

Titel:

Unverschuldete technische Schwierigkeiten bei Angebotsabgabe nicht zu Lasten des Bieters

Normenketten:

VgV § 10, § 11 Abs. 1, Abs. 3, § 57 Abs. 1 Nr. 5

HOAI § 33

GWB § 97 Abs. 1 S. 2

Leitsätze:

1. Treten technische Schwierigkeiten bei der Angebotsabgabe aufgrund der verwendeten elektronischen Mittel auf, so sind die Rechtsfolgen 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 (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019 – Verg 8/19). (Rn. 79)
2. Die Vergabestelle trifft grundsätzlich die Feststellungslast, dass sie nicht gegen § 11 Abs. 1 oder Abs. 3 VgV verstoßen hat. (Rn. 83)
3. Kann im Rahmen der von der Vergabekammer vorzunehmenden Sachverhaltsermittlung und Beweiserhebung die Ursache für eine fehlerhafte Angebotsabgabe nicht geklärt werden, geht dies nicht automatisch zu Lasten der Vergabestelle, wenn dieser kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 oder Abs. 3 VgV nachgewiesen werden kann und eine Ursache in der Sphäre des Bieters wahrscheinlich ist. (Rn. 85)
4. Im Hinblick auf den auch im Vergaberecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB kann ein Unterlassen einer Information nach § 11 Abs. 3 VgV nur dann zu Lasten eines Auftraggebers gehen, wenn er den entsprechenden Umstand gekannt oder pflichtwidrig nicht gekannt hat. (Rn. 91)

Schlagworte:

technische Schwierigkeiten, Angebotsabgabe, Vergabestelle, Sphäre, Teilnahmewettbewerb

Fundstelle:

BeckRS 2019, 28230

Tenor

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.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr in Höhe von ...,00 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe

I.

1

Die Antragsgegnerin beabsichtigt den Neubau von 4 Mehrfamilienhäusern mit 2 Vollgeschossen und Satteldach im W... Weg - Äußere U...straße in A... zur Schaffung von Wohnraum für einkommensschwache Personen. Dazu wurden die Objektplanungsleistungen des Leistungsbildes Gebäude und Innenräume nach § 33 ff. HOAI in Verbindung mit Anlage 10 HOAI, Leistungsphasen 1 - 9 mit EUweiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften als Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgeschrieben.

2

Der Preis ist nicht das einzige Zuschlagskriterium; alle Kriterien sind nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt (Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung). Eine Aufteilung in Lose erfolgte nach Ziffer II.1.6 nicht,

Nebenangebote wurden nach Ziffer II.2.10 nicht zugelassen. Als Optionen wurde in der Bekanntmachung eine in vier Stufen abgestufte Beauftragung zugelassen, die sich an den Leistungsphasen 1 - 9 der HOAI orientiert.

3

Als Schlusstermin für den Eingang des Teilnahmeantrags war der 30.01.2019, 10:00 Uhr festgelegt.

4

Die Antragstellerin beteiligte sich neben vier weiteren Bietern an dem vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb fristgerecht mit Antrag vom 18.01.2019 und reichte auf Nachforderung durch den Auftraggeber am 08.02.2019 sowie am 18.02.2019 verschiedene Unterlagen fristgerecht nach. Die drei punktbesten Büros aus dem Teilnahmewettbewerb - darunter die Antragstellerin - wurden erstmals mit Schreiben vom 21.02.2019 zur Einreichung von Erstangeboten bis zum 07.03.2019 aufgefordert und zur Teilnahme am Verhandlungsgespräch am 11.03.2019 eingeladen.

5

In der Folge wurde allen Teilnehmern mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 05.03.2019 mitgeteilt, dass die folgende Änderung bzgl. der streitgegenständlichen Vergabe vorgenommen wurde und im weiteren Verfahren zu beachten sei:

„Die Excel-Datei „2-2 Formular Honorarangebot.xlsx“ wurde neu hochgeladen, da diese defekt war und nicht zu verwenden war.“

6

Am 06.03.2019 verwies die Antragsgegnerin mit an alle Bieter per Email verschicktem Schreiben darauf, dass sich aufgrund von technischen Schwierigkeiten auf der Vergabeplattform der Termin zur Abgabe des Honorarangebotes sowie der Verhandlungsgesprächstermin verschiebe und hierzu über die Vergabeplattform noch gesondert Mitteilung erfolge.

7

Mit Schreiben vom 07.03.2019 teilte die Antragsgegnerin dann über die Vergabeplattform mit, dass weitere Änderungen vorgenommen und zu beachten seien:

- „Aufgrund technischer Probleme bei der Honorarangebotsdatei müssen diese nochmals überarbeitet werden. Nach erfolgter Überarbeitung erhalten Sie eine Mitteilung. Die Angebotsfrist für die o.g. Vergabe wird deshalb verlängert.

- Submissionstermin neu: 25. März 2019; 13:30 Uhr

- Bindefrist neu: 24. Mai 2019 “

8

Mit Schreiben vom 14.03.2019 teilte die Antragsgegnerin eine weitere Änderung mit:

„Die Excel-Datei „2-2 Formular Honorarangebot.xlsx“ wurde neu hochgeladen als „2-2 Formular Honorarangebot.xls“, da diese defekt war.“

9

Darüber hinaus wurde den Bietern eine „Hilfestellung beim Bearbeiten der Vergabeunterlagen mittels Bietertool AV...“ zur Verfügung gestellt.

10

Mit weiterem Schreiben vom 14.03.2019 wurden die drei verbliebenen Bieter zudem darüber informiert, dass die Verhandlungsgespräche nunmehr am 11.04.2019 stattfinden würden.

11

Die Antragstellerin lud am 19.03.2019 ein erstmaliges Honorarangebot auf die Vergabeplattform hoch, die hochgeladene Datei „2-2 Formular Honorarangebot.xls“ war weitgehend leer und enthielt nur in der Zeile 17 (1 GE) die Zahl „14545“.

12

Mit Schreiben vom 04.04.2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass aufgrund technischer Probleme mit dem Vergabeportal das eingereichte Formblatt leider nicht die notwendigen und geforderten

Angaben enthalte, weshalb sie darum bitte, das Formblatt 2.2 bis spätestens 08.04.2019 per Email an den Projektsteuerer der Antragsgegnerin zu schicken.

13

Mit Email vom 08.04.2019 bat der Projektsteuerer die Antragstellerin, das Formblatt Honorarangebot mit den geforderten Informationen nochmals bis spätestens 09.04.2019, 10:00 Uhr per Email zu übersenden.

14

Mit Email vom 08.04.2019 wurde das geforderte Formblatt 2.2 von der Antragstellerin - per Email, wie vom Projektsteuerer gefordert - übermittelt.

15

Am 11.04.2019 wurde mit den drei eingeladenen Bietern ein Verhandlungsgespräch durchgeführt und die Bieter am gleichen Tag mit Schreiben über die Vergabepattform zur Abgabe eines finalen Honorarangebots bis 16.04.2019 um 13:30 Uhr aufgefordert.

16

Darin wurde mitgeteilt, dass hierfür „...das beigelegte Formular, welches Sie ebenfalls für das Erstantebot erhalten haben, zu verwenden...“ sei.

17

Weiter hieß es:

„Für alle Positionen des Honorarformblatts, welche in die Wertung eingehen, sind zwingend Konditionen bzw. Preise einzutragen.“

Wir weisen darauf hin, dass verspätet eingegangene Unterlagen zum Ausschluss aus dem Verfahren führen.“

18

Darüber hinaus wurde mündlich im Verhandlungsgespräch betont, dass die Plattform am 12.04.2019 wegen Wartungsarbeiten nicht zur Verfügung stünde.

19

Ausweislich der Niederschrift über die Angebotsöffnung am 16.04.2019 um 13:30 Uhr gaben alle drei Bieter Angebote ab, wovon jedoch das Angebot der Antragstellerin ohne Preisangaben übermittelt wurde. Die Datei Architekt-Honorarangebot+final.xls (Formblatt 2.2) enthielt nur in der Datumszeile den Eintrag „15“, ansonsten waren keine Informationen enthalten.

20

Die Antragstellerin legte am 17.04.2019 beim Projektbüro „Einspruch“ gegen die Entscheidung der Antragsgegnerin ein, ihr Angebot aufgrund des nicht abgegebenen Honorarangebotes nicht weiter zu berücksichtigen, nachdem sie zufällig davon erfahren hatte. Sie begründete dies damit, dass sie - mit telefonischer Unterstützung der Antragsgegnerin - ihr Honorarangebot erfolgreich auf die Vergabepattform hochladen konnte.

21

Mit Email vom 25.04.2019 wandte sich die Antragstellerin aufgrund des Sachverhalts an den Leiter des Baureferats der Antragsgegnerin mit der Bitte um ein persönliches Gespräch mit dem Ziel, eine „vernünftige, zielführende Lösung“ zu suchen.

22

Mit Schreiben vom 03.05.2019 teilte der Leiter des Baureferats der Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass deren Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden müsse, da für alle Positionen des Honorarformblatts zwingend Konditionen bzw. Preise einzutragen gewesen wären, dieses tatsächlich jedoch unvollständig ohne Preisangaben eingegangen sei. Der Betreiber der Vergabepattform habe schriftlich bestätigt, dass hier eindeutig ein Bieterverschulden vorgelegen habe; die Angebote der weiteren Bieter seien ordnungsgemäß und in wertbarer Form eingegangen.

23

Mit Informationsschreiben nach § 134 GWB vom 10.05.2019 teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es wesentliche Preise nicht enthalte. Es sei

ungültig und damit nach § 57 Abs. 1 S. 1 VgV nicht mehr zu berücksichtigen, da das Formular nicht ausgefüllt gewesen sei. Stattdessen sei beabsichtigt, am 21.05.2019 den Zuschlag auf das Angebot der Beizuladenden zu erteilen.

24

Die Antragstellerin rügte daraufhin am 13.05.2019 die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die Beizuladende als vergaberechtswidrig. Das eigene Angebot sei entgegen der Behauptung der Antragsgegnerin, es habe wesentliche Preise nicht enthalten, vollständig ausgefüllt und termingerecht auf die Vergabeplattform hochgeladen worden. Vielmehr sei der gesamte Verfahrensverlauf von erheblichen technischen Problemen der Vergabeplattform begleitet worden, wodurch der Eingang eines vollständig ausgefüllten „finalen Honorarangebots“ nicht sichergestellt gewesen sei.

25

Da die Antragsgegnerin der vorgebrachten Rüge nicht abgeholfen hat, beantragte die Antragstellerin am 20.05.2019, die Antragsgegnerin zu verpflichten, von der beabsichtigten Zuschlagserteilung Abstand zu nehmen und das Angebot der Antragstellerin bei der Auftragserteilung weiter zu berücksichtigen bzw. den Auftrag der Antragstellerin zu erteilen.

26

Mit Antragserwiderung vom 07.06.2019 beantragte die Antragsgegnerin:

1. Der Vergabenachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 20.05.2019 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.
3. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für erforderlich erklärt.

27

Die Antragsgegnerin führte eingangs aus, dass das ursprüngliche Honorarformblatt erneut auf die Vergabeplattform hochgeladen werden musste, da es anfangs nicht unter Verwendung der dafür vorgesehenen Excel-Kopiervorlage erstellt worden sei. Somit habe es kein entsprechend signiertes VBA-Makro enthalten, mit dem eigentlich beim Speichervorgang die Kommunikation mit dem Bieter-Client AV... sichergestellt werden sollte. Dies sei mit der späteren Version behoben worden.

28

Bei der Öffnung der finalen Honorarangebote am 16.04.2019 sei festgestellt worden, dass zwar drei elektronische Angebote abgegeben worden seien, eine Preisangabe dem Angebot der Antragstellerin jedoch nicht beilag. So sei das Formblatt 2.2 weder ordnungsgemäß datiert, noch mit Angaben über die angebotenen Nebenkosten und die Honorierung der besonderen Leistungen versehen gewesen. Zudem sei das Gesamthonorar brutto erneut nur mit 0,00 € enthalten gewesen. Weiter seien keine Angaben zu möglichen besonderen Leistungen ohne Bewertung im Vergabeverfahren, zum Zeithonorar und zu Sonstigem enthalten gewesen. Auch der Name in Textform habe gefehlt.

29

Der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, da das Angebot der Antragstellerin aufgrund der fehlenden Preisangaben und der fehlenden Unterschrift auf dem Formblatt 2.2 „finales Honorarangebot“ gem. § 53 Abs. 7 S. 2 VgV i.V.m. § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV zwingend auszuschließen sei. Eine Nachforderung sei gem. § 56 Abs. 3 S. 2 VgV nicht möglich. Daneben hätten diverse andere Angaben, zu denen auch leistungsbezogene Teile wie etwa die Honorarzone oder Nebenkosten gehören, gefehlt. Derartige Angaben, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, hätten gem. § 56 Abs. 3 S. 1 VgV ebenfalls nicht nachgefordert werden können.

30

Die von der Antragstellerin vermuteten Fehlfunktionen der Vergabeplattform seien unzutreffend. Der Grund für das unvollständig übermittelte Formular sei nach Aussage des Plattformbetreibers wahrscheinlich im Uploadvorgang auf Seiten der Antragstellerin zu verorten, so dass von einem Bieterschulden auszugehen sei. Diese Annahme werde dadurch gestützt, dass die übrigen Angebote vollständig und beanstandungsfrei eingegangen seien. Zudem ergebe sich aus den übermittelten Bildschirmfotos der Antragstellerin, dass anhand der mit 0,0 MB angegebenen Dateigröße Probleme beim Hochladevorgang zu vermuten seien, was auch für die Antragstellerin erkennbar gewesen sein könne.

31

Jedenfalls habe der Antragsgegnerin kein Ermessensspielraum zugestanden im Umgang mit den fehlenden Angaben (s. BGH, Beschluss vom 18.02.2013 - X ZB 43/02). Vielmehr habe die Antragstellerin das allgemeine Übermittlungsrisiko zu tragen, wenn der Plattformbetreiber von einem Bieterverschulden ausgehe (s. VK Südbayern, Beschluss vom 19.03.2018 - Z3-3-3194-1-54-11/17). Die Bildschirmfotos allein belegten nur einen Hochladevorgang, sagten aber nichts über den Inhalt der hochgeladenen Dokumente aus, so dass es am Zugang der Angebotsbestandteile beim Antragsgegner fehle. Da der Ausschluss somit rechtmäßig erfolgt sei, sei der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

32

Die zwischenzeitlich mandatierte Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin beantragte mit Schriftsatz vom 18.06.2019,

der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen und die Hinzuziehung einer Bevollmächtigten durch die Antragstellerin für erforderlich zu erklären.

33

Die Antragstellerin ging auf die zahlreichen Probleme im Vergabeverfahren im Zusammenhang mit dem Formblatt 2.2 sowie dessen Speicherung und Übermittlung auf die Vergabeplattform der Antragsgegnerin ein. Entgegen dem Vortrag der Antragsgegnerin sei die Vergabeplattform überaus fehlerbehaftet gewesen. Das finale Honorarangebot der Antragstellerin sei am 15.04.2019 fristgerecht und vollständig ausgefüllt auf die Vergabeplattform eingestellt worden, was sich sowohl durch einen Screenshot als auch durch die Aussagen zweier Geschäftsführer der Antragstellerin belegt werden könne. Ein nunmehr unvollständig vorliegendes Angebot müsse demzufolge auf die fehlerhafte Plattform zurückzuführen sein und sei nicht von der Antragstellerin zu verantworten. Die Darlegungs- und Beweislast für die Form des Zugangs liege bei der Antragsgegnerin.

34

Ergänzend werde darauf hingewiesen, dass der Antragsgegnerin bereits am 15.04.2019 ein vollständiges Angebot vorgelegen habe und im Verlauf des Verhandlungsgesprächs darauf verwiesen worden sei, dass keine Änderungen am Angebot mehr vorgenommen werden würden. Somit könne sich die Antragsgegnerin nicht darauf berufen, dass kein finales Honorarangebot per Formblatt vorgelegen habe.

35

Schließlich sei die hier verwendete Vergabeplattform die einzige, die eine Übermittlung von Dokumenten im Excel-Format vorgebe, wohingegen andere Vergabeportale Dateien im Pdf-Format verwendeten, die weder veränderbar noch von technischen Problemen betroffen seien.

36

Was die von der Antragsgegnerin vorgehaltene Dateigröße betreffe, so sei darauf verwiesen, dass einzig aufgrund der Dateigröße von 6.282 Byte bzw. 0,006282 MB die Angebotsdatei mit 0,0 MB dargestellt worden sei.

37

Mit Verfügung vom 24.06.2019 wurde die Frist bis zur Entscheidung der Vergabekammer gemäß § 167 Abs. 1 S. 2 GWB bis 14.08.2019 verlängert.

38

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat mit Schreiben vom 25.06.2019 die Entscheidung über die Beiladung, den Umfang der Akteneinsicht sowie im Falle eines Rücknahmebeschlusses auf den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer übertragen.

39

Die Beteiligten wurden mit Schreiben vom 25.06.2019 zur mündlichen Verhandlung am 30.07.2019, 10:00 Uhr in den Räumen der Regierung von Oberbayern geladen.

40

Die Antragsgegnerin führte mit Schriftsatz vom 28.06.2019 aus, dass die von der Vergabestelle anfangs hochgeladene, irrtümlich unrichtig verwendete Angebotsdatei weder eine Fehlfunktion noch technische Probleme der Vergabeplattform als solche begründen würde. Ein Vergleich mit den eingereichten

Formblättern der Mitbieter zeige, dass das schlussendlich hochgeladene Formblatt nicht ursächlich für die streitgegenständliche Problematik gewesen sei. Soweit die Antragstellerin vortrage, es sei bereits eine anderweitige Aushändigung oder Information im Rahmen der Verhandlungsgespräche am 11.04.2019 erfolgt, sei dies nicht maßgeblich, ebenso wie etwaige Erklärungen, dass das Honorarangebot im Vergleich zum Erstangebot unverändert weitergelten solle. Der vorgelegte Screenshot belege gerade nicht ein ordnungsgemäßes und vollständiges Angebot, das ordnungsgemäß auf elektronische Art übermittelt worden sei. Es sei zudem nicht nachvollziehbar, dass eine Datenübertragung von 0,0 MB der Antragstellerin keine Veranlassung gegeben haben könne, den Übermittlungsvorgang und die Übermittlung ihres endgültigen Honorarangebots auf die Vergabeplattform zu hinterfragen.

41

Die Vergabekammer bat mit zwei separaten Schreiben am 05.07.2019 sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin um Übermittlung zusätzlicher Informationen, um die technische Ursache der streitgegenständlichen Problematik ermitteln zu können.

42

Die Antragstellerin wiederholte und vertiefte mit Schriftsatz vom 04.07.2019 ihren Vortrag, dass die Vergabeplattform nicht ordnungsgemäß funktioniert habe, wobei letztlich unerheblich sei, ob die Plattform selbst oder deren Bedienung und Bestückung durch die Antragsgegnerin fehlerhaft gewesen sei. Der angeführte Screenshot belege, dass alle Unterlagen ordnungsgemäß und vollständig auf die Vergabeplattform eingestellt worden seien und der Übermittlungsvorgang offensichtlich nicht funktioniert habe, wenn besagte Unterlagen nur teilweise beim Antragsgegner angekommen wären. Zudem sei es rechtsmissbräuchlich, wenn der Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zwar bereits in Papierform sowie auf USB-Stick seit dem 11.04.2019 vorläge, aufgrund der nicht funktionierenden Vergabeplattform jedoch trotzdem deren Ausschluss erfolge. Ein erfolgreicher Upload auf die Vergabeplattform sei schließlich erst nach Einschaltung der A... als Bauherren möglich gewesen, wie beigefügte Screenshots belegen würden, und erst, nachdem die Reihenfolge der hochzuladenden Formulare geändert worden sei.

43

Mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 08.07.2019 wurde die Antragstellerin zur Aufklärung der technischen Ursache der streitgegenständlichen Problematik um Vorlage der Originalangebotsdatei im p7m-Format gebeten.

44

Am 10.07.2019 übermittelte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin das finale Honorarangebotsblatt sowie eine Empfangsbestätigung über die Abgabe ihres Angebots.

45

Mit Schreiben vom 10.07.2019 wurde der Termin zur mündlichen Verhandlung aufgrund eines anderen Nachprüfungsverfahrens mit Eilantrag nach § 169 Abs. 2 GWB aufgehoben.

46

Mit Email vom 11.07.2019 teilte die Antragsgegnerin mit, dass die am 10.07.2019 von der Antragstellerin vorgelegten Dateien eine Überprüfung nicht zulassen würden. Stattdessen würde die Originalangebotsdatei im p7m-Format benötigt, welche der Antragstellerin vorläge.

47

Am 14.07.2019 legte die Antragstellerin ein Schreiben ihres IT-Systemadministrators vor, in dem die auf den Rechnern der Antragstellerin eingesetzte Software nebst jeweiliger Version aufgelistet wurde.

48

Am 16.07.2019 erinnerte die Antragsgegnerin an die Vorlage der erbetenen Originalangebotsdatei.

49

Die Antragsgegnerin erwiderte mit Schriftsatz vom 19.07.2019, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin liege keine Fehlfunktion der Vergabeplattform vor. Die Antragstellerin habe zum Submissionstermin am 25.03.2019 eine Datei „2-2 Formular Honorarangebot.xls“ abgegeben, die mit Ausnahme der anrechenbaren Kosten und der Zahl „14545“ bei den Leistungsphasen und Vergütung „1 GE“ keine weiteren Eintragungen enthalten habe. Zur Ursache dafür habe der Betreiber der

Vergabeplattform Ausführungen gemacht, die sich auf den Vorgang des Abspeicherns der Originalangebotsdatei bezögen.

50

Im weiteren Verlauf machte die Antragsgegnerin geltend, dass sich die Antragstellerin bei auftretenden Problemen im Zusammenhang mit der Angebotsabgabe an den technischen Support des Vergabeplattformbetreibers bzw. an die Zentralstelle Vergabewesen hätte wenden müssen.

51

Auch sei die Antragstellerin anscheinend nicht zu einer Zusammenarbeit mit der Antragsgegnerin sowie dem Plattformbetreiber zur Aufklärung des Sachverhalts bereit gewesen, welche aber zwingend notwendig gewesen wäre. Dessen ungeachtet gehe der Plattformbetreiber aber davon aus, dass die Plattform schlicht eine nicht ausgefüllte Excel-Datei von der Antragstellerin erhalten habe.

52

Die Antragsgegnerin hielt daran fest, dass alle von ihr zu beachtenden Vorgaben aus § 11 VgV eingehalten worden seien. Schließlich sei auch eine Hilfestellung für die Bearbeitung der Vergabeunterlagen im Bearbeitertool „AV...“ zur Verfügung gestellt worden, welche über die Vergabeplattform heruntergeladen werden konnte.

53

Mit Schriftsatz vom 21.07.2019 erklärte die Antragstellerin, sie habe alles ihr Mögliche getan, um ein finales Honorarangebot abzugeben. Es folgten weitere Ausführungen zum zeitlichen Ablauf und den aufgetretenen Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Abgabe ihres Honorarangebots. Zusammenfassend sei die Vergabeplattform in keiner Phase des gesamten Verfahrens geeignet gewesen, einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten.

54

Am 29.07.2019 legte die Antragstellerin der Vergabekammer ihre originale, auf die Vergabeplattform hochgeladene Angebotsabgabedatei (AUGS_WWW-NB-73101_1526596.p7m) vor.

55

Die Antragsgegnerin ergänzte mit Schriftsatz vom 30.07.2019, der von der Antragstellerin vorgelegte Screenshot, der den Zugang eines vollständig ausgefüllten, anforderungsgerechten Angebots belegen solle, zeige indes gerade nicht den Inhalt der hochgeladenen Datei. Es erschließe sich auch nicht, warum sich die Antragstellerin nicht an die in der Auftragsbekanntmachung genannte Kontaktstelle gewandt habe, um die aufgetretenen Probleme zu klären. Es werde erneut betont, dass die Vergabeplattform keine Fehler aufgewiesen habe, die im vorliegenden Fall einen möglicherweise eingetretenen Datenverlust verursacht haben könnte.

56

Mit Schriftsatz vom 04.08.2019 erneuerte und vertiefte die Antragstellerin ihren Vortrag dahingehend, von ihrer Seite alles Mögliche getan zu haben, um ein Angebot ordnungsgemäß abzugeben.

57

Mit Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 06.08.2019 wurde deren bisheriger Schriftverkehr mit dem Betreiber der Vergabeplattform übermittelt, in dem vergeblich versucht wurde, die technischen Hintergründe des Angebotsabgabevorgangs aufzuklären.

58

Mit Beschluss vom 07.08.2019 wurde die für den Zuschlag vorgesehene Bieterin ... GmbH zum Verfahren beigelegt.

59

Die Beteiligten wurden erneut mit Schreiben vom 06.09.2019 zur mündlichen Verhandlung am 08.10.2019, 10:00 Uhr in den Räumen der Regierung von Oberbayern geladen.

60

Mit Schreiben der Vergabekammer vom 12.09.2019 wurde der Betreiber der Vergabeplattform. R..., um Benennung eines fachkundigen Ansprechpartners gebeten, der ggf. als Zeuge zur mündlichen Verhandlung geladen werden könne.

61

Mit Schreiben der Vergabekammer vom 16.09.2019 wurde Herr B... A... als Vertreter des Plattformbetreibers als sachverständiger Zeuge zur mündlichen Verhandlung geladen, um über die technischen Hintergründe und möglichen Ursachen der unvollständigen Übermittlung der Angaben aus dem Preisblatt der Antragstellerin Auskunft zu geben.

62

Am 08.10.2019 fand in den Räumen der Regierung von Oberbayern die mündliche Verhandlung statt. Die Rechts- und Sachlage wurde erörtert, der sachverständige Zeuge zur Sache vernommen. Bzgl. der Einzelheiten wird auf die Niederschrift der mündlichen Verhandlung und der Zeugeneinvernahme verwiesen.

63

Die ehrenamtliche Beisitzerin hat die Entscheidung über die Beiladung, den Umfang der Akteneinsicht sowie im Falle einer Verfahrenseinstellung auf den Vorsitzenden und den hauptamtlichen Beisitzer übertragen.

64

Die Beteiligten wurden durch den Austausch der jeweiligen Schriftsätze informiert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

65

Die Vergabekammer Südbayern ist für die Nachprüfung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zuständig.

66

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus §§ 155, 156 Abs. 1, 158 Abs. 2 GWB i.V.m. §§ 1 und 2 BayNpV.

67

Gegenstand der Vergabe ist ein Dienstleistungsauftrag i.S.d. § 103 Abs. 1, 4 GWB. Die Antragsgegnerin ist Auftraggeber gemäß §§ 98, 99 Nr. 1 GWB. Der geschätzte Gesamtauftragswert überschreitet den gemäß § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwert in Höhe von 221.000 Euro erheblich.

68

Eine Ausnahmebestimmung der §§ 107 - 109 GWB liegt nicht vor.

69

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

70

Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es sein Interesse am Auftrag, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

71

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe eines Angebots nachgewiesen. Es ist nicht erkennbar, dass sie mit diesem Nachprüfungsantrag einen anderen Zweck verfolgt, als den, den strittigen Auftrag zu erhalten. Die Antragstellerin hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB insbesondere durch den Ausschluss ihres Angebots geltend gemacht.

72

Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht auch keine Rügepräklusion nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB entgegen, da die Antragstellerin nach der Mitteilung vom 03.05.2019, dass ihr Angebot ausgeschlossen werde, den Ausschluss am 13.05.2019 und damit innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen gerügt hat. Ob bereits das als „Einspruch“ bezeichnete Schreiben gegenüber dem Projektsteuerer der Antragsgegnerin vom 17.04.2019, das die Antragstellerin noch vor der Mitteilung der Ausschlussentscheidung absandte, als ihr bekannt wurde, dass ihr Angebot ausgeschlossen werden solle, als Rüge anzusehen ist, kann daher dahinstehen.

73

2. Der Nachprüfungsantrag ist nicht begründet.

74

Sowohl das Erstangebot als auch das finale Honorarangebot der Antragstellerin waren zwingend aufgrund der fehlenden Preisangaben im Formblatt 2.2 „finales Honorarangebot“ gem. § 53 Abs. 7 S. 2 VgV i.V.m. § 57 Abs. 1 Nr. 5 VgV auszuschließen. Das Vergabeverfahren war auch nicht in den Stand vor Abgabe der Erstangebote zurückzusetzen, weil nicht ersichtlich ist, dass die Antragsgegnerin gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 3 VgV verstoßen hat, auch wenn die technische Ursache dafür, warum die von der Antragstellerin hochgeladenen Angebotsformblätter nur kleine Eintragungsfragmente, aber nicht die geforderten Angaben enthielten, in der Beweisaufnahme nicht zweifelsfrei geklärt werden konnte.

75

2.1 Der zwingende Ausschluss sowohl des Erstangebots als auch des finalen Honorarangebots der Antragstellerin konnte auch nicht über eine Nachforderung der fehlenden Inhalte vermieden werden. Eine Nachforderung war gem. § 56 Abs. 3 S. 2 VgV nicht möglich. Zudem fehlten weitere Angaben, zu denen auch leistungsbezogene Teile wie etwa die Honorarzone oder Nebenkosten gehören. Derartige Angaben, die die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien betreffen, können gem. § 56 Abs. 3 S. 1 VgV ebenfalls nicht nachgefordert werden. Die von der Antragsgegnerin bzw. ihrem Projektsteuerungsbüro vorgenommene Nachforderung des ausgefüllten Honorarformblatts nach der Abgabe des Erstangebots vom 04.04.2019 bzw. 08.04.2019 war daher unzulässig und hätte nicht vorgenommen werden dürfen. Das Angebot der Antragstellerin hätte bereits zu diesem Zeitpunkt ausgeschlossen werden müssen.

76

Da das Angebot form- und fristgerecht, aber eben inhaltlich unvollständig abgegeben wurde, liegt kein Fall des § 57 Abs. 1 Nr. 1 VgV vor. Auf die Frage des Vertretenmüssens kommt es daher insoweit nicht an.

77

2.2 Das Vergabeverfahren war auch nicht in den Stand vor Abgabe der Erstangebote zurückzusetzen, weil nicht ersichtlich ist, dass die Antragsgegnerin gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 oder Abs. 3 VgV verstoßen hat.

78

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 müssen elektronische Mittel und deren technische 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.

79

Der Zugang zum Vergabeverfahren wird eingeschränkt, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber zum Hochladen der Angebote nebst Anlagen zur Verfügung gestellte IT-Anwendung fehlerbehaftet ist und ein Hochladen der Dokumente bzw. ein Übermitteln der Inhalte 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 (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.06.2019 - Verg 8/19; Müller in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 11 Rn. 18).

80

Im vorliegenden Verfahren ist es für die Vergabekammer schwierig, die Ursache der Übermittlung der Excel-Formblätter ohne die erforderlichen Inhalte eindeutig der Sphäre der Antragsgegnerin oder der Antragstellerin zuzuordnen. Nach der Beweisaufnahme durch Einvernahme des sachverständigen Zeugen A... und unter Berücksichtigung der Angaben der Antragstellerin und der Antragsgegnerin geht die Vergabekammer Südbayern von folgendem Sachverhalt aus:

81

Die Vergabekammer hält es für unplausibel, dass die Antragstellerin die jeweiligen Excel-Formblätter (2-2 Formular Honorarangebot.xls bzw. Architekt-Honorarangebot+final.xls) lediglich so rudimentär ausgefüllt hat, wie sie auf die Vergabepattform gelangt sind. Hiergegen spricht, dass die Antragstellerin auf die - rechtswidrige - Nachforderung von 04.04.2019 bzw. 08.04.2019 die ausgefüllten Formblätter vorlegen konnte. Insbesondere spricht hiergegen aber, dass die Antragstellerin bereits mehrfach erfolgreich elektronische Angebote abgegeben hat und beim finalen Angebot mehrere Versuche brauchte, um das Angebot überhaupt übermitteln zu können, wobei sie die Excel-Formulare immer wieder ausfüllen musste. Zudem waren bei der Angebotsabgabe der Antragstellerin die Herren G... und B... beide anwesend, so dass ein derart gravierender Flüchtigkeitsfehler nicht anzunehmen ist. Im Übrigen waren auf den betreffenden Formblättern auch nur wenige Angaben zu machen.

82

Die Vergabekammer geht daher davon aus, dass ein nicht mehr aufklärbarer Umstand bei der Bearbeitung der Excel-Formblätter mit dem Programm Microsoft Excel (Microsoft Office Home + Business 2013) nach dem Herunterladen und Öffnen des Ausschreibungspakets in der Software AV... (Version 4.10.2.2537) dazu führte, dass die ursprünglich von den Vertretern der Antragstellerin eingegebenen Eintragungen in den Formblättern nicht gespeichert wurden. Anhand der Hash-Werte kann nämlich nach den Erläuterungen des sachverständigen Zeugen A... nachvollzogen werden, dass die Unterlagen, die die Antragstellerin zuletzt mit dem Ausschreibungspaket über AV... auf die Vergabepattform hochgeladen hat, mit denen identisch sind, die die Antragsgegnerin bei der Öffnung auf der Vergabepattform vorgefunden hat. Aus den Log-Dateien, die lediglich die letzte Sitzung darstellen, ist dagegen nicht ersichtlich, was sich beim Bearbeitungs- und Speichervorgang der Excel-Dateien ereignet hat.

83

Die technisch letztlich nicht aufklärbare Problematik einer Sphäre zuzuordnen ist in diesem Zusammenhang schwierig. Wurde das Nicht-Speichern der Inhalte durch Excel ausgelöst, läge die Ursache in der Sphäre der Antragstellerin, läge sie in einer Fehlfunktion der von der Antragsgegnerin zur Verfügung gestellten Excel-Datei wäre sie der Antragsgegnerin zuzurechnen. Beim von der R..., der Erfüllungsgehilfin der Antragsgegnerin, zur Verfügung gestellten, lokal auf der Hardware der Bieter installierten Bieterclient AV... ist zu differenzieren: Hier ist es Sache des Bieters dafür zu sorgen, dass dieser korrekt installiert ist, aktuell gehalten wird (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 19.03.2018 - Z3-3-3194-1-54-11/17) und in erforderlichen Maß mit der Vergabepattform kommunizieren kann. Zu Lasten der Vergabestelle gingen hier Programmfehler, die unter bestimmten Voraussetzungen die Angebotsabgabe verhindern oder das Bearbeiten und Speichern der Dateien in den Angebotspaketen stören oder Besonderheiten der Bedienung sowie sonstige Umstände, auf die die Vergabestelle nach § 11 Abs. 3 VgV hinweisen müsste.

84

Ein Bedienungsfehler der Antragstellerin kann nach der vorliegenden Sachlage weder ausgeschlossen noch unterstellt werden. Nach Angaben des sachverständigen Zeugen A... wäre die wahrscheinlichste technische Ursache für das Nichtenthaltensein der Eingaben der Antragstellerin im übermittelten Excel-Formular, dass die Antragstellerin das Formular in Excel geöffnet hat, dabei ordnungsgemäß die VBA-Makros aktiviert hat (sonst wäre das Excel-Honorarformular nicht grün angezeigt worden), dann das Formular wieder geschlossen und zwischengespeichert hat und beim erneuten Öffnen das Aktivieren der Makros unterlassen hat. Angesichts der Tatsache, dass die Problematik der fehlenden Inhalte zweimal, beim Erst- und beim finalen Angebot aufgetreten ist und in den jeweiligen Formularen nur ganz wenige Eintragungen vorzunehmen waren, erscheint das Schließen und erneute Öffnen ohne Aktivierung der Makros als Fehlerursache wenig wahrscheinlich. Zudem hat die Antragstellerin angegeben, so nicht vorgegangen zu sein und sich an die Anleitung der Antragsgegnerin gehalten zu haben.

85

Im vorliegenden Fall kann die Vergabekammer Südbayern aber auch keinen Verstoß der Antragsgegnerin gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 VgV erkennen. Der sachverständige Zeuge A... hat erklärt, dass er nachvollzogen habe, dass die den Bietern mit dem 3. Änderungspaket zur Verfügung gestellte Excel-Datei (mit der Endung .xls) anders als die fehlerhaften früheren Versionen (mit der Endung .xlsx) bei korrekter Bedienung tatsächlich funktionierte. Dies zeigt auch die erfolgreiche Angebotsabgabe der beiden anderen Bieter, die ihre Eintragungen in den jeweiligen Excel-Dateien auch erfolgreich abspeichern konnten. Auch die Übermittlung mittels AV... an die Vergabepattform funktionierte im maßgeblichen Zeitpunkt nachweislich, denn die Excel-Datei der Antragstellerin enthielt ja bereits im Moment der Übertragung nicht

mehr die eingetragenen Inhalte. Aus diesem Grund muss ein Umstand entweder in den IT-Systemen der Antragstellerin oder bei der Bedienung des Systems dafür ursächlich sein, dass sie im Gegensatz zu den „erfolgreichen“ Bietern, die die Inhalte des Honorarformblatts speichern und übermitteln konnten, ihre eingegebenen Inhalte nicht speichern und übermitteln konnte. Kann im Rahmen der von der Vergabekammer vorzunehmenden Sachverhaltsermittlung und Beweiserhebung die Ursache für eine fehlerhafte Angebotsabgabe nicht geklärt werden, geht dies nicht automatisch zu Lasten der Vergabestelle, wenn dieser kein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 VgV nachgewiesen werden kann und eine Ursache in der Sphäre des Bieters wahrscheinlich ist.

86

Die Antragsgegnerin hat auch nicht gegen § 11 Abs. 3 VgV verstoßen. Nach dieser Vorschrift muss der öffentliche Auftraggeber den Unternehmen alle notwendigen Informationen zur Verfügung stellen über die in einem Vergabeverfahren verwendeten elektronischen Mittel, die technischen Parameter zur Einreichung von Teilnahmeanträgen, Angeboten und Interessensbestätigungen mithilfe elektronischer Mittel und verwendete Verschlüsselungs- und Zeiterfassungsverfahren.

87

Aufgrund des hier komplexen, nicht selbsterklärenden und fehlerträchtigen Angebotsabgabevorgangs war die Antragsgegnerin hier gehalten, den Bietern detaillierte Erläuterungen in den Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stellen (vgl. VK Südbayern, Beschluss vom 19.03.2018 - Z3-3-3194-1-54-11/17 zum gegenteiligen Fall). Die in den Vergabeunterlagen mehrfach enthaltene Anleitung zur von der Vergabestelle nicht gewollten Angebotsabgabe ohne AV... war diesbezüglich weder hilfreich noch ausreichend.

88

Ausreichend war jedoch die mit dem 3. Änderungspaket am 14.03.2019 mitgelieferte detaillierte Anleitung in der Datei Hilfestellung beim Bearbeiten der Vergabeunterlagen im Tool AV...pdf, in der die wesentlichen Verfahrensschritte anschaulich dargestellt waren. Dort wurde insbesondere auch dargestellt, dass in den Excel-Formularen die Makros stets zu aktivieren sind.

89

Im Übrigen war auch aus dem Bieterclient AV... für die Antragstellerin hinreichend deutlich erkennbar, dass ihre zunächst eingetragenen Honorarsummen nicht an die Plattform übermittelt wurden. Auf der Maske des Bieterclients AV..., die den Start des Abgabeassistenten ermöglicht, waren in den rechten Feldern jeweils die Angebotssummen mit 0,00 € dargestellt, was nicht den Eintragungen der Antragstellerin entsprach. Hieraus hätte die Antragstellerin ersehen können, dass ihre zunächst eingetragenen Honorarsummen nicht übermittelt würden. Dies stellt - zusammen mit der o.g. detaillierten Anleitung ... eine ausreichende Information über die technischen Parameter zur Abgabe von Angeboten mit Hilfe elektronischer Mittel i.S.v. § 11 Abs. 3 Nr. 2 VgV dar.

90

Die Tatsache, dass bei dem von der Antragsgegnerin verwendeten System, anders als bei der Abgabe eines Leistungsverzeichnisses in einer GAEB-Datei, bei der in AV... bei Unvollständigkeit ein Hinweis erscheinen würde bzw. (je nach Einstellung) der Abgabeassistent nicht gestartet werden könnte, bei einer Excel-Datei das Angebot abgegeben werden kann, auch wenn wesentliche Angaben fehlen, führt nicht zu einem Verstoß gegen § 11 Abs. 3 VgV. Implementierungen, die dazu führen, dass im Zusammenhang mit fehlenden Eintragungen die Angebotsabgabe nicht möglich ist, sind stattdessen sogar kritisch zu sehen, da es nicht Sache von eVergabe-Software ist, zu entscheiden, wie mit unvollständigen Angeboten zu verfahren ist.

91

Aufgrund der nur teilweisen Aufklärbarkeit des Sachverhalts kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass der unbekannte Umstand, der letztlich dazu führte, dass die Eintragungen der Antragstellerin in den Honorarformblättern nicht gespeichert und nicht übertragen wurden, ein solcher gewesen sein könnte, auf den die Antragsgegnerin - hätte sie ihn gekannt - gem. § 11 Abs. 3 VgV hätte hinweisen müssen. Im Hinblick auf den auch im Vergaberecht geltenden Grundsatz der Verhältnismäßigkeit § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB kann ein Unterlassen einer Information nach § 11 Abs. 3 VgV nur dann zu Lasten eines Auftraggebers gehen, wenn er den entsprechenden Umstand gekannt oder pflichtwidrig nicht gekannt hat. Davon ist im vorliegenden Sachverhalt nicht auszugehen, da die technische Ursache nicht einmal unter Einbeziehung des Plattformbetreibers zu klären war.

92

Da das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschließen und das Vergabeverfahren auch nicht in den Stand vor Abgabe der Erstangebote zurückzusetzen war, war der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

3. Kosten des Verfahrens

93

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 182 Abs. 3 S.1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist vorliegend die Antragstellerin.

94

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 182 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 50.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und, wenn der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung außergewöhnlich hoch sind, bis zu einem Betrag vom 100.000 Euro erhöht werden kann.

95

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr wird vorliegend auf ...,00 Euro festgesetzt.

96

Die Antragsgegnerin ist als Gemeinde von der Zahlung der Gebühr nach § 182 Abs. 1 S.2 GWB i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr.3 VwKostG (Bund) vom 23. Juni 1970 (BGBl. I S. 821) in der am 14. August 2013 geltenden Fassung befreit.

97

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskraft verrechnet.

98

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin beruht auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

99

Die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters wird als notwendig i.S.v. § 182 Abs. 4 S.4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 S. 3, Abs. 3 S. 2 BayVwVfG angesehen. Die anwaltliche Vertretung war erforderlich, da eine umfassende Rechtskenntnis und damit eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nach dem GWB nicht erwartet werden kann. Dies muss insbesondere hier in der Fallgestaltung mit weitgehend neuen und rechtlich nicht abschließend geklärten Fragen der eVergabe gelten. Zur Durchsetzung ihrer Rechte war die Antragsgegnerin hier aufgrund der komplexen Rechtsmaterie auf anwaltliche Vertretung angewiesen. Hierüber hinaus war die Zuziehung eines anwaltlichen Vertreters notwendig, um die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen Antragstellerin herzustellen.

100

Auch wenn die Beigeladene keine Anträge gestellt hat, muss die Vergabekammer von Amts wegen über die Aufwendungen der Beigeladenen entscheiden.

101

Die Entscheidung über die Tragung der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen folgt aus § 182 Abs. 4 S. 2 GWB. Danach sind Aufwendungen des Beigeladenen nur erstattungsfähig, wenn die Vergabekammer sie als billig erachtet. Dabei setzt die Erstattungsfähigkeit jedenfalls voraus, dass der Beigeladene sich mit demselben Rechtsschutzziel wie der obsiegende Verfahrensbeteiligte aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat (OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.02.2010, Az.: Verg W 10/09). Die bisherige Rechtsprechung der Vergabesenate hat den Beigeladenen kostenrechtlich nämlich nur dann wie einen Antragsteller oder Antragsgegner behandelt, wenn er die durch die Beiladung begründete Stellung im Verfahren auch nutzt, indem er sich an dem Verfahren beteiligt (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, Az.: X ZB 14/06). Dafür muss eine den Beitritt eines Streithelfers vergleichbare Unterstützungshandlung erkennbar sein, an Hand derer festzustellen ist, welches (Rechtsschutz-) Ziel ein Beigeladener in der Sache verfolgt (OLG Celle, Beschluss vom 27.08.2008, Az.: 13

Verg 2/08). Ist eine solche nicht ersichtlich, handelt es sich bei den entstandenen Aufwendungen des Beigeladenen nicht um solche zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 11.02.2010, Az.: 1 VK 76/10). Eine eigene Antragstellung ist nicht Voraussetzung für eine aktive Beteiligung des Beigeladenen mit der Folge, dass auch ihm die Kosten des Verfahrens auferlegt werden können. Auch ohne Antragstellung kann sich das Rechtsschutzziel eines Beteiligten aus den eingereichten Schriftsätzen eindeutig ergeben (OLG Rostock, Beschluss vom 21.07.2017, 17 Verg 2/17).

102

Die Beigeladene hat sich aber weder durch schriftsätzlichen noch mündlichen Vortrag aktiv am Verfahren beteiligt. Hierdurch hat sie das gegenständliche Verfahren nicht wesentlich gefördert und kein Kostenrisiko auf sich genommen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.06.2014, VII-Verg 12/03).