

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Antragsgegner und Vergabestelle -

weitere Beteiligte: [REDACTED]

- Beigeladene -

wegen: Beauftragung von Sachverständigengutachten

hat die 2. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch die Vorsitzende Regierungsdirektorin Roth, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Langsdorf und die ehrenamtliche Beisitzerin Technische Oberamtsrätin Denz- Kinzel aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 8. November 2019 am selben Tag beschlossen:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu erteilen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, die der Antragsgegner zu tragen hat. Der Antragsgegner ist von der Zahlung der Gebühren befreit.
3. Der Antragsgegner hat der Antragstellerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Der Antragsgegner schrieb mit europaweiter Bekanntmachung vom 8. Mai 2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Ausschreibungsnummer [REDACTED] den Abschluss von Rahmenvereinbarungen zur Beauftragung von Sachverständigengutachten in drei Teillosten für zwei Jahre mit der Option zur einmaligen Verlängerung um weitere zwei Jahre im offenen Verfahren aus. Einziges Zuschlagskriterium für die jeweiligen Teilloste ist der Preis. Ausweislich der Auftragsbekanntmachung unter Ziffer I.3) sind Angebote oder Teilnahmeanträge elektronisch via <https://vergabe.hessen.de>, der Vergabeplattform des Landes Hessen einzureichen.

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (Formblatt 631 EU) setzte der Antragsgegner unter Ziffer 7 hinsichtlich der Angebotsabgabe ein Kreuz bei „elektronisch in Textform“ und ein Kreuz bei „elektronisch mit fortgeschrittener Signatur“. Des Weiteren gab er unter Ziffer 8 dieses Formblattes seine Postanschrift für den Fall der schriftlichen Angebotsabgabe und die erforderlichen Kennzeichnungen des Briefumschlages an. Ziffer 1.4 der Leistungsbeschreibung sieht vor, dass Angebote digital einzureichen sind und enthält Hinweise, anhand derer sich die Bieter über die digitale Angebotsabgabe informieren können. Der Leistungsbeschreibung ist eine Anlage der Hessischen Zentrale für Datenverarbeitung beigelegt, die Informationen zur elektronischen Vergabe enthält. Danach werden die Angebote verschlüsselt und können mit einer qualifizierten oder einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur rechtsverbindlich nach dem Signaturgesetz signiert werden. Die verschlüsselten Angebote können vom Antragsgegner erst mit Ablauf der Angebotsfrist „abgeholt“ und „geöffnet“ werden.

Der Antragsgegner geht von einer geschätzten Gesamtmenge von 472 Fällen für die drei Teilloste aus (Ziffer 2.2 der Leistungsbeschreibung). Unter Ziffer 2.6 der Leistungsbeschreibung formulierte der Antragsgegner besondere Anforderungen bei Unfällen, bei denen der Auftragnehmer verpflichtet ist, bestimmte Leistungen zu erbringen, die der Antragsgegner unter dieser Ziffer formuliert hat. Frist zur Angebotsabgabe war der 2. Juli 2019, 11:00 Uhr.

Mit E-Mail vom 11. Juni 2019 reichte die Antragstellerin unverschlüsselte Angebotsunterlagen bei dem Antragsgegner ein, verbunden mit dem Zusatz, sofern es möglich sei, sich nur für eine Losnummer zu „bewerben“, wäre das bei ihr der Landkreis [REDACTED] - [REDACTED]. Ansonsten würde sie auch die beiden anderen Landkreise bedienen können. Mit E-Mail vom 12. Juni 2019 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, Angebote seien gemäß Ziffer 1.4 der Leistungsbeschreibung digital einzureichen und verwies nochmals auf die Anlage, die der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der elektronischen Vergabe beigefügt war. Der Antragsgegner bat die Antragstellerin ihr Angebot bis zur Angebotsfrist digital einzureichen und wies darauf hin, es sei auch möglich nur für ein Los ein Angebot einzureichen. Die E-Mail werde der Antragsgegner als gegenstandslos ansehen und nicht berücksichtigen.

Am 17. Juni 2019 gab die Antragstellerin fristgerecht ein elektronisches Angebot für das Teillos 2 ab. Mit Vorabinformationsschreiben nach § 134 GWB vom 16. September 2019 (Blatt 331 der Vergabeakte) teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, ihr unverschlüsseltes Angebot vom 11. Juni 2019 sowie das über das Bietercockpit eingegangene Angebot vom 17. Juni 2019 seien zwingend auszuschließen, da diese nicht formgerecht eingegangen seien. Das erste Angebot sei gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zwingend auszuschließen, da dieses nicht verschlüsselt eingegangen sei. Das zweite, über die Vergabeplattform eingereichte Angebot werde durch dieses erste unverschlüsselte Angebot „infiiziert“, sodass es ebenfalls zwingend auszuschließen sei.

Mit anwaltlichen Schreiben vom 24. September 2019 rügte die Antragstellerin die Rechtswidrigkeit des Angebotsausschlusses, denn es habe keinen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb oder die Datenintegrität und Datensicherheit durch die Einreichung des Angebotes am 11. Juni 2019 gegeben. Darüber hinaus sei die Leistungsbeschreibung unter Ziffer 2.1 der Vergabeunterlagen insofern unzureichend, weil nicht beschrieben werde, in welchem Maße, in welcher Häufigkeit und in welchem Umfang die dort aufgeführten Leistungen tatsächlich anfielen. Des Weiteren sei die Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote auf der Grundlage allein des Preises als Wertungskriterium nicht zulässig. Dies ergebe sich aus § 17 Abs. 1 HVTG. Auch fehle es an einer Differenzierung bezüglich des Preises. Ein weiterer Verstoß gegen das Vergaberecht bestehe auch darin, dass keine Obergrenze für die maximal mögliche Anzahl an Einzelaufträgen angegeben werde. Dies sei nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zwingend erforderlich. Für die Abhilfe diese Rügen setzte die Antragstellerin eine Frist bis zum 25. September 2019, 10:00 Uhr. Mit E-Mail vom selben Tag teilte der Antragsgegner mit, die gesetzte Frist nicht einhalten zu können. Er könne jedoch bestätigen, dass kein Zuschlag vor der Rügeerwidderung erteilt werden würde. Dies bekräftigte der Antragsgegner nochmals mit einer E-Mail vom selben Tag gegenüber der Antragstellerin.

Mit Schriftsatz vom 25. September 2019 beantragte die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie bezieht sich im Wesentlichen auf ihr Rügeschreiben vom 24. September 2019, auf welches Bezug genommen wird (Anlage 6 des Nachprüfungsantrages vom 24. September 2019). Mit Schreiben vom 4. Oktober 2019 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, den Rügen nicht abzuhelpfen.

Die Antragstellerin hält nur noch die Rüge hinsichtlich der Rechtswidrigkeit des Ausschlusses, nicht jedoch an den übrigen von ihr erhobenen Rügen fest. Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin zu erteilen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Der Antragsgegner beantragt,

den Nachprüfungsantrag abzulehnen.

Er ist unter anderem der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB unzulässig, weil die Antragstellerin die vermeintlichen Vergaberechtverstöße im Hinblick auf eine unzureichende Leistungsbeschreibung, dem Preis als einziges Wertungskriterium bzw. eine fehlende Differenzierung bezüglich des Preises und die fehlende Angabe einer Obergrenze für die zu vergebenden Einzelaufträge bis spätestens zur Angebotsabgabe hätte rügen müssen. Im Übrigen sei der Ausschluss des zweiten Angebotes vergaberechtskonform, denn gemäß § 5 Abs. 2 VgV müsse der öffentliche Auftraggeber bei der gesamten Kommunikation sowie beim Austausch und der Speicherung von Informationen die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Angebote einschließlich ihrer Anlagen gewährleisten.

Das zweite Angebot der Antragstellerin leide wegen der unverschlüsselten Einreichung des ersten Angebotes am 11. Juni 2019 an dem unheilbaren Mangel des Verstoßes gegen die vorgeschriebene Datensicherheit und sei daher ebenso wie das erste Angebot zwingend auszuschließen.

Die Beigeladene stellt keine Anträge.

Die mündliche Verhandlung hat am 8. November 2019 stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Schriftsätze der Beteiligten nebst Anlagen, den Inhalt der vor der Vergabekammer entstandenen Verfahrensakte sowie die von dem Antragsgegner vorgelegte Vergabeakte (Blatt 1 bis 422) Bezug genommen, die zum Gegenstand der Entscheidungsfindung gemacht worden sind.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (dazu A.) und begründet (dazu B.).

- A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet (dazu I.). Die Antragstellerin ist antragsbefugt (dazu II.). Sie hat den von ihr - nunmehr noch - geltend gemachten Verstoße gegen Vorschriften des Vergaberechtes rechtzeitig gerügt (dazu III.).

- I. Der Rechtsweg zu den Vergabekammern und -senaten ist eröffnet.
 1. Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl I S. 1750, berichtigt S. 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2018 (BGBl I, S. 1151), ist eröffnet, weil die hier verfahrensgegenständliche europaweite Ausschreibung nach dem 18. April 2016 erfolgte, § 186 Abs. 2 GWB.
 2. Bei der streitgegenständlichen Vereinbarung handelt es sich um eine Rahmenvereinbarung nach § 103 Abs. 5 GWB.
 3. Der maßgebliche Schwellenwert gemäß §§ 103 Abs. 5 Satz 2, 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB in Verbindung mit Art. 4 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU, der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2017/2364 der Kommission vom 18. Dezember 2017 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren geändert wurde, von 221.000,- € ist ausweislich der Auftragswertschätzung durch den Antragsgegner (Blatt 6 bis 8 der Vergabeakte) überschritten, da der geschätzte Auftragswert der gesamten Rahmenvereinbarung oberhalb des vorgenannten EU-Schwellenwertes liegt.
 - II. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt, denn sie hat ihr Interesse an dem verfahrensgegenständlichen Auftrag durch Abgabe eines Angebotes gezeigt, § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB. Nach ihrem schlüssigen Vortrag ist es auch nicht von vorneherein ausgeschlossen, dass sie durch die mögliche Nichteinhaltung von Vorschriften des Vergaberechtes in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und ihr dadurch ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB. Sollte der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin vergaberechtswidrig sein, so hätte sie im Hinblick auf das Zuschlagskriterium „Preis“ Chancen auf Erteilung des Zuschlages.
 - III. Die Antragstellerin hat den von ihr geltend gemachten rechtswidrigen Ausschluss des Angebotes rechtzeitig gegenüber dem Antragsgegner nach Erhalt des Vorabinformationsschreibens nach § 134 GWB innerhalb von 10 Kalendertagen gerügt, § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die Antragstellerin war auch nicht gehalten, eine Frist zwischen Rüge und Stellung ihres Nachprüfungsantrages einzuhalten, da eine solche Frist in § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB nicht formuliert ist.
- B. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt. Das digital eingereichte Angebot der Antragstellerin vom 17. Juni 2019 ist nicht gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zwingend auszuschließen, denn es ist frist- und formgerecht eingegangen und entspricht den Anforderungen des § 53 VgV. Das am 11. Juni 2019 per E-Mail eingereichte, unverschlüsselte Angebot der Antragstellerin „infiziert“ nicht das am 17. Juni 2019 über die Vergabeplattform eingereichte digitale und verschlüsselte Angebot der Antragstellerin.

- I. Es ist bereits fraglich, ob nach der Vergabeverordnung überhaupt eine Verpflichtung zur Verschlüsselung von Angeboten, Teilnahmeanträgen, etc. durch die Bewerber oder Bieter besteht (dazu 1.). Dies kann letztlich jedoch offenbleiben, da jedenfalls kein normierter Ausschlussgrund besteht (dazu 2.).
 1. Die Vergabeverordnung dürfte bereits kein ausdrückliches Gebot zur Verschlüsselung von Angeboten durch die Bieter enthalten.
 - a) § 53 Abs. 1 bis 4 VgV sieht neben der grundsätzlichen Pflicht zur elektronischen Übermittlung (elektronisches Mittel und Textform nach § 126b BGB), dem Absehen von der elektronischen Übermittlung, der Verwendung elektronischer Signaturen und den Ausnahmen der elektronischen Übermittlung wegen besonders schutzwürdiger Daten bei elektronisch zu übermittelnden Angeboten kein zusätzliches Erfordernis einer von Bietern vorzunehmenden zwingenden Verschlüsselung der Angebote vor. Die Verschlüsselung dient dem Geheimwettbewerb und lässt sich – auch im Geltungsbereich der Vergabeverordnung – allenfalls als Bestandteil des Wettbewerbsgrundsatzes aus § 97 Abs. 1 GWB ableiten.
 - b) Demgegenüber sehen die Regelungen bei der Beschaffung von Bauleistungen ausdrücklich eine Pflicht zur Verschlüsselung vor, § 13 EU Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 VOB/A. Entsprechen Angebote diesem Erfordernis nicht, so sind sie gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A zwingend auszuschließen, weil diese Norm ausdrücklich auf § 13 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A Bezug nimmt.
 - c) Anders als im 2. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen hat der Ordnungsgeber in der Vergabeverordnung eine solche Verpflichtung der Bieter zur Verschlüsselung bei elektronischer Übermittlung von Angeboten nicht formuliert. Lediglich aus dem Zusammenspiel der sich ergänzenden §§ 11 Abs. 2, 10 Abs. 1 VgV mit § 54 Satz 1 VgV, wonach elektronisch übermittelte Interessenbekundungen, Interessenbestätigungen, Teilnahmeanträge und Angebote auf geeignete Weise vom öffentlichen Auftraggeber zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern sind, könnte gegebenenfalls die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber – nicht der Bewerber und Bieter – entnommen werden, stets eine Verschlüsselung bei Ausschreibungen vorzunehmen (so Wanderwitz in: Beck'scher Vergaberechtkommentar, § 11 VgV RdNr. 34). Gegen diese Auffassung spricht jedoch der eindeutige Wortlaut des § 54 VgV, der sich ausschließlich an den Auftraggeber wendet und ihm die Verpflichtung auferlegt, elektronisch übermittelte Angebote verschlüsselt zu speichern. § 10 Abs. 1 Satz 1 VgV räumt dem öffentlichen Auftraggeber zudem die Möglichkeit ein, das erforderliche Sicherheitsniveau für die elektronischen Mittel selbst festzulegen. Eine Verpflichtung der Bieter, ihre Angebote immer verschlüsselt einzureichen, folgt daraus nicht.

- d) Im Übrigen ergibt sich auch aus der Formulierung von § 11 Abs. 3 Nr. 3 VgV („verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren“), dass eine Verschlüsselung von Angeboten keinesfalls eine obligatorische Forderung des öffentlichen Auftraggebers ist, denn dann hätte es heißen müssen „die zu verwendenden Verschlüsselungsverfahren“.
- e) Auch aus der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG ergibt sich keinerlei Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber, von den Bietern immer eine Verschlüsselung der Angebote bei elektronischer Übermittlung zu fordern. Der Richtlinie ist auch nicht zu entnehmen, dass umgekehrt eine solche Verpflichtung für die Bieter besteht.
2. Darauf kommt es jedoch - mangels ausdrücklich normierten Ausschlussgrundes - nicht an. Vorliegend hat der Antragsgegner, wenn auch nicht in aller Deutlichkeit, zwar die Verschlüsselung gefordert bzw. ist eine solche auf der Vergabepattform obligatorisch vorgesehen, aber § 57 VgV nimmt eben nicht auf § 54 VgV Bezug. Auch in § 53 VgV findet § 54 VgV keinerlei Erwähnung. Selbst § 10 VgV, der in § 53 Abs. 1 VgV Erwähnung findet, hilft insoweit nicht weiter, denn § 10 Abs. 1 VgV richtet sich zunächst nur an den Auftraggeber und formuliert die zwingend erforderlichen Anforderungen, die an die vom öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung gestellten elektronischen Mittel erfüllt sein müssen.
- II. Auch eine Rechtsanalogie, beispielsweise zu den §§ 16 EU Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A kommt nicht in Betracht. § 57 VgV regelt die Ausschlussgründe von Angeboten abschließend. Es dürfte daher bereits an einer Regelungslücke fehlen. Entgegen der missverständlichen Formulierung „insbesondere“ ist diese Vorschrift nicht so zu verstehen, dass die öffentlichen Auftraggeber frei darin sind, weitere, nicht in § 57 VgV normierte Ausschlussgründe eigenständig festzulegen. Der Ausschluss eines Angebotes gehört mit zu den schärfsten Sanktionen im Vergaberecht und bedarf selbstverständlich einer rechtlichen Grundlage. Daher sind nach ganz überwiegender Auffassung der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur die Bezugspunkte des Wortes „insbesondere“ zum einen die Eignungskriterien und zum anderen die Erfordernisse des § 53 VgV. Die Verstöße gegen die Eignungskriterien und die Erfordernisse des § 53 VgV sind in § 57 nicht abschließend, sondern eben nur beispielhaft aufgelistet. Daher ist im Anwendungsbereich der Vergabeverordnung der Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 17. März 2017 - 15 Verg 2/17 - juris, RdNr. 55 -, der einen Fall im Anwendungsbereich des 2. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen behandelte, nicht anwendbar.

- C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.
- I. Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Da der Antragsgegner unterlegen ist, hat er die Kosten zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB.
- Der Antragsgegner ist gemäß § 182 Abs. 1 Satz 2 GWB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 Nr.1 Verwaltungskostengesetz (VwKostG) von der Zahlung der Gebühr befreit.
- II. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes sowie dem mit dem Nachprüfungsverfahren verbundenen Verwaltungsaufwand, § 182 Abs. 2 GWB. Diese bestimmt sich nach dem Bruttoangebotswert des Angebotes der Antragstellerin. Dabei hat die Vergabekammer berücksichtigt, dass es der Vergabestelle gestattet ist, den Vertrag über den fest vorgesehenen Zeitraum um einmal zwei Jahre zu verlängern. Diese Option wird bei der Berechnung des Auftragswertes nur zur Hälfte berücksichtigt (BGH, Beschluss vom 18. März 2014 - X ZP 12/13 - juris). Unter Anwendung der von den Vergabekammern des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer zugrunde gelegt wird, ergibt sich eine Gebühr von ████████ €.
- III. Der Antragsgegner hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen, da er im Verfahren unterlegen ist, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird angesichts des Sachverhaltes und den damit verbundenen schwierigen Rechtsfragen für notwendig erklärt.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

**Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat - Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main**

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der 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 Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Roth
Vorsitzende

Denz-Kinzel
Ehrenamtliche Beisitzerin

Markus Langsdorf
Hauptamtlicher Beisitzer