

VK 3 - 99/06

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren des

...

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladener -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen Durchführung von Ausbildungsbegleitenden Hilfen nach ..., Lose ... und ... im Bezirk des ... hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Grotzfeld und den ehrenamtlichen Beisitzer Höhn auf die mündliche Verhandlung vom 22. August 2006 am 28. August 2006 beschlossen:

...

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und des Beigeladenen zu tragen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Beigeladenen war notwendig.

Gründe

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) beabsichtigt im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung ... den Abschluss von Verträgen über die Durchführung von ausbildungsbegleitenden Hilfen (...) nach ... für die Dienststellen des Bezirks des Die Leistung soll in ... Losen vergeben werden.
 - a) In den Verdingungsunterlagen ist im Teil A "Allgemeine Hinweise" folgendes ausgeführt:

"A.1 Angebotsabgabe, Ansprechpartner, Fristen"

Zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Verfahrens gehen die Angebote an eine von der Vergabestelle unabhängige Angebotsstelle. Gleiches gilt für etwaige Änderungen, Berichtigungen und Rücknahmen von Angeboten.

Die Angebote müssen in einem verschlossenen Umschlag/Paket adressiert an die

... _____
Angebotsstelle ...

(bitte die Anschrift des im jeweiligen Losblatt genannten ... verwenden)

mit der Aufschrift

Nicht öffnen!
Angebot zur Öffentlichen Ausschreibung
Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen (§ 61 SGB III / 2006)
VergabeNr. _____, Los Nr. _____
(bitte die Vergabe-Nr. und die bebotene Losnummer angeben)

rechtzeitig bis zum Ablauf der Angebotsfrist bei der vorgenannten Angebotsstelle eingegangen sein. Nicht ordnungsgemäß gekennzeichnete oder nicht ordnungsgemäß verschlossene oder nicht rechtzeitig oder nicht bei der vorgenannten Angebotsstelle eingegangene Angebote werden ausgeschlossen.

Die Angebote können per Post bzw. durch einen privaten Zustelldienst, aber auch unmittelbar durch Einwurf in den Hausbriefkasten (übliche Abmessungen) oder Abgabe beim Pförtnerdienst am Haupteingang des Dienstgebäudes der Angebotsstelle zu den üblichen Öffnungszeiten abgegeben werden. Das gekennzeichnete Angebot kann auch in neutraler Umverpackung eingereicht werden. Für die Rechtzeitigkeit des Eingangs ist der Eingangsstempel der oben genannten Angebotsstelle maßgebend. (...)

Ausschreibende Stelle und Ansprechpartner ist das jeweils zuständige ... als Organisationseinheit der Vertragspartner wird jedoch die Die Anschrift des jeweils zuständigen ... ist dem Losblatt zu entnehmen.

Ende Angebotsfrist: Datum2006 Uhrzeit: 15.00 Uhr“

Auf dem Losblatt war als Adressat vermerkt:

"..."

- b) Der Antragsteller (ASt) und der Beigeladene (Bgl) beteiligten sich mit Angeboten zu den Losen ... und Der Bgl adressierte einen Gesamtumschlag mit den verschlossenen Angeboten zu den Losen ... und ... wie folgt:

„...
Angebotsstelle ...“

Diesen Umschlag gab er am 29. April 2006, einem Samstag, vormittags bei der Deutsche Post AG als DHL Express-Brief auf. Vereinbart war die Auslieferung am darauf folgenden Werktag (2. Mai 2006) bis 12.00 Uhr. Der Umschlag wurde jedoch erst am 3. Mai 2006 um 7.30 Uhr im Rahmen der üblichen Leerung dem Postfach der Angebotsstelle entnommen und von der DHL an die Hausanschrift der Angebotsstelle verbracht. Die Angebote des Bgl tragen auf dem Umschlag den Tagesstempel vom 3. Mai 2006 und den handschriftlichen Zusatz "7.45h per DHL".

Die Ag schloss die Angebote des Bgl zunächst wegen verspäteten Eingangs aus und teilte ihm mit Schreiben vom 19. Juni 2006 mit, dass sie beabsichtige, den Zuschlag für Los ... auf das Angebot des ASt und den Zuschlag für Los ... auf das Angebot eines weiteren Bieters zu erteilen. Nach erfolgloser Rüge stellte der Bgl daraufhin einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes (VK 3 – 66/06). Die Ag überprüfte daraufhin den Ausschluss

...

der Angebote des Bgl und stellte fest, dass die Angebote des Bgl nicht erst am 3. Mai 2006 um 7.45 Uhr durch DHL an die Hausanschrift zugestellt worden sind, sondern dass der Umschlag am 3. Mai 2006 um 7.45 Uhr durch DHL in die Angebotsstelle gebracht wurde, nachdem er zuvor dem Postfach der Ag bei der Post entnommen worden war. Sie kam daher zu dem Ergebnis, dass die Angebote des Bgl entgegen ihrer ursprünglichen Auffassung nicht ausgeschlossen werden könnten. Mit Schreiben vom 10. Juli 2006 nahm der Bgl daraufhin seinen Nachprüfungsantrag zurück. Die Ag wertete die Angebote des Bgl und beabsichtigt nunmehr, ihm den Zuschlag zu erteilen.

Bereits mit Schreiben vom 7. Juli 2006 hatte der ASt die Einbeziehung der Angebote der Bgl in die Wertung gerügt. Mit Schreiben vom 18. Juli 2006 teilte die Ag dem ASt mit, dass sie beabsichtigt, den Zuschlag für die Lose ... und ... auf die Angebote des Bgl zu erteilen. Dies wiederum rügte der ASt mit Schreiben vom 24. Juli 2006

2. Am 26. Juli 2006 stellte der ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes. Diesen Antrag hat die Kammer am selben Tag zugestellt.
 - a) Der ASt ist der Auffassung, die Angebote des Bgl dürften nicht gewertet werden, da sie nicht rechtzeitig bei der Ag eingegangen seien. In den Verdingungsunterlagen sei als Zugangsort die Hausanschrift der Ag vorgegeben. Der Zugang hier sei eindeutig verspätet und diese Verspätung darüber hinaus vom Bgl auch zu vertreten. Der Bgl habe sich der DHL für die Zustellung seiner Angebote bedient. Das Verschulden der DHL, die unzulässigerweise eine Express-Sendung im Postfach abgelegt habe, statt diese – wie auch in den AGB Postfach geregelt – bei der Adresse der Ag abzugeben, habe der Bgl zu vertreten. Die DHL sei weder Empfangsbote noch Empfangsvertreter der Ag. Darüber hinaus habe der Bgl wegen der kurzfristigen Beauftragung der DHL leichtfertig gehandelt und habe schon aus diesem Grund den nicht nachweisbaren bzw. verspäteten Zugang seiner Angebote zu vertreten. Die rechtzeitige Übermittlung der Angebote an den richtigen Ort stehe ausschließlich im Bieterisiko.

Selbst wenn man auf den Zugang im Postfach abstelle, sei bei Sendungen an Postfächer für den Zugangszeitpunkt auf den allgemeinen Leerungstermin abzustellen. Daher seien

die Angebote, die im Laufe des 2. Mai 2006 in das Postfach der Ag gelangt seien, erst am 3. Mai 2006 zugegangen.

Obwohl der ASt für Los ... nicht das zweitplatzierte Angebot abgegeben habe, sei der Nachprüfungsantrag auch insoweit zulässig, denn es sei nicht ausgeschlossen, dass sich der ASt bei Ausschluss des Angebots des Bgl jedenfalls innerhalb des neu zu bildenden 10%-Korridors befunden hätte und damit in die abschließende Wertungsrunde mit hätte einbezogen werden müssen.

Der ASt beantragt daher

1. der Ag aufzugeben, die Zuschläge bezüglich der Lose ... und ... des Vergabeverfahrens ... "Ausbildungsbegleitende Hilfen nach ..." nicht an den ... zu erteilen,
2. der Ag aufzugeben, die Angebote des ASt und der übrigen Bieter mit Ausnahme des ... bezüglich der Lose ... und ... des Vergabeverfahrens ... "Ausbildungsbegleitende Hilfen nach ..." unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Antragsgegnerin beantragt:

1. der Nachprüfungsantrag zu Los ... wird als unzulässig verworfen,
2. der Nachprüfungsantrag zu Los ... wird als unbegründet zurückgewiesen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag im Hinblick auf Los ... für unzulässig, da hier der ASt zu keinem Zeitpunkt als Zuschlagskandidat vorgesehen gewesen sei.

Die Ag ist der Auffassung, die Angebote des Bgl seien zu werten, ein Ausschluss als verspätet komme nicht in Betracht. Obwohl nämlich in den Verdingungsunterlagen gefordert gewesen sei, dass die Angebote an die Hausanschrift der Ag adressiert werden, sei die Postfach-Zustellung nicht als unzulässig ausgeschlossen worden. Das Postfach gehöre bereits zum Machtbereich der Angebotsstelle. Nach den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG für die Nutzung von Postfächern (AGB Postfach)" Ziffer 3 Abs. 4 könne nicht ausgeschlossen werden, dass im Postfach auch solche Sen-

dungen eingehen, die an die Hausanschrift gerichtet seien. Die Ag habe mit der Post/DHL vereinbart, dass das Postfach nur einmal täglich um 07.30 Uhr geleert und der Inhalt der Ag überbracht werde. Zusätzlich das Postfach zu anderen Zeiten durch eigene Bedienstete leeren zu lassen, sei aber durch diese Vereinbarung nicht ausgeschlossen gewesen. Es sei für die Ag daher möglich und wegen des Fristablaufs geboten gewesen, unmittelbar nach dem Auslaufen der Angebotsfrist am 02. Mai 2006 um 15.00 Uhr das Postfach zu leeren, um so Kenntnis von und Besitz an den rechtzeitig in das Postfach eingelegten Sendungen zu erlangen. Dies sei jedoch unterblieben. Ob die Angebote des Bgl verspätet eingegangen seien oder nicht sei wegen dieses Versäumnisses der Ag nicht mehr feststellbar. Dies könne aber nicht zu Lasten des Bgl gehen. Der Bgl habe vorgetragen, alles zumutbar Erforderliche getan zu haben, um den Zugang rechtzeitig zu bewirken. Nach dem allgemeinen Verlauf der Dinge sei die Aufgabe der Sendung am 29. Mai 2006 im Hinblick auf den Zugang am 2. Mai bis 15.00 Uhr rechtzeitig gewesen. Die Post arbeite in den Verteilzentren rund um die Uhr und auch an Feiertagen finde der Transport der Sendungen statt. Die Beweislast verlagere sich nunmehr auf die Ag, die substantiieren müsse, dass der Zugang nicht rechtzeitig gewesen sei.

c) Durch Beschluss vom 28. Juli 2006 ist der Bgl zum Verfahren hinzugezogen worden.

Er beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der ASt trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Es wird festgestellt, dass die Zuziehung eines Bevollmächtigten durch den Bgl erforderlich war.

Er ist der Auffassung, seine Angebote seien nicht auszuschließen, weil sie rechtzeitig eingegangen seien. Er verweist insbesondere darauf, dass keiner der seitens der Post für die Verschickung der Sendung der Bgl zuständigen Betriebe rückständige Sendungen in dem maßgeblichen Zeitraum zwischen dem 29. April 2006 und dem 02. Mai 2006 aufgewiesen habe. Daraus folge, dass die Sendung am Mittag des 29. April 2006 von der Poststelle in ... an das dortige Postverteilungszentrum weitergegeben worden und von dort zunächst in der Nacht zum 30. April 2006 zum Verteilzentrum ..., anschließend spätestens am Morgen des 01. Mai 2006 zum Verteilzentrum ... und schließlich in den Morgenstunden des 02. Mai 2006 zur Postfiliale ... gelangt sei. Dort sei das Schreiben zwi-

schen 07.30 Uhr – also nach der Postfachleerung für den 02. Mai 2006 – und 09.30 Uhr in das Postfach eingelegt worden. Letzteres folge daraus, dass die Verteilung der morgens zugegangenen Postsendungen in die Postfächer laut Auskunft der Post bis 09.30 Uhr erfolge und am fraglichen 02. Mai 2006 auch hier keine Rückstände gemeldet worden seien. Deshalb sei die Sendung bis spätestens 09.30 Uhr am 02. Mai 2006 und damit rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist in das Postfach der Ag eingelegt worden. Die Angebote seien daher nicht verspätet zugegangen. Auch könne sich der ASt nicht darauf berufen, dass für die Frage des Zugangs auf die übliche Leerungszeit des Postfachs abzustellen sei. Denn die Ag wäre zur nochmaligen Leerung des Postfachs am 02. Mai 2006 um 15.00 Uhr, also im Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist, verpflichtet gewesen. Weil sie dieser Verpflichtung nicht nachgekommen sei, müsse auch der nicht mögliche Nachweis des exakten Zugangszeitpunkts allein zu Lasten der Ag gehen.

Der Bgl hat Schreiben der Deutschen Post AG und der DHL vorgelegt, aus denen sich ergibt, dass es in den Verteilzentren keine Rückstände gab und dass am 2. Mai 2006 um 9.20 Uhr die Verteilung von Sendungen in die Postfächer abgeschlossen gewesen ist.

Dem ASt und dem Bgl wurde antragsgemäß unter Beachtung von Geschäftsgeheimnissen Akteneinsicht gewährt.

In der mündlichen Verhandlung am 22. August 2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet. Die Angebote des Bgl zu den Losen ... und ... sind nicht wegen verspäteten Eingangs auszuschließen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist insgesamt zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach §§ 100 Abs. 1, 104 Abs. 1 GWB eröffnet, da sich der Nachprüfungsauftrag auf einen dem Bund zuzurechnenden Auftrag oberhalb der für Dienstleistungen einschlägigen Schwellenwerte (§ 2 VgV) bezieht. Die Tatsache, dass gemäß § 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A i.V.m. Ziff. 24 Anhang I B für die hier vorliegenden Unterrichtsdienstleistungen keine europaweite Ausschreibung stattzufinden hatte bzw. die a-Paragrafen insgesamt keine Anwendung finden, ist für die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens ohne Belang; insoweit kommt es allein auf die diesbezüglich einschlägigen Vorschriften an, die keine Ausnahmeregelung für Unterrichtsdienstleistungen enthalten.
- b) Der ASt ist antragsbefugt, da er ein Interesse an dem Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Verletzung von Vergabevorschriften geltend macht. Ihm droht infolge der behaupteten Vergaberechtsverstöße auch ein Schaden i.S.d. § 107 Abs. 2 S. 2 GWB, denn das Angebot des ASt kommt sowohl bei Los ... als auch bei Los ... für den Zuschlag in Betracht. Bei Los ... wäre auf das Angebot des ASt bei Ausschluss des Angebots des Bgl der Zuschlag zu erteilen, bei Los ... läge das Angebot des ASt innerhalb des neu berechneten Kennzahlkorridors und käme für den Zuschlag zumindest in die engere Wahl.
- c) Der ASt hat die geltendgemachten Vergaberechtsverstöße unverzüglich i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gegenüber der Ag gerügt. Er hat die Einbeziehung der Angebote des Bgl in die Wertung bereits mit Schreiben vom 7. Juli 2006 erstmalig unmittelbar nach einer entsprechenden Ankündigung der Ag im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren und nochmals auf das Schreiben der Ag gemäß § 13 VgV vom 18. Juli 2006 hin mit Schreiben vom 23. März 2005 gerügt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Angebote des Bgl sind vor Ablauf der Angebotsfrist am 02. Mai 2006 um 15.00 Uhr und damit nicht verspätet im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) VOL/A bei der Angebotsstelle eingegangen. Sie sind deshalb nicht auszuschließen, sondern in die Bewertung einzubeziehen. Die vorgenommene Bewertung der Angebote unter Einschluss der Angebote des Bgl war deshalb vergaberechtskonform.

a) Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) VOL/A sind Angebote auszuschließen, die verspätet eingegangen sind, es sei denn dass der verspätete Eingang durch Umstände verursacht worden ist, die nicht vom Bieter zu vertreten sind. Der Eingang einer Sendung setzt in Anlehnung an § 130 BGB den Übergang in den Machtbereich des Empfängers und dessen Möglichkeit voraus, unter normalen Umständen Kenntnis erlangen zu können (vgl. Noch in: Müller-Wrede VOL/A § 25Rn. 31).

aa) Der Übergang der Sendung in den Machtbereich der Angebotsstelle ist nicht erst bei Eingang an der Hausanschrift, sondern bereits durch Einlegung der Sendung in das Postfach erfolgt. Unabhängig davon, wie häufig ein Postfach tatsächlich geleert wird, besteht die grundsätzliche Möglichkeit des Postfachinhabers, jederzeit auf den Inhalt des Postfachs Zugriff zu nehmen. Es ist insoweit vergleichbar mit einem Briefkasten, für den anerkannt ist, dass sich darin befindliche Post bereits im Machtbereich des Briefkasteninhabers befindet. Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Vergabestelle die Möglichkeit hat, aus ihrem Machtbereich einzelne Bereiche herauszugreifen und den wirksamen Zugang auf diese Orte zu beschränken, so ist eine solche Beschränkung im vorliegenden Fall nicht erkennbar. In den Verdingungsunterlagen ist zwar vorgegeben, dass die Angebote an die Hausanschrift der Angebotsstelle zu adressieren sind. Hieraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass nur die Hausanschrift zulässiger Eingangsort im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) VOL/A ist, denn in den Verdingungsunterlagen war ausdrücklich die Versendung der Angebote per Post gestattet. Folgerichtig sind alle für Post üblichen Zugangsorte im Machtbereich der Angebotsstelle als Eingangsort im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) VOL/A zulässig. Dazu gehört auch das Postfach. Postsendungen werden nämlich gemäß den "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Deutschen Post AG für die Nutzung von Postfächern (AGB Postfach)" Ziffer 3 Abs. 4 "in der Regel" in das Postfach eingelegt "wenn nichts anderes vereinbart worden ist". Eine andere Vereinbarung ist hier nicht getroffen worden. Die Ag, die die Übermittlung von Angeboten per Post zugelassen hat, hat damit auch den Eingang von Angeboten in das Postfach anerkannt. Dass Express-Sendungen der Post gemäß Ziffer 3 Abs. 6 AGB Postfach unter der Hausanschrift zugestellt werden, ist unbeachtlich, weil die Ag in den Verdingungsunterlagen gerade nicht die Versendung der Angebote als Express-Sendung vorgeschrieben hat.

bb) Maßgeblich für die Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit für den Zugangszeitpunkt ist im vorliegenden Fall nicht der Zeitpunkt der üblichen Leerung des Postfaches (hier zwischen 7.30 und 8.00 Uhr am 2. bzw. 3. Mai 2006), sondern der Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist, in dem das Postfach von der Ag nochmals hätte geleert werden müssen. Zwar wird bei der Zustellung in Postfächer für die Möglichkeit der Kenntnisnahme und damit für den Zugangszeitpunkt in der Regel auf den Zeitpunkt der üblichen Leerung des Postfachs abgestellt. Wenn der Postfachinhaber indes mit dem Eingang fristgebundener Sendungen rechnet bzw. rechnen muss, ist nach der Verkehrsanschauung zu erwarten, dass das Postfach neben den üblichen Leerungen auch zum Zeitpunkt des Fristablaufs geleert wird. Die Verpflichtung, Angebote auf dem ungeöffneten Umschlag mit Eingangsvermerk zu versehen (vg. § 22 Nr. 1 VOL/A) und die von der Ag selbst in den Verdingungsunterlagen bestimmte Maßgeblichkeit ihres Eingangsstempel für die Feststellung der Verspätung beinhalten auch die Verpflichtung der Ag gegenüber den Bietern, alles ihr Mögliche zu tun, um den Zeitpunkt des Eingangs der Angebote zutreffend festzuhalten. Es genügt daher für die Rechtzeitigkeit der Angebote, wenn die Angebote am 2. Mai 2006 bis 15.00 Uhr in das Postfach eingelegt wurden.

b) Es ist davon auszugehen, dass sich die Sendung des Bgl im maßgeblichen Zeitpunkt des Ablaufs der Angebotsfrist am 02. Mai 2006 um 15.00 Uhr bereits im Postfach der Ag befand, also rechtzeitig zugegangen ist. Der Bgl hat die Sendung am 29. April 2006 bei der Post aufgegeben. Diese arbeitet „rund um die Uhr“ und ist auch an Wochenenden und Feiertagen tätig. Da die Deutsche Post außerdem zugesichert hat, dass es nach Aussagen ihrer Mitarbeiter in dem Zeitraum zwischen dem 29. April 2006 und dem 02. Mai 2006 keine Rückstände in den betreffenden Betrieben – den Verteilzentren ..., ... und ... sowie dem Postamt ... – gab, ist anzunehmen, dass die Sendung am 02. Mai 2006 bei der betreffenden Postfiliale eingegangen ist. Weil die Sendung des Bgl sich bei der Leerung des Postfachs gegen 07.30 Uhr am darauffolgenden 03. Mai 2006 bereits im Postfach befand, Verteilschluss für das Postfach am 02. Mai 2006 jedoch um 09.30 Uhr war, ist weiterhin davon auszugehen, dass die Sendung des Bgl am 02. Mai 2006 vor 09.30 Uhr und damit vor Ablauf der Angebotsfrist um 15.00 Uhr in das Postfach der Ag eingelegt worden und damit in deren Machtbereich gelangt ist.

- c) Selbst wenn man diesen Erkenntnisstand noch nicht für ausreichend erachtet, um mit hinreichender Sicherheit feststellen zu können, dass die Angebote des Bgl rechtzeitig eingegangen sind – beispielsweise weil denkbar ist, dass die Sendung erst im Laufe des 02. Mai 2006 (nach Verteilschluss) in der Postfiliale eintraf und erst am Morgen des 03. Mai 2006 vor der Leerung des Postfachs in dasselbe eingelegt worden ist – so ist dennoch das Angebot nicht als verspätet anzusehen, denn im vorliegenden Fall geht die Nichterweislichkeit des Zugangszeitpunktes zu Lasten der Ag, die die Angebote des Bgl nicht ausschließen darf.

Zunächst ist klarzustellen, dass die Regelung des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) 2. HS. VOL/A, wonach ein Angebot nur dann nicht auszuschließen ist, wenn der verspätete Eingang durch Umstände verursacht worden ist, die nicht vom Bieter zu vertreten sind, nicht für die Klärung der Frage herangezogen werden kann, wer die Beweislast bei Nichterweislichkeit der Verspätung bzw. des rechtzeitigen Eingangs eines Angebots trägt. § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) 2. HS. VOL/A setzt nämlich den – hier gerade fraglichen – verspäteten Eingang des Angebots schon voraus. Es ist also auf allgemeine Grundsätze zurückzugreifen:

Geht man davon aus, dass derjenige die Beweislast trägt, der sich auf die jeweilige Norm, hier den Ausschlussgrund aus § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. e) VOL/A beruft (vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.05.2005 – Az.: 6 W 31/05), so ergibt sich zwanglos, dass die Ag den verspäteten Zugang im Postfach nicht nachgewiesen hat und daher die Angebote der ASt nicht ausschließen kann.

Aber auch eine Beweislastverteilung nach Verantwortungsbereichen (vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 29.08.2005, 9 Verg 6/05 sowie Palandt/Heinrichs, BGB, 64. Aufl., § 280 Rdn. 34) führt im vorliegenden Fall zu keinem anderen Ergebnis. Zwar ist zutreffend, dass der Bieter primär die Verantwortung und damit die Beweislast für die rechtzeitige Übermittlung seines Angebots trägt (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2003 Verg 47/03 für die Vollständigkeit des Angebots). Ein Verschulden des bei der Übermittlung des Angebots eingeschalteten Zustellers geht daher grundsätzlich zu Lasten des Bieters. Etwas anderes muss aber gelten, wenn konkreten Anhaltspunkte dafür bestehen, dass im Verantwortungsbereich der Vergabestelle Ursachen für

die Nichterweislichkeit ausschussrelevanter Tatsachen gesetzt wurden (so wohl auch OLG Düsseldorf Beschluss vom 19.November 2003 Verg 47/03).

Vorab ist festzuhalten, dass der Bgl selbst alles ihm Zumutbare getan hat, um einen rechtzeitigen Zugang seiner Angebote sicherzustellen. Er hat den Angebotsumschlag richtig adressiert und als Express-Sendung mit ausreichenden zeitlichen Vorlauf zulässigerweise per Post bzw. privatem Zustelldienst auf den Weg gebracht. Der ASSt wendet hier ein, dass das Einsortieren der Sendung in das Postfach ein Verstoß gegen Ziffer 3 Abs. 6 AGB Postfach sei, wonach die Express-Sendung unter der Hausanschrift zuzustellen war. Dieses Verschulden der Post sei allein dem Bgl zuzurechnen. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass schon fraglich ist, ob überhaupt eine Pflichtverletzung des von der Bgl eingeschalteten Zustellers vorliegt, denn nach Ziffer 4 Abs. 2 der "Allgemeinen Geschäftsbedingungen der DHL Paket/Express National (AGB Paket/Express National)" können bestimmte Express-Briefe auch durch Einlegen in eine für den Empfänger bestimmte und ausreichend aufnahmefähige Einrichtung (Hausbriefkasten etc.) abgeliefert werden. Dazu kommt, dass der Bgl auch nach den Verdingungsunterlagen nicht verpflichtet gewesen ist, die Angebote als Express-Sendung zu verschicken, er hätte sich auch des "normalen" Postweges bedienen können und dann wäre der Angebotsumschlag in das Postfach gelegt worden, ohne dass irgendeine dem Bgl zurechenbare Pflichtverletzung des Zustellers vorläge. Selbst wenn man aber unterstellt, dass der vom Bgl eingeschaltete Zusteller einen Fehler gemacht hat, indem er die Express-Sendung nicht an die Hausanschrift zugestellt hat, so handelt es sich hier nicht nur um einen Fehler gegenüber dem Bgl als Vertragspartner des Lieferauftrages, sondern auch gegenüber der Ag als Inhaberin des Postfaches. Die Verpflichtung der Post, Express-Sendungen an die Hausanschrift zuzustellen, ergibt sich nämlich aus den AGB Postfach, also aus Regelungen, die Bestandteil einer Vereinbarung zwischen der Post und der Ag als Postfachinhaberin sind. Daher ist im vorliegenden Fall das Verschulden der Post auch der Ag zuzurechnen. Des weiteren ist zu bedenken, dass es die Ag in der Hand hatte, durch Leerung des Postfaches mit Ablauf der Angebotsfrist solches Fehlverhalten ihres Vertragspartners aufzufangen. Der Bgl wusste demgegenüber nichts von dem Postfach und konnte daher auch keine Vorkehrungen treffen, um einen Zugang an das Postfach zu verhindern. Schließlich ist von Bedeutung, dass die Ag für eine ordnungsgemäße Dokumentation des Eingangs der Angebote zu sorgen hat (s.o.). Tut sie dies nicht und vereitelt damit die Feststellbarkeit des

Zugangzeitpunkts, so kann sie sich nicht auf die Verspätung des Angebots berufen. Im Ergebnis und nach Abwägung der gegenseitigen Interessen ist die Nichterweislichkeit des Zugangzeitpunkts daher dem Verantwortungsbereich der Ag zuzuordnen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 GWB i.V.m. § 80 VwVfG.

Da der ASt mit seinem Nachprüfungsantrag unterlegen ist, kann er zur Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Bgl herangezogen werden, wenn dies der Billigkeit entspricht (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO analog). Die entsprechenden Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt, weil der Bgl Anträge gestellt und das Verfahren auch sonst wesentlich gefördert hat. Er hat daher ein Prozessrechtsverhältnis zum ASt begründet und ein Prozesskostenrisiko auf sich genommen (vgl. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 17. Mai 2004, VII – Verg 12/03 m.w.N.). Darüber hinaus hat sich der ASt hier mit seinem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Bgl gestellt, denn er hat seinen Antrag darauf stützt, dass die Angebote des Bgl als verspätet auszuschließen seien (vgl. Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 19. Februar 2002, Verg 33/01, und vom 29. Juni 2004, VII – Verg 21/04).

Die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch den Bgl war notwendig, um die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber dem anwaltlich vertretenen ASt herzustellen, der sich mit seinem Nachprüfungsantrag gezielt gegen die Erteilung des Zuschlag an den Bgl richtete (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004, aaO.).

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, bei Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

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

Die Beschwerdeschrift muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsan-
walt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffent-
lichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabe-
kammer. 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.

Dr. Herlemann

Grotzfeld