

VK Westfalen, Beschluss vom 20.02.2019, VK 1-40/18

GWB § 134; SektVO § 11 Abs. 1; VgV § 11 Abs. 1, § 56 Abs. 1

Der öffentliche Auftraggeber muss im Falle von technischen Problemen bei der Abgabe von elektronisch abgegebenen Angeboten zumindest prüfen, ob eigenes Organisationsverschulden vorliegt.*)

VK Westfalen, Beschluss vom 20.02.2019 - VK 1-40/18 (nicht bestandskräftig;
Beschwerde: OLG Düsseldorf, Az. Verg 8/19)

In dem Nachprüfungsverfahren wegen der Beschaffung von Schachtwinden

...

hat die Vergabekammer Westfalen auf die mündliche Verhandlung vom 15. Februar 2019 durch die Vorsitzende Diemon-Wies, den stellvertretenden hauptamtlichen Beisitzer Spinzig und den ehrenamtlichen Beisitzer Bahrenberg am 20. Februar 2019

entschieden:

1. Es wird festgestellt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen am 07.11.2018 geschlossene Vertrag über die Lieferung von 5 Schachtwinden unwirksam ist. Soweit die Antragsgegnerin an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, wird das Vergabeverfahren bis vor Angebotsabgabe zurückversetzt. Bei Fortsetzung des Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu berücksichtigen.
2. Die Kosten des Verfahrens werden auf xxxxx Euro festgesetzt.
3. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.
4. Die Kosten des Verfahrens werden der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt. Die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung tragen die Antragsgegnerin und die Beigeladene jeweils zur Hälfte.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin, deren Einkaufsgesellschaft ihren Sitz im Regierungsbezirk Münster hat, schrieb die Lieferung von 5 Schachtwinden (4 Seilfahrtswinden und 1 Bühnenwinde) für die Schachtverfüllungen im Bergbau für unterschiedliche Standorte im Ruhrgebiet in einem Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb nach der SektVO europaweit aus. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis (60%) und der Wiederverkaufswert (40%) genannt. Der geschätzte Auftragswert für sämtliche Lose beläuft sich auf ca. 3,2 Mio. Euro.

Die Antragsgegnerin erhielt im Teilnahmewettbewerb von der Antragstellerin und der Beigeladenen einen Teilnahmeantrag und forderte nach Prüfung der Anträge letztlich beide Teilnehmer zur Abgabe eines Angebotes auf.

In der Bekanntmachung verfügte die Antragsgegnerin, dass die "Ausschreibung mittels Ragora" durchgeführt werde. Dabei handelt es sich um ein Lieferantenportal der Evonik Services GmbH, welches als Kommunikationsplattform für die Geschäftsbeziehungen von Auftraggebern und Lieferanten zur Verfügung gestellt wird. Das Evonik-Lieferanten-Portal dient zur Veröffentlichung und Bearbeitung von elektronischen Ausschreibungen und Auktionen, Übermittlung von Bestelldaten sowie zur Fremddienstleistungsabwicklung. Die Nutzung ist für Lieferanten kostenfrei und wird in den vorliegenden Nutzungsbedingungen geregelt. Diese Allgemeinen Nutzungsbedingungen sind auf der Startseite der Anwendung hinterlegt. Für die Benutzung des Portals ist die Anmeldung mittels eines Passworts erforderlich.

Weiterhin bestimmte die Antragsgegnerin in ihren Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen (ARB) - Version 5.0 vom 02.07.2018 - :

unter Ziffer 6.2 Preisblatt

Die Preisangaben sind ausschließlich in den vom AG als Vorlage zur Verfügung gestellten Preisblatt einzutragen.

Alle Felder/Preispositionen des PB müssen ausgefüllt werden. Verwendet der Bieter andere (z.B. eigen erstellte) Vorlagen für Preisangaben, wird das Angebot sofort von der Wertung ausgeschlossen.

Darüber hinaus teilte die Antragsgegnerin ihre Bewertungsmatrix für den Wiederverkaufswert mit, indem sie für das jeweilige Alter der Winde Punkte vergab. Im Preisblatt hatten die Bieter deshalb neben dem Preis auch einzutragen, ob es sich um eine neue Winde handelt oder mit welchem Baujahr und welcher Garantiezeit angeboten wird. Als zusätzliche Leistungen plante die Antragsgegnerin in ihrer Leistungsbeschreibung einen Wartungsvertrag bis zum Jahre 2021 und eine Rufbereitschaft über 24 h und 365 Tage im Jahr sowie die Übergabe einer Ersatzteilliste.

Die Angebote waren ausschließlich elektronisch abzugeben, und zwar bis zum 16.10.2018, 16.00 Uhr. Ausweislich eines Ragora Protokolls in der Vergabeakte lud die Beigeladene am 16.10.2018 gegen 14:45 ihr "Angebot" hoch. Aus dem Protokoll lässt sich weiter entnehmen, dass die Beigeladene weitere pdf.Dateien hochgeladen haben muss, u.a. auch das geforderte Preisblatt. Wann diese pdf.Dateien hochgeladen wurden, lässt sich dem Protokoll nicht entnehmen. Wann diese Dateien geöffnet wurden, lässt sich der Vergabeakte ebenfalls nicht entnehmen. Die Beigeladene bot ausschließlich neue Winden an und trug für alle Winden dieselbe Garantiezeit ein. Unter der Rubrik "Gebotsdetails" trug sie ebenfalls ihre Preise ein.

Für die Antragstellerin lässt sich diesem Protokoll aus der Vergabeakte entnehmen, dass sie am 16.10.2018, um 15:59 Uhr, ebenfalls etwas in das System eingetragen haben muss, wobei es aber keine Dateien gibt, die der Antragstellerin zugeordnet werden können. Sie trug aber ebenfalls in der Rubrik "Gebotsdetails" ihre Preise und Termine in

eine Vergabemaske ein, ohne eine Aussage zum Alter der Winden oder zur Garantiezeit zu machen. In der mündlichen Verhandlung führte die Antragstellerin aus, dass sie mehrfach versucht hätte, pdf.Dateien, darunter das geforderte Preisblatt, hochzuladen, ihr dies aber an dem Tag nicht möglich gewesen sei.

Am 17.10.2018 schrieb die Antragstellerin der Antragsgegnerin, dass man "gestern zum Gebot zwei Dateien zur Ausschreibung "Lieferung Schachtwinde" im Portal habe hochladen wollen. Man sei nicht sicher, ob es funktioniert habe." Die Antragsgegnerin antwortete darauf am 23.10.2018 und teilte mit, dass man das Angebot von der Wertung ausschließen müsse, weil die Anforderungen aus den Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen, z.B. fehlendes Preisblatt, nicht erfüllt seien. Nachdem die Antragstellerin dies mit Email vom 24.10.2018 beanstandete und darauf hinwies, dass ein Hochladen von weiteren Dokumenten nicht möglich gewesen sei, verfügte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 25.10.2018 den Ausschluss der Antragstellerin. Dort heißt es wörtlich:

Grund für den Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren ist die Tatsache, dass Sie in ihrem Angebot (Preisangabe und Termine über das Portal) unsere Anforderungen aus den Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen wie

- von uns vorgegebenes Preisblatt inkl. zwingend erforderlicher Zusatzinformationen
- ggf. Preiserläuterung
- Eigenerklärung zur Einrichtung und Aufrechterhaltung einer Rufbereitschaft
- Ersatzteilliste nicht erfüllt haben.

Die Verantwortung für die zeitgerechte Übermittlung der geforderten Unterlagen liegt bei Ihnen. Ihr Hinweis, dass evtl. verschiedene Dateien nicht hochgeladen wurden, ging bei uns erst nach Angebotsabgabetermin ein.

Mit Schreiben vom 31.10.2018 rügte die Antragstellerin ihren Ausschluss erneut. Die Antragsgegnerin wies mit Schreiben vom 06.11.2018 diese Rüge aus den bereits zuvor genannten Gründen zurück, übersandte der Antragstellerin aber kein Informationsschreiben, das den Anforderungen des § 134 GWB entsprach. Insbesondere wurde der Antragstellerin nicht der Name des Unternehmens mitgeteilt, dessen Angebot angenommen werden soll. Im Anschluss daran erteilte die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 07.11.2018 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen, nachdem sie zuvor Preisverhandlungen mit der Beigeladenen geführt hatte.

Die Antragstellerin beantragte daraufhin am 21.11.2018 die Nachprüfung und verfolgt ihre Beanstandungen weiter.

Die Antragstellerin trägt vor, dass ihr ein Informationsschreiben im Sinne von § 134 Abs. 1 GWB nicht zugegangen sei.

Zur Sache trägt die Antragstellerin vor, dass ihr das Hochladen von bestimmten Dateien, u.a. auch des Preisblattes in dem von der Antragsgegnerin genannten und zur

Verfügung gestelltem Portal nicht möglich gewesen sei. Man habe deshalb hilfsweise - was möglich gewesen wäre- die Preise und Termine in der vorhandenen Vergabemaske im Portal eingetragen. Damit habe man alle relevanten Daten des Preisblattes übermittelt. Es könne somit nicht allein auf das Formularblatt ankommen.

Die Antragstellerin meint - unter Hinweis auf eine Entscheidung der VK Baden-Württemberg (Beschluss vom 30.12.2018, 1 VK 51/16) -, dass sie die technischen Probleme mit dem Portal oder Fehler des Vergabeportals nicht zu vertreten habe und behauptet, dass jedenfalls ihr Rechner bzw. ihre Verbindung funktioniert habe. Denn schließlich habe sie Eintragungen in der Vergabemaske machen können. Die Antragstellerin meint, wer eine Vergabeplattform betreibe und ausschließlich diese Plattform als "Briefkasten" für Erklärungen und Unterlagen der Bieter zulasse, der müsse auch Sorge dafür tragen, dass der "Briefkasten" ordnungsgemäß funktioniert und befüllt werden kann. Zudem sei der Hinweis der Antragsgegnerin, dass zum fraglichen Zeitpunkt doch eine Reihe anderer Dateien hochgeladen wurden, kein Beleg für das ordnungsgemäße Funktionieren der Plattform. Schließlich wisse jeder Computeranwender, dass aus nicht verifizierbaren Gründen mal ein Programm funktioniere, in der nächsten Minute aber nicht mehr.

Es sei auch nicht grob fahrlässig, kurz vor dem Ende der Frist das Angebot abzugeben. Schließlich könne man nicht per se davon ausgehen, dass eine Vergabeplattform nicht funktioniere.

Im Übrigen sei aufgrund der Eintragungen in der Vergabemaske auch erkennbar, dass es sich um neue Winden handle. Denn dies lasse sich aus den Preisen und der Tatsache schließen, dass keine Herstelldaten genannt worden seien.

Weiterhin meint die Antragstellerin, dass jedenfalls bei der Antragsgegnerin eine Unsicherheit erzeugt worden sein müsste und in einem solchen Fall dürfe ein Angebot eines Bieters nicht ohne Aufklärung ausgeschlossen werden. Möglicherweise käme auch eine Nachforderung in Betracht. Schließlich fehlte nur der Vordruck "Preisblatt", aber die Preise fehlten hingegen nicht.

Hinsichtlich der Rufbereitschaft trägt die Antragstellerin vor, dass sie bereits in der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens eine Eigenerklärung dazu abgegeben habe und im Übrigen sei eine solche Forderung erst aufgrund einer Bieteranfrage aufgenommen worden. Hinsichtlich der Ersatzteilliste verweist die Antragstellerin darauf, dass es in der Maschinenbauindustrie üblich sei, mit Inbetriebnahme einer Maschine eine solche Liste zu übergeben.

Die Antragstellerin beantragt,

1. Der Zuschlag an die Beigeladene wird für unwirksam erklärt.
2. Das Vergabeverfahren wird in das Stadium vor Angebotsabgabe zurückversetzt.
3. Die Kosten des Verfahrens und die Aufwendungen der Antragstellerin für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung werden der Antragsgegnerin auferlegt.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig

erklärt.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war und
3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass der Zuschlag bereits am 07.11.2018 wirksam erteilt worden sei. Sie habe die Antragstellerin mit den Schreiben vom 23.10.2018 und 25.10.2018 ordnungsgemäß über deren Ausschluss informiert. Allerdings gebe es kein Informationsschreiben, das den Anforderungen des § 134 GWB entsprechen würde. Man habe sich nicht veranlasst gesehen, ein solches Schreiben abzusetzen, weil die Antragstellerin nicht mehr Beteiligte des Vergabeverfahrens gewesen sei. Hilfsweise werde dieses Schreiben aber im laufenden Nachprüfungsverfahren nachgeholt, was auch erfolgt ist.

Die Antragstellerin sei auszuschließen, weil sie kein vollständiges Angebot eingereicht habe; das geforderte Preisblatt fehle. Insofern liege der Ausschlussgrund des § 51 Abs. 1 SektVO iVm § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV vor. Die geforderten Unterlagen seien nicht übermittelt worden, so die Antragsgegnerin.

Die Antragstellerin habe lediglich ihre Preise in den Kommentarspalten (Gebotsliste) eingetragen. Das reiche aber nicht und auch der Hinweis der Antragstellerin, wonach sich aus den Preisen doch ergebe, dass es sich um neue Schachtwinden handele, gehe fehl. Denn ein Unternehmen könnte auch überteuerte Preise für generalüberholte Winden verlangen.

Die Antragsgegnerin trägt vor, dass das Angebot aufgrund der Unvollständigkeit nicht auslegungsfähig gewesen sei und zudem auch keine Aufklärung möglich gewesen wäre. Denn eine Aufklärung käme nur in Betracht, wenn das Angebot vollständig vorliege. Die Grenzen der Aufklärung seien erreicht, so trägt die Antragsgegnerin unter Hinweis auf eine Entscheidung des EuGH vom 11.05.2017, C-131/16 vor, wenn dadurch das eingereichte Angebot geändert werde. Auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015, Verg 35/15 sei nicht einschlägig, weil die Sachverhalte nicht vergleichbar seien. Dort hätten Widersprüchlichkeiten vorgelegen, die hier nicht vorlägen.

Eine Nachforderungsmöglichkeit habe ebenfalls nicht bestanden, weil sie bereits in den Vergabeunterlagen zwingend die Rückgabe des Preisblattes gefordert und damit ihr Ermessen diesbezüglich auf Null reduziert habe. Zudem sei keine Wertung möglich gewesen, weil die Antragstellerin keine Angaben zum Herstellungsjahr der Winden gemacht habe. Darüber hinaus könnte man fehlende Preisangaben als

leistungsbezogene Unterlagen auch nicht einfach nachfordern.

Weiterhin behauptet die Antragsgegnerin, dass sie die unvollständige Einreichung des Angebots nicht zu vertreten habe. Denn ihre Plattform hätte ordnungsgemäß funktioniert. Würde tatsächlich ein technischer Fehler vorliegen, wäre die selektive Übermittlung einzelner Angebotsteile ungewöhnlich. Zudem habe auch kein anderer Bieter Probleme mit der Plattform gehabt. Unter Hinweis auf die Entscheidung der VK Baden-Württemberg merkt die Antragsgegnerin an, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar seien. Denn in der Sache habe der Bieter nachweislich mehrere Zustellversuche unternommen und auch den Betreiber der Plattform kontaktiert. Demgegenüber hätte die Antragstellerin gerade mal 2 Minuten vor Ablauf der Frist einen einzigen Zustellversuch unternommen und auch nicht vorgetragen, welche Maßnahmen sie zeitnah ergriffen habe, um das technische Problem zu lösen. Die Antragsgegnerin meint, dass ein Bieter auch eine gewisse Zeit für den Übertragungsvorgang einkalkulieren müsse, was hier ebenfalls nicht erfolgt sei.

Weiterhin trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie während des Nachprüfungsverfahrens durch einen Mitarbeiter der Firma A. habe überprüfen lassen, ob eine Fehlfunktion ihres Portals vorliege. Dieser Mitarbeiter habe sich die Logdateien vom 16.10.2018 angesehen und festgestellt, dass zwei Benutzer im Portal registriert waren. Ein Benutzer mit der Kennung sc10570 habe um 15:53 bis zum Ende des Verfahrens mehrfach versucht, die Seite zum Hochladen von Dateianlagen aufzurufen und einen Dateiapload anzustoßen. Dabei habe es keine Fehler bei der Verarbeitung der Daten auf Seiten der Anwendung der Plattform gegeben, was sich auch daraus schlussfolgern lasse, dass in demselben Zeitraum eine Vielzahl von Dateien erfolgreich hochgeladen wurden. Der Mitarbeiter vermutet, dass eine Fehlkonfiguration des Browsers, defekte Dateien oder andere Netzwerkkomponenten beim Nutzer, also bei der Antragstellerin, vorgelegen haben könnten.

Zudem beanstandet die Antragsgegnerin die fehlenden Angaben zur Rufbereitschaft und zur Ersatzteilliste. Solche Unterlagen hätte sie zwar nachfordern können, dies aber unterlassen, weil schließlich das Preisblatt fehle und somit ein zwingender Ausschlussgrund vorlag.

Weiterhin weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Antragstellerin vorliegend den Zuschlag auch nicht erhalten hätte, weil das Angebot der Beigeladenen vorzugswürdiger gewesen sei.

Die Beigeladene beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beigeladene zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung für notwendig zu erklären,
3. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen.

Die Beigeladene meint, dass die Zuschlagserteilung auf ihr Angebot nicht zu beanstanden sei und von der Antragstellerin auch nicht mehr rechtswirksam angegriffen werden könne. So sei die verspätete Rüge der Antragstellerin nicht hinnehmbar. Denn sie sei bereits angefangen, entsprechende Maßnahmen zur Durchführung des Vertrages vorzubereiten.

Zudem müsse jedem Anbieter bekannt sein, dass die vorgegebenen Formvorschriften der Angebotsbedingungen einzuhalten seien. Die Verwendung des Preisblattes sei alternativlos gewesen. Demzufolge habe die Antragstellerin ihre Unterlagen nicht fristgerecht eingereicht und auch wohl noch ein unverschlüsseltes Angebot übersandt.

Dies habe sie auch zu vertreten, meint die Beigeladene. Denn die Abgabe eines Angebots zwei Minuten vor dem Fristende sei grob fahrlässig. Hier hätte die Antragstellerin einen gewissen Puffer einplanen müssen, um technische Probleme beheben zu können. Jedenfalls hätte die Antragstellerin sofort die Antragsgegnerin über etwaige technische Probleme informieren müssen

Weiterhin trägt die Beigeladene vor, dass ihr weder aus diesem noch aus anderen Vergabeverfahren Fehler in der EDV, insbesondere bei der Benutzung der RagoraPlattform, aufgefallen seien.

Zudem habe die Antragstellerin wohl keine Angaben zur Rufbereitschaft und zur Ersatzteilliste gemacht, was aber ausweislich der Ausschreibung erforderlich gewesen sei.

Die Vorsitzende hat die Frist für die Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 GWB bis zum 29.03.2019 verlängert. Am 15.02.2019 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Vergabeunterlagen und die Niederschrift aus der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

II.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer Westfalen ergibt sich aus § 156 Abs. 1 GWB und § 2 Abs. 2 ZustVO NpV NRW, weil die Vergabestelle ihren Sitz im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer hat. Der geschätzte Auftragswert für sämtliche Lieferaufträge beläuft sich auf ca. 3,2 Mio. Euro und überschreitet damit den für Liefer und Dienstleistungen maßgeblichen Schwellenwert von 221.000 Euro.

1 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Die Antragstellerin ist antragsbefugt iSv § 160 Abs. 2 GWB, weil sie sich mit einem Angebot an der Ausschreibung beteiligt hat. Ob das Angebot formal und inhaltlich vollständig und wertbar war, ist im Rahmen der Begründetheit zu prüfen (grundlegend dazu EuGH, Urteil vom 19.06.2003, C-249/01 - Hackermüller).

Weiterhin ist ohne Belang, ob das Angebot der Beigeladenen preislich gesehen vorzugswürdiger ist. Die Antragsgegnerin hat mit der Beigeladenen Preisverhandlungen

geführt. Hätte sie solche Verhandlungen auch mit der Antragstellerin geführt, hätte möglicherweise das Angebot der Antragstellerin nach Abschluss der Wertung auf dem 1. Rang gelegen.

1.2 Die Antragstellerin hat auch mehrfach ihren Ausschluss gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB gerügt und nach Erhalt der Nichtabhilfeentscheidung vom 06.11.2018 innerhalb der gesetzlichen Frist des § 160 Abs.3 Satz 1 Nr.4 GWB die Nachprüfung beantragt.

1.3 Die Antragsgegnerin kann im weitesten Sinne als Sektorenauftraggeberin iSv § 102 Abs. 6 Nr.2 GWB iVm § 143 Abs. 1 GWB eingestuft werden.

a) Vorliegend geht es zwar nicht mehr um die Exploration und Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen, sondern wohl eher um die Absicherung der Bergwerke. Mithin wird in der Kommentierung zu § 143 GWB auch darauf hingewiesen, dass stets im Einzelfall zu prüfen sei, ob die Bau-, Dienst- oder Lieferbeauftragung in einem sachlichen Zusammenhang mit der "Aufsuchung" oder "Gewinnung" steht, Schröder, in Müller-Wrede, Kommentar zum GWB, § 143, Rn. 12. Für das konkrete Vergabeverfahren würde die Kammer aber die Vorschriften der SektVO und ergänzend dazu die Regelungen der VgV zugrunde legen, zumal die Antragsgegnerin selbst in ihrem Schriftsatz vom 06.12.2018 vorgetragen hat, dass sie so vorgegangen sei. Ob das für weitere Vergabeverfahren zutreffend ist, muss die Antragsgegnerin anhand der Einzelfälle prüfen.

b) Der Anwendung von Regelungen aus dem Vergaberecht steht auch nicht § 143 Abs. 1 GWB entgegen. Bereits die VK Arnsberg, Beschluss vom 10.1.2008, VK 42/07, hatte zur bisherigen Rechtslage vertreten, dass gerade die Informations- und Wartepflichten auch von Auftraggebern nach dem Bundesberggesetz einzuhalten sind. Ein "strenges" Vergabeverfahren ist möglicherweise nicht gewollt, aber die §§ 134 und 135 GWB haben ihren eigentlichen Schwerpunkt in der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes und gerade dieser wurde von der Kommission in einer Entscheidung vom 15.01.2004 gefordert, bevor dem Befreiungsantrag der Bundesrepublik stattgegeben wurde.

c) Die Frage, ob die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin iSv § 99 Nr. 2 GWB ist, bleibt vorliegend dahingestellt.

1.4 Der Nachprüfungsantrag ist auch entgegen dem bereits an die Beigeladene erteilten Zuschlag gemäß § 168 Abs. 2 GWB statthaft. Gemäß § 168 Abs. 2 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag vom 07.11.2018 müsste dann aber wirksam zustande gekommen sein.

Das war vorliegend nicht der Fall, weil die Antragsgegnerin gegen § 134 Abs. 1 GWB verstoßen hat. Gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen § 134 verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist.

Die Antragsgegnerin hat mit ihren Schreiben vom 23.10.2018 und 25.10.2018 lediglich mitgeteilt, welche Gründe für den Ausschluss der Antragstellerin bestehen, wobei auch Bieter mit unvollständigen Angeboten einen Anspruch darauf haben, dass die

Formvorschriften des GWB eingehalten werden. § 134 Abs. 1 GWB fordert, dass die Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informiert werden. Das war vorliegend nicht der Fall.

Dass die Antragsgegnerin im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens die Mitteilung gemäß § 134 Abs. 1 GWB ordnungsgemäß gegenüber der Antragstellerin nachgeholt hat, bleibt im Rahmen der Zulässigkeit unberücksichtigt. Im Falle der Feststellung eines Vergaberechtsverstößes ist aber zu prüfen, ob konkret auch die Antragstellerin tatsächlich kausal in ihren Rechten betroffen ist, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2010, Verg 10/10.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Gemäß § 97 Abs. 6 GWB haben Unternehmen Anspruch darauf, dass die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. Vorliegend hat die Antragsgegnerin gegen § 56 Abs. 1 VgV verstoßen.

Gemäß § 56 Abs. 1 VgV iVm § 53 Abs.7 Satz 2 VgV sind die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und zudem auf rechnerische Richtigkeit zu prüfen. Gemäß § 51 Abs. 1 SektVO werden die Angebote geprüft und gewertet. Dies entspricht im weitesten Sinne auch der Regelung des § 56 Abs.1 VgV.

Weiterhin bestimmt § 11 Abs. 1 VgV, § 11 Abs. 1 SektVO, dass elektronische Mittel und deren technische Merkmale allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations und Kommunikationstechnologie kompatibel sein müssen. Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Treten technische Schwierigkeiten beim Betrieb der verwendeten Mittel auf, so sind die Folgen danach zu beurteilen, wessen Sphäre sie zuzuordnen sind. Schwierigkeiten auf Auftraggeberseite dürfen nicht zu Lasten der Anbieterseite gehen. Ist beispielsweise die vom Auftraggeber betriebene Vergabeplattform nicht erreichbar, so muss er diesen Ausfall gegebenenfalls durch eine angemessene Fristverlängerung kompensieren, so Müller, in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, § 11 Rn. 18. Demgegenüber gehen vom Anbieter selbst zu verantwortende Schwierigkeiten zu seinen Lasten.

Ausgehend von diesen Vorschriften ist es Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers die Angebote auf Vollständigkeit zu prüfen und das technische Funktionieren der eingesetzten Vergabeplattform zu kontrollieren. Dabei bezieht sich der Begriff "Vollständigkeit" zwar vorrangig auf die Inhalte der Angebote, also darauf ob alle Eignungsnachweise und Unterlagen vorliegen, die ausweislich der Vergabeunterlagen gefordert waren.

2.1 Der Begriff "Vollständigkeit" iSv § 56 Abs. 1 VgV kann aber auch Anlass dafür sein, den technischen Zugang zur Vergabeplattform zu überprüfen. Soweit somit ein Angebot nicht vollständig hochgeladen werden konnte, ist es zunächst Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, die Ursachen dafür zu erforschen. Dazu gehört auch, wie bereits nach bisheriger Rechtslage in Bezug auf schriftlich abgegebene Angebote entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber nachhält, wer die verspätete Abgabe zu vertreten hat. Das kann der Risikosphäre des öffentlichen Auftraggebers zugeordnet werden, weil er

beispielsweise falsche Zugangsdaten (welche Stelle ist intern für die Entgegennahme der Angebote zuständig?) genutzt hat oder auch dem Bieter, weil dieser nicht rechtzeitig das Angebot abgegeben hat. Entscheidend ist aber, dass der Ausschluss eines Angebots wegen Unvollständigkeit erst nach Sachverhaltsaufklärung vergaberechtlich zulässig ist.

a) Die Kammer meint, dass diese Rechtslage auch für die Übermittlung von elektronischen Angeboten gilt. Ein öffentlicher Auftraggeber muss deshalb zunächst überprüfen, ob ihm ein sogenanntes internes Organisationsverschulden trifft oder gegebenenfalls der Bieter den Nichtzugang des Angebotes zu vertreten hat. Beispielsweise sind Behörden verpflichtet, gemäß § 32 VwVfG Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand zu gewähren, wenn sich herausstellt, dass jemand ohne Verschulden gehindert war, eine "gesetzliche" Frist einzuhalten. Entsprechendes muss auch für eine in einem Vergabeverfahren gesetzte "vertragliche" Frist wie die Angebotsfrist gelten.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist es zunächst Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers, den tatsächlich vorliegenden Sachverhalt zu überprüfen. Erst wenn der Sachverhalt entsprechend geklärt ist oder versucht wurde, zu klären, kann aufgrund dieses festgestellten Sachverhaltes, die "Schuldfrage" gestellt werden bzw. entschieden werden, wessen Sphäre die technischen Schwierigkeiten zuzuordnen sind.

Entgegen den Ausführungen der Antragsgegnerin ist der rechtliche Ansatzpunkt nicht die Tatsache, dass die Antragstellerin ein unvollständiges Angebot vorgelegt hat und damit automatisch ausgeschlossen werden muss, weil unvollständige Angebote weder aufgeklärt noch ergänzt werden dürfen. Insofern kommt es nicht darauf an, ob ein unvollständiges Angebot zulässigerweise vervollständigt werden darf. Die Rechtsprechung des EuGH, Urteil vom 11.05.2017, Rs. C-131/16 ist hier nicht einschlägig. Rechtlicher Ansatzpunkt ist vielmehr, welche technischen Umstände haben dazu geführt, dass das Angebot des Bieters nicht vollständig hochgeladen werden konnte. Also hat der öffentliche Auftraggeber die Regelung des § 11 Abs. 1 VgV, die bieterschützend ist, ausreichend beachtet?

b) Wenn ein tatsächlicher Umstand, wie beispielsweise technische Schwierigkeiten beim Hochladen von Dateien, nicht ohne Weiteres aufgeklärt werden kann, so ist der Bieter einzubinden. Dies kann jedenfalls der Rechtsprechung des EuGH (vgl. u.a. Urteil vom 29.03.2012, Rs. C-599/10 m.w.N.) entnommen werden. Die Entscheidung bezieht sich zwar auf den Ausschluss von Angeboten mit ungewöhnlich niedrigen Preisen. Die grundlegenden Erwägungen des EuGH beziehen sich aber darauf, dass eine effektive kontradiktorische Erörterung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Bewerber zu erfolgen hat, bevor ein Angebot ausgeschlossen wird. Dem Bieter soll Gelegenheit gegeben werden, die Seriosität seines Angebotes darzulegen und dadurch soll Willkür des öffentlichen Auftraggebers verhindert werden und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet werden. Aufgrund der vergaberechtlichen Grundsätze, Wettbewerb und Gleichbehandlung, wird somit der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, erst einmal gemeinsam mit dem Bieter sich auf die "Fehlersuche" zu begeben, bevor der Ausschluss vom Wettbewerb erfolgt.

Auch das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.10.2015, Verg 35/15 war der Auffassung, dass die Vergabestelle ein Angebot, das unvollständig ist, nicht sogleich ausschließen darf. Vielmehr sei der öffentliche Auftraggeber von sich aus zu einer Aufklärung gemäß §

15 Abs. 5 VgV verpflichtet.

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin geht es nicht um eine Aufklärung des unvollständigen Angebots, also welche Unterlagen fehlen, können diese nachgefordert werden usw. Vielmehr bezieht sich die "Aufklärung" auf die Frage, warum das Angebot nicht vollständig in den Machtbereich des öffentlichen Auftraggebers gelangen konnte.

Eine solche Fehlersuche hat die Antragsgegnerin hier nicht eingeleitet. Sie hätte dies aber machen müssen, und zwar gemeinsam mit dem Bieter. Dabei kommt es nicht darauf an, ob ein Angebot im Nachhinein nachträglich überhaupt vervollständigt werden kann (so § 56 Abs.3 VgV), sondern zunächst muss geklärt werden, warum das Angebot nicht vollständig hochgeladen werden konnte.

Dies ergibt sich für den öffentlichen Auftraggeber auch aus § 11 Abs. 1 VgV. Er muss dafür sorgen, dass die elektronischen Mittel allgemein verfügbar sind und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen kompatibel. Wenn dies in seinen Verantwortungsbereich fällt, dann ist jedenfalls der Ausschluss eines Angebots ohne Aufklärung unzulässig.

Da diese Fehlersuche nicht stattgefunden hat, kommt es auch nicht darauf an, ob es grob fahrlässig war, erst zwei Minuten vor dem Ablauf der Angebotsfrist das Angebot hochzuladen. Und es kommt auch nicht darauf an, ob eine Nachforderungsmöglichkeit zuvor schon ausgeschlossen wurde.

2.2 Unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen ist es Sache des öffentlichen Auftraggebers jedenfalls dann, wenn er erkennt, dass hier ein Angebot nicht vollständig übermittelt wurde, dem nachzugehen. Kann man die Umstände nicht in der eigenen Risikosphäre ausfindig machen, muss auch der Bieter im Wege der Aufklärung eingebunden werden.

Eine solche Aufklärung in Bezug auf das Angebot der Antragstellerin hat weder intern noch unter Einbeziehung der Antragstellerin stattgefunden. Jedenfalls liegt dazu keine Dokumentation vor.

Die Antragsgegnerin hat aber während des laufenden Nachprüfungsverfahrens schon die ersten Aufklärungsmaßnahmen eingeleitet, sich die Logdateien angesehen und eigene Mitarbeiter zu möglichen Ursachen befragt. Es fehlt aber die Einbindung der Antragstellerin bei der Fehlersuche. Beispielsweise könnte gemeinsam ein Testlauf durchgeführt werden. Anhand eines solchen Tests lässt sich gegebenenfalls eine Ursache nachvollziehen. Man könnte sich auch gemeinsam die Logdateien ansehen. Auch diesbezüglich könnte beispielsweise festgestellt werden, ob das Hochladen bestimmter Dateien geblockt wurde. Ob solche Nachprüfungen zum gegenwärtigen Zeitpunkt tatsächlich noch zum Erfolg führen, bleibt abzuwarten. Bevor man aber keine Fehlersuche betreibt, kann eine nicht geklärte Sachverhaltsfrage nicht einfach zu Lasten einer Partei entschieden werden.

2.3 Zudem weist die Kammer darauf hin, dass anhand der Vergabeunterlagen nicht nachvollzogen werden kann, ob andere Bestimmungen aus dem Vergaberecht eingehalten wurden. Gemäß § 8 SektVO hat der Sektorenauftraggeber den Fortgang des Vergabeverfahrens jeweils zeitnah zu dokumentieren. Hinsichtlich der Öffnung der

Angebote gibt es keine Dokumentation, sondern lediglich ein nachträglich ausgedrucktes Protokoll. Aus dem Protokoll ist nicht ersichtlich, wann bestimmte pdf.Dateien, die dem Angebot der Beigeladenen zuzurechnen sind, in die Vergabeplattform eingestellt wurden bzw. wann diese Unterlagen geöffnet wurden.

Gemäß § 97 Abs. 1 und 2 GWB sind aber die Grundsätze der Vergabe, wie Gleichbehandlung und Transparenz, einzuhalten und dies muss auch den Vergabeunterlagen entnommen werden können.

Im Ergebnis ist der Nachprüfungsantrag somit begründet.

III.

Gemäß § 168 Abs. 1 GWB entscheidet die Vergabekammer, ob der Antragsteller in seinen Rechten verletzt ist und trifft die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.

Öffentliche Aufträge, die unter Verstoß gegen § 134 GWB geschlossen wurden, werden von der Vergabekammer gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB für nichtig erklärt.

Weiterhin wird die Antragsgegnerin verpflichtet, zunächst gemeinsam mit der Antragstellerin aufzuklären, warum das Angebot der Antragstellerin nicht fristgemäß bei der Vergabestelle eingegangen ist. Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin ein eigenes Organisationsverschulden auszuschließen.

Verfahrensrechtlich kann die Antragsgegnerin während dieser Aufklärungsmaßnahmen die Angebotsfrist verlängern. Hat die Antragstellerin die verspätete Abgabe ihres Angebots zu vertreten, kann der Vertrag mit der Beigeladenen erneut geschlossen werden.

IV.

Gemäß § 182 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. Das Verwaltungskostengesetz vom 23. Juni 1970 (BGBl. I. S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung ist anzuwenden.

Die Gebühr beträgt gemäß § 182 Abs. 2 GWB mindestens 2500 Euro; dieser Betrag kann aus Gründen der Billigkeit bis auf ein Zehntel ermäßigt werden.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 3 GWB die Kosten zu tragen. Mehrere Kostenschuldner haften als Gesamtschuldner.

Ausgehend von einem geschätzten Auftragswert in Höhe von ca. 3,2 Mio. Euro beträgt die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer unter Berücksichtigung der Tabelle des Bundes und der Länderxxxxxx Euro. Diese Gebühr wird der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als Gesamtschuldner auferlegt.

Soweit ein Beteiligter im Verfahren unterliegt, hat er gemäß § 182 Abs. 4 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung war wegen der Komplexität der vergaberechtlichen Fragestellungen notwendig.

Das Vergaberecht ist eine überdurchschnittlich komplexe Materie, die durch komplizierte EU-rechtliche Fragen überlagert ist. Daneben ist das Nachprüfungsverfahren gerichtsähnlich konzipiert, so dass auch prozessuale Kenntnisse erforderlich sind, um eigene Rechte wirksam wahren zu können. Dies gilt erst Recht, wenn ein Verstoß gegen § 135 Abs. 1 GWB zu prüfen ist.

Diese Aufwendungen werden ebenfalls zu gleichen Teilen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen als unterliegende Parteien gemäß § 182 Abs. 4 GWB auferlegt.

Rechtsmittelbelehrung