

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

_____ ,
_____ ,

- Antragstellerin -

gegen

- Antragsgegnerin -

weitere Beteiligte:

_____ ,

- Beigeladene -

wegen Vergabe eines öffentlichen Auftrags über Architektenleistungen für Objektplanung (Abriss und Rückbau) an der _____

Verhandlungsverfahren nach VgV,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsoberrat Goroll und den ehrenamtlichen Beisitzer Baudirektor Dr. Fink,

ohne mündliche Verhandlung
am 10. September 2019 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.
- II. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt, welche die Antragstellerin zu tragen hat.
- III. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb mit Auftragsbekanntmachung, abgesendet am 25. Januar 2019, die Vergabe des Dienstleistungsauftrags von Architektenleistungen für die Objektplanung von Abriss- und Rückbauarbeiten an der [REDACTED] im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach VgV europaweit aus (Ref.-Nr. der Bekanntmachung: [REDACTED]).

Bei den Kontaktdaten gab sie folgende E-Mail-Adresse an: [REDACTED] (Ziff. I.1 der Auftragsbekanntmachung).

Zudem informierte sie über Folgendes: „Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: [REDACTED] (...) Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen elektronisch via: [REDACTED] (Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung). Diese elektronische Plattform wird von der Firma [REDACTED] betrieben. Dort waren weiterführende Informationen für den Erhalt der Unterlagen auf elektronischem Wege veröffentlicht; insbesondere wurde darauf hingewiesen, dass für die Bearbeitung der Unterlagen und Angebotsabgabe der sog. Bieterclient Ava-Sign benötigt wird, für den folgende Downloads zur Verfügung standen: Ava-Sign 2019 für Windows und Ava-Sign 2019 für MacOS.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote oder Teilnahmeanträge bestimmte sie wie folgt: 1. März 2019, Ortszeit: 12:00 Uhr (Ziff. IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung).

Am 24. April 2019 forderte die Antragstellerin die Angebotsunterlagen elektronisch an, die sie auf diesem Wege auch erhielt.

Das darin enthaltene Formular „EU-Aufforderung zur Erstangebotsabgabe/Verhandlung“ wies auf Seite 1 im Kopfbogen folgenden Hinweis auf: „Ablauf der Einreichungsfrist: Datum: 06.05.2019 Uhrzeit: 12:00 Ort: [REDACTED].“

In Ziff. 7 dieses Formulars wurde bestimmt, dass Angebote elektronisch in Textform oder elektronisch mit fortgeschrittener oder qualifizierter Signatur abgegeben werden können. Eine Verschlüsselung der Angebote wurde nicht vorgegeben.

Am 3. Mai 2019 stellte die Antragstellerin erstmals fest, dass sie den geforderten Übermittlungsweg zur Angebotsabgabe nicht einhalten kann.

Mit Telefonanruf vom 6. Mai 2019 um 11:21 Uhr teilte sie der Antragsgegnerin mit, dass sie ihr Angebot nicht mittels der erforderlichen Software Ava-Sign hochladen könne. Diese antwortete ihr, sie könne wegen des zum Schlusstermins verbliebenen kurzen Zeitraums für die Angebotsabgabe keine Hilfestellung leisten und verwies sie auf die Hotline des Betreibers der Plattform.

Kurze Zeit später, um 11:52 Uhr dieses Tages, versendete die Antragstellerin ihr Angebot per E-Mail an die Antragsgegnerin unter Verwendung der E-Mail-Adresse [REDACTED], wo es auch zum selben Zeitpunkt einging.

In der E-Mail erklärte die Antragstellerin zusammengefasst, es sei ihr unmöglich gewesen, die Angebotsunterlagen auf dem Portal von Ava-Sign auszufüllen, da trotz technischer Aktualität ihrer Computer-Programme die Kompatibilitätsbarrieren der Betriebssysteme von MacOS und Windows sich nicht überwinden ließen. Auch sei ihr ein Hochladen (Upload) der Angebotsunterlagen als pdf-Datei nicht möglich gewesen. Sie könne daher ihr Angebot nur per E-Mail abgeben. Das Angebot war als Anlage in Form einer pdf-Datei beigefügt; es wies am Ende des Angebotsschreibens eine handschriftliche Unterschrift und den Firmenstempel mit allen Kontaktdaten der Antragstellerin auf.

Am 9. Mai 2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen wurde, da es nicht den vorgegebenen Formvorschriften entsprochen habe. Konkret äußerte sie, dass es unverschlüsselt per E-Mail eingereicht worden sei.

Daraufhin stellte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag, der per Fax am 10. Mai 2019 bei der Vergabekammer einging.

Sie begründete ihn im Wesentlichen damit, dass eine automatische Kompatibilität der angegebenen Programme mit den von ihr verwendeten Apple-Rechnern, die mit dem Betriebssystem MacOS ausgestattet sind, nicht gegeben sei, so dass sie ihre Angebotsunterlagen per E-Mail eingereicht hatte. Apple-Rechner würden auch viele andere Architekten-Büros verwenden.

Sie wendet sich gegen den Ausschluss ihres Angebotes und bittet um Nachprüfung dieser Entscheidung; sie fordert die Berücksichtigung und Wertung ihres Angebotes.

Die Vergabekammer übermittelte unter Hinweis auf das Zuschlagsverbot den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Antragsgegnerin, gab ihr Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte von ihr die Vergabeakte an, die sie auch erhielt.

Mit Schreiben vom 16. Mai 2019 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Nachprüfungsantrag, in dem sie beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Zur Begründung trug sie im Kern vor, dass der Nachprüfungsantrag mangels erhobener Rüge unzulässig sei. Weder das Telefonat vom 6. Mai 2019 noch die E-Mail vom selben Tag würden die Anforderungen an eine Rüge erfüllen. Auch sei der Antrag unbegründet, weil das Angebot unverschlüsselt eingereicht worden sei, so dass es zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen. Es liege in der Risikosphäre der Antragstellerin, den vorgegebenen Übermittlungsweg einzuhalten. Zudem sei der Bieterclient Ava-Sign in seiner zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe aktuellen Version mit dem Betriebssystem sowohl von Windows als auch dem von MacOS kompatibel gewesen.

Dazu entgegnete die Antragstellerin, dass die Möglichkeiten zum Hochladen des Angebotes eingeschränkt gewesen seien, weil dafür nur der Bieterclient Ava-Sign zur Verfügung stand. Dies würde den Abgabemöglichkeiten in Ziff. 7 der Aufforderung zur Angebotsabgabe widersprechen. Zwar sei eine Version von Ava-Sign auch für MacOS verfügbar, doch sei diese nicht über den App-Store oder einen von Apple zertifizierten Entwickler erhältlich, so dass deren Installation nur mittels eines Eingriffs in die Sicherheitseinstellungen des Systems zum Schutz vor beschädigender Software möglich sei. Dies diskriminiere die Benutzer von Apple-Rechnern und schränke somit den Wettbewerb ein.

Dem hielt die Antragsgegnerin entgegen, dass das Hochladen nicht durch Ava-Sign eingeschränkt gewesen sei. Die Software für Ava-Sign hätte auf der Homepage des Betreibers der Vergabeplattform zur Verfügung gestanden und hätte von dort frei heruntergeladen werden können. Deren Installation auf Betriebssysteme ginge unterschiedslos von statten. Auf Sicherheitseinstellungen von Betriebssystemen habe sie, die Antragsgegnerin, keinen Einfluss.

Im Übrigen setzten diese Beteiligten ihre Kontroverse fort.

Am 25. Juni 2019 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen.

Mit E-Mail vom 1. Juli 2019 erklärte sie, dass sie ebenfalls mit Apple-Rechnern arbeite und die geforderte Form der elektronischen Abgabe ihres Angebotes auf der vorgegebenen Vergabeplattform einhalten hätte können.

Die Antragstellerin äußerte zuletzt mit E-Mail vom 10. Juli 2019, das Problem sei die Installation des Bieterclient Ava-Sign und das Herstellen von dessen hochzuladenden Datei gewesen.

In der Folgezeit erklärten alle Beteiligten jeweils ihre Zustimmung zur Entscheidung nach Lage der Akten.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

Die Zulässigkeit des Antrags und Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens richten sich nach den §§ 97, 160 ff GWB in der ab 18. April 2016 anwendbaren Fassung, weil das Verfahren über die gegenständliche Auftragsvergabe nach dem 18. April 2016 eingeleitet wurde (§ 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17. Februar 2016 [BGBl. I S. 203]).

Aufgrund der Zustimmungen aller Beteiligten konnte über den Antrag ohne mündliche Verhandlung entschieden werden (§ 166 Abs. 1 Satz 3 GWB).

1.) Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

- a.) Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB und der Rechtsweg zur Vergabekammer ist gemäß §§ 155, 156 Abs. 1 und 2 GWB eröffnet. Denn die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber (§ 99 Nr. 2 GWB) und dem Rechtsstreit liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 103 Abs. 3 GWB zu Grunde. Zudem wurde der für das vorliegende Nachprüfungsverfahren geltende Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von 221.000,-- € (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU i.d.F. der Delegierten Verordnung [EU] 2017/2365 der Kommission vom 18. Dezember 2017 [EU-ABl. L 337/19]) überschritten.
- b.) Die Antragstellerin hat ihre Rügeobliegenheiten erfüllt.

Ihr Vorbringen in dem Telefonat vom 6. Mai 2019 tut dem Genüge.

Da die einschlägige Regelung in § 160 Abs. 3 GWB eine bestimmte Form für die Rüge nicht vorschreibt, ist jede Kommunikationsform statthaft, die geeignet ist, dem Empfänger eine ihm verständliche Information zu vermitteln. Folglich ist auch eine telefonische Rüge ausreichend (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., jurisPK Vergaberecht, 5. Aufl. 2016, Stand: 12. August 2019, § 160 GWB Rn 168; Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB Rn. 72; Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 3. Aufl.

2018 § 160 GWB Rn. 52; Müller-Wrede-Hofmann, GWB, 1. Auflg. 2016, § 160 Rn. 49).

So verhält es sich auch hier.

An den Inhalt der Rüge sind nur geringe Anforderungen zu stellen; laienhafte Umschreibungen genügen (s. nur Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, GWB-Vergaberecht, 4. Auflg. 2016, § 160 Rn. 172). Der Begriff „Rüge“ muss nicht ausdrücklich verwendet werden. Erforderlich ist allerdings, dass aus ihr für den Auftraggeber unmissverständlich hervorgeht, welches Verhalten als Vergabeverstoß angesehen wird. Zwar sind dazu detaillierte Rechtsausführungen nicht erforderlich, doch muss deutlich werden, welchen Sachverhalt das rügende Unternehmen für vergaberechtswidrig hält; der Auftraggeber muss aus seinem Empfängerhorizont in der Lage sein, die Aussage als verbindliche Beanstandung qualifizieren zu können (Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, Vergaberecht, 3. Auflg. 2017, § 160 GWB Rn. 70; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 158; Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, a.a.O., § 160 Rn. 74). Zudem muss eine Missbilligung und Abhilfebedürftigkeit zum Ausdruck kommen, so dass erkennbar ist, welcher Fehler korrigiert werden soll (s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 50; s. Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, wie vor; s. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, wie vor). Dafür reicht konkludentes Handeln aus (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 157).

Dies geschah mit dem Telefonanruf der Antragstellerin vom 6. Mai 2019. Denn dabei legte sie der Antragsgegnerin ihre technischen Probleme bei der Angebotsabgabe dar. Obwohl nach den vorliegenden Unterlagen das Wort „Rüge“ beim Telefonat nicht gefallen war, geht aus dem diesbezüglichen Vortrag der Antragstellerin deutlich hervor, dass sie sich durch die von der Antragsgegnerin für die elektronische Übermittlung bereit gestellte Software gehindert sah, ihr Angebot abzugeben. Dadurch wiesen die Fehlerangaben eine hinreichende Konkretisierung auf, um Fehlerfunktion und -wirkung nachvollziehen zu können. Außerdem ist dem Vortrag eine Beanstandung hinsichtlich des Übermittlungsweges für die Angebotsabgabe zu entnehmen; zugleich ergibt sich zumindest aus dem Sachzusammenhang der Bedarf, das beschriebene Abgabehindernis und die daraus folgende Benachteiligung der Antragstellerin zu beseitigen.

Des Weiteren wurde die Rüge fristgerecht erhoben, da sie bereits einen Tag nach der Information über den Ausschluss ihres Angebotes gegenüber der Antragsgegnerin erfolgte. Damit wurde die einschlägige Rügefrist von zehn Kalendertagen gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gewahrt.

c.) Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB).

Denn zum einen – wie es in der Regel bejaht wird (s. nur Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 18; Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 160 GWB Rn. 60) – hat sie vor Stellung des Nachprüfungsantrages am Vergabeverfahrens durch Abgabe eines eigenen Angebotes teilgenommen und den geltend gemachten Vergabeverstöß ordnungsgemäß gerügt. Zum zweiten hat sie die Verletzung von eigenen Rechten durch Nicht- bzw. Fehlbeachtung von Vergabevorschriften – hier § 57 Abs. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 VgV – schlüssig geltend gemacht, weil ebengenannte Vorschriften bieterschützend sind (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Jauch, VgV, 2. Auflg. 2019, § 11 Rn. 25; diess.-Scharf, a.a.O., § 57 Rn. 69; s. Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Müller, VgV, 1. Auflg. 2017, § 9 Rn. 44; diess.-Dittmann, a.a.O., § 57 Rn. 13; s. Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 57 VgV Rn. 9). Zum dritten wird für die gemäß § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB erforderliche Darlegung eines durch die behauptete Rechtsverletzung bereits entstandenen oder noch drohenden Schadens anerkannt, dass die Antragsbefugnis gegeben ist, wenn bei einem Angebotsausschluss der Antragsteller dies – wie hier – als vergaberechtswidrig gerügt hat (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Möllenkamp, a.a.O., § 160 Rn. 89 m.w.N.; vgl. Gabriel/Krohn/Neun-ders., Handbuch Vergaberecht, 2. Auflg. 2017, § 41 Rn. 56), zumal für die Antragsbefugnis bereits eine mögliche Verschlechterung seiner Aussichten auf den Zuschlag genügt (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 9; s. Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 29, 31). Dies ist hier mit dem Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin der Fall.

d.) Im Übrigen erfüllt der Nachprüfungsantrag die Form- und Inhaltserfordernisse von § 161 GWB.

Insbesondere ist ihm ein bestimmtes Begehren i.S.v. § 161 Abs. 1 Satz 2 GWB entnehmbar. Da es sich hierbei um eine Sollvorschrift handelt, welche für die Zulässigkeit des Antrags kein zwingendes Erfordernis begründet, bedarf es nicht der Formulierung eines bestimmten oder gar tenorierungsfähigen Antrags (Müller-Wrede-Behrens, a.a.O., § 161 Rn. 29, 30; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Möllenkamp, a.a.O., § 161 Rn. 15). Das Begehren kann sich aus dem Zusammenhang mit der Antragsbegründung ergeben; es genügt, wenn der Antragsteller sein mit dem Antrag verfolgtes Ziel bezeichnet, wobei sich daraus mindestens zu ergeben hat, welche Rechtsfolgen er anstrebt, insbesondere dass er eine Rechtsverletzung im Vergabeverfahren beseitigt und seine Auftragschancen gewahrt sehen will (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 161 GWB Rn. 3; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Möllenkamp, a.a.O., § 161 Rn. 16).

Dem wird hier Rechnung getragen. Ausweislich der Betreffzeile und des Schlusssatzes in der Antragschrift wird um die Nachprüfung der Ausschlussentscheidung und des zu Grunde gelegenen Vorgangs, der nach Ansicht der Antragstellerin sie an der Angebotsabgabe gehindert hatte, gebeten. Mit ihrer E-Mail vom 20. Mai 2019 hat sie deutlich gemacht, dass sie darin eine diskriminierende Wettbewerbseinschränkung sieht; aus ihrer abschließenden Forderung nach nachträglicher Wertung ihres Angebotes ergeben sich angestrebte Maßnahmen und Ziel ihres Rechtsschutzbegehrens. Dies umfasst mit hin die Beseitigung vergaberechtswidriger Handlungen und die Herstellung ihrer Chance auf Zuschlagserteilung.

2.) Der Antrag hat allerdings in der Sache keinen Erfolg

Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB nicht verletzt, da die Antragsgegnerin die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat.

Der Antragsgegnerin ist beim Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin vom zu Grunde liegenden Vergabeverfahren kein Vergaberechtsverstoß unterlaufen.

Die Voraussetzungen für einen Ausschlussgrund gemäß § 57 Abs. 1 VgV liegen vor.

Danach sind Angebote von der Wertung zwingend auszuschließen, wenn sie die dortigen Anforderungen nicht einhalten (Ziekow/Völlink-Herrmann, a.a.O., § 57 VgV Rn 5).

Hier hat die Antragstellerin ihr Angebot per E-Mail bei der diesbezüglichen Empfängeradresse abgegeben (Bl. 25 der Vergabeakte [VA]), obwohl allein die Abgabe auf der im Internet befindlichen elektronischen, softwarebasierten Plattform unter dem Web-Link [REDACTED] (Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung; Seite 1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe).

Zwar hat sie es damit gemäß Ziff. 7 der Aufforderung zur Angebotsabgabe elektronisch in Textform abgegeben, wodurch sie - nur insoweit - den Formanforderungen Genüge getan hat.

Doch kommt es auch auf den Ort an, an dem das Angebot auf elektronischem Wege abzugeben war. Gemäß Seite 1 der Aufforderung zur Angebotsabgabe war dazu die ebengenannte Plattform bestimmt. Gleichwohl sie dort mit „RIB-Vergabepattform“ bezeichnet wurde, ist zuvor bereits durch Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung klargestellt worden, dass es sich hierbei um die Plattform bei

_____ handelt, weil dort auf deren Betreiber - nämlich die _____ - hingewiesen worden ist.

Da diese Plattform nicht der für den E-Mail-Verkehr vorgesehenen Empfängeradresse entsprach, wurde das Angebot an einem anderen als dem vorgeschriebenen Ort abgegeben.

Fraglich ist, ob dies überhaupt einen Verstoß gegen Formanforderungen begründet.

Dagegen könnte sprechen, dass in der in § 57 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 VgV enthaltenen Aufzählung von Anforderungen an die Angebotsform der Ort der Angebotsabgabe nicht geregelt ist. Allerdings listet diese Vorschrift nach teilweise vertretener Meinung nur beispielhaft - also nicht abschließend - formale Gründe auf, die zum zwingenden Angebotsausschluss führen (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 57 VgV Rn. 7; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal- Scharf, a.a.O., § 57 Rn. 23), so dass ein Formverstoß zu bejahen wäre. Der anderen, dies verneinende Meinung, wonach die Vorschrift einen abschließenden Katalog von formalen Ausschlussgründen statuieren würde (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß- Dittmann, a.a.O., § 57 Rn. 5; Burgi/Dreher-Haak/Hogeweg, a.a.O., § 57 VgV Rn. 10; Ziekow/Völlink-Herrmann, a.a.O., § 57 VgV Rn. 6), steht der Wille des Ordnungsgebers entgegen: Ausweislich der Begründung der VgV in der geltenden Fassung enthält die besagte Vorschrift eine beispielhafte Auflistung von Gründen (BR-Drs. 87/16 S. 210 [§ 57, zu Abs. 1]; BT-Drs. 18/7312 S. 193 [§ 57, zu Abs. 1]), so dass der erstgenannten Meinung zu folgen ist. Der Annahme eines Verstoßes könnte jedoch wiederum entgegengehalten werden, dass die Angebotsabgabe an einem falschen Ort zu einer solchen gerade nicht führen würde, weil das Angebot nicht dort eingegangen ist, wo es hätte eingehen müssen, mithin dem Auftraggeber gar nicht vorliegen würde.

Eine nähere Auseinandersetzung mit der obigen Frage kann aber wegen Nichteinhaltung weiterer Anforderungen dahin gestellt bleiben.

Denn § 57 Abs. 1 VgV bestimmt, dass - der obigen Aufzählung vorangestellt - § 53 VgV die Anforderungen an die Angebotsform regelt (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 57 VgV Rn. 10). Nach § 53 Abs. 1 VgV müssen Unternehmen ihre Angebote mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 10 VgV übermitteln.

Zwar richten sich die §§ 10 ff VgV an den Auftraggeber (s. nur Heiermann/Zeiss/Summa-Zeiss, a.a.O., § 10 VgV Rn. 18, 19, 26; § 11 VgV Rn. 1; § 12 Rn. 1 f, 7, 18), dennoch betreffen sie auch die Bieter, da durch den öffentlichen

Auftraggeber an sie Anforderungen gestellt werden, die sie bei der Übermittlung einhalten müssen (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, a.a.O., § 57 Rn. 21). Dafür sprechen bereits Wortlaut und Normzusammenhang der letztgenannten Vorschriften: § 53 Abs. 1 VgV legt mit seinem Verweis auf § 10 VgV fest, dass die Anforderungen der vom Auftraggeber verwendeten elektronischen Mittel auch für die Angebotsabgabe gelten.

Dies umfasst auch die Datensicherheit durch Verschlüsselung (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, wie vor). Die Verschlüsselung ist ein Sicherungsmechanismus im Hinblick auf die Datensicherheit und die Geheimhaltung der Inhalte der Angebote (s. Burgi/Dreher-Lausen, a.a.O., § 13 VOB/A-EU Rn. 31). Es würde dem Sinn und Zweck der Datensicherheit zuwiderlaufen, wenn - neben dem Auftraggeber - nicht auch der Bieter dem Gebot der Datensicherheit unterworfen wäre, weil nur er es in der Hand hat, für eine Verschlüsselung seines Angebots bis zu dessen Eingang beim Auftraggeber zu sorgen (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17. März 2017 - Az.: 15 Verg 2/17 -; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, wie vor [Fn. 26]).

Da der notwendige Geheimwettbewerb durch eine E-Mail nicht sichergestellt wird, darf der Bieter etwaige Übermittlungsschwierigkeiten nicht durch Versendung des Angebots per E-Mail kompensieren (Heiermann/Zeiss/Summa-Zeiss, a.a.O., § 11 VgV Rn. 25.3, mit Verweis auf OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17. März 2017 - Az.: 15 Verg 2/17 -).

Deshalb ist es ohne Belang, dass eine Vorgabe zur Verschlüsselung des Angebotes hier weder in der Auftragsbekanntmachung noch in der Aufforderung zur Angebotsabgabe aufgestellt wurde; selbst die Bestimmungen in Ziff. 7 der Aufforderung zur Angebotsabgabe, die dem Bieter für sein Angebot allein elektronische Textform bzw. Signatur vorschreiben, nicht aber eine Sicherung durch Verschlüsselung, ändern aus diesem Grunde nichts.

Bei der Datensicherheit handelt es sich nicht um eine Formvorschrift im engeren Sinne, so dass diese Anforderung neben einer bestimmten Form, wie z.B. einer elektronischen Signatur i.S.v. § 53 Abs. 3 VgV, eingehalten werden muss. Wird diese nicht eingehalten, ist das Angebot von der Wertung auszuschließen. Da ein Verstoß gegen die Datensicherheit gerade kein Form- und Fristenverstoß i.S.v. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV ist, kommt es auf die Frage des Vertretenmüssens, die sich nach dieser Vorschrift stellen würde, nicht an (Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Scharf, wie vor, mit Verweis auf OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17. März 2017 - Az.: 15 Verg 2/17 -).

Demzufolge kann die sich aus dem Vortrag der Antragstellerin ergebende Frage, ob die Antragsgegnerin nicht kompatible Software verwendete, mithin ob sie gegen das Diskriminierungsverbot in § 11 Abs. 1 Satz 1 VgV verstoßen haben könnte, dahingestellt sein.

Ebenso wenig kommt es deshalb auf ihren Vortrag an, die Antragsgegnerin hätte sich zu Ziff. 7 der Aufforderung zur Angebotsabgabe in Widerspruch gesetzt.

Gleiches gilt für ihren Vortrag über einen etwaig nötigen Eingriff in die Sicherheitseinstellungen des Systems zum Schutz vor Schad-Software sowie den über ihre Installations- und Upload-Probleme mit dem Bieterclient Ava-Sign, zumal dies der Risikosphäre des Bieters zuzuordnen ist, da er – auch bei einer, wie hier, verlangten Angebotsabgabe mithilfe elektronischer Mittel – das Risiko der Angebotsübermittlung und des rechtzeitig Angebotseingangs trägt (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 57 VgV Rn. 65; vgl. Heiermann/Zeiss/Summa-Zeiss, a.a.O., § 11 VgV Rn. 25). Demgegenüber beginnt oder endet der Verantwortungsbereich des Auftraggebers am (virtuellen) Übergabepunkt, also dort, wo die Daten seinen technischen Einflussbereich betreten bzw. verlassen (Heiermann/Zeiss/Summa-Wagner, a.a.O., § 57 VgV Rn. 67.1; VK Südbayern, Beschl. v. 19. März 2018 – Az.: Z3-3-3194-1-54-11/17 –). Dieser Punkt wurde hier von der Antragstellerin nicht passiert.

Nach alledem war dem Antrag nicht stattzugeben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die – was erforderlich ist (s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 182 Rn. 13,14; s. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 4) – Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben, die zu dessen Übermittlung führte.

Da die Antragstellerin – was vorherrschend nötig ist (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 182 GWB Rn. 15: „Begehren [...] zurückweist“; vgl. Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 16: „wirtschaftliches Begehren“; vgl. insges. Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 18) – ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 182 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- € . Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 9; vgl. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 21, 23). Dabei ist sich am Bruttoauftragswert des Angebots der Antragstellerin zu orientieren (OLG Frankfurt, Beschl. v. 29. August 2014 - Az.: 11 Verg 3/14 -; Kurlartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 7). Aus diesem ergibt sich hier unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr in Höhe von ██████████ €.

Die Gebühr konnte nach § 182 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz GWB aus Billigkeitsgründen auf die Mindestgebühr von 2.500,- € ermäßigt werden, da - was anerkannt ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 12; s. Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 29) - hier aufwandsmindernd nach Aktenlage entschieden werden konnte.

Die Antragstellerin hat gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind nicht erstattungsfähig (§ 182 Abs. 4 Satz 2 GWB). Gleichwohl die Beigeladene sich - wie für die Erstattung zum einen vorausgesetzt wird (Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 100 f) - mit eigenem Sachvortrag am Nachprüfungsverfahren aktiv beteiligt hat, fehlt es gerade an weiteren aktiven Beteiligungshandlungen. Bei diesen muss eine Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand der festgestellt werden kann, dass ein Beigeladener dasselbe Rechtsschutzziel wie der obsiegende Verfahrensbeteiligte verfolgt hat (Müller-Wrede-Damaske, a.a.O., § 182 Rn. 100, 101; Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 182 GWB Rn. 37; Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 182 GWB Rn. 30). Solch ein ausdrücklicher, bewusster und gewollter Interessengegensatz zwischen Beigeladener und Antragstellerin, der für die Erstattungsfähigkeit der Aufwendungen von Beigeladenen gemeinhin vorausgesetzt wird (Kurlartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 40; Reidt/Stickler/Glahs-dies., a.a.O., § 182 Rn. 23), ist hier jedoch nicht gegeben, weil die Beigeladene lediglich Auskünfte über die bei ihr vorhanden gewesenen Umstände bei der Angebotsabgabe erteilt hat.

Mangels jeweiligen Rechtsanwalts auf Seiten von Antragsgegnerin und Beigeladener erübrigt sich eine Entscheidung über die Notwendigkeit von deren Hinzuziehung (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 HVwVfG). Dies gilt auch für die Bevollmächtigte der Antragsgegnerin, da die Erstattungsfähigkeit von Kosten für die Inanspruchnahme interner Sachverständiger nicht unter § 182 Abs. 4 GWB fällt (Heiermann/Zeiss/Summarders., a.a.O., § 182 GWB, Rn. 75).

Es wird zudem darauf hingewiesen, dass ein Kostenfestsetzungsverfahren hinsichtlich der Aufwendungen der Beteiligten vor der Vergabekammer gemäß § 182 Abs. 4 Satz 5 GWB nicht stattfindet (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 42; Burgi/Dreher-Krohn, a.a.O., § 182 Rn. 40).

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.

Harnisch
Vorsitzender

Goroll
Hauptamtlicher Beisitzer