



Beschluss vom 21.05.2015

Az.: Z3-3-3194-1-08-02/15

**Vollzug des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB),
der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) und
der Bayer. Nachprüfungsverordnung (BayNpV);
Nachprüfungsverfahren**

**Leistung: Bauwerk 204 – 205 zur Baumaßnahme
B ..., 2-bahniger Ausbau D..
Brückenbauarbeiten**

Vergabeart: Offenes Verfahren nach VOB/A

**Antragstellerin: ... GmbH & Co. KG Bauunternehmung
vertreten durch die: ... GmbH
diese vertreten durch die Geschäftsführer ...,**

...

...

Bevollmächtigte: ... Rechtsanwälte mbB

...

**Antragsgegner: ...
vertreten durch das: Staatliches Bauamt ...
vertreten durch den: ...**

...

**Beigeladene: ... GmbH & Co. KG ...
vertreten durch die: Geschäftsführer ...**

...

Nachprüfungsantrag vom 11.02.2015

Briefanschrift
Maximilianstraße 39
80538 München

U4/U5 Lehel
Tram 18/19 Maxmonument

Telefon
+49 (89) 2176-2411

Telefax
+49 (89) 2176-2847

E-Mail
vergabekammer.suedbayern@reg-ob.bayern.de

Internet
www.regierung-oberbayern.de



Die Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern - erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 21.04.2015 durch den Vorsitzenden, Herrn Steck, den hauptamtlichen Beisitzer, Herrn Pilz und die ehrenamtliche Beisitzerin Frau Höß folgenden

Beschluss:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 11.02.2015 wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Für das Verfahren wird eine Gebühr von 3.610,00 Euro festgesetzt. Auslagen sind nicht angefallen.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner beabsichtigt im Rahmen der Baumaßnahme B ..., 2-bahniger Ausbau D., die Brückenbauarbeiten (Bauwerk 204-205) zu vergeben. Eine entsprechende Veröffentlichung erfolgte im Rahmen einer EU-weiten Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften im Wege eines Offenen Verfahrens nach den Bestimmungen der VOB/A. Die Vergabe erfolgt aus Gesamtauftrag (II.1.8 der EU-Bekanntmachung).

Die Vergabeunterlagen wurden ausschließlich in elektronischer Form auf der Vergabepattform www.vergabe.bayern.de zum Download bereitgestellt. Gemäß Ziffer VI.3 der Bekanntmachung konnte die Abgabe eines Angebots nur elektronisch mit fortgeschrittener oder qualifizierter Signatur oder schriftlich mit Mantelbogen abgegeben werden.

Als Schlusstermin für die Abgabe der Angebote wurde der 20.01.2015, 09.30 Uhr, festgelegt.

Gem. Punkt IV. 2.1) der Bekanntmachung soll der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot in Bezug auf die Kriterien, die in der Aufforderung zur

Angebotsabgabe genannt wurden erteilt werden. Nach Nr. 6 der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium.

11 Bieter haben fristgerecht Angebote abgegeben, darunter auch die Antragstellerin, mit dem preislich niedrigsten Angebot nach dem Submissionsergebnis.

Der Antragsgegner teilte mit Schreiben vom 20.01.2015 (Absage nach § 19 EG Abs. 1 VOB/A) der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A EG in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG von der Wertung ausgeschlossen worden sei, da das Angebot nicht unterschrieben bzw. wie vorgegeben signiert sei. In der Erläuterung wurde ausgeführt, dass das Zertifikat (Signatur) der Antragstellerin seit 30.12.2014 gesperrt sei.

Daraufhin rügte die Antragstellerin - durch ihren Verfahrensbevollmächtigten - ihren Ausschluss gegenüber dem Antragsgegner mit Schreiben vom 22.01.2015 und wies darauf hin, dass die Signaturkarte ihres Geschäftsführers, Herrn T.. L., noch bis 16.10.2015 gültig sei und zudem wies sie noch auf den Computerbericht hin, den die Antragstellerin als Beleg für eine erfolgreiche Angebotsabgabe erhalten habe. Aber selbst, wenn das Zertifikat der Antragstellerin zum 30.12.2014 ausgelaufen sein sollte, könne dies nur damit erklärt werden, dass das Anbieter-Zertifikat bei der Firma D-..., das mit dem Anwender-Zertifikat auf der Signaturkarte der Antragstellerin verknüpft sei, zum 30.12.2014 ausgelaufen sei. Die Ungültigkeit nur des Anbieterzertifikats habe nach Auffassung der Vergabekammer Südbayern in ihrer Entscheidung vom 17.04.2013 aber keine Auswirkungen auf die ordnungsgemäße Abgabe des Angebots in elektronischer Form. Der Ausschluss sei nicht gerechtfertigt.

Mit E-Mail vom 23.01.2015 teilte der Antragsgegner der Antragstellerin mit, dass die Rüge von der dafür zuständigen Stelle geprüft werde.

Die Ausschlussentscheidung sei aufgrund des Prüfprotokolls der Signatur getroffen worden. Ergänzend wurde ausgeführt, dass wegen Anpassung auf den neuesten Stand der Sicherheitstechnologie gem. deutschem Signaturgesetz sämtliche Inhaber der „alten 2.4-er Karten“ ab Oktober 2014 angeschrieben worden seien. Den Signaturkarteninhabern, wie auch Herr T.. L., sei mitgeteilt worden, dass diese kostenlos gegen eine Austauschkarte der neuesten Generation (3.0-er Karte) mit identischem Ablaufdatum ersetzt werden. Zudem sei ausdrücklich darauf

hingewiesen worden, dass die bisherigen 2.4-er Karten zum Ende des Jahres 2014 gesperrt werden.

Der Antragsgegner wies mit Telefax vom 29.01.2015 die Rüge der Antragstellerin endgültig ab und hat sich darauf berufen, dass das Prüfprotokoll der qualifizierten elektronischen Signatur ein gesperrtes Zertifikat seit dem 30.12.2014 anzeige. Da die Signaturzeit bei Abgabe des Angebots mit 20.01.2015, 07:09:13 protokolliert sei, liege eindeutig eine Verwendung eines gesperrten Zertifikates vor. Es sei unstrittig, dass es sich vorliegend um die ausschließliche Verwendung einer qualifizierten und nicht um eine fortgeschrittene Signatur handle. Das Signaturgesetz definiere im § 2 Nr. 3 SigG eindeutig, was eine qualifizierte elektronische Signatur sei. Kernaussage sei, dass die Signatur auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhe und dies sei vorliegend durch die Sperrung nicht der Fall.

Am 30.01.2015 wurde die Antragstellerin gemäß § 101a GWB informiert, dass beabsichtigt sei den Zuschlag am 18.02.2015 auf das Angebot des Bieters ... GmbH & Co. KG ..., ... zu erteilen. Das Angebot der Antragstellerin sei von der Wertung ausgeschlossen worden, weil es nicht den Bewerbungsbedingungen gemäß im Angebotsschreiben unterschrieben oder entsprechend der Vorgabe in der Aufforderung zur Angebotsabgabe elektronisch signiert sei. Zudem wurde auf § 16 Abs. 1 Nr. 1b VOB/A EG i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG hingewiesen und dass das Zertifikat (Signatur) seit 30.12.2014 gesperrt sei.

Weil die Rüge den Antragsgegner nicht zur Änderung seiner Rechtsauffassung veranlasste, stellte die Antragstellerin mit anwaltlichem Schreiben vom 11.02.2015 bei der Vergabekammer Südbayern einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und beantragte,

1. dass die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen trifft, um die Rechtsverletzungen der Antragstellerin zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern,
2. insbesondere dem Antragsgegner aufzugeben, den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin vom 19.01.2015 zurückzunehmen und das Angebot bei der Wertung zu berücksichtigen,

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
4. dem Antragsgegner die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin notwendigen Auslagen aufzuerlegen,
5. der Antragstellerin, vertreten durch ihre Verfahrensbevollmächtigten, Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Die Antragstellerin teilte vorab mit, dass sie für die elektronische Signatur eine Signaturkarte des an die B. gekoppelten Anbieters D-... in der Version 2.4, die auf T.. L.. ausgestellt sei, verwendet habe. Ende 2014 habe D-... die Inhaber einer solchen Signaturkarte angeschrieben und darauf hingewiesen, dass die Signaturkarte nur noch bis zum 31.12.2014 genutzt werden könne und rechtzeitig eine kostenlose Austauschkarte in der Version 3.0 zugeschickt werde, wenn der Karteninhaber dem Austausch nicht widerspreche. Der Karteninhaber, Herr L., habe bis zum 20.11.2014 keinen Widerspruch eingelegt und darauf vertraut, dass die Signaturkarte in der Version 3.0 rechtzeitig zugesandt werde. Mit Schreiben vom 20.12.2014 habe dieser um die Zusendung einer neuen Signaturkarte gebeten. Mit dem Lieferschein vom 22.12.2014 habe die Antragstellerin eine auf T.. L.. ausgestellte Signaturkarte in der Version 3.0 erhalten. Dem Lieferschein sei eine Empfangsbestätigung beigelegt gewesen, die von Herrn T.. L., persönlich unterschrieben werden musste. In der Empfangsbestätigung sei ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die Signaturkarte erst nach Freischaltung seitens D-... verwendet werden könne. Da sich Herr T.. L. im Urlaub befunden habe, habe er erst am 15.01.2015 die Empfangsbestätigung unterschreiben können. Zur Erstellung der elektronischen Signatur für das Angebot habe die Antragstellerin deshalb die Signaturkarte in der Version 2.4 verwendet.

Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin führte aus, dass der Nachprüfungsantrag zulässig sei. Die Antragstellerin sei antragsbefugt. Der Ausschluss von der Wertung verletze die Antragstellerin in ihrem Recht auf gleichberechtigte Teilnahme an dem Vergabeverfahren, da ihr Angebot nicht gemäß §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b, 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG ausgeschlossen werden dürfe. Ihr drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns bei Zuschlagserteilung. Zudem habe die Antragstellerin das preislich günstigste

Angebot abgegeben. Die Antragstellerin sei auch ihrer Rügeobliegenheit mit Schreiben vom 22.01.2015 unverzüglich nachgekommen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin von der Wertung sei vergaberechtswidrig, da der von dem Antragsgegner vorgetragene Ausschlussgrund des §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b, 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG nicht vorliege, weil die Antragstellerin eine gültige elektronische Signatur ihrem Angebot angefügt habe. Die von der Antragstellerin verwendete Signatur sei nach dem Maßstäben der Vergabekammer Südbayern in der Entscheidung vom 17.04.2013, Az: Z3-3-3194-1-07-03/13 als qualifizierte Signatur (Anl. 8 des Nachprüfungsantrags) zu werten, die nach Ziffer VI.3 der Auftragsbekanntmachung vorliegend abgegeben werden konnte.

Die Antragstellerin habe ihr Angebot mit einer gültigen qualifizierten elektronischen Signatur abgegeben. Als ihr Vertreter die elektronische Signatur am 20.01.2014 erstellt habe, sei ihr Anwender-Zertifikat noch bis zum 16.10.2015 gültig gewesen. Das Anwender-Zertifikat sei auf der Signaturkarte der Antragstellerin hinterlegt und mit einer auflösenden Bedingung versehen, dem Ablauf des einprogrammierten Gültigkeitszeitraums. Eine Sperrung dieses Zertifikats vor Ablauf des Gültigkeitszeitraums sei dem Anbieter ohne physischen Zugriff auf die Signaturkarte nicht möglich. Die vom Anbieter D-... vorgenommene Sperrung der Signaturkarte bis zum 31.12.2014 habe sich auf das bei D-... hinterlegte Anbieter-Zertifikat bezogen. Das Anwender-Zertifikat habe nicht seine Gültigkeit zum 31.12.2014 verloren, sondern lediglich das bei D-... hinterlegte Anbieter-Zertifikat. Die Antragstellerin habe im Zeitpunkt der Signaturerstellung am 20.01.2015 ein gültiges Anwender-Zertifikat verwendet, dieses laufe erst mit Ablauf des 16.10.2015 aus.

Nach dem Kettenmodell sei die elektronische Signatur der Antragstellerin wirksam, da es nach diesem Modell unerheblich sei, ob die dem gültigen Anwender-Zertifikat übergeordneten Anbieter- und Wurzel-Zertifikate im Zeitpunkt der Signaturerstellung gültig gewesen seien. Entscheidend für die Wirksamkeit der mittels eines gültigen Anwender-Zertifikats erstellten Signatur sei lediglich, dass zum Zeitpunkt der Herstellung der Zertifikate das jeweils übergeordnete Zertifikat gültig gewesen sei, was vorliegend der Fall sei. Aus Anlage 8 des Nachprüfungsantrages gehe hervor, dass die Signatur der Antragstellerin beim

Antragsgegner als qualifizierte Signatur eingegangen sei. In Bezug auf die weiteren Ausführungen wird auf den Nachprüfungsantrag verwiesen.

Für den Fall, dass die Vergabekammer die elektronische Signatur als ungültig werte, habe der Antragsgegner vor Ausschluss des Angebots die Antragstellerin zur Vorlage ihrer Signaturkarten in der Version 3.0 gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG auffordern müssen, um den aus ihrer Sicht bestehenden formalen Hinderungsgrund einer wirksamen Angebotsabgabe zu beseitigen. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 VOB/A EG sei die Vergabestelle verpflichtet, vom Bieter die Vorlage fehlender Erklärungen oder Nachweise zu verlangen. Erst für den Fall, wenn der Bieter dieser Aufforderung nicht innerhalb von sechs Kalendertagen nachkomme, sei das Angebot der Antragstellerin gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 3 VOB/A EG zwingend auszuschließen. Unterbleibe die Aufforderung zur Vorlage, dürfe die Vergabestelle das Fehlen der Erklärungen oder Nachweise nicht zum Anlass nehmen, das Angebot von der Wertung auszuschließen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.03.2011, Az.: VII-Verg 56/10). § 16 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 VOB/A soll verhindern, dass der Bieter wegen geringfügiger formaler Fehler und Versäumnisse endgültig aus dem Wettbewerb ausgeschlossen werde.

Darüber hinaus liege infolge einer gebotenen teleologischen Reduktion des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG schon kein formnichtiges Angebot vor, das zwingend von der Wertung auszuschließen sei. Der Antragsgegner habe von seinem Wahlrecht nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG Gebrauch gemacht, und Angebote nicht nur in schriftlicher, sondern auch in elektronischer Form mit fortgeschrittener oder qualifizierter Signatur nach dem SigG zugelassen. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A EG sei Sinn und Zweck vorrangig die „Datenintegrität und die Vertraulichkeit“ der Angebote zu gewährleisten. Die eindeutige Zuordnung des Angebots zu einer bestimmten Person, vorliegend T.. L., trete demgegenüber in den Hintergrund. Bei elektronischen Angeboten werde der Zweck der Datenintegrität und Vertraulichkeit durch die elektronische Verschlüsselung Rechnung getragen. Ähnlich dem verschlossenen Umschlag sei auch die elektronische Verschlüsselung erst im Eröffnungstermin zu öffnen. Die elektronische Signatur hingegen sei nicht Teil der Verschlüsselung, sondern Bestandteil der verschlüsselten Daten, wie auch die eigenhändige Unterschrift nicht Teil des verschlossenen Umschlags, sondern Bestandteil des in ihm enthaltenen schriftlichen Angebots sei. Das heiße, bevor die Signatur durch den Antragsgegner überprüft werden konnte, habe dieser das Angebot zunächst entschlüsseln und auf diese Weise die Unterlagen des Angebots „sichtbar“ werden zu lassen müssen. Die von dem Prüfprogramm durchgeführte

Prüfung, beziehe sich einzig auf die Prüfung der Signatur und führte zu dem aus Sicht der Antragstellerin nicht nachvollziehbaren Gründen zu einem für sie negativem Ergebnis. Dieses Ergebnis ändere jedoch nichts daran, dass das Angebot verschlüsselt eingereicht und somit dem Zweck des Formerfordernisses gerecht geworden sei. Es dennoch aus formunwirksam zu werten und von der Wertung auszuschließen, würde „über das Ziel hinausschießen“. Deshalb bestehe vorliegend die Pflicht den Nachweis der Identität des Bieters nachträglich gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG anzufordern.

Die Vergabekammer Südbayern informierte den Antragsgegner über den Nachprüfungsantrag mit Schreiben vom 12.02.2015 und forderte ihn auf, die das Nachprüfungsverfahren betreffenden Unterlagen vorzulegen, die am 16.02.2015 eingingen.

Der Antragsgegner beantragte mit Schreiben vom 19.02.2015, den Antrag der Antragstellerin abzulehnen. Der zulässige Antrag sei unbegründet.

Die Überprüfung des mit qualifizierter Signatur eingereichten Angebots der Antragstellerin, habe im Rahmen der Angebotseröffnung ergeben, dass die genutzte Signaturkarte des Geschäftsführers T.. L., am 30.12.2014 gesperrt worden sei. Das genutzte Programm OpenLimit zur Prüfung der Signaturen habe festgestellt, dass nach automatischem Sperrlistenabgleich, das Zertifikat von einem Herausgeber am 30.12.2014 zurückgezogen worden sei, weil die nach § 3 SigG zuständige Bundesnetzagentur die Sperrung aller Karten des Betriebssystems Cardos 4.3b angeordnet habe. Aufgrund dieser Anordnung habe der Anbieter der Signaturkarte, die Firma D-..., das Zertifikat gesperrt. Der Inhaber der Signaturkarte sei auch durch die Firma D-... im Oktober/November 2014 schriftlich darüber informiert worden und wurde darauf hingewiesen, dass die Signaturkarte nur bis 31.12.2014 genutzt werden könne.

Unzutreffend sei, dass Vertreter der Firma D-... der Antragstellerin bzw. ihrem anwaltlichen Vertreter bestätigt hätten, dass das auf der Signaturkarte hinterlegte Anwenderzertifikat nicht von der angekündigten Sperrung betroffen sei (S. 6 des Nachprüfungsantrages), noch sei eine Sperrung des Anwenderzertifikates von einem physischen Zugriff auf die Signaturkarte abhängig (Ziffer 2.2.1.3, 2. Absatz des Nachprüfungsantrages). Der Antragsgegner verwies dazu auf eine Stellungnahme des Vertreters der Firma R.. Software AG (Betreiber der Vergabepattform) vom 16.02.2015. Der Vertreter der Firma R.. Software AG stelle

dort klar, dass die Sperrung des Zertifikats der Firma D... technisch möglich sei (mit Sperrlistenaktualisierung für die Prüfprogramme zur Signaturprüfung). Die rechtliche Befugnis hierzu folge aus § 8 SigG.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 VOB/A EG entsprechend unterzeichnet worden und damit nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit b) VOB/A auszuschließen. Die Antragstellerin habe ein Angebot mit unwirksamer qualifizierter Signatur abgegeben. Die qualifizierte elektronische Signatur müsse den Anforderungen des § 2 Nr. 2 und Nr. 3 SigG genügen. Sie müsse (1) ausschließlich dem Schlüsselinhaber zugeordnet sein, (2) seine Identifizierung ermöglichen, (3) mit Mitteln erzeugt werden, die der Schlüsselinhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, (4) mit den Daten, auf die sie sich beziehen so verknüpft werden, dass eine nachträgliche Veränderung erkannt werden kann, (5) auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat beruhen und (6) mit einer sicheren Signaturerstellungseinrichtung erzeugt worden sein. Vorliegend sei der Signatur kein gültiges qualifiziertes Zertifikat zu Grunde gelegen. Dieses sei durch den Anbieter gem. § 8 Abs. 1 SigG gesperrt worden, nachdem die gem. § 3 SigG zuständige Bundesnetzagentur gem. § 19 Abs. 4 SigG die Sperrung verlangt habe, da sie nicht mehr dem neuesten Stand der Sicherheitstechnologie entsprochen habe. Der für die Angebotsabgabe zuständige Vertreter der Antragstellerin verfüge über ein Zertifikat D-... 2.4 mit dem Betriebssystem Cardos 4.3b. Karten mit diesem System seien nach einer Aufforderung der Bundesnetzagentur zu sperren gewesen. Rechtsfolge der Sperrung müsse schon aus Gründen der Sicherheit der Karteninhaber vor unberechtigter Inanspruchnahme und des Schutzes des Rechtsverkehrs sein, dass der Inhaber mit der Karte keine wirksamen Signaturen mehr vornehmen könne. Auf die Frage nach welchem Modell die Wirksamkeit der Signatur zu prüfen sei, könne es dabei nicht ankommen. Die Sperrung werde vom Anbieter als Status im Verzeichnisdienst des Trustcenters festgehalten. Das Prüfprogramm lese nichts von der Karte ab, sondern befrage seine lokalen Sperrlisten oder führe eine Onlineabfrage gegen das Trustcenter durch. Auf die Stellungnahme der Firma R.. Software AG vom 16.02.2015 wurde verwiesen. Wäre die Sperre nur nach physischer Einziehung der Karte möglich, wären sowohl der Anwender der Signaturkarte, als auch die Empfänger der Signaturen, nicht ausreichend geschützt. Der Antragsgegner verwies diesbezüglich noch auf die Entscheidung des BGH vom 14.01.2010, Az: VII ZB 112/08). Ob die Signatur gültig

ist, müsse vom Empfänger des Angebots ohne aufwändige Prüfung ermittelt werden können.

Anderes könne lediglich dann gelten, wenn der Bieter keine Möglichkeit gehabt hätte, sein Angebot ohne elektronische Signatur abzugeben. Da der Antragsgegner den Bietern aber die Möglichkeit eröffnet hatte, das Angebot mit einem unterschriebenen Mantelbogen abzugeben, wäre der Antragstellerin die Abgabe des Angebotes ohne Nutzung einer elektronischen Signatur möglich gewesen.

Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit b) VOB/A EG seien Angebote auszuschließen, die den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A EG nicht entsprechen. Eine Nachforderung nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG sei nicht bei einem Ausschluss nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 VOB/A EG möglich.

Nach beantragter Verlängerung der Frist zur Stellungnahme nahm die Antragstellerin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Schreiben vom 05.03.2015 Stellung. Sie äußerte, dass es unstrittig sei, dass eine Sperrung erfolgt sei. Entscheidend sei jedoch, welches Zertifikat konkret gesperrt worden sei. Darauf gebe die Stellungnahme des Vertreters der Firma R.. Software AG vom 16.02.2015 keine Antwort. Aus technischer Sicht habe sich die angekündigte Sperrung zum 31.12.2014 nur auf das bei D-... hinterlegte Anbieter-Zertifikat bezogen. Eine Sperrung des Anwender-Zertifikats, das auf der Signaturkarte hinterlegt werde, könne demzufolge von der Sperrung nicht betroffen sein. Entsprechend handle es sich bei dem nach § 8 Abs. 1 SigG zu sperrende qualifizierte Zertifikat um das bei D-... hinterlegte Anbieter-Zertifikat. Dieses habe der Zertifizierungsdiensteanbieter nach § 4 Abs. 1 SigV bei sich in einem Verzeichnis gemäß den Vorgaben nach § 5 Abs. 1 S. 3 SigG zu führen. In diesem Fall führe die Prüfung nach dem Kettenmodell zu einem positiven Ergebnis für die Antragstellerin. Eine qualifizierte elektronische Signatur, die mit einem gültigen Anwender-Zertifikat erstellt worden ist, sei nach dem Kettenmodell unabhängig davon gültig, ob das Anbieter-Zertifikat im Zeitpunkt der Signaturerstellung abgelaufen oder gesperrt gewesen sei.

Die Antragstellerin verlange für den Fall, dass die Vergabekammer gegenteiliger Ansicht sei und zwischen der Ungültigkeit des Anbieter-Zertifikats infolge Zeitablaufs und der Ungültigkeit des Anbieter-Zertifikats infolge Sperrung differenziere, die Vorlage der Aufforderung der Bundesnetzagentur, auf deren Vorlage der Antragsgegner auf S. 5 der Antragserwiderung verzichte. Es sei von

Bedeutung, ob die rechtliche Voraussetzungen für eine Sperranordnung nach § 19 Abs. 4 SigG vorlagen.

Für den Fall, dass die Vergabekammer die qualifizierte elektronische Signatur aufgrund der Sperrung für unwirksam erachten sollte, wies die Antragstellerin nochmals darauf hin, dass der Antragsgegner verpflichtet gewesen sei gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG zur nachträglichen Vorlage der 3.0er-Signaturkarte, bzw. zur Signierung mit dieser Karte aufzufordern, bevor er das Angebot der Antragstellerin ausschließe. Die Antragstellerin verwies auf einen Beschluss des OLG Düsseldorf vom 09.05.2011, Az: VII Verg 40/11. Auf die näheren Ausführungen in dem Schriftsatz vom 05.03.2015 wird verwiesen.

Die Antragstellerin wies noch darauf hin, dass der Beschluss des BGH vom 14.01.2010, Az.: VII ZB 112/08 in der Sache nicht weiterführe.

Daraufhin nahm der Antragsgegner mit Schreiben vom 13.03.2015 Stellung und führte aus, dass eine Sperrung des Zertifikates dazu führen müsse, dass sowohl das Anbieter-, als auch das Anwender-Zertifikat, ihre Gültigkeit verlieren. Die Argumentation der Antragstellerin laufe darauf hinaus, dass die Signaturkarte bis zu ihrem Ablauf gewissermaßen eine nicht zu beseitigende Wirksamkeit besitze. Es wäre dann sinnlos, in § 8 Abs. 1 SigG die Möglichkeit aufzunehmen, dass Zertifikate auf Verlangen des Kartenbesitzers gesperrt werden. Dieser könnte durch die Sperrung keinen Nutzen haben, da die Karte mit dem gültigen Anwenderzertifikat auch weiterhin genutzt werden könnte. Dafür spreche auch § 7 SigG, der den Inhalt von qualifizierten Zertifikaten regelt und keine Unterscheidung zwischen einem Anwender-Zertifikat und einem Anbieter-Zertifikat treffe (vgl. auch § 10 SigG, § 8 Abs. 2 Nr. 6 SigV).

Der Antragsgegner gehe davon aus, dass die Sperre nach § 8 Abs. 1 SigG auch die Gültigkeit des Anwenderzertifikates beseitige. Das lege auch der Wortlaut des Schreibens der B.. vom 05.11.2014 an den Karteninhaber nahe. Im 2. Absatz sei dazu Folgendes angeführt:

„Deshalb wird ihre D-...-Signalkarte in der Version 2.1/2.2/2.3/2,4 bis spätestens zum 31.12.2014 von der D-... gesperrt und kann danach nicht mehr eingesetzt werden“.

Da die Antragstellerin die Möglichkeit gehabt habe, ihr Angebot mit Mantelbogen abzugeben, sei ihr Recht auf gleichberechtigte Teilhabe an dem Vergabeverfahren durch die von ihr selbst zu vertretenden Verzögerungen bei der Ausstellung der neuen Signaturkarte nicht beeinträchtigt gewesen.

Auf die weiteren Ausführungen wird verwiesen.

Mit Verfügung vom 17.03.2015 wurde die Frist gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis 30.04.2015 von dem Vorsitzenden der Vergabekammer verlängert.

Die ehrenamtliche Beisitzerin sowie der hauptamtliche Beisitzer haben mit Schreiben vom 19.03.2015 die Entscheidung über den Umfang der Akteneinsicht auf den Vorsitzenden übertragen.

Mit Beschluss vom 23.03.2015 wurde der Bieter, auf dessen Angebot der Zuschlag erteilt werden soll, zum Verfahren beigegeben.

Darüber hinaus wurde der Antragstellerin entsprechend ihrem Antrag im Nachprüfungsverfahren am 23.03.2015 Akteneinsicht gewährt.

Mit Schreiben vom 25.03.2015 nahm die Antragstellerin noch Stellung zu dem Schriftsatz des Antragsgegners vom 13.03.2015 und äußerte, dass die Frage, welches der drei Zertifikate durch die Sperrung seitens D-... ungültig geworden sei, sei entgegen der Auffassung des Antragsgegners keine Rechts-, sondern eine Tatsachenfrage. Maßgeblich sei nicht, welches Zertifikat nach einer „*am Sinn und Zweck der Vorschrift des § 8 Abs. 1 SigG orientierten Auslegung*“ von der Sperrung erfasst werden müssen, sondern welches Zertifikat tatsächlich von der Sperrung erfasst worden sei. Die Antragstellerin halte an ihrer Auffassung fest, dass die Sperrung allein das Anbieter-Zertifikat betreffe und das eine Sperrung auf der Signaturkarte hinterlegte Anwender-Zertifikat und das Wurzel-Zertifikat nicht in Betracht komme. Unter diesen Voraussetzungen führe die Prüfung nach dem maßgeblichen Kettenmodell dazu, dass die elektronische Signatur wirksam sei, obwohl das ihr zugrunde liegende Anbieter-Zertifikat im Zeitpunkt der Signaturerstellung ungültig gewesen sei.

Auch bestehe ein hinreichender Schutz bei Sperrung, wenn ein Dritter die Karte missbräuchlich benutze. Durch die elektronische Signatur werde zum Ausdruck gebracht, dass die signierte Erklärung inhaltlich vom Aussteller herrühre. Der Karteninhaber könne dies in einem solchen Fall bestreiten (§ 371a Abs. 1 Satz 2). Gerade weil der Zertifikats-Anbieter auf das ausgestellte Anwender-Zertifikat nicht zugreifen könne, erfolgt eine Sperrung, d.h. ein Sperrvermerk in einem Verzeichnis des D-.... Hierdurch werde der Erklärungsempfänger informiert und könne bei

Zweifeln dann durch Rückfrage beim Karteninhaber sicherstellen, ob dieser selbst die signierte Erklärung abgegeben habe oder nicht. Vorliegend spiele dies keine Rolle, da der Karteninhaber, Herr T.. L., die signierte Erklärung abgegeben habe.

Zudem wurde mitgeteilt, dass der Antragsgegner zur Aufforderung nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG verpflichtet gewesen sei. Diese Pflicht sei eine Ermessensentscheidung, die vom Antragsgegner unter Berücksichtigung des Einzelfalls und der gesetzgeberischen Wertung zu treffen zu treffen sei. Der Ausschluss von Angeboten aus formalen Kriterien soll dadurch reduziert werden. Dies verbiete der Vergabestelle bei elektronischen Signaturen eine ungeprüfte, schematische Übernahme der Ergebnisse der Prüfsoftware. Diesbezüglich wurde auf den Beschluss der VK Südbayern vom 17.04.2013, Z3-3194-1-07-03/13 verwiesen. Diesen Vorgaben sei der Antragsgegner nicht gerecht geworden.

Der Eröffnungstermin habe am 20.01.2015 um 09.30 Uhr stattgefunden. Noch am selben Tag habe der Antragsgegner der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot von der Wertung ausgeschlossen worden sei. Auch aus der E-Mail vom 23.01.2015 folge, dass der Antragsgegner den vermeintlichen Grund des negativen Ergebnisses der Prüfsoftware (Sperrung der 2.4er-signaturkarte des Zertifizierungsdienstanbieters D-...), bereits kurze Zeit nach dem Eröffnungstermin bewusst gewesen sei. Aufgrund der Besonderheiten dieses Einzelfalls habe der Antragsgegner das Ergebnis der Prüfsoftware nicht schematisch übernehmen und das Angebot von der Wertung ausschließen dürfen, sondern hätte bei der Antragstellerin nachfragen und die Vorlage der 3.0er-Austauschkarte bzw. eine erneute Signierung mit dieser Karte fordern müssen. Unterbleibe diese Aufforderung, dann dürfe das Fehlen der Erklärungen oder Nachweise nicht zum Anlass genommen werden, das Angebot aus der Wertung auszuschließen. Der vorliegende Nachprüfungsantrag sei daher, unabhängig von den technischen Details der Sperrung, jedenfalls wegen unterlassener Aufforderung nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG begründet. Auf die weiteren Ausführungen wird verwiesen.

Die Vergabekammer hat mit Schreiben vom 26.03.2015 die Beteiligten zur mündlichen Verhandlung am 21.04.2015, um 10.00 Uhr, geladen.

Mit Schreiben vom 01.04.2015 teilte die Antragstellerin durch ihren Verfahrensbevollmächtigten im Wesentlichen mit, dass die der Antragstellerin im Rahmen der Akteneinsicht übersandten Vergabeunterlagen nicht der Anforderung in ihrem Beschluss vom 17.04.2013, Az. Z3-3194-1-07-03/13 entspreche, dass eine Vergabestelle in Problemfällen, bei denen die elektronische Signatur eines Bieters

von der Prüfsoftware zurückgewiesen worden sei, den Sachverhalt prüfen und eigene Erwägungen zur Gültigkeit der Signatur dokumentieren müsse. Der Antragsgegner habe vorliegend in der Vergabedokumentation lediglich ausgeführt, dass die Antragstellerin ein Angebot ohne gültige Signatur abgegeben habe.

Dieser Dokumentationsmangel lasse darauf schließen, dass der Antragsgegner das negative Ergebnis seiner Prüfsoftware ungeprüft übernommen habe. Der Antragsgegner habe wie bereits ausgeführt, bei der Antragstellerin nachfragen müssen, ob diese die elektronische Signatur trotz des Vermerks in der Sperrliste für bzw. gegen sich gelten lassen möchte. Auf die weiteren Ausführungen wird verwiesen.

Die Antragstellerin übersandte mit Schriftsatz vom 08.04.2015 noch ein Schreiben der B.. Berlin vom 11.03.2015 und teilte mit, dass darin nichts zu den technischen Details der Sperrung oder zu den unterschiedlichen Prüfmodellen ausgeführt worden sei. Es werde darin lediglich darauf verwiesen, dass eine Signatur, die auf der Grundlage eines gesperrten Zertifikats erstellt worden sei, von ihr nicht mehr als vertrauenswürdig verifiziert werden könne.

Weiter teilte die Antragstellerin mit, dass diese Ausführungen in Bezug auf die rechtliche Frage, ob vorliegend die Signatur ungültig sei, nicht weiter helfe.

Nach Ansicht der Antragstellerin lasse die Sperrung des qualifizierten Zertifikats (Anbieterzertifikats) die Gültigkeit einer im Anschluss erstellten qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Kettenmodell unberührt.

Sinn und Zweck der Sperrung sei, der Schutz des Signaturkarteninhabers vor missbräuchlicher Verwendung der Signaturkarte. Die Eintragung der Sperrung in das Zertifikatsverzeichnis habe jedoch nicht zur Folge, dass die dennoch erstellten Signaturen nicht den gesetzlichen Formanforderungen in § 126a BGB oder § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A EG gerecht würden. Das signierte Dokument sei formwirksam, aber ändere die prozessuale Darlegungs- und Beweissituation, wie aus § 371a Abs. 1 ZPO folge. Danach dürfe der Empfänger einer elektronischen Signatur grundsätzlich auf deren Echtheit vertrauen, das heiße darauf, dass die elektronische Signatur von demjenigen stamme, der aus ihr als Aussteller hervorgehe. Diesen Anscheinsbeweis könne der Signaturkarteninhaber nach § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO nur mit Tatsachen erschüttern, die ernstliche Zweifel an der Echtheit begründen.

Durch die Sperrung gem. § 8 SigG werde der Anscheinsbeweis in § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO ausgehebelt, so dass gar nicht erst der Anschein der Echtheit im Sinne von § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO entstehen könne. Die Sperrung nach § 8 SigG schütze den

Signaturkarteninhaber somit davor, dass eine unechte, weil nicht von ihr stammende Signatur, im Rechtsverkehr Wirkung für und gegen ihn entfalte. Der Sperrvermerk stellt wieder die allgemeine Beweislastverteilung her, wonach jeder die für ihn günstigen Tatsachen zu beweisen habe. Das heiÙe, dass dem Empfänger die Möglichkeit offen stehe, aus dem signierten elektronischen Dokument Rechtswirkungen für und gegen den Signaturkarteninhaber herzuleiten. Wenn der Signaturkarteninhaber auf Rückfrage bestreite, die Signatur erstellt zu haben, müsse der Empfänger den Nachweis erbringen, dass die Signatur tatsächlich von dem Signaturkarteninhaber erstellt wurde.

Die Sperrung eines qualifizierten Zertifikats nach § 8 SigG führe damit nicht zur Ungültigkeit einer im Anschluss erstellten qualifizierten elektronischen Signatur, wenn diese wie vorliegend aus einem Anwenderzertifikat heraus erstellt worden sei, dessen Gültigkeitsdatum noch nicht abgelaufen sei. Die Formanforderungen an eine solche Signatur seien eingehalten, es bedürfe jedoch des Nachweises, dass die Signatur tatsächlich von dem Signaturinhaber erstellt worden sei, wenn deren Echtheit im Einzelfall bestritten werde. Vorliegend stehe jedoch außer Frage, dass die elektronische Signatur auch vom dem Karteninhaber erstellt worden sei.

Auf eine schriftliche Anfrage der Vergabekammer vom 26.03.2015 teilte die D-... GmbH mit Schreiben vom 17.04.2015 mit, dass qualifizierte elektronische Signaturen mit einem Anwenderzertifikat erstellt werden. Bei ihrer Verifikation würden insbesondere Gültigkeitszeitraum und Nichtvorliegen einer Sperrung hinsichtlich des Anwenderzertifikats geprüft. Die Sperrung eines Anwenderzertifikats erfolge dabei durch die Aufnahme eines Sperrvermerks in das entsprechende Verzeichnis. Die Sperrung werde wirksam durch die Überprüfung des Verzeichnisses auf Vorliegen eines Sperrvermerkes durch die Signaturanwendungskomponenten. Die D-... GmbH sei, als von der Bundesnetzagentur akkreditierter Zertifizierungsdiensteanbieter, nach §§ 15 Abs. 7, 17 Abs. 4 SigG verpflichtet, nur solche bestätigte Signaturerstellungskomponenten einzusetzen, die von einer Bestätigungsstelle bestätigt seien. Die Bundesnetzagentur habe die damals eingesetzten Signaturkarten des Typs CardOS 4.3 b über die Bestätigung der Zertifizierungsstelle T-Systems GEI GmbH bis zum Ablaufdatum 31.12.2014 bestätigt. Die D-... GmbH sei daher gehalten gewesen, die entsprechenden Karten bzw. die qualifizierten Anwenderzertifikate zum 31.12.2014 zu sperren.

Der Einsatz des qualifizierten Zertifikats der alten Signaturkarte von Herrn L.. nach dem 31.12.2014 sei somit in der Zeit erfolgt, in dem das darauf befindliche Zertifikat

von der D-... GmbH als gesperrt gemeldet gewesen sei. Für weitere Auskünfte wurde auf die Bundesnetzagentur verwiesen.

Am 21.04.2015 fand in den Räumen der Regierung von Oberbayern die mündliche Verhandlung statt. Der Vorsitzende der Vergabekammer stellte zu Beginn der Verhandlung fest, dass auch der Antragsgegner mit Schreiben vom 26.03.2015 ordnungsgemäß geladen war und die Ladung gemäß der Bestätigung erhalten habe, aber trotzdem nicht erschienen war.

Die Vergabekammer machte von § 112 Abs. 2 GWB Gebrauch und verhandelte ohne den Antragsgegner.

Die Rechts- und Sachlage wurde erörtert. Der Vorsitzende der Vergabekammer überreichte den anwesenden Parteien den Entwurf einer Anfrage an die Bundesnetzagentur, die noch versandt werden soll, um noch bestehende Unklarheiten bzgl. des Sachverhalts zu klären. Zudem teilte er mit, dass alle Parteien die Antwort der Bundesnetzagentur erhalten werden und anschließend Gelegenheit erhalten, sich schriftsätzlich dazu zu äußern. Die Frist bis zur Entscheidung der Vergabekammer Südbayern wurde gem. § 113 Abs. 1 S. 2 GWB bis zum 31.05.2015 verlängert. Im Übrigen wird auf das Protokoll verwiesen.

Auf Anfrage der Vergabekammer Südbayern teilte die Bundesnetzagentur mit, dass nach der Definition in § 2 Nr. 3 b) SigG die Erzeugung einer qualifizierten elektronischen Signatur nur unter Verwendung einer sicheren Signaturerstellungseinheit (Signaturkarte) erfolgen dürfe.

Nach § 2 Nr. 10 SigG sei eine sichere Signaturerstellungseinheit nur dann eine solche, wenn sie den Anforderungen nach § 17 oder 23 SigG erfülle. Gem. § 17 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 SigG bedürfe die sichere Signaturerstellungseinheit eine Sicherheitsbestätigung einer anerkannten Prüf- und Bestätigungsstelle. Die anerkannte Prüf- und Bestätigungsstelle T-System GEI GmbH, habe unter der Bestätigungsnummer T-Systems.02182.TE.11.2006 für den von dem Geschäftsführer der Antragstellerin verwendeten Signaturkarten-Typ eine Sicherheitsbestätigung und diese Bestätigung bis 31.12.2014 befristet. Weiter wurde mitgeteilt, dass diese Frist der festgestellten Eignung der von der Signaturkarte verwendeten Kryptoalgorithmen entspreche. Auch aufgrund bekannter Schwachstellen des verwendeten Chips sei die Bestätigung von der T-System GEI GmbH nicht verlängert worden. Die Sicherheitsbestätigung der verwendeten Signaturkarte mangels der Verwendung geeigneter Kryptoalgorithmen sei somit am 31.12.2014 erloschen. Die technisch sichere Zuordnung der

erzeugten elektronischen Signaturen zu einer Person sei somit nicht mehr gewährleistet und eine Erstellung qualifizierter elektronischer Signaturen sei gemäß der Definition in § 2 Nr. 3 b) SigG ab diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich.

Die Sperrung der Anwenderzertifikate der betroffenen nicht mehr geeigneten Signaturerstellungseinheiten sei eine Anbieterpflicht, die verhindern solle, dass faktisch der Anschein der Echtheit einer elektronischen Unterschrift erweckt werde, obwohl dies technisch nicht mehr gerechtfertigt sei und objektiv auch nicht der Fall sei (s. § 5 Abs. 4 und 6 SigG, § 17 SigG).

Nach den vorliegenden AGB der B.. als Vertriebsgesellschaft der Zertifikate der D-... GmbH und Vertragspartnerin des Mitarbeiters der Antragstellerin vom Februar 2012 behalte sich der Anbieter gem. Ziffer 6.2 ein eigenes Sperrrecht vor u. a. wenn

e.: *„D-... als Zertifizierungsdiensteanbieter gesetzlich zur Sperrung verpflichtet ist“* und

f.: *„die dem Signaturverfahren zugrunde liegenden Algorithmen eine Berechnung der Signatur erlauben“.*

Deshalb sei in einem solchen Fall eine Sperrung im Rahmen der Anbieterpflichten aus §§ 5, 15 i.V.m. § 17 SigG erforderlich.

Im Bedarfsfall wäre auch die Sperrung von der Bundesnetzagentur gem. § 19 Abs. 4 SigG angeordnet worden und technisch mittels der hier vorliegenden Sperrberechtigung durchgeführt worden. Vorliegend sei jedoch eine Sperrung der Zertifikate durch die Bundesnetzagentur nicht erforderlich gewesen, da der Anbieter die Sperrung selbst entsprechend seiner Anbieterpflichten durchgeführt habe. Er sei hierbei jedoch seitens der Bundesnetzagentur überwacht worden.

Weiter bestätigte die Bundesnetzagentur, dass die Sperrung eines Anwenderzertifikats dazu führt, dass eine nach Eintragung des Sperrmerks nach § 7 Abs. 2 Satz 2 SigV durchgeführte Signatur, die auf dem gesperrten Zertifikat beruht, keine qualifizierte digitale Signatur i.S.d. § 2 Nr. 3 SigG darstellt und ein damit unterzeichnetes Dokument nicht mehr die Formvorschriften der § 126a BGB oder § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A EG einhalten.

Ergänzend wurde dazu ausgeführt, dass definitorisch - objektiv bereits nach Ablauf der Sicherheitsbestätigung keine qualifizierte elektronische Signatur mehr erzeugt werden könne. Der Anschein der Echtheit sei hingegen an eine Prüfung der

Signatur und an das bei positiver Prüfung entstehende –schützenswerte – Vertrauen des Prüfenden geknüpft.

Mit der Sperrung des Zertifikats werde der öffentliche Anschein der Echtheit der Signatur beseitigt. Die Sperrung gleiche somit der Wahrnehmbarkeit der Qualität der Signatur an die technischen/objektiven Gegebenheiten an.

Die Sperrung beende die Gültigkeit des Anwenderzertifikats vorzeitig und unabhängig vom Sperrgrund und dessen Rechtmäßigkeit. Die Gültigkeit eines qualifizierten Zertifikats sei gemäß § 2 Nr. 3 a) SigG Voraussetzung für die Erzeugung einer qualifizierten elektronischen Signatur.

Ergänzend gelte, werde einer Signaturkarte aufgrund bekannter Sicherheitsmängel die Sicherheitsbestätigung entzogen oder wird diese deshalb nicht verlängert, sei bereits das objektive Vorliegen einer nur fortgeschrittenen Signatur zweifelhaft. Es sei nicht mehr sicher gewährleistet, dass die Signatur gem. § 2 Nr. 2c) und d) mit Mitteln erzeugt wurde, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter alleiniger Kontrolle halten kann und so mit den verbundenen Daten verknüpft ist, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden könne.

Der Antragsgegner nahm noch mit Schreiben vom 05.05.2015 Stellung und vertrat weiterhin die Ansicht, dass das Angebot der Antragstellerin zwingend nach §§ 16 Abs. 1 Nr. 1 b), 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A auszuschließen sei. Auf die Ausführungen in diesem Schreiben wird verwiesen.

Mit Schreiben vom 06.05.2015 nahm der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin noch Stellung und teilte mit, dass die Antwort der Bundesnetzagentur die Auffassung der Antragstellerin bestätige, dass die zum 31.12.2014 erfolgte Sperrung nicht der gültigen Signierung des elektronischen Angebots im Wege stehe. Durch die Rückmeldung der Prüfsoftware des Empfängers, dass die elektronische Signatur infolge eines Sperrvermerks nicht mehr von dem Zertifizierungsdiensteanbieter als vertrauenswürdig verifiziert werden könne (s. auch das Schreiben der Fa. D-... vom 17.04.2015), werde erreicht, dass die negative Rückmeldung der Prüfsoftware den Anschein der Echtheit der Signatur nach § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO zerstöre. Der Antragsgegner habe sich daher gemäß §§ 371 Abs. 1 S. 1, 439 Abs. 1 und 2 ZPO bei der Antragstellerin über die Echtheit der elektronischen Signatur erkundigen müssen, bevor er das Angebot von der Wertung ausschließe. Die Antragstellerin verwies auf

den Beschluss der Vergabekammer Südbayern vom 17.04.2013, Az.: Z3-3-3194-1-07-03/13).

Die Sperrung führe nicht zur Ungültigkeit des Anwenderzertifikats, da dieses auf der Signaturkarte hinterlegt sei und dem Zugriff aus der Ferne entzogen sei. Diesbezüglich wurde auf einen Ausdruck der FAQ des EGVP(Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach) verwiesen.

Die Antwort der Bundesnetzagentur vom 27.04.2015 und des Zertifizierungsdiensteanbieters D-... vom 17.04.2015 widerspreche sich. Während die Bundesnetzagentur eine Ungültigkeit des Anwender-Zertifikats bejahe, verneine D-... eine technische Manipulation des Anwender-Zertifikats. Einigkeit bestehe insoweit, dass die Sperrung die eindeutige Zuordnung der elektronischen Signatur zum Signaturkarteninhaber verhindern solle.

Dass durch die Sperrung zugleich dem Anscheinsbeweis des § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO die Grundlage entzogen sei, bedeute in rechtlicher Hinsicht nicht, dass das Angebot formungültig sei. Das Angebot sei, wie von dem Antragsgegner gefordert, mit einer elektronischen Signatur versehen. Die Zweifel aufgrund des Eintrags in der Sperrliste habe die Vergabestelle durch Nachfrage bei dem Bieter auszuräumen. Ein Ausschluss des Angebots der Antragstellerin aus der Wertung durch die Vergabestelle, ohne sich über die Echtheit der Signatur zu erkundigen, sei vergaberechtswidrig.

Ergänzend wird auf die vorgelegten Unterlagen und den Schriftverkehr Bezug genommen.

II.

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

Die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer Südbayern ergibt sich aus § 104 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) bzw. § 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung zur Regelung von Organisation und Zuständigkeiten im Nachprüfungsverfahren für öffentliche Aufträge (BayNpV).

Die Vergabekammer Südbayern ist nach § 2 Abs. 2 Satz 1 BayNpV auch örtlich zuständig, da die Vergabestelle ihren Sitz im Regierungsbezirk Schwaben hat (§ 2 Abs. 2 Satz 3 BayNpV).

Der 4. Teil des GWB ist anwendbar, da es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt. Vorliegend ist beabsichtigt, einen Bauauftrag gem. § 99 Abs. 3 GWB zu vergeben. Der Antragsgegner ist auch als öffentlicher Auftraggeber einzustufen, der gemäß § 98 Nr. 1 GWB in Verbindung mit § 6 Abs. 1 VgV die Bestimmungen des 2. Abschnitts des Teils A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) anzuwenden hat. Auch ist der Anwendungsbereich des vierten Teils des GWB und der BayNpV eröffnet, da der geschätzte Auftragswert der zu vergebenden Leistung den Schwellenwert des § 2 Nr. 3, 6 VgV übersteigt (§ 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 1 Abs. 1 Satz 2 BayNpV).

Für Bauaufträge beträgt der Schwellenwert demnach 5.186.000 Euro für den Gesamtauftrag bzw. 1.000.000 Euro für das Einzel-Los.

Eine Ausnahmebestimmung des § 100 Abs. 2 GWB liegt nicht vor.

Der Zuschlag ist noch nicht erteilt.

1. Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1.1 Antragsbefugnis

Die Antragstellerin ist antragsbefugt.

Gemäß § 107 Abs. 2 GWB ist ein Unternehmen antragsbefugt, wenn es ein Interesse am Auftrag hat, eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB und zumindest einen drohenden Schaden darlegt.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch die Abgabe des Angebots nachgewiesen. Sie hat eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend gemacht, indem sie vorgetragen hat, dass ihr Ausschluss wegen ungültiger elektronischer Signatur ihres Angebots nicht rechters sei, da ihr Angebot über eine

gültige elektronische Signatur verfüge. Sie hat einen Schaden dargelegt, indem vorgetragen wurde, durch den fehlerhaften Ausschluss ihr die Chance auf dem Zuschlag genommen wurde und ihr ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns bei Zuschlagserteilung drohe.

Einziges Zuschlagskriterium ist bei der vorliegenden Vergabe der Preis. Da die Antragstellerin ausweislich der Niederschrift über die Eröffnung der Angebote preislich das günstigste Angebot abgegeben hat, hat sie eine Chance auf den Zuschlag, wenn sie mit ihrem Vorbringen durchdringt.

1.2 Erfüllung der Rügeobliegenheit

Der im Nachprüfungsantrag vorgetragene Punkt des fehlerhaften Ausschlusses der Antragstellerin ist zulässig, da er nach § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerügt wurde.

Die Antragstellerin rügt ihren Ausschluss in Bezug auf die Signatur mit Schreiben vom 22.01.2015 per Fax, nachdem sie am 20.01.2015 von ihrem Ausschluss Kenntnis erlangt hat.

Die Antragstellerin ist damit ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen.

1.3 Erfüllung der einzuhaltenden Frist des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB

Der Nachprüfungsantrag ist auch nicht wegen einer Verfristung gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB unzulässig. In der EU-Bekanntmachung wurde unter Ziffer 4.2 auf die 15-Tage-Frist hingewiesen. Die Frist ist danach zu beachten.

Ein Antrag ist danach unzulässig, soweit mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Antragsgegners, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Da vorliegend die endgültige Ablehnung der Rüge mit Schreiben vom 29.01.2015 erfolgte, und der Nachprüfungsantrag per Fax am 11.02.2015 bei der Vergabekammer Südbayern eingegangen ist, wurde vorliegend die 15-Tage-Frist auf alle Fälle nicht überschritten.

2. Begründetheit des Nachprüfungsantrags

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin durch den Antragsgegner war rechtmäßig, da keine gültige digitale Signatur des Angebots vorliegt.

Nach der Vorinformation vom 20.01.2015 wurde das Angebot der Antragstellerin gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b in Verbindung mit § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A ausgeschlossen, da es nicht wie vorgegeben signiert sei bzw. ihr Zertifikat (Signatur) seit 30.12.2014 gesperrt gewesen sei, also eine ungültige Signatur vorliege.

Grundsätzlich sind unabhängig davon, in welcher Form die Angebote eingereicht werden, alle Angebote gemäß § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A zu unterzeichnen. Die Unterschrift erfüllt eine Identitäts-, Verifikations- und Echtheitsfunktion, indem sie die Identität des Bieters erkennbar macht und das Angebot eindeutig und nachprüfbar diesem zuordnet und durch die Verbindung von Angebotstext und Unterschrift die Integrität und Vollständigkeit seines Angebots in inhaltlicher Hinsicht gewährleisten (Kommentar zur VOB/A Kulartz/Marx/Portz/Prieß 2010, § 13 VOB/A, Rd. 15).

Nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A sind Angebote, die den Bestimmungen des § 13 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 5 nicht entsprechen, zwingend auszuschließen. Gemäß § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 S. 1 Nr. 3 VOB/A sind elektronisch übermittelte Angebote nach Wahl des Auftraggebers mit einer fortgeschrittenen elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz und den Anforderungen des Auftraggebers oder mit einer qualifizierten elektronischen Signatur nach dem Signaturgesetz zu versehen.

Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin ist ein Nachfordern bei einer fehlenden Unterschrift bzw. bei einer unwirksamen Unterschrift nicht möglich.

Ein Nachfordern von Erklärungen ist nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 3 GWB nur möglich, wenn das Angebot nicht entsprechend den Nummern 1 oder 2 ausgeschlossen wurde. Deshalb führt eine fehlende oder möglicherweise unwirksame Unterschrift des Angebots zwingend schon nach dem Wortlaut des Gesetzes zu einem Ausschluss nach § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A i. V. m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A. Durch die Unterschrift soll auch die Verbindlichkeit der Angebote sichergestellt werden. Wenn fehlende oder unwirksame Unterschriften nachgefordert werden dürften, beständen auch Manipulationsmöglichkeiten.

Ist ein Angebot nicht unterschrieben oder mit einer ungültigen Unterschrift versehen, ist es mit einem zwingenden Ausschlussgrund behaftet. Aufgrund der vergaberechtlichen Kaskade, die in § 6 VgV die Anwendung der VOB/A für den Auftraggeber verbindlich macht, handelt es sich um ein gesetzliches

Schriftformerfordernis. Wird hiergegen verstoßen, so ist das Angebot bereits gemäß § 125 BGB nichtig (vgl. VK des Landes Brandenburg, B. v. 17.01.2012 - Az.: VK 55/11).

Nach Ziffer VI.3 der Bekanntmachung waren vorliegend die Angebote elektronisch mit fortgeschrittener oder qualifizierter Signatur oder schriftlich mit Mantelbogen abzugeben. Ebenso ist aus Ziffer 7 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots angekreuzt, dass Angebote elektronisch mit fortgeschrittener Signatur, elektronisch mit qualifizierter Signatur oder schriftlich mit Mantelbogenverfahren abgegeben werden können.

Weiter wird unter Ziffer 8 der Aufforderung ausgeführt, dass bei elektronischer Angebotsabgabe das Angebot wie vorgegeben digital zu signieren und zusammen mit den Anlagen bis zum Eröffnungs-/Einreichungstermin über die Vergabeplattform bei der Vergabestelle einzureichen ist.

Auch wird unter Ziffer 8 der Aufforderung ausgeführt, dass bei Angebotsabgabe im Mantelbogenverfahren der unterschriebene Mantelbogen im verschlossenen Umschlag bis zum vorgenannten Termin an oben bezeichnete Stelle zu senden oder dort abzugeben ist, sowie das Angebot zusammen mit den Anlagen bis zum Eröffnungs- /Einreichungstermin über die Vergabeplattform einzureichen ist.

Die Antragstellerin hat vorliegend unstrittig ein elektronisches signiertes Angebot über die Vergabeplattform des Antragsgegners am 19.01.2015 eingereicht.

Im Falle der Signatur eines Angebots ist entscheidend, mit welcher Art von Signatur das Angebot beim Antragsgegner eingegangen ist (siehe Vergabekammer Südbayern B. v. 17.04.2013 - Az.: Z3-3-3194-1-07-03/13). Die genauen Umstände des Signiervorgangs liegen in der Risikosphäre des Bieters. Aus dem Ablehnungsschreiben der Rüge vom 29.01.2015 (Anlage des Schreibens des Antragsgegners vom 19.02.2015) aus der ersten Auswertungsdarstellung des Prüfprotokolls mit Hilfe des Prüfprogramms Software Open Limit ist ersichtlich, dass vorliegend eine qualifizierte digitale Signatur zur Unterzeichnung des Angebots durch die Antragstellerin abgegeben wurde. Dieser Sachverhalt ist auch bei der Antragstellerin und dem Antragsgegner unstrittig. Dies wurde zusätzlich seitens der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Streitgegenständlich ist, ob die erstellte digitale Signatur des Vertreters der Antragstellerin am 20.01.2015 für das elektronische Angebot trotz der Sperrung

durch den Zertifizierungsdiensteanbieter D-... GmbH am 30.12.2014 gültig war oder nicht.

Durch die Stellungnahmen der D-... GmbH vom 17.04.2015 und der Bundesnetzagentur vom 27.04.2015 steht zur Überzeugung der Vergabekammer Südbayern zunächst fest, dass die Sperrung lediglich das Anwenderzertifikat der Signaturkarte des Herrn L.. (und alle anderen Signaturkarten dieses Typs) betraf und nicht etwa ein Anbieterzertifikat der D-... GmbH. Dies dürfte mittlerweile zwischen den Parteien auch unstrittig sein, die Stellungnahmen wurden insoweit nicht in Zweifel gezogen.

Grundsätzlich gilt, dass qualifizierte elektronische Signaturen, wie die streitgegenständliche Signatur, nach § 2 Nr. 3 SigG kumulativ drei Voraussetzungen erfüllen müssen. Sie sind fortgeschrittene elektronische Signaturen nach § 2 Nr. 2 SigG, die auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat (§ 2 Nr. 7 SigG) beruhen und mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit (§ 2 Nr. 10 SigG) erzeugt wurden.

Fortgeschrittene elektronische Signaturen gem. § 2 Nr. 2 SigG, sind wiederum elektronische Signaturen nach Nummer 1, die ausschließlich dem Signaturschlüssel-Inhaber zugeordnet sind, die Identifizierung des Signaturschlüssel-Inhabers ermöglichen, mit Mitteln erzeugt werden, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann, und mit den Daten, auf die sie sich beziehen, so verknüpft sind, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann.

Die Sperrung des Anwenderzertifikats führte dazu, dass die o.g. Definition einer qualifizierten digitalen Signatur bei der Signierung des Angebots der Antragstellerin durch Herrn L.. nicht mehr erfüllt war. Herr L.. konnte mit seiner Signaturkarte des Anbieters D-... in der Version 2.4 nach dem 30.12.2014 keine wirksamen qualifizierten digitalen Signaturen, eigentlich begrifflich gar keine qualifizierten digitalen Signaturen mehr erstellen.

Die von Herrn L.. für die Antragstellerin am 20.01.2015 abgegebene Signatur beruhte weder auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat (§ 2 Nr. 7 SigG) noch wurde sie mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit (§ 2 Nr. 10 SigG) erzeugt.

"Qualifizierte Zertifikate" gem. § 2 Nr. 7 SigG sind elektronische Bescheinigungen nach § 2 Nr. 6 SigG für natürliche Personen, die die Voraussetzungen des § 7 SigG erfüllen und von Zertifizierungsdiensteanbietern ausgestellt werden, die mindestens die Anforderungen nach den §§ 4 bis 14 oder § 23 SigG und der sich daraufbeziehenden Vorschriften der Rechtsverordnung nach § 24 SigG erfüllen.

Das qualifizierte Zertifikat ist ein kurzes elektronisches Dokument, das eine Bestätigung der Zuordnung eines Signaturprüfchlüssels zu einer bestimmten, identifizierten Person mit ihren bürgerlichen Namen oder einem Pseudonym enthält. Da der öffentliche Signaturprüfchlüssel und der geheime Signaturschlüssel als zusammengehöriges Schlüsselpaar mit Hilfe eines kryptographischen Algorithmus erzeugt worden sind, ist „mit der Zuordnung des öffentlichen Schlüssels zu einer Person zwangsläufig das gesamte Paar, also auch der private Signaturschlüssel zugeordnet. Seine Funktion besteht darin, im elektronischen Rechtsverkehr eine schnelle und automatisierte Prüfung der Identität des Urhebers der qualifizierten Signatur zu ermöglichen. Wird das qualifizierte Zertifikat durch Zeitablauf nach § 14 Abs. 3 SigV oder durch Sperrung nach § 8 Abs. 1 ungültig, so ist die durch das Zertifikat bestätigte Zuordnung zwischen Schlüsselpaar und der bestimmten Person aufgehoben (Roßnagel in Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste zu § 2 Nr. 7 SigG, Rdn. 49).

Die Sperrung gem. § 8 SigG bewirkt, dass die durch das qualifizierte Zertifikat bestätigte Zuordnung des öffentlichen Signaturprüfchlüssels zum Signaturschlüssel-Inhaber ab dem Sperrzeitpunkt nicht mehr gilt. Die Sperrung beseitigt die Bestätigung des Zertifizierungsdiensteanbieters endgültig. Der Signaturprüfchlüssel mit dem gesperrten Zertifikat kann nicht mehr verwendet werden, um die Urheberschaft des Signaturschlüssel-Inhabers für ein nach diesem Zeitpunkt qualifiziert signiertes Dokument festzustellen und nachzuweisen (Roßnagel in Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste zu § 8 SigG, Rdn. 31). Die Sperrung erfolgt technisch dadurch, dass der ZDA zum qualifizierten Zertifikat im Verzeichnis einen Sperrvermerk nach § 7 Abs. 2 Satz 2 SigV einträgt, der den Sperrzeitpunkt eindeutig festhält. Eines physischen Zugriffs auf die Karte, wie von der Antragstellerin postuliert, bedarf es dazu nicht. Die Sperrung beendet die Gültigkeit des Anwenderzertifikats vorzeitig.

Da das qualifizierte Zertifikat durch Sperrung nach § 8 Abs. 1 SigG am 30.12.2014 ungültig geworden war, beruhte die von Herrn L. für die Antragstellerin am

20.01.2015 abgegebene Signatur nicht auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen qualifizierten Zertifikat und war daher auch keine qualifizierte digitale Signatur.

Hinzu kommt noch, dass die von Herrn L.. für die Antragstellerin am 20.01.2015 abgegebene Signatur auch nicht mit einer sicheren Signaturerstellungseinheit (§ 2 Nr. 10 SigG) erzeugt wurde.

Nach § 2 Nr. 10 SigG ist eine sichere Signaturerstellungseinheit nur dann eine solche, wenn sie die Anforderungen nach § 17 oder § 23 SigG erfüllt. Gemäß § 17 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 SigG bedarf die sichere Signaturerstellungseinheit einer Sicherheitsbestätigung einer anerkannten Prüf- und Bestätigungsstelle.

Wie die Bundesnetzagentur mit Schreiben vom 27.04.2015 mitteilte und auch der Zertifizierungsanbieter, die D-... GmbH mit Schreiben vom 17.04.2015 bestätigte, hat die anerkannte Prüf- und Bestätigungsstelle T-Systems GEI GmbH vorliegend unter Bestätigungsnummer T-Systems.02182.TE.11.2006 für den von dem Mitarbeiter der Antragstellerin verwendeten Signaturkarten-Typ (Chipkarte mit Prozessor SLE66CX322P oder SLE66CX642P, Software CardOS V4.3 Re-CertwithApplication für DigitalSignature) eine Sicherheitsbestätigung ausgestellt und diese Bestätigung (im Nachtrag Nr. 2 vom 06.05.2008) bis zum 31.12.2014 befristet. Weiter bestätigte die Bundesnetzagentur dass, diese Frist der festgestellten Eignung der von der Signaturkarte verwendeten Kryptoalgorithmen entspricht. Auf aufgrund bekannter Schwachstellen des verwendeten Chips sei die Bestätigung von der T-Systems GEI GmbH nicht verlängert worden. Die Sicherheitsbestätigung der verwendeten Signaturkarte sei somit mangels der Verwendung geeigneter Kryptoalgorithmen erloschen. Die technisch sichere Zuordnung der erzeugten elektronischen Signatur zu einer Person sei nicht mehr gewährleistet.

Aus diesem Grund war die von Herrn L.. bei der Signierung des Angebots der Antragstellerin verwendete gesperrte Signaturkarte des Anbieters D-... in der Version 2.4 auch keine sichere Signaturerstellungseinheit gem. § 2 Nr. 10 SigG mehr, so dass auch aus diesem Grund keine qualifizierte digitale Signatur erstellt werden konnte.

Der Antragsgegner hat deshalb zu Recht das Angebot der Antragstellerin gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A in Verbindung mit § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A vom weiteren Verfahren ausgeschlossen.

Da eine Sperrung nach § 8 Abs. 1 SigG die durch das qualifizierte Zertifikat bestätigte Zuordnung des öffentlichen Signaturprüfchlüssels zum Signaturschlüssel-Inhaber ab dem Sperrzeitpunkt endgültig beseitigt und die Sperrung auch nicht rückgängig gemacht werden kann (Roßnagel in Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste zu § 8 SigG, Rdn. 51) kommt es auf ein tatsächliches Vorliegen der Sperrgründe nach § 8 Abs. 1 SigG für das Eintreten der Sperrwirkung nicht an.

Vor dem Hintergrund der Stellungnahme der Bundesnetzagentur vom 27.04.2015 spricht allerdings alles dafür, dass die Sperrung der Signaturkarte des Anbieters D-... in der Version 2.4 des Herrn L.. aufgrund der ab dem 30.12.2014 mangelnden Sicherheitsbestätigung einer anerkannten Prüf- und Bestätigungsstelle nach den vorliegenden AGB der D-... GmbH rechtmäßig möglich war und den Pflichten des Diensteanbieters gem. §§ 5, 15 i.V.m. 17 SigG entsprach.

Da aufgrund der Sperrung der Signaturkarte des Anbieters D-... in der Version 2.4 des Herrn L.. das Angebot der Antragstellerin nicht mit einer Signatur versehen war, die der Definition einer qualifizierten elektronischen Signatur entsprach, entsprach das signierte Angebot nicht den gesetzlichen Formanforderungen in § 126a BGB oder § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A EG.

Anders als der Bevollmächtigte der Antragstellerin meint, ist Folge der Sperrung gerade nicht, dass das signierte Dokument dennoch formwirksam ist und sich lediglich die prozessuale Darlegungs- und Beweissituation ändert. Dies ergibt sich gerade nicht aus § 371a Abs. 1 ZPO. Nach dieser Vorschrift darf der Empfänger einer elektronischen Signatur grundsätzlich auf deren Echtheit vertrauen, das heißt darauf, dass die elektronische Signatur von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht. Diesen Anscheinsbeweis kann der Signaturkarteninhaber nach § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO nur mit Tatsachen erschüttern, die ernstliche Zweifel an der Echtheit begründen.

Die Vorschrift setzt bereits nach ihrem Wortlaut in § 371a Abs. 1 S. 1 ZPO eine qualifizierte elektronische Signatur voraus. Die Norm regelt in § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO nur den Fall, dass sich der Anschein der Echtheit auf Grund der Prüfung nach dem Signaturgesetz ergibt und nicht den hier vorliegenden umgekehrten Fall, dass sich dieser Anschein der Echtheit nach einer Prüfung nach dem Signaturgesetz deshalb nicht ergibt, weil aufgrund der Sperrung überhaupt keine qualifizierte elektronische Signatur erstellt werden konnte.

Gerade in Fällen wie dem vorliegenden, in denen es auch an der Verwendung einer sicheren Signaturerstellungseinheit gem. § 2 Nr. 10 SigG fehlt, kann schon aus Rechtssicherheitsgründen nicht der Beweis für die Antragstellerin zugelassen werden, dass sie doch – obwohl die Voraussetzungen des § 2 Nr. 3 a) und b) SigG nicht vorliegen - eine Signatur erstellt hat, die einer qualifizierten digitalen Signatur in der Wirkung gleichkommt.

Aus denselben Gründen der Rechtssicherheit, die bei der Frage der Gültigkeit einer Signatur besondere Bedeutung haben, bestehen schon grundsätzliche Bedenken, ob eine vom Ersteller als qualifizierte digitale Signatur gem. § 2 Nr. 3 SigG gewollte, aber unwirksame Signatur in eine formwirksame fortgeschrittene digitale Signatur gem. § 2 Nr. 2 SigG umgedeutet werden kann. Die Vergabekammer Südbayern bleibt insofern bei ihrer Rechtsauffassung aus dem Beschluss vom 17.04.2013 - Az.: Z3-3-3194-1-07-03/13, dass für die Frage der Qualifikation einer digitalen Signatur entscheidend ist, mit welcher Art von Signatur das Angebot beim Antragsgegner eingegangen ist. Hier wurde die Signatur von der Prüfsoftware des Antragsgegners – zweifellos korrekt – als qualifizierte (wenn auch unwirksame) digitale Signatur erkannt.

Vorliegend stellt sich diese Frage aber auch deshalb nicht, weil bereits das objektive Vorliegen einer nur fortgeschrittenen Signatur zweifelhaft ist, worauf die Bundesnetzagentur in ihrer Stellungnahme vom 27.04.2015 zutreffend hingewiesen hat. Da der von Herrn L.. benutzten Signaturkarte des Anbieters D-... in der Version 2.4 aufgrund bekannter Sicherheitsmängel die Sicherheitsbestätigung nicht mehr verlängert wurde, ist nicht mehr sicher gewährleistet, dass die Signatur gem. § 2 Nr. 2c) und d) mit Mitteln erzeugt wurde, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter alleiniger Kontrolle halten kann und so mit den verbundenen Daten verknüpft ist, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann.

Insgesamt steht zur Überzeugung der Vergabekammer Südbayern fest, dass das Angebot der Antragstellerin zwingend gemäß § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A i.V.m. § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 S. 2 VOB/A auszuschließen war, da keine gültige Signatur des Angebots der Antragstellerin vorliegt.

3. Kosten des Verfahrens

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer hat gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB derjenige zu tragen, der im Verfahren vor der Vergabekammer unterlegen ist. Dies ist hier die Antragstellerin, die mit ihren Anträgen nicht durchdringen konnte.

Die Gebührenfestsetzung beruht auf § 128 Abs. 2 GWB. Diese Vorschrift bestimmt einen Gebührenrahmen zwischen 2.500 Euro und 25.000 Euro, der aus Gründen der Billigkeit auf ein Zehntel der Gebühr ermäßigt und im Einzelfall auf 50.000 Euro erhöht werden kann.

Die Höhe der Gebühr richtet sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Gebühr für dieses Verfahren wird auf 3.610,00 Euro festgesetzt.

Von der Antragstellerin wurde bei Einleitung des Verfahrens ein Kostenvorschuss in Höhe von 2.500,00 Euro erhoben. Dieser Kostenvorschuss wird nach Bestandskraft verrechnet.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer kann binnen einer Notfrist von zwei Wochen (§ 117 GWB), die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, die sofortige Beschwerde (§ 116 GWB) schriftlich beim Oberlandesgericht München eingelegt werden. Die Briefanschrift lautet:

Oberlandesgericht München
Gerichtsabteilung (Zivil)
Prielmayerstr. 5
80335 München

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss enthalten:

1. Die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird;
2. die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Hinweis

Die Beschwerdefrist erstreckt sich über einen Zeitraum von zwei Wochen. Sie beginnt mit Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer (vgl. § 115 Abs. 1 i. V. m. § 117 Abs. 1 GWB).

München, 21.05.2015

Leitsatz zu Beschluss 08-02/15

Entscheidungserhebliche Normen:

§ 16 EG Abs. 1 Nr. 1 b VOB/A, § 13 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A

§ 16 EG Abs. 1 Nr. 3 VOB/A

§ 2 Nr. 2 SigG, § 2 Nr. 3 SigG

§ 8 SigG

1. Die Sperrung gem. § 8 SigG bewirkt, dass die durch das qualifizierte Zertifikat be-stätigte Zuordnung des öffentlichen Signaturprüfchlüssels zum Signaturschlüssel-Inhaber ab dem Sperrzeitpunkt nicht mehr gilt.
2. Durch eine Sperrung nach § 8 SigG des qualifizierten Anwender-Zertifikats, das auf der Signaturkarte des Benutzers hinterlegt ist, wird nicht nur der Anscheinsbeweis des § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO aufgehoben, sondern es kann nach der Eintragung des Sperrmerks nach § 7 Abs. 2 Satz 2 SigV keine qualifizierte digitale Signatur nach der Definition in § 2 Nr. 2 und Nr. 3 SigG mehr erstellt werden.
3. Eine nach der Sperrung dennoch erfolgte Signatur genügt nicht den gesetzlichen Formanforderungen des § 126a BGB oder § 13 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 VOB/A EG.
4. Eine Umdeutung einer unwirksamen qualifizierten digitalen Signatur gem. § 2 Nr. 3 SigG in eine formwirksame fortgeschrittene digitale Signatur gem. § 2 Nr. 2 SigG begegnet aus Gründen der Rechtssicherheit grundsätzlichen Bedenken und scheidet jedenfalls dann aus, wenn nicht sicher gewährleistet, dass die Signatur gem. § 2 Nr. 2c) und d) SigG mit Mitteln erzeugt wurde, die der Signaturschlüssel-Inhaber unter alleiniger Kontrolle halten kann und so mit den verbundenen Daten verknüpft ist, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten erkannt werden kann.
5. Die Nachforderung einer digitalen Signatur gem. § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A EG nach Abgabe eines mit einer ungültigen digitalen Signatur versehenen Angebots kommt nicht in Betracht.