



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 28/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Briefdienstleistungen [...]“, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Romeike auf die mündliche Verhandlung vom 26. März 2018 am 18. April 2018 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, in dem Vergabeverfahren „Briefdienstleistungen [...]“ einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten und den Bietern auf der Grundlage der überarbeiteten Vergabeunterlagen erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb am [...] aus. Die Verfahrensbeteiligten streiten über die Ausschlussbedürftigkeit des Angebots der Antragstellerin (ASt), da dieses aus Sicht der Ag nicht formgerecht eingereicht worden ist.

Die Angebote waren elektronisch unter www.evergabe-online.de einzureichen (Ziffer I.3 der Bekanntmachung). Hierfür gab die Ag den Bietern eine Bedienungsanleitung an die Hand. Laut Aufforderung zur Angebotsabgabe ist *„stets die von der e-Vergabe-Plattform des Bundes unterstützte fortgeschrittene elektronische Signatur oder eine von der Plattform unterstützte qualifizierte elektronische Signatur zu verwenden. Alle zu signierenden Dokumente sind daher nur mit einer der unter <http://www.evergabe-online.info/signaturen> aufgeführten elektronischen Signaturen zu versehen.“* Die Bewerbungsbedingungen führen aus Seite 3 aus: *„Sofern an anderer Stelle nichts Abweichendes geregelt ist, ist das „Angebotsschreiben D.0“ das einzige Dokument, das je Angebot zwingend mit einer elektronischen Signatur zu versehen ist.“*

Die ASt lud ihr Angebot fristgerecht hoch. Sie erhielt folgende Meldung: *„Diese Nachricht ist (bei Bedarf oder auf Rückfrage) zur Wiedervorlage bei der oben genannten Vergabestelle gedacht. Sie wurde elektronisch von der Vergabepattform signiert und erhält einen Zeitstempel Ihres Angebots.“*

Ziff. 4 der Leistungsbeschreibung stellt den Umfang der zu erbringenden Leistung dar (Abholung, Freimachen, Befördern, Zustellung, Briefformate, Vorgaben für Einschreiben und Postzustellungsaufträge als optionale Leistungen). Ziff. 5 der Leistungsbeschreibung enthält *„Vorgaben und Leistungsinhalte“* der Ausschreibung. Folgende Aspekte werden u.a. näher beschrieben:

- 5.1 Eingangspost
 - 5.1.1 Zustellung von Briefsendungen aus den Postfächern der Deutschen Post AG
 - 5.1.2 Zustellung von Briefsendungen an Dienststellen [...], die mit Großempfänger-Postleitzahlen versehen sind
- 5.2 Ausgangspost
 - 5.2.1 Abholung
 - 5.2.2 Sortieren, Zählen, Frankieren; Transportbehältnisse
 - 5.2.3 Zustellung
 - 5.2.4 Brieflaufzeiten
 - 5.2.5 Zustellversuche, Nachsendungen bzw. Rücksendungen
 - 5.2.6 Klischee-Aufdruck, Freistempelvermerk
- 5.3 Leistungen vor Vertragsbeginn
- 5.4 Servicezeiten des Auftragnehmers

Unter den Ziffern 2.1 und 2.2 des Leistungsverzeichnisses sind den Bewertungskriterien (B-Kriterien) folgende Hinweise vorangestellt:

„Mit dem Angebot sind die Kompetenzen und institutionellen Strukturen im Hinblick auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen darzustellen. Es muss jeweils der Bezug zur konkreten Leistungserbringung für die [...] als Auftraggeber erkennbar sein; ansonsten erfolgt eine Abwertung bei der Bepunktung.“

„Konzept für die KHG B8 bis B10 und A11

Bitte beschreiben Sie auf INSGESAMT MAXIMAL 15 DIN-A4-Seiten konzeptionell die Prozesse und die Organisation des Briefversands und gehen Sie inhaltlich auf die nachfolgenden KHG B8 bis B10 und A11 ein.

Verwenden Sie bitte für Ihre Darstellung NICHT die in den aidf-Dateien vorgegebenen Antwortfelder (B8 bis B10 und A11), sondern fügen Sie für alle vier Themen (B8 bis B10 und A11) EINE gesonderte Datei mit INSGESAMT MAXIMAL 15 SEITEN als Anlage bei und bezeichnen Sie diese mit einem sprechenden Dateinamen (z.B. "LB_Anlage_Prozesse und Organisation").

Die Kriterienhauptgruppe (KHG) B ist überschrieben mit

„Prozesse und Organisation (Briefversand)“.

Das Kriterium B8 dieser KHG ist wie folgt beschrieben:

B 8.: Logistische Kette und Qualitätssicherung (B-Kriterium)

Bitte beschreiben Sie die einzelnen Prozesse und Schnittstellen ("PROZESSBESCHREIBUNG") bei der Abholung, Bearbeitung, Beförderung und

*Zustellung zum Empfänger bzw. die Auslieferung bei einem Unterauftragnehmer bzw. bei der Deutschen Post AG.
Geben Sie dabei auch Ihre Maßnahmen zur Qualitätssicherung an.“*

Unter den Nr. 38 und 49 stellten Bieter Fragen zur Ziff. 2.1 des Leistungsverzeichnisses, insbesondere ob für diese Ziffer ein weiteres Konzept zu erstellen sei oder die dort genannten Anforderungen in das nach Ziff. 2.2 zu erstellende Konzept einfließen sollen. Darüber hinaus bat der Fragesteller unter der Nr. 48 um eine Erläuterung der von der Ag erwarteten Ausführungen hinsichtlich ihres Inhalts und Umfangs. Die Antwort der Ag auf Frage Nr. 48 lautete:

„Für Ziff. 2.1. ist kein weiteres Konzept zu erstellen. Die Ziff. 2.1 ist als Überschrift zur Kriterienhauptgruppe (KHG B) zu verstehen und stellt gemeinsam mit Ziffer 2.2 die Rahmenbedingungen für das zu erstellende Konzept dar. Inhaltlich soll auf die Unterpunkte B8 bis B10 und A11 eingegangen werden.“

Mit Schreiben vom 15. Februar 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass das Angebot wegen Fehlens einer erforderlichen Signatur formal ausgeschlossen und daher nicht berücksichtigt werde. Dies rügte die ASt über ihren Verfahrensbevollmächtigten noch am selben Tag mit dem Argument, die ASt habe das Angebot korrekt signiert. Der Rüge beigefügt war ein Ausdruck einer Meldung der Plattform, wonach dem Mitarbeiter unter der Überschrift „Angebot erfolgreich übermittelt“ bestätigt worden sei, dass das Angebot auf der Plattform erfolgreich eingegangen sei. Mit Schreiben vom 20. Februar 2018 wurde die Rüge vertieft und mit weiteren Fragen zum elektronischen Vorgang verbunden.

Die Ag lehnte es mit Schreiben vom 19., 21. und 27. Februar 2018 ab, den Rügen zu entsprechen, denn die Ag habe auf ihrer EDV-Anlage kein signiertes Angebot festgestellt. Daraufhin hat die ASt ihre Rüge nochmals mit Schreiben vom 2. März 2018 dahin vertieft, dass selbst im Fall des Fehlens der Signatur allenfalls ein unvollständiges, nicht aber ein auszuschließendes Angebot vorläge; die Signatur hätte nachgefordert werden müssen.

2. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 5. März 2018, Eingang bei der Vergabekammer am selben Tag, stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag.
 - a. Die Ag habe ein von der ASt signiertes und damit formgerecht eingereichtes Angebot ausgeschlossen, weil es bei der Ag nur mit einer fehlenden Signatur festgestellt worden sei. Der Mitarbeiter der ASt, der das Angebot hochgeladen habe, habe am selben Tag nicht nur – unstreitig - das Angebot für den Bereich [...] in einer parallelen

Ausschreibung signiert, sondern daneben auch in gleicher Weise das Angebot für [...]. Er habe für das Angebot für [...] weder den Signaturvorgang abgebrochen noch eine Fehlermeldung erhalten, was der Mitarbeiter mit einer eidesstattlichen Versicherung unter Beweis stelle und auch als Zeuge bestätigen könne. Aus einem Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes zum Aktenzeichen VK 2-91/15 ergebe sich, dass die in dem Ausschreibungsverfahren verwendete Software für den Fall, dass das Angebot nicht an den hierfür vorgesehenen Stellen signiert worden sei, offenbar automatisiert eine Fehlermeldung generiere. Ferner verhindere das System wohl die Angebotsabgabe, wenn eine erforderliche Signatur nicht an der hierfür vorgesehenen Stelle erfolge. Dies belege der Hinweis auf S. 12 des Leitfadens „Angebotsabgabe mit dem AnA-Web“, wonach der Versand der Angebote nur dann möglich sei, wenn alle erforderlichen Dokumente importiert und signiert worden seien. Entgegen der Sichtweise der Bg heiße es im Leitfaden auf Seite 12 ausdrücklich, dass man das Angebot versenden könne, nachdem alle erforderlichen Dokumente importiert und signiert worden seien. Der Mitarbeiter habe nach Zugang der Vorabmitteilung der Ag das Vorhandensein einer Kopie eines signierten Angebots als Sicherungskopie auf seinem Rechner überprüft; ein signiertes Angebot sei aber nicht auf dem Computer abgespeichert gewesen. Dem Vortrag der Bg, dass ohne vorheriges Upload eine lokale Sicherungskopie auf dem Rechner des Bieters gespeichert werde, sei zu widersprechen; es sei durchaus davon auszugehen, dass das Angebot zunächst an die Plattform der Ag gesendet werde und sodann in einem zweiten Schritt im „zip“-Format an den lokalen Rechner des Bieters zurückgeschickt und dort gespeichert werde. Gegebenenfalls sei das Angebot bei der technischen Verarbeitung bzw. Übermittlung über diese Plattform abgeändert oder die Signatur versehentlich gelöscht worden. Die technischen Vorgänge hinsichtlich des Hochladens des Angebots seien nicht mehr nachvollziehbar, da nach einer Auskunft des Betreibers der Plattform keine Protokolle über die elektronische Einlieferung oder Verarbeitung der Daten gefertigt oder gespeichert würden. Der Vorgang sei dort nicht mehr nachvollziehbar.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet, denn die Ag müsse das signierte und formgerecht eingereichte Angebot berücksichtigen. Etwaige Fehler lägen in der Sphäre der Ag, der die von ihr eingesetzte Internet-Plattform zuzurechnen sei. Mit dem Signaturerfordernis habe die Ag einen beträchtlichen Aufwand zu Lasten der Bieter geschaffen, was die Ag offenbar mittlerweile selbst erkannt habe, indem sie zukünftig auf das Signaturerfordernis verzichte. Zum Bereich des Empfängers gehöre

i.S.v. § 130 BGB auch eine vorgehaltene Internet-Plattform. Auf diese habe die ASt, was sie glaubhaft machen könne, die ASt das Angebot signiert hochgeladen. Die Einlassungen des Mitarbeiters seien glaubhaft und es sei nichts dafür ersichtlich, warum ein nahezu zeitgleich eingereichtes Angebot im Parallelvergabeverfahren signiert gewesen sei, das streitgegenständliche jedoch nicht. Eine formgerechte und signierte Angebotsabgabe werde auch dadurch belegt, dass die Internetplattform „e-Vergabe“ offenbar verhindere, wenn eine Signatur nicht an den richtigen Stellen erfolge. Eine Absendung des Angebots an die Ag wäre daher nicht möglich gewesen, wenn die ASt nicht richtig signiert hätte. Jedenfalls habe die Ag mit der Möglichkeit des Hochladens und des Generierens einer Empfangsbestätigung auch ohne die erforderliche Signatur einen Vertrauenstatbestand geschaffen; denn die Ag müsse nach § 11 VgV sicherstellen, dass das verwendete Tool durch die Bieter bedient und verstanden werden könne, wohingegen die Meldung „erfolgreich hochgeladen“ missverständlich sei; es werde Vertrauen dahin ausgelöst, dass auch formgerecht hochgeladen worden sei. Auch die Bedienungsanleitung führe auf Seite 12 aus, dass der Angebotsversand nur möglich sei, wenn „alle erforderlichen Dokumente importiert und signiert“ worden seien. Wären die Informationen in der Bedienungsanleitung nicht irreführend, hätte der Mitarbeiter möglicherweise erkennen können, dass die Systemmeldungen nicht gleichbedeutend seien mit der Einreichung eines formgerechten Angebots. Für das ordnungsgemäße Hochladen spreche auch die die elektronische Mitteilung der „e-Vergabe“-Plattform, wonach das Angebot am 6. November 2017 erfolgreich hochgeladen worden sei. Es sei keine Fehlermeldung generiert worden. Da dieses Internet-Portal kein Protokoll des Hochladevorgangs erstelle, lasse sich im Nachhinein technisch weder das Hochladen des signierten Angebots noch das Gegenteil beweisen. Mangels Protokollerstellung durch die Plattform sei der Hochladevorgang entgegen § 8 VgV auch nicht ausreichend dokumentiert. Die Ag sei vollumfänglich beweisbelastet für das Fehlen der Signatur, denn ab dem Zeitpunkt des Hochladens habe der Bieter keine Einfluss- und Überprüfungsmöglichkeiten mehr. Der Bieter könne schon unmittelbar vor Angebotsabgabe nicht mehr prüfen, ob die Signatur erfolgt sei, erst recht könne er dies nach Angebotsabgabe nicht mehr prüfen. Die Ag habe nicht substantiiert vorgetragen, mit welchen technischen Mitteln ein Systemfehler oder ein anderer technischer Defekt vermieden werde. Ein Programmierfehler müsse sich entgegen der Auffassung der Ag nicht mehrfach auswirken, es könne auch ein kurzfristiger Übertragungsausfall dafür verantwortlich sein, dass eine Signatur nicht ordnungsgemäß übertragen werde. Kein System arbeite konstant und ohne

Übertragungsfehler. Vorliegend komme in Betracht, dass das signierte Angebot erfolgreich hochgeladen worden sei und eine Signatur nach dem Hochladevorgang technisch bedingt gelöscht worden sei. Zu diesem Zeitpunkt sei der Ag ein Angebot zugegangen, das sie jederzeit annehmen könne. Soweit das signierte eingereichte Angebot nach dem erfolgreichen Hochladen technisch manipuliert und die Signatur entfernt worden sei, komme es für den Empfang nicht darauf an. Bereits mit dem Eingang des signierten Angebots auf der Plattform sei der Zugang gegeben.

Selbst wenn die Signatur gefehlt haben sollte, sei das Angebot nicht zwingend nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV auszuschließen, denn maßgeblich für die Abgabe eines formgerechten Angebots sei nach § 53 Abs. 1 VgV die Abgabe in Textform nach § 126 b BGB, für die Formgültigkeit komme es nach § 53 VgV nicht auf die elektronische Signatur an. Eine zusätzlich zur Textform geforderte elektronische Signatur bedinge kein zwingendes Formerfordernis i.S.v. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV. Fordere ein Auftraggeber eine elektronische Signatur, so sei dies für die Abgabe eines formgerechten Angebots also irrelevant, die Signatur diene lediglich Identitäts-, Verifikations- und Echtheitskontrolle. Diese Funktionen seien jedoch umfänglich durch die genutzte Vergabepattform abgedeckt. Auch die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 13. April 2016 belege dies. Hier sei am Rechtsbindungswillen der ASt ebenfalls nicht zu zweifeln. Es liege allenfalls ein unvollständiges Angebot vor, die Signatur hätte schon aus Verhältnismäßigkeitserwägungen nachgefordert werden müssen. § 56 Abs. 2 VgV spreche im Gegensatz zur Vorgängervorschrift des § 19 Abs. 2 S. 1 EG VOL/A schon vom Wortlaut her für eine weite Auslegung und ermögliche daher auch das Nachfordern fehlender Erklärungen und Nachweise. Eine Nachforderungsobliegenheit der Ag sei geboten, weil die Ag nach § 11 VgV verpflichtet sei, ein bestenfalls intuitiv zu bedienendes Tool zur Verfügung zu stellen. Dass dies geschehen sei, könne angesichts einer 19-seitigen Anleitung für die Angebotsabgabe mit dem AnA-Web bezweifelt werden. Ein verständnisbegründender Fehler seitens der Bieter könne nicht ausgeschlossen werden. Diesbezügliche Zweifel müssten zu Lasten der Ag gehen, zumal eine Mitarbeiterin der Ag telefonisch erläutert habe, dass es in der Vergangenheit mehrfach zu Schwierigkeiten beim Einsatz von Signaturen über diese Plattform gekommen sei, so dass man überlege, zukünftig auf die Signaturen zu verzichten.

Die ASt beantragt nach der mündlichen Verhandlung zuletzt,

1. das Vergabeverfahren zurückzusetzen in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer;
2. hilfsweise: den Wiedereintritt in die Prüfung und Wertung der Angebote unter Einbezug des Angebots der ASt;
3. die Kosten des Verfahrens der Ag aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären;
5. der Ag die Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Auslagen anzuordnen;
6. Akteneinsicht.

b. Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen.

Die Ag führt die Bewerbungsbedingungen im Einzelnen an, wonach das Angebotsschreiben D.0 als einziges Dokument zwingend zu signieren war. Der Angebotsvordruck D.0 habe den Hinweis enthalten, dass das Angebot als nicht abgegeben gelte, wenn das Angebotsschreiben nicht signiert sei, und dass es in diesem Fall ausgeschlossen werde. Die ASt habe fristgerecht ein Angebot abgegeben, das eindeutig unsigniert gewesen sei. Um nicht ein finanziell attraktives Angebot ausschließen zu müssen, habe die Ag von sich aus per E-Mail bei der zuständigen Organisationseinheit im IT-Systemhaus der Ag prüfen lassen, ob das Angebot tatsächlich nicht signiert worden sei. Auch diese Einheit habe keine Signatur, auch nicht versteckt oder mit unüblichen Programmen, feststellen können. Dies sei der ASt in der Information nach § 134 GWB mitgeteilt worden. Auf die Rüge vom 16. Februar 2018 und die dieser beigefügten Empfangsbestätigung der e-Vergabe-Plattform hin habe die Ag erneut bei der für den Anwendersupport intern zuständigen Stelle um Überprüfung gebeten. Auch diese Stelle habe mitgeteilt, dass das Angebot der ASt nicht signiert gewesen sei.

Auf das korrekt eingereichte Angebot der ASt in dem parallelen Vergabeverfahren für [...] habe der Zuschlag bereits auf das Angebot der ASt erteilt werden können. Es stelle sich die Frage, warum – wenn der Mitarbeiter beide Angebote in gleicher Weise signiert habe – eines korrekt, das andere ohne Signatur eingegangen sei. Die

Annahme der ASt, eine Plattform, über die tausende von Angeboten abgewickelt würden, manipuliere willkürlich ein Angebot oder lösche versehentlich eine elektronische Signatur, sei lebensfremd. Sollte man derartige Szenarien für möglich halten, so werde die gesamte elektronische Vergabe zur Disposition gestellt. Sicherlich sei der Mitarbeiter der ASt überzeugt, das Angebot signiert zu haben, und habe die eidesstattliche Versicherung nicht leichtfertig abgegeben. Die Ag könne aber aufgrund der Überprüfungsergebnisse beweisen, dass kein signiertes Angebot vorliege, wohingegen die ASt beweisen müsse, dass sie kein Verschulden am nicht formgerechten Eingang des Angebots treffe. Die Vermutung der ASt, dass die Signatur erst nach dem erfolgreichen Hochladen technisch bedingt gelöscht worden sei, würde einen Programmierfehler bedingen. Programmierfehler hätten aber die Eigenart, dass sie sich nicht nur einmal auswirkten. Hier habe kein anderes Angebot wegen fehlender Signatur ausgeschlossen werden müssen, was ein definitives Zeichen für das fehlerfreie Funktionieren des e-Vergabe-Systems sei.

Die Empfangsbestätigung der e-Vergabe-Plattform, auf welche die ASt sich berufe, bestätige lediglich, dass das Angebot hochgeladen wurde, also die Angebotsabgabe an sich, und könne damit zum Nachweis des rechtzeitigen Eingangs dienen, der hier aber unstrittig sei. Es werde jedoch keine Aussage darüber gemacht, ob das Angebot allen formellen Erfordernissen einschließlich der Signatur entspreche.

Unzutreffend sei die Aussage der ASt, dass die Plattform eine Angebotsabgabe offenbar verhindere, wenn die erforderliche Signatur nicht erfolgt sei; das Hochladen sei auch ohne Signatur möglich. Für das erfolgreiche Signieren des Angebotsschreibens sei die Bestätigung über die Schaltfläche „SIGNIEREN“ unerlässlich; werde dieser Vorgang abgebrochen, so werde keine Signatur erstellt. Das erfolgreiche Erstellen der Signatur liege in der Verantwortung des Bearbeiters. Dieser habe wahlweise die Möglichkeit, seine Signatur direkt im AnA-Web oder über den Signaturclient für Bieter zu erstellen, so die Bedienungsanleitung auf Seite 8. Werde die Signatur erfolgreich über eine der beiden Varianten erstellt, so werde „Signatur erfolgreich“ angezeigt, so die Bedienungsanleitung auf Seite 12, was der Nachweis für den Bearbeiter sei. Über den Signaturclient bestehe zusätzlich die Möglichkeit einer Signaturprüfung, was ebenfalls dem Nachweis für den Bearbeiter diene. Sollten hier Fehler auftreten, so könne der Bieter sich an die in den Vergabeunterlagen angegebene technische Hotline der Vergabeplattform des Bundes wenden. Der AnA-Web prüfe den Inhalt des Angebots nicht; der Inhalt werde

durch die Vergabeunterlagen der Vergabestelle festgelegt und auch geprüft. Hierauf werde in der Bedienungsanleitung auf Seite 7 hingewiesen.

Die von der ASt eingeforderte Programmierung, wonach eine Fehlermeldung beim Fehlen der Signatur generiert werden müsse, sei weder rechtlich gefordert noch möglich, da es Fallgestaltungen gäbe, in denen der Auftraggeber keine Signatur fordere.

Nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV sei der Ausschluss zwingend, denn die Ag habe eindeutige Vorgaben zum Erfordernis der Signatur auf dem Angebotsvordruck und zum Ausschluss bei Fehlen der Signatur gemacht. Aufgrund der Selbstbindung hieran bliebe für Ermessen oder Verhältnismäßigkeitserwägungen kein Raum. Die Ag sei berechtigt gewesen, eine Signatur zu verlangen, was die ASt auch nicht innerhalb der Angebotsfrist gerügt habe. Die Ag habe sich zwischenzeitlich zwar entschieden, bei dem neuen Angebotsvordruck D.0 zukünftig auf die Signatur zu verzichten. Dies sei aber entgegen der Behauptung der ASt nicht auf angebliche Schwierigkeiten beim Einsatz von Signaturen zurückzuführen; Schwierigkeiten habe es nur bei Bietern gegeben, deren Angebote gerade nicht die geforderten Signaturen aufwiesen. Seien Angebote ordnungsgemäß signiert worden, so habe das System sie stets problemlos verarbeitet.

Die fehlende Signatur sei auch keine fehlende oder fehlerhafte Erklärung, die nachgefordert werden könne.

- c. Mit Beschluss vom 7. März 2018 wurde die Beigeladene (Bg) zum Verfahren hinzugezogen. Sie beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der Bg aufzuerlegen,
 3. gemäß § 182 Abs. 4 GWB auszusprechen, dass die Hinzuziehung der anwaltlichen Bevollmächtigten der Bg notwendig war.

Sie begehrt zunächst die Offenlegung der eidesstattlichen Versicherung des Mitarbeiters der ASt, welche seitens der ASt verweigert wurde. In der Sache hält die

Bg den Ausschluss des Angebots der ASt nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV für richtig, da es nicht den von der Ag nach § 53 Abs. 3 S. 2 VgV zulässigerweise gesetzten Formvorgabe der elektronischen Signatur entspräche. Die Ag habe das Fehlen der Signatur festgestellt; zur Signierung könne die Bg mangels Kenntnis der Vorgänge und wegen Unkenntnis der Eidesstattlichen Versicherung keine eigene Aussage treffen. Die These der ASt, eine zunächst ordnungsgemäß vorhandene Signatur sei aufgrund eines technischen Fehlers der Plattform gelöscht worden, sei nicht in Einklang zu bringen mit den Abläufen bei der Signaturerstellung und bei Abgabe des Angebots. Die ASt zitiere die Bedienungsanleitung nicht vollständig, denn aus dieser ergebe sich nicht, dass ein Hochladen des Angebots nur möglich sei, wenn die Signatur eingefügt worden sei. Der Bieter habe selbst darauf zu achten, welche Dokumente er in welcher Form seinem Angebot beizufügen habe. Die Eingangsbestätigung des Systems enthalte keine Aussage darüber, ob ein eingegangenes Angebot korrekt signiert worden sei. Dass die ASt kein signiertes Angebot abgegeben habe, werde durch die eigene Aussage der ASt bestätigt, wonach die Sicherungskopie auf ihrem Rechner, die der AnA-Web automatisch erstelle, keine Signatur enthalte. Der AnA-Web speichere lediglich die versendeten Daten als lokale Sicherheitskopie auf dem Rechner des Absenders, so dass die These der ASt, das System habe eine zunächst vorhandene Signatur gelöscht, technisch unhaltbar sei: Dies würde nämlich das nochmalige Zurückschicken der Daten an den absendenden Rechner des Bieters nach dem bereits erfolgten Upload voraussetzen. Eine solche Rückübermittlung der Daten von der Plattform an den absendenden Rechner erfolge aber nicht. Ein versehentliches Löschen oder eine Angebotsänderung durch die Plattform könne daher ausgeschlossen werden. Die Aussage der ASt, ein signiertes Angebot eingereicht zu haben, könne nur dann glaubhaft sein, wenn sie eine Kopie des angeblich signierten Angebotsvordrucks D.0 vorgelegt hätte, denn hieraus seien genaue Angaben zur signierenden Person, Datum und Uhrzeit ersichtlich. Die ASt sei beweisbelastet für den Eingang ihres korrekt signierten Angebots, was schon die Formulierung in § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV deutlich mache: Ausschluss, es sei denn, der Bieter habe nicht zu vertreten. Anhaltspunkte für ein ausnahmsweise Nichtvertretenmüssen der ASt seien nicht ersichtlich. Bei Lektüre der Bedienungsanleitung zum AnA-Web hätte die ASt selbstverständlich ein korrekt signiertes Angebot abgeben können, wie auch die korrekt signierte Angebotsabgabe für die Vergabe in [...] zeige. Die ASt habe es versäumt, die unmittelbar nach Angebotseinreichung erstellte lokale Kopie auf eine ordnungsgemäße Signatur hin zu überprüfen; denn genau hierfür sei die lokale

Sicherungskopie gedacht. Die ASt habe somit die Möglichkeit nicht genutzt, bis Ablauf der Angebotsfrist die Signatur nachzuholen.

Eine Nachforderung der Signatur nach § 56 Abs. 2 VgV scheide aus, wie das OLG Düsseldorf bereits in seinem Grundsatzbeschluss vom 13. April 2016 zum Aktenzeichen VII-Verg 52/15 zur Vorgängervorschrift entschieden habe. Im Gegensatz zum Sachverhalt des OLG Düsseldorf habe die ASt hier ihr Angebot an keiner Stelle elektronisch signiert. Die bloße Einreichung des Angebots über die elektronische Plattform ersetze die Signatur nicht.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Bg sei notwendig. Das Nachprüfungsverfahren als solches stelle bereits prozessuale Herausforderungen, deren Bewältigung einem Bieter nicht ohne weiteres möglich sei. Hier hätten sich auch spezielle Fragen der elektronischen Signatur und damit von Formvorschriften im elektronischen Vergabeverfahren gestellt, die eine anwaltliche Beratung erforderlich machten. Hinzu komme der Aspekt der Waffengleichheit mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt.

3. Der Sachverhalt wurde in der mündlichen Verhandlung am 26. März 2018 umfassend besprochen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, die der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen. Die Entscheidungsfrist wurde nach § 167 Abs. 1 S. 2 GWB verlängert bis zum 23. April 2018 einschließlich.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist im zuletzt gestellten Hauptantrag begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender Auftrag im Anwendungsbereich der VgV oberhalb des für europaweite Vergaben einschlägigen Schwellenwerts – sind eindeutig und unstrittig gegeben, so dass es diesbezüglich keiner weiteren Darlegungen bedarf. Auch die individuellen, auf die ASt bezogenen Voraussetzungen sind gegeben:

- a) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB, was aufgrund der Tatsache, dass die ASt als Bieterin Teilnehmerin am Wettbewerb ist, im Ausgangspunkt keiner weiteren Begründung bedarf.
 - b) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB fristgerecht nachgekommen. Sie beanstandet den Ausschluss ihres Angebots wegen einer fehlenden Signatur, der ihr am 15. Februar 2018 mit der Information nach § 134 GWB kommuniziert wurde. Dieser Ausschluss wurde noch am selben Tag gerügt und am 20. Februar 2018 vertieft.
2. Der Nachprüfungsantrag ist auch im Hauptantrag begründet. Zwar erfolgte der Ausschluss des Angebots der ASt zu Recht, da keine elektronische Signatur vorhanden war. Es liegt aber in Bezug auf die Grundlagen des Vergabeverfahrens ein Fehler vor, welcher dazu führt, dass die Ag diesen korrigieren muss und – fortbeschaffende Vergabeabsicht unterstellt – auf korrigierter Basis neue Angebote einzuholen hat. Damit erhält die ASt ungeachtet des Signaturfehlers eine zweite Chance auf Abgabe eines neuen, dann mangelfreien Angebots. Da die ASt ihren Hauptantrag in der mündlichen Verhandlung umgestellt hat, ist er vollumfänglich begründet.
- a) Die ASt steht auf dem Standpunkt, ihr elektronisches Angebot habe tatsächlich die geforderte Signatur enthalten. Dem kann schon auf der Basis des eigenen Vortrags der ASt nicht gefolgt werden. Denn auch auf der Kopie ihres Angebots, die seitens der Plattform automatisch auf dem lokalen Rechner der ASt erzeugt wurde, fand sich keine entsprechende Signatur, so die ASt. Die lokale Kopie wird aber technisch direkt und zeitgleich mit dem Absenden des Angebots erzeugt. Die Annahme der ASt, das Angebot werde zunächst auf die Plattform hochgeladen und sodann, um die Kopie auf dem lokalen Rechner zu erzeugen, wieder zurückgeschickt, ist von den technischen Abläufen her nicht zutreffend. Dies hat eine Mitarbeiterin der Ag, welche für die Plattform zuständig ist, in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt. Ein Ablauf im Sinne der Vorstellung der ASt, wonach die Signatur bei einem Hin- und Hersendevorgang verloren gegangen oder durch die Ag hätte entfernt werden können, scheidet somit aus. Eine Nachforderung der Signatur war ebenfalls nicht möglich, da die Nachforderungsmöglichkeit des § 56 Abs. 2 VgV fehlende Unterschriften und Signaturen nicht erfasst (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016 – VII-Verg 52/15).

- b) Allerdings hat die Vergabekammer in einem anderen, parallelen und von den Vorgaben her identischen Vergabeverfahren festgestellt, dass die Leistungsbeschreibung und damit die Grundlagen des Vergabewettbewerbs fehlerhaft sind (Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 6. April 2018 – VK 2-22/18). Dies ist auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren entscheidungserheblich, da nicht sichergestellt ist, dass die Angebote nach denselben Maßstäben bewertet wurden und es damit an einem chancengleichen Wettbewerb fehlt. Der Anspruch der Bieter auf Aufstellung von Zuschlagskriterien, die einen wirksamen Wettbewerb der Bieter untereinander erwarten lassen, § 127 Abs. 4 S. 1 GWB, wird verletzt. Eine Berücksichtigung von Amts wegen nach § 163 Abs. 1 S. 1, 2 GWB ist daher geboten.
- aa) Dies betrifft einmal das Bewertungskriterium B 8, in welches die Ag auch die Behandlung derjenigen Sendungen hineinlesen will, die vom Auftragnehmer aus den Postfächern der DP AG abzuholen und an die Ag auszuliefern sind.
- (1) Vor die Klammer gezogen (Ziff. 2.1 und Ziff. 2.2 des Leistungsverzeichnisses, S. 7) hat die Ag – neben der Frage des Umfangs und der Dateistruktur – die von ihr aufgestellten Anforderungen an die konzeptionelle Darstellung. Es sollten aus dem Konzept des Bieters seine Kompetenzen und Strukturen in Bezug auf die Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen ersichtlich werden; ohne erkennbaren Bezug der Darstellungen des Bieters zur Leistungserbringung wurde von der Ag eine Abwertung bei der Bepunktung angekündigt (Ziff. 2.1). Bei isolierter Betrachtung dieser Vorgaben liegt zunächst nahe, dass sämtliche Leistungen der Leistungsbeschreibung von der Eingangspost bis zu den Servicezeiten (Teil B, Ziff. 5.1 ff.) konzeptionell darzustellen sind, da einschränkungslos „*die ausgeschriebenen Leistungen*“ in Bezug genommen werden.
- (2) Demgegenüber weist die Überschrift der KHG B – „*Prozesse und Organisation*“ im Klammerzusatz lediglich den „*Briefversand*“ aus. Dies wird zusätzlich in Ziff. 2.2 S.1 wiederholt, der ebenfalls von einer konzeptionellen Darstellung der „*Prozesse und der Organisation des Briefversandes*“ spricht.

Ausweislich der Vorbemerkungen sollte sich der Inhalt des Konzeptes aus den B-Kriterien ergeben. Die Vorgabe des hier streitigen B-Kriteriums B8 (logistische Kette und Qualitätssicherung) ist gerichtet auf eine Prozessbeschreibung der Abholung, Bearbeitung, Beförderung und Zustellung bis zum Empfänger bzw. der Auflieferung bei der DP AG bzw. einem anderen Unterauftragnehmer, nimmt jedoch keinen speziellen Punkte der Leistungsbeschreibung in Bezug. Die ASt hat aus den Vorgaben insgesamt gefolgert, dass sie nur die logistische Kette des Briefversandes darzustellen habe.

Aus der Gesamtbetrachtung dieser Anforderungen – Darstellung des „Briefversands“ bis zum Empfänger bzw. zur DP AG/Unterauftragnehmer einerseits, konzeptionelle Darstellung „*der ausgeschriebenen Leistungen*“ andererseits – ist ein unterschiedliches Verständnis vom inhaltlichen Umfang bzw. Fokus des Konzepts möglich. Diese Intransparenz hat sich bei der Wertung ausgewirkt: Dass etwa mit dem Begriff „Abholung“ auch die von den Postfächern der DP AG abzuholende Eingangspost gemeint sein soll und dass der „Empfänger“ der zu „versendenden“ Post auch die Ag selbst sein kann, wird nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck gebracht. Im Gegenteil spricht die Kombination im Kriterium B8 „Zustellung beim Empfänger bzw. Auslieferung beim Unterauftragnehmer bzw. der DP AG“ für eine ausschließliche Darstellungsbedürftigkeit der Ausgangspost der Ag. Denn die ihr zu liefernde Eingangspost kann gerade nicht „bzw.“ und damit alternativ bei einem Unterauftragnehmer oder (wieder) bei der DP AG aufgeliefert werden.

- (3) Die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 49 gibt für eine Klärung der Eingangspost-Problematik ebenfalls nichts her, da die Ag die vom Fragesteller begehrte Erläuterung des Inhalts der erwarteten Ausführungen gerade nicht abgegeben und in ihrer Antwort nur auf die bereits benannten B-Kriterien B8 bis B10 und A11 mit der soeben geschilderten Intransparenz verwiesen hat.
- bb) Eine weitere Intransparenz liegt darin begründet, dass die Ag ausweislich ihrer Wertungsentscheidung auch das Unterlassen bloßer Wiederholungen von Teilen der Leistungsbeschreibung (z.B. Zurverfügungstellung kostenloser Transportbehälter, tägliche Aufschlüsselung der Postmenge, jeweils Ziff. 5.2.2,

Bestätigung des Zustellzeitziels E+2, Ziff. 5.2.4 etc.) zu Lasten von Bietern berücksichtigt hat. Die dahinter stehende Überlegung der Ag, abzusichern, dass die Bieter die gesamte Leistungsbeschreibung gelesen, verstanden und auch bei ihrer Kalkulation berücksichtigt haben, um Streit bei der späteren Auftragsausführung zu vermeiden, mag für sich genommen plausibel sein. Dies führt jedoch nicht dazu, dass die Bieter auch zwingend sämtliche Prozessvorgaben der Leistungsbeschreibung in ihren Konzepten darstellen müssten, um eine optimale Bewertung zu erhalten. Aus Ziff. 2.1 des Leistungsverzeichnisses folgt lediglich die Darstellungsbedürftigkeit von Kompetenzen und Strukturen, aus Ziff. 2.2 von Prozessen und Organisation, aus der Beschreibung des Kriteriums B8 von Prozessen und Schnittstellen bei der logistischen Kette.

Im Ausgangspunkt sind konzeptionelle Darstellungen des Bieters nur insoweit geboten und in der Folge zu bewerten, wenn er – etwa um auf funktionale Anforderungen zu reagieren – eigene Prozesse entwickeln oder anpassen muss bzw. jedenfalls bereits entwickelte Prozesse darstellen soll. Soweit sich sein „Konzept“ in der Darstellung bereits vom Auftraggeber entwickelter Abläufe oder Leistungsvorgaben erschöpft, liegt schon keine eigene qualitativ zu bewertende Leistung des Bieters vor, mit der er sich im Qualitätswettbewerb von anderen Bietern abgrenzen und im Vergleich zu diesen Vorteile bei der qualitativen Bewertung erhalten kann. Da grundsätzlich eine Abweichung von Vorgaben in der Leistungsbeschreibung zum Ausschluss des Angebots bereits aus formellen Gründen führt, so § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, sind abweichende als von der Ag beschriebene Prozesse schon im Ausgangspunkt nicht zulässig (2. VK Bund, Beschlüsse vom 8., 9. und 16. April 2015, VK2-19/15, -21/15 und -27/15) Demzufolge stellt sich die Frage nach der Sinnhaftigkeit einer graduellen Bewertung in einem Bereich, der nach den Vorstellungen der Ag – jedenfalls zu einem Teil – lediglich zur Bestätigung der von ihr selbst aufgestellten Prozesse und Abläufe dienen soll. Eine derartige Bewertungsgrundlage setzte sich zudem dem Verdacht aus, nur einen Schein-Qualitätswettbewerb zu erzeugen, wenn sich das Konzept – jedenfalls größtenteils – in der Übernahme von Vorgaben der Ag erschöpft (zur sog. Alibifunktion eines Zuschlagskriteriums vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13).

Bei der Zurückversetzung des Vergabeverfahrens ist die Ag daher gehalten, zu entscheiden und transparent bekannt zu geben, in welchen Punkten sie eine bloße Bestätigung der von ihr vorgegebenen Prozesse, Abläufe, Abrechnungsmodalitäten etc. benötigt und welche Punkte sie in einen echten qualitativen Wettbewerb der Bieter untereinander stellen möchte.

- cc) Die Kammer setzt sich mit ihrer Entscheidung nicht in Widerspruch zu der neueren Rechtsprechung in Bezug auf den größeren Freiraum des öffentlichen Auftraggebers bei der Bewertung von Angeboten. Im Gegenteil betont etwa das OLG Düsseldorf zu Recht, dass die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 14. Juli 2016 – C-6/15 („Dimarso“) nicht die Anforderungen an die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Gewichtung abschwächt (vgl. Senatsbeschluss vom 17. Januar 2018, VII-Verg 39/17). Der Gerichtshof habe – so der Senat – mit diesem Urteil lediglich entschieden, dass der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet sei, seine Bewertungsmethode vorab bekannt zu geben. Daher ist es vorliegend auch nicht zu kritisieren, dass die Ag die Bewertung der Konzepte einem nicht weiter ausdifferenzierten „Schulnotensystem“, hier mit Null bis drei Punkten, unterworfen hat. Als Konsequenz daraus, dass den Bietern die Bewertungsmethode nicht im Einzelnen bekannt gemacht werden müsse und es ihnen demzufolge auch nicht im Vorhinein möglich sein müsse, zu erkennen, welchen Erfüllungsgrad ihre Angebote auf der Grundlage des aufgestellten Kriterienkatalogs oder konkreter Kriterien aufweisen müssten, müssten die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung umso klarer gefasst sein, damit die Bieter erkennen könnten, was der Auftraggeber von ihnen erwarte (OLG Düsseldorf, a.a.O. und Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; vgl. auch: BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17). Mit anderen Worten: Das, was der Auftraggeber für die Bewertung der Angebote bekannt gibt, muss in sich konsistent sein, um eine taugliche Grundlage für die Zuschlagsentscheidung darzustellen. Hieran hat sich die Ag, wie oben ausgeführt, vorliegend nicht gehalten.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, 2, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

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

Die Bg ist nicht an der Kostentragungslast zu beteiligen. Sie hat sich zwar aktiv am Verfahren beteiligt, umfangreiche Schriftsätze eingereicht und auch Anträge gestellt und somit ein Kostenrisiko auf sich genommen. Es wäre aber unbillig, sie vorliegend heranzuziehen, da sich ihr Vortrag auf den ursprünglichen, von der ASt eingebrachten Streitpunkt der fehlenden Signatur bezog. Wie dargelegt, hätte die ASt in diesem Punkt nicht Recht bekommen. Es wäre unbillig, die Bg an den Kosten zu beteiligen, weil die Vergabekammer Grundlagenfehler, die ihr aus einem Parallelverfahren von Amts wegen bekannt sind, aufgegriffen hat und der Nachprüfungsantrag der ASt erst aus diesem Grund Erfolg hat.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich komplexe Rechtsfragen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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 unterzeichnet 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

Zeise