



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 102/19

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der  
der Bietergemeinschaft, bestehend aus

[...],

vertreten durch:

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe eines Rahmenvertrages über [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Jamrath auf die mündliche Verhandlung am 15. Januar 2020 am 31. Januar 2020 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe eines Rahmenvertrages über die [...] im offenen Verfahren im Supplement zum Amtsblatt der EU ([...]) gemeinschaftsweit bekannt. [...]

Nach Ziffer I.3 („*Kommunikation*“) der Bekanntmachung sind die Angebote elektronisch über die e-Vergabe-Plattform des Bundes einzureichen (<http://www.evergabe-online.de>).

Hierzu wird ausgeführt: *„Im Rahmen der elektronischen Kommunikation ist die Verwendung von Instrumenten und Vorrichtungen erforderlich, die nicht allgemein verfügbar sind. Ein uneingeschränkter und vollständiger Zugang zu diesen Instrumenten und Vorrichtungen ist gebührenfrei möglich“*, wozu auf die oben genannte Webseite der e-Vergabe-Plattform verwiesen wird.

Die über die e-Vergabe-Plattform herunterzuladenden Vergabeunterlagen beinhalten das Dokument „*A\_Allgemeine Hinweise.pdf*“ sowie die Formblätter D.1.pdf („*Abgabe eines Angebots*“) und D.2.pdf („*Unternehmensangaben und Eigenerklärungen*“).

In der Vorbemerkung der Vergabeunterlagen werden Begriffe definiert, soweit nichts anderes angegeben ist:

- *„ist mit Angebotsstelle die e-Vergabe-Plattform des Bundes (e-Vergabe-Plattform) gemeint.*
- *sind mit Bieter sowohl der Einzelbieter als auch die Bietergemeinschaften gemeint. [...] Bieter ist der Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform, der das Angebot hochlädt.“*

Unter „*A\_Allgemeine Hinweise*“ der Vergabeunterlagen heißt es:

*„Die Angebotsabgabe hat ausschließlich über diese Plattform mit der dort bereitgestellten Softwarekomponente „AnA-Web“ zu erfolgen. Der „AnA-Web“ verschlüsselt das Angebot und ermöglicht die elektronische Übersendung an die*

*Angebotsstelle. Erst nach Ablauf der Angebotsfrist wird das Angebot von der Angebotsstelle an die Vergabestelle übergeben. Bieter und damit potenzieller Auftragnehmer ist der Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform, der das Angebot hochlädt.“*

Weiter heißt es unter A.1 („Ansprechpartner, Angebotsabgabe, Fristen“):

*„Die Angebote gehen an eine von der Vergabestelle unabhängige Angebotsstelle. Dies ist die e-Vergabe-Plattform. Gleiches gilt für etwaige Änderungen, Berichtigungen und Rücknahmen von Angeboten. Die Angebote sind ausschließlich elektronisch über die e-Vergabe-Plattform mittels der dort bereitgestellten Softwarekomponente „AnA-Web“ zu übermitteln. Angebote, die auf anderem Wege als über die e-Vergabe-Plattform wie z.B. per Post, verkehrsüblicher E-Mail usw. zugestellt werden, werden ausgeschlossen. Die jeweils gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen der e-Vergabe-Plattform des Bundes (insbesondere die Nutzungsvoraussetzungen für Bieter) sind zu beachten.*

*[...]*

*Angebote müssen bis zum Ablauf der Angebotsfrist der vorgenannten Angebotsstelle vollständig übermittelt (hochgeladen) sein. Mit jedem Hochladen mittels des „AnA-Web“ wird ein neues Angebot abgegeben.*

*[...]*

*Angebote sind in der Datei D.1 nicht mehr mit einer elektronischen Signatur zu versehen. Verlangt ist die elektronische Übermittlung in Textform nach § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuches. Danach muss es sich um eine lesbare Erklärung handeln, in der die Person des Erklärenden genannt ist und die auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert werden kann. Durch das Hochladen des Angebotes über den „AnA-Web“ werden diese Anforderungen erfüllt.“*

Unter A.2 („Einzelbieter, Bietergemeinschaften und Unterauftragnehmer“) wird ausgeführt:

*„Die Angebotsabgabe ist durch Einzelbieter und Bietergemeinschaften zulässig.*

*Bietergemeinschaften haben in der Datei D.2 einen Bevollmächtigten zur Angebotsabgabe und Vertragsdurchführung zu benennen (Eingabehinweise siehe A.6). Angebote von Bietergemeinschaften werden nur berücksichtigt, wenn sie durch den Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft hochgeladen wurden.“*

Nach A.6 („Aufbau, Form und Inhalt des Angebotes“) waren „folgende weitere Hinweise und Besonderheiten“ beim Erstellen der Angebotsdateien (u.a.) D.1.pdf und D.2.pdf zu beachten:

*„Die Angaben zum Bieter/Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft in der Datei D.1 müssen den Angaben zum Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform entsprechen.“*

Dieser Hinweis wurde jeweils fettgedruckt hervorgehoben.

Unter A.7, Ziffer 2 („sonstige Kommunikation“) heißt es:

*„Die Anfragen der Vergabestelle werden dem Bieter über die Vergabepattform mittels des „AnA-Web“ gestellt. Die Antwort hat der Bieter ausschließlich über die Seite „Ausschreibung bearbeiten“ mit der Aktion „Anfragen stellen“ des „AnA-Web“ zu übermitteln.“*

Der „AnA-Web“ ist der webbasierte Angebotsassistent, mit dem sich Bieter an Ausschreibungen beteiligen können, die auf der e-Vergabe-Plattform des Bundes ([www.evergabe-online.de](http://www.evergabe-online.de)) veröffentlicht werden. Die Plattform und der AnA-Web werden vom Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern (BMI) betrieben.

Auf der dazugehörigen Informationsseite („Erste Schritte – Installation & Registrierung“) wird ausgeführt, dass eine Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren über den AnA-Web eine vorherige Registrierung erfordert. Optional kann ein Signaturzertifikat beschafft werden. Ein solches kann „bei bestimmten Ausschreibungen“ erforderlich sein, um das Angebot vor Angebotsabgabe digital zu signieren. Unter der Rubrik „Arbeiten mit der e-Vergabe“ wird klargestellt, dass die Registrierung erforderlich ist,

*„um aktiv an einer Ausschreibung teilnehmen zu können [...] Nur wenn Sie die Teilnahme an der Ausschreibung mit der Webanwendung der e-Vergabe AnA-Web beantragt haben [...], werden Sie über etwaige Änderungen der Vergabeunterlagen aktiv informiert, können Bieterfragen zur Ausschreibung stellen bzw. die Antworten hierzu erhalten und Teilnahmeanträge oder Angebote abgeben.“*

Wenn man auf „neu registrieren“ klickt, wird die Unterseite „Mein Unternehmen registrieren“ geöffnet. Auf Seite 1 sind lediglich unternehmensbezogene Angaben vorzunehmen. Hierzu gehören die Unternehmensbezeichnung, Unternehmensgröße, Umsatzsteuer-ID, Anschrift. Zu „E-Mail“ gibt es ein Informationsfeld, das konkretisiert, dass die „E-Mailadresse ihres Unternehmens“ anzugeben ist.

Weiterhin muss angekreuzt werden, dass die Nutzungsbedingungen des BMI akzeptiert werden. In der Präambel der Nutzungsbedingungen heißt es:

*„Die Tätigkeit des Betreibers beschränkt sich allein auf die technische Vermittlung des Kontakts zwischen Auftraggeber/Vergabestelle und Nutzern der e-Vergabe und die vom Betreiber bereitgestellten Komponenten.“ (s. unter Abs. II Satz 3).*

Und es wird klargestellt:

*„Nutzer der e-Vergabe im Sinne dieser Nutzungsbedingungen sind ausschließlich Unternehmen, die sich an Vergabeverfahren beteiligen, welche über die e-Vergabeabgewickelt werden“ (s. Abs. III der Prämbel).*

§ 2 Abs. 1 der Nutzungsbedingungen lautet:

*„Um die e-Vergabe für die elektronische Durchführung von Vergabeverfahren nutzen zu können, muss sich der Nutzer auf der Plattform unter Berücksichtigung der technischen und organisatorischen Voraussetzungen für die Nutzung der e-Vergabegemäß den Informationen unter [www.evergabe-online.info](http://www.evergabe-online.info) und den 'Nutzungsvoraussetzungen für Unternehmen' registrieren.“*

Nach § 5 Abs. 4 der Nutzungsbedingungen erhält der registrierte Nutzer eine Empfangsbestätigung, wenn das Angebot vollständig auf die Plattform übertragen wurde.

Unter Ziffer III.1.4 der Bekanntmachung *„Objektive Teilnahmeregeln und –kriterien“* wird die Abgabe eines Formblatts *„D.2.pdf (Unternehmensangaben und Eigenerklärungen)“* verlangt. Dort werden unter Abschnitt II *„Eigenerklärungen des Bieters/Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft“* u.a. zum Nichtvorliegen von Ausschlussgründen und die Zusicherung der erforderlichen fachbereichs- und ortsbezogenen Trägerzulassung verlangt. Weiterhin wird unter Abschnitt IV *„die Bestätigung durch jedes weitere Mitglied der Bietergemeinschaft (BG), dass die Erklärungen entsprechend den Abschnitten [...] sowie die sonstigen von ihm verlangten Erklärungen in den anderen Dateien zur Angebotsabgabe [...] jeweils abgegeben werden“* gefordert.

Im Formblatt D.1.pdf („Abgabe eines Angebotes“) wird vorgegeben:

*„Diese Datei ist dem Angebot vom Bieter zwingend auszufüllen beizufügen. Bei Bietergemeinschaften ist sie vom Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft auszufüllen.  
[...]*

*Bitte beachten: Bei dem benannten Bieter/Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft muss es sich um den Teilnehmer auf der eVergabe-Plattform handeln, der das Angebot hochlädt. Mit Hochladen dieser Datei erklärt der Bieter/der Bevollmächtigte der*

*Bietergemeinschaft, dass die Bindung an das Angebot bis zum Ablauf der Bindefrist besteht.“*

Nachfolgend war der Bietername im Formblatt einzutragen.

Weiter heißt es:

*„Mit der Eintragung des Vor- und Nachnamens der Person, die das Angebot für den Bieter bzw. die Bietergemeinschaft abgibt, und dem Hochladen dieser Datei wird bestätigt, dass alle in diesem Vergabeverfahren dargestellten Anforderungen erfüllt werden, bzw. danach verfahren wird, die im Teil C enthaltenen Vertragsbedingungen anerkannt werden, die vorgegebenen Vordruckdateien verwendet und keine Veränderungen daran vorgenommen wurden (vgl. A.6 der Datei A Allgemeine\_Hinweise.pdf), die in den Vordruckdateien im Übrigen verlangten Versicherungen, Verpflichtungen und Erklärungen abgegeben werden.*

*Nicht wahrheitsgemäße Angaben, u. a. in den Vordruckdateien, können zum Ausschluss des Angebotes und ggf. zur Nichtberücksichtigung des Bieters bei künftigen Vergabeverfahren führen. Meine vorstehende Bestätigung gilt für alle Dateien des Angebotes.“*

Nachfolgend waren Datum und Vor- und Nachname der erklärenden Person in Druckbuchstaben anzugeben.

Im Formblatt D.2.pdf („Unternehmensangaben und Eigenerklärungen“) war anzukreuzen, ob das Angebot als Einzelbieter oder Bietergemeinschaft abgegeben wird und gegebenenfalls der Name der Bietergemeinschaft anzugeben. Nachfolgend waren (u.a.) Name, Rechtsform und Adresse nebst weiterer Kontaktdaten des Einzelbieters bzw. Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft anzugeben (u.a. E-Mail). Außerdem war der „Ansprechpartner für die Vertragsdurchführung“ zu benennen. Gegebenenfalls konnten für diesen abweichende Kontaktdaten benannt werden.

Unter Abschnitt IV war von den weiteren Mitgliedern der Bietergemeinschaft eine Vollmacht zugunsten des Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft, der in Abschnitt I einzutragen war, auszustellen.

Als Schlusstermin der Angebotsabgabe wurde der 29. Oktober 2019 festgelegt (Ziffer IV.2.2 der Bekanntmachung).

Die antragstellende Bietergemeinschaft (Antragstellerin, „ASt“) beteiligte sich ausweislich der Formblätter D.1 und D.2 an der Ausschreibung.

Im Formblatt „D.1 Abgabe eines Angebots“ wurde als Name des Bieters angegeben: „*Bietergemeinschaft [...]*“. Weiterhin wurde im Formblatt D.1 in der Spalte, in welcher der Name der natürlichen Person einzutragen war, die das Angebot für den Bieter/die Bietergemeinschaft abgibt, Frau [...], eingetragen. Frau [...] ist Mitarbeiterin der [...], was sich aus dem Formblatt D.1 jedoch nicht ergibt.

Im Formblatt „D.2 Unternehmensangaben und Eigenerklärungen“ wurde die Angebotsabgabe als „*Bietergemeinschaft*“ angekreuzt und als Bevollmächtigter derselben die „[...]“ mit Rechtsform „[...]“ angegeben. Als E-Mail wurde die persönliche E-Mail des Geschäftsführers der [...] angegeben. Dieser wurde auch als „*Ansprechpartner für die Vertragsdurchführung*“ benannt.

Unter „*Abschnitt IV: Vollmacht bei Bildung einer Bietergemeinschaft und Eigenerklärungen der weiteren Mitglieder*“ haben beide Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft die geforderten Vollmachten abgegeben. Laut Vordruck im Formular wird damit Folgendes bestätigt: „*Mit nachstehender Unterschrift bestätigt jedes Mitglied der Bietergemeinschaft, dass die Erklärungen entsprechend der Abschnitten II und V dieser Datei sowie die sonstigen von ihm verlangten Erklärungen in den gemäß A.6 eingereichten Dateien zur Angebotsabgabe jeweils abgegeben werden. Falls ein Mitglied eine oder mehrere der Erklärungen in II.1 bis II.6 dieser Datei nicht wie gefordert abgeben kann, hat er dies im Abschnitt III anzugeben und näher zu begründen.*“

Nach Fertigstellung der Angebotsunterlagen wurden diese von der vorgenannten Mitarbeiterin [...], Frau [...], über das AnA-Web-Benutzerkonto hochgeladen, das zuvor für die [...] registriert worden war und für deren Verwendung Frau [...] seitens der [...] berechtigt ist.

Die Beigeladene lud frist- und formgerecht ein Angebot hoch.

Mit Schreiben vom 20. November 2019 wies die Ag in einem an die [...] gerichteten Schreiben unter dem Betreff „*Nachforderung von Unterlagen nach § 56 Abs. 2 VgV*“ darauf hin, dass das eingereichte Angebot Unstimmigkeiten in den Formblättern D.1 und D.2 enthalte. Im

Formblatt D.1 müsse es sich beim benannten Bieter/Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft um den Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform, hier die [...], handeln. Stattdessen sei die Bietergemeinschaft angegeben worden. Im Formblatt D.2 sei unter Abschnitt IV die [...] als weiteres Mitglied der Bietergemeinschaft eingetragen worden. Nachfolgend wurde Gelegenheit gegeben, diese Formblätter korrekt ausgefüllt nachzureichen.

Innerhalb der von der Ag gesetzten Frist wurde am 21. November 2019 von Frau [...] eine neue Version der Formblätter D.1 und D.2 über das AnA-Web-Benutzerkonto der [...] hochgeladen. In der korrigierten Version wurde im Formblatt D.1 unter „*Bietername*“ nun die [...] aufgeführt; in der Spalte, in welcher der Vor- und Zuname der Person einzutragen war, die das Angebot für den Bieter abgibt, war erneut Frau [...] eingetragen. Im Formblatt D.2 wurde zusätzlich die persönliche E-Mailadresse und der Name von Frau [...] als „*Ansprechpartner für die Vertragsdurchführung*“ ergänzt. Bei „*ggf. abweichende Kontaktdaten*“ wurde die bisherige Angabe durch den Zusatz „*(Kordinator)*“ ergänzt.“ In Abschnitt IV. wurde nur noch die Vollmacht der [...] eingereicht.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2019 versandte die Ag eine erste Mitteilung, mit der sie der [...] mitteilte, dass sie für den Zuschlag vorgesehen sei. Der Unternehmensbezeichnung wurde nun „*Bietergemeinschaft*“ voran gestellt.

Mit Schreiben vom 4. Dezember 2019 wies die Ag die [...] darauf hin, dass sich im Zuge der Überprüfung von deren Angeboten in mehreren Vergabeverfahren Unstimmigkeiten ergeben hätten. Gemäß der Datei A\_Allgemeine\_Hinweise.pdf sei Bieter und damit potentieller Auftragnehmer der Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform, der das Angebot hochlade; weitere, im Einzelnen benannte Regelungen bestimmten, dass die Angaben zum Bieter/Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft den Angaben zum Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform entsprechen müssten. U.a. im streitgegenständlichen Vergabeverfahren sei das Angebot von einem Benutzerkonto der [...] eingereicht worden. In den Vordrucken D.1 – D.3 sei jedoch die [...] eingetragen worden. Dies widerspreche den Vorgaben in den Allgemeinen Hinweisen unter A.6. Hierzu wurde der [...] Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

Mit darauf folgender Antwort, die über das Benutzerkonto der [...] hochgeladen wurde, wurde klargestellt, dass die ASt die Bieterin in der vorliegenden Ausschreibung sei und dass die [...]



das vertretungsberechtigte Mitglied der Bietergemeinschaft sei. Vor diesem Hintergrund seien die Formblätter D.1 und D.2 ausgefüllt worden. Das Angebot sei über das Benutzerkonto der [...] hochgeladen worden, wobei die [...] alleinige Gesellschafterin der [...] sei. Aufgrund entsprechender interner organisatorischer Maßnahmen sei die Sicherheit des Kommunikationsprozesses gewährleistet.

Mit Schreiben vom 9. Dezember 2019 teilte die Ag der [...] gemäß § 134 GWB mit, dass nach erneuter Angebotsprüfung aufgrund neuer Erkenntnisse ihr Angebot nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV i.V.m. § 53 VgV ausgeschlossen werde, weil es nicht form- und fristgerecht eingegangen sei. Das Angebot sei nicht von dem Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft gemäß den Angaben im Formblatt D.2 pdf und Ziffer A.2 der Allgemeinen Hinweise hochgeladen worden. Außerdem handele es sich bei der [...] nicht um ein Mitglied der Bietergemeinschaft. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag nun auf das Angebot der Bg zu erteilen.

Mit Schreiben vom 12. Dezember 2019 rügte die [...] als vertretungsberechtigtes Mitglied der Bietergemeinschaft den Ausschluss des Angebots der Bietergemeinschaft für diese als vergaberechtswidrig. Der Ausschluss könne nicht auf § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV i.V.m. § 53 VgV gestützt werden. Verlangt sei lediglich die Abgabe des Angebots in Textform gemäß § 126b BGB und Übermittlung desselben über die auf der e-Vergabe-Plattform des Bundes bereitgestellte Softwarekomponente AnA-Web. Das Angebot sei von der Mitarbeiterin hochgeladen worden, die im Formblatt D.2 als Ansprechpartnerin der Bietergemeinschaft benannt worden sei. Dies entspreche den Vorgaben unter Ziffer A2 der Allgemeinen Hinweise. Im Übrigen sei unzweideutig das Angebot als Bietergemeinschaft abgegeben worden.

Mit Schreiben vom 13. Dezember 2019 wies die Ag die Rüge der ASt zurück und führte aus, dass die ASt im vorliegenden Verfahren kein Angebot abgegeben habe, denn nicht die [...] als bevollmächtigtes Mitglied der Bietergemeinschaft habe das Angebot auf die e-Vergabe-Plattform hochgeladen. Daher sei sie auch nicht Adressatin der Vorabinformationsmitteilungen vom 2. und 9. Dezember 2019 gewesen. Den Formanforderungen der Allgemeinen Hinweise (unter Ziffer A.2) und der e-Vergabe-Plattform sei nicht genügt worden. Rechtlich selbstständige Konzernunternehmen müssten auch gesondert behandelt werden.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. Dezember 2019 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 19. Dezember 2019 an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend:

- Die ASt habe sich mit einem Angebot am Vergabeverfahren beteiligt. Gemäß Art 2 Abs. 1 Nr. 11 der Richtlinie 2014/24/EU sei „Bieter“ ein Wirtschaftsteilnehmer, der ein Angebot abgegeben habe. Dies sei die ASt ausweislich ihrer Angaben in den Formblättern D.1 und D.2. Dabei habe die [...] als Bevollmächtigte der Bietergemeinschaft fungiert. Ein öffentlicher Auftraggeber dürfe nicht durch eigene Vorgaben eine vom EU-Recht abweichende Definition vornehmen, welches Unternehmen den Status eines Bieters inne habe.
- Von einer Angebotsabgabe der ASt sei die Ag auch selbst ausgegangen, wie ihrer Nachforderung vom 20. November 2019 zu entnehmen sei. Der Umstand, dass die Ag von nicht in jeder Hinsicht korrekten Eintragungen in den Formblättern ausgehe, ändere nichts an der Wertungsfähigkeit ihres Angebots, da dieses vollständig sei und sämtliche geforderten Angaben und Nachweise enthalte. Dabei sei aus den Formblättern D.1 und D.2 nicht zweifelsfrei zu erkennen gewesen, dass dort nicht die Bietergemeinschaft, sondern das bevollmächtigte Mitglied einzutragen gewesen wäre. Jedenfalls könnten vermeintliche Unklarheiten im Wege der Auslegung ausgeräumt werden. Dies entspreche auch dem Wertungswandel, den das Vergaberecht seit 2009 genommen habe und der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 18. Juni 2019, X ZR 86/17, Rn. 23).
- Die Ag dürfe das Angebot der ASt auch nicht gemäß §§ 57 und 53 VgV vom Verfahren ausschließen, weil das Angebot gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 53 VgV der aufgestellten Textform des § 126b BGB entspreche und über die e-Vergabeplattform übermittelt worden sei. Weitergehende Formanforderungen i.S.d. § 53 Abs. 3 und 4 VgV seien nicht aufgestellt worden. Dabei könne sich die Ag auch nicht auf § 53 VgV i.V.m. § 10 VgV berufen, denn die in § 57 VgV genannten Ausschlussgründe seien dort abschließend geregelt. Es könne auch nicht darauf ankommen, wer das Angebot übermittelt. Die weiteren von der Ag vorgebrachten Aspekte der Datenintegrität und Manipulationssicherheit bewegten sich nicht innerhalb der zivilrechtlichen Kategorien des § 126 ff. BGB, weshalb ein Ausschluss aufgrund des abschließenden Charakters des § 57 VgV nicht auf diese gestützt werden dürfe. Für die Textform gemäß § 126b Abs. 1 Satz 1 BGB genüge eine

lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt sei. Über welches Benutzerkonto ein Angebot hochgeladen werde, sei ohne Belang. Auch aus § 11 Abs. 3 VgV und den Nutzungsbedingungen ergebe sich nichts anderes, weil diese Vorschriften nicht die Person des Erklärenden regelten. Auch der Umstand, wer eine Empfangsbestätigung erhalten habe, könne keine Rolle spielen, zumal in § 5 Abs. 4 Satz 2 der Nutzungsbedingungen klargestellt sei, dass eine inhaltliche Überprüfung des Angebots vor Versand der Empfangsbestätigung nicht statfinde.

- Die Kommunikation über die e-Vergabeplattform funktioniere uneingeschränkt auch wenn das Angebot über den Zugang eines anderen Unternehmens hochgeladen werde. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 9 Abs. 3 Satz 1 VgV, denn die Registrierung ziele nicht auf die Identifikation der Unternehmen, sondern ausschließlich darauf, die Kommunikation zwischen Auftraggeber und Unternehmen sicherzustellen. Hierzu genüge auch eine E-Mailadresse. Die Kommunikation zwischen der [...] und der ASt sei jederzeit gewährleistet gewesen, schon weil diese über dieselbe E-Mail-domain laufe.
- Weiterhin sei darauf hinzuweisen, dass sich aus den Allgemeinen Hinweisen nicht ergebe, dass Angebote nur über die Benutzerkonten von Bietern oder Bevollmächtigten von Bietergemeinschaften hochgeladen werden durften.  
Aus der Aussage: *„Bieter ist der Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform, der das Angebot hochlädt“* (Allgemeine Hinweise, Vorbemerkung, unter dem 7. Punkt) ergebe sich nicht, dass derjenige, der ein Angebot hochlädt, dies über ein eigenes Benutzerkonto veranlassen muss. Es werde nicht ausgeschlossen, dass das Hochladen durch ein verbundenes Unternehmen erfolge. Wenn die Ag dies zur Voraussetzung hätte machen wollen, hätte sie dies unzweideutig vorgeben müssen. Das Hochladen sei durch Frau [...] erfolgt, die von der [...] bevollmächtigt worden sei, so dass die Vorgaben der Ag eingehalten worden seien.

Die ASt beantragt:

1. die Ag wird verpflichtet, die zu [...] des Vergabeverfahrens mit der Vergabenummer [...] eingegangenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer und unter Einbeziehung des Angebots der ASt neu zu bewerten sowie die Bieter gemäß § 134 GWB von dem Ergebnis der Neubewertung zu unterrichten.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakte gewährt.

3. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der ASt.
4. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt wird für erforderlich erklärt.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Antrag auf Nachprüfung wird als nicht zulässig und hilfsweise als unbegründet zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten für das Nachprüfungsverfahren.

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig und hilfsweise unbegründet sei:

- Die ASt sei bereits nicht antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB, da sie selbst kein elektronisches Angebot abgegeben habe. Das Angebot sei von der [...] abgegeben worden, die nicht Mitglied der Bietergemeinschaft sei. Aus Art. 2 Ziffer 11 der Richtlinie 2014/24/EU und § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV ergebe sich, dass die Abgabe und das Einreichen eines Angebotes denselben Vorgang bezeichnen, so dass diesbezüglich nicht zu differenzieren sei. Nach § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV sei der Auftraggeber verpflichtet, die technischen Parameter zur Einreichung von elektronischen Angeboten vorzugeben und gemäß § 9 Abs. 3 VgV dürfe eine Registrierung verlangt werden. Dies habe die Ag in den Allgemeinen Hinweisen (auf Seite 4, unter A.1 und A.7) und den Verweis auf die Nutzungsbedingungen der e-Vergabe-Plattform (dort § 2 Abs. 1 und die Datenschutzerklärung) umgesetzt. Da das Angebot über das Benutzerkonto der [...] hochgeladen worden sei, habe auch nur diese und nicht die ASt eine Empfangsbestätigung gemäß § 5 Abs. 4 der Nutzungsbedingungen erhalten. Es bleibe nach wie vor unklar, wie Frau [...], die das Angebot über das unternehmensbezogene Benutzerkonto der [...] hochgeladen habe, durch die Bietergemeinschaft bevollmächtigt worden sei, da kein legitimierendes Dokument vorgelegt worden sei.
- Die Mitglieder der Bietergemeinschaft und die [...] seien jeweils rechtlich selbständige Unternehmen, für die dieselben Vorgaben gelten müssten. Eine Ausnahme für Unternehmen, die Alleingesellschafter anderer Unternehmen sind, sei weder im Vergaberecht noch in den Bewerbungsbedingungen vorgesehen. Ansonsten bestünde die Möglichkeit, dass ein Unternehmen mehrere Angebote für

sich und verbundene Unternehmen abgeben könne. Dann wäre kaum noch nachvollziehbar, welches Angebot für welchen Bieter wann abgegeben wurde. Auch könnte so unter Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs Einblick in konkurrierende Angebotsunterlagen genommen werden. Hinzu komme, dass das Hochladen eines weiteren Angebots durch einen Nutzer der e-Vergabepattform technisch als Rücknahme des ersten Angebots verbucht würde, obwohl eigentlich zwei verschiedene Angebote hätten abgegeben werden sollen. Dies beeinträchtigt die Datenintegrität und die Manipulationsfreiheit des Vergabeverfahrens.

- Der Ausschluss der ASt sei begründet, weil diese entgegen Ziffer A.2 der Allgemeinen Hinweise kein Angebot durch die Bevollmächtigte der Bietergemeinschaft, die [...], hochgeladen habe. Eine Bevollmächtigung der [...], die das Angebot hochgeladen habe, habe nicht vorgelegen. Die zulässigerweise in den Vergabeunterlagen aufgestellten Formvorgaben, gegen die die ASt verstoßen habe, seien hinreichend klar gewesen. Es handele sich bei Vergabeverfahren wie dem vorliegenden, in dem 240 Angebote eingereicht wurden, um Massenverfahren, die einer entsprechenden Angebotsprüfung bedürften. Die Nutzungsbedingungen stünden nicht zur Disposition des Bieters. Wenn es nicht die Vorgaben in den Nutzungsbedingungen des AnA-Web gäbe, die zur eigenständigen Registrierung jedes Bieters verpflichteten, dann könnte technisch in nicht offenen Verfahren auch keine Einladung der Bieter zur Angebotsabgabe erfolgen.

c) Mit Beschluss vom 19. Dezember 2019 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg hat keine Anträge gestellt und sich weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung zur Sache geäußert.

3. Die Vergabekammer hat der ASt am 30. Dezember 2019 Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 15. Januar 2020 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 21. Januar 2020 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 31. Januar 2020 verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben.
  - a) Der Nachprüfungsantrag betrifft die Vergabe einer Rahmenvereinbarung im Sinne von § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB, worauf grundsätzlich die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden sind (§ 103 Abs. 5 Satz 2 GWB). Die Beschaffung erfolgt durch die Ag als dem Bund zuzuordnender öffentlicher Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB. Der für Lieferleistungen relevante Schwellenwert ist überschritten.
  - b) Die ASt ist antragsbefugt. Die Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB ist bei Teilnehmern am Wettbewerb regelmäßig zwanglos zu bejahen, da ein Bieter Interesse am Auftrag hat und sich infolge eines behaupteten Vergabefehlers seine Zuschlagschancen im Sinne der Norm verschlechtern können.

Vorliegend meint allerdings die Ag, der ASt fehle es an der Antragsbefugnis, weil nicht die ASt, sondern die [...] als drittes, nicht an der Bietergemeinschaft beteiligtes Unternehmen ein Angebot abgegeben, jedoch nicht als Antragstellerin den Nachprüfungsantrag gestellt habe. Richtig ist an der Auffassung der Ag im Grundsatz, dass ein anderes Unternehmen als der Bieter selbst nicht befugt ist, als Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren die Verbesserung der Zuschlagschancen in Bezug auf das Angebot des Bieters geltend zu machen. In einem solchen Fall fehlt es an der erforderlichen Identität zwischen Teilnehmer am Wettbewerb und Antragsteller im Nachprüfungsverfahren, mithin an der in § 160 Abs. 2 GWB geforderten Schadensmöglichkeit, die sich stets auf das eigene Angebot und dessen Zuschlagschancen beziehen muss.

So verhält es sich vorliegend jedoch nicht, denn die Auffassung der Ag, Bieter sei, wer das Angebot hochlade, ist nicht zutreffend. Wer ein Angebot abgibt, ergibt sich vorrangig aus dem Angebot selbst, hier also aus dem elektronischen Dokument. Der Vorgang des Hochladens, also die Übertragung von Daten vom eigenen Rechner hier auf die e-Vergabe-Plattform, betrifft den Transfer der Daten vom Absender zum Empfänger, tangiert den Inhalt der so übermittelten Daten jedoch nicht. Im elektronischen Angebot

ist aber die [...], von deren Benutzerkonto aus der Hochladevorgang vorgenommen wurde, nicht genannt. Im zunächst eingereichten Formblatt D.1 war die antragstellende Bietergemeinschaft in der Rubrik „*Bietername*“ aufgeführt, in dem auf Aufforderung der Ag nachgereichten Formblatt D.1 sodann die [...] und die [...] als weiteres Mitglied der Bietergemeinschaft. Die [...] taucht an keiner Stelle in den Angebotsdokumenten auf. Bei dieser Sachlage kann der ASt die Schadensmöglichkeit und damit die Antragsbefugnis, der nur die Funktion eines groben Filters zukommt, nicht abgesprochen werden, denn ein eindeutiger Fall eines Auseinanderfalls von Bieterstatus und Antragsteller im Nachprüfungsverfahren liegt definitiv nicht vor. Die Umstände der Angebotsabgabe und wem das Angebot zuzurechnen ist, sind gerade Gegenstand des vorliegenden Streits und im Rahmen der Begründetheit zu klären.

- c) Die ASt hat auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB genügt, in dem sie die per Mitteilung vom 9. Dezember 2019 durch die Ag kommunizierte Ausschlussentscheidung noch am selben Tag gerügt hat. Schließlich hat die ASt den Nachprüfungsantrag auch rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB nach der Nichtabhilfeentscheidung der Ag gestellt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Entscheidung das Angebot der ASt bzw. das von deren Muttergesellschaft hochgeladene Angebot vom Vergabeverfahren auszuschließen, ist nicht zu beanstanden. Die Ausschlussentscheidung kann sowohl auf § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV – wegen nicht formgerechten Eingangs des Angebots – (siehe hierzu a) als auch auf § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV – wegen Änderung der Vergabeunterlagen – (siehe hierzu b) gestützt werden.
- a) Der Ausschluss des verfahrensgegenständlichen Angebots ist gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 53, § 9 Abs. 3 Satz 1, § 10 Abs. 1, § 11 Abs. 2 und 3 sowie § 12 Abs. 1 VgV gerechtfertigt. Es bestehen bereits Zweifel, ob das Angebot ASt überhaupt die zivilrechtlichen Mindestanforderungen an die Textform gemäß § 126b BGB erfüllt (aa) jedenfalls erfüllt es nicht die weitergehenden Anforderungen, die die Ag im vorliegenden Verfahren vorgeben durfte und in hinreichend transparenter Form vorgegeben hat (bb).
    - aa) Zunächst bestehen bereits Zweifel, ob das Angebot der ASt die zivilrechtliche Textform gemäß § 126b BGB erfüllt und der ASt als Erklärender zuzuordnen ist.

Nach § 126b BGB muss für die Textform als der Formvorschrift mit den geringsten Anforderungen lediglich eine lesbare Erklärung abgegeben werden, in der die Person des Erklärenden genannt ist. Die Erklärung muss in einer zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneten Weise abgegeben werden (vgl. Palandt, 79.A. (2020), § 126b Rn. 3). In den für die ASt hochgeladenen Formblättern D.1 und D.2 wurde als „Bietername“ die antragstellende Bietergemeinschaft angegeben. Als erklärende natürliche Person wurde Vor- und Nachnamen der Mitarbeiterin der [...] angegeben. Im Formblatt D.2 wurden weitere Angaben [...] als Bevollmächtigter der Bietergemeinschaft gemacht und als „*Ansprechpartner für die Vertragsdurchführung*“ wurde deren Geschäftsführer der benannt. Dieser ist nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für die ASt in ihrer Rechtsform als gGmbH ausschließlich vertretungsbefugt und ausweislich des Handelsregisters einzelvertretungsberechtigt.

Damit ist die mit dem Namen der [...] gezeichnete Erklärung objektiv mehrdeutig. Es ist unklar, für welche juristische Person Frau [...] gehandelt hat, eine Offenlegung einer Bevollmächtigung ist nicht erfolgt, sondern die [...] ist als Vertreter benannt. Unstreitig ist Frau [...] kein vertretungsberechtigtes Organ einer der beteiligten Gesellschaften, sondern Mitarbeiterin der [...]. Im während der Angebotsfrist hochgeladenen Angebot wird sie nicht als „*Ansprechpartnerin für die Durchführung*“ aufgeführt, sondern erst in dem auf die Nachforderung korrigierter Unterlagen durch die Ag am 21. November 2019 eingereichten Formblatt D.2 als Ansprechpartnerin für die „*Angebotsabgabe*“ benannt. Eine explizite Innenbevollmächtigung durch die ASt wurde nicht offen gelegt. Im Außenverhältnis wäre sie selbst mit unterstellter Handlungsvollmacht gemäß § 54 Abs. 1 HGB nicht einzelvertretungsbefugt – weder für die [...] noch für die ASt.

Dessen ungeachtet ist die Erklärung jedenfalls nach den Grundsätzen des unternehmensbezogenen Geschäfts dahingehend auszulegen, dass Frau [...] die Erklärung auch nicht im eigenen Namen als Eigengeschäft mit Bindungswirkung für sich selbst, sondern als Vertreterin für einen Geschäftsherrn abgeben wollte.

Für die gesetzliche Textform ist bislang nicht abschließend geklärt, welche Anforderungen an das Handeln eines Vertreters für die Abgabe von Erklärungen in Textform zu stellen sind. Ungeachtet der unterschiedlichen Terminologie in § 126b BGB („*Erklärender*“) und § 126f. BGB („*Aussteller*“) sind diese Begriffe nach



überwiegender Auffassung gleichbedeutend (*Einsele* in: MüKo, BGB, 8.A. (2018), § 126b Rn. 7 m.w.N. unter Verweis auf eine „unscharfe“ Gesetzesbegründung; so auch Palandt, 79.A. (2020), § 126b Rn. 4; a.A. *Hertel* in: Staudinger, BGB, 2017, Rn. 30, der den Erklärenden mit dem Absender der Erklärung gleichsetzt). Für die Schriftform nach § 126 BGB ist es anerkannt, dass der Vertreter selbst Aussteller ist und das Handeln für den erklärenden Geschäftsherrn durch ein entsprechendes Kürzel oder durch Zeichnung des Namens des Geschäftsherrn kenntlich macht (vgl. zu den Einzelheiten: *Einsele* in: MüKo, BGB, 8.A. (2018), § 126b Rn. 7 und § 126 Rn. 12; s.a. Palandt, 79.A. (2020), § 126 Rn. 9). Die Übertragung dieser Grundsätze auf die Textform gemäß § 126b BGB wird im Hinblick auf die grundlegende Klarstellungs- und Beweisfunktion der Formanforderung im Rechtsverkehr allerdings kritisch bis ablehnend beurteilt, so dass jedenfalls noch nicht geklärt ist, ob die Abgabe einer Erklärung in Textform durch einen Vertreter ohne Benennung des Vertretenen dem Formerfordernis des § 126b BGB genügen kann. Auch wenn man der abweichenden Ansicht in der Literatur folgt, die die Person des Erklärenden mit dem Absender der Erklärung gleichsetzt, ergibt sich im vorliegenden Fall keine eindeutige Klärung, in wessen Namen Frau [...] die Erklärung abgegeben hat. Aufgrund des Umstandes, dass das Hochladen vorliegend über das Benutzerkonto der [...] erfolgte, ergab sich vom Empfängerhorizont der Ag, dass der in den Formblättern genannte Bieter und der Absender bzw. der registrierte Inhaber des hochladenden Benutzerkontos nicht personenidentisch sind. Vor diesem Hintergrund spricht Vieles dafür, dass im vorliegenden Fall bereits die grundlegenden Mindestanforderungen an die Textform gemäß § 126b BGB nicht gewahrt wurden.

Im Ergebnis kann aber offenbleiben, ob die insofern beweisbelastete ASt bereits wegen Nichterfüllens der Textform gemäß § 126b BGB mangels Erkennbarkeit des erklärenden Geschäftsherrn oder mangels Vertretungsmacht des erklärenden Vertreters im Außenverhältnis auszuschließen war, da die weitergehenden Formanforderungen nicht erfüllt sind.

- bb) Ein Ausschluss des für die ASt hochgeladenen Angebots ist jedenfalls wegen nicht form- und fristgerechten Eingangs gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 GWB begründet. Der öffentliche Auftraggeber darf grundsätzlich weitergehende, über die Textform des

§ 126b BGB als Mindestanforderung hinausgehende formelle Anforderungen für die Abgabe, d.h. die (elektronische) Übermittlung eines Angebots stellen.

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 57 Abs. 1 VgV sind nicht nur solche Angebote auszuschließen, die die in § 53 Abs. 1 VgV festgelegten Erfordernisse nicht erfüllen. Vielmehr wird auf die gesamte Vorschrift des § 53 VgV und damit auf sämtliche dort geregelte Erfordernisse einer formgerechten Angebotsabgabe Bezug genommen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. September 2018 – VII-Verg 32/18, Rn. 21 – juris). Dies umfasst die Vorschriften zur Angebotsabgabe mithilfe elektronischer Mittel i.S.d. § 10 VgV und die Möglichkeit erhöhte Sicherheitsanforderungen (§ 53 Abs. 3 Satz 1 VgV) vorzusehen. In § 53 Abs. 7 Satz 1 VgV wird zudem festgelegt, dass Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig sind, wozu gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV auch die „*Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen)*“ gehören.

In § 9 bis 12 VgV hat der Ordnungsgeber – in Umsetzung der entsprechenden Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU – Regelungen zur Kommunikation und zur Angebotsabgabe mithilfe elektronischer Mittel vorgenommen. Diese sehen (u.a.) vor, dass der öffentliche Auftraggeber „*die Angabe einer eindeutigen Unternehmensbezeichnung sowie einer elektronischen Adresse [...] (Registrierung)*“ verlangen kann (§ 9 Abs. 3 Satz 1 VgV). Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 VgV ist der öffentliche Auftraggeber berechtigt, das Sicherheitsniveau der elektronischen Mittel festzusetzen. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 VgV darf der Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht eingeschränkt werden und nach § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV müssen die technischen Parameter zur Einreichung von Angeboten zur Verfügung gestellt werden. Gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber die Verwendung elektronischer Mittel verlangen, die nicht allgemein verfügbar sind (alternative elektronische Mittel), wenn er unter einer Internetadresse einen unentgeltlichen, uneingeschränkten, vollständigen und direkten Zugang gewährt (vgl. hierzu Art. 22 Abs. 5 der Richtlinie 2014/24/EU).

Auf dieser Grundlage obliegt es dem öffentlichen Auftraggeber bei der Festlegung der Formanforderungen eine Abwägung zwischen einer möglichst weiten Wettbewerbsoffenheit durch weitgehend barrierefreie elektronische Kommunikation einerseits und der Gewährleistung eines hinreichend sicheren und effizienten elektronischen Ausschreibungsverfahrens andererseits vorzunehmen. Dabei muss

sich der öffentliche Auftraggeber nicht mit der Textform gemäß § 126b BGB als gesetzlicher Mindestanforderung begnügen, sondern darf weitergehende formelle Anforderungen aufstellen, die eine hinreichende Beweis- und Klarstellungsfunktion im Ausschreibungsverfahren und nachfolgenden Rechtsverkehr sicherstellen. Hierzu gehören insbesondere auch – verhältnismäßige – formelle Anforderungen, die eine sachlich richtige, zuverlässige und sichere Identifikation des Bieters bzw. Senders von Daten und die Gewährleistung einer gesicherten und vertraulichen elektronischen Kommunikation im Ausschreibungsverfahren ermöglichen (vgl. hierzu Regierungsbegründung zur VergRModVO, BT-Drs. 18/7318, S. 154 zu § 10 Abs. 1, s.a. zu § 9 Abs. 3, S. 153). Hinzu kommt die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers durch weitergehende Vorgaben sicherzustellen, dass die Integrität der Daten und Vertraulichkeit der Angebote jederzeit gewährleistet wird (vgl. Art. 22 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU).

Diesen Vorgaben hat die Ag entsprochen, indem sie über die Internetadresse der e-Vergabe-Plattform des Bundes einen Zugang eröffnet und dessen Verwendung vorgegeben hat, für den eine Registrierung unter einer eindeutig identifizierbaren Unternehmensbezeichnung erforderlich war und der die Anforderungen des § 12 Abs. 1 Nr. 1 VgV unstreitig erfüllt.

Im Einzelnen hat die ASt auf diese Anforderungen in Ziffer I.3 der Bekanntmachung, den Allgemeinen Hinweisen (in den Vorbemerkungen und unter Ziffern A.1, A.2, A.6 und A.7) sowie unter Verweis auf die Nutzungsbedingungen der e-Vergabe-Plattform und des AnA-Web wiederholt darauf hingewiesen, dass für die Ag nur derjenige als Bieter berücksichtigt wird, der als registrierter Teilnehmer der e-Vergabe-Plattform das Angebot hochlädt. Der Registrierungsvorgang auf der e-Vergabe-Plattform des Bundes ist so ausgestaltet, dass jedem sich registrierenden Unternehmen klar werden musste, dass eine Registrierung des jeweiligen bietenden Unternehmens bzw. des Bevollmächtigten einer Bietergemeinschaft vorzunehmen ist und dass die Verwendung des Benutzerkontos eines Dritten nicht statthaft ist.

Unter Ziffer A.2 der Allgemeinen Hinweise hat die Ag zudem spezifiziert, dass Angebote von Bietergemeinschaften nur berücksichtigt werden, wenn sie durch den Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft hochgeladen werden. Speziell als Hilfestellung beim Ausfüllen der Formblätter D.1 und D.2 hat die Ag unter Ziffer A.6

der Allgemeinen Hinweise fettgedruckt und jeweils wiederholt den Hinweis gegeben: „*Die Angaben zum Bieter/Bevollmächtigten der Bietergemeinschaft in der Datei [...] müssen den Angaben zum Teilnehmer auf der e-Vergabe-Plattform entsprechen.*“ Die gleichen Hinweise enthalten auch die Formblätter D.1 und D.2 selbst.

Unter Ziffer A.7 der Allgemeinen Hinweise hat die Ag darauf hingewiesen, dass die Kommunikation ausschließlich über das AnA-Web-Benutzerkonto zugestellt werden.

Auf diese Weise hat die Ag transparente und nicht diskriminierende Anforderungen an die Identifizierbarkeit eines als Bieter/Bevollmächtigten registrierten Unternehmens gestellt. Diese Anforderungen sind nicht mehrdeutig oder unverständlich formuliert, wenn man als Maßstab den Empfängerhorizont fachkundiger Unternehmen ansetzt, die sich regelmäßig an Ausschreibungen vergleichbarer wirtschaftlicher Bedeutung beteiligen. Dabei ist es nicht zu beanstanden, wenn ein öffentlicher Auftraggeber sich im Sinne einer möglichst großen Wettbewerbsoffenheit gegen weitergehende einschränkende Vorgaben, wie etwa die Vorgabe qualifizierter digitaler Signaturen oder Siegel i.S.d. § 10 Abs. 1 Satz 1 und § 53 Abs. 3 VgV entscheidet und stattdessen Mindestvorgaben zur Registrierung und Nutzung der e-Vergabe-Plattform des Bundes fordert. Hier dient die Vorgabe der Registrierung des Bieters auf der e-Vergabe-Plattform des Bundes zum einen der Identifikation des Bieters als Erklärenden – in Ergänzung der Textform gemäß § 126b BGB – und zum anderen der Gewährleistung einer effizienten und sicheren elektronischen Kommunikation in massenhaft geführten Ausschreibungsverfahren.

Ohne diese formellen Vorgaben müsste die Ag in solchen Massenverfahren systematisch prüfen, ob das in Textform abgegebene Angebot tatsächlich eine rechtsverbindliche Erklärung des genannten Bieters bzw. eines bevollmächtigten Vertreters enthält und gegenüber wem, bzw. welchem Ansprechpartner mit welcher Vertretungsmacht Erklärungen gegenüber abgegeben werden können. Dies bereitet insbesondere in der vorliegenden Fallkonstellation – der Zeichnung eines Vertreters mit unklarer Vertretungsmacht – erhebliche Schwierigkeiten. Aufgrund der Vorgabe, dass der Bieter bzw. Bevollmächtigte der Bietergemeinschaft zusätzlich das Angebot über einen auf diesen registriertes Benutzerkonto

hochzuladen ist, erfolgt eine zusätzliche Klarstellung und es wird ein Kommunikationskanal eröffnet, der eine effiziente und sichere – d.h. nur für den Inhaber der Benutzerdaten des Benutzerkontos zugängliche – Kommunikation mit dem öffentlichen Auftraggeber gewährleistet.

Diese Vorgehensweise der Ag ist von § 9 Abs. 3 Satz 1, § 10 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 2 und 3 Nr. 2 und § 12 Abs. 1 VgV gedeckt. Im vorliegenden Verfahren steht auch weder die grundsätzliche Zulässigkeit dieser formellen Anforderungen noch deren Verhältnismäßigkeit im Streit, so dass die Ag davon ausgehen durfte, dass diese Ausschreibungsbedingungen von den Bietern auch eingehalten werden.

Von diesen formellen Vorgaben ist die ASt abgewichen, in dem sie ihr Angebot durch ein nicht auf die ASt registriertes Benutzerkonto hochladen ließ. Dass dieses Benutzerkonto für ein verbundenes Unternehmen, die Muttergesellschaft, registriert wurde, ist für die Beurteilung der Abweichung von den insoweit klaren Formanforderungen ohne Belang. Die Muttergesellschaft der ASt ist unstreitig kein Mitglied der Bietergemeinschaft und es wurde auch keine auf die Muttergesellschaft der ASt lautende Vollmacht vorgelegt, obwohl die Vorlage von Vollmachten für alle an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen gefordert war. Durch die Vorlage der korrigierten Formblätter D.1 und D.2 am 21. November 2019 wird dies noch einmal nachträglich bestätigt.

Die Ag weist dabei zu Recht darauf hin, dass die Zulassung eines Hochladens von Angeboten über Benutzerkonten Dritter das zusätzliche Risiko birgt, dass mehrere, konkurrierende Angebote hochgeladen werden. Dabei würde der spätere Vorgang des Hochladens die Rücknahme tatsächlich konkurrierender, früherer Angebote bewirken, wodurch völlig unklar wäre, welcher Bieter welches Angebot zu welcher Zeit abgegeben hat. Dies ist durchaus geeignet nicht nur die Integrität der Daten und die Vertraulichkeit der Kommunikation zu beeinträchtigen, sondern birgt auch Manipulationsrisiken, die durch die Ausschreibungsbedingungen gerade vermieden werden sollen.

Diese Abweichung von den formellen Anforderungen hat die ASt auch im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zu vertreten.

Dieser Verstoß hatte zur Folge, dass die Ag irrtümlich davon ausging, dass die [...] selbst ein Angebot abgegeben hat und entsprechend der Ausschreibungsbedingungen bzw. Nutzungsbedingungen der e-Vergabe-Plattform des Bundes die gesamte elektronische Kommunikation ihr führte, obwohl diese unstreitig nicht als Bieterin am Verfahren beteiligt sein sollte. Entsprechend wurden alle verfahrensbezogenen Mitteilungen und Empfangsbekanntnisse ausschließlich an die [...] versandt.

Gegenüber dem Ausschluss gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV kann die ASt auch nicht mit Erfolg geltend machen, dass es sich lediglich um einen geringfügigen, nachträglich heilbaren Formverstoß gehandelt habe. Denn die mit der Erfüllung solcher formeller Vorgaben bezweckte Beweis- und Klarstellungsfunktion im Rechtsverkehr berührt die *essentialia negotii* des zukünftigen Vertragsverhältnisses, so dass sich der Fehler nicht durch bloßes Hinwegdenken des Verstoßes beseitigen lässt. Gerade aufgrund der vergaberechtlichen Vorgaben, wonach der öffentliche Auftraggeber im Sinne einer Barrierefreiheit im Regelfall auf elektronische Signaturen verzichten soll und damit die Identifikations- und Authentifizierungsfunktion der die Unterschrift ersetzenden Signatur entfällt, kommt der Vorgabe der Ag, wonach der Bieter registriert sein muss und über diese Registrierung sein Angebot abzugeben hat, eine wichtige Funktion zu. Jeder Bieter hatte auch die Möglichkeit, die Voraussetzungen für eine Registrierung kostenfrei und problemlos zu schaffen. Die Heilung würde hier ein erneutes formgerechtes Hochladen des Angebots durch ein auf die ASt registriertes Benutzerkonto erfordern. Dies ist nach dem Schlusstermin zur Angebotsabgabe grundsätzlich unzulässig.

Etwas anderes folgt auch nicht aus der jüngsten Rechtsprechung des BGH, auf die sich die ASt beruft (BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 – X ZR 86/17). Im vorliegenden Fall hat die Ag den Sachverhalt durch Nachforderungs- und Aufklärungsschreiben vom 20. November 2019 und 4. Dezember 2019 aufgeklärt und festgestellt, dass – unter Abweichung von den Formanforderungen – das Angebot nicht auf dem Weg übermittelt wurde, der zulässigerweise vorgegeben wurde.

Dieser Mangel lässt sich nicht durch Streichen oder Hinwegdenken einer widersprüchlichen Geschäftsbedingung beseitigen, so dass die vom BGH aufgestellten Grundsätze auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar sind.

- b) Der Ausschluss des verfahrensgegenständlichen Angebots kann alternativ auch auf § 57 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV gestützt werden. Die Anforderungen an die Angebotsabgabe sind Teil der Verfahrensunterlagen gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 2 VgV, mit denen die Ag die effiziente und ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens gewährleisten wollte. Diese Anforderungen dienen nicht nur Identifikation des Bieters und einer effizienten und sicheren elektronischen Kommunikation, sondern gewährleisten auch die Vergleichbarkeit der Angebote. So verknüpft das Formblatt D.1 den Vorgang des Hochladens des Angebots mit der Erklärung über die Bindungswirkung des Angebots und der Erfüllung der grundlegenden Anforderungen an das Angebot. Infolge des Hochladens des Angebots über das Benutzerkonto eines weiteren Unternehmens, welches nach dem erklärten Willen der ASt nicht Mitglied der Bietergemeinschaft sein soll und durch diese nicht bevollmächtigt ist, ist eine Situation entstanden, in der es objektiv unklar ist, ob das Angebot tatsächlich rechtlich bindend für die ASt abgegeben wurde. Diese Abweichung von den Vergabeunterlagen ist auch grundsätzlich geeignet, die Vergleichbarkeit der Angebote im vorliegenden Verfahren zu beeinträchtigen, weil die Ag nicht mit der gleichen Sicherheit wie bei anderen Angeboten davon ausgehen kann, dass die Anforderungen bei einer Zuschlagserteilung erfüllt sein werden. So könnte es dann Unklarheiten bezüglich der Identität des Auftragnehmers, dessen Bindung an das hochgeladene Angebot und die Wirksamkeit der abgegebenen Erklärungen geben. Diese Gefahr hat sich auch schon insofern im vorliegenden Fall verwirklicht, als die Ag am 2. Dezember 2019 die Bieter mit Mitteilung gemäß § 134 GWB über die beabsichtigte Beauftragung der [...] informierte, obwohl diese – nach zwischenzeitlicher Klärung unstreitig – kein Angebot abgeben wollte.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB.

Die ASt trägt als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag (§ 182 Abs. 4 Satz 1 GWB).

Die Aufwendungen der Bg sind aus Billigkeitsgründen nicht erstattungsfähig. Die Bg hat sich schriftsätzlich am Verfahren nicht beteiligt und keine Anträge gestellt. In der mündlichen Verhandlung war die Bg zwar durch eine Unternehmensvertreterin vertreten, die sich aber nicht zur Sache äußerte. Dazu bestand auch keine Veranlassung, weil sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht in einen spezifischen Interessensgegensatz zur Bg stellte. Gegenstand des Verfahrens war ausschließlich der Ausschluss der ASt vom Vergabeverfahren aufgrund der Missachtung formeller Vorgaben, ohne die nicht die Bg, sondern die ASt den Auftrag erhalten hätte. Damit hat die Bg weder ein prozessuales Risiko übernommen noch Bestand eine Veranlassung sich aktiv am Verfahren zu beteiligen. Vor diesem Hintergrund sind die Aufwendungen der Bg aus Billigkeitsgründen nicht erstattungsfähig.

### 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

Brune