

VK Südbayern

Beschluss vom 19.03.2018 - Z3-3-3194-1-54-11/17

1. Der Ausschluss eines Angebots nach § 16 EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A 2016 i.V.m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 i.V.m. § 11a Abs. 2 EU VOB/A 2016 wegen des Verstoßes gegen die vom Antragsgegner festgelegte Form und gegen die vorgeschriebene Datensicherheit ist nicht von der Frage eines Verschuldens oder Vertretenmüssens abhängig.
2. § 11 Abs. 3 VgV verlangt in Umsetzung des Artikels 22 Abs. 6 Unterabs. 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern alle notwendigen Informationen über die in einem Vergabeverfahren verwendeten elektronischen Mittel, die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen mithilfe elektronischer Mittel und verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren zur Verfügung stellen muss.
3. Die Zurverfügungstellung dieser Informationen muss nicht zwingend in der Bekanntmachung oder den Auftragsunterlagen selbst erfolgen.
4. Es kann inzwischen von einem allgemeinen Kenntnisstand von Unternehmen, die an EU-weiten Vergabeverfahren teilnehmen, ausgegangen werden, dass das Unterlassen von durchzuführenden Updates an der im Unternehmen verwendeten Software zu Funktionseinbußen bei Computerprogrammen führen kann. Dies gilt auch für lokal auf der Unternehmenshardware installierten Bieterclients von Vergabeplattformen.

In dem Nachprüfungsverfahren

...

wegen der Vergabe "..., Neubau Mensa, Lieferung und Montage der Spül- und Fördertechnik",

erlässt die Regierung von Oberbayern, Vergabekammer Südbayern, auf die mündliche Verhandlung vom 25.01.2018 durch den Vorsitzenden, Herrn Steck, die hauptamtliche Beisitzerin, Frau Schwemer, und den ehrenamtlichen Beisitzer, Herrn Bauer, folgenden Beschluss:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von ...,00 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

Der Antragsgegner beabsichtigt im Rahmen der Baumaßnahme "..., Neubau Mensa, Lieferung und Montage der Spül- und Fördertechnik" zu vergeben. Eine entsprechende Veröffentlichung erfolgte am 29.09.2017 im Rahmen einer EU-weiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Wege eines offenen Verfahrens (Versendung 26.09.2017). Eine Aufteilung in Lose erfolgte nicht.

Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde nach der Bekanntmachung der 24.10.2017, 11:00 Uhr, bestimmt (Ziff. IV.2.2). Als einziges Zuschlagskriterium wurde der Preis genannt.

Nach Ziffer 1, 2. Absatz, der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Formblatt 211 EU) ist auch beabsichtigt, die im Vertragsformular bezeichneten Instandhaltungsleistungen im Namen und für Rechnung des Freistaates Bayern, dieser vertreten durch "Technischer Betrieb der ..." zu vergeben.

Nach Ziffer I.3) der EU-Bekanntmachung standen die Auftragsunterlagen vollständig und direkt unter folgendem Link zur Verfügung:
"<https://www.meinauftrag.rib.de/public/DetailsByPlatformidAndTenderId/platformid/1tenderid/145299>".

Weiter heißt es dort:

"Weitere Auskünfte erteilen/erteilt die oben genannten Kontaktstellen

Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen elektronisch via:
<https://my.vergabe.bayern.de>

Im Rahmen der elektronischen Kommunikation ist die Verwendung von Instrumenten und Vorrichtungen erforderlich, die nicht allgemein verfügbar sind. Ein uneingeschränkter und vollständiger direkter Zugang zu diesen Instrumenten und Vorrichtungen ist gebührenfrei möglich unter: <https://my.vergabe.bayern.de>."

In der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots (Formblatt 211 EU) unter Ziffer 7 ist jeweils angekreuzt, dass die Angebote

- elektronisch in Textform
- elektronisch mit fortgeschrittener Signatur
- elektronisch mit qualifizierter Signatur

abgegeben werden durften.

Den Vergabeunterlagen ist zu entnehmen, dass die Angebotsabgabe nur elektronisch über die Vergabeplattform www.vergabe.bayern.de möglich war. Es wurde dort auch darauf hingewiesen, dass für Fragen auch die Hotline (evergabe-hotline.bayern@rib-software.com) sowie die Oberste Baubehörde (vergabeplattform@stmi.bayern.de) zur Verfügung stehe.

In dem Formblatt (Formblatt 2492) "Ergänzung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots Teilnahmebedingungen bei elektronischen Vergabeverfahren über die Vergabeplattform" wurde unter "Elektronische Übermittlung des Angebotes über die Vergabeplattform" ausgeführt:

"Für die Abgabe von Angeboten ist eine Registrierung auf www.vergabe.bayern.de über ITWO tender <https://www.meinauftrag.rib.de/public/registerCompany> erforderlich. Die Firmen laden nach der Anmeldung in ITWO tender die bearbeitbaren Vergabeunterlagen in digitaler Form über den Bieterclient avasign von der Vergabeplattform auf ihren Rechner herunter. Die gesamten Vergabeunterlagen sind in einer Paket-Datei gespeichert und werden beim Öffnen mit ava-sign in einer übersichtlichen Baumstruktur dargestellt. Die elektronische Übermittlung des Angebotes erfolgt ausschließlich über ava-sign. ava-sign ermöglicht eine einfache und komfortable Bearbeitung der Vertragsunterlagen (Angebot) und eine vergaberechtskonforme Abgabe (elektronisch signiert oder in Textform und danach verschlüsselt) von digitalen Angeboten bei Ausschreibungen."

Ein Bieter gab bis zum Schlusstermin für die Angebotsabgabe ein elektronisches Angebot über die Plattform ab, nicht dagegen die Antragstellerin.

Am 24.10.2017 nach Schlusstermin für die Abgabe eines Angebots fand ein Telefonat zwischen der Antragstellerin und eines Mitarbeiters des Antragsgegners statt, indem die Antragstellerin von ihren Schwierigkeiten berichtete das Angebot elektronisch abzugeben.

Daraufhin übersandte die Antragstellerin per E-Mail ihr Angebot dem Antragsgegner zu und bat um Berücksichtigung ihres Angebots bei der Wertung.

Am 25.10.2017 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden konnte, da es per E-Mail übersandt wurde. Ihr Angebot könne nur berücksichtigt werden, wenn es im Original im verschlossenen Umschlag oder Online über die Vergabeplattform zum Submissionstermin vorgelegen habe.

Daraufhin rügte die Antragstellerin durch ihren Bevollmächtigten mit E-Mail vom 25.10.2017 die Nichtberücksichtigung des Angebots der Antragstellerin und notfalls das Vergabeverfahren neu auf den Weg zu bringen, da aufgrund von technischen Problemen des Vergabeportals die Antragstellerin ihr Angebot nicht elektronisch habe abgeben können. Zudem sei die Energieeffizienz zwingend bei der Bewertung der Angebote zu berücksichtigen. Der Preis als einziges Zuschlagskriterium genüge vorliegend nicht. Auch liege ein Verstoß gegen §§ 10, 10a EU VOL/A vor, da eine Angebotsfrist von 35 Kalendertagen nicht eingehalten worden sei, sondern nur 29 Kalendertage gewährt worden seien.

Der Antragsgegner half den Rügen mit Schreiben vom 10.11.2017 nicht ab.

Da den Rügen nicht abgeholfen wurde stellte die Antragstellerin mit Schreiben vom 23.11.2017 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer Südbayern und beantragte:

1. Der Antragsgegner wird verpflichtet, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren keine Zuschläge zu erteilen, das gesamte Vergabeverfahren in den Stand vor der Angebotsabgabe zurückzusetzen, der Antragstellerin Zugang zu den Vergabe- und Vertragsunterlagen zu gewähren und eine neue angemessene Frist zur Angebotsabgabe festzulegen; hilfsweise das Vergabeverfahren aufzuheben und die Antragsgegnerin - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - zur Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zu verpflichten.

2. Der Antragstellerin wird Akteneinsicht in die Vergabeakten gewährt.

3. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und Rechtsverteidigung notwendig ist.

4. Dem Antragsgegner werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin auferlegt.

Zum Sachverhalt teilte die Antragstellerin unter anderem mit, dass erst nach Herunterladen der Angebotsunterlagen der Hinweis ersichtlich gewesen sei, dass die Angebotsabgabe nur elektronisch möglich war. Zudem seien erst dort nähere Angaben für die elektronische Abgabe eines Angebots festgelegt gewesen. Weiter wurde geäußert, dass ein Mitarbeiter der Antragstellerin am 24.10.2017 versucht habe, das Angebot über die Software avasign zu übermitteln.

Diese Übermittlung habe nicht funktioniert. Es sei immer wieder die Fehlermeldung gekommen, dass das Signieren fehlgeschlagen sei. Dies wurde näher erläutert. Diese Meldung sei verwunderlich, weil ja auch eine elektronische Übermittlung ohne Signatur vorliegend möglich gewesen sei. Daraufhin habe die Antragstellerin erfolglos ihren firmeninternen technischen IT-Support eingeschaltet. Parallel habe der Mitarbeiter der Antragstellerin zweimal mit dem technischen Support/Hotline der Vergabeplattform des Antragsgegners telefoniert, was ebenfalls zu keinem Erfolg geführt habe. Auch das zur Verfügung stehende Handbuch zu avasign habe keine Lösung angeboten. Anschließend habe die Antragstellerin versucht, die Vergabestelle telefonisch vor dem Submissionstermin zu erreichen, was auch misslang.

Erst um 11:09 Uhr habe die Antragstellerin eine Mitarbeiterin des Antragsgegners erreicht, die mitgeteilt habe, dass in diesem Fall die Antragstellerin ihr Angebot auch per E-Mail übersenden könne. Die Antragstellerin habe dies so verstanden, dass der Antragsgegner wegen der geschilderten technischen Probleme der Antragstellerin ermöglichen wollte, ein Angebot abzugeben und hierzu dies per E-Mail möglich sei, mit entsprechender kurzfristiger Verlängerung der Abgabefrist für die Antragstellerin. Um 11:13 Uhr sei das Angebot der Antragstellerin dann per E-Mail versandt worden.

Die Antragstellerin sei antragsbefugt. Sie habe ihr Interesse durch Abgabe ihres Angebots deutlich gemacht. Durch Nichtbeachtung des Vergaberechts sei die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt. Eine Rüge sei mit Schreiben vom 25.10.2017 erfolgt. Auch der Verstoß gegen §§ 10, 10a EU VOB/A hinsichtlich der Angebotsfrist, habe noch nach dem Submissionstermin gerügt werden können, da einem Bieter keine

derart vertieften Vergabekenntnisse im Rahmen der Fristprüfungen aufzubürden seien.

Die Rügen wurden ausdrücklich zum Gegenstand und zur Begründung des Nachprüfungsantrags gemacht.

Darüber hinaus teilte die Antragstellerin im Wesentlichen mit, dass für die Bieter aufgrund der Vergabeunterlagen und den Informationen auf der Plattform ITWO die Angebotsabgabe nicht zwingend nur mit elektronischer Signatur erfolgen musste. Die fehlerhaften Programmhinweise in der Software ava-sign wurden von der Antragstellerin beanstandet. Diese schränkten den Wettbewerb ein und hätten es der Antragstellerin sogar unmöglich gemacht, ein Angebot abzugeben, da völlig überraschend eine digitale Signatur im Programm ava-sign zu verwenden gewesen sei, welche die Antragstellerin nicht besessen habe.

Es sei nicht zu beanstanden, dass dann die Antragstellerin - sogar nach gesonderter Absprache mit einer Mitarbeiterin des Antragsgegners und damit auch innerhalb einer ihr im Einzelfall verlängerten Submissionsfrist - letztendlich ihr Angebot per E-Mail und damit in der nach der Bekanntmachung geforderten "elektronischen Textform" übermittelt habe.

Unabhängig davon habe das Programm ava-sign für die Übermittlung nicht funktioniert. Der Zugang der Antragstellerin zum Vergabeverfahren sei dadurch unzulässig eingeschränkt worden.

Die Antragstellerin verwies weiter auf § 11 EU Abs. 1 VOB/A. Weiter dürften nach § 11 EU Abs. 5 VOB/A im streitgegenständlichen Fall auch keine erhöhten Anforderungen an die Sicherheit der zu übermittelnden Daten gestellt werden.

Der Antragsgegner sei verpflichtet, jedem interessierten Unternehmen eine Beteiligung an der Vergabe tatsächlich zu ermöglichen. Dies gelte insbesondere auch dann, wenn sie dafür spezielle Zugangsmöglichkeiten über eine bereitgestellte Software wie ava-sign eröffne. Die Ursachen der Fehlfunktion dieser Software gingen zu Lasten des Antragsgegners.

Auch liege ein Verstoß gegen §§ 10, 10a EU VOB/A vor, da eine Angebotsfrist von mindestens 35 Kalendertagen nicht eingehalten worden sei, sondern lediglich 29 Kalendertage. Auch eine Ausnahme der Fristverkürzung wegen Dringlichkeit sei nicht ersichtlich und nicht bekannt gemacht worden. Auch deshalb sei das vorliegende Vergabeverfahren aufzuheben.

Zudem genüge der Preis als einziges Zuschlagskriterium nicht, da vorliegend dieses Kriterium nicht geeignet sei, um die zu erwartenden Angebote miteinander vergleichen zu können.

Die Vergabekammer informierte den Antragsgegner über den Nachprüfungsantrag mit Schreiben vom 23.11.2017. Dieser gewährte der Vergabekammer Leserechte auf der Vergabeplattform hinsichtlich der Vergabeunterlagen und übersandte noch weitere Unterlagen.

Daraufhin erwiderte der Antragsgegner mit Schreiben vom 07.12.2017, dass er seine e-

Vergaben über die Plattform www.vergabe.bayern.de des Softwareunternehmens R.. abwickle. Der Zugang sei für Interessenten frei zugänglich, nur für die Abgabe digitaler Angebote sei eine Registrierung der Bieter erforderlich. Für die Bearbeitung der Vergabeunterlagen auf der Plattform sei das Programm *ava-sign* erforderlich, das der Bieter auf seinem Computer installieren müsse. Die übersandten Screenshots im Rügeschreiben der Antragstellerin zeigten, dass die Antragstellerin die Vergabeunterlagen habe ansehen und bearbeiten können. Die einzelnen Arbeitsschritte für die elektronische Angebotsabgabe zeige die Anleitung "Angebote bearbeiten mit *ava-sign*", die auf der Startseite zu finden sei. Den Bietern sei es möglich gewesen ein elektronisches Angebot auch in Textform abzugeben. Bei den mit der Rüge übersandten Screenshots fehlte jedoch bei der Antragstellerin die Abfrage, in welcher Form der Bieter sein Angebot abgeben möchte (S. 74 der Anleitung und Anl. 3). Erst wenn der Bieter aktiv die Möglichkeit der elektronischen Angebotsabgabe gewählt habe, entsprechen die weiteren Arbeitsschritte für die Abgabe seines Angebots dieser Abgabeform. Der auf S. 12 des Rügeschreibens der Antragstellerin angezeigte Screenshot wurde nur angezeigt, wenn der Bieter zuvor selber die elektronische Abgabe mit Signaturkarte gewählt habe. Möchte der Bieter sein Angebot in Textform abgeben, sei dies von ihm zu wählen.

Einem anderen Bieter sei auch möglich gewesen, sein Angebot in Textform erfolgreich abzugeben.

Die Übermittlung des Angebots der Antragstellerin per E-Mail entspreche zwar den Anforderungen des § 126a BGB, jedoch nicht den Anforderungen an elektronische Mittel gemäß § 11a EU VOB/A, hiernach dürfe kein vorzeitiger Zugriff auf empfangene Daten möglich sein.

Gemäß § 10 EU Abs. 4 VOB/A könne die Angebotsfrist um 5 Tage verkürzt werden, also müsse sie mindestens 30 Tage betragen. Die Öffnung der Angebote sei schon 28 Tage nach der Bekanntmachung erfolgt.

Die Antragstellerin habe seit dem 10.10.2017 das Paket der Vergabeunterlagen hochgeladen und mehrmals eingesehen. Sie habe am 24.10.2017, um 11:37 Uhr, mit der Vergabestelle telefoniert. Entgegen den Äußerungen der Antragstellerin im Rügeschreiben, dass eine Mitarbeiterin der Vergabestelle die Abgabe des Angebots per E-Mail angeboten habe, treffe nicht zu. Auch verstieße eine wie von der Antragstellerin behauptete, im Einzelfall verlängerte Submissionsfrist gegen das Vergaberecht, insbesondere den Gleichbehandlungsgrundsatz.

Die von der Antragstellerin vorgebrachten Rügen wegen der zu kurzen Angebotsfrist und des Preises als einzigem Wertungskriterium seien gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 2 GWB unzulässig, da bereits in der Bekanntmachung vom 26.09.2017 die Frist zur Angebotsabgabe als auch die Angabe des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium genannt worden sei.

Für die Bieter seien die Fristen und der entsprechende Fehler der Fristberechnung ohne Weiteres erkennbar gewesen. Für die Antragstellerin sei die Regelfrist des § 10 EU VOB/A von 35 Kalendertagen bekannt oder hätte diese erkennen müssen.

Dies gelte auch für die Rüge der Vergaberechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums Preis. Angesichts dessen, dass die Rechtsprechung eine Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit

für einen Bieter im Falle unzureichender Mindestbedingungen für Nebenangebote und im Falle nicht produktneutraler Ausschreibungen bejaht habe, könne vorliegend ebenfalls von einer solchen Erkennbarkeit ausgegangen werden.

Da vorliegend die Rügen der Antragstellerin erst am 25.10.2017, nach Ablauf der Angebotsfrist am 24.10.2017, 11:00 Uhr, erfolgt seien, seien die diesbezüglichen Rügen präkludiert.

Der ehrenamtliche Beisitzer hat die Entscheidung über die Beiladung, den Umfang der Akteneinsicht sowie im Falle der Rücknahme auf den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin mit Schreiben vom 20.12.2017 übertragen.

Mit Verfügung vom 20.12.2017 wurde die Frist bis zur Entscheidung der Vergabekammer gem. § 167 Abs. 1 S. 2 GWB bis zum 28.02.2017 verlängert.

Mit Beschluss vom 03.01.2018 wurde der Antragstellerin Akteneinsicht in den geschwärzten Vergabevermerk gewährt.

Ebenso wurde mit Beschluss vom 03.01.2018 die H... GmbH beigeladen.

Zudem hat die Vergabekammer mit Schreiben vom 03.01.2018 und 10.01.2018 die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung am 25.01.2018, um 10:00 Uhr, geladen.

Mit Schreiben vom 05.01.2018 teilte der Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen seine Mandatierung mit und bat um Akteneinsicht.

Daraufhin wurde mit Beschluss vom 08.01.2018 der Beigeladenen Akteneinsicht in den geschwärzten Vergabevermerk gewährt.

Nach Fristverlängerung nahm die Antragstellerin mit Schreiben vom 08.01.2018 Stellung und teilte mit, dass aus ihrer Sicht - was der Antragsgegner bestreite - die vorgegebene Software ava-sign nicht ordnungsgemäß funktioniert und eine Angebotsabgabe ohne eine digitale Signatur nicht zugelassen habe, obwohl nach den Ausschreibungsunterlagen auch andere Wege für die Angebotsübermittlung möglich gewesen seien. Keinesfalls fehle ein wichtiger Arbeitsschritt, wie dies der Antragsgegner aufgrund eines Screenshots behauptete. Die vom Antragsgegner behauptete Auswahlmöglichkeit der Bieter, wie das Angebot über ava-sign abgegeben werde, sei im bei der Antragstellerin installierten Programm des Antragsgegners ava-sign nicht, wie von dem Antragsgegner dargestellt, vorhanden gewesen.

Die Antragstellerin habe mit den ihr noch digital zur Verfügung stehenden Vergabeunterlagen der streitgegenständlichen Ausschreibung nochmals das vom Programm ava-sign für die Übermittlung eines Angebots vorgegebene Prozedere durchgeführt, mit dem gleichem Ergebnis, dass eine Möglichkeit das Angebot unsigniert irgendwie zu übermitteln nicht möglich gewesen sei.

Nach dem Öffnen der Software ava-sign habe die Antragstellerin ein Angebot bearbeiten können. Klicke man nach Bearbeitung auf die vorgesehene Schaltfläche "Abgabeassistent" so starte dieser auch weiter mit den im Nachprüfungsantrag genannten 7 durchzuführenden Schritten, von denen die Antragstellerin keinesfalls

Darstellungen auch nur ansatzweise weggelassen habe, wie der Antragsgegner behauptete. Die Antragstellerin übersandte über ihr weiteres Vorgehen Screenshots und erläuterte, dass sie keine Möglichkeit zur Auswahl, wie das Angebot abgegeben werden soll, gehabt habe.

Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus dem von dem Antragsgegner nunmehr als Anlage 3 vorgelegten Screenshot sowie der als Anlage 11 vorgelegten Anleitung des R.. Firmentool. Dies wurde noch näher erläutert.

Ob und inwieweit ein anderer Bieter in der Lage gewesen sei, ein wertungsfähiges Angebot in Textform abzugeben, entziehe sich der Kenntnis der Antragstellerin. Deshalb werde bestritten, dass wertungsfähige Angebote dem Antragsgegner vorliegen und diese vergaberechtskonform abgegeben werden konnten.

Die Antragstellerin verwies noch im Hinblick auf § 11a EU VOB/A auf die Entscheidung der VK Baden-Württemberg vom 30.12.2016 (Az.: 1 VK 51/16). Danach sei es nicht zu beanstanden, wenn der Bieter ein Angebot einreiche, weil die von der Vergabestelle vorgegebene Plattform nicht ordnungsgemäß funktioniert hätte. Danach stehe fest, dass nicht den Bieter das Übermittlungsrisiko im vorliegenden Fall treffe, sondern den Antragsgegner; Gegenteiliges habe dieser bisher nicht einmal substantiiert vorgetragen.

Unstreitig sei, dass der Antragsgegner per se die Frist aus § 10a EU Abs. 1 VOB/A von 35 Tagen auf 28 Tage unzulässig gekürzt habe. Für eine zulässige Verkürzung finde sich auch nichts in der Vergabedokumentation und der Vergabeakte.

Auch sei im Hinblick auf die rechtswidrige Verkürzung der Angebotsfrist die Rüge nicht verspätet gewesen. Ein durchschnittlicher Bieter, wie die Antragstellerin, müsse diesen Fehler nicht erkennen. Dies wurde noch näher ausgeführt und zudem auf den Beschluss des Bayerischen Obersten Landgerichts vom 12.04.2000 (Az.: Verg 1/00) verwiesen.

Auch die Rüge der Vergaberechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums "Preis als alleiniges Zuschlagskriterium" sei nicht verspätet. Wegen dieses Verstoßes gegen geltendes Vergaberecht, sei das Verfahren zurückzusetzen.

Mit Schreiben vom 15.01.2018 teilte die Beigeladene mit, dass sie den Vortrag der Antragstellerin hinsichtlich der Nichtabgabe ihres Angebots wegen eines technischen Fehlers sowie hinsichtlich des danach geführten Telefonats mit einer Mitarbeiterin der Vergabestelle mit Nichtwissen bestreite.

Was den angeblichen technischen Fehler anbelange, könne die Beigeladene nur feststellen, dass es ihr selbst ohne Weiteres möglich gewesen sei, ihr Angebot in elektronischer Form ordnungs- und fristgemäß abzugeben. Bemerkenswerterweise sei die Abgabe gleichfalls gegen 9:00 Uhr erfolgreich erfolgt. Da die Beigeladene sich das erste Mal auf dieser Plattform beworben habe und unsicher gewesen sei, ob ihr Angebot vollständig geladen gewesen sei, habe sie beim Support des Antragsgegners ein "Ticket" (Bearbeitungsnummer) gelöst und umgehend die Mitteilung erhalten, wie sie auf der Seite der Beigeladenen kontrollieren könne, ob ihr Angebot vollständig eingegangen sei. Dies habe sie dann am 24.10.2017, kurz nach 10:00 Uhr feststellen können. Die Plattform sei vollständig funktionsfähig gewesen, auch der Support.

Wie die Vergabestelle richtig ausführe, habe die Antragstellerin bei ihrem Antragschriftsatz den Schritt im Programmablauf, bei dem abgefragt werde, welche Signaturart gewählt werden soll, weggelassen. Dies könne dahinstehen, denn die Vorgänge der Angebotsabgabe bis zur Absendung an die Vergabeplattform spielten sich hinsichtlich der Hard- und Softwareleistungen auf dem Rechner des jeweiligen Bieters ab. Sollte, wie die Antragstellerin behaupte, tatsächlich ein Fehler aufgetreten sein, habe sich dieser im Verantwortungs- und damit Risikobereich der Antragstellerin ereignet und könne daher keine für sich günstigen Umstände im vorliegenden Vergabeverfahren zu Lasten der Vergabestelle und der Beigeladenen herleiten.

Soweit die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 08.01.2018 (S. 5 oben) auf eine leere Seite "Liste der Signaturen" verweist, handle es sich erkennbar um einen Bedienfehler. Offensichtlich verfüge die Antragstellerin über keine elektronische Signatur oder habe diese nicht ordnungsgemäß geladen. Auch dieser Fehler gehe zu Lasten der Antragstellerin.

Auch die Ausführungen der Antragstellerin, wonach die für den Betrieb der Vergabeplattform eingesetzte Softwarefirma sich nicht um eine Fehlerbehebung gekümmert habe, sei nicht schlüssig, da bei Programmfehlern auf den Rechnern der Antragstellerin diese Firma nicht zuständig sei, jedenfalls nicht derart, dass dies der Vergabestelle zurechenbar sei.

Hinsichtlich des Telefonats der Antragstellerin mit der Vergabestelle nach dem Submissionstermin wisse die Beigeladene nicht, was die Antragstellerin diesbezüglich verstanden habe. Vergaberechtlich sei dies jedoch gleichgültig, da nach objektiver Betrachtung die Antragstellerin oder Herr K... selbst verstehen müsste, dass eine namentlich nicht einmal benannte Mitarbeiterin mit unbekannter Qualifikation und Legitimation kaum in der Lage sei, im Rahmen eines Telefonats einseitig einen Submissionstermin zu verlegen und die Abgabefrist zu verlängern. Dies erst Recht, wenn die Öffnung der Angebote begonnen habe. Wenn die Antragstellerin dennoch davon ausgegangen sei, dass der Abgabetermin mit dem Gespräch verschoben worden sei, sei dies naiv und gleichfalls ohne vergaberechtliche Bedeutung.

Unabhängig davon, ob überhaupt eine unzulässig verkürzte Angebotsfrist gegeben gewesen sei, habe dies die Antragstellerin jedenfalls bis zum Submissionstermin zu rügen gehabt. Die Antragstellerin sei eine im Vergaberecht und in Nachprüfungsverfahren erfahrene Bieterin. Zudem sei die Rüge der verkürzten Abgabefrist keine komplexe Frage, die die Antragstellerin habe nicht selbst erkennen können. Die von der Antragstellerin jetzt erhobene Rüge sei ja eine einfache Ableitung aus dem Verordnungstext und bedürfe keiner vertieften juristischen Kenntnisse. Die Angebotsfrist sei im Übrigen so ausreichend gewesen, dass es auch der Antragstellerin möglich gewesen war, ein Angebot abzugeben. Dass sie technisch hierzu nicht in der Lage gewesen sei, habe mit der verkürzten Frist nichts zu tun.

Unabhängig davon, dass das einzige Zuschlagskriterium Preis auch nicht rechtswidrig sei, sei das Vorbringen der Antragstellerin bezüglich der Zuschlagskriterien zwingend vor dem Submissionstermin zu rügen gewesen. Nur vorsorglich werde darauf hingewiesen, dass sich die Antragstellerin zu Unrecht auf eine Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11.12.2013 berufe. Bei der dortigen Vergabe seien umfangreiche Ausführungsplanungen erforderlich gewesen, während es sich vorliegend lediglich um die Werk- und

Montageplanung handle, die jedem anbietenden Unternehmen ja ohnehin obliege. Der Antrag der Antragstellerin sei zurückzuweisen.

Der Antragsgegner nahm mit Schreiben vom 16.01.2018 Stellung zu dem Schreiben der Antragstellerin vom 08.01.2018 und teilte mit, dass die Antragstellerin mit einer veralteten ava-sign-Version gearbeitet habe, das habe ein Vergleich zwischen den von der Antragstellerin vorgelegten Screenshots mit der aktuellen ava-sign Software ergeben. Vor April 2016 sei als digitale Abgabeform Textform noch nicht zugelassen gewesen, sondern nur die elektronische Signatur oder das Mantelbogenverfahren. Daher gehe er davon aus, dass die Antragstellerin auf dem für die Abgabe des Angebots genutzten Computer eine veraltete ava-sign-Version installiert habe, durch die die Abgabeart in Textform nicht angezeigt worden sei. Sollte dies der Fall sein, sei eindeutig von einem Versäumnis der Antragstellerin auszugehen.

Zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens sei für die Abgabe eines Angebots ava-sign in der Version 4.9.6 vorgesehen gewesen. Bei der Registrierung auf der Vergabeplattform werde jedoch in den AVBs darauf hingewiesen, dass ein Bieter immer die aktuelle Version zu verwenden habe.

Diese bei der Registrierung auf der Vergabeplattform erforderliche Einwilligung in die Nutzungsbedingungen verstoße nicht gegen geltendes Vergaberecht.

Weiter wurde mitgeteilt, dass es R.. möglich sei über einen FastViewer auf den Bildschirm eines fragenden Bieters zu schauen. Dies erfolge jedoch nicht standardmäßig, sobald ein Bieter R.. telefonisch um Unterstützung bittet. Soweit ein Bieter R.. nicht direkt um Aufschaltung bitte, entscheide R.. während eines Gesprächs, ob die Aufschaltung der Hilfestellung dienlich sei. Der Vergabestelle sei es jedoch nicht möglich, sich auf den Bildschirm eines fragenden Bieters aufzuschalten.

Soweit auf eine Entscheidung der VK Baden-Württemberg vom 30.12.2016 (Az.: 1 VK 51/16) verwiesen werde, sei dies im vorliegenden Fall nicht einschlägig, da in dem dortigen Fall die Gründe für die Unmöglichkeit der Abgabe allein aus der Sphäre der Vergabestelle stammten, was vorliegend nicht der Fall sei. Insbesondere, da die Antragstellerin eine veraltete ava-sign Version verwendet habe, ergebe sich eine maßgebliche Mitverantwortung der Antragstellerin an der fehlgeschlagenen Angebotsabgabe.

Daraufhin teilte die Beigeladene mit Schreiben vom 22.01.2018 im Wesentlichen mit, dass es ihm Verantwortungsbereich der Antragstellerin liege, ob diese die Software falsch herunterlade, nach dem Herunterladen ggf. verändere, falsch bediene oder wie die Vergabestelle nunmehr mitgeteilt habe nicht aktualisiert habe. Dass die Software voll funktionsfähig und geeignet sei, habe die Beigeladene mit ihrem Angebot dokumentiert. Wenn die Antragstellerin, nachdem sie mit dem Upload Probleme hatte, sich nur kurz einmal das Tutorial auf www.vergabe.bayern.de durchlaufen hätte, hätte sie bemerkt, dass ihre Abbildungen andere seien, als die in diesem Tutorial dar-gelegten.

Die Antragstellerin äußerte mit Schreiben vom 22.01.2018, dass sie bei der Abgabe des Angebots mit ava-sign in der "Version 4.4.1, Bild 2004" gearbeitet habe. Ausweislich der Vergabeunterlagen habe keinerlei Verpflichtung des Bieters bestanden, die Software in der aktuellsten Version zu verwenden. Schon deswegen spiele es vorliegend keine

Rolle, welche Version die Bieter letztlich verwendet hätten. Wollte eine Vergabestelle dazu spezielle Vorgaben eingehalten wissen, an die sich die Bieter halten müssen, so müsse sie dies auch deutlich kennzeichnen. Es sei zu erwarten gewesen, dass sie die Bieter darauf hinweise, dass ava-sign erst ab einer bestimmten Version zu verwenden sei, ansonsten habe diese ja auch zu elektronischen Angaben (insbes. in Formblatt 2492) genaue Angaben gemacht. Da der Antragsgegner dies nicht gemacht habe, gingen die Versäumnisse zu dessen Lasten. Daher sei das streitgegenständliche Vergabeverfahren nach wie vor aufzuheben und zurückzusetzen.

Gegenteiliges ergebe sich auch nicht aus den von der Antragsgegnerin vorgelegten AVBs (AG 9 und AG 10). In AG 10 heiße es: "Sie entfalten keinerlei Wirkung auf die über die Vergabepattform durchgeführten Vergabeverfahren." Deshalb könne sich der Antragsgegner schon nicht darauf berufen. Auch sei diese Anlage nicht einmal Bestandteil des Vergabeverfahrens. Es ergebe sich für die Antragstellerin keine Pflicht immer die aktuellste Version dieser Software anzuwenden.

Sodann seien diese AGB auch vergaberechtswidrig, da sie den Zugang zum Vergabeverfahren und damit den Wettbewerb unzulässig einschränken. Dies wurde noch näher ausgeführt.

Weiter wurde ausgeführt, dass der Mitarbeiter der Antragstellerin im Hinblick auf die Abgabe des streitgegenständlichen Angebots keine gesteigerten Sorgfaltspflichten habe, das erstellte Angebot zeitlich früher an den Antragsgegner übermitteln zu müssen, da er schon öfters mit dem Programm ava-sign Angebote eingereicht habe. Es sei für ihn nicht ersichtlich gewesen, dass es dieses Mal bei der Abgabe des Angebots Probleme geben würde.

Wenn den Ausführungen des Antragsgegners folgend immer die aktuellste Version von ava-sign zwingend hätte verwendet werden müssen, so sei doch auch davon auszugehen, dass der eigene Support der Firma R.. doch auf derartige Probleme und Versionskonflikte zunächst hinweisen müssen. Der Support mit der Antragstellerin habe diesbezüglich völlig versagt.

Die mündliche Verhandlung fand am 25.01.2018 in den Räumen der Regierung von Oberbayern statt. Die Sach- und Rechtslage bzgl. der fehlgeschlagenen Abgabe des Angebots der Antragstellerin wurde erörtert. Dabei hatten die Beteiligten Gelegenheit zum Vortrag. Die Antragstellerin hatte ihren PC, auf dem die ava-sign Version 4.4.2.2023 (Stand: Juli 2012) installiert war und mit dem sie ihr Angebot abgeben wollte, mit in die mündliche Verhandlung gebracht. Sie zeigte darauf den Ablauf der Angebotsabgabe bis zur Aufforderung, das Angebot zu signieren. Die Beigeladene führte der Kammer auf ihrem Laptop das vom Antragsgegner im Schreiben vom 24.01.2018 erwähnte Video vor. Dieses zeigt, dass beim Programmstart einer veralteten Version von ava-sign ein Fenster geöffnet wird, das zum Update auffordert.

Der Mitarbeiter Herr K.. der Antragstellerin, der das streitgegenständliche Angebot nicht abgeben konnte, gab an, dass er diese update-Meldung auf seinem PC nicht gesehen habe und vermutet als Ursache, dass Einstellungen in der firmeneigenen IT (ggf. eine Firewall) dies nicht zulasse. Weiter teilte Herr K.. mit, dass das erfolgreich in Textform abgegebene Angebot der Antragstellerin in einem anderen Vergabeverfahren im Mai 2017 nicht an diesem PC abgegeben worden sei.

Herr K.. beschrieb wie er am 23.10.2017 das Angebot erstellt habe. Über den "Abgabeassistenten" habe er das Angebot nicht erfolgreich abgeben können, da eine Signatur gefordert wurde.

Am 24.10.2017 startete er weitere Abgabeversuche. Zuerst wollte er das Angebot in Textform abgeben, was misslungen sei. Als nächstes versuchte er mit Hilfe eines Kartenlesegeräts und einer Signaturkarte seines Abteilungsleiters Herrn S.. ein Angebot mit Signatur abzugeben, was ebenfalls misslungen sei. Die Signatur sei in ava-sign auf dem konkreten PC auch nach Installation der Treiber für das Lesegerät nicht erkannt worden. Der von Herrn K.. angerufene Hotline-Support für die Plattform hätte sich nicht mittels FastViewer auf seinen PC aufgeschaltet. Herr K.. habe dem Hotline-Support gesagt, dass er ein Angebot abgeben wolle, er beim Signieren nicht weiter komme und er eine Meldung, dass das Signieren fehlgeschlagen sei, erhalten habe. Auf die Frage des Vorsitzenden, ob er dem Hotline-Support mitgeteilt habe, dass er zuvor die Angebotsabgabe in Textform versucht habe, äußerte der Mitarbeiter, dass er sich daran nicht mehr erinnern könne.

Der Antragsgegner gab an, dass der Hotline-Support bei ava-sign immer gleich sei, unabhängig davon welches der verschiedenen E-Vergabepakete ein Bieter gebucht habe.

Herr K.. teilte auf Anfrage mit, dass auf dem mitgebrachten PC nur das streitgegenständliche Angebot bearbeitet und dieser erstmals für eine Angebotsabgabe mittels ava-sign verwendet wurde. Die Antragstellerin habe nicht versucht, auf einem anderen PC das Angebot abzugeben. Er habe nicht auf die Version von ava-sign geachtet.

Auf dem PC des Antragsstellers konnte in der mündlichen Verhandlung mit der installierten Version unter "Hilfe" ein Textdokument im .pdf-Format (Stand 2012) angezeigt werden. Darin wurde auf S.6 darauf hingewiesen, dass die Bieter die aktuelle Version von ava-sign zu verwenden und Updates durchzuführen hätten.

Die genaue Ursache, warum auch die Angebotsabgabe mittels Signaturkarte und qualifizierter elektronischer Signatur nicht funktioniert habe, konnte in der mündlichen Verhandlung nicht geklärt werden.

Die Antragstellerin hielt ihre Anträge vom 23.11.2017 aufrecht. Der Antragsgegner und die Beigeladene beantragten den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Überprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 1 und 2 BayNpV.

Gegenstand der Vergabe ist ein Bauauftrag i.S.d. § 103 Abs. 3 GWB. Der Antragsgegner ist Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgebliche Schwellenwert in Höhe von 5.225.000 Euro.

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 - 109 GWB liegt nicht vor.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig und insoweit unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs.6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin trägt vor, dass entgegen den Angaben in den Vergabeunterlagen ein Angebotsabgabe "elektronisch in Textform" nicht möglich gewesen sei, dass die Angebotsfrist nach § 10 a EU VOB/A nicht eingehalten worden sei und das alleinige Zuschlagskriterium "Preis" unzulässig sei und sie hierdurch in ihren Rechten nach § 97 Abs.6 GWB verletzt sei. Da die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten soll, droht ihr auch der Eintritt eines Schadens.

Die Rügen hinsichtlich der Verkürzung der Angebotsfrist und wegen der Festlegung des Preises als einzigem Zuschlagskriterium sind jedoch gem. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 und 3 GWB präkludiert und der Antrag ist insoweit unzulässig.

Im Übrigen erfolgte die Rüge der Antragstellerin am 25.10.2017 rechtzeitig und der Antrag ist insoweit gemäß § 160 Abs.3 S.1 Nr.1 GWB zulässig.

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet, da der Antragsgegner nach § 11 Abs.1 und 2 VgV eine funktionierende Vergabeplattform verwendet und den Bietern die notwendigen Informationen über die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten mithilfe elektronischer Mittel zur Abgabe eines Angebots gemäß § 11 Abs.3 Nr.2 VgV zur Verfügung gestellt hat. Folglich ist die Antragstellerin nicht in ihren Rechten verletzt, § 97 Abs.6 GWB.

Nach § 2 S.1 VgV ist für die Vergabe von Bauaufträgen Abschnitt 1 der VgV und mithin § 11 VgV anzuwenden.

2.1 Der Antragsgegner hat eine funktionierende Vergabepattform, über die die Angebote einzureichen waren, verwendet, § 11 Abs.1 und 2 VgV. Dies gilt insbesondere für den Zeitraum von zwei bis drei Stunden vor Ablauf der Angebotsfrist, da die Beigeladene nahezu zeitgleich erfolgreich ein Angebot über die Vergabepattform abgeben konnte. Auch aufgrund der ausführlichen Erläuterungen in der mündlichen Verhandlung, kann ein technisches Problem auf der Vergabepattform ausgeschlossen werden. Die Vergabepattform war in den Stunden vor dem Ablauf der Angebotsfrist funktionsfähig. Vielmehr wurde deutlich, dass sich die Probleme der Antragstellerin in ihrer Risikosphäre abgespielt haben.

Dies gilt auch für das Zusammenspiel von ava-sign sowie der Signaturkarte und dem Kartenleser. Der öffentliche Auftraggeber hat weder auf die Signaturkarte noch auf das Kartenlesegerät des Bieters Einfluss. Der Verantwortungsbereich des öffentlichen Auftraggebers beginnt oder endet aber am Übergabepunkt, also dort, wo die Daten seinen technischen Einflussbereich betreten bzw. verlassen (Wichmann, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 3. Auflage, § 11 VgV Rdnr.13.). Die Antragstellerin trug vor, dass das Fenster "Liste der Signaturen" des ava-sign Abgabeassistenten keine Signatur enthielt. Ob das Problem nun bereits auf die fehlerhafte Installation des Kartenlesegerätes mit entsprechender Software oder auf die Verwendung einer veralteten Version von ava-sign zurückzuführen ist, kann dahinstehen, da beide Möglichkeiten in der Risikosphäre der Antragstellerin liegen. Denn es ist die Aufgabe des Bieters auf seinem PC die notwendigen Updates und Installationen vorzunehmen. Der Bieter trägt nämlich das Risiko, dass die elektronischen Mittel, die er verwendet, funktionieren. Schließlich hat der öffentlichen Auftraggeber hierauf keinen Zugriff, geschweige denn einen Einfluss. Seine Aufgabe und Pflicht liegt deshalb darin, die entsprechenden Informationen den Bietern zur Verfügung stellen. Treten technische Schwierigkeiten beim Betrieb der verwendeten elektronischen Mittel auf, so sind die Folgen danach zu beurteilen, wessen Sphäre sie zuzuordnen sind. Vom Bieter selbst zu verantwortende Schwierigkeiten gehen zu seinen Lasten. Diese zählen zum Übermittlungsrisiko, das üblicherweise vom Absender zu tragen ist. (Müller, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 11 Rdnr.18). Die Erstellung des Angebots und die Vorbereitung der Versendung des Angebotes finden auf dem PC des Bieters statt und sind folglich seiner Sphäre zuzuordnen. Erst mit der Übermittlung des Angebots an die Vergabepattform wird der Einflussbereich des öffentlichen Auftraggebers betreten.

Im Übrigen wäre die Antragstellerin bei Verwendung der aktuellen Version von ava-sign nicht auf die Abgabe des Angebotes mit Signatur angewiesen gewesen, sondern hätte mit dieser Version ein Angebot auch in Textform abgeben können. Diese Wahlmöglichkeit stand in der von der Antragstellerin verwendeten veralteten Version aber noch nicht zur Verfügung.

2.2 Der Antragsgegner hat den Bietern auch die notwendigen Informationen über die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten mithilfe elektronischer Mittel zur Abgabe eines Angebots zur Verfügung gestellt. § 11 Abs.3 VgV verlangt in Umsetzung des Artikels 22 Absatz 6 Unterabsatz 1 Buchstabe a der Richtlinie 2014/24/EU, dass der öffentliche Auftraggeber den Bietern alle notwendigen Informationen über die in einem Vergabeverfahren verwendeten elektronischen Mittel, die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen mithilfe elektronischer Mittel und verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren zur

Verfügung stellen muss.

2.2.1 Zu den im Sinne des § 11 Abs.3 Nr.2 VgV notwendigen Informationen über die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen mithilfe elektronischer Mittel zählen vorliegend die Benennung der technischen Voraussetzungen beim Bieter für die elektronische Angebotsabgabe, die Anleitung zur Verwendung der Metaplattform iTWO tender und der Vergabeplattform "my.vergabe.bayern.de", die Anleitung zur Installation der erforderlichen Software - des Bieterclients ava-sign - durch den Bieter auf seinem PC, deren Bedienung sowie Aktualisierung der Software mittels eines Updates. Nach Auffassung der Vergabekammer gehört zu diesen Informationen nicht der Hinweis, dass die vom Bieter verwendete Programmversion veraltet ist und welche Konsequenzen es hat, wenn ein oder sogar mehrere Updates nicht durchgeführt werden. Es kann nämlich inzwischen von einem allgemeinen Kenntnisstand von Unternehmen, die an EU-weiten Vergabeverfahren teilnehmen, ausgegangen werden, dass das Unterlassen von durchzuführenden Updates zu Funktionseinbußen bei Computerprogrammen führen kann.

2.2.2 Diese Informationen hat der Antragsgegner den Bietern auch im Sinne des § 11 Abs.3 Nr.2 VgV zur Verfügung gestellt, in dem er bereits in der Bekanntmachung auf die Homepage "www.my.vergabe.bayern.de" hingewiesen hat. Das Zurverfügungstellen im Sinne dieser Vorschrift beinhaltet einerseits das tatsächliche Vorhandensein und andererseits die Kenntnisnahmemöglichkeit. Die Informationen müssen also tatsächlich vorhanden sein und der Bieter muss von ihnen Kenntnis nehmen können.

2.2.2.1 Die o.g. notwendigen Informationen waren tatsächlich vorhanden.

Auf der Homepage "www.my.vergabe.bayern.de" befinden sich sowohl schriftliche als auch visuelle Anleitungen zur Verwendung der Metaplattform iTWO tender und der Vergabeplattform "www.my.vergabe.bayern.de", die Anleitung zur Installation der erforderlichen Software, des Bieterclients ava-sign, durch den Bieter auf seinem PC sowie deren Bedienung. Weiter werden dort die technischen Voraussetzungen für die Teilnahme am elektronischen Vergabeverfahren erläutert sowie Informationen zu Signaturen gegeben. Auch in der Ergänzung der Aufforderung zu Angebotsabgabe finden sich die technischen Voraussetzungen und der Verweis auf die Homepage "www.vergabe.bayern.de" wieder.

Der ava-sign-Abgabeassistent stellt über den Reiter "Hilfe" auch das ava-sign Handbuch (Stand: Februar 2013) als pdf-Datei zur Verfügung. Dort findet sich bereits auf der ersten Seite der Ausführungen unter Ziff.1.1 "Einleitung", "Update und neueste Version" folgender Hinweis: "Bitte beachten Sie, dass Sie nur mit der neuesten Version ein gültiges Angebot erzeugen können! Lesen Sie hierzu bitte den Abschnitt Update". Diesem Hinweis ist ein gelb unterlegtes Ausrufezeichen vorangestellt. Auch unter Ziff. 1.1.5 finden sich sogenannte Tipps für Angebote (Seite 11). Dort steht unter Nr.6: "Immer neueste Version: Arbeiten Sie immer mit der neuesten Version von avasign. Nur damit kann sichergestellt werden, dass Ihre Angebote gültig abgegeben werden.". Noch einmal findet sich der Hinweis "Achtung: Bitte beachten Sie, dass Sie nur mit der neuesten Version ein gültiges Angebot erzeugen können!", dem wiederum ein gelb unterlegtes Ausrufezeichen vorangestellt ist, unter Ziff. 1.2.3 "ava-sign Update" auf S.19.

Der Bieter kann im ava-sign-Abgabeassistenten über den Reiter "Hilfe" und über die Schaltfläche "Auf neue Version prüfen" selbst prüfen, ob er die aktuelle Version von ava-sign einsetzt, sofern der PC mit dem Internet verbunden ist. Die Antragstellerin hat nicht vorgetragen, dass diese Prüfung nicht funktioniert habe.

Der Antragsgegner stellt seit der Version 4.1.1 (Stand: November 2008) von ava-sign sogar mittels eines automatisierten Prüfungsvorgangs sicher, dass generell auf ein durchzuführendes Update der Software ava-sign aktiv hingewiesen wird, indem beim Programmstart einer veralteten Version von ava-sign ein Fenster geöffnet wird, das zum Update auffordert. Der Bieter kann das Update installieren oder dessen Durchführung unterlassen, muss aber selbst aktiv werden und sich für eine Alternative entscheiden.

Zwar trug die Antragstellerin vor, dass sich auf dem PC des Mitarbeiters der Antragstellerin, der das streitgegenständliche Angebot abgeben wollte, dieses Fenster nicht geöffnet habe. Die Antragstellerin äußerte in der mündlichen Verhandlung die Vermutung, dass Einstellungen in der firmeneigenen IT (ggf. eine Firewall) das Öffnen des genannten Fensters möglicherweise nicht zugelassen habe. Letztendlich kann dieses Phänomen aber vielerlei Ursachen haben. Da die entsprechende Information, ob eine veraltete Version von ava-sign verwendet wird, auch mit der Selbstprüfung über den Reiter "Hilfe" und über die Schaltfläche "Auf neue Version prüfen" im ava-sign-Abgabeassistenten tatsächlich vorhanden war (s.o.), kann dahingestellt bleiben, in wessen Risikosphäre es fällt, dass sich das Fenster nicht geöffnet habe.

2.2.2.2 Der Antragsgegner hat die entscheidungserheblichen Informationen adäquat zu der Wichtigkeit und Allgemeingültigkeit ihres Informationsgehalts zur Verfügung gestellt, sodass die Bieter von ihnen Kenntnis erlangen konnten. Der öffentliche Auftraggeber muss die o.g. Informationen nämlich derart zur Verfügung stellen, dass bezogen auf die zu verwendenden elektronischen Mittel ein durchschnittlich versierter Bieter von ihnen Kenntnis erlangen kann. Die Art und Weise des Zurverfügungstellens korreliert deshalb mit der Wichtigkeit der Information und damit, ob es sich um allgemeine oder auftragsbezogene Information handelt. Von den hier entscheidungserheblichen Informationen, also der Installation, Bedienung und Aktualisierung des Bieterclients ava-sign, kann der Bieter Kenntnis nehmen, sobald er auf die Vergabepattform geht, also die Homepage "www.my.vergabe.bayern.de" öffnet, und auf seinem PC den ava-sign Abgabeassistenten benutzt. Da ausschließlich auf diesem Weg die Vergabeunterlagen heruntergeladen und elektronische Angebote abgegeben werden konnten, hatte jeder Bieter die Möglichkeit, bei Bedarf von den entsprechenden Informationen Kenntnis zu nehmen.

Bei den Informationen zur Installation, Bedienung und Aktualisierung des Bieterclients ava-sign handelt es sich zweifelsohne um wichtige Informationen. Gleichwohl müssen nicht sämtliche wichtigen Informationen in einem einzigen Dokument enthalten sein. Es wäre kontraproduktiv, wenn der öffentliche Auftraggeber sämtliche wichtige Informationen in einem einzigen Dokument der Vergabeunterlagen - also in die Aufforderung zur Angebotsabgabe oder die Bewerbungsbedingungen/Teilnahmebedingungen nach § 29 Abs.1 S.2 Nr.1, Nr.2 VgV oder § 8 EU Abs.1 Nr.1, Abs.2 Nr.4 VOB/A - aufnehmen würde, da dies deren Übersichtlichkeit einschränken und eher dazu beitragen würde, dass die entsprechenden Ausführungen gar nicht gelesen werden würden. So hat der Antragsgegner hier die umfangreichen Ausführungen zum Bieterclient ava-sign sinnvollerweise in einem

eigenen Handbuch gebündelt, auf das der Bieter zugreifen kann, wenn er gerade den ava-sign Abgabeassistenten benutzt. Da die Benutzung des ava-sign Abgabeassistenten unumgänglich ist, um ein Angebot abgeben zu können, hat nicht nur jeder Bieter die Möglichkeit, vom Handbuch Kenntnis zu nehmen. Es drängt sich geradezu auf, bei Problemen dieses zu Rate zu ziehen. Hätte der Antragsgegner das Handbuch direkt in der Vergabeplattform eingestellt, sodass es zu den von den Bietern herunterzuladenden Dateien gehört hätte, so hätte es die Antragstellerin auch nicht lesen müssen. Die Antragstellerin hatte es selbst in der Hand das Handbuch zu lesen. Aus Sicht der Vergabekammer macht es in Hinblick auf die Kenntnisnahmemöglichkeit keinen Unterschied, ob das Handbuch in den Vergabeunterlagen auf der Vergabeplattform oder im Reiter "Hilfe" des ava-sign Abgabeassistenten eingesehen werden kann.

Besondere Angaben über die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten in einem bestimmten Vergabeverfahren sind sinnvollerweise in die Aufforderung zur Angebotsabgabe nach § 8 EU Abs.1 Nr.1 VOB/A oder § 29 Abs.1 S.2 Nr.1 VgV aufzunehmen, allgemeingültige Angaben können hingegen in den Bewerbungsbedingungen nach § 29 Abs.1 S.2 Nr.2 VgV - der die Bewerbungsbedingungen als Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens definiert - oder vorliegend in die Teilnahmebedingungen nach § 8 EU Abs.1 Nr.1, Abs.2 Nr.4 VOB/A gemacht werden (vgl. auch Hänsel, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, Kommentar, 3. Auflage, § 29 VgV Rdnr.10.). Dabei ist es nach Sinn und Zweck der Regelung jedoch unschädlich, wenn Angaben nach dem zuvor Gesagten fälschlicherweise in die Aufforderung zu Angebotsabgabe anstatt in die Bewerbungsbedingungen aufgenommen wurden oder umgekehrt. Die Einordnung kann zum einen schwierig sein und zum anderen muss der Bieter ohnehin sämtliche Vergabeunterlagen lesen. Hier war folglich der Verweis auf den Bieterclient ava-sign in der "Ergänzung der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots - Teilnahmebedingungen bei elektronischen Vergabeverfahren über die Vergabeplattform" ausreichend. Ebenso unschädlich ist eine Falschbezeichnung, wenn die gewählte Bezeichnung auf den Inhalt schließen lässt. Bei dem Handbuch handelt es sich um in der bayerischen Staatsbauverwaltung einheitlich verwendete Bestimmungen. Sie sind damit Teilnahmebedingungen i.S.d. § 8 EU Abs.1 Nr.1, Abs.2 Nr.4 VOB/A. Aber auch die Bezeichnung "ava-sign Handbuch" lässt darauf schließen, dass die Handhabung des Bieterclients ava-sign und mithin die Einzelheiten der Durchführung der elektronischen Angebotsabgabe beschrieben wird.

Im Übrigen ist davon auszugehen, dass selbst dann, wenn der Hinweis "Bitte beachten Sie, dass Sie nur mit der neuesten Version ein gültiges Angebot erzeugen können!" nicht (nur) im Handbuch, sondern auch in der Bekanntmachung, der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder den Teilnahmebedingungen gestanden hätte, die Antragstellerin keine Selbstprüfung über den Reiter "Hilfe" und über die Schaltfläche "Auf neue Version prüfen" im ava-sign-Abgabeassistenten vorgenommen hätte. Denn die Antragstellerin hat von dem Vorhandensein des Handbuchs ava-sign Kenntnis gehabt. Sie trug nämlich vor, dass das zur Verfügung stehende Handbuch ava-sign keine Lösung für ihr Problem mit der Signatur angeboten habe. Die Vergabekammer hat mithin keine Zweifel an der Kenntnisnahmemöglichkeit der entsprechenden Informationen durch die Bieter.

Die Vergabekammer ist deshalb der Auffassung, dass der Antragsgegner die notwendigen Informationen gemäß § 11 Abs.3 Nr.2 VgV in ausreichendem Maß zur Verfügung gestellt hat.

2.2.2.3 Selbst wenn man davon ausgeht, dass der öffentliche Auftraggeber darüber zu informieren hat, dass eine neue Version von ava-sign existiert, ein entsprechendes Update durchzuführen ist und auf die Konsequenzen eines Unterlassens hinzuweisen hat, so ist auch diese Information in adäquater Weise durch ein sich automatisch öffnendes Fenster, das zum Update auffordert, - was bei der Antragstellerin nicht geschehen sei - jedenfalls aber mit der Selbstprüfung im ava-sign-Abgabeassistenten in Verbindung mit den Angaben im ava-sign Handbuch, zur Verfügung gestellt worden.

Von einem technisch durchschnittlich versierten Bieter kann allerdings erwartet werden, dass er seine verwendeten Softwareprogramme selbst auf dem aktuellen Stand hält. So wie er für seine gesamte Ausstattung in seinem Unternehmen selbst verantwortlich ist, so ist er auch für eine funktionsfähige IT-Ausstattung verantwortlich. Verfügt er nicht über entsprechende Mittel - wie entsprechendes IT-technisches Know-how oder entsprechende Ausrüstung -, so ist es seine Aufgabe diese zu besorgen. Der Verantwortungsbereich des öffentlichen Auftraggebers beginnt oder endet am Übergabepunkt, also dort, wo die Daten seinen technischen Einflussbereich betreten bzw. verlassen (Wichmann, in: Ziekow/Völlink, a.a.O.). So muss der Bieter in regelmäßigen Abständen selbst prüfen, ob aktuellere Versionen einer Software existieren und diese dann auch installieren. Unterlässt er dies, so muss ihm klar sein, dass das möglicherweise zu Funktionseinbußen führen kann. Dies fällt in seine Risikosphäre. Die zeitlichen Abstände der Überprüfung haben sich an der Häufigkeit der Aktualisierung einer Software zu richten. Die Antragstellerin hätte sich also darüber informieren müssen, in welchen ungefähren Abständen (z.B. wöchentlich, monatlich, jährlich) ava-sign aktualisiert wird. Weiter hätte sie von sich aus bei der Verwendung des Abgabeassistenten ava-sign für dieses konkrete Vergabeverfahren überprüfen müssen, ob die auf ihrem PC installierte Softwareversion aktuell ist. Dies wäre für die Antragstellerin auch ohne die automatisierte Prüfung des Abgabeassistenten entweder über den Abgabeassistenten über den Reiter "Hilfe" und über die Schaltfläche "Auf neue Version prüfen" oder mit der einfachen Suche im Internet (z.B. mit den Stichworten "ava sign update") möglich gewesen. Im Übrigen war die von der Antragstellerin auf dem gegenständlichen PC verwendete Version 4.4.2.2023 von ava-sign auf dem Stand von Juli 2012, mithin zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über fünf Jahre alt. Nach fünf Jahren ist der Zeitraum, in dem mit einer Aktualisierung der Software zu rechnen ist, bei Weitem überschritten. Vorliegend hat die Antragstellerin sogar eine Fehlermeldung erhalten, sodass es sich ihr hätte aufdrängen müssen, im ava-sign Abgabeassistenten über den Reiter "Hilfe" und über die Schaltfläche "Auf neue Version prüfen" selbst zu prüfen, ob die verwendete Version von ava-sign noch aktuell ist. Es wäre blauäugig zu meinen, dass eine einmal installierte Software für Jahre vollumfänglich funktionsfähig bliebe.

Lediglich in Ausnahmekonstellationen kann zu der Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers nach § 11 Abs.3 Nr.2 VgV gehören, dass er den Bieter - z.B. durch die automatisierte Prüfung des Abgabeassistenten - aktiv darauf aufmerksam macht, dass eine aktuellere Programmversion existiert und diese umgehend zu installieren ist. Dies ist beispielsweise in dem theoretischen Fall denkbar, dass kurz vor Ablauf der Angebotsfrist eine neue Programmversion von ava-sign erscheint und eine Verwendung der dann veralteten Version bedeutsame Funktionsänderungen oder -einbußen bei der Angebotsabgabe mit sich bringen würde. Eine solche Ausnahmekonstellation liegt hier aber nicht vor.

2.3 Das per E-Mail eingereichte Angebot der Antragstellerin hätte nach § 16 EU Abs.1 Nr.2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs.1 Nr.1, Nr.2 i.V.m. § 11a Abs.2 EU VOB/A ausgeschlossen werden müssen. Der Antragsgegner hat das nach Angebotsfrist per E-Mail eingereichte Angebot der Antragstellerin unbeachtet gelassen. Er hätte es aber gemäß § 14 EU Abs.4 S.1 VOB/A in der Niederschrift oder in einem Nachtrag besonders aufzuführen müssen. Da das Angebot jedoch zwingend wegen Verstoßes gegen die vom Antragsgegner festgelegte Form und wegen Verstoßes gegen die vorgeschriebene Datensicherheit nach § 16 EU Abs.1 Nr.2 VOB/A i.V.m. § 13 EU Abs.1 Nr.1 und Nr.2 EU VOB/A ausgeschlossen hätte werden müssen, bleibt das Vorgehen des Antragsgegners folgenlos. Da der Ausschluss des Angebots wegen des Verstoßes gegen die vom Antragsgegner festgelegte Form im Geltungsbereich der VOB/A und gegen die vorgeschriebene Datensicherheit nicht von der Frage eines Verschuldens oder Vertretenmüssens abhängig ist (vgl. diesbezüglich die ausführliche Begründung des OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.03.2017, 15 Verg 2-17), bedarf es keiner diesbezüglichen weiteren Ausführungen.

3. Kosten des Verfahrens

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs.3 S.1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist vorliegend die Antragstellerin.

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Es wird eine Gebühr von ...,00 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskraft verrechnet.

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen folgt aus § 182 Abs. 4 S. 2 GWB. Danach sind Aufwendungen des Beigeladenen nur erstattungsfähig, wenn die Vergabekammer sie als billig erachtet. Dabei setzt die Erstattungsfähigkeit jedenfalls voraus, dass der Beigeladene sich mit demselben Rechtsschutzziel wie der obsiegende Verfahrensbeteiligte aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (OLG Brandenburg, Beschl. v. 09.02.2010, Az.: Verg W 10/09). Die bisherige Rechtsprechung der Vergabesenate hat den Beigeladenen kostenrechtlich nämlich nur dann wie einen Antragsteller oder Antragsgegner behandelt, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzt, indem er sich an dem Verfahren beteiligt (BGH, Beschl. v. 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06). Dafür muss eine den Beitritt eines Streithelfers vergleichbare Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand derer festzustellen ist, welches (Rechtsschutz-) Ziel ein Beigeladener in der Sache verfolgt (OLG Celle, Beschl. v. 27.08.2008, Az.: 13 Verg 2/08). Ist eine solche nicht ersichtlich, handelt es sich bei den entstandenen Aufwendungen des Beigeladenen nicht um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (VK Baden-Württemberg, Beschl. v. 11.02.2010, Az.: 1 VK 76/10).

Die Beigeladene hat Anträge gestellt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2014, VII-Verg 12/03).

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i.S.v. § 182 Abs.4 S.1, S.2 und 4 GWB i. V. m. Art. 80 Abs.2 S.3, Abs.3 S.2 BayVwVfG angesehen. Denn eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung kann im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB nicht erwartet werden. Zur Durchsetzung ihrer Rechte ist die Beigeladene hier aufgrund der komplexen Rechtsmaterie auf anwaltliche Vertretung angewiesen. Hierüber hinaus war die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters seitens der Beigeladenen notwendig, um die erforderliche "Waffengleichheit" gegenüber der anwaltlich vertretenen Antragstellerin herzustellen.

Rechtsmittelbelehrung

...

Hinweis

Der Auftraggeber darf vor Ablauf der Beschwerdefrist den Zuschlag nicht erteilen. Die Beschwerdefrist erstreckt sich über einen Zeitraum von zwei Wochen. Sie beginnt mit Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer (vgl. § 169 Abs. 1 i. V. m. § 172 Abs. 1 GWB).

München, 19.03.2018