

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main durch die Richterin am Oberlandesgericht Dr. Mockel als Vorsitzende und die Richterinnen am Oberlandesgericht Wehn-Sälzer und Dr. Fehns-Böer am 18.2.2020 beschlossen:

Die sofortige Beschwerde des Antragsgegners gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer Hessen vom 8.11.2019, Az. 69d – VK2-30/2019, wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt der Antragsgegner.

Der Wert des Beschwerdeverfahrens wird auf [REDACTED] € festgesetzt (§ 50 Abs. 2 GKG).

GRÜNDE:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb europaweit den Abschluss von Rahmenvereinbarungen zur Beauftragung von Sachverständigen zur Erstellung von Gutachten für das Polizeipräsidium in [REDACTED] 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 Teillose war der Preis. Die Auftragsbekanntmachung enthält unter Ziff. I.3. (Bl. 422) den Hinweis: „Angebote oder Teilnahmeanträge sind elektronisch einzureichen via: [https:// vergabe.hessen.de](https://vergabe.hessen.de)“.

Nach Z. 1.4 der Leistungsbeschreibung (Bl. 20) sind Angebote „digital“ einzureichen. Weiter heißt es dort „Informationen zur digitalen Angebotsabgabe sind der beigefügten Kurzanleitung zu entnehmen (siehe Anlage 10). Ausführliche Informationen zur digitalen Angebotsabgabe sowie zu Systemvoraussetzungen sind auf der Startseite der Vergabepattform (www.vergabe.hessen.de) unter „wie kann ich ein Angebot abgeben...“ zu finden.“ Schließlich heißt es, dass das Angebotsschreiben elektronisch in Textform zu zeichnen ist.

Gemäß Ziff. 1.10 der Leistungsbeschreibung werden Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingehen, ausgeschlossen (Bl. 21). Der Bieter trägt gemäß Ziff. 1.10 Abs.

2 S. 2 der Leistungsbeschreibung die Darlegungs- und Beweislast unter anderem für die Ordnungsgemäßheit des Angebots.

Die Antragstellerin reichte zunächst mit E-Mail vom 11.06.2019 ein unverschlüsseltes Angebot ein (Bl. 93 VKA, Anlage ASt 2). Die E-Mail enthielt das Anschreiben; das Angebot selbst war als Anlage der E-Mail beigefügt. Sie wurde mit Mail vom 12.06.2019 darauf hingewiesen, dass Angebote „digital“ einzureichen seien (Bl. 94 VKA, Anlage ASt 3). Die E-Mail würde für dieses Verfahren als gegenstandslos angesehen und finde keine Berücksichtigung. Anschließend reichte die Antragstellerin am 17.06.2019 über das „AI Bietercockpit“ ein Angebot für das Teillos 2 ein (Bl. 95 VKA, Anlage ASt 4). Unter dem 16.09.2019 wurde sie darüber informiert, dass das Angebot vom 11.06.2019 mangels Einhaltung der Formvorschriften auszuschließen sei und auch das Angebot vom 17.06.2019 auszuschließen sei, da es von dem unverschlüsselten Angebot „infiziert“ werde (Bl. 96, 97 VKA, Anlage ASt 5).

Dies rügte die Antragstellerin unter dem 24.09.2019 (Bl. 98 VKA, Anlage St 6). Am 25.9.2019 leitete sie ein **Nachprüfungsverfahren** ein. Der Antragsgegner sollte verpflichtet werden, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung auch ihres Angebots zu erteilen. Zur Begründung wandte sie sich insbesondere gegen den Ausschluss ihres Angebots: Keiner der Ausschlussgründe des § 57 Abs. 1 Z. 1 VgV lägen vor. Ausweislich der Leistungsbeschreibung sollte das Angebot lediglich „digital“ eingereicht werden. Nähere Anforderungen seien nicht aufgestellt worden. Was unter „digital“ zu verstehen gewesen sei, sei nicht näher ausgeführt worden. Eine E-Mail sei eine derartige digitale Form. Dem stehe auch nicht die Kurzanleitung gemäß Anl. 10 entgegen. Bei dieser handele es sich nicht um eine verbindliche Vorgabe. Zudem seien der Anleitung lediglich Hinweise zu entnehmen. Dass die Einreichung ausschließlich über die HAD-Plattform zulässig sein solle, ergebe sich gerade nicht aus ihr.

Darüber hinaus ergebe sich aus den Angebotsunterlagen, dass auch eine Einreichung in Textform zulässig gewesen sei. Dies folge ua. aus dem Formblatt 631 EU. Zumindest lägen missverständliche Regelungen vor.

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe (Beschluss vom 07.03.2000 – 15 Verg 2/17) sei nicht übertragbar. Es komme auf die Einzelfallumstände an. Hier sei es jedenfalls nicht zu einer vorfristigen Öffnung des Angebots gekommen. Wäre es dazu gekommen,

wäre dies pflichtwidrig gewesen. Darüber hinaus habe sich der Antragsgegner selbst verpflichtet, indem er sie zur Abgabe in digitaler Form aufgefordert habe.

Jedenfalls sei eine Zuschlagserteilung wegen weiterer erheblicher Vergaberechtsverstöße nicht möglich. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer erklärte die Antragstellerin, dass sie diese weiteren Rügen nicht aufrechterhalte und nur die Rüge des vergabewidrigen Ausschlusses ihres Angebots weiterverfolge.

Die **Vergabekammer** hat dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und zur Begründung wie folgt ausgeführt: Der Ausschluss sei rechtzeitig innerhalb der Frist des § 134 GWB gerügt worden. Der Antrag sei begründet. Das digital eingereichte Angebot vom 17.06.2019 sei nicht zwingend auszuschließen, da es form- und fristgerecht eingegangen sei gemäß § 53 VgV. Ob der VgV überhaupt ein ausdrückliches Gebot zur Verschlüsselung von Angeboten zu entnehmen sei, sei bereits fraglich. Die Verschlüsselung diene allerdings dem Geheimwettbewerb und lasse sich damit als Bestandteil des Wettbewerbsgrundsatzes aus § 97 Abs. 1 GWB ableiten. In der VOB/A-EU seien insoweit ausdrücklich Regelungen zur Verschlüsselung enthalten. Eine solche Entsprechung gebe es in der VgV jedoch nicht. Allenfalls könnte aus §§ 11 Abs. 2, 10 Abs. 1 VgV i.V.m. § 54 VgV eine derartige Verpflichtung gefolgert werden. Dagegen spreche allerdings der eindeutige Wortlaut des § 54 VgV, der allein den Auftraggeber verpflichte, die Angebote verschlüsselt abzuspeichern.

Jedenfalls aber könne auf eine fehlende Verschlüsselung kein Ausschluss gestützt werden. Die Ausschlussgründe bezögen sich nicht darauf. Insbesondere erwähne § 57 VgV nicht § 54 VgV. Eine Analogie zu den Vorschriften in §§ 16 Nr. 2, 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A EU komme nicht in Betracht. Es fehle insoweit bereits an einer Regelungslücke.

Hiergegen richtet sich die **Beschwerde des Antragsgegners**. Das Angebot sei von der Wertung auszuschließen gewesen gemäß §§ 57, 53, 10 VgV. Das zunächst unverschlüsselt eingereichte Angebot unter dem 11.6.2019 infiziere das verschlüsselt eingereichte Angebot vom 17.6.2019. Die Antragstellerin habe die zwingend vorgegebene Form erst bei der 2. Angebotsübersendung beachtet.

Es greife der Ausschlussgrund des § 57 Abs. 1 1. Hs. VgV, da das Angebot den Formerfordernissen des 53 VgV nicht entsprochen habe. Die elektronischen Mittel sollten

sicherstellen, dass kein vorzeitiger Zugriff auf den Angebotsinhalt möglich sei. Die Bieter hätten die Anforderungen des § 10 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VgV zu berücksichtigen. Die Wahrung der Anforderungen des § 10 VgV sei auch unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter zu fordern. Bereits die Möglichkeit der Kenntnisnahme der empfangenen Daten müsse deshalb zum Ausschluss des Angebots führen. Andernfalls wäre die Vorgabe, dass der öffentliche Auftraggeber vom Inhalt des Angebots erst nach Ablauf der Frist Kenntnis nehmen dürfe, nicht mehr zu gewährleisten. § 10 VgV sei auch bieterschützend.

Der Antragstellerin sei der Verstoß gegen die Formvorschrift auch vorwerfbar. In den Vergabeunterlagen sei klar, eindeutig und verständlich bestimmt worden, dass Angebote ausschließlich elektronisch über die Vergabeplattform einzureichen seien. Soweit § 13 EU VOB/A ausdrücklich eine Verpflichtung zur Verschlüsselung enthalte, seien diese Anforderungen auch in § 54 VgV enthalten.

Der Ausschluss sei schließlich auch verhältnismäßig.

Der Antragsgegner **beantragt**,

den Beschluss der 2. Vergabekammer des Landes Hessen vom 08.11.2019 aufzuheben und den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der jeweiligen notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und Beschwerdeführers der Antragstellerin aufzuerlegen,

die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner und Beschwerdeführer für notwendig zu erklären.

Die **Antragstellerin** beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigt den Beschluss der Vergabekammer. Das Angebot vom 17.6.2019 sei unstreitig formgerecht eingereicht worden; ein Ausschlussgrund nach § 57 VgV liege

demnach nicht vor. Es gebe auch keinen sonstigen Ausschlussgrund. Die Ausschlussgründe seien in § 57 Abs. 1 VgV abschließend aufgeführt. Eine Erweiterung wäre unzulässig. Außerhalb von § 57 VgV gebe es keine weiteren Ausschlussgründe. Insbesondere enthalte § 15 Abs. 5 VgV keinen Ausschlussgrund.

Da keiner der Ausschlussgründe des § 57 Abs. 1 Nr. 1-6 VgV erfüllt sei, komme ein Ausschluss nicht in Betracht. Hilfsweise könne der Ausschluss auch nicht auf einen etwaigen Verstoß gegen § 53 VgV gestützt werden. Das Angebot vom 17.6.2019 erfülle unstreitig die Voraussetzung des § 10 VgV und damit auch die des § 53 VgV. Das Angebot vom 17.6.2019 sei insoweit auch isoliert von dem per einfacher E-Mail eingereichten Angebot vom 11.6.2019 zu betrachten. Da die Abgabe mehrerer Angebote grundsätzlich zulässig sei, seien diese auch jeweils für sich zu betrachten. Ein Rückschluss von einem Angebot auf das andere sei unzulässig. Dies gelte insbesondere, wenn die Vergabestelle - wie hier - keinerlei Kenntnis von dem Inhalt eines der beiden Angebote hat. Das am 11.6.2019 eingereichte Angebote sei zu keinem Zeitpunkt geöffnet worden. Der Antragsgegner habe keine Kenntnis gehabt, ob die Angebote inhaltlich überhaupt identisch seien. Selbst bei Annahme der Identität läge kein Fall des § 53 VgV vor. Zurecht habe die Vergabekammer festgestellt, dass § 10 VgV keine Verpflichtung für die Bieter enthalte, ihre Angebote verschlüsselt einzureichen. § 10 regle lediglich Pflichten der Auftraggeber. Da die Normen der §§ 57, 54, 10 VgV keine Verpflichtung zur Verschlüsselung enthielten, könne ein Ausschluss hierauf auch nicht gestützt werden. Gleiches gelte für §§ 11 und 54 VgV. Zudem gebe es obergerichtliche Rechtsprechung, wonach auch unverschlossen eingereichte Angebote nicht per se auszuschließen seien, sofern nachträgliche Manipulationen ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden können. So liege es hier. Der Antragsgegner habe nach seinem eigenen Vortrag das Angebot vom 11.6.2019 nicht geöffnet.

Im Übrigen habe es keine wirksame Vorgabe gegeben, in welcher Form die Angebote einzureichen seien. Es sei lediglich die „digitale“ Einreichung vorgegeben worden. Dem genüge auch eine E-Mail. Die Kurzanleitung in den Ausschreibungsunterlagen sei nicht verbindlich. Die Regelungen zu den Modalitäten der Angebotseinreichung seien in den Ausschreibungsunterlagen zudem unzureichend und unmissverständlich geregelt worden.

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe sei gerade nicht übertragbar, da sie sich auf einen der VOB/A EU unterfallenden Fall beziehe. Schließlich wäre ein Ausschluss auch unverhältnismäßig. Der behauptete Verstoß sei durch Widersprüchlichkeiten und Unklarheiten in den Ausschreibungsunterlagen verursacht worden, die der Antragsgegner zu vertreten habe.

II.

Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß § 172 GWB form- und fristgerecht eingelegt worden. In der Sache hat sie keinen Erfolg. Die Vergabekammer hat den Antragsgegner zu Recht verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschließen, sondern in der Wertung zu belassen.

1.

Das Angebot vom 17.06.2019 ist form- und fristgerecht eingereicht worden. Ein Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 53 VgV liegt nicht vor.

Das Angebot wurde formgerecht und insbesondere verschlüsselt abgegeben. Ob die Frage der Verschlüsselung unmittelbar zu den Formerfordernissen im Sinne von § 53 i.V.m. 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zählt, bedarf hier keiner Klärung. Viel spricht allerdings dafür, die in § 53 Abs. 2-4 VgV näher aufgeführten Vorgaben zur Übermittlung von Angeboten unter den Begriff der „Form“ zu fassen (Soudry in: Müller-Wrede, VgV, § 57 Rn. 40; Herrmann in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2018, § 53 Rn. 7; Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 02.04.2019 – Z3-3-3194-1-43-11/18 Rn. 130). Sollten sie nicht dazu zählen, würde der „insbesondere“ Zusatz in § 57 Abs. 1 VgV aber jedenfalls eine Ausdehnung auf einen Übermittlungsfehler infolge fehlender Verschlüsselung zulassen. Ein Fehler liegt insoweit jedoch nicht vor: Das Angebot ist am 17.6.2019 sowohl fristgerecht als auch im Rahmen der geforderten Übermittlungsvoraussetzungen bei dem Antragsgegner eingegangen.

Die Antragstellerin hatte insbesondere den Anforderungen nach Ziff. 1.3 der Auftragsbekanntmachung genüge getan. Demnach waren „Angebote oder Teilnahmeanträge ...elektronisch einzureichen via: [https:// vergabe.hessen.de](https://vergabe.hessen.de)“. Die Nutzung der Platt-

form bedingt, dass das Angebot verschlüsselt über das AI Bietercockpit eingeht. Gemäß den Hinweisen zur E-Vergabe (Bl. 198) ist das AI Bietercockpit eine kostenlos über die Plattform zur Verfügung gestellte Software für die vollelektronische Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere die elektronische Angebotsabgabe. Die Antragstellerin hat unstreitig am 17.6.2019 die Vergabeplattform genutzt und damit Ziff. 1.3 erfüllt. Die Frist war ebenfalls noch nicht abgelaufen.

2.

Das Angebot ist auch nicht deshalb von der Wertung auszuschließen, da zuvor ein Angebot unter dem 11.6.2019 unverschlüsselt per Mail übermittelt worden war. Dieser Umstand rechtfertigt vorliegend keinen Ausschluss:

Ausschlussgründe finden sich unmittelbar in § 57 VgV. Ob auch außerhalb von § 57 VgV Ausschlussgründe existieren, bedarf hier keiner Entscheidung (verneinend Soudry, ebenda, VgV, § 57 Rn. 16). Der Antragsgegner beruft sich allein auf einen Ausschluss nach § 57 i.V.m. § 53 VgV; andere mögliche Ansatzpunkte für einen Ausschlussgrund sind darüber hinaus auch nicht ersichtlich.

Gemäß § 57 Abs. 1 VgV sind Angebote u.a. dann auszuschließen, wenn sie nicht den Erfordernissen des § 53 VgV entsprechen. § 57 Abs. 1 Nr. 1-6 VgV enthält eine Auflistung, die mit dem Zusatz „insbesondere“ eingeleitet wird. Eine extensive Auslegung ist damit allerdings nach herrschender Meinung in der Literatur nicht verbunden (Soudry ebenda § 57 Rn. 15).

Der Ausschlussgrund nicht form- bzw. fristgerecht eingegangener Angebote nach § 57 Abs. 1 VgV soll insbesondere verhindern, dass Bieter bevorteilt werden, die Frist- und Formvorgaben missachten, so dass ihnen mehr Zeit/Freiraum für die Angebotserstellung zur Verfügung steht (Soudry ebenda § 57 Rn. 39). Es soll sichergestellt werden, dass nur vergleichbare Angebote in die Wertung gelangen. Die Vergleichbarkeit der Angebote hinsichtlich Zeit- und sonstigen Formvorgaben wird jedoch nicht beeinträchtigt, wenn ein form- und fristgerecht eingegangenes Angebot in der Wertung verbleibt, welches zuvor nicht formgerecht per Mail übermittelt worden war. Der Bieter erlangt dadurch weder einen Zeitvorteil noch sonstige ihm gegenüber anderen Bietern bevorzughafte Spielräume.

Ohne Erfolg verweist der Antragsgegner darauf, das Angebot sei gem. § 57 Abs. 1 S. 1 VgV auszuschließen, da es den Erfordernissen des § 53 VgV nicht entspreche, weil es die elektronisch vorgegebenen Mittel des § 10 VgV nach der zunächst entgegen die Vorgaben erfolgten E-Mail Übersendung nicht mehr einhalten konnte.

a.

Dem Antragsgegner ist allerdings zuzugeben, dass die E-Mail vom 11.6.2020 eindeutig gegen die wirksam und klar in der Auftragsbekanntmachung aufgestellten Übermittlungsvorgaben verstieß:

Ziff. 1.3 der Auftragsbekanntmachung enthält die eindeutige Anforderung an alle Bieter, Angebote über die Vergabeplattform einzureichen. Die Vorgabe, die Vergabeplattform zu nutzen, bedingt konkrete Form- und Verschlüsselungsvorgaben. Dies folgt insbesondere aus dem zwingend mit der Nutzung der Vergabeplattform verbundenen Einsatz der Software „AI Bietercockpit“.

Soweit es in der Leistungsbeschreibung in Ziff. 1.4 heißt, dass die Angebote „digital“ einzureichen sind, wird damit der Inhalt der Auftragsbekanntmachung weder relativiert noch in seiner Klarheit beeinträchtigt. Was konkret unter „digital“ zu verstehen ist, ergibt sich vielmehr aus der soeben zitierten Ziff. 1.3 der Auftragsbekanntmachung. Die Anforderung der „digitalen“ Angebotseinreichung steht insoweit zwanglos in Übereinstimmung mit der Auftragsbekanntmachung. Ein über die Vergabeplattform eingereichtes Angebot wird zwingend digital eingereicht. Die Auftragsbekanntmachung enthält lediglich eine zulässige Einschränkung denkbarer digitaler Wege. Die Vorgabe der digitalen Einreichung wird auf den Weg der Vergabeplattform beschränkt und schließt damit die einfache E-Mail eindeutig aus.

Soweit in der Leistungsbeschreibung darüber hinaus auf eine „Kurzanleitung“ als Informationsangebot verwiesen wird, dienen die in Bezug genommenen Informationen in Anl. 10 als Hilfestellung und konkretisieren die bereits in Ziff. 1.3 der Bekanntmachung aufgestellte Vorgabe, Angebote ausschließlich über die Vergabeplattform einzureichen. Sie füllen Ziff. 1.3 der Bekanntmachung aus. Soweit die Antragstellerin auf die Wortwahl „Empfehlung“ verweist, ergibt sich deutlich, dass im Bereich der Empfehlung allein verbleibt, ob man diese Hilfestellungen zurate ziehen möchte oder aber

auch ohne erläuternde Hilfsmaterialien in der Lage ist, die Vergabeplattform zur Abgabe eines formwirksamen Angebots zu nutzen. Die Formulierung „Empfehlung“ bezieht sich ersichtlich nicht auf die in Ziff. 1.3 der Auftragsbekanntmachung deutlich aufgestellte Forderung, Angebote über die Vergabeplattform einzureichen. Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass der öffentliche Auftraggeber gem. § 11 Abs. 3 VgV verpflichtet ist, diese Informationen – wie in den Hilfsmaterialien enthalten – bereit zu stellen.

Soweit die Antragstellerin auf das allgemeine Formular 631 EU verweist und die dort vorgesehene Möglichkeit, Angebote elektronisch in Textform einzureichen, erlangt dieses Formular angesichts der deutlichen Regelung in Ziff. 1.3 der Auftragsbekanntmachung keine eigenständige Bedeutung.

Ist damit eindeutig in der Auftragsbekanntmachung der Weg zur Einreichung von formwirksamen Angeboten ausgewiesen worden, kommt es nicht darauf an, ob bereits ohne eine derartige Regelung der VgV entnommen werden könnte, dass Angebot ausschließlich verschlüsselt eingereicht werden dürfen. Offenbleiben kann auch die Frage, ob ein Verschlüsselungserfordernis jedenfalls über eine analoge Anwendung von § 13 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 VOB/A EU abzuleiten oder den Vorgaben der RL 2014/24 EU zu entnehmen ist. Gleichmaßen kommt es auf die Erwägungen der Antragstellerin zu § 54 VgV hier nicht an, da bereits wirksam eine Verschlüsselung in Ziff. 1.3 der Bekanntmachung gefordert wurde. Insoweit ist lediglich ergänzend auszuführen, dass gemäß § 54 S. 1 VgV elektronisch übermittelte Angebote auf geeignete Weise zu kennzeichnen und verschlüsselt zu speichern sind. § 54 VgV regelt den Umgang mit den von den Bietern eingereichten Angeboten und richtet sich damit an den öffentlichen Auftraggeber. Diese in § 54 VgV geregelte und vom öffentlichen Auftraggeber vorzunehmende Verschlüsselung ist unabhängig von der ev. Verpflichtung der Bieter, ihr Angebot bereits verschlüsselt einzureichen (Schnelle in: Müller-Wrede, VgV, § 54 Rn. 14). Die Vorgabe des § 54 VgV entspricht im analogen Bereich dem „ungeöffneten Umschlag“.

Auch § 10 Abs. 1 Nr. 2 VgV richtet sich insoweit an den öffentlichen Auftraggeber. Er soll mit dem Sicherheitsniveau gewährleisten, dass kein vorfristiger Zugriff auf die empfangenen Daten möglich ist – als Pendant zum umschlossenen Umschlag – (vergleiche Grünhagen in: Müller-Wrede, VgV, § 10 Rn. 62,63). § 10 Abs. 1 Nr. 2 VgV

bezieht sich nicht auf die Anforderungen des Bieters zur Verschlüsselung bei der Angebotseinreichung (auch Wanderwitz in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 2019, § 10 Rn. 17).

Soweit der Antragsgegner ausführt, er könne ein einmal unverschlüsselt eingereichtes Angebot nicht verschlüsseln speichern, bezieht sich dies ersichtlich nicht auf die technische Möglichkeit. Die Art der Speicherung ist von der Art des Eingangs der zu speichernden Daten grundsätzlich unabhängig zu betrachten und möglich. Die Darlegungen des Antragsgegners zielen darauf an, dass die mit der unverschlüsselten Vorübermittlung verbundene Sicherheitslücken durch eine spätere Verschlüsselung nicht behoben werden können. Hierzu unter b.

Über die in Ziff. 1.3 der Bekanntmachung geforderte Nutzung der Vergabepattform hinaus hat der Antragsgegner vorliegend keine weiteren Festlegungen für ein bestimmtes Sicherheitsniveau i.S.v. § 10 Abs. 1 S. 1 VgV aufgestellt.

b.

Dieser erste Verstoß gegen die Vorgaben zur Einreichung der Angebote führt hier jedoch nicht dazu, dass nachfolgend nicht ein Angebot unter Einhaltung der Formvorgaben wirksam eingereicht werden konnte. Das formwirksam eingereichte Angebot vom 17.6.2019 wird insbesondere nicht durch das formwidrig eingereichte Angebot vom 11.6.2019 „infiziert“:

Ohne Erfolg leitet der Antragsgegner eine derartige nicht mehr heilbare „Infektion“ aus der Regelung in § 55 VgV ab. Gemäß § 55 Abs. 1 VgV darf der öffentliche Auftraggeber vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der entsprechenden Fristen Kenntnis nehmen. § 55 VgV bezieht sich nur auf die Bestandteile, die von der Vertraulichkeit erfasst sind und der verschlüsselten Speicherung bzw. dem Verschluss unterliegen (Schnelle, ebenda, VgV, § 55 Rn. 17). Das bloße Anschreiben wird davon nicht erfasst. Hier erfassen die Vorgaben des § 55 VgV damit den der E-Mail der Antragstellerin beigefügten Anhang.

§ 55 VgV dient dem im Vergaberecht bedeutenden Grundsatz des Geheimwettbewerbs. Dieser soll ein transparentes und auf Gleichbehandlung gerichtetes Vergabeverfahren gewährleisten. Um einen unverfälschten Wettbewerb sicherzustellen, sollen

die Bieter ihre Angebote ohne Kenntnis der Angebote der anderen Bieter erstellen. Diese Ziele werden vorliegend durch die zunächst per E-Mail erfolgte Übersendung des Angebots nicht in einer derartigen Weise tangiert, dass – auch unter Berücksichtigung des in § 97 Abs. 1 GWB niedergelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – das Angebot von der Wertung auszuschließen ist.

Der Geheimwettbewerb dient der Durchsetzung des Wettbewerbsgrundsatzes gemäß § 97 Abs. 1 S. 1 GWB. Eine besondere Ausprägung des Geheimwettbewerbs enthält inzwischen der Ausschlussstatbestand des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Demnach kommt ein Ausschluss in Betracht, wenn hinreichende Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung vorliegen.

Welche Bedeutung dem allgemeinen Grundsatz des Geheimwettbewerbs neben der Neuregelung § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB überhaupt noch zukommt, kann hier offenbleiben. Auch wenn die hier vorliegende Konstellation eines zunächst unverschlüsselt eingereichten Angebots dem neben § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB noch verbleibenden Bereich einer denkbaren Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs zugerechnet würde, würde dies hier nicht den Ausschluss des Angebots rechtfertigen. Dabei spricht jedenfalls für die hier vorliegende Konstellation aus Sicht des Senats bereits viel dafür, nicht schlicht auf die rein abstrakte Gefahr der Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs abzustellen. Dies überzeugt jedenfalls in Konstellationen – wie hier - nicht, in denen die Realisierung der Gefahr nahezu ausgeschlossen ist (vgl. auch OLG Naumburg, Urteil vom 18.11.1999 – 3 U 169/98; OLG Schleswig, Beschluss vom 8.1.2013 – 1 W 51/12). Insoweit kommt es nicht allein auf den Umstand an, dass – wie vom Antragsgegner zu Recht ausgeführt – grundsätzlich der mit der unverschlüsselten Übersendung bedingte Sicherheitsmangel der Daten durch eine nachfolgende verschlüsselte Übermittlung nicht rückwirkend behoben werden kann. Die unverschlüsselt erfolgte Übermittlung selbst wird damit nicht rückgängig gemacht. Unstreitig kam es hier jedoch nicht zur Kenntnisnahme durch Dritte und war eine derartige Kenntnisnahme nach dem Vorbringen des Antragsgegners auch nicht ansatzweise wahrscheinlich. Der Antragsgegner hat vielmehr unmittelbar nach Eingang der E-Mail selbst darauf hingewiesen, dass die E-Mail nicht berücksichtigt und damit als nicht vorhanden behandelt werde. Zugriffsmöglichkeiten durch eigene Mitarbeiter des Antragsgegners oder aber Außenstehender auf den der E-Mail beigefügten Anhang sind nicht ersichtlich. Ob die

E-Mail unmittelbar gelöscht oder verschlüsselt wurde, hat der Antragsgegner nicht vorgetragen. Dass nicht in jedem Fall allein die rein abstrakte Gefährdung für eine Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs ausreichend ist, belegt auch § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB. Erforderlich sind dort jedenfalls hinreichende Anhaltspunkte für eine wettbewerbsbeschränkendes Verhalten. Darüber hinaus verbleibt es selbst im Fall des § 124 Abs. 1 Nr. 4 GWB beim fakultativen Ausschluss, der eine abgewogene Ermessenschädigung voraussetzt.

Jedenfalls aber ist der Grundsatz des Geheimwettbewerbs nicht losgelöst von anderen vergaberechtlichen Zwecken zu betrachten. Die unterschiedlichen vergaberechtlichen Primärziele sind vielmehr stets unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes umzusetzen. Dieser ist explizit in § 97 Abs. 1 GWB an prägnanter Stelle dem Vergaberecht als eine der maßgeblichen Leithilfen vorangestellt worden. Bereits vor der ausdrücklichen Regelung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entsprach es zudem der herrschenden Meinung, dass der Ausschluss von Angeboten als letztes Mittel nur dann gerechtfertigt ist, wenn mildere Maßnahmen nicht in Betracht kommen. Hintergrund ist insoweit wiederum der ebenfalls als Primärziel zu verstehende Wettbewerbsgrundsatz, der einen möglichst weiten Bieterkreis gewährleisten soll. Darüber hinaus sollte auch nach neuerer höchstrichterlicher Rechtsprechung ein Ausschluss nicht allein auf dem Gedanken der formalen Ordnung beruhen (vgl. BGH, Urteil vom 18.6.2019 – X ZR 86/17) – die rechtlichen Grundlagen sind vielmehr dem geänderte Werteverständnis entsprechend auszulegen; diese Auslegung ist einer rein formalisierenden Betrachtungsweise vorzuziehen.

Ausgehend hiervon erscheint jedenfalls in der vorliegenden Konstellation ein Ausschluss des formwirksamen Angebots vom 17.6.2019 allein im Hinblick auf die am 11.6.2019 erfolgte Übersendung per E-Mail unverhältnismäßig. Die mit der unverschlüsselt erfolgten Einreichung verbundene Gefährdung des Geheimwettbewerbs hätte durch das sofortige Löschen der E-Mail und oder jedenfalls verschlüsselt erfolgte Abspeichern minimiert werden können. Zur Vermeidung einer zu starren rein formalisierenden Anwendung des Vergaberechts kommt ein Angebotsausschluss zur Wahrung des Geheimwettbewerbs jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn nachträgliche Manipulationen ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden können (vgl. vgl. auch OLG Naumburg, Urteil vom 18.11.1999 – 3 U 169/98; OLG Schleswig, Beschluss vom 8.1.2013 – 1 W 51/12). So liegt es hier. Der Antragsgegner hat keine weiteren

Angaben gemacht, wie er technisch mit dem Angebot nachfolgend umgegangen ist. Die Kenntnisnahme anderer Bieter oder aber des Antragsgegners vom Eingang des der E-Mail als gesondert zu öffnender Anhang beigefügten Angebots erscheint so fernliegend, dass eine Beeinträchtigung des Geheimwettbewerbs vorliegend ohne vernünftige Zweifel ausgeschlossen werden kann.

3.

Eine Vorlage zum BGH gemäß § 179 Abs. 2 S. 1 GWB muss vorliegend nicht erfolgen. Der Senat weicht mit dieser Entscheidung nicht von tragenden Gründen in der Entscheidung des OLG Karlsruhe im Beschluss vom 17.03.2017- 15 Verg 2/17 ab. Die Übertragbarkeit der Gründe scheitert allerdings nicht bereits daran, dass die vom OLG Karlsruhe zu entscheidende Konstellation unmittelbar der VOB/A EU und damit dem dort geregelten Verschlüsselungserfordernis des § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A EU unterfiel, da auch hier – wie ausgeführt – ein Verschlüsselungserfordernis über Ziff. 1.3 der Auftragsbekanntmachung bestand. Der Unterschied liegt jedoch darin, dass im Fall des OLG Karlsruhe die zweite formwirksame Übersendung des Angebots erst nach Ablauf der Frist erfolgte. Insoweit bezieht sich Rn. 47 der Entscheidung – konsequent - auf die Frage, ob die nach Fristablauf erfolgte Übersendung geeignet war, das zunächst formwidrig eingereichte Angebot zu heilen. Hierauf kommt es in der vorliegenden Sachverhaltskonstellation nicht an, da zwei fristgerecht eingelegte Angebote zu beurteilen sind.

Die weiteren Ausführungen unter Rn. 48 zählen dagegen nicht zu den tragenden Gründen. Das OLG Karlsruhe erwägt dort lediglich im Konjunktiv, dass auch im Fall des Vorliegens zweier (fristgerechter) Angebote von einer Infektion des zweiten Angebots auszugehen wäre. Da dort tatsächlich jedoch nicht zwei fristgerechte Angebote zu beurteilen waren, da das zweite Angebot verfristet war, kam es für die Entscheidung des OLG Karlsruhe auf die dortigen Darlegungen zur Infektion durch das erste Angebot im Ergebnis nicht an.

4.

Der Nachprüfungsantrag ist damit bereits im Hinblick auf diese Rüge begründet. Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass der auch im Vergaberecht geltende Dispositionsgrundsatz (Krohn in: Beckscher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl, § 182

Rn. 73) dafür spricht, die Ausführungen der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer vom 8.11.2019, wonach sie die weiteren Rügen nicht weiterverfolge (Bl. 27), als wirksame und endgültige Teilrücknahme dieser weiteren zur Begründung des Nachprüfungsantrags anfänglich angeführten Rügen zu werten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 GWB. Die Wertfestsetzung folgt aus § 50 Abs. 2 GKG.

Dr. Mockel

Wehn-Sälzer

Dr. Fehns-Böer