

Gericht:	OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	12.06.2019
Aktenzeichen:	Verg 8/19
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2019:0612.VERG8.19.00
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Zitiervorschlag:	OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2019 – Verg 8/19 –, juris

Diese Entscheidung wird zitiert

Rechtsprechung

Vergleiche Vergabekammer München, 8. Oktober 2019, Z3-3-3194-1-15-05/19

Tenor

I.

Auf die sofortigen Beschwerden der Beigeladenen und der Antragsgegnerin wird der Beschluss der Vergabekammer Westfalen, Spruchkörper Münster, vom 22. Februar 2019, VK 1 - 40/18, aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen.

II.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung sowie die Kosten des Beschwerdeverfahrens werden der Antragstellerin auferlegt.

Die Zuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene im Verfahren vor der Vergabekammer wird für notwendig erklärt.

III.

Wert des Beschwerdeverfahrens: 160.000 EUR.

Gründe

I.

- 1 Mit EU-weiter Bekanntmachung vom 10. Juli 2018 schrieb die Antragsgegnerin die Lieferung von fünf Schachtwinden (4 Seilfahrtwinden und 1 Bühnenwinde) für die Schachtfüllung im Bergbau für unterschiedliche Standorte im R. im Verhandlungsverfahren mit vorgesetzten Teilnahmewettbewerb nach der SektVO in fünf Losen aus. Für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots waren neben dem mit 60 % gewichteten Zuschlagskriterium Preis als weiteres Zuschlagskriterium der Wiederverkaufswert, gewichtet mit 40 %, festgelegt.

- 2 In der Bekanntmachung war vorgesehen, dass die Bewerber, die nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, ihr Angebot in elektronischer Form über die Internetplattform S. der Antragsgegnerin abgeben. Hierbei handelt es sich um ein Lieferantenportal der F., das als Kommunikationsplattform für die Geschäftsbeziehungen von Auftraggebern und Lieferanten zur Verfügung gestellt wird.
- 3 Die Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen (ARB) der Antragsgegnerin - Version 5.0 vom 02.07.2018 - , auf die vollumfänglich Bezug genommen wird, enthielten u.a. folgende Regelungen:
- 4 "Ziff. 3.8 Form der Angebote und deren Einreichung:
- 5 *Das Angebot wird grundsätzlich nur dann berücksichtigt, wenn bis zum Endtermin die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe geforderten kaufmännischen und technischen Unterlagen vollständig eingereicht wurden.*
- 6 *Diese Unterlagen sind [...] als Dateianlage dem Angebot beizufügen [...].*
- 7 *Preisliche Informationen dürfen nicht in einem Umschlag/Paket eingereicht werden, sondern ausschließlich über das S.1-Lieferantenportal unter [www.....](#)*
- 8 Ziff.3.17 Nachforderungen:
- 9 *S.1 behält sich das Recht vor, kaufmännische und technische Unterlagen, die in der Aufforderung zur Angebotsabgabe gefordert, aber nicht bis zum Endtermin vorgelegt wurden, unter Setzung einer Nachfrist nachzufordern.*
- 10 *Die gilt nicht für Preisangaben!*
- 11 Ziff. 6.2 Preisblatt (PB):
- 12 *Die Preisangaben sind ausschließlich in den vom AG als Vorlage zur Verfügung gestellten Preisblatt einzutragen [...]."*
- 13 In dem Preisblatt waren an der dafür jeweils vorgesehenen Stelle je Los der Gesamtpreis der neuen Winde und/oder der Gesamtpreis einer generalüberholten Winde, die jeweils angebotene Garantiezeit und das Ursprungsbaujahr der Winde anzugeben.
- 14 Nach Durchführung des Teilnahmewettbewerbs forderte die Antragsgegnerin sowohl die Antragstellerin als auch die Beigedane zur Abgabe eines Angebots innerhalb der bis zum 16.10.2018, 16.00 Uhr, laufenden Angebotsabgabefrist auf.
- 15 Am 16.10.2018 um 14.45 Uhr lud die Beigedane ihr Angebot auf der Plattform hoch. Beigefügt waren ihrem Angebot - so wie von der Antragsgegnerin gefordert - folgende pdf-Dateien als Anlagen: Anschreiben, Anlage 1 Rufbereitschaft, Anlage 2 Technische Beschreibung, Anlage 3 Preiserläuterungen, Preisblatt und Bindefristbestätigung. Beginnend ab ca. 15.30 Uhr desselben Tages versuchte die Antragstellerin ihr Angebot hochzuladen. Allerdings gelang es ihr bis zum Ablauf der Angebotsfrist um 16.00 Uhr lediglich, Eintragungen in der Rubrik "Gebotsdetails" und zwar zur Bezeichnung der Schachtwinden, der Stückzahl, dem Gebotspreis, der Gesamtsumme und dem Liefertermin vor-

zunehmen. Dateianlagen waren nicht vorhanden. Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die Anlage BF 1 der Antragsgegnerin Bezug genommen.

- 16 Am folgenden Tag schrieb Herr X. von der Antragstellerin um 11.13 Uhr eine E-Mail an den zuständigen Mitarbeiter F.1 der Antragsgegnerin und teilte darin mit, dass er gestern versucht habe, zu seinem Gebot zwei Dateien zur Ausschreibung "Lieferung Schachtwinde" im Portal hochzuladen, er sich aber nicht sicher sei, ob es funktioniert habe. Er fragte daher an, ob er die Dateien gegebenenfalls zusenden könne.
- 17 Mit Schreiben vom 23.10.2018 erhielt die Antragstellerin die Nachricht, dass ihr Angebot vom 16.10.2018 von der Wertung ausgeschlossen wird, weil Anforderungen aus den Ausschreibungs- und Rahmenbedingungen wie z.B. die Vorlage eines ausgefüllten Preisblatts nicht erfüllt seien.
- 18 Mit E-Mail vom 24.10.2018 rügte die Antragstellerin die Entscheidung der Antragsgegnerin als fehlerhaft, weil sie wie gefordert ein Angebot mit Preisen und Terminen über das Portal abgegeben habe und ein Hochladen von weiteren Dokumenten nicht möglich gewesen sei. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab, sondern erteilte der Beigeladenen am 07.11.2018 den Zuschlag auf ihr Angebot, ohne zuvor ein Bieterinformationsschreiben gemäß § 134 GWB zu versenden.
- 19 Die Antragstellerin beantragte daraufhin Nachprüfung bei der zuständigen Vergabekammer.
- 20 Sie hat beantragt,
- 21 festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen am 07.11.2018 geschlossene Vertrag über die Lieferung von 5 Schachtwinden unwirksam ist.
- 22 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene haben beantragt,
- 23 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 24 Mit Beschluss vom 20.02.2019 hat die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag stattgegeben und für den Fall fortbestehender Beschaffungsabsicht ausgesprochen, dass das Vergabeverfahren bis vor Angebotsabgabe zurückversetzt wird. Die Antragsgegnerin habe gegen § 56 Abs. 1 VgV verstößen, weil sie vor Ausschluss des Angebots nicht aufgeklärt habe, welche technischen Umstände dazu geführt haben, dass das Angebot des Bieters nicht vollständig hochgeladen werden konnte. Der öffentliche Auftraggeber habe die Angebote auf Vollständigkeit zu prüfen; das könne auch Anlass dafür sein, den technischen Zugang zur Vergabeplattform zu überprüfen, um feststellen zu können, ob ein internes Organisationsverschulden vorliege oder der Bieter den Nichtzugang seines Angebots zu vertreten habe.
- 25 Gegen diesen Beschluss haben sowohl die Beigeladene als auch die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde eingelegt. Ihrer Meinung nach bestand keine Verpflichtung der Antragsgegnerin, vor Aufschluss des Angebots aufzuklären, ob mögliche technische Probleme in der Sphäre der Antragstellerin oder der Antragsgegnerin vorlagen, die das Hochladen der Anlagen verhindert haben.
- 26 Die Beigeladene und die Antragsgegnerin beantragen,

- 27 den Beschluss der Vergabekammer Westfalen, Spruchkörper Münster, vom 22. Februar 2019, VK 1 - 40/18, aufzuheben und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen.
- 28 Die Antragstellerin beantragt,
- 29 die sofortigen Beschwerden zurückzuweisen.
- 30 Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung und vertieft ihr bisheriges Vorbringen.
- II.
- 31 Die sofortige Beschwerde der Beigeladenen und die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin haben Erfolg.
- 32 Der zulässige Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist nicht begründet.
- 1.
- 33 Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
- 34 Insbesondere ist die Antragstellerin antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB).
- 35 Ihr Interesse an dem zu vergebenden Auftrag über die Lieferung von fünf Schachtwinden hat sie durch die Eintragungen auf der Internet-Plattform S. belegt.
- 36 Auch hat sie dargetan, in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften verletzt zu sein. Sie macht einen Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB geltend, weil die Antragsgegnerin der Beigeladenen am 07.11.2018 den Zuschlag auf ihr Angebot erteilt hat, ohne sie, die Antragstellerin, hierüber vorab gemäß § 134 Abs. 1 GWB zu informieren. Darüber hinaus ist sie der Auffassung, ihr Angebot sei unter Verstoß gegen § 57 Abs. 1 VgV von der Wertung ausgeschlossen worden. Sie habe es nicht zu verantworten, dass die Anlagen zu ihrem Angebot bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht hochgeladen werden können.
- 37 Da das Angebot der Antragstellerin - so ihr Vortrag - zu Unrecht von der Wertung ausgeschlossen worden ist, droht ihr hierdurch ein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen.
- 2.
- 38 Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin, mit dem sie die Feststellung begehrt, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Vertrag über die Lieferung von fünf Schachtwinden unwirksam ist, ist nicht begründet.
- 39 Nach § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist ein öffentlicher Auftrag von Anfang an unwirksam, wenn der öffentliche Auftraggeber gegen § 134 GWB verstoßen hat und dieser Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Zwar hat die Antragsgegnerin gegen § 134 Abs. 1 GWB bzw. § 56 SektVO verstoßen (siehe unter a.). Jedoch ist ihr durch den Verstoß kein Schaden durch Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen entstanden (siehe unter b.).

a.

- 40 Die Antragsgegnerin hat gegen die in § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB, § 56 SektVO geregelte Informationspflicht verstoßen.
- 41 Sie hat der Beigeladenen am 07.11.2018 den Zuschlag auf ihr Angebot erteilt. Eine Bieterinformation im Sinne von § 134 Abs. 1 S. 1 GWB, in der sie die Antragstellerin über die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beigeladene und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unterrichtet, hat es vor Vertragsschluss nicht gegeben.
- 42 Der Verstoß gegen § 134 Abs. 1 Satz 1 GWB ist nicht durch das an die Antragstellerin adressierte Schreiben der Antragsgegnerin vom 24.01.2019 geheilt worden. Sie führt in diesem Schreiben aus, sie werde den Zuschlag hilfsweise erneut am 04.02.2019 auf das Angebot der Beigeladenen erteilen, weil das Angebot der Antragstellerin aus den bereits mitgeteilten Gründen nicht berücksichtigt werde. Das Angebot der Antragstellerin sei auszuschließen gewesen, weil es nicht die geforderten Unterlagen enthalten und wesentliche Preisangaben gefehlt hätten.
- 43 Abgesehen davon, dass dem Schreiben der Antragsgegnerin keine die Informationspflicht erneut auslösende Wiederholung der ursprünglichen Angebotswertung aufgrund einer eingetretenen Sachverhaltsveränderung (z.B. infolge eines erfolgreichen NP-Antrags und Zurückversetzung des Vergabeverfahrens) zu entnehmen ist, kann ein Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB nur bis zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung "geheilt" werden. Der Zuschlag ist hier aber bereits am 07.11.2018 an die Beigeladene erteilt worden.

b.

- 44 Die Zuschlagschancen der Antragstellerin sind durch die vergaberechtsfehlerhaft unterbliebene Bieterinformation nicht feststellbar geschmälert worden.
- 45 Bei der Prüfung der Begründetheit des Nachprüfungsantrags sind die Auswirkungen des Vergaberechtsverstoßes auf die Zuschlagschancen des Antragstellers in den Blick zu nehmen. Werden durch den Vergaberechtsverstoß seine Zuschlagschancen nicht feststellbar geschmälert, so dass ihm tatsächlich weder ein Schaden entstanden noch ein solcher wahrscheinlich, zumindest nicht ausschließbar zu erwarten ist, droht wegen der Rechtsverletzung kein Schaden, mithin keine Beeinträchtigung der Aussichten auf Erhalt des Zuschlags. In einem solchen Fall sind die Vergabenachprüfungsinstanzen nicht berechtigt, in das Vergabeverfahren einzugreifen (siehe nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2010, VII-Verg 10/10, juris Rn. 20 f.). Erweist sich somit die Zuschlagserteilung zugunsten eines anderen Bieters trotz des Verstoßes gegen § 134 GWB im Ergebnis als die materiell-rechtlich zutreffende Vergabeentscheidung, ist der Nachprüfungsantrag nicht begründet.
- 46 Ausgehend von diesen Voraussetzungen ist die Feststellung der Nichtigkeit des mit der Beigeladenen geschlossenen Vertrages nicht geboten. Durch den Verstoß gegen § 134 GWB sind die Chancen der Antragstellerin auf den Zuschlag nicht feststellbar geschmälert worden. Das Angebot der Antragstellerin war zwingend gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV von der Wertung auszuschließen, weil es nicht die geforderten Unterlagen enthielt.

aa.

- 47 Das über die Internetplattform S. der Antragsgegnerin bis zum 16.10.2018, 16.00 Uhr, abzugebende Angebot der Antragstellerin enthielt nicht die geforderten Unterlagen, sondern war unvollständig. Dem Angebot waren nicht die als pdf-Datei beizufügenden Anlagen, insbesondere nicht das geforderte Preisblatt beigelegt.
- 48 Das steht zwischen den Verfahrensbeteiligten außer Streit und ergibt sich im Übrigen aus den Eintragungen der Antragstellerin in der Angebotsmaske unter der Rubrik "Gebotsdetails" (Anl. BF1). Dort hat die Antragstellerin zwar unter der Überschrift "Kurztext" jeweils den Stückpreis für die pro Los angebotene Winde eingetragen. Allerdings heißt es unter der weiteren Rubrik "Dateianlagen Bieter": Keine Dateianlagen vorhanden.
- bb.
- 49 Die Antragsgegnerin hat von den Bietern in Ziff. 6.2 und 3.8 ARB wirksam die Eintragung von Preisangaben in dem als Vorlage zur Verfügung gestellten Preisblatt sowie die Übermittlung des ausgefüllten Preisblatts als Dateianlage zum Angebot gefordert.
- 50 Ein Bieter ist nur dann verpflichtet, seinem Angebot Unterlagen beizufügen, wenn der öffentliche Auftraggeber deren Vorlage wirksam gefordert hat. Dies setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber klar und eindeutig fordert, welche Unterlage zu welchem Zeitpunkt vorzulegen ist. Dabei darf die Vorlage einer Erklärung/eines Nachweises nicht gegen gesetzliche Vorgaben verstößen oder sonst vergabefremd sein (BGH, Urteil v. 03.04.2012, X ZR 130/10; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.08.2013, VII Verg 15/13; Dittmann in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 56 Rn. 20). So hat der Bundesgerichtshof die in den Ausschreibungunterlagen vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Erklärungen der Bieter zu den Formblättern EFB-Preis nicht beanstandet (BGH Urteil v. 07.06.2005, X ZR 19/02, juris Rn. 15). Diesen Anforderungen genügt die Aufforderung der Antragsgegnerin, die Preisangaben ausschließlich in dem zur Verfügung gestellten Preisblatt einzutragen sind (Ziff. 6.2 ARB).
- cc.
- 51 Die Antragsgegnerin war vor Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht zur Nachforderung der fehlenden Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 VgV, § 51 SektVO verpflichtet.
- 52 Zwar kann der öffentliche Auftraggeber nach § 56 Abs. 2 S. 1 VgV den Bieter unter Einhaltung der Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung auffordern, fehlende unternehmensbezogene Unterlagen nachzureichen. Dies gilt jedoch nicht für fehlende leistungsbezogene Unterlagen, die die Wirtschaftlichkeit der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen (§ 56 Abs. 3 S. 1 VgV), dies allerdings mit Ausnahme von Preisangaben, wenn es sich um unwesentliche Einzelpositionen handelt, deren Einzelpreise den Gesamtpreis nicht verändern oder die Wertungsreihenfolge und den Wettbewerb nicht beeinträchtigen (§ 56 Abs. 3 S. 2 VgV).
- 53 Bei dem Preisblatt der Antragsgegnerin handelt es sich um eine leistungsbezogene Unterlage, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betrifft. In das Preisblatt war je Los neben dem Gesamtpreis neue Winde und/oder Gesamtpreis generalüberholte Winde auch das Ursprungsbaujahr der Winde einzutragen. Die Angaben in dem Preisblatt können die Wertungsreihenfolge und den Wettbe-

werb beeinflussen. Das Baujahr der Winde hat Einfluss auf ihren Wiederverkaufswert, der neben dem Preis das zweite, mit 40 % gewichtete Zuschlagskriterium ist.

dd.

- 54 Anders als die Vergabekammer meint, war die Antragsgegnerin vor Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht verpflichtet, mit ihr zusammen aufzuklären, warum der Antragstellerin bei Abgabe ihres Angebots ein Hochladen der geforderten Unterlage über die Internetplattform S. nicht gelungen ist.
- (1)
- 55 Eine Aufklärungspflicht der Antragsgegnerin folgt nicht aus § 56 Abs. 1 VgV.
- 56 Nach dieser Vorschrift hat der öffentliche Auftraggeber die Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit und zudem auf rechnerische Richtigkeit zu prüfen. Kommt die Prüfung - so wie hier - zu dem Ergebnis, dass das Angebot unvollständig ist, stellt sich die Frage nach einer Nachforderung fehlender Unterlagen gemäß § 56 Abs. 2 und 3 VgV. Eine Verpflichtung aufzuklären, aus welchen Gründen das Angebot unvollständig ist, folgt aus der Vorschrift weder ausdrücklich noch konkludent.
- (2)
- 57 Die Antragsgegnerin war nicht gemäß § 15 Abs. 5 VgV verpflichtet, vor Ausschluss des Angebots der Antragstellerin die Ursache für den missglückten Upload der Anlagen aufzuklären.
- 58 Nach § 15 Abs. 5 VgV darf der öffentliche Auftraggeber von den Bieter nur Aufklärung über das Angebot und deren Eignung verlangen. Verhandlungen, insbesondere über Änderungen der Angebote und der Preise, sind unzulässig.
- 59 Die Angebotsaufklärung dient der Klärung des Angebotsinhalts, wenn nach rechnerischer, technischer und wirtschaftlicher Prüfung noch Zweifelsfragen bezüglich des Angebotsinhalts bestehen. Sie ist von der Nachforderung von Unterlagen zu unterscheiden. Das Nachfordern dient der Vervollständigung der Angebote entsprechend der in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen genannten Anforderungen. Die Angebotsaufklärung setzt demgegenüber grundsätzlich ein vollständiges Angebot voraus und beginnt dann, wenn nach Vorliegen aller vom Auftraggeber geforderten Unterlagen noch Restzweifel am Inhalt des Angebots bestehen (Steck in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Aufl., VgV § 15 Rn. 15). In diesem Kontext steht die Entscheidung des Senats vom 21.10.2015 (VII Verg 35/15). Danach darf der öffentliche Auftraggeber Angebote, die wegen widersprüchlicher Angaben (Erklärungen oder Nachweise) an sich "auschlusswürdig" sind, nicht ohne Weiteres von der Wertung ausnehmen, ohne das von einem Ausschluss bedrohte Bieterunternehmen zuvor zu einer Aufklärung über den Inhalt des Angebots aufgefordert und ihm Gelegenheit gegeben zu haben, den Tatbestand der Widersprüchlichkeit nachvollziehbar auszuräumen (Senat aaO, juris Rn. 35). Um einen solchen Fall widersprüchlicher Angaben handelt es sich vorliegend aber nicht. Vielmehr ist das Angebot der Antragstellerin unvollständig, da insbesondere das Preisblatt fehlt.
- 60 Lediglich in Zweifelsfällen, in denen unklar ist, ob (bei einem Null-Preis oder einem geringfügigen Preis) ein unvollständiges Angebot vorliegt, wird die Auffassung vertreten, dass das Angebot erst dann auszuschließen ist, wenn der betroffene Bieter vorher in ei-

nem Zwischenverfahren erfolglos um Aufklärung über einen vermeintlich unvollständigen Preis ersucht worden ist (EuG, Urteil v. 10.12.2009 - T-195/08; Dicks in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 56 Rn.94; Haak/Hogeweg in Burgi/Dreher, Beck´scher Vergaberechtskommentar, VgV § 56 Rn. 43 ff.; OLG Frankfurt NZBau 2006, 259, 260). In klaren Fällen scheiden Angebote mit unvollständigen Preisangaben jedoch ohne weiteres aus der Wertung aus.

- 61 Um einen solchen klaren Fall handelt es sich hier. Es bestehen keine Zweifel daran, dass das Angebot der Antragstellerin unvollständig ist. Das von der Antragsgegnerin wirksam geforderte Preisblatt war dem Angebot nicht als Anlage beigefügt. Eine Aufklärung dahingehend, ob ein unvollständiges Angebot vorliegt, bedurfte es nicht. Vielmehr würde sich eine Aufklärung in diesem Fall nicht auf den Angebotsinhalt beziehen, sondern darauf, aus welchen Gründen das Angebot unvollständig ist, also warum ein Upload der Dateien nicht gelungen ist.

(3)

- 62 Eine Aufklärungspflicht der Antragsgegnerin kann schließlich nicht aus §§ 311 Abs. 2 Nr. 1, 241 Abs. 2 BGB hergeleitet werden.
- 63 Es bestand zunächst keine Verpflichtung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsfrist am 16.10.2018 um 16.00 Uhr auf etwaige Schwierigkeiten beim Hochladen der Dateianlagen hinzuweisen. Sie hatte bis dahin keine Kenntnis von etwaigen technischen Schwierigkeiten. Erst durch die E-Mail der Antragstellerin vom 17.10.2018 hat sie erfahren, dass es möglicherweise anwenderbezogene technische Schwierigkeiten beim Hochladen gab.
- 64 Aus dem vorvertraglichen Vertrauensverhältnis folgt ferner keine Verpflichtung vor Ausschluss des unvollständigen Angebots aufzuklären, wessen Risikosphäre der missglückte Upload der Anlagen zuzuordnen ist. Es ist grundsätzlich Sache des Bieters dafür zu sorgen, dass sein Angebot vollständig innerhalb der Angebotsfrist beim öffentlichen Auftraggeber eingeht. Fehlen Unterlagen, kann der öffentliche Auftraggeber sie unter den Voraussetzungen des § 56 VgV nachfordern. Aus welchem Grund die Unterlagen fehlen oder nachgeforderte Unterlagen nicht vorgelegt werden, ist ohne Belang. Dies gilt für Angebote in Papierform ebenso wie für eine elektronische Angebotsabgabe. Vielmehr ist es umgekehrt Sache des Bieters bei etwaigen technischen Schwierigkeiten bei der Angebotsabgabe den Auftraggeber hierüber rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist zu informieren, damit er die Möglichkeit hat, hierauf gegebenenfalls durch Verlängerung der Angebotsfrist zu reagieren.

ee.

- 65 Der Antragsgegnerin ist kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 VgV, § 11 SektVO mit der Folge anzulasten, dass das Angebot der Antragstellerin trotz Unvollständigkeit nicht hätte ausgeschlossen werden dürfen.
- 66 Nach § 11 Abs. 1 VgV, § 11 SektVO müssen elektronische Mittel und deren technischen Merkmale allgemein verfügbar, nicht diskriminierend und mit allgemein verbreiteten Geräten und Programmen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein (Satz 1). Sie dürfen den Zugang von Unternehmen zum Vergabeverfahren nicht einschränken (Satz 2).

- 67 Der Zugang zum Vergabeverfahren wird eingeschränkt, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber zum Hochladen (upload) der Angebote nebst Anlagen zur Verfügung gestellte IT-Anwendung fehlerbehaftet ist und ein Hochladen der Dokumente unmöglich macht (Wanderwitz in Burgi/Dreher, Beck´scher Vergaberechtskommentar, VgV § 11 Rn. 14). 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 - wie bereits oben ausgeführt - üblicherweise vom Absender zu tragen ist (Müller in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 11 Rn. 18).
- 68 Die Feststellungslast für das Vorbringen, dass die Antragsgegnerin nicht gegen § 11 VgV verstoßen hat, mithin die Unvollständigkeit des Angebots auf einem Nutzer- und nicht auf einem Anwendungsfehler beruht, liegt bei der Antragsgegnerin, weil sie sich auf fehlende Kausalität des Verstoßes gegen § 134 GWB beruft.
- 69 Folgende Umstände sprechen hier dafür, dass die Ursache für das misslungene Hochladen der Dateianlagen nicht in der Sphäre der Antragsgegnerin lag, mithin die von ihr zur Verfügung gestellte IT-Anwendung den Zugang der Antragstellerin zum Vergabeverfahren nicht eingeschränkt hat. Die Antragsgegnerin hat am 16.10.2018 keine Fehlermeldung - auch nicht von der Antragstellerin - erhalten. Die Beigedane hat ihr Angebot am 16.10.2018 um 14.43 Uhr und damit weniger als 50 Minuten vor dem Upload-Versuch der Antragstellerin vollständig hochladen können. Die Überprüfung der Logdatei vom 16.10.2018, in der die Protokolleinträge nutzerbezogen abgelegt werden, hat keine grundsätzliche Fehlfunktion der Anwendung beim Hochladen von Dateien ergeben, wie sich aus der nachvollziehbaren und überzeugenden Erklärung von F.2, Mitarbeiter der B., vom 11.01.2019 ergibt, auf die volumnäßig Bezug genommen wird (Anl. BF 3 der Antragsgegnerin). Nach seiner Auswertung hat es Fehler bei der Verarbeitung der Daten auf Seiten der Anwendung nicht gegeben, so dass die Gründe für den nicht gelungenen Dateiupload nicht mehr im Einflussbereich der Web-Anwendung liegen. Aus Sicht des Portals sei es zu einem erfolgreichen Upload einer Datei nicht gekommen, weil zwar mehrfach die Seite zum Hochladen aufgerufen und ein Datei-Upload angestoßen worden sei, jedoch die jeweilige Anfrage keine Daten enthalten habe. Typische Ursachen hierfür seien aus dem Bereich des Nutzers neben einer Fehlkonfiguration des Browsers, eine defekte Datei oder eine Netzwerkkomponente, die die Anfrage verändert bzw. verhindert.
- 70 Schließlich ist die Antragstellerin eine plausible Erklärung dafür schuldig geblieben, warum sie sich nicht vor Ablauf der Angebotsfrist an die Antragsgegnerin gewandt und auf ihre technischen Schwierigkeiten beim Hochladen der pdf-Dokumente hingewiesen hat. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat Herr X. von der Antragstellerin mitgeteilt, dass er bereits um ca. 15.30 Uhr mit dem Hochladen der Dateien begonnen habe. Ihm verblieben daher nach eigenem Vorbringen noch weit mehr als 15 Minuten Zeit, um rechtzeitig Kontakt mit der Antragsgegnerin aufzunehmen, auf die Schwierigkeiten beim Upload hinzuweisen und etwas zu seinen Gunsten bewirken zu können. Die Antragstellerin hat jedoch keinen Versuch unternommen, den zuständigen Ansprechpartner F.1 bei der Antragsgegnerin per E-Mail, Fax oder ggf. Telefon zu erreichen. Sie hat erst am späten Vormittag des nächsten Tages per E-Mail Kontakt aufgenommen. Wenn der Mitarbeiter X. der Antragstellerin - so ihr Vortrag - die Funktionen zum Hochladen der Anla-

gen ordnungsgemäß betätigt hat, gleichwohl beim Anklicken der hochzuladenden Datei die Information erhielt "Datei nicht gefunden" u.ä., so wie er in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, dann hätte nichts näher gelegen, als die Antragsgegnerin umgehend hierüber zu informieren. Sein Einwand, es sei unklar gewesen, ob er so schnell jemanden bei der Antragsgegnerin hätte erreichen können, überzeugt nicht. In der Bekanntmachung sind die vollständigen Kontaktadressen (E-Mail und Fax) aufgeführt. Die Tatsache, dass sich die Antragstellerin vor Ablauf der Angebotsfrist nicht an die Antragsgegnerin gewandt hat, um die genannten Probleme beim Hochladen der Datei zu reklamieren, spricht vielmehr dafür, dass sie die aufgetretenen Probleme ihrem eigenen Verantwortungsbereich zugeordnet hat. Dies wird bestätigt durch den Inhalt der E-Mail vom 17.10.2018. Abgesehen davon, dass darin nur das Hochladen von zwei Dateien angeprochen wird, obwohl insgesamt fünf pdf-Dokumente hochzuladen waren, ist nicht die Rede davon, dass das Portal der Antragsgegnerin ein Hochladen verhindert hat.

- 71 Bei dieser Sachlage kam eine weitere Aufklärung des Sachverhalts etwa durch Vernehmung von F.2 als sachverständigen Zeugen (GA Bl. 47) nicht in Betracht.
- III.
- 72 Die Kostenentscheidung beruht auf § 178 Abs. 3 und 4 GWB, soweit über die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die Erstattung der zur Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen entschieden worden ist. Die Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 175 Abs. 2 GWB iVm § 78 GWB.
- 73 Die Entscheidung über die Zuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene in dem Verfahren vor der Vergabekammer folgt aus § 182 Abs. 4 S. 4 GWB, § 80 VwVfG.
- 74 Die Festsetzung des Beschwerdewerts beruht auf § 50 Abs. 2 GKG.