

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegnerin -

wegen Vergabe des Lieferauftrags zur Anschaffung einer neuen software-basierten Sto-
ragelösung u.a.,

offenes Verfahren nach VgV,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt
durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Uwe Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer
Regierungsrat Greimann und den ehrenamtlichen Beisitzer Baudirektor Dr. Fink

ohne mündliche Verhandlung am 29. April 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird nicht übermittelt.
2. Die Kosten des Verfahrens trägt die Antragstellerin.
3. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von [REDACTED] € fest-
gesetzt.

Gründe:

I.

Mit Auftragsbekanntmachung vom 13. Februar 2020 schrieb die Antragsgegnerin die Vergabe des Lieferauftrags zur Anschaffung einer neuen software-basierten Storagelösung und zur Aufstockung der Kapazität durch neue Server für ihr Institut [REDACTED] [REDACTED]) ihres [REDACTED] [REDACTED] europaweit aus (EU-ABl. [REDACTED]; Ref.-Nr.: [REDACTED]).

Es wurde unter Angabe einer Internetadresse mitgeteilt, dass die Auftragsunterlagen dort zur Verfügung stehen; gleichermaßen wurde vorgegeben, dass die Angebote elektronisch einzureichen sind (Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung).

Als geschätzter Gesamtwert wurde 365.546,21 € netto bzw. 435.000,-- € brutto angegeben (Ziff. II.2.4, Ziff. II.2.6 der Auftragsbekanntmachung).

Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde zum 12. März 2020, 12:00 Uhr bestimmt (Ziff. IV.2.2 der Auftragsbekanntmachung).

Am 10. Februar 2020 ist diese Auftragsbekanntmachung abgesendet worden (Ziff. VI.5 der Auftragsbekanntmachung).

Am selben Tag ist die Antragstellerin zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert worden. Dabei hatte die Antragsgegnerin ihr u.a. Folgendes mitgeteilt: „Falls Sie bereit sind, die Leistung zu übernehmen, können Sie Ihr Angebot elektronisch in Textform abgeben.“ Weiterhin hatte sie nachfolgend Hinweise zur Verwendung von erbetenen personenbezogenen Daten der Bieter gegeben; dazu hatte sie wie folgt erklärt: „Ihre Angaben sind Voraussetzung für die Berücksichtigung Ihres Angebotes nach der VgV.“

Mit Schreiben vom 4. März 2020 gab die Antragstellerin ihr Angebot ab, das in Papierform auf dem Postweg bei der Antragsgegnerin einging.

Am 1. April 2020 informierte die Antragsgegnerin sie über ihre Zuschlagsabsicht. Sie teilte ihr den Namen des zu bezuschlagenden Unternehmens und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses - 14. April 2020 - mit; als Grund für die Nichtberücksichtigung der Antragstellerin erklärte sie, dass ihr Angebot ausgeschlossen werden musste, weil es nicht den vorgegebenen Formerfordernissen entsprochen hätte. In der Angebotsaufforderung sei für die Angebotsabgabe die elektronische Form als einzig mögliche benannt worden.

Mit E-Mail vom 6. April 2020 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihres Angebotes als vergaberechtswidrig. Zum einen sei in der Angebotsaufforderung nur die Absicht er-

klärt worden, die bezeichneten Leistungen durch ein offenes Verfahren nach VgV vergeben zu wollen. Zum zweiten sei dort lediglich die Möglichkeit („können“) einer elektronischen Einreichung des Angebots eingeräumt worden, nicht aber als gerade zwingend einzuhaltende Formvorgabe. Zum dritten sei die VgV nicht anzuwenden gewesen, da auf sie weder Bezug genommen worden sei, noch sei eine Textfassung davon der Angebotsaufforderung beigelegt gewesen.

Mit Schreiben vom 9. April 2020 half die Antragsgegnerin der Rüge erklärtermaßen nicht ab. Unter Verweis auf die Auftragsbekanntmachung verwahrte sie sich dagegen, dass es sich bei der Angebotsaufforderung lediglich um eine Absichtserklärung handeln würde; vielmehr stelle sie eine verbindliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes dar. Zudem dürfe sie nach der nun geltenden Rechtslage nur noch Angebote in elektronischer Form annehmen. Schließlich sei auch in der Angebotsaufforderung erkennbar gewesen, dass die VgV Anwendung findet; es sei nicht vorgeschrieben, in Vergabeverfahren eine Textfassung davon Bietern zur Verfügung zu stellen.

Daraufhin stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 14. April 2020 – eingegangen bei der Vergabekammer am 20. April 2020 – ihren Nachprüfungsantrag. Sie erklärte, die Begründung des Antrags bleibe einem gesonderten Schreiben vorbehalten und werde unverzüglich erfolgen.

Sie beantragt wie folgt:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im Vergabeverfahren über Storage mit der Vergabenummer [REDACTED] dem Angebot des zu bezuschlagenden Unternehmens den Zuschlag zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.
3. Hilfsweise für die Fälle des § 168 Abs. 2 GWB: Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihrem Bieterrecht nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt wurde.
4. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.

Mit Schriftsatz vom 19. April 2020 – ebenfalls eingegangen am 20. April 2020 – gab sie zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags im Wesentlichen den Inhalt ihrer Rüge wieder; insbesondere sei wegen der Angebotsaufforderung und wegen der Nichtanwendung der VgV für die Angebotsabgabe die elektronische Form nicht zwingend gewesen, so dass das Angebot auch auf dem Postweg übersandt werden konnte, wovon die Antragstellerin Gebrauch machte. Neben der Höhe ihres Angebotspreises äußerte sie, dass sie wegen der vorgesehenen Lieferfrist nach Zuschlagserteilung bereits Komponenten der von ihr angebotenen Leistung bestellt, erhalten und bezahlt hätte; dadurch sei ihr ein Schaden entstanden, dessen Höhe sie bezifferte. Im Übrigen geht sie davon aus, dass ihr der Zuschlag zu erteilen wäre, da sie sämtliche zu den Zuschlagskriterien gestellten Fragen positiv beantwortet hätte und es allein ihr gelungen sei, die Ausschlusskriterien zu erfüllen.

Zugleich stellt sie ergänzend zum ebengenannte Antrag folgenden weiteren Antrag:

5. Die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

Mit Verfügung vom 21. April 2020 wies die Vergabekammer die Antragstellerin darauf hin, dass sie den Antrag vom 14. und 19. April 2020 nicht übermitteln und somit ein Nachprüfungsverfahren nicht einleiten wird, weil er wegen verspäteter Rüge offensichtlich unzulässig und mangels Vergaberechtsverstoßes wegen Maßgeblichkeit der Auftragsbekanntmachung offensichtlich unbegründet sei. Die Unzulässigkeit beruhe auf der Erkennbarkeit des geltend gemachten Verstoßes und der - entgegen des zu Grunde gelegten § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB - Rügeerhebung erst nach dem Termin zur Angebotsabgabe (Schlusstermin); erstere geschah am 6. April 2020, letztere war schon zum 12. März 2020, 12:00 Uhr, terminiert gewesen. Die Unbegründetheit beruhe auf der angenommenen Vergabeerfahrung der Antragstellerin sowie der Erkennbarkeit der europaweiten Ausschreibung, die sich bereits aus Angaben der Angebotsaufforderung ergeben hätte, und der daraus folgenden Möglichkeit, die maßgeblichen Vorgaben aus der Auftragsbekanntmachung in Erfahrung zu bringen. Die Offensichtlichkeit i.S.v. § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB wurde bejaht.

Sie gab der Antragstellerin Gelegenheit, dazu Stellung zu nehmen.

Die Antragstellerin machte davon Gebrauch, indem sie dem Hinweis der Vergabekammer mit Schriftsatz vom 27. April 2020 entgegnetrat und ihren Antrag aufrechterhielt; danach sei er zu übermitteln und ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten.

Als Gründe trug sie wie folgt vor: Der Antrag sei zulässig, da nicht § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB einschlägig sei, sondern § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB; die darin vorgeschriebene Rügefrist sei eingehalten worden. Unabhängig davon sei der Antragstellerin ein Verstoß nicht erkennbar gewesen, da die streitgegenständliche Formulierung in der Angebotsaufforderung zur Abgabeform für einen - wie hier - durchschnittlichen Bieter nicht als vergaberechtswidrig eingeschätzt werden konnte. Die Antragstellerin sei nicht vergabeerfahren; in den vergangenen vier Jahren habe sie lediglich an vier Vergabeverfahren teilgenommen, von denen nur eins, nämlich das aus dem Oktober 2017, die Angebotsabgabe in elektronischer Form gefordert hätte; dazu legte sie u.a. Kopien von den Angebotsaufforderungen vor. Zudem sei der Antrag begründet, weil für die Antragstellerin nicht ersichtlich gewesen sei, dass es neben den auf dem Ausschreibungsportal zur Verfügung gestellten Unterlagen noch weitere, zeitlich nachfolgende Unterlagen gab. Sie habe sämtliche Unterlagen auf dem Ausschreibungsportal heruntergeladen, so dass sie darauf vertrauen durfte, alle für die Teilnahme am Vergabeverfahren erforderlichen Unterlagen erhalten zu haben und keine weiteren Recherchen durchführen zu müssen; dies

habe sie so auch der Angebotsaufforderung entnommen. Die Offensichtlichkeit verneinte sie, da die geltend gemachten Verstöße gerade nicht auf der Hand liegen würden.

II.

Der Nachprüfungsantrag wird nicht gemäß § 163 Abs. 2 Satz 3 GWB übermittelt, weil seine - gebotene summarische (Ziekow/Völlink-Dicks, Vergaberecht, 3. Auflg. 2018, § 163 GWB Rn, 12; Müller-Wrede-Hofmann, GWB, 2016, § 163 Rn. 29 [a.E.]) - Überprüfung gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB ergeben hat, dass er offensichtlich unbegründet ist. Die Verfügung der Vergabekammer vom 21. April 2020 bleibt im Ergebnis aufrechterhalten.

1.) Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Insbesondere hat die Antragstellerin ihre Rügeobliegenheit erfüllt.

Die einzelnen Rügetatbestände in § 160 Abs. 3 GWB stehen nebeneinander (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, GWB, 4. Auflg. 2016, § 160 Rn. 138; Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 37). Gleichwohl wird § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB als Grundtatbestand angesehen, der allumfassend gilt (Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, Vergaberecht, Band 1, 3. Auflg. 2017, § 160 GWB Rn. 57); diese Vorschrift erfasst schon nach ihrem Wortlaut den Zeitraum des gesamten Vergabeverfahrens bis zur Einreichung des Nachprüfungsantrags (Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, wie vor). Sie überlagert die anderen Rügetatbestände, wenn der Bieter vor Ablauf der Angebotsabgabefrist in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabe- bzw. Auftragsunterlagen einen Rechtsverstoß positiv erkannt hat (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 39; im Ergebnis ebenso: Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, wie vor; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, wie vor).

Hier kann dahin gestellt bleiben, ob als Anknüpfungspunkt für den von der Antragstellerin geltend gemachten Verstoß die Auftragsunterlagen in Betracht kommen. Entscheidend ist, ob diese Unterlagen für die Kognitionsmöglichkeiten eines durchschnittlich fachkundigen Bieters ausreichen, um einen Vergaberechtsverstoß anzunehmen. Die Kognitionsmöglichkeiten dürfen gemeinhin nicht überschätzt werden; die Anforderungen an die Rügeobliegenheiten müssen realitätsnah und praktisch erfüllbar sein (s. Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 Rn. 44 [8. Anstr.], Rn. 49). Umgekehrt muss der öffentliche Auftraggeber davon ausgehen können, dass sich ein Bieter bis zum Ablauf der Angebotsfrist in ausreichendem Maße mit den Auftragsunterlagen beschäftigt hat; beanstandet er die Unterlagen nicht, ergibt sich daraus bei verständiger Betrachtung, dass die Unterlagen vom betreffenden Bieter akzeptiert werden (Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, Vergaberecht, 4. Auflg. 2018, § 160 GWB Rn. 45).

Zwar wird im vorliegenden Fall in der Angebotsaufforderung vom 10. Februar 2020 an mehreren Stellen auf die VgV verwiesen, insbesondere wird beim abschließenden Hinweis auf die Verwendung von personenbezogenen Angaben auf deren Notwendigkeit bei der Berücksichtigung des Angebotes nach der VgV aufmerksam gemacht, so dass aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters von der grundsätzlichen Anwendbarkeit dieses Regelwerks auszugehen war. Doch ist mit der in der Aufforderung getroffenen Formulierung einer Angebotsabgabe auf elektronischem Wege nicht ausgeschlossen, dass insoweit seitens der Antragsgegnerin von einschlägigen Vorschriften der VgV abgewichen wurde – ungeachtet der Frage, ob diese Vorschriften disponibel sind, mithin ein Abweichen überhaupt gestatten. Dies ist im Rahmen der Beurteilung der Kognitionsmöglichkeiten zu Gunsten der Antragstellerin anzunehmen.

Hier kann der Antragstellerin nicht widerlegt werden, dass sie den geltend gemachten Verstoß erst erkannte, als sie am 1. April 2020 durch die Antragsgegnerin über die Gründe der Nichtberücksichtigung ihres Angebotes informiert wurde.

Bei erkannten Verstößen wird die Rügeobliegenheit erst ausgelöst, wenn der Antragsteller eine feststellbare und im Streitfall vom öffentlichen Auftraggeber nachzuweisende volle – d.h. nicht nur zu vermutende – positive Kenntnis nicht nur von den einen Vergaberechtsverstoß begründenden tatsächlichen Umständen, sondern aufgrund laienhafter, vernünftiger Bewertung zugleich positive Vorstellung von einem Verstoß gegen Vergabevorschriften gewonnen hat (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 160 GWB Rn. 40 m.w.N.; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Wiese, a.a.O., § 160 Rn. 140; Müller-Wrede-Hofmann, a.a.O., § 160 Rn. 57). Ausreichend ist das Wissen um einen Sachverhalt, der den Schluss auf einen Vergaberechtsverstoß erlaubt und es bei vernünftiger Betrachtung als gerechtfertigt erscheinen lässt, das Vergabeverfahren als fehlerhaft zu beanstanden (Heiermann/Zeiss/Summarders., jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflg. 2016, Stand: 27. März 2020, § 160 GWB Rn. 226 m.w.N.).

Hier wusste die Antragstellerin anhand der Bieterinformation vom 1. April 2020 von der Diskrepanz zwischen der von ihr gewählten und der vorgegebenen Angebotsform. Danach wurde ihr Angebot, das sie in Papierform auf dem Postweg eingereicht hatte, ausgeschlossen, weil es den Formerfordernissen nicht entsprach. Diese Umstände genügen zur Kenntniserlangung des von ihr geltend gemachten Vergabefehlers.

Zwar könnte sich eine frühere Erkenntnis aus der Auftragsbekanntmachung vom 13. Februar 2020 ergeben haben, welche im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Union (EU) durch den Online-Dienst der EU für die Ausschreibung öffentlicher Aufträge (Tenders Electronic Daily [TED]) publiziert worden war (EU-

ABl. [REDACTED]). Darin war Folgendes bestimmt gewesen: „Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen elektronisch via: <https://www.dtv.de/Satellite/notice/CXS0YDKYYML>“ (Ziff. I.3 der Auftragsbekanntmachung). Danach hatte die Angebotsabgabe elektronisch zu erfolgen. Allerdings liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der Antragstellerin die Auftragsbekanntmachung bis zur Abgabe ihres Angebotes am 4. März 2020 bekannt war. Vielmehr ist aufgrund ihres Vortrages in ihrem Schriftsatz vom 27. April 2020 das Gegenteil anzunehmen. Während sie in ihrer Antragschrift, namentlich in der Ergänzung vom 19. April 2020, zur Auftragsbekanntmachung keine Ausführungen gemacht hat, trägt sie nunmehr vor, sie sei aufgrund der Angaben in der Angebotsaufforderung davon ausgegangen, dass ihr auf dem Ausschreibungsportal im Rahmen der herunterzuladenden Dokumente sämtliche Informationen und Unterlagen zur Verfügung gestellt worden waren, die für die Angebotsabgabe erforderlich gewesen waren, so dass es keiner zusätzlichen Recherche nach weiteren Unterlagen bedurft hätte. Daher sei für sie nicht ersichtlich gewesen, dass es neben den bereit gestellten Unterlagen noch weitere, zeitlich nachfolgende Unterlagen gab.

Anhaltspunkte, die dem entgegenstehen, sind nicht gegeben. Solche ergeben sich auch nicht aus der Bezugnahme im Angebot der Antragstellerin; denn zum einen wird darin nicht auf die Auftragsbekanntmachung Bezug genommen, zum anderen datiert die Bezugnahme vom selben Tage wie das Angebot.

Demnach kann der Antragstellerin zudem nicht widerlegt werden, die - hier auf die Angebotsaufforderung erst nachfolgende - Auftragsbekanntmachung nicht gekannt zu haben. Es ist folglich anzunehmen, dass ihr die darin enthaltenen Vorgaben zur Angebotsform bis zur Angebotsabgabe nicht bekannt waren. Auf das Verhältnis zwischen Auftragsbekanntmachung und Auftragsunterlagen kommt es also nicht an.

Nach alledem war erst mit der Bieterinformation vom 1. April 2020 eine Anknüpfungstatsache für den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß gegeben, welche die Rügeobliegenheit auslöste.

- 2.) Jedoch ist der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet, da die Antragsgegnerin gemäß § 97 Abs. 6 GWB die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat.

Insbesondere hat sie nicht gegen die aus § 29 Abs. 1 Satz 1 VgV folgende Pflicht zur Klarheit und Eindeutigkeit der Auftrags- bzw. Vergabeunterlagen verstoßen.

Danach obliegt es dem Auftraggeber, die Vergabeunterlagen so eindeutig zu gestalten, dass die Bieter ihnen deutlich und sicher entnehmen könne, welche Erklärungen von ihnen in welchem Stadium des Vergabeverfahrens abzugeben sind

(Heiermann/Zeiss/Summa-Lausen, a.a.O., § 29 VgV Rn. 16; Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Verfürth, VgV, 2017, § 29 Rn. 8)

Maßgeblich für das Verständnis des Inhalts der Vergabeunterlagen ist der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Verfürth, wie vor; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierckes, VgV / UVgO, 2. Aufl. 2019, § 29 VgV Rn. 8). Abzustellen ist auf einen verständigen und sachkundigen Bieter, der mit Beschaffungsleistungen der ausgeschriebenen Art vertraut ist. Dabei kommt es in erster Linie auf den Wortlaut, daneben aber auch auf die konkreten Verhältnisse der Leistung an, wie sie in den Vergabeunterlagen ihren Ausdruck gefunden haben (Ziekow/Völlink-Hänsel, a.a.O., § 29 VgV Rn. 4; Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierckes, wie vor; s. Heiermann/Zeiss/Summa-Lausen, a.a.O., § 29 Rn. 17.1 f). Der Erklärungsgehalt kann daher anhand einer Gesamtschau der Vergabeunterlagen ermittelt werden (Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß-Verfürth, wie vor [a.E.]; vgl. Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierckes, a.a.O., § 29 VgV Rn. 9 [a.E.]).

Hier hat die Aufforderung vom 10. Februar 2020 gemäß ihres Wortlauts zur Form der Angebotsabgabe vorgesehen, Angebote elektronisch in Textform abzugeben. Allenfalls ist fraglich, ob das voranstehende „können“ ein Wahlrecht begründet, mit dem eine Möglichkeit für diese Angebotsform eingeräumt wurde, oder ob damit die Abgabe eines Angebotes überhaupt gemeint sein könnte.

Gegen ein Wahlrecht über die Angebotsform spricht bereits, dass im zu Grunde liegenden Vergabeverfahren zur elektronischen Abgabe keine Alternative eingeräumt wurde. In der besagten Aufforderung ist hinsichtlich der Abgabe allein die Rede von „elektronisch in Textform“. Weder an dieser Stelle noch im übrigen Text der Aufforderung wird eine nichtelektronische Abgabe erwähnt; vielmehr ist dessen Wortlaut zu entnehmen, dass - auch im Zusammenhang mit anderen Handlungen in diesem Stadium des Vergabeverfahrens - elektronische Kommunikation vorgesehen war.

Aus den übrigen Unterlagen, welche die Antragstellerin mit ihrer Antragsschrift vorgelegt hat („Anlage Ast 2“ bis „Anlage Ast 5“) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Dies gilt insbesondere für die Kopien aus Leistungsbeschreibung und Preisblatt (Teil der „Anlage Ast 2“), die sie mit der Angebotsaufforderung vom 10. Februar 2020 („Anlage Ast 1“) als Teil der Vergabe- bzw. Auftragsunterlagen ihrer Antragsschrift beigefügt hat.

Anders verhält es sich bei früheren Vergabeverfahren, welche die Antragsgegnerin als dieselbe Auftraggeberin mit gleichgelagertem Vergabegegenstand (Storagesystem, Storagecluster im Zusammenhang mit IT-Software) durchgeführt hatte und an denen die Antragstellerin nach eigenem Bekunden teilgenommen hatte.

Ausweislich der Angebotsaufforderungen der Antragsgegnerin vom 30. November 2016 - Vergabenummer: [REDACTED] - („Anlage Ast 7“) und vom 11. Oktober 2017 - Vergabenummer: [REDACTED] - („Anlage Ast 8“) ist seinerzeit zur Angebotsform jeweils wie folgt bestimmt worden: „Falls Sie bereit sind, die Leistung zu übernehmen, können Sie Ihr Angebot elektronisch in Textform oder schriftlich (...) abgeben.“ Im ersten Fall war eine schriftliche Abgabe ohne Sicherungskopie vorgesehen gewesen (Seite 2 der Aufforderung vom 30. November 2016), im zweiten Fall mit Sicherungskopie (Seite 2 der Aufforderung vom 11. Oktober 2017).

Damit konnten damals Angebote in elektronischer oder schriftlicher - d.h. nicht elektronischer - Form eingereicht werden. Dadurch waren Alternativen in der Form der Angebotsabgabe eröffnet worden, zwischen denen die Bieter hatten wählen können.

Demgegenüber entfielen im zu Grunde liegenden Vergabeverfahren solche Alternativen, so dass die Bieter nun nicht mehr die Form der Angebotsabgabe auswählen konnten.

Soweit in den beiden zuletzt genannten Aufforderungen das Verb „können“ verwendet wird, bekräftigt es jeweils die dortige Wahlmöglichkeit. Dergleichen folgt es aber nicht aus der Aufforderung vom 10. Februar 2020, weil darin keine unterschiedlichen Angebotsformen erwähnt wurden und somit solche nicht zur Wahl standen. Die Weiterverwendung des Verbs „können“ in dieser - nachfolgenden - Aufforderung legt den Schluss nahe, dass es sich hierbei lediglich um eine Standardformulierung handelt, ohne jedoch mangels Wahlobjekt eine Wahl zwischen Alternativen zu eröffnen.

Demzufolge ist bei verständiger Würdigung nach dem Wortlaut der Aufforderung vom 10. Februar 2020 die Abgabe des Angebots in allein elektronischer Form vorgegeben. Die Aufforderung ist hinsichtlich der Angebotsform frei vom mehrdeutigen Vorgaben.

Der Antrag ist daher unbegründet.

Er ist auch gemäß § 163 Abs. 2 Satz 1 GWB offensichtlich unbegründet.

Dies ist dann der Fall, wenn evident ist, dass er bei der materiellen Bewertung aufgrund einer Schlüssigkeitsprüfung keinen Erfolg haben wird (Reidt/Stickler/Glahs-Reidt, § 163 Rn. 20, s. Rn. 23; Burgi/Dreher-Horn/Hofmann, a.a.O., § 163 GWB Rn. 19; Müller-Wrede-Gaus, a.a.O., § 163 Rn. 29 [a.E.]). Die Offensichtlichkeit ist schon dann gegeben, wenn sich die Unbegründetheit - nach Lage der Akten und ohne dass die Vergabekammer in dem relevanten Verfahrensstadium,

d.h. nach Antragseingang, eine weitere Tatsachenaufklärung zu betreiben hat - einem fachkundigen Betrachter, wenn auch möglicherweise erst nach eingehender Prüfung der Sache, aufdrängt (Ziekow/Völlink-Dicks, a.a.O., § 163 Rn. 12). In der Regel ist Prüfungsgrundlage der Antrag (Heiermann/Zeiss/Summa-ders., a.a.O., § 163 GWB Rn. 35).

Hier geht bereits aus der Antragschrift und der Stellungnahme der Antragstellerin vom 27. April 2020 sowie den jeweils dazugehörigen Anlagen hervor, dass der Nachprüfungsantrag keine Erfolgsaussicht hat. Auf die vorstehenden Ausführungen, die auf diese Unterlagen Bezug nehmen, wird verwiesen.

Nach alledem ist 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.

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 -; Kulartz/Kus/Portz/Prieß-Thiele, a.a.O., § 182 Rn. 7), der in ihrem Schriftsatz vom 19. April 2020 beziffert wird. 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 um die Hälfte auf ████████ € 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.

Wegen der Nichtübermittlung des Nachprüfungsantrags erübrigt sich eine Entscheidung über einen Aufwendungserstattungsanspruch eines möglichen weiteren Beteiligten und über die Notwendigkeit der etwaigen Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch diesen (§ 182 Abs. 4 GWB).

Es wird 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

Greimann
Hauptamtlicher Beisitzer