

IBRRS 2021, 1231

Entscheidung im Volltext

Vergabe

E-Vergabe: Hinweis auf neu eingegangene Nachricht ist keine Vorabinformation!

Fundstelle: **IBR 2021, 371**

Siehe auch: **Zugehörige Dokumente**

VK Saarland

Beschluss

vom 22.03.2021

1 VK 6/20

BGB § 126b; GWB § 134 Abs. 1, 2

1. Der auf 10 Kalendertage verkürzte Fristlauf durch elektronisches Versenden entsprechend den Anforderungen des § 134 Abs. 2 GWB wird im Kontext einer digitalen Abwicklung eines Vergabeverfahrens in Gang gesetzt, wenn die elektronische Information

**- den Machtbereich des Sendenden derart verlassen hat, dass sie von diesem nicht mehr gelöscht, verändert oder zurückgerufen werden kann,
- in Textform, mithin speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar ist, und
- in einem nur dem Empfänger zuzurechnenden sicheren Bereich vergleichbar einem Postfach (Benutzerkonto), über das die gesamte Verfahrenskommunikation abgewickelt wird, eingelegt wird.*)**

2. Wird ein Vergabeverfahren vollständig über eine Vergabepattform digital abgewickelt, kann Versenden auf elektronischem Weg i.S.d. § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht ausschließlich auf das Absenden einer herkömmlichen E-Mail oder ein Fax beschränkt werden. Vielmehr ist die Norm in ihrem Normkontext nach dem Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck technikoffen und nach Maßgabe der Bedeutung des Begriffs der Textform auszulegen.*)

3. Versenden in elektronischer Form ist nicht das physische Versenden, sondern bedeutet das elektronische "auf den Weg bringen" der Information in Textform, d. h. das Verlassen des Machtbereichs des Sendenden derart, dass die Information durch diesen nicht mehr einseitig verändert oder gelöscht werden kann. Dabei muss zu erwarten sein, dass bei regelgerechtem Verlauf die Information in den Machtbereich des Empfängers gelangt. In diesem Sinne muss es dem Empfänger möglich sein, jederzeit und ohne Zutun des Absendenden auf die im Postfach eingelegte Information zuzugreifen. Dies ist jedenfalls auch dann der Fall, wenn die maßgebliche Information in einem nur persönlich zugänglichen Raum des Empfängers ("Online-Konto") eingestellt wird.*)

4. Eine automatisch erzeugte bloße Benachrichtigung, dass eine Nachricht vorliegt, stellt als solche nicht bereits die Information nach § 134 GWB dar. Für den Beginn des Fristenlaufs maßgeblich ist nur die Information nach § 134 Abs. 1 GWB selbst.*)

VK Saarland, Beschluss vom 22.03.2021 - 1 VK 6/20

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

(...)

Reinigung mit Kehrmaschinen BAB '20-'22 Referenznummer der Bekanntmachung: 20-0402SU

hat die 1. Vergabekammer des Saarlandes beim Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr durch die Vorsitzende, die hauptamtliche Beisitzerin, und die ehrenamtliche Beisitzerin, am 22.03.2021 gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB nach Lage der Akten

beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten für Amtshandlungen der Vergabekammer.
3. Die Gebühr für Amtshandlungen der Vergabekammer beträgt ### Euro; Auslagen sind nicht angefallen.
4. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners im Verfahren vor der Vergabekammer.
5. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.

Gründe

I.

Gegenstand des Vergabenachprüfungsverfahrens 1 VK 06/2020 ist die Vergabe von Reinigungsleistungen auf verunreinigten Verkehrsflächen von Bundesautobahnen im Saarland.

Der Antragsgegner - ursprünglich das Bundesland Saarland, vertreten durch den Landesbetrieb für Straßenbau, nunmehr mit Wirkung vom 01.01.2021 aus übergegangenem Recht Die Autobahn GmbH des Bundes - schrieb die Vergabe des Auftrags für die Bundesrepublik Deutschland am 02.09.2020 im offenen Verfahren im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union unter der Kennziffer 2020/S 170-411458 nach der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) aus.

Als einziges Zuschlagskriterium ist in der Bekanntmachung der Preis aufgeführt.

Die Abwicklung des Vergabeverfahrens erfolgte über die elektronische Vergabeplattform der DTVP Deutsches Vergabeportal GmbH, zu erreichen unter der Internetadresse www.dtvp.de. Die Antragstellerin beteiligte sich neben einer weiteren Bieterin - der Beigeladenen - mit einem Angebot und lag nach der Angebotsöffnung mit dem preislich höheren der beiden Angebote an zweiter Stelle der Bieterreihenfolge.

Nach Prüfung und Wertung der Angebote stellte der Antragsgegner das Angebot der Beigeladenen als wirtschaftlichstes Angebot fest.

Am 22.10.2020 um 7:26 Uhr wurde die Information gemäß § 134 GWB (Absageschreiben) - datiert vom 20.10.2020 - der Antragstellerin - mit nachfolgendem Begleittext - über die Kommunikationsschiene auf der Vergabeplattform der DTVP zur Verfügung gestellt:

"Information gemäß 134 I GWB

Sehr geehrte Damen, sehr geehrte Herren,

anbei überreichen wir Ihnen die Informationen gemäß § 134 GWB I vorab über das DTVP.

Das Originalschreiben wird Ihnen in den nächsten Tagen mit der Post zugestellt.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag"

Dieser Information war das Schreiben gemäß § 134 GWB angefügt. Eine automatisch generierte Mail setzte die Antragstellerin davon in Kenntnis, dass eine Nachricht auf dem Vergabeportal eingestellt sei. Das Absageschreiben wurde der Antragstellerin außerdem per Briefpost übermittelt.

Die Antragstellerin hat die am 22.10.2020 elektronisch übermittelte Nachricht laut Protokoll des Systems am 22.10.2020 um 7:53 Uhr auf der Vergabepattform geöffnet. Das per Post versandte Schreiben hat die Antragstellerin am 26.10.2020 erhalten.

Neben der Entscheidung, dass auf das Angebot der Antragstellerin der Zuschlag nicht erteilt werden solle, da es nicht das wirtschaftlichste sei, informierte der Antragsgegner die Antragstellerin anhand des Absageschreibens darüber, dass er beabsichtige, den Zuschlag nach Ablauf der Informationsfrist gemäß § 134 GWB, frühestens am 03.11.2020, auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen.

Mit Schreiben vom 29.10.2020 erhob die Antragstellerin eine Verfahrensrüge: Die Beigeladene erfülle nicht die erforderlichen Umsatzzahlen, die Leistungsfähigkeit der Beigeladenen sei nicht ausreichend und die Auskömmlichkeit des Angebots der Beigeladenen sei zweifelhaft.

Außerdem rügte sie einen Verstoß gegen § 134 GWB, da wegen des bereits für den 03.11.2020 angekündigten Zuschlags die 15-Tages-Frist des § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht eingehalten werde. Dabei legte sie für die Anwendung der 15-Tages-Frist das per Briefpost übermittelte Absageschreiben zugrunde.

Der Antragsgegner antwortete mit Schreiben vom 02.11.2020, half der Rüge aber nicht ab. Dabei ging er ausführlich auf die Frage der Umsatzzahlen sowie der Leistungsfähigkeit der Beigeladenen und auf die Auskömmlichkeit ihres Angebots ein, äußerte sich aber nicht zum behaupteten Verstoß gegen § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB.

Der Antragsgegner erteilte am 03.11.2020 um 8:31 Uhr über die Vergabepattform den Zuschlag an die Beigeladene.

In Unkenntnis der Zuschlagserteilung beantragte die Antragstellerin mit anwaltlichem Schreiben - am Tage des Zuschlags, also am 03.11.2020 - die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Der Nachprüfungsantrag ging bei der erkennenden Vergabekammer per Telefax und zusätzlich per E-Mail um jeweils 10:27 Uhr ein.

Die erkennende Vergabekammer leitete nach der Prüfung des Antrags unverzüglich - noch am 03.11.2020 um 12:27 Uhr und ebenfalls in Unkenntnis der Zuschlagserteilung - ein Nachprüfungsverfahren durch Übermittlung der Antragschrift an den Antragsgegner ein.

Der Antragsgegner bezog mit Schriftsatz vom 04.11.2020 zum Nachprüfungsantrag Stellung und

hielt ihn für unzulässig. Der Zuschlag sei am 03.11.2020 um 8:31 Uhr rechtmäßig an die Beigeladene erteilt worden; die Frist des § 134 GWB habe sich durch den elektronischen Versand des Absageschreibens am 22.10.2020 über die Vergabeplattform auf 10 Tage verkürzt, so dass der Zuschlag am 03.11.2020 habe rechtswirksam erteilt werden können.

Es folgten weitere Schriftsätze der Antragstellerin und des Antragsgegners.

Die erkennende Kammer hat sich am 25.11.2020 in einer Hinweisverfügung gegenüber der Antragstellerin sowie dem Antragsgegner dahingehend geäußert, dass sie nach cursorischer Sichtung der Aktenlage die Voraussetzungen für ein Versenden des Absageschreibens, das geeignet sei, den Fristlauf gemäß § 134 Abs. 2 Satz 3 GWB mit der elektronischen Benachrichtigung in Gang zu setzen, hier in vergleichbarer Weise für möglich halte.

Mit Verfügung der Vergabekammer vom 27.01.2021 wurde die Bieterin, die den Zuschlag erhalten hat, zum Nachprüfungsverfahren beigeladen.

Die Antragstellerin ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

Insbesondere sei der vom Antragsgegner erteilte Zuschlag gemäß § 135 Abs. 1 Nummer 1 GWB unwirksam, da er unter Verstoß gegen die Vorgaben des § 134 GWB erteilt worden sei.

Mit dem Informationsschreiben vom 20.10.2020, welches der Antragstellerin nicht per Fax oder E-Mail gemäß § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB zugegangen sei, sondern per Post am 26.10.2020, sei die 15-Tages-Frist des § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht eingehalten worden; der früheste Zeitpunkt des Vertragsschlusses habe danach auf den 05.11.2020 und nicht etwa auf den 03.11.2020 festgesetzt werden dürfen.

Die verkürzte 10-Tages-Frist des § 134 Abs. 2 Satz 2 GWB dürfe hier keine Anwendung finden. Die Einstellung auf der Vergabeplattform genüge nach einer Entscheidung der VK Südbayern (Beschluss vom 29.03.2019, **Z3-3-3194-1-07-03/19**) nicht den Anforderungen für eine Information auf elektronischem Wege. Im Falle der Entscheidung der VK Südbayern sei eine Plattform genutzt worden entsprechend derjenigen, welcher sich der Antragsgegner in diesem Verfahren bediene. Diesen Plattformen sei eigen, dass sie an die jeweiligen Nutzer/Bieter nur eine Information heraus senden, dass dort (irgend)eine Nachricht eingegangen wäre. Dies genüge jedoch nicht den zwingenden Formvorschriften des § 134 Abs. 2 GWB. Danach müsse nämlich die Information selbst auf elektronischem Wege oder per Fax versendet werden, damit sich die Frist auf 10 Kalendertage verkürze. Aus dieser Information müsse sich direkt der Inhalt des § 134 Abs. 1 GWB ergeben. Eine solche Information habe der Antragsgegner jedoch nicht elektronisch an die Antragstellerin versendet, sondern nur per Brief. Er habe die Information vielmehr auf einer Plattform eingestellt, die wiederum nur eine Info-Mail generiert habe, dass irgendeine Nachricht eingegangen sei. Das genüge nicht den strengen formalen Anforderungen. Da es ausweislich § 134 Abs. 2 Satz 3, 2. Halbsatz, GWB nicht auf den Zugang beim betroffenen Bieter ankomme, sondern nur auf die Absendung, und zwar auf die Art und Weise der richtigen Absendung, könne vorliegend für den Fristbeginn nur auf die postalische Absendung gemäß § 134 Abs. 2 Satz 1 GWB abgestellt werden.

Der Antragsgegner sei bereits mit der Rüge auf diesen Verstoß gegen die Formvorschriften hingewiesen worden. Daher habe er nicht vorab den Zuschlag erteilen dürfen.

Der Auffassung des Antragsgegners sei in Anbetracht der eindeutigen gesetzgeberischen Regelungen nicht zu folgen. Die Regelungen seien hinsichtlich ihres Wortlauts nicht auslegungsfähig. "Die Information" selbst müsse an die Bieter versendet werden, sei es postalisch, dann trage der Bieter wie auch sonst selbst das Risiko, dass er regelmäßig seinen Briefkasten leere,

sei es auf elektronischem Wege oder Fax. Auch dann trage der Bieter wie üblich selbst das Risiko, dass er sein Faxgerät kontrolliert, gleiches gelte für seine E-Mails. Maßgeblich sei also, dass die Vergabestelle die direkte Information, das Informationsschreiben selbst, an den Bieter versende. Genau dies sei unstrittig nicht geschehen; insoweit gleiche die Plattform, welche der Antragsgegner verwende, derjenigen, welche Grundlage der Entscheidung der VK Südbayern gewesen sei; dort werde nicht die Information selbst an den Bieter geschickt.

Eine direkt an eine Empfangs-E-Mail-Adresse eines Bieters gesendete E-Mail müsse entgegen der Behauptung des Antragsgegners auch nicht aus dem entsprechenden Mail-Postfach "entnommen" werden, sondern lande via Outlook direkt beim Empfänger. Wenn dieser mobil vernetzt sei, könne er die Nachricht sogar von unterwegs direkt lesen. Anders bei der Vergabepattform, hier müsse er selbst erheblich mehr an Tätigkeiten entwickeln, nämlich aufgrund dieser Information, in seinem Postfach auf der Plattform sei irgendetwas eingegangen, müsse er sich dort einwählen und dann die Nachricht separat herunterladen respektive sich ansehen - das sei schlicht ein Unterschied. Das sei keine elektronische Übermittlung der Bieterinformation selbst im Sinne von § 134 GWB. Genau hierauf habe die VK Südbayern auch zutreffend abgestellt.

Alleine dem Operator der Vergabepattform, hier also der Vergabestelle als Antragsgegner, sei es möglich, eingestellte Nachrichten auch wieder rückgängig zu machen und zu löschen. Damit sei das elektronische "auf den Weg bringen" nicht final so, dass es nicht mehr einseitig verändert oder gelöscht werden könne. Die Nachricht verbleibe im Machtbereich des Bedieners der Vergabepattform. Bei E-Mail oder Fax hingegen gelte "versendet ist versendet".

Es sei auch nicht maßgeblich, wann die Information denn tatsächlich zur Kenntnis genommen worden sei, dies gelte auch bei E-Mail oder Telefax, sodass hierauf nicht abgestellt werden könne. Es komme vielmehr ausweislich des eindeutigen Wortlauts des § 134 GWB nur darauf an, dass einer der dortigen Übermittlungswege gewählt worden sei.

Unerheblich sei es auch, ob und inwieweit ein Bieter aufgrund der Nutzungsbedingungen einer Vergabepattform eine vertragliche Vereinbarung abschließe, zumal ohnehin eine solche Vereinbarung allenfalls mit dem Anbieter der Plattform abgeschlossen werden könne, nicht jedoch mit der konkreten Vergabestelle. Jedoch könne eine solche Vereinbarung nicht die zwingenden gesetzlichen Formalvorschriften und Fristen nach § 134 GWB abbedingen. Dies wäre vergaberechtlich völlig unzulässig, die Vorschrift stehe nicht zur Disposition der Beteiligten.

Der Antrag sei außerdem begründet. Eine Zuschlagserteilung an die Beigeladene sei unzulässig, da diese nicht über die erforderliche Geeignetheit, insbesondere Erfahrung, Umsatz und Maschinenpark, verfüge.

Die Antragstellerin beantragt,

- festzustellen, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot der Beigeladenen erfolgen darf,
- den Antragsgegner zu verpflichten, das Ausschreibungsverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin fortzuführen,
- der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte - insbesondere in den Vergabevermerk ihre eigene Bewerbung betreffend - zu gewähren, festzustellen, dass der vom Antragsgegner erteilte Zuschlag gemäß § 135 Abs. 1 Nummer 1 GWB unwirksam ist.

- die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die Antragstellerin als notwendig zu erklären,
- dem Antragsgegner die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens aufzuerlegen,
- dem Antragsgegner die Erstattung der Kosten der Antragstellerin, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig sind, aufzuerlegen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Vergabenachprüfungsantrag wegen Unzulässigkeit abzulehnen.

Er ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Der Antrag sei nicht zulässig, da er erst am 03.11.2020 um 12:26 Uhr durch Übermittlung durch die Vergabekammer beim Antragsgegner eingegangen sei. Der Zuschlag sei zu diesem Zeitpunkt bereits erteilt gewesen. Das Vergabeverfahren sei damit abgeschlossen.

Der Zuschlag sei auch rechtmäßig erteilt worden, da die Informations- und Wartepflicht sich gemäß § 134 GWB Abs. 2 Satz 2 auf 10 Tage verkürzt habe. Eine solche Verkürzung sei möglich, wenn die Information auf elektronischem Wege oder per Fax versendet werde.

§ 134 GWB gehe entgegen der Meinung der Antragstellerin keineswegs nur von einer Übermittlung per E-Mail aus, sondern benenne explizit den elektronischen Weg, d. h. neben der E-Mail könnten durchaus auch andere elektronische Mittel wie beispielsweise die Kommunikationsmöglichkeiten von elektronischen Vergabeplattformen genutzt werden. Schließlich sei gerade wegen der Nachverfolgbarkeit, Dokumentation, Vertraulichkeit und Transparenz die Verpflichtung zur elektronischen Vergabe eingeführt worden. Sollte die Nutzung der elektronischen Mittel über die Kommunikationsschiene einer Vergabeplattform dabei nicht vergabe- rechtskonform sein, wäre der gesamte elektronische Vergabe-Prozess ad absurdum geführt. Der Auffassung der Antragstellerin, dass lediglich die GWB-Schreiben nicht über die Vergabeplattform versandt werden dürften, während alle anderen Schreiben und Dateien zulässigerweise noch so übermittelt werden könnten, könne daher nicht gefolgt werden.

Im Übrigen verhalte es sich bei einer E-Mail auch nicht anders als bei der Kommunikation über die Vergabeplattform. Das per E-Mail als Anlage versandte GWB-Schreiben müsste genauso zum Lesen heruntergeladen werden wie bei der Kommunikation über die Vergabeplattform. Eine Unterscheidung sei hier nicht erkennbar.

Möglicherweise sei im Vergabeverfahren, das der durch die Antragstellerin erwähnten Entscheidung der VK Südbayern zu Grunde gelegen habe, eine andere technische Ausgestaltung der Vergabeplattform angewandt worden als im hiesigen Verfahren.

Gemäß § 11 Abs. 2 VgV verwende der öffentliche Auftraggeber für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren ausschließlich solche elektronischen Mittel, die die Unversehrtheit, die Vertraulichkeit und die Echtheit der Daten gewährleisten. Auch wenn die Antragstellerin wie wohl auch die VK Südbayern quasi selbstverständlich davon ausgehen, dass eine Absagemitteilung nach § 134 GWB per Mail übermittelt werden könne, so müsse doch festgestellt werden, dass gerade eine einfache E-Mail keine der Anforderungen des § 11 Abs. 2 VgV erfülle, die technische Ausgestaltung der hier genutzten Vergabeplattform aber durchaus. E-Mails böten ohne Einsatz gesonderter

Verschlüsselungsmethoden oder ergänzender Techniken im Hinblick auf die Integrität, also die Unversehrtheit der Daten, einen geringeren Schutz als eine einfache Postkarte. Keinesfalls könne davon gesprochen werden, dass eine E-Mail die Unversehrtheit der Daten "gewährleiste".

Insofern stelle sich in Bezug auf die in Rede stehende Entscheidung der VK Südbayern die Frage, wie denn eine Information gemäß § 134 GWB erfolgen könne, wenn die E-Mail eigentlich unzulässig scheine:

Bezogen auf die postalische Übermittlung habe der BGH in seiner Entscheidung vom 09.02.2004 (**X ZB 44/03**) zu der entsprechenden Vorgängerregelung des § 134 GWB (§ 13 Satz 2 VgV a. F.) ausgeführt, dass es für die "Abgabe" darauf ankomme, wann der Absender "diese Schriftstücke aus seinem Herrschaftsbereich so herausgegeben habe, dass sie bei bestimmungsgemäßigem weiteren Verlauf der Dinge die Bieter erreichten, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollten".

Bei postalischen Angeboten sei dies einfach: Nach dem Absenden befinde sich der Brief nicht mehr bei dem Absender und sei bestimmungsgemäß auf dem Weg zum Empfänger. Der Brief wechsele also körperlich von einem Machtbereich in den anderen.

Fraglich sei, ob dieser Grundgedanke eins zu eins auf elektronische Informationen übertragen werden könne.

Bei E-Mail-Programmen verblieben die Informationen elektronisch immer auch bei dem Absender. Der Empfänger erhalte praktisch eine "Kopie", die von seinem E-Mail-Server heruntergeladen werden könne. Berücksichtige man diese Besonderheiten der elektronischen Informationsversendung, bestünden bzgl. des Versendens einer elektronischen Information zweierlei Voraussetzungen:

- Zunächst müsse die Information den Macht- bzw. Herrschaftsbereich des Absenders dergestalt verlassen haben, dass sie von ihm nicht mehr durch einseitigen Akt zurückgeholt, gelöscht oder verändert werden könne.

- Zusätzlich müsse sie so zielgerichtet mit einem elektronischen Mittel auf den Weg gebracht worden sein, dass sie bei bestimmungsgemäßigem Verlauf den Machtbereich des Empfängers erreiche.

Was das Versenden anbelange, sei entscheidend, ob die hochgeladene Information durch den "Versender" nach dem Hochladen noch in irgendeiner Form verändert werden könne. Falls es der Vergabestelle durch die konkrete technische Ausgestaltung der Vergabepattform nicht möglich sei, eine hochgeladene Information zu verändern, zu löschen oder zurück zu nehmen, habe sie den Machtbereich der Vergabestelle ebenso verlassen wie eine versendete E-Mail. Werde das Hochladen durch den Einsatz zertifizierter Zeitstempel dokumentiert, könne selbst der Termin des Absendens nicht verändert werden bzw. bleibe nachvollziehbar.

Was den mutmaßlichen Zugang in den Herrschaftsbereich des Empfängers anbelange, sei entscheidend, ob die Informationsbereitstellung in einem für diesen Bieter reservierten Teil des Projektraums oder Bereichs einer Vergabepattform erfolge. Sei dies der Fall, so fungiere dieser Projektraum als elektronisches Postfach des Bieters.

Ob die Information im Wege eines E-Mail-Versands an ein angegebenes E-Mail-Konto oder durch Hochladen in den vereinbarten Projektraum gelange, mache bereits technisch nur einen geringen Unterschied. Im rechtlichen Sinne eines Bereitstellens bzw. des Absendens der Information aber jedenfalls nicht mehr: Im Ergebnis sei die Information im Postfach des Bieters. Dass dieses Postfach dem Machtbereich des Bieters zugerechnet werden könne, ergebe sich schon daraus, dass er der

Nutzung des Postfachs durch Anerkennung der entsprechenden AGB des Betreibers der Plattform zugestimmt habe.

Außerdem komme es wieder auf die konkrete Ausgestaltung an: Könne er jederzeit auf diese Informationen zugreifen, ohne dass der Versender diesen Zugriff in irgendeiner Weise beeinflussen könne, seien diese Informationen in seinen Machtbereich gelangt.

So sei der Fall auch im vorliegenden Vergabeverfahren bei Nutzung der Vergabeplattform der DTVP gelagert.

Die Kostenentscheidung der VK Südbayern sei nicht geeignet, die Übermittlung von Informationen zur § 134 GWB-Mitteilung über eine Vergabeplattform als grundsätzlich vergabe- rechtswidrig anzusehen. Dies möge allenfalls zutreffend sein, wenn durch die Vergabeplatt- form - wie im Falle der VK Südbayern - erst sieben Tage nach dem Onlinestellen auf der Vergabeplattform eine Hinweis-E-Mail an den Bieter versendet werde; insbesondere dann, wenn wie im Fall des § 134 GWB nicht der Zugang, sondern die Absendung einer Information den entsprechenden Fristenlauf starte.

Des Weiteren müsse die Rechtsauffassung der VK Südbayern bezweifelt werden:

Der Bieter habe in einem elektronisch durchgeführten Vergabeverfahren - jedenfalls dann, wenn er sich auf der Vergabeplattform für das Verfahren gem. § 9 VgV registriert habe, seinen "Briefkasten" zur Entgegennahme von Erklärungen auf die Vergabeplattform ausgelagert und dies auch mit dem Anbieter der Vergabeplattform vertraglich vereinbart. Insofern löse eine Versendung von Informationen an dieses Postfach dieselben Rechtsfolgen aus wie die Übersendung an die Faxnummer des Bieters oder an dessen E-Mail-Adresse; nämlich den Fristenlauf nach § 134 GWB; insbesondere dann, wenn die Vergabeplattform - wie im vorliegenden Fall - den Bieter unmittelbar informiere, dass der Auftraggeber eine neue Nachricht eingestellt habe.

Auch bei den bereits von der Antragstellerin, aber auch der VK Südbayern genannten Übermittlungswegen (Post, E-Mail, Telefax) müssten die entsprechenden Informationen abgeholt werden. Beim Zugang mittels Fax könne nämlich auch nicht sichergestellt werden, dass der Empfänger tatsächlich das Fax aus seinem Fax-Eingangsfach hole und zur Kenntnis nehme. Gleiches gelte für den Versand per Mail. Auch hier müsse die Mail zuerst aus dem entsprechenden Mailpostfach entnommen, d. h. abgerufen bzw. heruntergeladen werden. Auch hier sei die Kenntnisnahme nicht gewährleistet. Ebenso beim Briefversand: Wenn der Empfänger seinen Briefkasten nicht leere, könne auch nicht vom Zugang beim Empfänger ausgegangen werden. Dennoch liefen in allen drei Fällen die Fristen des § 134 GWB. Und dies solle ausgerechnet beim einzigen System, welches den Zugang nachweislich mittels Zeitstempel dokumentiere, nicht gegeben sein?

Auch der Hinweis der Antragstellerin, dass sich aus einer Information an den Bieter "direkt" der Inhalt des § 134 GWB erkennen lassen müsse, werde bestritten. Weder sehe das § 134 GWB so vor - an keiner Stelle sei dieses direkte Erkennen-müssen genannt -, noch sei der Verweis der Antragstellerin auf den Versand per Brief zutreffend. Auch dort könne der Bieter auf dem Briefumschlag nicht den Inhalt des Briefes erkennen.

Der Antragsgegner hat nach Aufforderung durch die Vergabekammer mit Schriftsatz vom 18.12.2020 eine Stellungnahme des Anbieters der Vergabeplattform, der DTVP Deutsches Vergabeportal GmbH, zu den Akten eingereicht. Danach wird das Vergabeverfahren wie folgt digital abgewickelt:

Von der DTVP GmbH wird unter der Internetadresse <https://dtvp.de> das Deutsche Vergabeportal

angeboten und betrieben. Von der jeweiligen Vergabestelle wird für jede Vergabe ein Projektraum eingerichtet.

"In der Stellungnahme der DTVP heißt es zum Projektraum:

Der Projektraum ist zweigeteilt in einem der Vergabestelle zugewiesenen Bereich sowie einem dem Bieter oder Bewerber vorbehaltenen Bereich. Sowohl der Vergabestelle als auch Bewerbern bzw. Bieter werden unterschiedliche Funktionen angeboten, so zum Beispiel:

- die strukturierte Erfassung der Bekanntmachungsinformationen,*
- die Übermittlung der Bekanntmachung über Schnittstellen an dritte Veröffentlichungsorgane,*
- die Bereitstellung der Vergabeunterlagen,*
- das Absenden von Teilnahmeanträgen und Angeboten sowie*
- die Angebotsöffnung bzw. Submission nach Ablauf der teilnahme- bzw. Angebotsfrist.*

Die Funktionsumfang und die konkrete Ausgestaltung der Projekträume sind abhängig von Vergabeordnung bzw. Verfahrensart."

Für die Teilnahme am Vergabeverfahren (nicht bereits für das Herunterladen der Unterlagen) sei eine Registrierung der Bieter erforderlich. Diese erhielten sodann ein Nutzerkonto, das für die elektronische Kommunikation eingesetzt werde. Das Nutzerkonto sei individuell nur für den jeweiligen Nutzer einzusehen.

Ferner heißt es in der Funktionsbeschreibung der Vergabeplattform:

"Mit Absenden der Nachricht wird diese in den für den Bewerber zugänglichen Teil des Projektraums und mithin in deinen Unternehmensaccount (vgl. § 7 d.o.g. AGB für Unternehmen) eingestellt und an die jeweiligen Bewerber bzw. Bieter versendet, dass eine neue Nachricht im Projektraum bzw. seinem Nutzeraccount vorliegt.

An viele Stellen insb. beim Wechsel von Status eines Projektraums ist eine "revisionssichere" Dokumentation einzelner Vorgänge vorgesehen. So bspw., wenn eine Nachricht versendet wurde oder auch, wann sie geöffnet wurde."

Der Kommunikationsbereich sei in technischer Hinsicht eine Software-Lösung, die über die Benutzeroberfläche gesteuert werde. Diese enthalte zum Versenden von Nachrichten Frei- text- und Funktionsfelder. Werde zum Versenden einer Nachricht das Funktionsfeld "Speichern und Versenden" angeklickt, werde die Datei revisionssicher mit einem zertifizierten Zeitstempel in der Datenbank gespeichert und zugleich in den Projektraum des jeweiligen Bieters geleitet. In der Stellungnahme der DTVP heißt es:

"Nach dem "SPEICHER UND VERSENDEN" kann die Vergabestelle dies Nachricht etwaige Anhänge lediglich noch ansehen, kopieren oder ausdrucken. Jedwede Veränderung oder Löschung ist demgegenüber für die Vergabestelle technisch ausgeschlossen. Grund hierfür ist, dass der Anwender/die Vergabestelle die Software weder in der Benutzeroberfläche vor, noch besteht sonst irgendeine Funktion, die dem Nutzer nicht angezeigt wird.

Damit ist ausgeschlossen, dass die Vergabestelle diese Datei in irgendeiner Form verändern

löschen oder sonst manipulieren kann. Ihr ist systemseitig jedweder Zugriff auf die Datenbank verwehrt. Die Datenbank wird von einem zertifizierten Rechenzentrum Betriebe (Zertifiziert u.a. nach EN 27001 "Information technology-Security techniques-Information security management systems - Requirement"). Auch auf den Rechenzentrumsbetreiber hat die Vergabestelle keinerlei Zugriff. Gleiches gilt für den Bewerber/Bieter. Auch er kann die Nachricht zwar kopieren, weiterleiten aber eben nicht verändern oder löschen (anders als etwa eine E-Mail, deren Inhalt-abhängig vom verwendeten E-Mail-Client- jederzeit auch nachträglich geändert werden kann).

Zusammenfassen kann somit bestätigt werden, dass sie Vergabestelle keine Möglichkeit hat, Nachrichten aus dem Projektraum des Bieters zu löschen oder zu verändern.

Auf die eingangs zitierte Prüfungsfrage ist damit zu antworten, dass über die E-Vergabepattform an die Bieter/Bewerber versendete Schreiben den Machtbereich des Versenders derart verlassen haben, dass die Information durch diesen nicht mehr einseitig verändert oder gelöscht werden kann. Systemseitig ist diese Funktion bewusst so ausgelagert und programmiert."

Die Beigeladene hat sich nur knapp zur Frage ihrer Eignung geäußert, schließt sich ansonsten den Ausführungen des Antragsgegners an und stellt keine Anträge.

Die Frist des § 167 Abs. 1 Satz 1 GWB wurde nach § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten (u. a. wegen Einschränkungen bedingt durch die Corona-Krise) mehrfach, zuletzt auf den 23.03.2021 verlängert.

Wegen des Sachverhalts im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Beteiligten und der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Entscheidung ergeht ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach Lage der Akten, § 166 Abs. 1 Satz 3 Variante 2 GWB.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits nicht statthaft und unzulässig.

Trotz des Übergangs der Rechte und Pflichten des Antragsgegners auf die Autobahn GmbH des Bundes mit Wirkung vom 01.01.2021 ist die 1. Vergabekammer des Saarlandes für die Entscheidung zuständig.

Zum Zeitpunkt der Erhebung des Nachprüfungsantrags galt nach Art. 143e GG, dass die Bundesautobahnen abweichend von Artikel 90 Absatz 2 längstens bis zum 31.12.2020 in Auftragsverwaltung durch die Länder oder die nach Landesrecht zuständigen Selbstverwaltungskörperschaften geführt werden. Bis zu diesem Zeitpunkt war richtiger Antragsgegner das Saarland, vertreten durch den Landesbetrieb für Straßenbau, der das Vergabeverfahren noch im Rahmen der Bundesauftragsverwaltung führte. Danach ergibt sich die ursprüngliche Zuständigkeit der 1. Vergabekammer des Saarlandes aus § 156 Abs. 1 GWB, § 159 Abs. 2 Satz 1 GWB i. V. m. § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Regelung der Nachprüfungsverfahren der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen im Sinne von § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 31. August 2018 (Amtsbl. I 2018, S. 644).

Erst mit Wirkung vom 01.01.2021 ist die ursprüngliche Zuständigkeit des Antragsgegners für den Bereich der Autobahnverwaltung übergegangen. Nach § 10 des Gesetzes zu Überleitungsregelungen zum Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetz und zum Fernstraßen-

Bundesamt-Errichtungsgesetz sowie steuerliche Vorschriften (Fernstraßen- Überleitungsgesetz - FernstrÜG) tritt die Infrastrukturgesellschaft für Autobahnen und andere Bundesfernstraßen, die mittlerweile in die Autobahn GmbH des Bundes übergegangen ist, in die Rechte und Pflichten des Antragsgegners mit Wirkung zum 01.01.2021 ein. So heißt es in § 10 Absatz 2 FernstrÜG:

"Die Gesellschaft privaten Rechts im Sinne des Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetzes tritt zum 1. Januar 2021 im Rahmen der ihr zur Ausführung übertragenen Aufgaben, einschließlich der hoheitlichen Aufgaben, mit deren Wahrnehmung sie auf Grund des § 6 des Infrastrukturgesellschaftserrichtungsgesetzes beliehen ist, in die Vergabe- und Gerichtsverfahren sowie in sonstige Verfahren und Rechtspositionen ein."

Aus diesem Grund war das Rubrum nach übergegangenem Recht anzupassen.

Folglich war zu prüfen, ob nunmehr nach § 159 Abs. 1 GWB eine Vergabekammer des Bundes zuständig wäre. Nach regelmäßiger Spruchpraxis der Kammern wird bei Unzuständigkeit in entsprechender Anwendung der §§ 83 VwGO, 17a GVG an die zuständige Kammer verwiesen (siehe z. B. BKartA Beschl. v. 25.5.2012 - **VK 3-54/12**, **BeckRS 2012, 20898**, beck-online, oder zuletzt VK Rheinland Pfalz, **VK 2-2/21**, Beschluss vom 28.01.2021). Zur Anwendung der Verweisungskette aus § 83 VwGO, §§ 17-17b führt das OLG Bremen (Urt. v. 17.8.2000 - **Verg 2/00**, IBRRS 2002, 2131, beck-online) aus, dass eine Verweisung im Nachprüfungsverfahren zulässig sei:

"Dies ergibt sich zwar nicht ohne weiteres aus einer Anwendung der §§ 83 VwGO, 17a Abs. 2 GVG. Denn das Verfahren vor der Vergabekammer ist ein Verwaltungs- und kein Gerichtsverfahren. Auch wenn das damit ergänzend zum GWB anwendbare Verwaltungsverfahrensrecht eine Verweisung nicht ausdrücklich zulässt, so entspricht die Regelung des § 17a Abs. 2 GVG doch einem allgemeinen Rechtsgedanken, der auch hier anwendbar ist."

Zwar trifft dies für Fälle anfänglicher Unzuständigkeit der angerufenen Kammer uneingeschränkt zu. Bei Änderung der Sachentscheidungsvoraussetzungen nach Erhebung des Nachprüfungsantrags ist jedoch in Ermangelung spezieller Vorschriften ebenfalls in entsprechender Anwendung der §§ 83 VwGO, § 17 Abs. 1 Satz 1 GVG nach dem Grundsatz der Rechtswegerhaltung (perpetuatio fori) von der ursprünglich zuständigen Kammer zu entscheiden.

Aus prozessökonomischen Gründen soll das Gericht das Verfahren zu Ende führen, das sich bereits mit der Sache befasst hat. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass alle Änderungen, die bis zum Eintritt der Rechtshängigkeit auftreten, beachtlich sind (VG Sigmaringen 30.10.2003 - **2 K 1573/03**; (NK-VwGO/Jan Ziekow, 5. Aufl. 2018, GVG § 17 Rn. 18).

So liegt der Fall hier, die 1. Vergabekammer des Saarlandes ist - trotz des Rechtsübergangs - zuständig.

Beim Antragsgegner handelt es sich um eine Gebietskörperschaft und somit um einen öffentlichen Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

Der ausgeschriebene Auftrag für Reinigungsleistungen auf verunreinigten Verkehrsflächen von Bundesautobahnen im Saarland ist öffentlicher Auftrag im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB.

Die Gesamtkosten für die Vergabe von Reinigungsleistungen auf verunreinigten Verkehrsflächen von Bundesautobahnen im Saarland übersteigen den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB). Dementsprechend hat der Antragsgegner die Ausschreibung als offenes Verfahren im Amtsblatt der EU bekannt gemacht. Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 115 ff GWB festgelegt.

Die geltend gemachten Verfahrensverstöße wurden rechtzeitig nach Eingang des Informationsschreibens nach § 134 GWB gerügt. Der Nachprüfungsantrag wurde nach Erhalt am 29.10.2020 des Nichtabhilfeschreibens innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB gestellt, jedoch nach Zuschlagserteilung.

Eine Antragsbefugnis im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB wäre auch hinreichend dargelegt.

Danach ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB und einen zumindest drohenden Schaden darlegt.

Das Interesse der Antragstellerin an dem Auftrag war durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und Abgabe eines Angebots zunächst dokumentiert. Ferner macht die Antragstellerin geltend, dass sie das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und daher mit dem Zuschlag hatte rechnen können; der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen sei unwirksam und die Beigeladene sei für den Auftrag nicht geeignet. Es drohe ihr ein Schaden dergestalt, dass der Antragsgegner unter Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften einen Zuschlag an einen anderen Bieter vollzogen habe.

Der Nachprüfungsantrag ist aber - auch als Fortsetzungsfeststellungsantrag - nicht statthaft, denn das Vergabeverfahren hatte sich bereits mit wirksamer Zuschlagserteilung am 03.11.2020 um 08:31 Uhr, mithin vor Einreichung des Nachprüfungsantrags am selben Tage erledigt.

Gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Vorliegend wäre aber auch ein Fortsetzungsfeststellungsantrag nicht statthaft, denn der Zuschlag wurde vor Erhebung des Nachprüfungsantrags erteilt. Damit ist das Vergabeverfahren beendet.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 19.12.2000 - **X ZB 14/00**) ist das förmliche Vergabeverfahren jedenfalls dann beendet, *"wenn im Wege des Zugangs des Zuschlags des öffentlichen Auftraggebers einem Bieter der Auftrag wirksam erteilt ist"*; vor der *"wirksamen Auftragserteilung"* begangene Verstöße können mit dem Nachprüfungsverfahren nicht mehr beseitigt werden, sondern nur noch zu Schadensersatzansprüchen führen. Somit ist das Vergabeverfahren bei wirksamer Zuschlagserteilung einer Nachprüfung entzogen.

Wirksamkeitsvoraussetzung des Zuschlags ist, dass die Zuschlagserteilung nicht gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. In diesem Sinne ordnet § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB die Unwirksamkeit eines Zuschlags ex tunc an, wenn dieser unter Verstoß gegen § 134 GWB zustande gekommen ist.

Ein solcher Verstoß liegt hier nicht vor. Die gesetzlich angeordnete Wartefrist nach § 134 Abs. 2 GWB wurde eingehalten.

Gemäß § 134 Abs. 2 GWB darf ein Zuschlag erst nach der vorgesehenen Wartefrist erteilt werden. Wird die Information auf elektronischem Weg versendet, beträgt die Frist zehn Kalendertage.

Der Beginn des Fristlaufs setzt voraus, dass der Bieter nach § 134 GWB in Textform informiert wurde. Maßgeblich ist nach dem Wortlaut der Vorschrift in § 134 Abs. 2 Satz 3 GWB die Absendung durch den Auftraggeber; auf den Zugang kommt es dabei nicht an.

Auf die Regelung in den AGB der Vergabepattform, der die Bieter bei Registrierung zustimmen, kommt es allerdings nicht entscheidend an. In § 7 der Nutzungsvereinbarung heißt es

"§ 7 KOMMUNIKATION ÜBER PROJEKTRAUM

Für die Entgegennahme von elektronischen Erklärungen auf DTVP im Rahmen einer Teilnahme an einem Vergabeverfahren wird ein sog. virtueller Projektraum genutzt. Der Nutzer erklärt sich im Rahmen dieser Nutzungsvereinbarung damit einverstanden, dass die weitere Kommunikation zwischen Vergabestelle und Nutzer elektronisch über diesen Projektraum erfolgen kann. Sobald neue Nachrichten in seinem Nutzerkonto bzw. dem jeweiligen Projektraum auf DTVP eingegangen sind bzw. eingestellt werden, wird der Nutzer automatisch darüber per E-Mail an die von ihm angegebene E-Mail- Adresse informiert. Der Nutzer ist für die Richtigkeit der von ihm hinterlegten E-Mail- Adresse selbst verantwortlich. Mit der Bereitstellung von Informationen im Projektraum gelten die Erklärungen und Nachrichten der Vergabestellen als zugegangen."

Mit dieser Vereinbarung verpflichten sich die Teilnehmer des Vergabeverfahrens zur Nutzung des Vergabeportals und stellen so sicher, dass die Kommunikation den gesetzlichen Verfahrensanforderungen an elektronische Kommunikation im Vergabeverfahren entspricht. Für die rechtliche Würdigung, ob das Informationsschreiben nach § 134 GWB den gesetzlichen Anforderungen entsprechend auf den Weg gebracht wurde, lässt sich aus der Vereinbarung jedoch nichts herleiten. Denn die Regelung des § 134 GWB ist als solche nicht disponibel und kann nicht durch AGB geändert werden.

Vielmehr kommt es darauf an, dass das Einstellen der Information im persönlichen Nutzerkonto - im vorliegenden Fall bei gleichzeitiger Benachrichtigung per Mail - den Anforderungen genügt, die § 134 GWB für das elektronische Versenden aufstellt. Dies ist hier der Fall.

Zeitgleich mit einer elektronischen Benachrichtigung an die Antragstellerin vom 22.10.2020 wurde das Informationsschreiben des Antragsgegners, das die inhaltlichen Anforderungen des § 134 Abs. 1 GWB erfüllt, in das elektronische Postfach der Antragstellerin auf der Vergabeplattform eingestellt. Dieses Einstellen in das elektronische Postfach der Antragstellerin auf der Vergabeplattform erfüllt die Voraussetzung des "Absendens" nach § 134 Abs. 2 Satz 3 GWB, so dass der Fristenlauf in Gang gesetzt wurde.

Das Tatbestandsmerkmal des Absendens ist im Kontext der digitalen Abwicklung des Vergabeverfahrens zu verstehen.

Nach dem Wortlaut bedeutet Absenden "weschicken", "abschicken" oder "übermitteln". (Wahrig: Deutsches Wörterbuch sowie Internetwörterbuch <https://www.wortbedeutung.info/senden/>). Die Rechtsprechung definiert für das Vergaberecht das Versenden - im Jahre 2004 noch für den Fall eines schriftlichen Dokuments oder Fax - als ein Entäußern aus dem eigenen Machtbereich derart, dass bei regelgerechtem Verlauf mit dem ordnungsgemäßen Zugang beim Empfänger zu rechnen ist:

"Das kann zwanglos dahin verstanden werden, dass es für den Beginn der zu beachtenden Frist nur darauf ankommt, wann der öffentliche Auftraggeber sich der schriftlichen Mitteilungen an die betroffenen Bieter entäußert, wann er diese Schriftstücke also aus seinem Herrschaftsbereich so herausgegeben hat, dass sie bei bestimmungs- gemäßem weiteren Verlauf der Dinge die Bieter erreichen, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen." (BGH, Beschluss vom 9. 2. 2004 - X **ZB 44/03**; auf Vorlage OLG Brandenburg, **NJW 2004, 2092**, beck-online).

Wird das Vergabeverfahren vollständig über eine Vergabeplattform digital abgewickelt, kann Versenden auf elektronischem Weg im Sinne des § 134 Abs. 2 Satz 2 und 3 GWB nicht ausschließlich auf das Absenden einer herkömmlichen E-Mail oder ein Fax beschränkt werden.

Das Medium, mittels dessen die Information nach § 134 GWB auch elektronisch übermittelt werden kann, benennt der Gesetzgeber nicht. Vielmehr ist die Norm in ihrem Normkontext nach dem

Wortlaut, dem Willen des Gesetzgebers sowie Sinn und Zweck technoffen und nach Maßgabe der Bedeutung des Begriffs der Textform auszulegen.

§ **126b** BGB definiert Textform als eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, die auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden muss. Ein dauerhafter Datenträger ist jedes Medium, das 1. es dem Empfänger ermöglicht, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist, und 2. geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben.

Textform setzt damit voraus, dass die an den Empfänger *"... persönlich gerichtete Information dergestalt zu speichern [ist], dass ihr Inhalt und ihre Zugänglichkeit während angemessener Dauer nicht verändert werden kann und hierdurch die Möglichkeit ihrer originalgetreuen Wiedergabe gegeben ist (BGH NJW 2014, 2857 [2858])"* (BeckOK BGB/Wendtland, 55. Ed. 1.8.2020 Rn. 8, BGB § **126b** Rn. 8).

Nach dem Gesetzestext kommt es für die Frage der formwirksamen Erstellung und Abgabe der Erklärung in Textform schon nicht darauf an, ob und wie der Empfänger diese speichert; die Erklärung muss lediglich dauerhaft wiedergegeben werden können, nämlich unverändert zugänglich sein und gelesen werden können ((so etwa MüKoBGB/Einsele, 8. Aufl. 2018, BGB § **126b** Rn. 6, 11).

Diese Aspekte der Textform sind mit der Nachrichtenübermittlung in der Ausgestaltung der Vergabeplattform gewahrt. Die Nachrichten, die über den Kommunikationsbereich der Vergabeplattform an den Bieter gelangen, sind als lesbare Erklärungen, die außerdem mit Zeitstempel versehen sind, druckfähig oder elektronisch speicherbar. Dies zeigen die in der Akte befindlichen Ausdrucke. Eine nachträgliche Veränderung oder Löschung erscheint dabei nach der Ausgestaltung der Software nicht möglich. Die eingestellten Informationen bleiben mindestens für die Dauer des Vergabeverfahrens im persönlichen Kommunikationsbereich des Bieters erhalten und abrufbar.

Das Absageschreiben nach § **134** GWB an die Antragstellerin war in der Nachricht der Vergabestelle an den Bieter vom 22.10.2020, 7:26 Uhr enthalten. Dies wurde von der Antragstellerin, die das Dokument bereits am 22.10.2020 um 7:53 geöffnet hatte, auch nicht bestritten.

Ist demnach den Anforderungen an die Textform Genüge getan, kommt es für die Würdigung, ob die Einstellung einer Information auf der Vergabeplattform den Anforderungen des § **134** GWB an das Versenden oder Absenden genügt, darauf an, dass die Inhalte des Informationsschreibens auch versendet, auf den Weg gebracht werden.

Versenden in elektronischer Form ist dabei nicht das physische Versenden, sondern bedeutet das elektronische "auf den Weg bringen" der Information in Textform, d. h. das Verlassen des Machtbereichs des Sendenden derart, dass die Information durch diesen nicht mehr einseitig verändert oder gelöscht werden kann. Dabei muss zu erwarten sein, dass bei regelrechtem Verlauf die Information in den Machtbereich des Empfängers gelangt. (siehe BGHZ a.a.O.). In diesem Sinne muss es dem Empfänger möglich sein, jederzeit und ohne Zutun des Absendenden auf die im Postfach eingelegte Information zuzugreifen.

Dies ist jedenfalls auch dann der Fall, wenn die maßgebliche Information in einem nur persönlich zugänglichen Raum des Empfängers ("Online-Konto") eingestellt wird.

In Verbraucherschutzfällen wurde ähnlich bereits durch den EuGH entschieden; siehe zur

Zahlungsdiensterichtlinie EuGH, Urteil vom 25.1.2017 - Rs. **C-375/15** - BAWAG PSKA/KI in: **MMR 2017, 603**, Leitsätze, beck-online. Darstellung bei Lehmann/Rettig: Rechtliche Vorgaben für Kunden-Online-Postfächer (NJW 2020, 569ff).

Vorliegend wurde mit dem Einstellen der Information im Online-Konto des Empfängers zugleich automatisch eine Mail erzeugt, die auf das Einstellen einer Nachricht hinweist.

Allerdings stellt die automatisch erzeugte bloße Benachrichtigung, dass eine Nachricht vorliegt, als solche nicht bereits die Information nach § **134** GWB dar, diese weist lediglich darauf hin, dass im der Antragstellerin zugeordneten Postfach, auf das sie allein Zugriff hat, eine Information zur Verfügung gestellt wird. Für den Beginn des Fristenlaufs maßgeblich ist nur die Information nach § **134** Abs. 1 GWB selbst.

Auf die Zufälligkeit, ob der Empfänger die für ihn bestimmten Nachrichten auch abrufen und in welcher Form er sie speichert, kommt es für die Bewertung des Kriteriums "Versenden" nicht an. Dafür spricht auch, dass § **134** GWB ausdrücklich festlegt, dass es für den Fristbeginn nicht auf den Zugang der Information ankommt. Insoweit ist es auch nicht entscheidend, dass ein Bieter zum Abruf seiner Nachricht das Postfach auf der Plattform öffnen muss. Vergleichbar muss ein Bieter auch seinen Briefkasten oder sein E-Mail-Postfach öffnen. Dass eine E-Mail - wie die Antragstellerin argumentiert - von unterwegs über das Smartphone geöffnet werden kann, ändert nichts daran, dass das elektronische Postfach auch in diesem Fall erst durch Öffnen des Mailpostfachs und der Mail mittels eines elektronischen Schlüssels das Abrufen der Nachricht ermöglicht und sich daher nicht von dem Abrufen einer Nachricht in einem eigenen Kommunikationsbereich auf der Vergabepattform unterscheidet. Im Übrigen ist auch das Abrufen einer Nachricht aus einem elektronischen Postfach einer Vergabepattform mit einem Internetbrowser und den entsprechenden Zugangsdaten "von unterwegs" gleichfalls völlig unproblematisch möglich.

Nach hiesiger Auffassung kann es in einer solchen Konstellation auch nicht darauf ankommen, dass der Inhalt der Nachricht bereits vorab aus der Gestaltung der Benachrichtigung - sei es im Betreff oder sonst - erkennbar ist. Auch bei einem Brief lässt sich der Inhalt nicht "von außen" erkennen.

Im Unterschied zum bloßen Bereitstellen einer Information auf einer Plattform gelangt das Schreiben nach § **134** GWB durch das Einstellen in das persönliche Nutzerkonto des Empfängers allein in dessen Machtbereich, auf den nur er allein mittels Zugangsdaten, vergleichbar einem Schlüssel, Zugriff hat.

Mit dem Einstellen der Nachricht in dem persönlichen Nutzerbereich wird dieser Vorgang softwareseitig revisionssicher gespeichert. Dies ergibt sich aus der Funktionsbeschreibung der Vergabepattform. Damit ist ausgeschlossen, dass die Vergabestelle die abgesendeten Dateien in irgendeiner Form verändern, löschen oder sonst manipulieren kann. Ihr ist systemseitig jedweder Zugriff auf die Datenbank verwehrt. Gleiches gilt für den Bewerber/Bieter. Auch er kann die Nachricht zwar kopieren oder weiterleiten, aber nicht verändern oder löschen. Die Vergabestelle hat nach Einstellung der Nachricht keine Möglichkeit, Nachrichten aus dem Projektraum des Bieters zu löschen oder zu verändern.

Damit ist ein regelgerechter Zugang mit Einstellen der Nachricht im Nutzerkonto zu erwarten.

Ob es darüber hinaus von entscheidender Bedeutung ist, dass der Empfänger per Mail oder sonstige Weise, z. B. per SMS oder digitale Push-up-Mitteilung o. ä. ausdrücklich über das Vorliegen einer Nachricht in seinem Benutzerkonto benachrichtigt wurde, kann für das vorliegende Verfahren offen bleiben. Denn eine derartige E-Mail-Nachricht wurde systemseitig automatisch mit dem Einstellen der Information in das Benutzerkonto der Bieterin generiert und hat dazu geführt, dass die

Nachricht im Benutzerkonto durch die Antragstellerin innerhalb einer Stunde geöffnet wurde.

Für das Versenden der Information nach § 134 GWB lässt der Gesetzestext selbst offen, welche Anforderungen an Datensicherheit und zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen zu beachten sind. Die vergaberechtlichen Anforderungen an die Unversehrtheit, Vertraulichkeit und Echtheit der Daten sind regelmäßig zu gewährleisten. Ob sich aus dem Rechtsgedanken des § 11 Abs. 2 VgV weitergehende Anforderungen zum Schutz der versendeten Inhalte auch für die Kommunikation nach § 134 GWB ergeben können, bedarf für das hiesige Verfahren keiner Entscheidung, da die Versendung über die Kommunikationsplattform vorliegend vollumfänglich den Sicherheitsanforderungen an den elektronischen Schriftverkehr im Vergabeverfahren gerecht wird.

Zusammenfassend lässt sich mithin feststellen, dass der Fristlauf durch elektronisches Versenden entsprechend den Anforderungen des § 134 Abs. 2 GWB in Gang gesetzt wird, wenn die elektronische Information

1. den Machtbereich des Sendenden derart verlassen hat, dass sie von diesem nicht mehr gelöscht, verändert oder zurückgerufen werden kann,
2. in Textform, mithin speicherbar und für eine angemessene Dauer verfügbar ist, und
3. in einem nur dem Empfänger zuzurechnenden sicheren Bereich vergleichbar einem Postfach (Benutzerkonto), über das die gesamte Verfahrenskommunikation abgewickelt wird, eingelegt wird.

Diese Anforderungen sind nach den tatsächlichen Feststellungen der Kammer hier erfüllt. Die Information nach § 134 GWB wurde in das Benutzerkonto der Antragstellerin eingelegt. Die Information ist damit dem Machtbereich des Sendenden entäußert, denn die Vergabestelle hatte danach keinen Zugriff mehr auf die Nachricht. Aufgrund der technischen Voraussetzungen der Software ist die Information auch revisionssicher gespeichert, mithin in Textform dauerhaft verfügbar. Das persönliche Benutzerkonto auf der Plattform ist ausschließlich durch den Empfänger der Nachricht einsehbar und kann - vergleichbar einem Briefkasten oder elektronischen Postfach - von außen über den Internetbrowser mittels Zugangsdaten und Passwort von dem dazu Berechtigten jederzeit eingesehen und gespeichert werden.

Die Kammer weicht insoweit von einer Entscheidung der Vergabekammer Südbayern ab, die das Einstellen der Information nach § 134 GWB auf der Vergabepattform als nicht hinreichend ansah (VK Südbayern im Rahmen eines Kostenbeschlusses vom 29.03.2019 - **Z3-3-3194-1-07-03/19**). Dieser Entscheidung lag ein anders gelagerter Fall zugrunde, bei dem die Information auf der Vergabepattform gerade nicht unmittelbar mit dem Einstellen abgerufen werden konnte. Hierdurch war effektiver Rechtsschutz der Bieterin verkürzt worden.

Bei der rechtlichen Würdigung ist maßgeblich, dass durch das Absenden der Information nach § 134 GWB durch den Auftraggeber der unterlegene Bieter in die Lage versetzt wird, effektiven Rechtsschutz nachzusuchen.

Dies ist vorliegend der Fall.

Die Information wurde am 22.10.2020 - 07:26 Uhr - auf die Vergabepattform eingestellt, die Antragstellerin am gleichen Tage hierüber per Mail benachrichtigt. Laut Dokumentation der Vergabepattform wurde - ohne dass es hierauf entscheidend ankommt - die Information schon am gleichen Tage von der Antragstellerin abgerufen bzw. geöffnet (22.10.2020 - 07:53 Uhr).

Der spätere Zugang des Papierschreibens am 26.10. spielt für den Beginn des Fristenlaufs in der

beschriebenen Konstellation keine Rolle mehr, denn das Informationsschreiben war bereits am 22.10. elektronisch auf den Weg gebracht und der Auftraggeber hatte unter Berufung auf die elektronische Versendung den Zuschlag nach der verkürzten Frist von mindestens 10 Tagen im Informationsschreiben angekündigt.

Im Übrigen fehlt nach wirksam erteiltem Zuschlag das Rechtsschutzinteresse.

Gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB kann ein wirksam erteilter Zuschlag nicht aufgehoben werden. Das Nachprüfungsverfahren ist nur parallel zu einem laufenden Vergabeverfahren zulässig, denn ab wirksamer Zuschlagserteilung kann das Verfahrensziel der Nachprüfung nicht mehr erreicht werden.

III.

Kostenentscheidungen

Die Kostenentscheidungen beruhen auf § 182 GWB.

Die Kosten (Gebühren und Auslagen) für Amtshandlungen der Vergabekammer waren nach § 182 Abs. 1 bis 3 GWB festzusetzen.

Gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Dies ist vorliegend die Antragstellerin, da sie mit ihrem Antrag wegen Unzulässigkeit nicht durchdringen konnte.

Die Höhe der Kosten (Gebühren und Auslagen) für Amtshandlungen der Vergabekammer wurden nach § 182 Abs. 1 bis 3 GWB festgesetzt. Unter Berücksichtigung der Angebotssumme der Antragstellerin und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von #### Euro. Da auf die mündliche Verhandlung verzichtet wurde, kann die Gebühr gemäß § 182 Abs. 3 Satz 6 GWB auf die Mindestgebühr in Höhe von #### Euro reduziert werden. Auslagen sind nicht angefallen.

Die Antragstellerin hat gemäß § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners im Verfahren vor der Vergabekammer zu tragen.

Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat sich nur knapp geäußert, dabei aber keinen Antrag gestellt und somit auch kein Kostenrisiko übernommen. Sie bekommt jedoch gleichermaßen auch keine Aufwendungen erstattet.

Der von der Antragstellerin geleistete Kostenvorschuss von #### Euro wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses mit der festgesetzten Gebühr verrechnet.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

(...)

