



2. Vergabekammer des Bundes  
VK 2 - 91/15

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

- Antragstellerin -

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Döppelhan auf die mündliche Verhandlung vom 23. September 2015 am 6. Oktober 2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) und die der Antragsgegnerin sowie der Beigeladenen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen war notwendig.

### **Gründe:**

Die Antragstellerin (ASt) begehrt den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen (Bg) gem. § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A.

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Rahmenvertrag [...]“ im Rahmen eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit bekannt [...]. Der Auftrag ist in zwei Lose aufgeteilt. Das alleine streitgegenständliche Los 1 betrifft [...] sowie dazugehörige Dienstleistungen. Die Laufzeit des Vertrags beträgt 4 Jahre, die optional zwei Mal um jeweils ein Jahr verlängert werden kann.

Nach Ziff. I.1 der Bekanntmachung sowie Ziff. 2.11.1 der Vergabeunterlage (VU) wird das Vergabeverfahren elektronisch über die e-Vergabe-Plattform des Bundes durchgeführt ([www.evergabe-online.de](http://www.evergabe-online.de)). Angebote müssen daher über die e-Vergabe-Plattform eingereicht werden. Eine anderweitige Angebotsabgabe, etwa per E-Mail oder schriftlich, ist unzulässig und führt zwingend zum Ausschluss. Während weder der Bekanntmachung noch der VU nähere Einzelheiten zur Form des Angebots zu entnehmen sind, geht aus Ziff. 1.3 („Form des Angebots“) der Allgemeinen Bewerbungsbedingungen u.a. hervor:

*„Voraussetzung für die Abgabe eines elektronischen Angebotes ist die Verwendung einer zugelassenen elektronischen Signatur und die Registrierung auf der e-Vergabe-Plattform. Eine Übersicht und Hinweise zu den von der e-Vergabe unterstützten elektronischen Signaturen finden Sie unter <http://www.evergabe-online.info/signaturen>. Angebote sind auf Basis des bereitgestellten Angebotsformulars zu erstellen. Angebote und die mit ihnen einzusendenden Formulare müssen eindeutige Angaben über Sie als Wirtschaftsteilnehmer enthalten (Firma, Adresse, Name der handelnden Person).“*

Die Informationsseiten der e-Vergabe-Plattform des Bundes enthalten nähere Hinweise zur Verfahrensweise bei der Signatur von Dokumenten. Danach ist die Signatur ausschließlich mit dem Angebotsassistenten (AnA) oder dem Signatur-Clienten zu erzeugen (vgl. ebenda: „Signieren und Prüfen für Bieter“).

Die VU (Ziff. 2.11.2) macht darüber hinaus auch Angaben zum Aufbau bzw. zur äußeren Struktur des Angebots. Danach soll das Angebot folgenden Aufbau haben:

*„Anschreiben zum Angebot*

*Angebotsformular (Formblatt des BeschA, Anlage 1 A/B)*

...

*Preiszusammenstellung auf der Grundlage der zur Verfügung gestellten Herstellerpreislisten auf dem beigefügten Preisblatt (gem. Kapitel 4)“*

Angebote, deren Aufbau/Struktur sich nicht an der vorgegebenen Struktur orientiert, können ausgeschlossen werden, wenn dies zu Unklarheiten oder Unverständlichkeiten führt (VU, Ziff. 2.11.2).

Die dem Angebot zwingend beizufügenden Unterlagen sind gem. Ziff. 5.2 der VU in der Tabelle 23 aufgeführt. Soweit vorliegend von Interesse sind dies:

*„Anlage 1 A/B: Angebotsvordruck*

*Anlage 2 A/B: Preisblatt*

...

*Anlage 5: Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit*

...

*Anlage 7: Erklärung Informationsabfluss“*

Ausweislich des vorformulierten einleitenden Satzes des Angebotsvordrucks (Anlage 1 A/B) geben die Bieter mit diesem die Erklärung ab,

*„...zu den in den Vergabeunterlagen aufgeführten Bedingungen ...die ausgeschriebene Leistung anzubieten. Mein Angebot entspricht den Vorgaben der Vergabeunterlagen. Abzugebende Erklärungen und Nachweise habe ich beigefügt.“*

In dem Angebotsvordruck sind insbesondere Angaben zu machen zur angebotenen Leistung, zur Verjährungsfrist für Mängelansprüche und zum Angebotspreis. Hinsichtlich der Verjährungsfrist für Gewährleistungsansprüche ergibt sich aus § 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfs – geändert durch die Antwort auf Bieterfrage Nr. 38 –, dass eine Dauer von 12 Monaten vorgegeben ist. Zum

Zwecke der Ermittlung des Angebotspreises hat der Bieter in einem ersten Arbeitsschritt das Preisblatt auszufüllen, in dem Angaben zum Rabattsatz auf Herstellerpreise bestimmter VMware-Produkte sowie zu den Kosten für bestimmte Dienstleistungen zu machen sind. Der auf diese Weise ermittelte (Gesamt-) Angebotspreis ist sodann in den Angebotsvordruck zu übertragen.

Der Angebotsvordruck ist elektronisch zu signieren. Oberhalb des für die Signierung vorgesehenen Unterschriftsfelds findet sich folgender Hinweis:

*„Meine Signatur/Unterschrift umfasst folgende Erklärungen und Nachweise. Zudem bestätige ich bei Erklärungen Dritter die Übereinstimmung mit dem Original.“*

Bei den Erklärungen und Nachweisen handelt es sich um:

*„Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit und Mindestlohn  
Angaben zu Unternehmensgröße und -umsatz  
Eigenerklärung zu Informationsabfluss“*

Unterhalb des zu signierenden Unterschriftsfeldes befindet sich folgende, durch Fettdruck hervorgehobene Fußnote:

*„Ist das Angebot nicht wie gefordert signiert bzw. unterschrieben, muss es zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden.“*

Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

Die Angebotsfrist endete - nach Verlängerung - am 26. Juni 2015.

ASt und Bg gaben jeweils ein Angebot für Los 1 ab. Während die Bg ihr - von der Ag nicht zur Signatur vorgesehenes - Anschreiben zum Angebot und das ebenfalls nicht zur Signatur vorgesehene Preisblatt mit einer den Vorgaben der e-Vergabe-Plattform entsprechenden elektronischen Signatur versah, war dies bei dem Angebotsvordruck nicht der Fall. Den Angebotsvordruck signierte die Bg mit einer im Unternehmen selbst angelegten, nicht zertifizierten fortgeschrittenen elektronische Signatur, die nicht den Anforderungen der e-Vergabe-Plattform entspricht. Zu der Verwendung der selbst angelegten fortgeschrittenen elektronischen Signatur kam es nach dem Vortrag der Bg, weil die zuständige Mitarbeiterin einen doppelten Mausklick in

das Unterschriftsfeld des Angebotsvordrucks gemacht hat, obwohl den Informationen der e-Vergabe-Plattform zu dieser Vorgehensweise zu entnehmen ist:

*„Signieren und Prüfen für Bieter*

*Vorgehensweise*

*...*

*„Sehr wichtig:*

*Nutzen Sie zum Signieren bitte ausschließlich den Angebotsassistenten (AnA)....oder den Signatur-Client für Bieter...!*

*Die jeweilige Anleitung finden Sie unten auf dieser Seite.*

*Das zu signierende PDF-Dokument muss zum Signieren zwingend geschlossen sein!*

*Klicken Sie nicht im PDF-Dokument in das Signaturfeld (auch wenn dies in der Vergangenheit funktioniert hat).*

Nach dem unstreitigen Vortrag der Ag in der mündlichen Verhandlung vermag die Software der e-Vergabe-Plattform es nicht, selbständig zu prüfen, ob eine Signatur an der dafür vorgesehenen Stelle angebracht worden ist. Die Software prüft lediglich, ob überhaupt korrekt elektronisch signiert worden ist. Daher ist die fehlerhafte Signatur des Angebotsvordrucks der Bg zunächst nicht entdeckt worden. Erst im Rahmen der manuellen Bearbeitung der eingegangenen Anträge fiel der Fehler auf. Nachdem die Ag im Rahmen der manuellen Angebotsprüfung die fehlerhafte Signatur des Angebotsvordrucks der Bg erkannt hatte, hielt sie in einer internen E-Mail vom 6. Juli 2015 hierzu u.a. fest:

*„Die Signatur ist ungültig, weil der Anbieter zum Signieren ein selbst erstelltes fortgeschrittenes Zertifikat verwendet hat.....Der Zertifikatsaussteller ist weder von der Bundesnetzagentur akkreditiert, noch wird es auf unserer Website als unterstützt aufgeführt. Weiter kommt hinzu, dass es zu dem privat erstellten Zertifikat keinen OCSP-Responder gibt, über welchen man die Echtheit des Zertifikats und dessen Status prüfen kann. Der Anwender hat zusätzlich die vom e-Vergabe-Team empfohlenen und unterstützten Wege zum Signieren eines PDF-Dokuments ignoriert und die Signatur über den Adobe Reader aufgebracht. Ferner hat der Anwender es versäumt, eine Signaturprüfung, wie sie vom e-Vergabe-Team empfohlen und beschrieben wird, über die empfohlenen und unterstützten Wege durchzuführen. Somit hat der Anwender auf eigenes Risiko den Adobe Reader zum Signieren benutzt und im Anschluss nicht sichergestellt, dass seine Signatur im Rahmen der e-Vergabe gültig ist.“*

Nach der vorliegenden Wertung ist das Angebot der Bg das preisgünstigste, gefolgt von dem Angebot der ASt.

Allerdings hatte die Ag zunächst die Absicht, das Angebot der Bg auszuschließen. Mit Schreiben vom 8. Juli 2015 hatte sie der Bg mitgeteilt, deren Angebot auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen, weil sie für die Signatur des Angebotsvordrucks ein selbsterstelltes fortgeschrittenes Zertifikat verwendet hatte, welches weder von der BNetzA akkreditiert worden sei noch auf der Website [www.evergabe-online.info](http://www.evergabe-online.info) als unterstützt aufgeführt werde. Nach erfolgloser Rügeerhebung wandte die Bg sich hiergegen mit der Stellung eines Nachprüfungsantrags (Az.: VK 2 – 75/15). Zu diesem Nachprüfungsverfahren war die ASt des vorliegenden Verfahrens beigelegt worden. In dem Sitzungsprotokoll zu der am 13. August 2015 stattgefundenen mündlichen Verhandlung ist u.a. festgehalten, dass die Vergabekammer zu der Auffassung neigt, zwar den Ausschlussstatbestand des § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A als erfüllt anzusehen, da die Bg ihr Angebot nicht vollumfänglich wie vorgegeben elektronisch signiert hat. Da aber Teile der einzureichenden Dokumente korrekt elektronisch signiert worden seien (Anschreiben zum Angebot, Preisblatt), sehe die Vergabekammer den Anwendungsbereich des § 19 EG Abs. 2 VOL/A als eröffnet an. Es handele sich um einen formalen Fehler, der vom Normzweck des § 19 EG Abs. 2 VOL/A, einen Angebotsausschluss wegen formeller Mängel möglichst zu vermeiden, erfasst werde. Nach Auffassung der Vergabekammer sprächen die Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 17. März 2011 (Az.: VII-Verg 56/10) sowie vom 9. Mai 2011 (Az.: VII-Verg 40/11) für eine solche Sichtweise. Im Nachgang zu der mündlichen Verhandlung, mit Schreiben vom 14. August 2015, informierte die Ag die Vergabekammer darüber, im Rahmen des ihr nach § 19 EG Abs. 2 VOL/A zustehenden Ermessens entschieden zu haben, von der Bg den korrekt signierten Angebotsvordruck nachzufordern. Daraufhin erklärte die Bg mit anwaltlichem Schriftsatz vom 18. August 2015 das von ihr betriebene Nachprüfungsverfahren für erledigt.

Innerhalb der ihr von der Ag gesetzten Frist reichte die Bg einen korrekt elektronisch signierten Angebotsvordruck ein. Unter dem Datum vom 21. August 2015 informierte die Ag die ASt sodann gem. § 101a GWB über ihre Absicht, den Zuschlag nunmehr auf das Angebot der Bg erteilen zu wollen, das preisgünstiger sei.

Hiergegen wandte sich die ASt mit anwaltlichem Rügeschreiben vom 2. September 2015. Darin machte die ASt insbesondere geltend, das Angebot der Bg sei nach § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A zwingend auszuschließen. Der Anwendungsbereich für eine Nachforderung gem. § 19 EG Abs. 2 VOL/A sei nicht eröffnet.

2. Mit einem am 3. September 2015 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte der Ag den Antrag noch am selben Tag.

- a) Die ASt trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Entgegen der von der Bg vertretenen Auffassung stehe der Zulässigkeit des Antrags die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zur Rügepräklusion nicht entgegen. Das Informationsschreiben (§ 101a GWB) vom 21. August 2015 sei der ASt erst am 24. August 2015 zugegangen, weil es von der Ag erst an diesem Tag auf die e-Vergabe-Plattform hochgeladen und somit der ASt zur Kenntnis gebracht worden sei. Eine Rügeerhebung am 2. September sei „unverzüglich“ im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Darauf, ob das Tatbestandsmerkmal der „Unverzüglichkeit“ mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht unvereinbar sei und deshalb unangewendet bleiben müsse, komme es somit nicht entscheidend an. Im Übrigen sei eine Rügeerhebung auch entbehrlich gewesen. Die Ag habe ihre Ermessensentscheidung, gem. § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A die Übersendung des korrekt signierten Angebotsvordrucks nachzufordern, unter dem Eindruck der mündlichen Verhandlung vom 13. August 2015 im Verfahren VK 2 – 75/15 und der im Sitzungsprotokoll festgehaltenen Rechtsauffassung der Vergabekammer getroffen. Dies lasse es als ausgeschlossen erscheinen, dass eine Rügeerhebung der ASt die Ag dazu hätte bewegen können, dem Rügevorbringen abzuweichen und wieder zur ursprünglichen Auffassung (d.h. dem Ausschluss des Angebots der Bg) zurückzukehren.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Das Angebot der Bg sei zwingend gem. § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A auszuschließen, weil der Angebotsvordruck nicht entsprechend den Vorgaben der Ag elektronisch signiert worden sei. Sowohl das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 9. Mai 2011, VII-Verg 41/11) als auch die Vergabekammer des Bundes (Beschluss vom 21. April 2011, VK 3 - 41/11) hätten in einem vergleichbaren Sachverhalt entschieden, dass § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A den Angebotsausschluss gebiete. Rechtlich unerheblich sei, dass die Bg das (informelle) Anschreiben zum Angebot korrekt digital signiert habe.

Die Ag habe einen ordnungsgemäß signierten Angebotsvordruck zulässigerweise nicht nachfordern dürfen. Der Anwendungsbereich des § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A sei auf Erklärungen und Nachweise beschränkt. Habe ein Bieter - wie vorliegend die Bg - das Angebot nicht korrekt elektronisch signiert, sei der Nachforderungstatbestand nicht anwendbar. Dies sei auch sachlich gerechtfertigt, weil der Angebotsvordruck zentraler Bestandteil des Angebots

sei, in den u.a. der Preis und die Gewährleistungsdauer für Mängelansprüche einzutragen seien. Den Angebotsvordruck nachzufordern würde faktisch bedeuten, wesentliche Teile des Angebots nachzufordern, weil dieser die übrigen einzureichenden Dokumente und auch eine Vielzahl von Erklärungen und Nachweisen mit umfasse. Dürften fehlende oder unwirksame Unterschriften nachgefordert werden, bestünde eine erhebliche Manipulationsgefahr (Hinweis auf VK Südbayern, Beschluss vom 21.Mai 2015, Z3-3-3194-1-08-02/15). Außerdem würden die Bieter ungleich behandelt. Ein nicht unterschriebenes bzw. digital signiertes Angebot sei außerdem gem. § 125 BGB i.V.m. § 16 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A nichtig.

Die ASt beantragt,

1. ein Vergabenachprüfungsverfahren einzuleiten und der Ag aufzugeben, die Bewertung der Angebote zu Los 1 unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. der Ag zu untersagen, das Vergabeverfahren zu Los 1 bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens weiterzuführen,
3. der Ag zu untersagen, den Zuschlag auf das Angebot der Bg zu Los 1 zu erteilen,
4. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten der Ag zu gewähren,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären,
6. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der ASt aufzuerlegen.
7. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
8. der ASt Akteneinsicht zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.



Nach Ansicht der Ag ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zugrunde legend (Beschlüsse vom 9. Mai 2011, VII-Verg 40/11, und vom 1. Oktober 2014, VII-Verg 14/14), sei davon auszugehen, dass die Bg ein wirksames Angebot abgegeben habe, indem sie ein elektronisch signiertes Anschreiben zum Angebot in Verbindung mit dem vollständig ausgefüllten und elektronisch signierten Preisblatt sowie die weiteren geforderten Angebotsunterlagen elektronisch übersandt habe. Auch nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen sei ein Angebot formwirksam unterschrieben, wenn das Anschreiben zum Angebot unterschrieben worden ist und Bezug nehme auf das beigefügte Angebot. So liege es hier.

Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Ag den Bietern in den Informationen zur Bedienung der e-Vergabe-Plattform die Möglichkeit eingeräumt habe, selbständig Dateien mit Signaturen zu versehen. Die automatisierte Überprüfung der Gültigkeit der Signatur stelle lediglich darauf ab, ob irgendeine Datei gültig signiert sei. Dagegen werde nicht geprüft, ob diejenige Datei signiert worden sei, die in den Vergabeunterlagen dafür vorgesehen worden sei.

Soweit in dem Angebotsvordruck Erklärungen und Nachweise in Bezug genommen worden seien, die ihrerseits digital zu signieren waren, sei die Nachforderungsmöglichkeit nach § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A ohne Weiteres eröffnet. Die Nachforderungsmöglichkeit entspreche im Übrigen auch der ratio legis dieser Norm, nämlich Angebotsausschlüsse aus rein formalen Gründen möglichst zu verhindern.

c) Die mit Beschluss vom 7. September 2015 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aus Gründen der Billigkeit aufzuerlegen.

Die Bg meint, der Nachprüfungsantrag sei nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig. Der ASt sei bereits aufgrund des im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VK 2 – 75/15) ergangenen Abhilfeschildens der Ag vom 14. August 2015 bekannt gewesen, dass die Ag der Bg (d.h. der Antragstellerin im Verfahren VK 2 – 75/15) nach § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A die Gelegenheit gegeben hat, einen korrekt elektronisch signierten Angebotsvordruck einzureichen. Seit diesem Zeitpunkt habe die ASt somit Kenntnis von dem von ihr behaupteten Vergabeverstoß gehabt. Eine

Rügeerhebung nach mehr als zwei Wochen seit Kenntniserlangung genüge nicht dem Erfordernis einer unverzüglichen Rügeerhebung.

Ihren Rügeobliegenheiten hätte die ASt selbst dann nicht genügt, wenn auf das Informationsschreiben (§101a GWB) vom 21. August 2015 abzustellen wäre, das der ASt nach deren eigenem Vortrag erst am 24. August 2015 zugegangen sei. Da die ASt aufgrund des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren mit dem Sachverhalt wohlvertraut gewesen sei, wäre eine Rüge nur dann unverzüglich erhoben worden, wenn diese innerhalb einer Zeitspanne von ein bis drei Tagen erhoben worden wäre. Eine Rüge erst acht Tage später sei hingegen nicht mehr unverzüglich im Sinne des Gesetzes.

Ungeachtet dessen sei der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet, weil kein Ausschlussgrund vorliege. Nach § 16 EG Abs. 1 Satz 1 VOL/A bleibe es dem öffentlichen Auftraggeber zwar unbenommen, den Bietern Vorgaben zu machen, in welcher Form ein Angebot einzureichen ist. § 16 EG Abs. 1 VOL/A räume dem Auftraggeber jedoch nicht die Befugnis ein, verbindlich festzulegen, an welcher Stelle der Angebotsunterlagen der Bieter das Angebot verbindlich zu signieren habe. Die Stelle, an der die Unterschrift geleistet werde, sei unmaßgeblich, solange jedenfalls zweifelsfrei festgestellt werden könne, der Bieter habe mit seiner Unterschrift das Angebot insgesamt verbindlich abgeben wollen. Dies sei vorliegend der Fall, weil die Mitarbeiterin der ASt sowohl das Anschreiben zum Angebot als auch das Preisblatt mit einer den Vorgaben der e-Vergabe-Plattform entsprechenden fortgeschrittenen elektronischen Signatur versehen habe. Die von ihr auf dem Anschreiben angebrachte Signatur habe alle Angebotsbestandteile mit in Bezug genommen. Die Identität des Bieters sowie die Integrität und Vollständigkeit des Angebots seien so zweifellos gewährleistet. Das OLG Düsseldorf habe deshalb zu Recht entschieden (Beschluss vom 1. Oktober 2014, VII-Verg 14/14), dass ein Angebotsausschluss nicht erfolgen dürfe, wenn zwar das Anschreiben, nicht aber das Angebotsformular ordnungsgemäß unterschrieben worden sei.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 9. Mai 2011 (Az.: VII-Verg 41/11). Der Sachverhalt, der der Entscheidung des Oberlandesgerichts zugrunde gelegen habe, sei mit dem Vorliegenden nicht vergleichbar. Denn bei diesem Verfahren habe die Frage im Vordergrund gestanden, ob eine fortgeschrittene elektronische Signatur die geforderte qualifizierte elektronische Signatur ersetzen könne. Dies habe das OLG Düsseldorf zu Recht verneint. Vorliegend habe die Bg das Angebotsschreiben den Vorgaben der Ag entsprechend mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur versehen.

Jedenfalls räume, wie das OLG Düsseldorf in der vorzitierten Entscheidung vom 9. Mai 2011 entschieden habe, § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A dem öffentlichen Auftraggeber das Recht ein, eine nicht ordnungsgemäß elektronisch signierte Erklärung nachzufordern.

- d) Der ASt, der bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren gewährt worden ist, wurde Akteneinsicht in die fortgeschriebene Vergabeakte im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 23. September 2015 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist als unbegründet zurückzuweisen.

### 1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des maßgeblichen Schwellenwerts für Dienstleistungen, sind erfüllt.
- b) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Ihr bestehendes Interesse am Auftrag hat sie durch ihre Angebotsabgabe dokumentiert. Den Vortrag der ASt als richtig unterstellt, wäre das Angebot der Bg gem. § 19 EG Abs. 3 Satz 1 lit. b) VOL/A auszuschließen. Folge eines Ausschlusses des Angebots der Bg wäre es, dass das Angebot der zweitplatzierten ASt für eine Zuschlagserteilung in Betracht käme.
- c) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten genügt. Der Auffassung der Bg, der Nachprüfungsantrag sei gem. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB unzulässig, ist nicht beizutreten.

Die Vorschrift des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB sieht vor, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig ist, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Es kann offen bleiben, ob die Norm nach der Entscheidung des EuGH (EuGH, Urteil v. 28.01.2010 - Az.: C-406/08), wonach die Mitgliedstaaten zwar Fristen für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens festlegen können, es aber mit dem Gebot eines effizienten Rechtsschutzes nicht vereinbar ist, wenn der Zugang zum Nachprüfungsverfahren von der

Anwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs – wie möglicherweise der „Unverzüglichkeit“ - abhängt, noch anwendbar ist (vgl. etwa OLG Koblenz, Beschluss vom 16. September 2013, 1 Verg 5/13; offen gelassen z.B. in OLG Saarbrücken, Beschluss vom 15. Oktober 2014, 1 Verg 1/14). Die erkennende Vergabekammer neigt zu der Auffassung, dass zwar das Merkmal der „Unverzüglichkeit“ keine Anwendung mehr finden kann, dass es einem Antragsteller nach § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB aber dennoch obliegt, den von ihm erkannten Vergabeverstoß vor Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zum Gegenstand einer Rüge zu machen.

Dahingestellt bleiben kann auch die Frage, ob das Schreiben der Ag vom 14. August 2015 überhaupt hätte gerügt werden müssen. Gegenstand einer Rüge ist der Vergaberechtsverstoß, der in einer dem Antragsteller zur Kenntnis gebrachten Entscheidung zum Ausdruck kommt. Eine Zwischenentscheidung kann Gegenstand einer Rüge sein, wenn es sich bei ihr um eine Entscheidung handelt, die geeignet ist, die Auftragschancen des Antragstellers zu beeinflussen (zum Vorstehenden Dicks, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 107 Rn. 41). Lediglich der Vorbereitung dienende Handlungen des Auftraggebers unterfallen nicht der Rügeobliegenheit. In ihrem Schreiben vom 14. August 2015 im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VK 2 – 75/15) teilte die Ag der Bg mit, im Rahmen der Ermessensausübung hinsichtlich der Nachforderung von Unterlagen (§ 19 EG Abs. 2 VOL/A) entschieden zu haben, von dieser einen Angebotsvordruck nachzufordern, welcher eine nach den Allgemeinen Bewerbungsbedingungen zugelassene Signatur enthält. Durch diese Entscheidung der Ag, die im Nachgang zu der mündlichen Verhandlung am 13. August 2015 zum vorangegangenen Verfahren (VK 2 – 75/15) erfolgte, wurden die Auftragschancen der ASt zunächst nicht beeinflusst. Hätte die Bg z.B. innerhalb der ihr gesetzten Frist keinen korrekt elektronisch signierten Angebotsvordruck eingereicht, wäre ihr Angebot auszuschließen gewesen. Daher ist denkbar, dass es sich bei dem Schreiben vom 14. August 2015 nur um eine vorbereitende, nicht rügebedürftige Maßnahme handelte. Eine mit der Rüge angreifbare Entscheidung hätte die Ag erst mit der Versendung des Informationsschreibens (§ 101a GWB) vom 21. August 2015 gegenüber der ASt getroffen. Das Informationsschreiben vom 21. August 2015 hat die ASt mit anwaltlichem Schreiben vom 2. September 2015 zum Gegenstand einer Rüge gemacht.

Eine Verletzung der Rügeobliegenheit kommt vorliegend jedenfalls deshalb nicht in Betracht, weil die Erhebung einer Rüge angesichts des konkreten Sachverhalts entbehrlich war. Der Verzicht auf eine Rüge ist nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) nur unter engen Voraussetzungen denkbar, insbesondere in Fällen, in denen der Auftraggeber klar und

eindeutig zu erkennen gegeben hat, an seiner Vergabeentscheidung festzuhalten (Dicks, a.a.O., § 107 Rn. 54). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. In der mündlichen Verhandlung zum vorangegangenen Verfahren hat die Vergabekammer ihre Auffassung deutlich gemacht, dass zwar der Ausschlussstatbestand des § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A in Bezug auf das Angebot der Bg an sich einschlägig ist, die Vergabekammer aber den Anwendungsbereich der Nachforderungsmöglichkeit des § 19 EG Abs. 2 VOL/A als eröffnet ansieht. Ihre Rechtsauffassung hat die Vergabekammer in dem den Verfahrensbeteiligten bekannten Sitzungsprotokoll niedergelegt. Ausgehend hiervon hat die Ag am darauffolgenden Tag entschieden, die Bg gem. § 19 EG Abs. 2 VOL/A schriftlich aufzufordern, einen korrekt elektronisch signierten Angebotsvordruck vorzulegen. Mit der Nachforderung eines korrekt elektronisch signierten Angebotsvordrucks machte die Ag deutlich, den rechtlichen Hinweisen der Vergabekammer folgen zu wollen. Eine Rüge der ASt hätte angesichts der aus dem Sitzungsprotokoll vom 13. August 2015 hervorgehenden klaren Positionierung der Vergabekammer hieran nichts mehr ändern vermocht. Denn es war nicht zu erwarten, dass die Ag unter dem Eindruck einer Rüge zu ihrer ursprünglichen Auffassung zurückkehren würde. Eine Rügeerhebung war daher nach Treu und Glauben nicht geboten.

- d) Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Die ASt hat mit anwaltlichem Schreiben vom 2. September 2015 den von ihr behaupteten Verfahrensverstoß gerügt. Die Ag hat sich vor der Stellung des Nachprüfungsantrags am 3. September 2015 zu dem Rügevorbringen nicht mehr geäußert.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Das Angebot der Bg ist nicht auszuschließen. Die Ag hat der Bg zu Recht gem. § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A die Möglichkeit gegeben, einen korrekt elektronisch signierten Angebotsvordruck nachzureichen; die Bg hat fristgerecht reagiert.

- a) Der Anwendungsbereich der in § 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A normierten Nachforderungsmöglichkeit ist eröffnet. Ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach ist die Nachforderungsmöglichkeit des § 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A zwar bezogen auf Erklärungen und Nachweise, womit unmittelbar der Ausschlussstatbestand von § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A in Bezug genommen wird. Denkbar wäre eine rein formale Argumentation in dem Sinne, dass die Nachforderungsmöglichkeit Fehler bei der Unterschrift, die thematisch grundsätzlich in § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A angesiedelt sind, nicht erfasst (vgl. in diesem Sinn die Entscheidung der 3. Vergabekammer des Bundes nach § 115 Abs. 2 GWB vom 21. April 2011 - VK 3 - 38/11). Wie aber auch der vorliegende Fall zeigt, ist eine klare Zuordnung der Nachforderungsmöglichkeit

des Abs. 2 ausschließlich zum Ausschlussstatbestand des Abs. 3 lit a) – Fehlen von Erklärungen und Nachweisen – weder möglich noch im Sinne des Normzwecks sinnvoll. In der Praxis der in den Angeboten vorkommenden Fehler ist nämlich häufig eine klare Zuordnung zu einem einzigen Ausschlussstatbestand nicht möglich, sondern es sind oft mehrere Ausschlussstatbestände berührt und es kann in solchen Fällen offen bleiben, welchem Ausschlussstatbestand der Fehler letztendlich zuzuordnen ist (grundlegend hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2011, a.a.O., dort Ziffer II.3.c)cc)). So liegt der Fall hier:

Einschlägig ist vorliegend zum einen der Ausschlussstatbestand des § 19 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A, wonach Angebote auszuschließen sind, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten. Für eine Anwendbarkeit dieses Ausschlussstatbestands spricht, dass die Signatur unter dem Angebotsvordruck zugleich folgende, in dem Angebotsvordruck einzutragende Erklärungen mit umfasste: Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit und Mindestlohn, Angaben zu Unternehmensgröße und –umsatz sowie Eigenerklärung Informationsabfluss. Ist der Angebotsvordruck nicht korrekt signiert worden, sind damit zugleich auch die genannten Erklärungen und Nachweise nicht formgerecht abgegeben worden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2011, a.a.O.).

Thematisch betroffen ist zum anderen die Vorschrift des § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A, wonach Angebote, die nicht unterschrieben oder nicht elektronisch signiert sind, auszuschließen sind. Die Vorschrift ist nicht nur dann einschlägig, wenn das Angebot überhaupt nicht signiert worden ist, sondern auch dann, wenn nicht die geforderte Art der Signatur verwendet wurde (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2011, a.a.O.). Vorliegend hat die Ag den Bietern in den Vergabeunterlagen zwar keine Vorgaben hinsichtlich der Art der Signatur gemacht (fortgeschrittene elektronische Signatur oder qualifizierte elektronische Signatur), sondern nur hinsichtlich der Vorgehensweise bei der Erzeugung der Signatur, d.h. Verwendung des Angebots-Assistenten bzw. des Signatur-Clients. In dem von der Ag vorgegebenen Verfahren hat die Bg das Anschreiben zum Angebot und das Preisblatt signiert, nicht aber den für die Signatur vorgesehenen Angebotsvordruck; den Angebotsvordruck hat die Bg stattdessen mit einer eigenen fortgeschrittenen Signatur versehen. Die Bg hat damit die geforderte Art der Signatur verwendet, wenn auch nicht an der dafür von der Ag vorgesehenen Stelle. Da die Ausschlussstatbestände des § 19 EG Abs. 3 VOL/A wegen der für die betroffenen Bieter damit verbundenen weitreichenden Konsequenzen eng auszulegen ist, ist allerdings fraglich, ob der Ausschlussstatbestand des § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A in Fällen wie dem Vorliegenden überhaupt anwendbar ist; auch bei der zunächst durchgeführten elektronischen Auswertung

der Angebote wurde von dem System kein Fehler im Angebot der Bg festgestellt, da das elektronische Auswertungstool – wie die Ag in der mündlichen Verhandlung ausführte – keinen Fehler meldet, wenn überhaupt an irgendeiner Stelle des Angebots (genauer: der Angebotsdatei) eine im Sinne der Vorgaben der Ag ordnungsgemäße Signatur angebracht ist.

Auch wenn man aber zugunsten der ASt unterstellt, der Ausschlussstatbestand des § 19 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A sei erfüllt, so ist vorliegend schon angesichts der gleichzeitigen Betroffenheit des Ausschlussstatbestands nach lit. a) die Nachforderungsmöglichkeit des Abs. 2 eröffnet. Das Oberlandesgericht Düsseldorf hat sich in seiner grundlegenden Entscheidung vom 9. Mai 2011, die im Eilverfahren nach § 115 Abs. 2 S. 6 GWB erging und insoweit zwar keine abschließende Festlegung enthielt, richtigerweise und unter Hinweis auf den Senatsbeschluss vom 17. März 2011 (VII-Verg 56/11) zu § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A bereits dahin eingelassen, dass die Nachforderungsmöglichkeit wohl auch dann greift, wenn Erklärungen zwar nicht vollständig fehlen, sondern insbesondere auch dann, wenn sie nicht ordnungsgemäß signiert sind. Vor dem Hintergrund des Normzwecks, Angebote nicht wegen rein formeller Fehler ausschließen zu müssen, erscheint diese im Vergleich zu der zugrunde liegenden Ausgangsentscheidung der 3. Vergabekammer des Bundes (a.a.O.) weitergehende Sichtweise als vollkommen zutreffend. Der Anwendungsbereich von § 19 EG Abs. 2 S. 1 VOL/A ist eröffnet.

- b) Die Entscheidung der Ag, die Bg gem. § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A aufzufordern, einen korrekt signierten Angebotsvordruck nachzureichen, ist auch inhaltlich hinsichtlich des Gebrauchs des dort eröffneten Ermessens nicht zu beanstanden. Die Entscheidung der Ag kann die Vergabekammer nur auf Ermessensfehler überprüfen, d.h. ob der öffentliche Auftraggeber von einem zutreffenden Sachverhalt ausgegangen ist, ob ein Fall von Ermessensüberschreitung, -unterschreitung, -fehlgebrauch oder -nichtgebrauch vorliegt.

Vorliegend ist die Bg hinsichtlich des Angebotsvordrucks - formal betrachtet - von den Vorgaben der Ag abgewichen. Die Bg hat zwar ihrem Angebot (bzw. der elektronisch übermittelten Angebotsdatei) den mit einer eigenen fortgeschrittenen Signatur versehenen Angebotsvordruck beigefügt; der Angebotsvordruck fehlte somit nicht zur Gänze. Die fortgeschrittene Signatur wurde aber nicht entsprechend den Vorgaben der Ag erzeugt. Den Hinweisen der Ag zufolge zum „Signieren und Prüfen für Bieter“ hätte diese das abgespeicherte und geschlossene pdf-Dokument entweder mit dem Angebots-Assistenten (AnA) oder dem Signatur-Clients signieren müssen. Die Hinweise enthielten den

ausdrücklichen Hinweis („Sehr wichtig“), nicht im geöffneten pdf-Dokument in das Signaturfeld zu klicken, sondern dieses zunächst zu schließen. Die Bg hat jedoch für den Angebotsvordruck weder den AnA noch den Signatur-Clients verwendet, sondern durch einen Doppelklick in das geöffnete pdf-Dokument ihre eigene fortgeschrittene Signatur angebracht. In einem solchen Fall entspricht es dem Sinn und Zweck des § 19 EG Abs. 2 Satz 1 VOL/A, dem Bieter, zum Zwecke der Vermeidung des Ausschlusses aus formalen Gründen, die Gelegenheit zu geben, einen fehlerfrei signierten Angebotsvordruck nachzureichen.

Die von der ASt befürchtete Manipulationsgefahr seitens der Bg ist nicht zu besorgen. Die Vergabekammer hat sich davon überzeugt, dass die Bg in dem nachgereichten, korrekt signierten Angebotsvordruck, keine inhaltlichen Änderungen vorgenommen hat. Solche inhaltlichen Änderungen wären von der Ag ohnehin bemerkt worden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Angebotspreises. Da in den Angebotsvordruck nur der im Preisblatt ermittelte Angebotspreis zu übernehmen war, wären Abweichungen zwangsläufig aufgefallen. Dies gilt aber auch hinsichtlich der Verjährungsfrist für Mängelansprüche. Die Bg hat im Angebotsvordruck - anders als die ASt in ihrem Angebot - die in § 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfs, korrigiert durch die Antwort der Ag auf die Bieterfrage Nr. 38, vorgesehene und von der Ag zwingend vorgegebene Gewährleistungsfrist eingetragen. Hätte die Bg insoweit abweichende Angaben gemacht, wäre ihr Angebot auszuschließen gewesen. Dies ist aber nicht der Fall gewesen.

Soweit die ASt eine Ungleichbehandlung darin erblickt, dass auch Bieter, wie der Bg, die Möglichkeit zur Abgabe eines Angebots gegeben wird, die zunächst kein wirksames Angebot abgegeben haben, ist die darin liegende Begünstigung der Bg logische Konsequenz der Möglichkeit zur Nachforderung von Erklärungen und Nachweisen. Es ist gerade Sinn und Zweck der Nachforderungsmöglichkeit, dass auch Bieter, deren ursprüngliches Angebot formal mangelbehaftet war, nicht aufgrund dessen per se vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, sondern ein mit den Vorgaben des Auftraggebers konformes Angebot nachreichen können. Eine gewisse Ungleichbehandlung mit Bieter, die von vornherein ein formal korrektes Angebot abgeben, ist in der Norm angelegt und kommt in allen Fällen zum Tragen, in denen eine zulässige Nachforderung dazu führt, dass sich der Zuschlagskandidat ändert.

Nicht beizutreten ist schließlich der Auffassung der ASt, das Angebot der Bg sei zivilrechtlich nichtig (§ 125 BGB). Die Nichtigkeitsfolge tritt nur ein, wenn ein Rechtsgeschäft der durch Gesetz vorgeschriebenen Form nicht entspricht. § 126a BGB sieht ergänzend vor, dass dann,



wenn die gesetzlich vorgeschriebene Form durch die elektronische Form ersetzt werden soll, das elektronische Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur zu versehen hat. Vorliegend gibt es – anders als im Sachverhalt, welcher der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 9. Mai 2011 zugrunde lag, dort § 56 SGB X - keine durch Gesetz vorgeschriebene Form. Darüber hinaus hat die Ag auch davon abgesehen, die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur zur Voraussetzung für die Abgabe des Angebots zu machen.

Nach alledem ist der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB.

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

Es entspricht der Billigkeit nach § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der unterlegenen ASt aufzuerlegen. Die Bg hat sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt und ein Kostenrisiko auf sich genommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12; Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05). Auch hat sich die ASt mit ihrem Vortrag in einen direkten Interessengegensatz zur Bg gestellt.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zu vergaberechtlichen Rechtsproblemen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben. Im Übrigen ergibt sich die Notwendigkeit der Hinzuziehung auch aus dem Grundsatz der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

### 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.

Dr. Herlemann

Thiele