen, wenn wie hier eine Beeinträchtigung der Grundsätze von Gleichbehandlung, Transparenz und Wettbewerb ausgeschlossen ist.

Hinzu kommt, dass mit den konkreten Aufgabenstellungen in den Arbeitspaketen, deren Gewichtung und den Erläuterungen zum Erwartungshorizont vorliegend sogar ein erhöhtes Maß an Information zum Wertungsprogramm zu Beginn der Prüfungssituation gewährt wurde, die über die o.g. Anforderungen der Rechtsprechung an einen Konzeptwettbewerb sogar deutlich hinaus reicht.

- b) Soweit die ASt beanstandet, dass die Ag die Testaufgabe vor dem 14. Juni 2022 noch einmal endabgestimmt und eine korrigierte Fassung verteilt habe, begründet dies keinen Verfahrensfehler. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese Endabstimmung in Ansehung der mit den Angeboten eingereichten Personalprofile erfolgte und die ASt hierdurch eine Beeinträchtigung der Zuschlagschancen erfahren haben könnte. Vielmehr ergibt sich aus dem Vergabevermerk, dass bereits am 14. Oktober 2021 eine Fassung der Aufgabenstellung vorlag (Bl.1939 der Vergabeakte). Die Ag hat weiterhin eine auf den 16. September 2021 datierte Entwurfsfassung des neunseitigen Kriterienkatalog Leistung mit Schriftsatz vom 24. November 2022 nachgereicht, die im Vergleich zur finalen Fassung bereits weitgehend finalisiert erscheint. Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung diesen Ablauf bestätigt. Selbst wenn man unterstellt, dass eine Endabstimmung der Testaufgabe noch einmal im Zeitraum seit dem Angebotsabgabetermin im Vorfeld des 14. Juni 2022 erfolgte, begründet dies keinen Vergaberechtsfehler, denn eine Präzisierung des

Wertungssystems und der Zuschlagskriterien ist nach der bereits genannten Rechtsprechung zulässig. Dies gilt erst recht für die Korrektur redaktioneller Fehler. Aufgrund der inhaltlichen Festlegung der Aufgabenstellung bereits im Vorfeld des Teilnahmewettbewerbs im November 2021 ist es ausgeschlossen, dass Änderungen in Ansehung der Ende Mai 2022 eingereichten Personalprofile zum Nachteil der ASt vorgenommen wurden.

- c) Die Verlängerung der Abgabefrist der Testaufgabe um 60 Minuten war als Nachteilsausgleich zugunsten der Bg statthaft und verhältnismäßig. Die Tatsache, dass (u.a.) die Geschäftsräume der Bg am 14. Juni 2022 aufgrund polizeilicher Anordnung nach einer Bombendrohung in unmittelbarer Nähe für einen Zeitraum von rund einer Stunde geräumt werden mussten, hat die Bg durch Vorlage einer Bescheinigung ihrer Hausverwaltung belegt. Diese Tatsache wurde nach Erörterung in der mündlichen Verhandlung auch von der ASt nicht mehr bestritten. Aufgrund dieses unvorhersehbaren Ereignisses hat die Ag noch am 14. Juni 2022 die Abgabefrist um eine Stunde verlängert. Diese Frist hat die Bg nicht ausgeschöpft, sondern nach 36 Minuten die Aufgabenlösung übermittelt.

Hinsichtlich der Entscheidung, in welcher Form ein Nachteilsausgleich zu gewähren ist, wenn ein Bieter im Vergabeverfahren mit unvorhersehbaren und nicht zu vertretenden Erschwernissen belastet wird, die wir vorliegend der Kategorie der „höheren Gewalt“ zuzuordnen sind, steht dem Auftraggeber ein im Vergabenaachprüfungsverfahren nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungs- und Ermessensspielraum zu. Bei der Ausübung desselben hat sich der Auftraggeber an den vergaberechtlichen Grundsätzen des § 97 Abs. 1 und 2 GWB zu orientieren. Hierzu gehören sowohl das Gleichbehandlungsgebot als auch das Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Vorliegend ist es nicht zu beanstanden, dass sich die Ag gegen eine Wiederholung der Prüfung und für eine Fortsetzung des Verfahrens mit einem Nachteilsausgleich zugunsten der Bg entschieden hat. Eine Wiederholung der Testaufgabe hätte einen erheblichen Zeitverzug bedeutet und die Konzeption einer neuen Aufgabenstellung erfordert. Auch eine Wiederholung hätte aber keine sichere Gewähr dafür gegeben, dass es nicht zukünftig wieder zu unvorhersehbaren Erschwernissen gekommen wäre. Daher ist grundsätzlich das Interesse des Auftraggebers anzuerkennen, Auswirkungen externer Störungen auf ein effizientes Vergabeverfahren zu minimieren. Vergaberechtlich ist der Fall einer unverschuldeten Fristversäumung in anderem Zusammenhang, nämlich bei verspäteter Angebotseinreichung, ebenfalls dahin

geregelt, dass die Verfristung dem betroffenen Bieter nicht zum Nachteil gereichen darf, vgl. z.B. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV.

Soweit ein Nachteilsausgleich gewährt wird, muss dieser verhältnismäßig sein und darf den erlittenen Nachteil nicht überkompensieren. Vorliegend entspricht die gewährte Fristverlängerung dem Zeitraum der eingetretenen Störung. Selbst wenn man unterstellt, dass die Vertreter sich auch während des Zeitraums der Störung gedanklich weiter mit der Aufgabenstellung hätten befassen können, ist die Unterbrechung der selbstbestimmten Arbeitsabläufe unbestreitbar eine erhebliche Erschwernis in einer zeitlich begrenzten Prüfungssituation. Es entspricht auch allgemeiner Lebenserfahrung, dass eine solche erzwungene Unterbrechung des Arbeitsflusses durchaus auch noch Nachwirkungen über den Zeitraum einer Störung hinaus haben kann. Hinzu kam vorliegend für die Bg die Notwendigkeit, die Störung gegenüber der Ag zu kommunizieren, die Fristverlängerung zu beantragen, eine Bescheinigung einzuholen und die zumindest zeitweise Unsicherheit, ob eine Fristverlängerung überhaupt gewährt werde.

Vor diesem Hintergrund war die Entscheidung der Ag zur Fristverlängerung verhältnismäßig und vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Hinzu tritt der Umstand, dass das Risiko einer etwaigen graduellen Benachteiligung der weiteren Bieter faktisch auch dadurch reduziert wurde, dass die Bg diese Fristverlängerung nicht einmal ausgeschöpft hat.

- d) Die Wertung der Testaufgabe ist nicht zu beanstanden.

Die Ag verwendet im vorliegenden Verfahren ein Wertungssystem, welches die Lösung von Testaufgaben, die im Kontext einer fiktiven Beratungssituation gestellt werden anhand qualitativer Kriterien in einem fünfstufigen Wertungssystem bewertet. Einem solchen Wertungssystem ist immanent, dass, abhängig von der konkreten Person des Beurteilenden, trotz vergaberechtskonformer Wertungsschritte unterschiedliche Wertungsentscheidungen fallen können, die jeweils für sich genommen als richtig hinzunehmen sind. Der Vergabestelle kommt bei der Bewertung ein Beurteilungsspielraum zu, der von den Nachprüfungsinstanzen nur darauf überprüft werden kann, ob das vorgeschriebene Verfahren eingehalten wurde, von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wurde, keine sachwidrigen Erwägungen für die Entscheidung herangezogen wurden und nicht gegen allgemein gültige Bewertungsansätze verstoßen wurde (OLG Düsseldorf, Beschluss

vom 16. August 2019 – Verg 56/18). Die Vergabenachprüfungsinstanzen überprüfen die Bewertung des Angebotes der Antragstellerin als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere zu dem des Zuschlagspräferenten (BGH, Beschluss vom 4. April 2017 – X ZB 3/17).

Bei Zugrundelegung dieses Maßstabes ist die Wertungsentscheidung, die für die Ag durch die [...] erstellt wurde, nicht zu beanstanden. Die Aufgabenlösungen der ASt wurden in den Arbeitspaketen AP 1 bis AP 6 mit 5 bis 7,5 Punkten bewertet. Dies entspricht einer Abwertung von 1 bis 2 Notenstufen gegenüber der Bestnote (10 Punkte).

Soweit die ASt beanstandet, dass der vorgegebene Kriterienkatalog keinen vorgegebenen Detaillierungs- oder Konkretisierungsgrad enthalte, ist diese Argumentation – ungeachtet der tatsächlich vorliegenden detaillierten Vorgaben – schon im Ansatz ungeeignet einen Beurteilungsfehler nach den Grundsätzen der Rechtsprechung zu belegen. Wie bei einem Konzeptwettbewerb ist es auch bei der vorliegenden, offen formulierten Aufgabenstellung in einer fiktiven Beratungssituation systemimmanent, dass der öffentliche Auftraggeber nicht gezwungen ist, einen Detaillierungs- oder Konkretisierungsgrad vorzugeben, sondern einen offenen Wettbewerb eröffnen darf, in dem die Lösungen anhand der bekannt gegebenen Bewertungskriterien und des formulierten Erwartungshorizonts im Quervergleich ausgewertet werden. Was der Auftraggeber erwarten kann, ergibt sich hierbei nicht allein aus den zur Hilfestellung explizit genannten Kriterien, sondern aus einer Gesamtschau der Vergabeunterlagen mit Blick auf die ausgeschriebene Leistung.

Diesbezüglich macht die ASt nicht geltend, dass die Erwartungen der Ag Ausführungen zu bestimmten Themen zu erhalten, die nicht durch den Gegenstand der Ausschreibung gedeckt seien. Vielmehr erscheint es naheliegend und zumindest beurteilungsfrei vertretbar, wenn im zu bearbeitenden fiktiven Beratungsszenario Stichwörter ausdrücklich genannt werden, hierzu auch zulässigerweise Ausführungen erwartet werden. Dies gilt nicht unter dem Gesichtspunkt, dass zu einzelnen Aspekten überhaupt Ausführungen gemacht werden, sondern auch hinsichtlich der Darstellungstiefe und -konkretheit. In diesem Wertungssystem ist es auch nicht zu beanstanden, wenn allgemeinere Ausführungen mit weniger Details schlechter beurteilt werden als konkretere, detailreichere Erläuterungen.

Dies gilt erst recht, wenn – wie hier – Ausgangspunkt der Aufgabenstellung ein fiktives Beratungsszenario mit typisiertem Rollenspiel-Elementen ist. Es ist nachvollziehbar, dass ein Auftraggeber ein solches Szenario entwirft, um die Bieter zu veranlassen, sich möglichst spezifisch mit dem Sachverhalt und den verschiedenen Rollen auseinanderzusetzen und generische Ausführungen mit weniger konkretem Bezug schlechter bewertet.

Soweit die ASt konkrete weitere Gesichtspunkte der Bewertung bezüglich der einzelnen Arbeitspakete AP 1 bis 6 beanstandet, sind die von der Bg angegebenen Begründungen zur Abwertung nachvollziehbar und im vorliegenden Wertungssystem beurteilungsfehlerfrei vertretbar.

Die Abwertung im AP 1 aufgrund der unbestrittenen Tatsache, dass das von der ASt benannte dritte Praxisbeispiel die Erstellung eines Sicherheitskonzepts und nicht – wie im Beispielszenario – dessen Umsetzung betraf, ist vertretbar und nachvollziehbar. Dass Gegenstand des Beratungsszenario die Umsetzung und nicht die Erstkonzeption eines Sicherheitskonzepts war, ergibt sich ausdrücklich aus dem Sachverhalt der Testaufgabe. Mit der Aufgabenstellung sollte augenscheinlich abgeprüft werden, ob die Bieter in der Lage waren, den vorgegebenen Sachverhalt praxisgerecht zu erfassen. Die Argumentation der ASt, dass sich auch bei der Umsetzung von Sicherheitskonzepten die Notwendigkeit ergeben könne, Konzeptionen teilweise zu überarbeiten oder auf anderen Ebenen Sicherheitskonzepte neu zu erstellen, widerspricht nicht der Feststellung der Ag, dass das Praxisbeispiel nicht dem vorgegebenen Szenario entspricht, und rechtfertigt eine Abwertung. Die Behauptung der ASt, dass eine Stellungnahme zu Priorisierungskriterien nicht gefordert gewesen sei, ist nicht nachvollziehbar. Zum einen wurde dies im Sachverhalt der Testaufgabe ausdrücklich gefordert („Ziel des Workshops solle nun sein, Kriterien für die Priorisierung zu finden, aus denen sich die Umsetzungsreihenfolge finden, aus denen sich die Umsetzungsreihenfolge“) und zum anderen zielt das AP 1 explizit darauf ab, Vorgehensweisen zur optimalen Maßnahmenplanung innerhalb des begrenzten Budgets vorzuschlagen und den entsprechenden Beratungsvorgang zur zu simulieren.

Im AP 2 ist die Abwertung wegen unzureichender Berücksichtigung der im Beratungsszenario genannten verschiedenen stichwortartigen Anforderungen der Workshop-Teilnehmer (z.B. Mindeststandards, Geheim- und Datenschutz)

nachvollziehbar. Die Aufgabenstellung umfasste ausdrücklich, aufzuzeigen, auf welchen Feldern die Argumentation der Teilnehmer „so nicht tragfähig ist“ und es waren die „geltenden Standards und Vorgaben bei Empfehlungen zu berücksichtigen“. Dies erforderte augenscheinlich eine kritische Auseinandersetzung mit der Argumentation der Workshop-Teilnehmer. Wenn die ASt in ihrer Antwort davon ausgeht, dass „denknotwendig [...] alle Anforderungen der Erfüllung der Fachaufgaben dienen“ und sich aus diesen kein Einfluss auf die Maßnahmenpriorisierung ergäbe, weil sich diese in ihrer Verbindlichkeit nicht unterschieden, dann kann die Höchstpunktzahl in dieser Aufgabe schon deshalb nicht beansprucht werden, weil offensichtlich auf die Aufgabenstellung im Beratungsszenario nicht differenzierend eingegangen wurde. Dieses war gerade dadurch geprägt, dass diese Anforderungen grundsätzlich alle im Mindestmaß zu erfüllen waren, aber nicht ausreichend Budget zur Umsetzung aller ursprünglich eingeplanten Maßnahmen zur Verfügung stand. Für die Vertretbarkeit der Abwertung von der Höchstpunktzahl ist es auch unerheblich, ob die einzelnen Aussagen in der Lösung der ASt fachtechnisch korrekt waren, denn korrekte Ausführungen sind gemeinhin zwar eine erforderliche, aber keine hinreichende Bedingung für eine Bestbewertung.

Gleiches gilt im AP 3 und AP4, soweit die ASt geltend macht, die zwei geforderten Maßnahmen ausgewiesen und gegeneinander abgewogen zu haben und eine Abwertung aufgrund nur allgemeiner Beschreibung den vorgegebenen Erwartungshorizont überschreite. Es ist gerade das Wesen der vorgegebenen Aufgabenstellung im Beratungsszenario, dass eine möglichst konkrete Auseinandersetzung gefordert wurde, nach der auch im Rahmen der Bewertung differenziert werden muss. Im AP 3 war zudem ausdrücklich eine vollständige Darstellung der Abhängigkeiten und der nachvollziehbaren Konsequenzen der abzuwägenden Entscheidungen gefordert.

Im AP5 wurde neben der unzureichenden Konkretisierung auch die Verwendung unpräziser Begriffe moniert. Es ist beurteilungsfehlerfrei vertretbar auch hierfür Punktabzüge von der Höchstbewertung vorzunehmen. Gerade von Fachberatern in schriftlichen Ausarbeitungen kann die Verwendung präziser Begriffe erwartet werden, um Missverständnissen vorzubeugen. Selbst wenn man zugunsten der ASt unterstellt, ein fachtechnisch vertretbares Konzept mit einem missverständlichen Begriff dargestellt zu haben, würde dies einen Punktabzug rechtfertigen.

Darüber hinaus ist es vertretbar, einen Punktabzug wegen nicht hinreichend konkretem Bezug auf die Budgetrestriktion und mangels einer konkreten Entscheidung zum Grundschutzzugehen bei der Maßnahmenpriorisierung vorzunehmen. Dieser Bezug und die daraus resultierenden Konsequenzen waren nun gerade der Kernbestandteil des Beratungsszenarios. Zudem wurde im AP 5 explizit gefordert, konkrete Schritte vorzuschlagen und Empfehlungen auszusprechen. Die Nennung des ursprünglichen Budgets ohne weitere konkrete Ausführungen, dass es tatsächlich nicht zur Verfügung stand, lässt es vertretbar erscheinen, diesbezüglich einen Abzug wegen nicht hinreichend konkretem Bezug zur Aufgabenstellung vorzunehmen.

Die Bewertung im AP 6 erscheint plausibel, weil ausdrücklich ein nachvollziehbares und vollständiges Protokoll unter Einbeziehung wesentlicher Probleme und Feststellungen gefordert war. Soweit die ASt behauptet, dass kein Eingehen auf die Rollen gefordert wurde und diese Aspekte im Übrigen den Teilnehmern des Fallbeispiels hinreichend bekannt gewesen seien, vermag dies keinen Beurteilungsfehler oder die Berücksichtigung unzutreffenden Sachverhalts zu belegen. Vielmehr ist die Erwartungshaltung nachvollziehbar, dass die im Beratungsszenario vorgestellten Rollen, Anforderungen und die resultierenden Vorschläge/Empfehlungen sich auch konkret in dem im AP6 zu erstellendem Protokoll widerspiegeln sollten und auf diese Weise eine behördentypische Arbeitsweise (Verfahrensdokumentation) geprüft werden sollte.

Bei der Qualitätsbewertung ist zudem ein maßstabswahrender, konsistenter Quervergleich der von den Bietern eingereichten Lösungen oder Konzepte vorzunehmen. Allerdings ist es nicht zu beanstanden, wenn zunächst eine absolute Bewertung jeder Lösung anhand des festgelegten Wertungssystems erfolgt und in einem zweiten Schritt ein Quervergleich zur Plausibilisierung der gleichmäßigen Anwendung des Wertungssystems erfolgt. Die Ag vorgetragen, dass sie diesen Quervergleich noch einmal wiederholt hat.

Insbesondere im Abgleich mit der Aufgabenlösung der Bg und deren Bewertung konnte sich die Vergabekammer davon überzeugen, dass das Konzept der Bg in den betreffenden Kriterien in qualitativer Hinsicht für die Vergabekammer durchaus nachvollziehbar besser als das Konzept der ASt bewertet wurde; Beurteilungsfehler der Ag sind insoweit nicht feststellbar. In diesem Quervergleich zeigt sich, dass die Ag sachlich begründet zwischen den Angeboten differenziert und dabei einen einheitlichen

Wertungsmaßstab angewandt hat. Die insofern vorgenommene Differenzierung bewegt sich innerhalb des Beurteilungsspielraums, der der Ag zusteht.

- e) Der ASt steht kein Recht auf weitergehende Akteneinsicht zu.

Nach ständiger Rechtsprechung des Senats hat der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion. Die Beschleunigungsbedürftigkeit von Vergabenaachprüfungsverfahren steht einem gänzlich voraussetzungslosen Akteneinsichtsanspruch aus § 165 Abs. 1 GWB entgegen. Ein Anspruch auf Akteneinsicht setzt vielmehr über den Wortlaut von § 165 Abs. 1 GWB hinaus einen das Akteneinsichtsgesuch begründenden beachtlichen und entscheidungserheblichen Sachvortrag voraus (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. März 2021 – Verg 9/21; Beschluss vom 9. Januar 2020 – VII-Verg 10/18 m.w.N.). Ferner steht einem Verfahrensbeteiligten zwecks Wahrung von Geschäftsgeheimnissen des Konkurrenten kein Anspruch zu auf Einsicht in die auftraggeberseitig vorgenommene Bewertung von dessen Konzepten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. April 2022 – Verg 25/21).

Soweit der ASt Einblick in die Dokumentation im Zusammenhang mit der Bombenbedrohung bei der Bg und der internen Fertigstellung und Endredaktion der Testaufgabe begehrte, wurde diesem Begehren durch die Vorlage weiterer Dokumente entsprochen.

Soweit weitergehend Einsicht in die Aufgabenlösung der Bg und deren Bewertung begehrt wird, steht diesem nicht nur das Geheimhaltungsinteresse der Bg zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse im Konzeptwettbewerb entgegen.

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die ASt aufgrund der Bewertung ihrer Aufgabenlösung insgesamt im vorliegenden Wettbewerb nur auf dem dritten Rang und damit auch nachrangig zur qualitativen Bewertung eines weiteren Bieters geführt wird.

Ein Anspruch auf Einsichtnahme in die Aufgabenlösung und die Bewertung der Bg ist daher von vorneherein allenfalls zur Überprüfung der gleichmäßigen Anwendung des Wertungssystems im Quervergleichs relevant. Eine Zuschlagschance würde sich nur dann für die ASt ergeben, wenn deren Aufgabenlösung unabhängig von der Wertung der Bg insgesamt besser im Vergleich zu mehreren Bietern bewertet werden müsste, so dass eine Erstplatzierung im Gesamtwettbewerb erreichbar wäre. In einer solchen

Sachverhaltskonstellation, in der es entscheidungserheblich nicht auf die Bewertung eines Konkurrenten, sondern im Grunde auf eine umfängliche Überprüfung der Wertungspraxis im Quervergleich insgesamt ankommt, müssten schon erhebliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass tatsächlich Inkonsistenzen im Wertungsprozess zum Nachteil der ASt bestehen, denn nur dann könnte das Informationsinteresse der ASt gegenüber den Geheimhaltungsinteressen der übrigen Bieter überwiegen.

Zu solchen Anhaltspunkten wurde hier allerdings nichts konkret vorgetragen. Solche Anhaltspunkte sind auch für die Vergabekammer nach Überprüfung der Bewertung der Aufgabenlösung weder in absoluter Hinsicht noch in relativ quervergleichender Hinsicht ersichtlich. Daher muss das Informationsinteresse der ASt an der Offenlegung der Angebotsbestandteile der konkurrierenden Bieter und deren Bewertungen vorliegend zurücktreten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB.

Die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag sind der ASt aufzuerlegen, da sie im Verfahren unterliegt. Die Bg hat ihre Aufwendungen selbst zu tragen, da sie sich außer durch Teilnahme an der mündlichen Verhandlung nicht aktiv am Verfahren beteiligt hat, insbesondere nicht schriftsätzlich vorgetragen, keine Anträge gestellt und kein Kostenrisiko übernommen hat.

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 beigefügt 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.

Dr. Herlemann

Brune