



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 116/21

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „[...] Beseitigung von Ölverunreinigungen in den Bereichen [...] (Los 1) und [...] (Los 3)“, Vergabe-Nr. [...] – EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und dem ehrenamtlichen Beisitzer Stertz aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 16. November 2021 am 1. Dezember 2021 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe der Beseitigung von Ölverunreinigungen in drei Gebietslosen durch. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis. Die den Bietern eingeräumte Frist zur Angebotsabgabe seit Bekanntmachung betrug 31 Tage. Angebotsfrist war der 7. September 2021, 10.00 Uhr.

Die elektronische Angebotsabgabe sollte über die Software AI-Bietercockpit erfolgen. Begleitend stand den Nutzern ein vom Plattformanbieter herausgegebenes Online-Benutzerhandbuch zur Verfügung. Ein technischer Support stand über die in der Vergabebekanntmachung genannte URL unter dem Stichwort „Kontakt“ per Telefon, Fax und E-Mail ohne Angabe von Erreichbarkeitszeiten zur Verfügung.

Im Formblatt „EU-Aufforderung zur Angebotsabgabe“ wurde unter Ziffer 3.1 Nachweise, Angaben und Unterlagen, die mit dem Angebot einzureichen waren, auf eine Anlage verwiesen. In der beigefügten Anlage „Abschnitt 3.1: Unterlagen, die mit dem Angebot abzugeben sind“ hieß es:

Leistungsbezogene Unterlagen

- Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm mit den Preisen (in Form einer GAEB-Datei)
 - Leistungsverzeichnis/Leistungsprogramm mit den Preisen (in Form einer pdf-Datei)
- Fehlt diese Datei wird diese nicht nachgefordert, das Angebot ist zwingend auszuschließen**
(siehe Anlage zur HVA – Aufforderung zur Angebotsabgabe)

Beigefügt war eine „Anlage 1 zur HVA – Aufforderung zur Angebotsabgabe“. Dort hieß es:

0. Ergänzende Regelung zur Nachforderung von Unterlagen

Die Bedingungen in Punkt 3.3 der Formulare „HVA_B_StB_Aufforderung zur Angebotsabgabe.pdf“ sowie „HVA_B_StB_EU_Aufforderung zur Angebotsabgabe.pdf“ finden in folgender Fassung Anwendung:

Dem Angebot ist eine pdf-Datei mit dem verpreisten Leistungsverzeichnis beizufügen. Fehlt diese Datei, wird diese nicht nachgefordert, das Angebot ist dann zwingend auszuschließen.

[...]

2. Abgabe von Angeboten

a) Bei Zulassung elektronischer Angebote

HVA B-STB und HVA L-StB

Um Angebote in elektronischer Form abgeben zu können, ist eine Registrierung auf der Vergabepattform sowie die Verwendung des AI BIETERCOCKPITs erforderlich. Elektronische Angebote sind mit dem AI BIETERCOCKPIT zu verschlüsseln und zu übermitteln. **Auf anderem Wege eingehende elektronische Angebote werden ausgeschlossen.**

Bei elektronischer Angebotseinreichung gelten nur Eintragungen im Formular „HVA_B_STB_ANGEBOTSSCHREIBEN“ bzw. „HVA_L_STB_ANGEBOTSSCHREIBEN“.

Eintragungen im Formular "HVA_B_STB_Angbotsschreiben_nur_fuer_Papierangebote.pdf" bzw. HVA_L_StB_Angbotsschreiben_H2_nur_fuer_Papierangebote.pdf" werden nicht berücksichtigt, das Formular wird nicht Bestandteil des Angebotes und das Fehlen dieses Formulars führt nicht zum Ausschluss des Angebotes. Dem Angebot ist eine pdf-Datei mit dem verpreisten Leistungsverzeichnis beizufügen.

Fehlt diese Datei, ist das Angebot unvollständig und wird ausgeschlossen.

[...]

3. Umgang mit Datenaustauschdateien

Die Bieter werden gebeten, im Falle der Erstellung einer selbstgefertigten Kurzfassung des Leistungsverzeichnisses, dieses als Datenart D84 auf einem nicht wiederbeschreibbaren Medium mit zu übersenden. Der Datenträger sollte so gekennzeichnet sein, dass eine eindeutige Zuordnung zum Vergabeverfahren erfolgen kann.

Die Datenaustauschdateien gelten als Arbeitsmittel. Bei Abweichungen zwischen Datenaustauschdatei und schriftlicher Fassung / pdf-Fassung der Angebotsunterlagen gilt die schriftliche Fassung / die pdf-Fassung.

Bei der Angebotsbearbeitung standen den Bewerbern die Angebotsunterlagen der Vergabestelle im „Bietercockpit“ am 2. September 2021 für einen Zeitraum von etwa 2 Stunden nicht zur Verfügung. Danach war ein Download wieder möglich.

Bei der Abgabe der Angebote durch die Antragstellerin am Vorabend der Angebotsfrist, am 6. September 2021 traten technische Probleme beim Hochladen ihrer Angebote auf. Nach dem Start der Plattform AI-Bietercockpit kam es während etwa einviertel Stunden zu keiner Versendung der Angebote auf der Plattform. Dies ist anhand der in den Log-Files notierten Systemmeldungen erkennbar. Hierbei wurde plattformseitig auch ein „online connectivity Check with URL“ durchgeführt, der sich als erfolgreich erwies (2021-09-06 20:13:07,428 [...] INFO [...] Online connectivity Check successfull!). Plattformseitig sind in den Log-Dateien verschiedene System-Meldungen erkennbar, die Bearbeitungsvorgänge durch das System abbilden. Es findet sich erst erheblich später folgender Eintrag zur Absendung des Angebots:

```
„2021-09-06 21:55:03,246 [...] DEBUG [...] ##### Sending Offer to Governikus for Tender 54321-Tender-17b1561215c-84b762cfdba00da“
```

Danach bricht die log-Datei mit folgendem Eintrag ab:

„2021-09-06 21:55:03,687 [...] INFO [...] Found attachment finaloffer.zip“

Die Mitarbeiterin beendete die Anwendung AI-Bietercockpit und startete sie neu. Die Log-Dateien werden wenig später mit den Einträgen fortgesetzt:

2021-09-06 21:56:06,381 [...] INFO [...] Refreshing org.springframework.context.support. ClassPathXmlApplicationContext@42039326:startup date [Mon Sep 06 21:56:06 CEST 2021]; root of context hierarchy.

...

2021-09-06 21:56:18,792 [...] INFO [...] message: Achtung! Die Anwendung wurde nicht ordnungsgemäß beendet! Bitte beachten Sie, dass damit temporäre Arbeitszustände evtl. beschädigt sein könnten.

...

2021-09-06 21:57:33,602 [...] INFO [...] User aborted sending Documents, while selecting Signature Type.

...

2021-09-06 21:58:42,088 [...] INFO [...] User aborted sending Documents, while selecting Signature Type.“

Die Mitarbeiterin verließ das Büro kurz darauf ohne den Rechner auszuschalten und ohne die Anwendung zu schließen. Die Log-Dateien enden am 6. September 2021 und notieren am nächsten Morgen mit folgenden Eintragungen:

„2021-09-06 22:01:05,551 [...] INFO [...] Editing State of 098.1-21.d84 changed to EDITED.

2021-09-07 08:58:34,984 [...] ERROR [...] Exception in thread.“

Am 7. September 2021 gegen 9 Uhr stellte sich nach der Rückkehr der Mitarbeiterin ins Büro der Status der Angebotsabgabe als „bearbeitet“ dar, eine Abgabe der Angebote war damit nicht erfolgt (vgl. Screenshot der Antragstellerin, Anlage 10 des Nachprüfungsantrags).

Wenig später ist wiederum eine Log-Datei notiert, wonach ein weiterer Abbruch im System stattgefunden hat. Danach ist ein Neustart abgebildet, kurz danach findet sich eine weitere Warnmeldung um 9.09 Uhr:

2021-09-07 09:04:03,916 [...] INFO [...] Function de.sepp.bidding.wizard.offersending.functions.OfferSignFunction successfully created.

2021-09-07 09:09:01,942 [...] INFO [...] Refreshing org.springframework.context.support.ClassPathXmlApplicationContext@6436a7db: startup date [Tue Sep 07 09:09:01 CEST 2021]; root of context hierarchy.

2021-09-07 09:09:19,142 [...] INFO [...] message: Achtung! Die Anwendung wurde nicht ordnungsgemäß beendet! Bitte beachten Sie, dass damit temporäre Arbeitszustände evtl. beschädigt sein könnten.“

Die Mitarbeiterin kontaktierte kurz darauf den Software-Support von AI. Ein neuer Abgaberversuch wurde unter Anleitung eines Supportmitarbeiters gestartet. Dieser wird bestätigt durch die Log-Datei:

„2021-09-07 09:15:57,491[...] DEBUG [...] ##### Sending Offer to Governikus for Tender 54321-Tender-17b1561215c-84b762cfdba00da“

Nach dem Betätigen der Schaltfläche „Absenden“ erfolgte die Fehlermeldung: „Die Abgabe konnte aufgrund eines Fehlers nicht durchgeführt werden, bitte wiederholen Sie den Vorgang. Sollte das Problem weiterhin bestehen, nehmen Sie bitte Kontakt mit dem Support auf.“ Nach Bestätigung der Meldung durch „ok“ erschien die Anzeige: „Der Prozessschritt kann aufgrund eines Fehlers nicht ausgeführt werden.“ Die Probleme bei der Angabe des Angebots finden sich in den Log-Dateien wieder:

„2021-09-07 09:15:57,704 [...] INFO [...] RetrievedResponseCode for on Action 2008 is 512;

2021-09-07 09:15:57,705 [...] INFO [...] Reset the NetServerState to INITIAL, cause cant send Offer“);

2021-09-07 09:15:57,813 [...] INFO [...] message: Die Abgabe konnte aufgrund eines Fehlers nicht durchgeführt werden, bitte wiederholen Sie den Vorgang. Sollte das Problem weiterhin bestehen, nehmen Sie bitte Kontakt mit dem Support auf.;

2021-09-07 09:16:17,233 [...] INFO [...] message: Der Prozessschritt kann aufgrund eines Fehlers nicht ausgeführt werden.“

Der Supportmitarbeiter vermutete eine Beschädigung der Angebotsdaten beim Abbruch der Anwendung. Er schlug gegen 9.33 Uhr die Erstellung eines neuen Angebots für die erneute Abgabe vor. Die Mitarbeiterin erstellte daraufhin die drei GAEB-Dateien manuell mit allen Einzelpreisen der Leistungsverzeichnisse neu, was einige Zeit in Anspruch nahm. Sie startete den erneuten Angebotsprozess kurz vor Ablauf der Angebotsfrist:

"2021-09-07 10:00:34,695 [...] DEBUG [...] ##### Sending Offer to Governikus for Tender 54321-Tender [...]"

Die Übertragung gelang nun in sehr kurzer Zeit. Den übertragenen Angebotsdateien waren keine PDF-Versionen der eingepreisten Leistungsverzeichnisse beigefügt. Es wurde der Antragstellerin eine Übertragungsbestätigungsanzeige (10.01 Uhr) angezeigt. Die Log-Datei weist als Datum des Empfangs aus:

2021-09-07 10:01:15,767 [...] DEBUG [...] ProtocolObject: DocumentOID ZIT-BB16310016362807065437672233 917363; ExternalDocumentOID ZIT-BB16310016362807065437672233917363; Protocol Das Angebot wurde zur Vergabestelle übertragen.“

Das Angebot der Beigeladenen ging auf der Plattform am selben Morgen mit Eingangsdatum „07.09.2021 08:53:09“ ein.

Am 27. September 2021 (datierend vom 7. Oktober 2021) teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit Schreiben gemäß § 134 GWB mit, dass ihre Angebote in den Losen 1 bis 3 ausgeschlossen würden, da die geforderten Leistungsverzeichnisse als PDF-Ausdruck gefehlt hätten. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag frühestens am 27. September 2021 in den Losen 1 und 3 auf die Angebote der Beigeladenen und im Los 2 auf einen weiteren Bieter zu erteilen.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 1. Oktober 2021 rügte die Antragstellerin den Ausschluss ihrer Angebote.

Am 6. Oktober 2021 versandte die Antragsgegnerin ein neues Informationsschreiben gemäß § 134 GWB. Die Angebote der Antragstellerin in den Losen 1 bis 3 seien ausgeschlossen worden, weil sie verspätet eingegangen seien. Der Zuschlag in den Losen 1 und 3 solle auf die Angebote der Beigeladenen ergehen. Die Antragstellerin rügte mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 12. Oktober 2021 den Ausschluss als vergaberechtswidrig. Die Antragsgegnerin half den Rügen der Antragstellerin nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 15. Oktober 2021 beantragte die Antragstellerin bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens für die Lose 1 und 3. Die Vergabekammer hat den Antrag am selben Tag an die Antragsgegnerin übermittelt.

- a) Nach Auffassung der Antragstellerin ist der Nachprüfungsantrag begründet. Die Angebote der Antragstellerin seien weder wegen einer Verspätung noch wegen fehlender Unterlagen auszuschließen gewesen.

Die Voraussetzung eines Ausschlusses nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV lägen nicht vor. Ein Ausschluss sei schon mangels Anhörung rechtswidrig. Ferner fehle es an einer rechtskonformen Feststellung und Dokumentation einer Angebotsverspätung selbst wenn der Angebotscontainer der Antragstellerin erst nach Ablauf der Angebotsfrist vollständig vom Vergabeplattformserver empfangen worden sei. Dies ergebe sich aufgrund mehrerer Umstände, die allein in der Sphäre / im Verantwortungsbereich des Auftraggebers lägen:

So habe die Antragstellerin rechtzeitig mit der Angebotsübermittlung begonnen, bereits am Vorabend gegen 20.15 Uhr. Bei reibungsloser Funktionalität wäre das Angebot deutlich vor dem Ende der Angebotsfrist eingegangen. Sie sei nicht gehalten gewesen, noch früher mit der Übermittlung zu beginnen. Außerdem habe sie bereits durch die fehlende Bereitstellung der Vergabeunterlagen am 2. September 2021 Zeit verloren, die sie mit Rücksicht auf ihre internen Arbeitsabläufe so nicht habe aufholen können.

Die Übertragungshindernisse der ersten zwei erfolglosen Versuche seien nicht bieterseitig verursacht worden. Eine Internetverbindung habe am 6. September 2021 bestanden, ein Support sei nicht erreichbar gewesen. Weiterhelfende / warnende Fehlermeldungen wegen Übertragungsproblemen habe das Programm nicht generiert. Weshalb sich der Übertragungsprozess so lange hingezogen habe, sei keinen Programmhinweisen zu entnehmen gewesen. Außerdem sei am Vorabend ein anderer Versand- / Bearbeitungsstatus angezeigt worden, als am nächsten Morgen. So sei der Status „abgegeben“, anstelle von „abgeben“ angezeigt worden. Der zweite Übertragungsversuch am 7. September 2021 gegen 9.10 Uhr sei dem Protokoll zufolge an der fehlenden Empfangsbereitschaft der Vergabeplattform gescheitert. Der Support-Mitarbeiter habe als Fehlerursache eine unsachgemäße Beendigung des AI-Bietercockpits verbunden mit einer eventuellen übermittlungsrelevanten „Beschädigung“ von Angebotsdateien vermutet. Dies sei erst nach über 15 Minuten um 9.33 Uhr vom Support-Mitarbeiter festgestellt worden. Ein Bedienfehler könne der Antragstellerin hier nicht entgegengehalten werden. Das Benutzerhandbuch enthalte gar keine Beschreibungen dazu, auf welche Weise das Bietercockpit regelkonform zu beenden sei. Ohne konkrete Warnhinweise könne ein Bieter nicht damit rechnen, dass ein fertiger Angebotsordner bei Beendigung des Programms so beschädigt werde, dass eine

Angebotsübermittlung damit unheilbar nicht möglich sei. Selbst der Support habe gegen 9.10 Uhr nicht erkennen können, ob Angebotsinhalte versandhindernd beschädigt gewesen seien. Damit sei die Ursache der Verspätung dem Auftraggeber nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV zuzurechnen. Ein nicht einwandfreies Funktionieren der Software oder eine fehlerhafte Bedienung durch einen durchschnittlich programmerfahrenen Bieter gehöre zu seinem Pflichtenkreis. Auch sei die mit Mitteilung „512“ verneinte Empfangsbereitschaft technisch auf der Plattform angesiedelt. Die Antragstellerin sei mangels Empfangsbereitschaft des Plattformservers an einer rechtzeitigen Übermittlung ihrer Angebote gehindert worden. Jedenfalls aber sei sie mangels ausreichender Information nicht in der Lage gewesen, rechtzeitig zu erkennen, welche Maßnahmen trotz vollständig bearbeiteten Angebots notwendig gewesen wären, um eine Annahmefähigkeit der Vergabeplattform herzustellen. Obwohl § 11 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Nr. 1 und 2 VgV fordere, dass die erforderlichen Informationen kostenfrei zugänglich gemacht werden, sei der AI-Support kostenpflichtig. Auch dürfe an die technische Versiertheit der Antragstellerin als mittelständischem Unternehmen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Schließlich würden die Bieter vom jeweiligen Auftraggeber mit einer ganzen Reihe sehr unterschiedlicher Softwarelösungen konfrontiert, die überdies einer ständigen Veränderung und Aktualisierung unterlägen. Auch das AI-Bietercockpit werde laufend aktualisiert.

Auch der Ausschluss der Angebote wegen (vermeintlich) fehlender „nachgeforderter“ Unterlagen sei unverhältnismäßig gemäß § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB und damit rechtswidrig. Bereits die Anforderung des PDF-Leistungsverzeichnisses sei rechtswidrig. Nach den Vergabeunterlagen seien die erforderlichen Preisangaben bereits im GAEB-Leistungsverzeichnis einzutragen gewesen. Die geforderte PDF-Datei sei ein zusätzlicher Angebotsbearbeitungsaufwand, der nicht durch berechnete Auftraggeberinteressen getragen werde und damit unverhältnismäßig sei. Soweit die Antragsgegnerin die PDF-Kopien für die Angebotswertung brauche, könne sie eine solche aus dem GAEB-Leistungsverzeichnis mit den ihr zur Verfügung stehenden technischen Mitteln mittels „Exportieren“ selbst erstellen. Im Bietercockpit sei eine solche Funktionalität hingegen nicht vorhanden. Der Ausschluss erfolge hier aus rein formalen Gründen und führe dazu, die Anzahl der am Wettbewerb teilnehmenden Angebote ohne hinreichenden Grund zu reduzieren. Zudem erzeuge die Antragsgegnerin einen eigenen Zusatzaufwand, da sie für eine ordnungsgemäße Angebotswertung sicherstellen müsse, dass eine bieterseitig vorgelegte PDF-Kopie mit

dem GAEB-Leistungsverzeichnis identisch sei. Unabhängig davon sei auch die unterlassene Nachforderung der PDF-Ausdrucke ermessensfehlerhaft. Der Ausschluss des Nachforderns von Unterlagen erfordere seinerseits eine Betätigung des Ermessens der Vergabestelle. Im Interesse eines möglich effektiven Wettbewerbs sei ein Interesse an der Wertbarkeit möglichst vieler Angebote zu beachten. Dieses Interesse könne nur durch gewichtige Gründe eingeschränkt werden. Solche Gründe lägen hier nicht vor. Die ausschlusssanktionierte Hürde werde durch keinen erkennbaren Vorteil auf Auftraggeberseite aufgewogen. Manipulationsmöglichkeiten durch die Bieter eröffneten sich nicht.

Die Antragstellerin beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, die Angebote der Antragstellerin zu den Losen 1 ([...]) und 3 ([...]) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu zu werten.
3. Der Antragstellerin wird Einsicht in die Vergabeakte der Antragsgegnerin gemäß § 165 GWB gewährt.
4. Die Kosten des Nachprüfungsverfahrens werden der Antragsgegnerin auferlegt.
5. Die Antragsgegnerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu tragen. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war für die Antragstellerin notwendig.

- b) Die Antragsgegnerin beantragt,
den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Das Angebot der Antragstellerin sei gemäß § 57 VgV auszuschließen, weil es verspätet eingereicht worden und die Verspätung auf eine Fehlbedienung zuzuführen sei. Zudem sei es auszuschließen, weil es nicht formgerecht abgegeben worden sei.

Eine Verlängerung der Angebotsfrist sei nicht erforderlich gewesen. Die Probleme beim Herunterladen der Vergabeunterlagen durch die Antragstellerin seien nach einer Stunde und 19 Minuten behoben worden, so dass sie am 2. September 2021 um 11.19 Uhr zur Verfügung gestanden hätten.

Die Angebotsabgabe der Antragstellerin sei von Bedienerfehlern geprägt. Für den fristgerechten Eingang komme es auf den Zugang beim Auftraggeber an. Der Bieter trage das Risiko der Übermittlung und des rechtzeitigen und vollständigen Eingangs seines Angebots. Die Antragsgegnerin bestreitet, dass am 6. September 2021 nach der Beendigung des AI-Bietercockpits und dem Neustart kurz vor 22 Uhr, obwohl die Übertragung nicht fertig gestellt worden war, der Status „abgegeben“ angezeigt worden sei. Dies sei technisch nicht möglich. Nach der Abgabe erfolge eine Empfangsbestätigung des Systems. Ein solche habe die Antragstellerin nicht vorgelegt. Im Nachhinein könne die Abgabe jederzeit über den „Verlauf“ überprüft werden. Die Angebotsübermittlung sei am 6. September 2021 um 21.57 und 21.58 laut Fehlerbericht der Log-Dateien („User aborted sending documents) jeweils durch den Nutzer abgebrochen worden. Nachdem am nächsten Morgen um 9.03 Uhr eine Abgabe des Angebots nicht festgestellt werden konnte, habe die Antragstellerin mithilfe des AI-Supports nach dem Neustart der Anwendung einen neuen Abgabeversuch unternommen. Das ursprüngliche Angebot habe aufgrund des vorhergehenden Abbruchs und der nicht mehr bestehenden Datenkonsistenz nicht erfolgreich eingereicht werden können („cant sent offer“). Der Hinweis „Retrieved ResponseCode for an action 2008 is 512“ bedeute, dass das Bietercockpit bei der Anfrage zur Plattform, ob ein Angebot gesendet werden darf, die Rückmeldung bekommen habe, dass bereits ein Angebot gesendet wird. Dies verhindere, dass parallel zwei Angebote abgegeben werden können. Der technische Support habe ausgeführt, dass der Grund für die Fehlermeldung 512 und die anschließende Rücksetzung der Plattform darin zu sehen sei, dass das Bietercockpit nicht ordnungsgemäß beendet worden sei. Das Log-File vom 6. September 2021 sei um 21.55:03 abgeschnitten. Dies erkläre, warum wohl die Angebotsdateien beschädigt gewesen seien. Es sei unzutreffend, dass die Angebotsabgabe der Antragstellerin an der fehlenden Empfangsbereitschaft des Empfangsservers gescheitert sei.

Die Antragstellerin müsse die verspätete Abgabe vertreten. Die log-Datei lege dar, dass die Antragstellerin erst um 10.00:33 Uhr auf den „Angebot abgeben“ Button geklickt habe. Die Ankunft sei um 10.01:14 Uhr erfolgt. Nach der Neuerstellung der Angebotsunterlagen durch die Mitarbeiterin ab 9.33 Uhr habe diese alle Dateien noch einmal geprüft und einzeln geöffnet. Der Support-Mitarbeiter habe sie mehrfach auf die Eilbedürftigkeit und die Frist hingewiesen. Eine Übertragung innerhalb der Angebotsfrist wäre demnach möglich gewesen. Die Vergabeplattform selbst werde durch den ZIT [...]

auf dem Posteingangsserver Governikus des [...] betrieben und gehostet. Dieser unterliege einem zertifizierten Regelwerk. Die Systemzeit des Governikus-Servers werde mit dem Zeitserver der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt abgeglichen.

Nach Zurückversetzung der Prüfung und Wertung infolge der ersten Rüge habe die Antragsgegnerin das von der Antragstellerin nachgereichte Sendeprotokoll berücksichtigt. Aufgrund der darin enthaltenen Informationen zu den Abbrüchen und Neustarts sei die Antragsgegnerin zu dem Schluss gekommen, dass es sich hierbei nicht um einen Systemfehler gehandelt habe, deren Ursache von der Antragsgegnerin ausgegangen sei. Eine Aufklärung sei vor dem Ausschluss nicht erforderlich gewesen.

Das Angebot der Antragstellerin sei auch nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen, da das Leistungsverzeichnis mit den Preisen in Form einer PDF-Datei nicht dem Angebot beigelegt war. Dies sei in der Anlage Abschnitt 3.1 ausdrücklich gefordert worden. Das Ermessen der Nachforderung von Unterlagen sei damit ausgeschlossen. Das Einreichen einer GAEB-Datei genüge nicht. Das Erstellen einer PDF-Datei stelle auch keinen unverhältnismäßigen Aufwand dar. Das trage die Antragstellerin selbst vor. Die Forderung diene dem Dokumentationsbedürfnis. Bei einer GAEB-Datei gebe es stets das Problem, dass etwaige Dateifehler im Nachgang nicht ohne weiteres nachvollzogen werden könnten und zudem eine abschließende Veränderung der Datei nicht nachvollzogen werden könne.

- c) Mit Beschluss vom 21. Oktober 2021 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Sie hat keine Stellungnahme abgegeben.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin nach vorheriger Zustimmung der Antragsgegnerin Akteneinsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit diese keine Geschäftsgeheimnisse enthielt.

In der mündlichen Verhandlung am 16. November 2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 16. November 2021 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 3. Dezember 2021 einschließlich 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. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße im Hinblick auf den Ausschluss ihrer Angebote rechtzeitig im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt, nämlich jeweils innerhalb von 10 Kalendertagen nach den beiden Mitteilungen der Antragsgegnerin nach § 134 GWB, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne. Die Rügeschreiben genügen den an eine ordnungsgemäße Rüge zu stellenden Anforderungen. Das im Sinne der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB erforderliche Interesse am Auftrag hat die Antragstellerin durch die Abgabe ihrer Angebote auf alle drei Gebietslose, darunter die zwei streitgegenständlichen, hinreichend dokumentiert.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Angebote der Antragstellerin wurden zu Recht nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV ausgeschlossen, weil sie nicht fristgerecht eingegangen sind. Die Antragstellerin hat die Verspätung zu vertreten (dazu unter lit. a). Ob die Angebote der Antragstellerin außerdem zu Recht nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV wegen der Nichtvorlage von geforderten PDF-Dateien ausgeschlossen werden durften, kann hier angesichts der verspätet eingereichten Angebote dahinstehen (unter lit. b).

a) Die Angebote der Antragstellerin wurden zu Recht nach § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV ausgeschlossen. Danach werden Angebote von Unternehmen, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, von der Wertung ausgeschlossen, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten. Vorliegend sind die Angebote nicht fristgerecht eingegangen. Die Antragstellerin hat die Verspätung zu vertreten.

(1) Die Angebote der Antragstellerin sind verspätet eingegangen. Das von der Antragsgegnerin genutzte elektronische System AI-Bietercockpit genügt den Anforderungen gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VgV an die genaue Bestimmung der Uhrzeit und des Tags des Datenempfangs. Die Antragsgegnerin hat insoweit nachvollziehbar ausgeführt, durch wen die Vergabeplattform (einschließlich des

Posteingangsservers Governikus des [...] betrieben und gehostet wird. Dieser Server unterliege einem zertifizierten Regelwerk; insbesondere werde die Systemzeit des Servers mit dem Zeitserver der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt abgeglichen.

Von einer exakten Zeitmessung auf der Vergabe-Plattform der Antragsgegnerin und den dokumentierenden Log-Dateien ist auszugehen. Die mit dem Zeitserver der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt, der in technischer Hinsicht eine Referenzzeit darstellt, abgeglichene Systemzeit dürfte pro Tag in einem kaum messbaren Bereich abweichen. Die Angebote der Antragstellerin sind nach den Log-Dateien auf dem Empfangsserver der Antragsgegnerin am 7. September 2021 um 10:01:15,767 („Das Angebot wurde zur Vergabestelle übertragen.“) eingegangen. Die Antragstellerin hatte den Angebotsprozess im Übrigen erst nach Ablauf der Angebotsfrist gestartet („2021-09-07 10:00:34,695 [...] Sending Offer to Governikus for Tender 54321[...]). Zwar gelang die Übertragung in sehr kurzer Zeit, sie war jedoch bereits im Zeitpunkt des Beginns der Sendung verspätet.

(2) Die Antragstellerin hat die Verspätung gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zu vertreten, denn das zeitgerechte Hochladen der Angebotsdateien am 6. und 7. September 2021 ist letztlich infolge von Bedienungsfehlern, die ihrer Sphäre zuzuordnen sind, fehlgeschlagen.

(a) Grundsätzlich trägt der Bieter das Risiko der Übermittlung und des rechtzeitigen und vollständigen Eingangs seines Angebotes. Er muss sein Angebot so rechtzeitig auf den Weg bringen und den Übermittlungsvorgang beginnen, dass sein Angebot vor Fristablauf an der vorgesehenen Stelle eingegangen ist (Herrmann in Ziekow/Völlinck, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 57 VgV, Rn. 21). Dies gilt sowohl für analoge als auch digitale Angebote.

Technische Probleme bei der Übermittlung ihrer Angebote wären der Antragstellerin allerdings dann nicht zuzurechnen, wenn der Antragsgegnerin ihrerseits als Nutzerin eines elektronischen Mittels im Sinne des § 11 Abs. 1 VgV – der Vergabeplattform AI-Bietercockpit – Umstände anzulasten wären, die in ihrem alleinigen Verantwortungsbereich liegen. Dies hätte zur Folge, dass das Angebot der Antragstellerin trotz Verspätung nicht hätte ausgeschlossen

werden dürfen. Nach § 11 Abs. 1 VgV müssen elektronische Mittel und deren technischen Merkmale allgemein verfügbar, nichtdiskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein. Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken. Der Zugang zum Vergabeverfahren wird beispielsweise eingeschränkt, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber zum Hochladen der Angebote zur Verfügung gestellte IT-Anwendung fehlerbehaftet ist und ein Hochladen der Dokumente fehlschlägt. Treten technische Schwierigkeiten beim Betrieb der verwendeten elektronischen Mittel auf, so sind die Folgen danach zu beurteilen, wessen Sphäre sie zuzuordnen sind. Schwierigkeiten auf Auftraggeberseite dürfen nicht zu Lasten der Anbieterseite gehen. Demgegenüber gehen vom Anbieter selbst zu verantwortende Schwierigkeiten zu seinen Lasten. Diese zählen zum Übermittlungsrisiko, das üblicherweise vom Absender zu tragen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 8/19).

Festzustellen ist, dass die Einleitung der Angebotsabgabe beziehungsweise der Versuch der Angebotsabgabe durch die Antragstellerin am Vorabend der Angebotsfrist, am 6. September 2021, ab circa 20.10 Uhr, mit einem Zeitpuffer von mehr als 12 Stunden zunächst als rechtzeitig zu bezeichnen ist. Das Angebot war zu diesem Zeitpunkt fertig gestellt. Keine Rolle spielt deshalb insoweit, dass die Antragstellerin am 2. September 2021 bei ihren Vorbereitungen zur Angebotserstellung circa zwei Stunden nicht auf die Vergabeunterlagen auf der Plattform zurückgreifen konnte.

Allerdings sind unstrittig technische Probleme während des Ladevorgangs aufgetreten. Nach den vorliegenden Log-Dateien kam es nach dem Start des AI-Bietercockpits durch die Mitarbeiterin der Antragstellerin während etwa eindreiviertel Stunden zu keiner Versendung der Angebotsdateien auf der Plattform. Plattformseitig sind in den Log-Dateien verschiedene System-Meldungen dokumentiert, die Bearbeitungsvorgänge durch das System abbilden. Hierbei wurden Checks der Onlineverbindung durchgeführt, die sich als erfolgreich erwiesen (2021-09-06 20:13:07,428 [...] Online connectivity Check successfull!). Es ist daher festzustellen, dass die Onlineverbindung seitens der Antragstellerin bestand und vom System als hinreichend festgestellt wurde. Es findet sich allerdings erst erheblich später ein Eintrag zur eigentlichen

Absendung des Angebots („2021-09-06 21:55:03,246 [...] Sending Offer to Governikus“). Angesichts dieser langandauernden Vorgänge ist zu vermuten, dass dem ein anderes technisches Problem zugrunde lag. Die Zusammenstellung der Angebote am 6. September 2021 auf der Plattform (Erstellen eines „Angebotscontainers“) gelang jedenfalls nicht in der üblichen Geschwindigkeit. Die endgültige Angebotsübertragung zum Empfangsserver ist gar nicht erfolgt. Ohne technische Hindernisse wäre eine schnelle Übertragung dieser Datenmenge möglich gewesen. Davon ist angesichts der am nächsten Morgen gegen 10 Uhr innerhalb von weniger als 1 Minute gelungenen Übertragung der finalen Angebote auszugehen. Auf wessen Seite die technischen Schwierigkeiten bei der Nutzung des AI-Bietercockpits aufgetreten sind, wessen Sphäre sie zuzuordnen sind, kann anhand der vorliegenden Systemdateien nicht abschließend geklärt werden. Sowohl nach dem Vortrag der Antragstellerin als auch der Antragsgegnerin gab es zu diesem Zeitpunkt auf keiner Seite Hinweise für eine Fehlfunktion der jeweiligen IT, der Datenleitungen oder der Plattformfunktionalitäten.

Eine Beweislastentscheidung aufgrund der Vorkommnisse am 6. September 2021 muss allerdings nicht getroffen werden. Denn folgende weitere Umstände sprechen hier dafür, dass die Ursache für das am 7. September 2021 gegen 10 Uhr verspätete Hochladen der Angebote letztlich nicht mehr der Sphäre der Antragsgegnerin im Sinne des § 11 Abs.1 VgV zuzurechnen ist. Unstreitig hatte die Mitarbeiterin der Antragstellerin die Anwendung AI-Bietercockpit am 6. September 2021 kurz vor 22 Uhr nicht regulär beendet und danach neu gestartet, nachdem sich kein weiterer Fortschritt bei der Angebotsübertragung zeigte. Die entsprechende log-Datei dokumentiert dies mit dem letzten Eintrag: „2021-09-06 21:55:03,687 [...] INFO [...] Found attachment finaloffer.zip“. Nach dem Neustart finden sich hierzu entsprechende Log-Dateien, die das Hochfahren des Systems (ab 2021-09-06 21:56:06,381) anzeigen. Die System-Files zeigen auch an, dass nach dem Hochfahren ein weiterer Sendeprozess von der Mitarbeiterin eingeleitet wurde, aber dieser technisch nicht abgeschlossen wurde (2021-09-06 21:57:33,602 [...] User aborted sending Documents, while selecting Signature Type sowie 2021-09-06 21:58:42,088 [...] User aborted sending Documents, while selecting Signature Type). Eine

erfolgreiche Angebotsabgabe am 6. September 2021 hat demnach nicht stattgefunden und wurde auch nicht vom System bestätigt.

Zwar trägt die Antragstellerin vor, ihr sei nicht anzulasten, dass der weitere Übertragungsversuch am 7. September 2021 gegen 9.10 Uhr dem Protokoll zufolge an der fehlenden Empfangsbereitschaft der Vergabepattform gescheitert sei (Fehlermeldung „512“). Der Support-Mitarbeiter habe als Fehlerursache eine unsachgemäße Beendigung des AI-Bietercockpits verbunden mit einer eventuellen übermittlungsrelevanten „Beschädigung“ von Angebotsdateien vermutet. Dies sei erst nach über 15 Minuten um 9.33 Uhr vom Support-Mitarbeiter festgestellt worden. Ein Bedienfehler könne der Antragstellerin daher nicht entgegengehalten werden. Ohne konkrete Warnhinweise könne ein Bieter nicht damit rechnen, dass ein fertiger Angebotsordner bei Beendigung des Programms so beschädigt werde, dass eine Angebotsübermittlung damit später unheilbar unmöglich werde.

Diesem Vortrag ist allerdings nicht zu folgen. Denn bereits nach der ersten nicht ordnungsgemäßen Beendigung der Anwendung am Vorabend kurz vor 22 Uhr hatte das System um 21:56:18 Uhr eine Fehlermeldung („message: **Achtung!** Die Anwendung wurde nicht ordnungsgemäß beendet! Bitte beachten Sie, dass damit temporäre Arbeitszustände evtl. beschädigt sein könnten.“) generiert, wonach Beschädigungen aufgrund der Beendigung der Anwendung eingetreten sein konnten. Diese Fehlermeldung wurde am nächsten Morgen, nach dem nochmaligen, das heißt bereits zweiten nicht ordnungsgemäßen Beenden des Programms um 09:09:19 (message: **Achtung!** Die Anwendung wurde nicht ordnungsgemäß beendet! Bitte beachten Sie, dass damit temporäre Arbeitszustände evtl. beschädigt sein könnten.“) noch einmal im AI-Bietercockpit an die Antragstellerin gesendet. Der Antragstellerin sind somit zwei Mal ausdrückliche Fehlermeldungen mit der Warnung, dass Arbeitszustände, worunter man Dateien oder den „Angebotscontainer“ verstehen kann, die beim nicht ordnungsgemäßen Herunterfahren der Anwendung beschädigt sein konnten, von der Vergabepattform zugestellt worden. Sie kann sich mithin nicht darauf berufen, dass ihre Mitarbeiterin von der Möglichkeit einer Beschädigung der Angebotsdateien überrascht worden sei. Der von der Antragstellerin danach um ca. 9.10 Uhr kontaktierte AI-Support musste sich in der Kürze der Zeit ein Bild

von der Situation und den zugrundeliegenden Log-Files machen. Nach dem angeleiteten nochmaligen Abgaberversuch um 09:15:57 Uhr erfolgte nach dem Betätigen der Schaltfläche „Absenden“ eine Fehlermeldung, wonach die Abgabe aufgrund eines Fehlers nicht durchgeführt werden konnte. Nach Bestätigung der Meldung durch „ok“ erschien um 09:16:17 Uhr die Nachricht: „Der Prozessschritt kann aufgrund eines Fehlers nicht ausgeführt werden.“ Die Probleme bei der Angabe des Angebots finden sich in den Log-Dateien wieder. Insbesondere die interne Fehlermeldung „512“ bedeutet – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – nicht, dass die Verantwortlichkeit für die Nichtsendung/-annahme der Dateien um 09:16:17 Uhr auf einen Fehler in der Sphäre der Antragsgegnerin zurückzuführen ist. Das zweimalige unsachgemäße Beenden der Anwendung durch die Antragstellerin ist – so auch die zweimalige Warnung des Systems – die wahrscheinliche Ursache hierfür. Die Antragsgegnerin hat insoweit nachvollziehbar ausgeführt, dass die Fehlermeldung „512“ keinen generellen Ausfall der Empfangsbereitschaft der Plattform bedeutet, sondern anzeigt, dass bereits ein Sendeprozess abläuft und ein zweiter daher nicht gestartet werden kann. Da die Antragstellerin jedenfalls am Vorabend die Übersendung an den Empfangsserver Governikus abgebrochen hatte, ist es nicht unwahrscheinlich, dass dieser Prozess im System noch nicht beendet war und das identische Angebot so nicht noch einmal gesendet werden konnte. Insofern schlug der Support-Mitarbeiter folgerichtig vor, ein „neues“ Angebot zu erstellen und abzusenden. Diese Fehlermeldungen konnte sich der Support-Mitarbeiter, nachdem er von der Antragstellerin kontaktiert wurde, erst nach einem Blick in die entsprechenden Log-Dateien erschließen. Insoweit war die Auskunft, dass eine Beschädigung der Angebotsdaten beim Abbruch der Anwendung zu vermuten sei, korrekt. Sie bestätigt sich in den Log-Dateien: 2021-09-07 09:15:57,705 [...] INFO [...] Reset the NetServerState to INITIAL, cause cant send Offer“); 2021-09-07 09:15:57,813 [...] INFO [...] message: Die Abgabe konnte aufgrund eines Fehlers nicht durchgeführt werden, bitte wiederholen Sie den Vorgang. Sollte das Problem weiterhin bestehen, nehmen Sie bitte Kontakt mit dem Support auf; 2021-09-07 09:16:17,233 [...] INFO [...] message: Der Prozessschritt kann aufgrund eines Fehlers nicht ausgeführt werden.“). Der Supportmitarbeiter schlug die Erstellung eines neuen Angebots für die erneute Abgabe gegen 9.33


Uhr vor. Ob Angebotsinhalte tatsächlich versandhindernd beschädigt gewesen waren, konnte an dieser Stelle nicht weiter überprüft werden. Jedenfalls sprachen die zuvor generierten Fehlermeldungen dafür.

Zu Lasten der Antragstellerin ist insoweit auch zu berücksichtigen, dass die zuständige Mitarbeiterin ohne den Empfang einer ausdrücklichen Systembestätigung am Abend des 6. September 2021, nachdem sie nach Beendigung des AI-Bietercockpits einen erneuten Versuch gestartet hatte, das Büro verließ, während sie den Rechner weiterlaufen ließ. Zu diesem Zeitpunkt hatte sie noch keine explizite Nachricht des Bietercockpits erhalten, dass die Angebotsabgabe erfolgt war. Eine solche Nachricht wird aber vom System automatisch produziert, wie dies auch nach der Übertragungsbestätigung am nächsten Morgen um 10.01 Uhr der Fall war. Es ist daher nicht der Antragstellerin zu folgen, wenn sie vorgetragen, ihre Mitarbeiterin habe nachdem sie auf den Button „abgeben“ gedrückt habe, dort etwas später die Meldung „abgegeben“ gesehen. Aus Sicht der Vergabekammer bestehen vielmehr Zweifel daran, ob ohne Erhalt einer ausdrücklichen Eingangsbestätigung das Verlassen des Büros und das sich selbst Überlassen des technischen Prozesses bis zum nächsten Morgen um 9 Uhr als sorgfältiges Handeln in ihrem Geschäftsbereich beziehungsweise ihrer Sphäre bezeichnet werden kann. Am 7. September 2021 gegen 9 Uhr stellte sich nach der Rückkehr der Mitarbeiterin ins Büro schließlich auch der Status der Angebotsabgabe nur als „bearbeitet“ dar, eine Abgabe der Angebote war nicht erfolgt (vgl. Screenshot der Antragstellerin: „Letzte Änderung 06.09.2021“, Anlage 10 des Nachprüfungsantrags).

- (b) Die auftretenden technischen Schwierigkeiten bei der Übermittlung der Angebote durch die Antragstellerin sind auch nicht nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 VgV der Sphäre der Antragsgegnerin zuzurechnen. Danach hat der öffentliche Auftraggeber alle notwendigen Informationen über die in einem Vergabeverfahren verwendeten elektronischen Mittel sowie die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen mithilfe elektronischer Mittel zur Verfügung zu stellen.

Die Antragsgegnerin hat die für die Benutzung des elektronischen Mittels notwendigen Informationen in Form eines Online-Benutzerhandbuchs zur Verfügung gestellt. Das Benutzerhandbuch des AI-Bietercockpit informiert die Nutzer hinreichend über die verwendete IT-Lösung und deren Einstellungen für die Einreichung von Angeboten. Dass darüber hinaus vom öffentlichen Auftraggeber ein kostenloser Softwaresupport zur Verfügung zu stellen ist, kann § 11 VgV nicht entnommen werden (vgl. Wichmann in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 11 VgV Rn. 14: Der Einsatz eines Benutzerhandbuchs ist zu empfehlen.).

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin fehlt es hier nicht an den notwendigen Informationen zu den Folgen eines Beendens der Anwendung. Das Benutzerhandbuch des AI-Bietercockpit enthält insbesondere auf Seite 15 (Ziffer 5.1 Menüpunkt – Datei) eine Kurzbeschreibung, wie das Programm zu beenden ist (https://www.bietercockpit.de/res/docs/AI-BC_Benutzerhandbuch.pdf, Version: Datum: 11. Oktober 2021; entspricht der vorgelegten Version im Schriftsatz der Antragstellerin vom 15. Oktober 2021):

BEENDEN		Beendet das Programm. Kurzbehl: [ALT] + [B] oder [STRG] + [SHIFT] + [B]
---------	---	--

Das Handbuch enthält zwar keine ausdrückliche Beschreibung dazu, auf welche Weise das Bietercockpit zu beenden ist, wenn das Programm nicht mehr ordnungsgemäß läuft und nicht regelkonform beendet werden kann. Dass ein nicht regelkonformes, durch externen Eingriff, vorgenommenes Beenden zu Fehlern, wie nicht gespeicherte Daten etc., führen kann, versteht sich bei einer IT-Anwendung allerdings von selbst. Es ist von einem durchschnittlichen Nutzer – dies bestreitet auch die Antragstellerin nicht – zu erwarten, dass er infolge dessen von der Möglichkeit der Beschädigung von Dateien ausgehen muss. Hinzu kommt hier, dass das System nach dem nicht regelkonformen zweimaligen Beenden der Anwendung tatsächlich zwei Mal eine entsprechende Warnung versandt hatte („Die Anwendung wurde nicht ordnungsgemäß beendet! Bitte beachten Sie, dass damit temporäre Arbeitszustände evtl. beschädigt sein könnten“). Insofern lag es bei der Antragstellerin sich weiterhin

um die ordnungsgemäße Abgabe ihrer Angebote zu kümmern. Auch wenn gegen 22 Uhr – so die Antragstellerin – der Support nicht mehr erreichbar gewesen sein mag, hätte sie zumindest am nächsten Morgen eine Überprüfung, ob die Angebote tatsächlich abgegeben waren, früher als gegen 9 Uhr beginnen müssen. Somit verblieb nur noch eine Stunde bis zum Ablauf der Angebotsfrist um 10 Uhr. Dies war angesichts der am Vorabend aufgetretenen Übermittlungsprobleme ein sehr kleines Zeitfenster für die Abgabe der Angebote in drei Losen. Dass die Mitarbeiterin am Vorabend der Meinung war, sie habe im Tool einen Button „abgegeben“ gesehen, ist wie bereits oben gezeigt, nicht schlüssig und kann als Fehler im Geschäftsbereich der Antragstellerin nicht der Antragsgegnerin angelastet werden. Damit kann die Ursache der Verspätung infolge der späten Kontaktaufnahme zum AI-Support um 9.10 Uhr und dem Neuerstellen der Angebote zur erneuten elektronischen Abgabe kurz nach 10 Uhr nicht dem Auftraggeber nach § 11 Abs. 3 Nr. 1 VgV zugerechnet werden.

(3) Ob die Antragsgegnerin – so die Antragstellerin – vor Ausschluss des Angebots der Antragstellerin verpflichtet war, diese anzuhören und damit aufzuklären, warum ihr bei Abgabe der Angebote ein Hochladen über die Internetplattform AI-Cockpit nicht gelungen ist, kann vorliegend offenbleiben. Jedenfalls ist – selbst wenn man eine gesonderte Verpflichtung zur Anhörung vor der Ausschlussentscheidung annähme – ein mögliches Defizit hinsichtlich der Aufklärung des Sachverhalts infolge der zweiten Rüge der Antragstellerin vom 12. Oktober 2021 nachgeholt und schließlich im laufenden Nachprüfungsverfahren durch Vortrag der Antragsgegnerin vertieft worden. Aus einem möglichen Rechtsverstoß kann zu diesem Zeitpunkt jedenfalls eine Rechtsverletzung der Antragstellerin nicht mehr hergeleitet werden.

b) Ob die Angebote der Antragstellerin außerdem zu Recht nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV wegen der Nichtvorlage der bepreisten Leistungsverzeichnisse in Form einer PDF-Datei ausgeschlossen werden konnten, kann hier angesichts der verspätet eingereichten Angebote dahinstehen.

Allerdings spricht aus Sicht der Vergabekammer hier einiges dafür, dass die Antragsgegnerin die Vorlage der PDF-Dateien ausdrücklich und in transparenter Weise, insgesamt vergaberechtskonform gefordert hat. Sie hatte auch ausdrücklich und auffällig

an drei Stellen (in zwei Dokumenten) der Vergabeunterlagen darauf hingewiesen, dass sie die PDF-Dateien nicht nachfordern würde und dies dort kurz begründet (Anlage 1 zur HVA – Aufforderung zur Angebotsabgabe, Ziffer 3, Umgang mit den Datenaustauschdateien). Insofern hätte die Antragstellerin – wenn sie von der Vergaberechthswidrigkeit dieser Anforderung ausgegangen ist – dies vor Angebotsabgabe jedenfalls rügen müssen. Sie hätte die Beifügung der Unterlagen nicht einfach unterlassen dürfen. Für einen erfahrenen Bieter, wie die Antragstellerin es nach eigenem Vortrag ist, war eine solche Rügepflicht auch erkennbar im Sinne gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB.

III.

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

Da die Beigeladene keine Stellungnahme abgegeben und das Verfahren auch sonst nicht wesentlich gefördert hat, entspricht es nicht der Billigkeit, deren Aufwendungen der unterliegenden Antragstellerin aufzuerlegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich umfangreiche und komplexe Sach- und Rechtsfragen zu Fragen der rechtzeitigen Abgabe eines elektronischen Angebots und der Beweislastverteilung, so dass eine anwaltliche Vertretung notwendig gewesen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Zudem wurde so die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen Antragstellerin hergestellt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Mai 2019, VII-Verg 55/18).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - 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 Beteiligten müssen sich im gesamten Beschwerdeverfahren, einschließlich der Einlegung und Begründung der sofortigen Beschwerde, durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten vertreten lassen. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen.

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.

Behrens

Brauer