



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 1/14

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...]“, [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Weber auf die mündliche Verhandlung vom 28. Januar 2014 am 3. Februar 2014 beschlossen:

1. Dem Antragsgegner wird untersagt, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihm wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen und es unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

2. Der Antragsgegner trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

### Gründe:

#### I.

Die Verfahrensbeteiligten streiten über die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Antragstellerin (ASt) wegen der Verwendung einer veralteten Version des Leistungsverzeichnisses.

1. Der Antragsgegner (Ag) machte am 13. März 2013 die Vergabe [...] im Rahmen einer Vorinformation gemeinschaftsweit bekannt [...].

Die ASt forderte mit Schreiben vom 4. Oktober 2013 die Ausschreibungsunterlagen vom Ag an. In diesem führte die ASt nach der Bitte um Zusendung der Unterlagen aus:

*„Falls eine GAB-Datei vorhanden ist bitten wir uns diese zur Verfügung zu stellen.  
e-mail-Adresse: [...].“*

Im Briefkopf dieses Schreibens ist die E-Mail-Adresse [...] angegeben.

An diese beiden E-Mail-Adressen versendete der Ag am 14. Oktober 2013 (u.a.) die erbetene GAEB-Datei und kündigte die Versendung des Leistungsverzeichnisses auf dem Postweg an.

In der Angebotsaufforderung gab der Ag im Formblatt 211 EU unter Ziffer 2 (Auskünfte) Name und Anschrift der Vergabestelle, sowie als Kontaktdaten eine Telefon- und eine Faxnummer an. Die Zeile „E-Mail-Adresse“ ließ der Ag unausgefüllt.

Unter dem 23. Oktober 2013, 30. Oktober 2013 und 12. November 2013 versandte der Ag drei Nachsendungen (01 bis 03) per E-Mail an die Bieter, ohne eine Lesebestätigung einzurichten bzw.

sich deren Erhalt per zurückzusendendem Empfangsbekanntnis oder telefonisch bestätigen zu lassen. In Bezug auf die ASt erfolgte der Versand jeweils zunächst nur an die E-Mail-Adresse [...]. Nicht mehr aufklären lässt sich, ob die ASt die Nachsendungen 01 und 02 unter dieser E-Mail-Adresse erhalten hat. Aktuell wird bei Übersendung einer E-Mail an diese Adresse die Fehlermeldung „550 unroutable adress (...) 5.1.1 user unknown“ generiert. Weder bei dem Freehoster der ASt [...] noch beim Ag sind indes Logfiles für den Nachversand 02 von 30. Oktober 2013 vorhanden. Dieser Nachversand enthielt unter anderem ein überarbeitetes Leistungsverzeichnis sowie weitere Pläne für die Angebotserstellung.

Der Ag stellte jedenfalls hinsichtlich des Nachversandes 03 vom 12. November 2013 aufgrund einer Fehlermeldung fest, dass diese E-Mail nicht erfolgreich an die E-Mail-Adresse [...] verschickt werden konnte. Daraufhin nahm der Ag die im Angebotsaufforderungsschreiben vom 4. Oktober 2013 angegebene E-Mail-Adresse [...] zusätzlich in den Verteiler mit auf und versendete die dritte Nachsendung am 13. November 2013 um 9:55 Uhr erneut an die interessierten Unternehmen. Diesen Nachversand hat die ASt über die E-Mail-Adresse [...] unstreitig erhalten.

Die Nachversand 03 beinhaltet alle drei Nachversände, die hintereinander in der E-Mail aufgeführt waren:

*„Nachversand 01*

*Die Fragen und Antworten des Nachversands 01 wurden im neu versandten LV des Nachversandes 02 berücksichtigt.*

*Nachversand 02*

*[Frage 01 bis Frage 17 einschließlich der jeweiligen Antwort des Ag]*

*Wir möchten Sie bitten, die Unterlagen entsprechend auszutauschen und die Fragen/Antworten bei der Kalkulation der betreffenden Positionen zu berücksichtigen.*

*Aufgrund der zeitlichen Verzögerung verschiebt sich der Submissionstermin auf*

*Freitag, 22. November 2013, 13:00 Uhr.*

*Nachversand 03:*

*[Frage 18 bis Frage 20 einschließlich der jeweiligen Antwort des Ag]*

*Frage 21:*

*LV-Pos. 06.20.0150+0160- Hauptträger Kranbahn: In den Zeichnungen gibt es den Hinweis, dass die Kranschienen (Vierkantschienen) durch den Kranhersteller geliefert werden. Wir gehen davon aus, dass wir diese Schienen an die Kranbahnträger anschweißen müssen. Ist dies richtig? Welches statische System wurde der Kranbahnträgerberechnung zugrundegelegt (Einfeld- / Zweifeld- / Mehrfeldträger)?*

*Antwort:*

*Die Kranschienen sollen vom Kranhersteller geliefert und angeschweißt werden. Der Träger wurde als Mehrfeldträger berechnet.*

*[Frage 22 bis Frage 33 einschließlich der jeweiligen Antwort des Ag]*

*Bitte korrigieren Sie die entsprechenden Positionen und die Gesamtzusammenstellung. Legen Sie dieses Schreiben (des letzten Nachversandes) unterschrieben dem Angebot bei. Der Inhalt dieses Schreibens wird Vertragsbestandteil.“*

Die ASt gab am 21. November 2013 ihr Angebot auf der Grundlage des ursprünglichen, per Post versandten Leistungsverzeichnisses ab. Ihr Hauptangebot belegte in der Submission preislich den ersten Rang. Daneben gab sie ein Nebenangebot ab. Zuschlagskriterien sind der Preis (Gewichtung 90 %) und der technische Wert (Gewichtung 10 %).

Mit Schreiben vom 18. Dezember 2013 informierte der Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Die ASt habe nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) zu erteilen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19. Dezember 2013 rügte die ASt gegenüber dem Ag die Vergabeentscheidung als vergaberechtswidrig. Der Ag übermittelte dem Verfahrensbevollmächtigten der ASt daraufhin am 23. Dezember 2013 eine korrigierte Mitteilung gemäß § 101a GWB, in welcher der Ag das Angebot der ASt mit der Begründung von der Wertung ausschloss, dass bei der Angebotserstellung nicht das mit der zweiten Nachsendung verschickte neue Leistungsverzeichnis verwendet worden sei. Auch diese Entscheidung rügte die ASt mit Schreiben vom 2. und 3. Januar 2014. Die Ag half diesen Rügen nicht ab.

2. Mit einem per Fax am 7. Januar 2014 eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag hat die Kammer dem Ag am selben Tag übermittelt.

- a) Die ASt ist der Ansicht, dass ihr Angebot zu Unrecht wegen der Abweichung von den Vergabeunterlagen ausgeschlossen worden sei, weil sie vom Ag kein neues Leistungsverzeichnis erhalten habe. Daher habe sie ihr Angebot auch nicht unzulässiger Weise auf die ursprüngliche Version gestützt.

Weder die vom Ag behauptete Ankündigung der Übersendung eines neuen Leistungsverzeichnisses vom 23. Oktober 2013 (Nachversand 01), noch den Nachversand 02 vom 30. Oktober 2013, welcher das neue Leistungsverzeichnis beinhaltet haben sollte, habe die ASt unter keiner der beiden E-Mail-Adressen erhalten.

Die Übersendung neuer Vergabeunterlagen stelle eine rechtsgeschäftliche Handlung dar, auf welche die Vorschriften der §§ 130ff. BGB entsprechend Anwendung fänden. Hiernach müsse derjenige den Zugang der Willenserklärung beweisen, welcher sich auf deren Wirkung berufe. Da sich der Ag für die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der ASt auf den Zugang der E-Mail stütze, sei er für den Zugang beweisbelastet. Eine E-Mail gehe jedoch erst zu, wenn sie abrufbereit im elektronischen Postfach des Empfängers eingegangen sei. Der ASt sei unter keiner der angegebenen E-Mail-Adressen das neue Leistungsverzeichnis zugegangen und könne dies mangels Existenz von entsprechenden Logfiles ihres Freehosters auch nicht im Nachhinein überprüfen.

Der Ag habe es unterlassen, ein Empfangsbekenntnis der E-Mail anzufügen oder eine Rückbestätigung per E-Mail für den Erhalt des neuen Leistungsverzeichnisses zu fordern. Beim Versand von E-Mails existiere gerade kein Anscheinsbeweis dafür, dass eine versendete E-Mail den avisierten Empfänger auch tatsächlich erreiche. Dass die ASt den dritten Nachversand erhalten habe, taue nicht als Anscheinsbeweis. Denn diesen habe die Ag auch an die von der ASt speziell angegebene E-Mail-Adresse [...] versendet, während der Nachversand 02 ausschließlich an die Adresse [...] gerichtet worden sei.

Die ASt sei auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben beweisbelastet und müsse sich daher nicht so behandeln lassen, als wäre ihr die E-Mail vom 30. Oktober 2013 zugegangen. Sie habe weder den Zugang der E-Mail vereitelt oder vorwerfbar Unklarheiten hinsichtlich der elektronischen Kommunikation hervorgerufen. Auch in Bezug auf die unstreitig erhaltene E-Mail vom 13. November 2013 sei der ASt kein treuwidriges Verhalten oder eine Verletzung der gegenseitigen Rücksichtnahmeverpflichtungen vorzuwerfen. Der Wortlaut des Nachversandes 03 ergebe nicht zwingend, dass der Versand des neuen

Leistungsverzeichnisses bereits vorher erfolgt sein müsse. Der Nachversand 03 habe aufgrund seiner Untergliederung in die drei Nachversände 01 bis 03 mit jeweils abgeschlossenem Inhalt den Eindruck der Vollständigkeit vermittelt. Auch in technischer Hinsicht sei für die ASt aus den Fragen bzw. Antworten nicht erkennbar gewesen, dass über den Nachversand 03 hinaus schon zeitlich vorher weitere Informationen versendet worden seien. Die ASt habe die vom Ag gegebenen Antworten bei ihrer Angebotserstellung berücksichtigt und dies als das „neu versandte LV“ bzw. die „auszutauschenden Unterlagen“ aufgefasst.

Ohnehin könne sich der Ag nicht auf ein treuwidriges Verhalten der ASt berufen, weil er selbst nach der vergaberechtlichen Risikoverteilung für die ordnungsgemäße Übermittlung von Vergabeunterlagen die Sorge tragen müsse. Dies habe der Ag durch die unzureichenden Absicherungen eines ordnungsgemäßen Versands verabsäumt.

Mit ihrem Vortrag sei die ASt auch nicht präkludiert. Ungeachtet dessen, dass nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs das Kriterium der „Unverzüglichkeit“ wegen dessen Unbestimmtheit ohnehin nicht mehr angewendet werden dürfe oder jedenfalls großzügiger ausgelegt werden müsse, sei die am 2. Januar 2014 erhobene Rüge als „unverzüglich“ zu qualifizieren. Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt habe die Rüge am frühen Nachmittag des 23. Dezember 2013 erhalten. Eine Rücksprache mit seiner Mandantschaft sei vor den Weihnachtsfeiertagen nicht mehr möglich gewesen, so dass eine Rüge an diesen Tagen allenfalls ins Blaue hinein hätte erfolgen können. Dies könne der Ag nicht von einem Verfahrensbevollmächtigten fordern. Dass gesetzliche Feiertage nicht zwingend zur Erledigung von beruflichen Aufgaben genutzt werden müssen, bedürfe keiner weiteren Erläuterung. Zwischen dem Eingang des Absageschreibens am 23. Dezember 2013 und der am 2. Januar 2014 erhobenen Rüge hätten lediglich zwei reguläre Arbeitstage gelegen. Diese seien als Reaktionszeit auf das korrigierte § 101a GWB – Schreiben der ASt zuzubilligen.

Die ASt beantragt,

1. dem Ag zu untersagen, den Zuschlag auf Grundlage der bisher vorliegenden Angebotswertung auf das Angebot der Bg zu erteilen und festzustellen, dass die ASt durch die Entscheidung des Ag, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu erteilen, in ihren Rechten verletzt ist,

2. dem Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotsabgabe nach Auffassung der Vergabekammer zurückzusetzen,
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
5. dem Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Der Ag beantragt,

1. der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen,
2. die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Ag,
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch den Ag wird für notwendig erklärt.

Der Ag ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag schon unzulässig und darüber hinaus auch unbegründet ist.

Die ASt sei mit ihrem Vortrag präkludiert, weil sie den Ausschluss ihres Angebots wegen Abweichens von den Vergabeunterlagen nicht unverzüglich gerügt habe. Es sei davon auszugehen, dass der Verfahrensbevollmächtigte der ASt das korrigierte § 101a GWB – Schreiben noch am 23. Dezember 2013 an die ASt selbst weitergeleitet habe. Die ASt hätte daher am selben Tag, spätestens jedoch am 24. Dezember 2013 den Ausschluss rügen müssen. Die Mitteilung seitens der ASt, kein neues Leistungsverzeichnis erhalten zu haben, hätte auch ohne juristische Prüfung unmittelbar erfolgen können. Die Rüge vom 2. Januar 2014, zehn Kalendertage nach Übersendung des § 101a GWB – Schreibens, könne daher nicht mehr als „unverzüglich“ qualifiziert werden.

In der Sache werde die ASt durch den Ausschluss ihres Angebots nicht in ihren Rechten verletzt. Sie habe unstreitig das veraltete Leistungsverzeichnis ihrem Hauptangebot zugrunde gelegt und sei damit von den Anforderungen in den Vergabeunterlagen abgewichen. Der Ag habe den Nachversand 02 an die (auch) von ihr angegebene E-Mail-Adresse [...] versandt und

keine Fehlermeldung erhalten. Der Ag bestreite daher, dass die ASt den Nachversand 02 nicht erhalten haben will.

Jedenfalls hätte die ASt aufgrund des von ihr über die E-Mail-Adresse [...] erhaltenen Nachversandes 03 erkennen müssen, dass zuvor ein „neu versandtes LV“ Fragen berücksichtigt habe, dass „Unterlagen entsprechend auszutauschen“ gewesen wären und dass dieser Nachversand „der letzte Nachversand“ sein sollte. Aus diesen Formulierungen ergebe sich, dass offensichtlich die Nachversände 01 und 02 existierten. Sofern die ASt diese nicht erhalten haben sollte, hätte ihrerseits eine Obliegenheit bestanden, sich nach Erhalt des Nachversandes 03 beim Ag zu erkundigen, weshalb sie die beiden anderen Nachversände nicht erhalten habe. Die Bieterfrage 21 zitiere zudem eine LV-Position, die in der von der ASt verwendeten Ursprungsvariante gar nicht existiere. Bei sorgfältiger Lektüre des Nachversandes 03 habe die ASt jedenfalls erkennen können, dass ihre Version nicht mehr die aktuelle sei.

Daher sei es der ASt auch bei Nichterweislichkeit des Zugangs der E-Mail vom 30. Oktober 2013 verwehrt, sich auf die fehlende Übersendung des Leistungsverzeichnisses zu berufen. Vielmehr sei sie so zu stellen, als wäre ihr das Leistungsverzeichnis tatsächlich zugegangen. ASt und Ag befänden sich in einem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis mit gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten. Der ASt verhalte sich treuwidrig, wenn sie sich auf den nicht erfolgten Zugang der E-Mail vom 30. Oktober 2013 berufe.

b) Mit Beschluss vom 9. Januar 2014 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Sie beteiligte sich weder schriftsätzlich, noch durch Vortrag in der mündlichen Verhandlung. Auch Anträge stellte die Bg nicht.

3. Der ASt ist unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen teilweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt worden.

Die Kammer hat der ASt und dem Ag aufgegeben, die Logfiles ihrer jeweiligen E-Mail-Accounts für den 30. Oktober 2013, dem Versanddatum des 2. Nachversandes, vorzulegen. Die ASt hat daraufhin eine Erklärung ihres Providers vorgelegt, wonach dieser grundsätzlich keine Logfiles speichere, sowohl bezüglich des Postein- und -ausgangs, als auch bezüglich der IP-Adressen. Der Ag erklärte, dass die Logfiles seines Accounts automatisiert nach vier Wochen gelöscht würden, so dass für den fraglichen Zeitraum keine Daten mehr zur Verfügung stünden.

In der mündlichen Verhandlung vom 28. Januar 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte



der Vergabekammer sowie die von der Ag übermittelten Vergabeakten wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen - ein dem Bund zuzurechnender Auftraggeber vergibt einen öffentlichen Auftrag mit einem oberhalb der für Bauleistungen einschlägigen Schwellenwert - sind ohne Weiteres und unstreitig erfüllt, so dass sie keiner weiteren Begründung bedürfen. Die ASt ist aufgrund der Abgabe eines Angebots und der Erhebung von Rügen in Bezug auf den Ausschluss ihres Angebots auch antragsbefugt, § 107 Abs. 2 GWB.

a) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit in ausreichendem Maße nachgekommen. Die innerhalb von zwei Arbeitstagen nach Übermittlung des korrigierten § 101a GWB – Schreibens vom 23. Dezember 2013 am 2. Januar 2013 erhobene Rüge ist unverzüglich erfolgt. Denn auf die dem Verfahrensbevollmächtigten übersandte Ausschlussmitteilung konnte dieser ohne Rücksprache mit der ASt nicht reagieren. Dafür, dass – wie der Ag vermutet – diese Rücksprache tatsächlich noch am 23. Dezember 2013 oder jedenfalls an Heilig Abend erfolgt ist und damit eine frühere Rügeerhebung hätte erfolgen können, ist nichts ersichtlich und hat der insofern beweisbelastete Ag auch nicht substantiiert vorgetragen. Damit kann auch die Frage, ob das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ wegen der teilweise geltend gemachten Unbestimmtheit gegen Unionsrecht verstößt (vgl. zum britischen Recht: EuGH, Urteil vom 28. Januar 2010 - C-406/08) und deshalb unangewendet bleiben muss (so OLG Koblenz, Beschluss vom 16. September 2013 –1 Verg 5/13; a.A. z.B. OLG Dresden, Beschluss vom 07. Mai 2010 - WVerG 6/10), dahinstehen.

b) Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag der ASt ist auch begründet.

Der Ausschluss des Angebots der ASt wegen Abweichens von den Vergabeunterlagen (§§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A) verletzt die ASt in ihren Rechten. Der tatsächliche Zugang der E-Mail vom 30. Oktober 2013 bei der ASt einschließlich des neuen Leistungsverzeichnisses kann nicht eindeutig festgestellt werden (dazu sub a)). Der Nachteil der

Nichterweislichkeit dieses Umstandes fällt dem Ag zur Last (dazu sub. b)); der Zugang bei der ASt ist nicht aus Treu und Glauben bzw. aufgrund von gegenseitigen Rücksichtnahmeverpflichtungen zu fingieren (dazu sub c)). Rechtsfolge des vergaberechtswidrigen Ausschlusses der ASt ist im vorliegenden Fall die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe (dazu sub d)).

- a) Der Ausschluss der ASt wegen Abweichens von den Vergabeunterlagen gemäß §§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b) i.V.m. 13 EG Abs. 1 Nr. 5 S. 1 VOB/A ist vergaberechtswidrig, weil die ASt ihr Angebot auf Grundlage der ihr übersandten Vergabeunterlagen erstellt hat. Denn es ist nicht feststellbar, dass ihr die E-Mail vom 30. Oktober 2013, die das geänderte Leistungsverzeichnis beinhaltete, tatsächlich zugegangen ist (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB).

Eine E-Mail geht dann dem Empfänger zu, wenn sie abrufbereit in seinem eigenen elektronischen Postfach bzw. im Postfach seines Providers eingegangen ist (s. OLG München, Beschluss vom 15. März 2012, Verg 2/12). Indes konnte die Kammer auch nicht im Wege der ihr obliegenden Amtsermittlung (§ 110 Abs. 1 GWB) feststellen, ob die fragliche E-Mail unter der Adresse [...] tatsächlich beim Provider der ASt angelangt ist, so dass die ASt von dieser hätte Kenntnis nehmen können. Beim Provider der ASt werden keine Logfiles bezüglich der eingegangenen E-Mails gespeichert und beim Ag werden diese automatisiert innerhalb von vier Wochen nach dem Datentransfer gelöscht. Somit sind weder die korrekte Absendung der E-Mail noch ihr Eingang beim Provider ermittelbar. Im Wege der Aufklärung konnte nur ermittelt werden, dass die E-Mail-Adresse [...] aktuell die Fehlermeldung

*„550 unroutable address (...) 550: 5.1.1 user unknown“*

generiert und dass dies vom Ag jedenfalls ab dem 12. November 2013 aufgrund des nicht erfolgreich versandten Nachversandes 03 auch wahrgenommen wurde.

Andere Erkenntnisquellen für den Zugang bei der ASt liegen nicht vor.

- b) Den Nachteil der Nichterweislichkeit des Zugangs hat die beweisbelastete Ag zu tragen. Das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren kennt zwar im Grundsatz keine prozessuale Darlegungs- und Beweislast, weil dies nicht mit dem Untersuchungsgrundsatz des § 110 Abs. 1 GWB zu vereinbaren ist. Die materielle Beweislast kommt jedoch dann zum Tragen,

wenn die Aufklärungsbemühungen der Vergabekammer – wie im vorliegenden Fall – mit keiner zureichenden Gewissheit zu tragfähigen Festlegungen gelangt.

aa) Den Nachteil der Nichterweislichkeit einer Tatsache hat grundsätzlich derjenige zu tragen, der sich auf einen ihm günstigen Normtatbestand beruft. Die Beweislast des Zugangs einer bestimmten E-Mail trägt somit grundsätzlich der Absender (s. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. März 2009, 7 U 28/08). Der Zugang der die Vergabeunterlagen abändernden E-Mail ist daher durch den Ag zu beweisen, weil er hierauf den Ausschluss der ASt stützen will. Ein entsprechender Nachweis wurde von Seiten der Ag nicht erbracht, weil dieser nur unzureichend die Nachverfolgung der erfolgreichen Versendung der Vergabeunterlagen überwacht hat.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs genügt ein Absender seiner Pflicht zur wirksamen Ausgangskontrolle bei der Übermittlung eines Schriftsatzes per Telefax nur dann, wenn er anhand des Sendeprotokolls überprüft, ob die Übermittlung vollständig und an den richtigen Empfänger erfolgt ist, weil mögliche Fehlerquellen nur so mit einem hohen Maß an Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden können (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juli 2004 - XII ZB 27/03; Beschluss vom 14. Mai 2008 - XII ZB 34/07, Beschluss vom 29. Juni 2010 - VI ZA 3/09). Bei Übermittlungen per E-Mail besteht analog die Gefahr, dass eine E-Mail-Nachricht den Empfänger wegen einer technischen Störung bei der Übermittlung nicht erreicht. Um sicherzustellen, dass sie den Adressaten erreicht hat, trifft den Versender die Obliegenheit, über die Optionsverwaltung seines E-Mail-Programms die Möglichkeit zu nutzen, eine Lesebestätigung vom Empfänger anzufordern (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 4. Oktober 2002, 23 U 92/02 und Bundesgerichtshof, Beschluss vom 17. Juli 2013, I ZR 64/13). Dies hat der Ag nicht getan. Ebenso wenig hat er sich eine schriftliche Bestätigung des Eingangs der E-Mail von den Bietern zurückschicken lassen oder die erfolgreiche Übermittlung der E-Mail zumindest telefonisch abgeklärt.

bb) Diese Überprüfung wäre gerade im vorliegenden Fall umso notwendiger gewesen, weil die Ag selbst ursprünglich keine elektronische Kommunikationsplattform eröffnet hatte. Für Auskünfte hatte sie im Angebotsaufforderungsschreiben (Ziffer 2) allein Telefon- und Faxnummer und gerade keine E-Mail-Adresse angegeben. Konsequenterweise wurde das ursprüngliche Leistungsverzeichnis auch nur postalisch auf einer CD versandt, so dass die Bieter nicht unbedingt mit einer Übersendung einer komplett überarbeiteten Version des Leistungsverzeichnisses per E-Mail rechnen mussten.

Greift man später doch zur Vereinfachung der Abläufe auf die elektronische Kommunikation zurück, indem man E-Mail-Adressen aus den Briefköpfen zu einem Verteiler zusammenstellt, ist eine Nachverfolgung umso notwendiger. Denn mangels Eröffnung dieses Kommunikationsweges durch die Ag mussten die Bieter ihre diesbezüglichen „Angaben“ keiner Überprüfung unterziehen. In Bezug auf die ASt hatte der Ag zudem für den Nachversand nicht die speziell für die Übersendung der GAEB-Datei des Vergabeverfahrens im Anforderungsschreiben angegebene E-Mail-Adresse [...], sondern ausschließlich die im Briefkopf des Faxes genannte Adresse [...] in den Verteiler aufgenommen. Und dies, obwohl die ursprüngliche E-Mail-Kommunikation mit der ASt vom 14. Oktober 2013 bzgl. der GAEB-Datei (zumindest auch) über diese speziell angegebene E-Mail-Adresse erfolgte.

- c) Diese Beweislastentscheidung zum Nachteil des Ag ist im vorliegenden Verfahren auch nicht aus Treu und Glauben (§ 242 BGB) oder aufgrund der gegenseitigen Rücksichtnahmepflichten im vorvertraglichen Schuldverhältnis (§ 241 Abs. 2 BGB) umzukehren. Die ASt muss sich nicht so behandeln lassen, als wäre ihr der Nachversand 02 zugegangen. Die vom Ag vorgetragene Obliegenheitsverletzung der ASt, ihn – den Ag – auf den Nichterhalt des Nachversandes 02 aufgrund der im Nachversand 03 vorhandenen Anhaltspunkte für die Existenz eines überarbeiteten Leistungsverzeichnisses nicht aufmerksam gemacht zu haben, führt schon im Ausgangspunkt nicht zu einer Beweislastumkehr (dazu sub aa)). Selbst wenn man dies theoretisch für denkbar hielte, liegt im konkreten Fall keine Obliegenheitsverletzung der ASt vor (dazu sub bb)).
- aa) Der Adressat einer E-Mail muss sich nach § 242 BGB so behandeln lassen, wie wenn die Erklärung ihm zugegangen wäre, wenn ihn in Bezug auf den gescheiterten Zugang eine Obliegenheitsverletzung vorzuwerfen ist (vgl. Palandt-*Ellenberger*, BGB, 71. Auflage, Rn. 18 zu § 130 BGB). Dies ist im vorliegenden Fall nicht der Fall. In Bezug auf den Nachversand 02 ist vielmehr gerade unklar, auf welchen Umständen die (u.U.) nicht erfolgte Übersendung beruht. Von einer Zugangsvereitelung oder die Angabe einer nicht erreichbaren E-Mail-Adresse durch die ASt kann daher nicht ausgegangen werden. Die Obliegenheitsverletzung der ASt sieht der Ag daher auch darin, dass sie sich den - nach Auffassung des Ag - greifbaren Anhaltspunkten für die Existenz einer über den Nachversand 03 hinausgehenden E-Mail, welche das überarbeitete Leistungsverzeichnis umfasste, verschlossen hat. Die diesbezügliche Argumentation des Ag - weil die ASt durch die unterlassene Nachfrage nach dem überarbeiteten

Leistungsverzeichnis nicht ermöglicht habe, ihr dieses (erneut) zukommen zu lassen, werde fingiert, dass sie das überarbeitete Leistungsverzeichnis erhalten habe, und diese Fiktion führe zu ihrem Ausschluss wegen Abweichens von (eben diesem) Leistungsverzeichnis - verfängt daher nicht:

Denn dies betrifft jedoch schon dem Grunde nach keine Obliegenheitsverletzung in Bezug auf den Zugang des Nachversandes 02 und damit die zivilrechtliche Frage nach der Beweislastverteilung für ihren Zugang, sondern allenfalls die Frage, ob die ASt bei entsprechender Erkenntnis die Möglichkeit gehabt hätte, das Problem von vornherein durch eine Nachfrage bei der Ag gar nicht erst aufkommen zu lassen (dazu sogleich).

- bb) Selbst wenn man dem Grunde nach derart nachgelagerte Umstände einer Zugangsvereitelung gleichstellen wollte und in dem Sich-Verschließen bezüglich nachträglich erhaltenen Information eine Obliegenheitsverletzung für denkbar erachten sollte, läge eine solche im konkreten Fall nicht vor. Anders als der Ag meint, ergibt sich aus dem Wortlaut des Nachversandes 03 für einen objektiven Leser keineswegs zwingend, dass zuvor die Nachversände 01 und 02 und mit letzterem auch ein neues Leistungsverzeichnis an die Bieter verteilt worden waren. In der Gesamtschau war es für einen durchschnittlichen Dritten durchaus vertretbar, den Nachversand 03 als ein in sich geschlossenes System aufzufassen. Ein Nachfragen beim Ag oder gar die Nachforderung der Nachversände 01 und 02 drängte sich daher nicht auf. Im Einzelnen:

Dass „*die Fragen und Antworten des Nachversands 01 im neu versandten LV des Nachversandes 02 berücksichtigt*“ wurden, kann aus der Sicht eines durchschnittlichen Bieters trotz der Vergangenheitsform die sich unmittelbar anschließende Beantwortung der Fragen im Nachversand 03 meinen. Denn dieser enthielt alle drei Nachversände in einem einheitlichen Dokument. Ebenso lässt sich die Aufforderung an die Bieter, „*die Unterlagen entsprechend auszutauschen und die Fragen/Antworten bei der Kalkulation der betreffenden Positionen zu berücksichtigen*“ auf die vorstehend erfolgte Beantwortung der Bieterfragen beziehen und legt nicht einen zuvor erfolgten Versand eines neuen Leistungsverzeichnisses nahe.

Auch die vom Ag beantwortete Frage 21, in der ein Bieter nach dem statischen System und den Schweißanforderungen in den LV-Position 06.20.0150+0160 fragte und mit

der Nr. 0160 auch eine Position ansprach, welche im Ursprungs-Leistungsverzeichnis nicht existierte, musste bei der ASt keine zwingende Nachfrage auslösen. Die Antwort des Ag lässt sich technisch auf die LV-Position 0150 beziehen, so dass ein Bieter, der bei seiner Angebotserstellung bereits vom korrekten statischen System ausgegangen war und die entsprechenden Anschweißanforderungen bereits berücksichtigt hatte, keinen Anlass hatte, das Leistungsverzeichnis zu überprüfen.

Die Schlussformel des Nachversandes 03 *„Bitte korrigieren Sie die entsprechenden Positionen und die Gesamtzusammenstellung. Legen Sie dieses Schreiben (des letzten Nachversandes) unterschrieben dem Angebot bei. Der Inhalt dieses Schreibens wird Vertragsbestandteil“* impliziert zudem, dass ein Bieter bei Berücksichtigung des Inhaltes dieses Nachversandes und der Bestätigung des Inhalts durch seine Unterschrift das seinerseits Erforderliche getan hatte. Dass dieser Nachversand „der letzte“ sein sollte, konnte sich auch auf den Abschluss des Nachversendungsprozesses in rein zeitlicher Hinsicht beziehen und belegt nicht zwingend, dass der Nachversand Teil einer dreigliedrigen Kette gewesen sein musste.

- d) Als Rechtsfolge ist von der Kammer die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe auszusprechen. Angesichts des öffentlichen Submissionstermins und der damit eingetretenen Kenntnis der Bieter von den Angebotspreisen der Wettbewerber war eine Anpassungsmöglichkeit allein ihres Angebots an das neue Leistungsverzeichnis für die ASt aus Wettbewerbsgründen verschlossen. Sämtlichen Bietern ist daher Gelegenheit zu geben, ihre Angebote nochmals (bzw. für die ASt erstmals) auf der Grundlage des überarbeiteten Leistungsverzeichnisses einzureichen. Den Bietern ist hierfür eine angemessene Frist einzuräumen, welche sich an den Zeitabläufen der ursprünglichen Termine zu orientieren hat.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG.

Danach hat die Ag als unterliegende Partei die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen. Die

Bg ist an dieser Kostentragungslast nicht zu beteiligen. Weder hat die ASt durch den allein gegen den Ausschluss ihres Angebots gerichteten Nachprüfungsantrag einen Interessengegensatz zur Bg begründet, noch hat die Bg Anträge gestellt oder das Verfahren schriftsätzlich oder durch mündlichen Vortrag wesentlich gefördert. Die Bg hat demzufolge auch ihre Aufwendungen - sofern ihr welche entstanden sein sollten - selbst zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen hat, welche die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen.

#### IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.