



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 33/22

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

[...]

- Beigeladene -

wegen der Vergabe „Kauf und Lieferung von Büroverbrauchsmaterial [...]“, Los 1 – EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn nach Lage der Akten am 2. Mai 2022 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin machte am 22. Oktober 2021 die Vergabe einer Rahmenvereinbarung über Kauf und Lieferung von Büroverbrauchsmaterial im offenen Verfahren EU-weit bekannt. Die (verlängerte) Angebotsfrist endete am 3. Januar 2022, 11 Uhr.

Die Angebote sollen u.a. anhand ihrer Qualität bewertet werden (Handhabung, Verarbeitung, Funktionstüchtigkeit). Hierzu sollen die Bieter „bis zum Ablauf der Angebotsfrist“ Muster vorlegen, anderenfalls sei „eine Besserbewertung im Rahmen des Zuschlags-/Wertungskriteriums Qualität“ nicht möglich (s. Nr. 5 der „Liste der im Vergabeverfahren zu Leistungsverzeichnis III vorzulegenden Unterlagen und bereitzustellenden Muster“). Werden Referenzprodukte oder hierzu gleichwertige Produkte angeboten, erhält das Angebot in dem betreffenden Kriterium die volle Anzahl von 100 Punkten (s. hierzu S. 4 ff. des Leistungsverzeichnisses).

Die Antragstellerin übergab die beiden Pakete mit ihren Angebotsmustern am 23. Dezember 2021 einem privaten Kurierdienst. Der Kurierdienst stellte diese Muster der Antragsgegnerin am 3. Januar 2022 um 12.26 Uhr, also nach Ablauf der Angebotsfrist um 11 Uhr, zu. In den Leistungspositionen, in denen die Antragstellerin Muster vorgelegt hatte (weil es sich hierbei nicht um Referenz- oder gleichwertige Produkte handelte), bewertete die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin in den entsprechenden Qualitätskriterien für die betreffenden Produkte mit null Punkten. Nach der Wertung der Antragsgegnerin erreichte das Angebot der Beigeladenen den ersten Platz.

Am 9. Februar 2022 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin gemäß § 134 GWB mit, dass deren Angebot in Los 1 in der Gesamtbewertung nicht das wirtschaftlichste gewesen sei, weil ihre Muster erst verspätet bei der Vergabestelle eingegangen seien und daher mit null Punkten bewertet worden wären; der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen erteilt werden.

Die Antragstellerin rügte am 21. Februar 2022, dass sie den verspäteten Zugang der Muster nicht zu vertreten habe. Am 8. März 2022 teilte die Antragstellerin der Antragsgegnerin mit, dass sie inzwischen von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin erfahren habe, dass einem Bieter auf dessen Frage hin mitgeteilt worden sei, dass die Postannahmestelle der Antragsgegnerin am 24. und am 31. Dezember 2021 geschlossen sei. Die Antragstellerin

ergänzte daher ihre Rüge, dass die Antragsgegnerin gegen den Transparenz- und den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen habe, weil sie die übrigen Bieter über diese Bieterfrage und die Antwort hierauf nicht informiert habe. Die Antragsgegnerin half den Rügen nicht ab.

2. Am 15. März 2022 beantragte die Antragstellerin über ihre Verfahrensbevollmächtigten bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Antrag wurde am 16. März 2022 an die Antragsgegnerin übermittelt.

a) Die Antragstellerin meint, ihr Angebot zu Los 1 sei im Kriterium Qualität nicht richtig gewertet worden. Denn wenn die Antragsgegnerin die Bieter transparent über die Bieterfrage nach ihren von den üblichen Zeiten abweichenden Geschäftszeiten informiert hätte, hätte die Antragstellerin Maßnahmen ergriffen, die einen rechtzeitigen Zugang ihrer Angebotsmuster während der Angebotsfrist gewährleistet hätten.

In Unkenntnis dieser Bieterinformation sei die Antragstellerin davon ausgegangen, dass der rechtzeitige Zugang der Angebotsmuster durch die von ihr gewählte Vorlaufzeit von 11 Kalendertagen gesichert sei. Sie trägt vor, die Vergabeunterlagen und das Internet hätten keine Angaben zu den Öffnungszeiten der Antragsgegnerin bzw. ihrer Postannahmestelle zwischen dem 24. Dezember 2021 und 3. Januar 2022 enthalten. Der von ihr beauftragte private Zustelldienst, dem sie die Muster am 23. Dezember 2021 übergeben habe, sei nach eigener Aussage davon ausgegangen, dass die Antragsgegnerin bzw. ihre Poststelle zwischen dem 24. Dezember 2021 und dem 2. Januar 2022 urlaubsbedingt geschlossen sei. Wie der Dienstleister zu dieser Fehlannahme gelangt sei, könne die Antragstellerin nicht mehr aufklären. In der Praxis seien zwischen den Feiertagen geänderte Annahmezeiten bei vielen Unternehmen und Behörden üblich. Anders als noch in der ersten Rüge vorgetragen, habe die Antragstellerin in ihrer zweiten Rüge am 8. März 2022 richtiggestellt, dass ihr Zustelldienst nicht bereits am 24. Dezember 2021 versucht habe, die Pakete der Antragsgegnerin zuzustellen. Auf die Frage der Vergabekammer trägt die Antragstellerin vor, sie habe die beiden Pakete mit ihren Mustern als Standardsendung zum normalen Pakettarif versandt. Mit diesem Tarif werde eine Zustellung innerhalb von 24 bis 48 Stunden zu den üblichen Geschäftszeiten von 8 bis 17 Uhr bei der Lieferadresse vereinbart. Eine konkrete Termin- oder Uhrzeitvereinbarung sei im Rahmen dieses Pakettarifs nicht möglich und sei von der Antragstellerin auch in diesem Fall nicht getroffen worden.

Die Antragstellerin trägt weiter vor, dass die verspätete Übermittlung der Muster es nicht rechtfertige, dass die Antragsgegnerin ihr Angebot in der Qualität mit null Punkten bewerte, denn die Wertung unvollständiger Angebote sei vergaberechtlich nicht vorgesehen (vgl. § 58 VgV und § 127 GWB). Solche Angebote seien vielmehr nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV von der Wertung auszuschließen. Der Ausschlussgrund des § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV sei hier jedoch nicht verwirklicht, weil die Antragstellerin entsprechend § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV den verspäteten Eingang der Muster nicht zu vertreten habe. Ein Verschulden der Antragstellerin am verspäteten Zugang entfalle nämlich bereits dann, wenn die Verspätung auf einem Organisationsverschulden der Antragsgegnerin beruhe. Dieses Verschulden der Antragsgegnerin liege hier darin, dass diese den Bietern nicht mitgeteilt habe, dass ihre Postannahmestelle an den beiden Werktagen des 24. und 31. Dezember 2021 nicht geöffnet sei. Die erst nach Ablauf der Angebotsfrist am 3. Januar 2022 eingegangenen Muster der Antragstellerin seien daher so zu behandeln, als wenn sie der Antragsgegnerin rechtzeitig vorgelegen hätten.

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, die Rüge der Antragstellerin vom 8. März 2022 sei zu spät erfolgt, weil die Antragsgegnerin ihre Antwort auf die Bieterfrage nicht veröffentlicht habe, trägt die Antragstellerin vor, dass sie erst Ende Februar 2022 von einem Mitarbeiter der Antragsgegnerin erfahren habe, dass es diese Bieterfrage gegeben habe. Vor ihrem Gespräch mit ihrem Rechtsbeistand am 3. März 2022 habe die Antragstellerin jedoch nicht gewusst, dass die Nichtveröffentlichung der Antwort auf diese Frage vergaberechtswidrig sei. Mangels Erkennbarkeit oder Kenntnis habe diese Rüge daher nicht vor dem 3. März 2022 erfolgen müssen.

Außerdem widerspricht die Antragstellerin der Auffassung der Antragsgegnerin, sie sei durch die Nichtveröffentlichung der Antwort auf die Bieterfrage zu den Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin nicht in ihren Rechten verletzt. Denn eine Rechtsverletzung liege nicht erst dann vor, wenn ein Nachweis über die Kausalität zwischen Vergabebefehl und dessen negativer Auswirkung erbracht werde. Ausreichend sei vielmehr, dass wie hier ein negativer Einfluss auf das Angebot der Antragstellerin nicht auszuschließen sei. So liege der Fall auch hier, denn es liege auf der Hand, dass die Antragstellerin bei entsprechender Veröffentlichung der Bieterfrage ihren Postdienstleister informiert und instruiert hätte, damit die Muster innerhalb der Angebotsfrist und zu den Öffnungszeiten der Postannahmestelle der Antragsgegnerin dort eintreffen. Zudem hätte die Antragstellerin der

Fehlannahme des Postdienstleisters, die Postannahmestelle der Antragsgegnerin sei während der gesamten Zeit zwischen dem 24. und dem 31. Dezember 2021 geschlossen, wirksam vorbeugen können. Es sei nicht auszuschließen, dass der Postdienstleister bei einer entsprechenden Information die Muster zwischen dem 25. und dem 30. Dezember 2021 zugestellt hätte. Darüber hinaus seien vorliegend lediglich drei Angebote eingegangen. Insofern sei zu befürchten, dass die Muster der für den Zuschlag vorgesehene Beigeladenen nur deshalb rechtzeitig bei der Antragsgegnerin eingegangen seien, weil die Antragsgegnerin die Beigeladene unter Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz über ihre Öffnungszeiten informiert hatte. Der von der Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Telefonvermerk, reiche als Beweis deren Vortrags, dass diese Frage von einem Unternehmen gestellt worden sei, das gar kein Angebot abgegeben habe, nicht aus.

Die Antragstellerin beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, in dem Vergabeverfahren zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung zur Lieferung von Büroverbrauchsmaterial, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der [...], Vergabenummer [...], in Los 1 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen;
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, in dem unter 1. genannte Vergabeverfahren die Wertung der letztverbindlichen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
3. hilfsweise die Antragsgegnerin zu verpflichten, das unter 1. genannte Vergabeverfahren in den Zustand zurückzusetzen, in dem es sich vor der unterlassenen Veröffentlichung einer Bieterfrage zu den „Öffnungszeiten“ der Antragsgegnerin bzw. ihrer Postannahmestelle befand;
4. der Antragstellerin gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin aufzuerlegen;
6. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären.

b) Die Antragsgegnerin beantragt,

1. die Nachprüfungsanträge der Antragstellerin zu verwerfen, hilfsweise zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin meint, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, weil die Antragstellerin den Verstoß gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot zu spät gerügt habe. Die Antragstellerin behaupte pauschal, dass sie von einem bestimmten Mitarbeiter der Antragsgegnerin erst „Ende Februar“ erfahren habe, dass es eine Bieterfrage zu den Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin gegeben habe. Tatsächlich jedoch habe das letzte Telefonat zwischen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin am 21. Februar 2022 um 8.21 Uhr stattgefunden. Die Antragstellerin habe es unterlassen, ihren Rechtsanwalt zu informieren und diesen Sachverhalt erst 16 Tage später gerügt, als feststand, dass die Antragsgegnerin ihrer Rüge vom 21. Februar 2022 nicht abhelfen würde.

Zudem sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Es treffe zwar zu, dass die Antragsgegnerin durch die individuelle Beantwortung der Bieterfrage zu den Öffnungszeiten an Heiligabend und Silvester gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstoßen habe. Dieser Verstoß habe sich jedoch nicht auf das Vergabeverfahren ausgewirkt. Denn die Antragstellerin habe unstreitig überhaupt keinen Zustellversuch zwischen dem 23. Dezember 2021 und dem 2. Januar 2022 unternommen, sodass sich diese fehlende Information gar nicht kausal auf ihre Zuschlagschancen ausgewirkt haben könne. Auch die übrigen Bieter seien von diesem Verstoß nicht betroffen, denn immerhin sei es ihnen auch ohne die Information zu den Öffnungszeiten am 24. und 31. Dezember 2021 gelungen, die Muster ordnungsgemäß und fristgerecht vorzulegen. Es wäre unstatthaft, bei der Antragstellerin mildere Maßstäbe anzulegen und deren Muster trotz der verspäteten Zustellung in die Wertung mit einzubeziehen.

Unabhängig von der Kenntnis der Bieterfrage liege es ohnehin im Verantwortungsbereich der Antragstellerin, für einen rechtzeitigen Eingang ihrer Angebotsmuster zu sorgen und hierfür Vorkehrungen zu treffen. Das Einzige, was sie nach eigener Einlassung unternommen habe, sei jedoch gewesen, die Muster elf Kalendertage vor Angebotsfristende abzusenden. Maßgeblich sei jedoch nicht die Absendung, sondern der rechtzeitige Zugang im Machtbereich des Auftraggebers i.S.d. § 130 BGB. Zudem müsse

sich ein Bieter die verspätete Zustellung durch Erfüllungsgehilfen wie Zustelldienste gemäß §§ 276, 278 BGB zurechnen lassen. Dies gelte nur dann nicht, wenn die Verspätung auf höhere Gewalt zurückzuführen oder allein vom Auftraggeber zu vertreten sei, wobei jedes noch zu geringe Mitverschulden des Bieters dazu führe, dass er selbst die Verspätung zu vertreten habe. Im vorliegenden Fall habe der Zusteller der Antragstellerin weder eine frühere Zustellung versucht noch sei nachzuvollziehen, warum dieser davon ausgegangen sei, dass die Poststelle der Antragsgegnerin erst wieder am 3. Januar 2022 geöffnet sein würde. Zwischen dem 27. und 30. Dezember 2021, also an vier Werktagen, sowie am 3. Januar 2022 bis zum Ablauf der Angebotsfrist um 11 Uhr wäre eine Zustellung bei der Antragsgegnerin möglich gewesen. Unabhängig von etwaigen Hinweisen in den Vergabeunterlagen zu gegebenenfalls abweichenden Geschäftszeiten der Antragsgegnerin hätte die Antragstellerin den von ihr beauftragten Postdienstleister anweisen müssen, dass die Zustellung spätestens bis zum 3. Januar 2022 um 11 Uhr zu erfolgen hätte. Zudem sei allgemein bekannt, dass gerade in der Weihnachtszeit mit längeren Zustellzeiten zu rechnen sei, da zu dieser Zeit eine deutlich höhere Anzahl an Paketen versandt werde. Elf Kalendertage seien hier auch keine besonders lange Vorlaufzeit, weil beide zwischen dem 23. Dezember 2021 und 3. Januar 2022 liegenden Samstage Feiertage gewesen seien, so dass eine Zustellung an diesen Tagen genau wie an den beiden Sonntagen nicht habe stattfinden können.

Auf die Darlegung der Antragstellerin, die Bieterfrage zu den Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin sei von der Beigeladenen gestellt worden und diese habe deshalb innerhalb der Angebotsfrist die Muster liefern und so den Zuschlag erhalten können, führt die Antragsgegnerin aus, dass diese Frage nicht von der Beigeladenen stamme. Vielmehr habe diese Frage ein Unternehmen gestellt, das letztendlich kein Angebot abgegeben habe. Zum Beleg ihres Vortrags legt die Antragsgegnerin einen entsprechenden Vermerk vor, der aufgrund des darin enthaltenen Namens des betreffenden Unternehmens der Antragstellerin nicht zur Verfügung gestellt werden soll.

Weiter trägt die Antragsgegnerin vor, dass sie das Angebot der Antragstellerin im Kriterium „Qualität“ ordnungsgemäß bewertet habe, weil deren Angebotsmuster nicht innerhalb der Angebotsfrist eingegangen seien. Da eine Nachforderung der für die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote relevanten Muster gemäß § 56 Abs. 3 VgV unzulässig gewesen wäre, habe die Antragsgegnerin diese zu Recht und so wie für diesen Fall in den Vergabeunterlagen vorgesehen mit null Punkten bewertet.

- c) Durch Beschluss vom 17. März 2022 hat die Vergabekammer die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Diese hat keine Stellungnahme abgegeben und auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

Die Vergabekammer hat der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Nachdem die Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben, ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten (§ 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB).

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 13. April 2022 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 3. Mai 2022 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakten der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zurückzuweisen.

1. Gegen die Antragsbefugnis der Antragstellerin (§ 160 Abs. 2 GWB) bestehen keine Bedenken. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch Abgabe ihres Angebots sowie durch den eingereichten Nachprüfungsantrag belegt. Sie trägt vor, durch die Nichtveröffentlichung einer Bieterfrage und die Wertung der Angebote u.a. in ihren Rechten auf Gleichbehandlung verletzt zu sein. Sie führt des Weiteren aus, dass ihr durch diesen Rechtsverstoß ein Schaden in Form einer Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen entstanden sei. Ob diese Rechtsverletzungen tatsächlich vorliegen oder ob ihr Angebot von der Wertung auszuschließen ist, ist nicht in der Zulässigkeit, sondern in der Begründetheit des Nachprüfungsantrags zu entscheiden (vgl. nur Dicks in: Ziekow/Völlink „Vergaberecht“, 4. Aufl., zu § 160 GWB, Rz. 30, 32 m.w.N.).

Es braucht hier nicht weiter aufgeklärt zu werden, ob die Antragstellerin den Verstoß der Antragsgegnerin gegen das Transparenzgebot bereits vor dem 8. März 2022 hätte rügen müssen, weil ihr die erforderliche Tatsachen- und Rechtskenntnis, dass eine Bieterfrage und deren Antwort den Bietern gegenüber bekannt gegeben werden muss, bereits am 21. Februar 2022 vorgelegen hat. Denn jedenfalls ist der Nachprüfungsantrag unabhängig von der Nichtbekanntgabe dieser Bieterfrage unbegründet (s.u. unter 2.).

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Denn das Angebot der Antragstellerin ist gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV auszuschließen, da ein für die Wertung relevanter Teil des Angebots – namentlich die Angebotsmuster – nicht vor Ablauf der Angebotsfrist am 3. Januar 2022, 11 Uhr, bei der Antragsgegnerin eingegangen ist und dieser Umstand von der Antragstellerin zu vertreten ist (dazu unter a)). Die Nichtveröffentlichung der Bieterfrage steht dem Ausschluss nicht entgegen (dazu unter b)). Die verspätet eingegangenen Angebotsmuster können auch nicht deshalb berücksichtigt werden, weil sie ohnehin nachzufordern gewesen wären (dazu unter c)). Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Qualitätsbewertung des Angebots mit null Punkten, wie von der Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen vorgesehen und auch praktiziert, hier überhaupt zulässig war (dazu unter d)).

a) Die Antragstellerin hat den nicht fristgerechten Eingang ihrer Angebotsmuster zu vertreten. Die Verspätung des Eingangs der Angebotsmuster, die Bestandteil des Angebots sind, ist der Antragstellerin i.S.d. § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zuzurechnen. Wie nämlich der Wortlaut des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zeigt, geht eine Verspätung des Angebotseingangs regelmäßig zu Lasten des Bieters. Eine Ausnahme gilt nur dann („es sei denn ...“), wenn der Bieter die Verspätung nicht zu vertreten hat. Es obliegt also dem Bieter dafür zu sorgen, dass sein Angebot innerhalb der gesetzten Frist beim Auftraggeber eingeht, er trägt das Risiko des verspäteten Zugangs (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 8/19; 1. VK Bund, Beschluss vom 1. Dezember 2021, VK 1-116/21).

Im vorliegenden Fall muss sich die Antragstellerin nach den Rechtsgrundsätzen des § 278 BGB zumindest das Verhalten des von ihr mit der Übergabe der Angebotsmuster beauftragten Kurierdienstes zurechnen lassen, denn dieser Dienstleister ist unzutreffenderweise und ohne weitere Erkundigungen über die tatsächlichen Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin einzuziehen davon ausgegangen, dass die Poststelle der Antragsgegnerin zwischen Heiligabend und Silvester 2021 geschlossen sei und hat unstreitig nicht einmal versucht, die Angebotsmuster der Antragstellerin in

diesem Zeitraum an die Antragsgegnerin zu übergeben. Die Zustellung erfolgte dann erst am ersten Werktag nach Silvester, am Montag, den 3. Januar 2022 um 12.26 Uhr, fast eineinhalb Stunden nach Ablauf der Angebotsfrist. Worauf die Fehlannahme des Kurierdienstes der Antragstellerin über die Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin beruhte, ist unerheblich, denn jedenfalls erfolgte die Zustellung unstreitig erst nach Ablauf der Angebotsfrist.

Darüber hinaus dürfte hier auch die Antragstellerin selbst den verspäteten Zugang der Muster bei der Antragsgegnerin zu vertreten haben (§ 276 BGB). Denn die Antragstellerin hat die Muster ihrem Kurier am 23. Dezember 2021, also mehrere Werktage vor Ablauf der Angebotsfrist, übergeben. Hierbei hat sie sich auf die üblichen Postlaufzeiten verlassen, ohne ihrem Kurierdienst zumindest mitzuteilen, bis wann die Zustellung spätestens erfolgen muss (z.B. „spätestens bis zum 3. Januar 2022, 11 Uhr“). Bei fristgebundenen Postsendungen wie hier ist eine solche Information durch den Absender jedoch insbesondere dann angezeigt, wenn damit zu rechnen ist, dass die Postlaufzeiten etwa wegen eines höheren Aufkommens an Brief- und Paketsendungen länger sind als üblich und/oder dass die Öffnungszeiten der Postannahmestelle des Empfängers möglicherweise vom Üblichen abweichen können, wie es über die Weihnachtsfeiertage – wie die Antragstellerin selbst einräumt – regelmäßig der Fall ist. Dies hat die Antragstellerin unstreitig nicht getan. Sollten solche zeitlichen Vorgaben bei dem von ihr beauftragten Dienstleister zu dem von ihr gewählten Standardtarif nicht möglich gewesen sein, hätte die Antragstellerin einen anderen Dienstleister oder jedenfalls einen anderen Tarif wählen müssen.

- b) Dass die Antragsgegnerin ihre Antwort auf eine Bieterfrage, wonach die Poststelle am 24. und 31. Dezember 2021 geschlossen sei, nicht veröffentlicht hat, steht dem nicht entgegen.

Selbst wenn man der Antragstellerin darin folgen wollte, dass sie ihrem Kurierdienst zumindest dann konkretere Vorgaben hinsichtlich des Zustelltermins gemacht hätte, wenn die Antragsgegnerin diese Antwort auf eine Bieterfrage bekannt gegeben hätte, ändert sich das o.g. Entscheidungsergebnis nicht. Denn wie bereits eingangs gesagt, führt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV der verspätete Zugang eines Angebots ausnahmsweise nur dann nicht zu dessen Ausschluss, wenn die Verspätung nicht vom Bieter zu vertreten ist, also nur dann, wenn ihm die Verspätung überhaupt nicht

zuzurechnen ist (s.o. unter 2a)). Wie oben aufgezeigt, lag jedoch die Verspätung des Eingangs der Angebotsmuster bei der Antragsgegnerin – ein „Mitverschulden“ der Antragsgegnerin durch die Nichtveröffentlichung der Bieterfrage unterstellt – *zumindest auch* im Verantwortungsbereich der Antragstellerin. Denn jedenfalls ist der Antragstellerin das Verhalten ihres Kurierdienstes zuzurechnen, der zwischen der Übernahme der Muster am 23. Dezember 2021 und deren Weitergabe an die Antragsgegnerin am 3. Januar 2022, 12.26 Uhr, in der Annahme, die Antragsgegnerin sei ohnehin nicht erreichbar, keinen Zustellversuch unternommen hat.

Abgesehen davon bestehen erhebliche Zweifel, dass die fehlende Veröffentlichung der Antwort auf die Bieterfrage für den verspäteten Zugang der Angebotsmuster der Antragstellerin kausal war. Denn der Kurierdienst der Antragstellerin hatte einfach unterstellt, dass die Antragsgegnerin bis zum 3. Januar 2022 nicht erreichbar war, ohne einen Zustellversuch zu unternehmen oder sich über die tatsächlichen Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin zu erkundigen; außerdem wäre auch eine Zustellung sogar am 3. Januar 2022 noch rechtzeitig gewesen, wenn die Antragstellerin ihrem Zustelldienstleister mitgeteilt hätte, dass die Pakete mit ihren Angebotsmustern spätestens bis zum 3. Januar 2022 um 11 Uhr bei der Antragsgegnerin abzugeben sind – dass die Angebotsmuster wie auf die Bieterfrage hin mitgeteilt am 24. und am 31. Dezember 2021 gar nicht bei der Antragsgegnerin hätten abgegeben werden können, spielte vor diesem Hintergrund mithin gar keine kausal tragende Rolle. Die insoweit erfolgte Einlassung der Antragstellerin, dass sie in diesem Fall ihrem Paketdienstleister zumindest eine Information über die Öffnung vom 27. Dezember 2021 bis zum 30. Dezember 2021 hätte geben können, ändert hieran nichts. Denn die Poststelle war in dieser Zeit faktisch geöffnet und eine gegenteilige Information der Antragsgegnerin hierzu gab es zu keinem Zeitpunkt, so dass ganz überwiegend maßgeblich für den nicht rechtzeitig erfolgten Eingang der Muster die durch keinerlei Fakten getragene Annahme des Paketdienstleiters über die Schließung der Poststelle „zwischen den Tagen“ sowie der unterlassene Hinweis der Antragstellerin an eben diesen Dienstleister auf einen spätestens notwendigen Zustelltermin waren.

Da es für die Entscheidung hier auf die Bieterfrage zu den Öffnungszeiten der Poststelle der Antragsgegnerin im Einzelnen nicht ankommt, sind auch keine weiteren Ermittlungen der Vergabekammer zu deren Absender oder genauem Inhalt veranlasst. Nach Auskunft der Antragsgegnerin war dies ein Unternehmen, das gar kein Angebot eingereicht hat. Aus der Vergabeakte lässt sich weder hierzu noch zu der Antwort der Antragsgegnerin etwas

entnehmen. Doch selbst wenn – so die Vermutung der Antragstellerin – die Beigeladene diese Bieterfrage gestellt haben sollte, war es zumindest einem weiteren Bieter möglich, seine Muster fristgerecht bei der Antragsgegnerin vorzulegen, obwohl er die Antwort der Antragsgegnerin über ihre Öffnungszeiten während der Weihnachts- und Silvestertage nicht kannte. Es spricht daher nichts für die Auffassung der Antragstellerin, nur in Kenntnis der Antwort der Antragsgegnerin auf diese Frage wäre ein fristgerechter Eingang der Angebotsmuster möglich gewesen.

- c) Die verspätet eingegangenen Angebotsmuster können auch nicht deshalb berücksichtigt werden, weil sie ohnehin nachzufordern gewesen wären. Denn es handelt sich insoweit um eine mit dem Angebot einzureichende Unterlage, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betraf. Für derartige Angebotsbestandteile ist gemäß § 56 Abs. 3 VgV eine Nachforderung generell ausgeschlossen. Übertragen auf den Streitgegenständlichen Fall bedeutet dies, dass die nicht fristgerecht eingegangenen Muster einem nicht eingegangenen Muster gleichzusetzen sind und somit nicht mehr berücksichtigt werden durften.
- d) Es kann dahingestellt bleiben, ob im Fall der Nichteinreichung eines Musters eine Qualitätsbewertung des Angebots mit null Punkten, wie von der Antragsgegnerin in den Vergabeunterlagen vorgesehen und für das Angebot der Antragstellerin auch praktiziert, hier überhaupt zulässig war. Denn die insoweit von der Antragstellerin vorgetragenen Bedenken, eine Wertung unvollständiger Angebote sei vergaberechtswidrig, ist nicht mehr entscheidungsrelevant, weil der zwingende Ausschluss des Angebots der Antragstellerin bereits gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV zwingend geboten war.

III.

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

Da sich die Beigeladene nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, entspricht es nicht der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden Antragstellerin auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Beigeladenen aufzuerlegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

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, schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat - einzulegen.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die Beschwerde ist bei Gericht als elektronisches Dokument einzureichen. Dieses muss mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden. Dies gilt nicht für Anlagen, die vorbereitenden Schriftsätzen beigelegt sind. Ist die Übermittlung als elektronisches Dokument aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig.

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 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.