

**Vergabekammer des Landes Berlin**

**1. Beschlussabteilung**

**VK - B 1- 27/14**



## **B e s c h l u s s**

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

Xxx GmbH & Co. KG,  
vertreten durch die Firma xxx GmbH,  
diese vertreten durch den Geschäftsführer xxx,  
xxx, xxx

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

Xxx Rechtsanwälte,  
xxx, xxx  
gegen

Land Berlin, vertreten durch das Landesverwaltungsamt Berlin,  
dieses vertreten durch den Direktor Andreas Baumgart,  
Fehrbelliner Platz 1, 10707 Berlin,

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

Xxx Rechtsanwälte,  
xxx, xxx Berlin

wegen Ausschreibung Beschaffung von Büro- und Schulbedarf

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch die Vorsitzende Soth-Schulz, den hauptamtlichen Beisitzer Weber und den ehrenamtlichen Beisitzer Krüger am 14.04.2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Verfahrensgebühren werden auf xxx EUR festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und -vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den Antragsgegner wird für notwendig erklärt.

**Gründe**

## I.

Der Antragsgegner schrieb am 01.10.2014 mit europaweiter Bekanntmachung (2014/S 188-331530) die Lieferung von Büro- und Schulbedarf in mehreren Losen im offenen Verfahren aus. Nach Ziffer II.1.3) der Vergabebekanntmachung beträgt die Laufzeit der abzuschließenden Rahmenvereinbarung ein Jahr beginnend mit dem 01.02.2015 mit einer dreimaligen Verlängerungsoption von jeweils 12 Monaten gemäß Ziffer II.2.3).

Unter Ziffer VI.3) Zusätzliche Angaben hat der Antragsgegner unter 1. angegeben:

„Die Abgabe der Angebote kann wahlweise elektronisch (mit Signatur) oder konventionell in Papierform erfolgen.

...

Die Übermittlung hat entweder schriftlich...zu erfolgen oder über die Vergabeplattform des Landes Berlin...

...

Die Übersendung per Telefax oder mittels E-Mail ist nicht zulässig. Angebote, die per Fax oder per E-Mail übersandt werden, werden im Verfahren nicht berücksichtigt“.

Nach Ziffer IV.3.4) der Bekanntmachung war Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 10.11.2014 – 23:59 Uhr.

Der Antragsgegner bediente sich hinsichtlich der technischen Begleitung des Vergabeverfahrens der IT-Firma xxx AG. Auf die Erreichbarkeit der Firma xxx zu technischen Fragen der Vergabeplattform der xxx Software von Montag bis Donnerstag von 8.00 bis 18.00 Uhr und an Freitagen von 8.00 bis 16.00 Uhr war auf der Vergabeplattform des Landes Berlin hingewiesen worden. Das Handbuch der Firma xxx enthält zwar einen Hinweis auf den Onlinesupport, jedoch keinen Hinweis zur Erreichbarkeit.

Die Antragstellerin beabsichtigte, sich am 10.11.2014 mit einem elektronischen Angebot an der Ausschreibung zu beteiligen. Es gelang ihr jedoch nicht die entsprechenden Dateien hochzuladen. Daraufhin hat die Antragstellerin dem Antragsgegner sämtliche Angebotsunterlagen an dessen E-Mail-Adresse übersandt und am darauffolgenden Tag das Angebot körperlich ausgedruckt und dem Antragsgegner übermittelt.

Mit Schreiben vom 25.11.2014 informierte der Antragsgegner die Antragstellerin, dass ihr Angebot wegen verspäteten Eingangs ausgeschlossen werde.

Am 05.12.2014 rügte die Antragstellerin durch Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten den Ausschluss der Antragstellerin aufgrund der Fehlerhaftigkeit des elektronischen Portals als vergaberechtswidrig. Außerdem habe die Hotline der Fir-

ma xxx nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestanden und sei für Rückfragen nach 18.00 Uhr nicht mehr ansprechbar gewesen.

Der Antragsgegner wies die Rüge mit Schreiben vom 11.12.2014 wegen des verspätet eingegangenen Angebots der Antragstellerin zurück. Ein technischer Systemfehler könne ausgeschlossen werden, da ein digitales Angebot einer anderen Firma zum gleichen Zeitpunkt eingegangen sei. Die Antragstellerin hätte das Angebot abgeben können, wenn das Formular ordnungsgemäß bearbeitet worden wäre.

Mit am 11.12.2014 bei der Vergabekammer eingegangenem Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage hat die Antragstellerin Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Diesen Antrag hat die Vergabekammer dem Antragsgegner am 15.12.2014 übermittelt.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, ihr Nachprüfungsantrag sei zulässig, da sie am 10.11.2014 und am 11.11.2014 innerhalb der gesetzten Frist ein Angebot abgegeben habe. Sie habe damit ein Interesse am Auftrag bekundet. Durch das Schreiben vom 05.12.2014 habe sie den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß des rechtswidrigen Angebotsausschlusses auch unverzüglich im Sinne von § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, die Voraussetzungen für den Ausschluss ihres Angebotes hätten nicht vorgelegen. Das elektronische Portal des Antragsgegners sei im Zusammenhang mit der Absendung eines Angebotes durch die Antragstellerin fehlerhaft gewesen, im Umfeld der Firma xxx habe ein technisches Problem existiert. Sie, die Antragstellerin, habe entsprechend den Vorgaben der Firma xxx bei der Erstellung des elektronischen Angebotes sowohl über den Foxit Reader wie auch über die Vollversion von Adobe Acrobat die entsprechenden über Ava Sign heruntergeladenen Dateien bzw. Masken entsprechend den einzelnen vorgegebenen Schritten ordnungsgemäß ausgefüllt. Die Antragstellerin hat von den einzelnen Versuchen des „Hochladens“ Screenshots angefertigt und diese als Anlagen (Anlage AST 4 bis AST 11) zum Nachprüfungsantrag eingereicht und erläutert. Entscheidend dafür, dass ein Hochladen der Dateien nicht möglich war, sei aus Sicht der Antragstellerin der Umstand, dass die Datei Wirt 313, obwohl von ihr ordnungsgemäß, vollständig und sachgerecht ausgefüllt, nicht habe hochgeladen werden können.

In einem anderen Verfahren des Antragsgegners – 14 Tage nach dem 10.11.2014 – habe sie unter Verwendung der Ava Sign Version 4.4.1. erfolgreich ein Angebot platziert. Dies belege, dass sowohl die Version 4.4.1, wie aber auch die Version 4.6.1 als gleichwertige voll funktionsfähige Firmenanwendungssoftware die Teilnahme am Vergabeverfahren gegenüber dem Antragsgegner möglich machten.

Im Übrigen habe die Antragstellerin auch den „Abgabeassistenten“ benutzt, die in den Anlagen 4 bis 12 dokumentierten Schritte seien außerhalb des Abgabeassistenten überhaupt nicht möglich.

Weiter sei auch die eingesetzte Signaturkarte gültig gewesen. Auch die eingesetzte Version des Bieterprogramms sei kompatibel für ein Bieterangebot gewesen.

Im Übrigen bestreitet die Antragstellerin die vom Antragsgegner vorgetragene Fehler. Insgesamt scheitere die Beweisführung des Antragsgegners schon deswegen, weil nach dessen eigenem Vortrag derjenige, der ein wirksames Angebot neben der Antragstellerin zur gleichen Zeit abgegeben haben soll, nicht in der Beschreibung im System gemeldet wird.

Die vom Antragsgegner angeführten Beweismittel würden lediglich einen allgemeinen Hinweis auf das optimale Ausfüllergebnis eines Bieters darstellen und hätten darüber hinaus keine Aussagekraft. Weiter seien die Anlagen 1-3 des Antragsgegners keine tauglichen Beweismittel. Wenn überhaupt, würden sie lediglich belegen, dass der Antragsgegner die Sendeversuche und Bearbeitungsversuche der Antragstellerin nur bruchstückhaft erfasst habe und damit ihrerseits den Beweis fehlerhafter Struktur in sich tragen.

Da Zugriffslogs auf dem Webserver der Firma xxx eventuell nicht mehr zur Verfügung stehen, trete eine Beweislastumkehr ein, so dass der Antragsgegner beweisen müsse, dass sich die Antragstellerin einen „Fehler beim Hochladen“ und „Ausfüllen der Dateien“ hätte zu Schulden kommen lassen.

Weiter wirft die Antragstellerin dem Antragsgegner vor, das gegenständliche Verfahren unter Missachtung der Vorschriften der EU Richtlinie 2014/24 EU vom 26.2.2014 und unter Verstoß gegen das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung vom 25.7.2013 organisiert zu haben. Außerdem würde § 3 a VwVfG (Bund) den Antragsgegner zur Bereitstellung eines alternativen elektronischen „Formats“ verpflichten.

Zudem habe die Antragstellerin innerhalb der gesetzten Frist auch alle Bieterunterlagen per E-Mail übermittelt, so dass sie im Bieterverfahren zu berücksichtigen sei.

Die Antragstellerin sieht weiterhin einen Vergaberechtsverstoß darin, dass die Hotline der Firma xxx nach 18.00 Uhr nicht mehr zu erreichen war und, dass diese zeitliche Grenze der besetzten Hotline nicht im Handbuch der Firma xxx veröffentlicht war, bzw. im eingeloggten förmlichen Vergabeverfahren dazu keinerlei Information mehr zu erlangen war. Erforderlich wäre ein Hinweis an deutlicher Stelle - sowohl im Benutzerhandbuch wie aber auch in den Menüpunkten - gewesen, dass die Hotline auch bei Fristablauf nur bis 18.00 Uhr besetzt sei. Dies ergebe sich auch aus der im Verwaltungsverfahren geltenden Fürsorgepflicht der Behörde entsprechend der Regelung des § 25 VwVfG. Der Hinweis der Hotline auf den Angaben der Website im Allgemeinen erschiene daher als Fürsorgepflichtverletzung, was dazu geführt habe, dass die Antragstellerin das Angebot zu spät abgegeben habe.

Die Antragstellerin beantragt,

1. den Antragsgegner zu verpflichten, den Zuschlag nur unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin zu erteilen;
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
3. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen;
3. die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Verfahren für notwendig zu erklären;
4. das Verfahren ggf. ohne mündliche Verhandlung zu entscheiden.

Der Antragsgegner ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei offensichtlich unbegründet. Da bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe kein unterschriebenes bzw. elektronisch signiertes Angebot der Antragstellerin vorgelegen habe, sei die Antragstellerin nach § 19 EG Abs. 3 lit. e VOL/A zwingend vom weiteren Verfahren auszuschließen gewesen.

Eine subjektive Rechtsverletzung durch den Antragsgegner liege nicht vor. Das elektronische Portal sei nicht fehlerhaft gewesen. Die auf der Vergabepattform zur Verfügung gestellten Dokumente hätten bei sachgemäßer und fehlerfreier Anwendung jederzeit eine form- und fristgerechte Angebotsabgabe ermöglicht. Die Antragstellerin habe durch eine augenscheinlich fehlerhafte Bedienung keine ordnungsgemäße Angebotsabgabe mit dem elektronischen Bieterprogramm AVA-Sign erstellt, geschweige denn hochgeladen.

Der Antragsgegner hat in seinem Schriftsatz vom 23.01.2015 (S. 2 und 3) die Angebotsabgabe mit dem o.g. Bieterprogramm zunächst in den einzelnen Schritten dargestellt. Mit Blick darauf seien der Antragstellerin bei der digitalen Angebotsabgabe in mehrfacher Hinsicht Fehler unterlaufen.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei der Abgabeassistent nicht genutzt worden, was an der Maske aus der Anlage 12 zu erkennen sei, die bei einer digitalen Eingabe mit Hilfe des Abgabeassistenten nicht angezeigt werde.

Zur Frage der fehlenden Signatur verweist der Antragsgegner auf den Verantwortungsbereich der Antragstellerin, dafür Sorge zu tragen, dass ihre Signaturkarte gültig sei.

Weiter sei die aktuelle Version 4.6.2 des Bieterprogramms AVA-Sign nicht durch einfaches Herunterladen genutzt worden. Die einfache Funktion „Signieren“ sei in der aktuellen Version 4.6.2 deaktiviert worden. Die Nichtbenutzung der aktuellen Version des Bieterprogramms AVA-Sign stelle ebenfalls eine Fehlerquelle dar.

Ein weiterer Fehler habe darin gelegen, dass die Antragstellerin die Datei erst signiert und anschließend bearbeitet habe, was sich aus der Anlage 5 (Screenshot Abb. 2) ergebe. Dies führe zum Bruch der Signatur.

Zudem hätte die Antragstellerin die Datei - entgegen der Anleitung der xxx - Vorgaben - mehrfach heruntergeladen, was sich ebenfalls aus der Anlage AST 5 (Screenshot Abb. 1 und Screenshot Abb. 11) ergebe. Aus den letztgenannten Screenshots ergebe sich auch, dass unterschiedliche Schreibschutz-Fehlermeldungen von der Antragstellerin mehrfach ignoriert worden seien.

Weiter sei das Programm OpenLimit (zum Prüfen der Signatur) von der Antragstellerin durch fehlerhaftes Signieren deaktiviert worden, was auch aus der Anlage 5 (Screenshot Abb. 12) erkennbar sei.

Außerdem sei in der geöffneten Datei die gleiche Datei als Anlage eingefügt worden (Anlage 5 Screenshot Abb. 13).

Gegen eine rechtzeitige Abgabe eines Angebots durch die Antragstellerin spreche auch die protokollierte Liste der Firma xxx, die die Abgabe eines Angebots durch die Antragstellerin nicht ausweise.

Ein weiterer Anwendungsfehler sei darin zu sehen, dass die Antragstellerin nach Einreichung der Angebotserstellung keine Verbindung zum Internet und damit zur Plattform der e-Vergabe in einem durchgängigen Prozess hergestellt habe.

Außerdem sei dem Systemprotokoll zu entnehmen, dass eine gültige digitale Signierung zum streitgegenständlichen Zeitpunkt – am 10.11.2014 bis 23.59 Uhr möglich

gewesen sei, da das Signaturprüfprotokoll nachweist, dass eine andere Firma bei ihrem Angebot vom 10.11.2014, 23.34 Uhr eine gültige digitale Signatur erfolgreich angewandt habe.

Zudem sei anhand des technischen Monitoring erkennbar, dass die Vergabeplattform in der betreffenden Zeit zu 100% funktional erreichbar war.

Die Fehlerquellen hätten ihren alleinigen Ursprung in der Sphäre der Antragstellerin. Daraus folge, dass die Antragstellerin die nicht form- und fristgerechte Angebotsabgabe in eigener Verantwortung verursacht und deshalb zu vertreten habe.

Die Nummer der Hotline befinde sich als Information auf der Startseite der Vergabeplattform des Landes Berlin sowie im Bieterbereich als Fußzeile und sei barrierefrei zugänglich. Im Übrigen bestehe zwischen der vom Antragsgegner vorgegebenen Frist, bis zu der die Antragstellerin ein Angebot hätte abgeben können und der Erreichbarkeit der Hotline der Firma xxx kein Zusammenhang.

Weiter sei der Antragsgegner seiner Fürsorgepflicht auch in sonstiger Weise nachgekommen, da eine Pflicht, wonach die Hotline im elektronischen Vergabeverfahren bis zum Ende der Angebotsabgabefrist erreichbar sein müsse, weder in gesetzlichen noch verfahrensrechtlichen Regelungen vorgesehen sei. Im Übrigen sei die Startseite der Vergabeplattform mit den Hinweisen zur Erreichbarkeit der Hotline jederzeit, auch im direkten Arbeitsbetrieb, abrufbar. Die fehlerhafte und verspätete Angebotsabgabe beruhe zudem auf einem Organisationsverschulden der Antragstellerin.

Art. 22 der Richtlinie 2014/24/EU finde auf das hiesige Verfahren keine Anwendung. Einer Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des Vergaberechts würden öffentliche Auftraggeber und Gerichte vor der Umsetzung der Richtlinie nicht unterliegen. Das Umsetzungsgebot gelte erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist, da die Herstellung einer richtlinienkonformen Rechtslage vor diesem Zeitpunkt noch nicht geboten sei. Für Art. 22 der RL 2014/24/EU gelte überdies eine längere Umsetzungsfrist. Die e-Vergabe solle erst spätestens 30 Monate nach Ablauf der Umsetzungsfrist der Grundsatz sein. Durch die Verlängerung der Frist zur Umsetzung bis sogar in das Jahr 2018 werde bestätigt, dass gerade keine Pflicht zur Umsetzung der Bestimmungen in Art. 22 der RL 2014/24/RL bestehen solle.

Der Vortrag der Antragstellerin zu § 2 EGOVG gehe ebenfalls fehl, da eine vollständige Angebotsabgabe über eine De-Mail-Adresse durch die Antragstellerin ebenfalls bis um 23.59 Uhr des Angebotsablaufes nicht erfolgt sei. Zudem richte sich die Verpflichtung zur Einrichtung des De-Mail-Verfahrens allein an die Behörden des Bundes, sie besage nicht, dass das De-Mail-Verfahren im Verwaltungsverfahren standardmäßig zur Anwendung kommen müsse.

Die Antragstellerin bestreitet das Vorliegen der vom Antragsgegner dargelegten Fehlerquellen, sie geht davon aus, dass die vom Antragsgegner vorgelegte Liste nach Anlage 6 entweder unvollständig ist oder aber das System, aus dem die Liste ausgedruckt wurde, fehlerhaft arbeitete oder nach wie vor arbeitet.

Auf Anregung der Antragstellerin hin hat die Vergabekammer den Antragsgegner gebeten, die Protokolle der Firma xxx über die Logins am 10.11.2014 betreffend die Antragstellerin und sonstige damit in Zusammenhang stehende Unterlagen vollständig vorzulegen. Der Antragsgegner hat daraufhin am 12.02.2015 eine umfangreiche

Stellungnahme nebst Logtabellen und prozessinternen Protokollierungen der Firma xxx vorgelegt, in der diese ausführt, dass die Offenlegung der Logdateien in Teilen ein Problem darstelle, da das eigentliche Problem der Antragstellerin ein nicht durchgeführter Abgabeprozess war, so dass in den Logdateien der xxx und der Plattform auch kein relevanter Eintrag vorhanden sei.

Aus dem technischen Monitoring der Vergabeplattform sei gemäß dem übermittelten Auszug aber eine 100%ige Verfügbarkeit erkennbar. Hinsichtlich der weiteren Erläuterungen wird auf die Darlegungen der Firma xxx vom 12.02. 2015 und deren Ergänzung vom 10.03.2015 verwiesen.

Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen für eine Beweislastumkehr nicht vor, da allein ein Bedienungsfehler der Antragstellerin Ursache für die Nichtabgabe eines Angebots gewesen sei.

Eine Urkundenvernichtung könne schon deshalb nicht stattgefunden haben, weil dies als Vorstufe voraussetzen würde, dass die Antragstellerin keinen Bedienungsfehler begangen habe.

Mit Beschluss vom 17.03.2015 ist der Antragstellerin Akteneinsicht gewährt worden. Danach hat die Antragstellerin ergänzend vorgetragen, der Antragsgegner habe keine Logfiles vorgelegt, aus denen sich ergeben könnte, an welcher Stelle die Antragstellerin tatsächlich einen Eingabefehler mit konkreter Beschreibung sich habe zu Schulden kommen lassen. Sie weist nochmals darauf hin, dass sie entsprechend den Screenshots „das Paket geladen“ habe, das Ausfüllen und Hochladen aber nicht funktioniert habe, so dass sie „die PDF's außerhalb bearbeitet, manuell unterzeichnet und eingescannt habe, um sie dann als zusätzliches Dokument hochzuladen. Ein Signieren sei trotzdem nicht möglich gewesen.

Der Antragsgegner hat daraufhin nochmals darauf hingewiesen, dass von der Plattform eine AVA-Sign-Paketdatei, in der sich PDF-Dateien und das Leistungsverzeichnis befinden, zu laden gewesen sei, wobei ein direktes Laden der PDF-Dateien nicht möglich gewesen sei. Bei einer Bearbeitung der Dokumente außerhalb von AVA-Sign schlage die Fehlerprüfung des PDF-Angebotsschreibens an und verweigere beim Betreten des Abgabeassistenten die Abgabe wegen Unvollständigkeit des Angebotes. Nur ein digital ausgefülltes (mit Foxit oder dem Adobe-Vollprodukt) PDF und ein ausgefülltes Leistungsverzeichnis erlaube die digitale Abgabe. Im konkreten Fall habe das Leistungsverzeichnis in Form einer Excel-Datei vorgelegen und habe auch mit Excel ausgefüllt werden müssen. In den Screenshots der Antragstellerin sei klar ersichtlich, dass die Dateien in Excel noch geladen gewesen seien und somit nicht abschließend in das AVA-Sign-Paket hätten gespeichert werden können. Excel habe die Dateien daher noch gesperrt. Eine Beweisaufnahme sei wegen des Eingabefehlers der Antragstellerin daher nicht notwendig.

Wegen des weiteren Vorbringens wird ergänzend auf die Verfahrensakte verwiesen.

Die Kammer hat mit Zustimmung der Beteiligten gemäß § 112 Abs. 1 S. 3 GWB nach Lage der Akten entschieden.

## II.



Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

1.

Zum Vorwurf, der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin sei vergaberechtswidrig

a)

Das von der Antragstellerin abgegebene Angebot ist vom Antragsgegner vergaberechtsgemäß ausgeschlossen worden. Nach § 19 EG Abs. 3 lit. e VOL/A sind Angebote auszuschließen, die nicht form- und fristgerecht eingegangen sind, es sei denn, der Bieter hat dies nicht zu vertreten.

Nach Ziffer IV.3.4) der Bekanntmachung war Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 10.11.2014 – 23:59 Uhr. Nach der Bekanntmachung Ziffer VI. 3) hatte die Übermittlung entweder schriftlich zu erfolgen oder über die Vergabeplattform des Landes Berlin. Nach § 16 EG Abs. 1 VOL/A unterliegt die Festlegung, in welcher Form Angebote einzureichen sind, dem Auftraggeber. Dabei müssen auf dem Postweg oder direkt übermittelte Angebote unterschrieben sein, elektronisch übermittelte Angebote sind mit einer „fortgeschrittenen elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz und den Anforderungen des Auftraggebers oder mit einer „qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz“ zu versehen.

Unstreitig lag ein Angebot der Antragstellerin innerhalb der Angebotsfrist weder in schriftlicher noch in digitaler Form mit elektronischer Signatur vor. Dies ergibt sich auch aus der E-Mail der Antragstellerin vom 10.11.2014 - 23.57 Uhr, in der diese mitteilt, dass eine fristgerechte Angebotsabgabe über die Vergabeplattform aufgrund von Problemen mit der elektronischen Signatur nicht möglich gewesen sei. Die Übermittlung des Angebotes als Anhang dieser E-Mail entsprach nicht den Vorgaben der Ausschreibung. Die Einreichung eines Angebotes in Papierform am 11.11.2014 erfolgte nicht mehr fristgerecht.

b)

Die nicht fristgerechte Einreichung des Angebots der Antragstellerin ist auch von dieser zu vertreten. Die Antragstellerin konnte - auch im Verlaufe des verhältnismäßig langen Nachprüfungsverfahrens - nicht zur Überzeugung der Vergabekammer darlegen, dass der Antragsgegner die nicht fristgerechte Abgabe ihres Angebotes aufgrund einer Fehlerhaftigkeit des eingesetzten elektronischen Portals zu vertreten hat.

Die Antragstellerin hat sich in ihrem Nachprüfungsantrag zur Begründung der Fehlerhaftigkeit des elektronischen Portals zunächst auf sogenannte Screenshots (Anl. AST 4 bis 11) bezogen, die sie nach erfolglosen Versuchen, die Angebotsdateien hochzuladen und zu signieren, angefertigt hatte. Deren Aussagekraft beschränkt sich jedoch lediglich darauf, die vergeblichen Versuche der Bearbeitung zu bestätigen. Darüber hinaus ergeben sich aus diesen Abbildungen – außer dem Hinweis, dass die Datei Wirt 313 entgegen der Darstellung der Antragstellerin noch nicht bearbeitet war - jedoch keine Anhaltspunkte dafür, aus welchem Grunde ein Hochladen und Signieren der Dateien für die Antragstellerin nicht möglich war. Insbesondere ist daraus nicht ersichtlich, ob dies auf eine fehlerhafte Handhabung durch die Antragstellerin oder auf ein technisches Problem innerhalb der Vergabepattform zurück zu führen war.

Nachdem der Antragsgegner und die Firma xxx konkrete Bedienungsfehler der Antragstellerin dargelegt hatten, hat die Antragstellerin diese zwar bestritten, es ist ihr jedoch bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens nicht gelungen, diese in ihrer Gesamtheit substantiiert zu entkräften.

aa)

So ergibt sich zunächst aus dem Bericht des technischen Monitorings der Vergabepattform, dass in dem betreffenden Zeitraum alle Dienste der Plattform zu 100 % zur Verfügung standen (Auszug aus technischem Server-Monitoring, s. S. 8 Stellungnahme RIB vom 12.02.2015). Aus dem Vortrag der Antragstellerin ergeben sich insoweit keine Anhaltspunkte, dies anzuzweifeln. Zudem lässt sich aus dem Auszug aus der prozessinternen Protokollierung „Firmenlog“ (S. 3 Stellungnahme RIB vom 10.03.2015) ersehen, dass die Antragstellerin am 10.11.2014 nach wiederholter Ladung des Datenpakets von 17.11 Uhr bis 23.11 Uhr auf der Plattform angemeldet war, woraus sich ebenfalls ergibt, dass die Plattform grundsätzlich zur Verfügung stand.

Darüber hinaus hat der Antragsgegner unter Vorlage eines Systemprotokolls dargelegt, dass es einem anderen Bieter zeitnah zum fraglichen Zeitpunkt möglich war, ein elektronisches Angebot einzureichen (s. Protokollierung „Firmenliste“ der Vergabestelle, Stellungnahme xxx vom 10.03.2015 S. 4), was ebenfalls dafür spricht, dass bei der elektronischen Plattform kein grundsätzliches technisches Problem bestand. Soweit die Antragstellerin daraus schließen will, dass das elektronische Portal durch die zeitnahe Angebotsabgabe eines anderen Bieters überlastet war, gibt es dafür keine Anhaltspunkte, zumal das Portal auch so angelegt sein dürfte, dass mehrere Nutzer gleichzeitig daran arbeiten können. Zudem hätte die Antragstellerin bei einem Ausfall des Portals keine Bearbeitungsschritte mehr vornehmen können.

bb)

Die Antragstellerin ist von dem von der Software vorgegebenen Ablauf der Bearbeitung offensichtlich mehrfach abgewichen. Dies ergibt sich teilweise bereits aus den von der Antragstellerin selbst eingereichten Screenshots und aus den Darlegungen der vom Antragsgegner beauftragten Firma xxx. Im Folgenden bezieht sich die Vergabekammer auf die aus ihrer Sicht wesentlichen Abweichungen.

So ist aus den Abbildungen der von der Antragstellerin eingereichten Screenshots (Anl. AST 4, 5, 6) zu erkennen, dass die Antragstellerin die Dateien nur teilweise bearbeitet hatte und trotzdem versucht hat, eine Signatur anzubringen (Anl. AST 12). Warum sie dies trotz der unvollständigen Bearbeitung versucht hat, erschließt sich nicht.

Aus der Abbildung eines weiteren Screenshots (S. 33 Stellungnahme RIB vom 12.02.2015) ist ersichtlich, dass die Antragstellerin trotz bereits hinzugefügter Signatur und noch geöffneter externer Dateien eine weitere Bearbeitung vorgenommen hat. Der Hinweis der Antragstellerin, soweit sich Excel und Word als Datei am Fuße der Leiste der Screenshots befanden, handele es sich nur um die „Einstiegsmaske“ in diese Programme, verfängt insoweit nicht, als aus den entsprechenden Icons ersichtlich ist, dass Dateien noch geöffnet waren (Abbildung S. 7 Stellungnahme RIB vom 10.3.2015).

Weiterhin konnte die Antragstellerin nicht glaubhaft darlegen, dass sie den für eine erfolgreiche Angebotsabgabe notwendig einzusetzenden „Abgabeassistenten“ in der

vorgegebenen Weise genutzt hat. Der Antragsgegner hat dazu nachvollziehbar erläutert, dass das von der Antragstellerin eingereichte Bild der Anlage AST 12 klar zeigt, dass der Abgabeassistent nicht genutzt wurde, weil die entsprechende Maske im Assistentendialog nicht vorhanden ist.

Als wesentlicher Bearbeitungsfehler stellt sich anhand der Abbildungen dar, dass die Bearbeiter der Antragstellerin versucht haben, in die geöffnete Angebotsdatei diese Angebotsdatei als Anlage einzufügen, so dass dadurch der Defekt der Datei verursacht wurde (Abbildung S. 38 Stellungnahme RIB vom 12.02.2015, Abbildungen S.5 und 6 Stellungnahme RIB vom 10.03.2015). Diesem Vortrag konnte die Antragstellerin nicht substantiiert begegnen.

Vor diesem Hintergrund der anhand konkreter Abbildungen nachgewiesenen Bedienfehler der Antragstellerin ist nicht nachzuvollziehen, dass von der Antragstellerin bei der Angebotsbearbeitung alle Programmschritte vor dem Versuch des Hochladens fehlerfrei durchgeführt wurden. Konkrete Anhaltspunkte für eine Fehlerhaftigkeit des elektronischen Portals auf Seiten des Antragsgegners sind von der Antragstellerin nicht vorgetragen und waren auch sonst nicht ersichtlich. Der Vortrag der Antragstellerin erschöpft sich insoweit im Wesentlichen in der Behauptung, die Bearbeitung der einzelnen Angebotsdateien sei korrekt erfolgt, so dass die Ursache für die fehlgeschlagene Angebotsabgabe im Umfeld der Vergabepattform liegen müsse.

Bei dieser Sachlage war eine Beweisaufnahme durch die angebotenen Zeugenaussagen nicht erforderlich. Die Aussagen der Mitarbeiter der Antragstellerin waren lediglich zum Beweis für den Verlauf der Bearbeitung angeboten. Selbst unterstellt, die Computeranlage der Antragstellerin hätte zum fraglichen Zeitpunkt einwandfrei funktioniert und die Mitarbeiter der Antragstellerin hätten die einzelnen Bearbeitungsschritte wie dargestellt vorgenommen, schließt dies die einzelnen o.a. Bedienfehler nicht aus.

Da der Antragsgegner zur Überzeugung der Vergabekammer bereits vorgetragen hat, dass das zur Verfügung gestellte elektronische Portal nicht fehlerhaft war, kann auch eine etwaige Beweislastumkehr nicht zu einem anderen Ergebnis führen.

Soweit die Antragstellerin im Hinblick auf nicht mehr verfügbare Zugriffslogs auf dem Webserver eine Parteieinvernahme und eine Versicherung an Eides statt des Vor-

stands der xxx beantragt hat, hat die Kammer keine Veranlassung gesehen, diesem Begehren zu entsprechen. Selbst wenn anhand der Zugriffslogs das erfolglose Bemühen der Antragstellerin beim Hochladen der Dateien ersichtlich wäre, ließe sich über diesen Umstand hinaus keine Erkenntnis über deren Ursache gewinnen. Insbesondere ließen sich anhand der Zugriffslogs die vom Antragsgegner dargelegten Bedienfehler der Antragstellerin nicht widerlegen. Insoweit kommt auch keine Beweislastumkehr unter entsprechender Anwendung des § 444 ZPO in Betracht.

2.

Zum Vorwurf, es sei vergaberechtswidrig, dass die Hotline der Firma xxx zum Ablauf der Angebotsfrist nur bis 18.00 Uhr zur Verfügung gestanden habe und der Hinweis darauf nicht ordnungsgemäß erfolgt sei

Soweit die Antragstellerin geltend macht, ihr Ausschluss aus dem Vergabeverfahren sei vergaberechtswidrig, weil die Hotline der Firma xxx nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestanden habe, ist der Nachprüfungsantrag ebenfalls unbegründet.

Grundsätzlich war auch die Abgabe eines elektronischen Angebotes bis zum Ende der Angebotsfrist möglich. Die Möglichkeit, bei technischen Schwierigkeiten eine Hotline in Anspruch nehmen zu können, stellt im Prozess um die Angebotsabgabe lediglich ein zusätzliches ergänzendes Hilfsangebot dar, so dass die Begrenzung auf den Rahmen der üblichen Geschäftszeiten nicht die generelle Möglichkeit zur Abgabe eines elektronischen Angebotes beeinträchtigt. Selbstverständlich kann auch jeder Bieter die vorgegebene Angebotsfrist unabhängig davon, ob er sein Angebot schriftlich oder elektronisch abgibt, bis zur letzten Minute ausschöpfen. Gerade die Möglichkeit der Abgabe eines elektronischen Angebotes soll ja der Vereinfachung des Verfahrens, insbesondere auch für nicht ortsansässige Bieter dienen. Andererseits müssen Bieter, auch diejenigen, die ein elektronisches Angebot abgeben wollen, sich der Risiken bewusst sein und sich diese auch zurechnen lassen, die dadurch entstehen, dass das Angebot erst kurz vor Fristablauf abgegeben wird bzw. werden soll. So verhält es sich vorliegend. Die Antragstellerin hat mit der Abgabe ihres Angebotes bis zum letzten Tag der Abgabefrist zugewartet und damit das Risiko des Auftretens von Problemen „in letzter Minute“ bewusst in Kauf genommen. Es war für die Antragstel-

lerin auf Grund der Angabe auf der Vergabeplattform des Landes Berlin ohne weiteres erkennbar, dass die von der Firma xxx eingerichtete Hotline auch am Tag des Ablaufs der Angebotsfrist lediglich bis 18.00 Uhr erreichbar sein würde.

Im Übrigen ist es auch nicht ungewöhnlich, dass Nachfragen nur innerhalb der gewöhnlichen Geschäftszeiten möglich sind. Schließlich sind auch die Vergabestellen selbst zum Ende der Angebotsfrist nur innerhalb der üblichen Geschäftszeiten erreichbar. Es ist kein Grund ersichtlich, warum bei der Abgabe elektronischer Angebote ein lediglich ergänzendes Hilfsangebot über die normalen Geschäftszeiten hinaus angeboten werden müsste, zumal wenn der Auftraggeber zuvor ausdrücklich auf die Erreichbarkeit der Hotline hingewiesen hat.

Aus Sicht der Kammer ist der Hinweis auf der Vergabeplattform des Landes Berlin auch ausreichend. Es handelt sich dabei um eine allgemeine Information zum Vergabeverfahren, die unter dem Menüpunkt „Kontakt für Firmen“ nicht an einer ungewöhnlichen Stelle „versteckt“ ist und für einen Bieter, insbesondere einen nach der eigenen Darstellung der Antragstellerin mit der elektronischen Vergabe vertrauten Bieter, auch ohne weiteres aufzufinden ist, was der Antragstellerin nach eigenem Vortrag ja auch gelungen ist.

Die Kammer gibt insoweit den Hinweis, dass sich derartige Probleme in Zukunft und im eigenen Interesse des Antragsgegners an einem regen Wettbewerb dadurch vermeiden lassen, dass das Ende der Angebotsfrist von vornherein auf einen Zeitpunkt festgelegt wird, zu dem die Hotline noch erreichbar ist.

Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht im Hinblick auf die Vorschrift des § 25 VwVfG. Ein Verstoß gegen Beratungs- bzw. Fürsorgepflichten im Sinne des § 25 VwVfG liegt ebenfalls nicht vor. Die Kammer sieht hier bereits den Anwendungsbereich der genannten Vorschrift nicht eröffnet. § 25 VwVfG bezieht sich auf eine Beratung bei der Abgabe von Erklärungen und der Stellung von Anträgen. Das Vergabeverfahren indes unterliegt eigenen gesetzlichen Regelungen, ist geprägt von den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung und ist in seinem Verlauf insbesondere durch die Vorgaben der VOL/A streng reglementiert. Gerade im Vergabeverfahren ist die Vergabestelle insbesondere gehalten, alle Bieter gleich zu behandeln, eine individuelle Beratung ist dem Vergaberecht fremd.

Der Hinweispflicht auf die Hotline und deren Erreichbarkeit ist aus Sicht der Kammer durch den Hinweis auf der Vergabepattform Genüge getan.

3.

Zum Vorwurf, das gegenständliche Verfahren sei vom Antragsgegner unter Missachtung der Vorschriften der EU-Richtlinie 2014/24 EU vom 26.02.2014, unter Verstoß gegen das Gesetz zur Förderung der elektronischen Verwaltung vom 25.07.2013 und unter Verstoß gegen § 3 a VwVfG organisiert worden

Diese vermeintlichen Vergabeverstöße sind ebenfalls unbegründet.

a)

Verstoß gegen die EU-Richtlinie 2014/24 EU

Soweit die Antragstellerin geltend macht, der Antragsgegner sei gemäß Art. 22 Abs. 5 RL 2014/24/EU verpflichtet gewesen, neben der elektronischen Plattform einen alternativen Zugang zu bieten, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die genannte Richtlinie ist bislang nicht in deutsches Recht umgesetzt worden, sie ist nach Art. 90 Abs. 1 RL 2014/24/EU bis zum 18.04.2016 in nationales Recht umzusetzen, davor kann sie keine unmittelbare Geltung beanspruchen.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem von der Antragstellerin angeführten Beschluss des OLG Celle (Beschluss vom 17.12.2014, 13 Verg 3/13). Zum einen hat das OLG Celle in diesem Beschluss ausdrücklich nicht entschieden, ob eine Richtlinie der EU bereits vor ihrer Umsetzung in nationales Recht gilt. Zum anderen ging es in dem damaligen Verfahren auch lediglich darum, ob eine noch nicht umgesetzte Richtlinie im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigen ist. Vorliegend geht es jedoch nicht um eine Auslegungsfrage, sondern darum, dass die Antragstellerin aus dieser Richtlinie bereits direkt einen Anspruch herleiten will.

Soweit der BGH (BGH, Urteil vom 05.02.1998, BGHZ 138,55) die Rechtswirkung einer bereits in Kraft getretenen, aber noch nicht umgesetzten Richtlinie im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung der nationalen Gesetze vor Ablauf der Umsetzungsfrist bejaht, lässt sich auch daraus für den streitgegenständlichen Fall keine Verpflichtung des Antragsgegners zur Schaffung eines alternativen Zugangs herleiten. Durch die RL 2014/24/EU wird die e-Vergabe, die bislang nur als optionale Regelung ausgestaltet ist, in Art. 22 RL 2014/24/EU verbindlich unter Benennung der konkreten

Anforderungen vorgeschrieben. Da es sich mithin um die verbindliche Einführung eines neuen, in der konkreten Ausgestaltung sicherlich technisch aufwändigen Verfahrens handelt, was auch durch die längere Umsetzungsfrist gemäß Art. 90 Abs. 2 UAbs.1 RL 2014/24/EU bis zum 18.10.2018 deutlich wird, bleibt vorliegend kein Raum für die Geltendmachung eines Anspruchs auf Schaffung eines alternativen Zugangs im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung.

Im Übrigen wären, unabhängig davon, ob und in welchem Umfang die RL 2014/24/EU im Rahmen einer Vorwirkung bereits Geltung beanspruchen kann, die Voraussetzungen des Art. 22 Abs. 5 RL 2014/24 EU für einen Anspruch auf Schaffung eines alternativen Zugangs auch nicht gegeben. Weder hat die Antragstellerin vorgetragen, noch ist sonst ersichtlich, dass vorliegend die vom Antragsgegner für die elektronische Kommunikation vorgesehenen Instrumente und Vorrichtungen nicht allgemein verfügbar gewesen seien. Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Nutzung der Berliner Vergabepattform besondere Instrumente, Vorrichtungen oder Dateiformate erfordern würde. Nur für diesen Fall ist das Angebot eines alternativen Zugangs erforderlich. Allein der Umstand, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, auf der Vergabepattform ein Angebot hoch zu laden, vermag eine mangelnde allgemeine Verfügbarkeit nicht zu begründen.

b)

Verstoß gegen §§ 1 und 2 EGovG

Soweit die Antragstellerin geltend macht, der Antragsgegner sei gemäß § 2 Abs. 2 EGovG verpflichtet gewesen, den elektronischen Zugang zusätzlich durch eine De-Mail-Adresse zu eröffnen, lässt sich auch daraus kein Vergaberechtsverstoß herleiten. Die Verpflichtung der Verwaltung zur Eröffnung eines De-Mail-Zuganges richtet sich ausdrücklich nur an die Bundesverwaltung (s. auch Hinweise des Bundesministerium des Innern – 2015 zum E-Government-Gesetz).

Auch im Zusammenhang mit § 3 a VwVfG ergibt sich vorliegend keine andere Beurteilung, da die Abgabe eines elektronischen Angebotes im Vergabeverfahren eigenen Regeln unterliegt (s. § 13 und § 16 EG VOL/A) und von der Vergabestelle genau vorgegeben ist. Die Vergabestelle könnte hier nach Ablauf der Angebotsabgabefrist einem Bieter nicht erneut ein elektronisches Dokument übermitteln.

### III.



Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last. Auslagen sind nicht entstanden.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Kammer hat die Angebotssumme der Antragstellerin für die Vertragslaufzeit unter Berücksichtigung der Verlängerungsoptionen zu Grunde gelegt. Da keine mündliche Verhandlung stattgefunden hat, hat die Kammer die Gebühr auf den tenorierten Betrag festgesetzt.

Gemäß § 128 Abs. 4 S. 1 GWB hat die unterlegene Antragstellerin darüber hinaus die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch den Antragsgegner war auch notwendig i.S.v. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG. Die Frage, wann die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts notwendig ist, kann nicht allgemein beantwortet werden, sondern muss den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen (OLG Celle, Beschluss vom 09.02.2011, 13 Verg 17/10; OLG Dresden, Beschluss vom 30.09.2011, Verg 7/11). Entscheidend ist dabei, ob der Antragsgegner unter den konkreten Umständen des Falls selbst in der Lage gewesen wäre, auf Grund der bekannten oder erkennbaren Tatsachen den Sachverhalt zu erfassen, hieraus die für eine sinnvolle Rechtsverteidigung nötigen Schlüsse zu ziehen und entsprechend gegenüber der Vergabekammer vorzutragen (BGHZ 169,131).

Im Hinblick sowohl auf die anwaltliche Vertretung der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren als auch unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Darlegung der Sach- und Rechtslage hält die Vergabekammer vorliegend die Hinzuziehung eines vergaberechtskundigen Bevollmächtigten durch den Antragsgegner zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung seiner Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren für erforderlich. Vorliegend waren die rechtlichen Probleme in einem stark technisch geprägten Verfahren zu prüfen. Zudem hat die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren Fragen zur Geltung einer EU-Richtlinie, zum EGovG und zum VwVfG aufgeworfen, so dass die Kammer davon ausgeht, dass es dem Antragsgegner nicht möglich war, dieses Verfahren ohne Hinzuziehung eines spezialisierten Verfahrensbe-

vollmächtigten mit eigenen Mitteln bestreiten zu können. Auch wenn der Antragsgegner davon ausgegangen ist, dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet ist, war der Verfahrensbevollmächtigte gleichwohl gehalten, aus anwaltlicher Umsicht vorsorglich umfassend vorzutragen, zumal, wenn wie im vorliegenden Verfahren die Antragstellerin umfangreiche Rechtsfragen aufgeworfen hat.

#### IV.

##### Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich oder in elektronischer Form mit einer qualifizierten elektronischen Signatur im Sinne des Signaturgesetzes versehen (vgl. hierzu [www.berlin.de/erv](http://www.berlin.de/erv)) beim Kammergericht, Eißholzstr. 30/31, 10781 Berlin, einzulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Vorsitzende

Hauptamtlicher Beisitzer

Ehrenamtlicher Beisitzer

Soth-Schulz

Weber

Krüger