



SACHSEN-ANHALT
LANDESV ERWALTUNGSAMT

3. Vergabekammer
des Landes Sachsen-Anhalt

Beschluss

AZ: 3 VK LSA 05/20

Halle (Saale) den, 31.03.2020

§ 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A; § 2 Abs. 1 und 2 VOB/A; § 15 VOB/A

- Änderung an den Vergabeunterlagen
- BGH-Urteil X ZR 86/17 vom 18.06.2019

Der Bieter muss grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistung so angeboten bekommen will, wie er sie in den Vergabeunterlagen festgelegt hat.

Es ist zweifelhaft, ob Bieter, die sich (z. B.) technische Änderungen vorbehalten, bei Angebotsabgabe über einen unbedingten Bindungswillen verfügen. In diesen Fällen wird das grundsätzlich ihnen obliegende Risiko einer fehlerbehafteten Angebotsgestaltung auf die Auftraggeberseite übertragen. Insoweit liegt eine Änderung an den Vergabeunterlagen vor.

Mit dem BGH-Urteil X ZR 86/17 vom 18.06.2019 wird nicht an den bisher geltenden Grundsätzen gerüttelt; denn die „eigentliche“ Änderung an den Vergabeunterlagen (in inhaltlicher bzw. technischer Hinsicht) führt auch weiterhin zu einem Ausschluss des betreffenden Angebots.

Eine Aufklärung des Angebots gemäß § 15 VOB/A ist immer dann notwendig, wenn noch Zweifelsfragen bestehen. Die Aufklärung des betreffenden Angebots ist zwar zur Klarstellung, nicht aber zur Änderung des Angebots zulässig.

In dem Nachprüfungsverfahren der

.....
.....
.....

Antragstellerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....
.....

gegen die

.....
.....
.....

Antragsgegnerin

Verfahrensbevollmächtigte

.....
.....
.....

wegen

der Beanstandung der Nichteinhaltung der Vergabevorschriften in der Öffentlichen Ausschreibung der XXX GmbH zum Bauvorhaben *Rechenanlage KA Nord in XXX* hat die 3. Vergabekammer unter Mitwirkung des Vorsitzenden Herrn Oberregierungsrat XXX, der hauptamtlichen Beisitzerin Frau XXX und des ehrenamtlichen Beisitzers Herrn XXX beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
3. Die Verfahrenskosten (Gebühren und Auslagen) beziffern sich auf XXX Euro.

Gründe

I.

Mit Auftragsbekanntmachung vom XXX u. a. auf der Plattform evergabe.sachsen-anhalt.de schrieb die Antragsgegnerin im Wege der Öffentlichen Ausschreibung auf der Grundlage der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A 2019) das Bauvorhaben *Rechenanlage KA Nord in XXX*, aus.

Die Art der Leistung war gemäß Buchstabe f) der Auftragsbekanntmachung als „Umbau der Rechenanlage, Erneuerung der Rechen, Waschpressen und Transportsysteme bis zum Rechengutabwurf Containerhalle“ ausgeschrieben.

In Position 3.1.10 des Leistungsverzeichnisses (LV) *Gelochter Filterrechen* stellte die Antragsgegnerin u. a. folgende Anforderungen:

„Die Form der Siebelemente ist so auszubilden, dass eine optimale Reinigung durch eine rotierende Bürste erzielt wird. Die Reinigungsleistung der Bürste wird durch eine Düsen-spritzleiste unterstützt. ... Die Abreinigung des Filterbandes ist so auszuführen, dass erst abgebürstet und anschließend abgedüst wird, andere Reihenfolgen sind nicht zulässig.“

Des Weiteren enthielt Pos. 3.1.10. *Gelochter Filterrechen* u. a. Folgendes:

„Dem Angebot ist eine ausführliche Beschreibung der Maschine beizulegen, ...“

Ebenfalls hatten die Bieter in dieser Position das Fabrikat und den Typ einzutragen.

Alleiniges Wertungskriterium war der Preis.

Zum Eröffnungstermin lagen drei Angebote vor. Das Angebot des Bieters 2 befand sich nach rechnerischer Prüfung an zweiter Stelle. An erster Stelle befand sich das Angebot der Antragstellerin.

Diese hatte in ihrem Angebot in Pos. 3.1.10 unter Fabrikat „XXX“ und unter Typ „XXX“ angegeben. Außerdem war eine ausführliche Beschreibung der Maschine in Form des Prospekts „XXX ®“ für den angebotenen Rechentyp beigefügt. Bestandteil dieser Beschreibung ist eine Skizze zur Darstellung der funktionalen Details des Rechens. Laut der Beschreibung lägen die Vorteile der Verfahrensweise des angebotenen Rechens darin, „dass bereits beim ersten Reinigungsschritt durch die Spritzdüsenleiste ein Großteil des Rechengutes ... schonend von den Siebelementen gelöst“ werde. Auch ist dieser Beschreibung zu entnehmen, dass die Siebelemente – sobald sie den oberen Umlenkpunkt überschritten haben – entgegen der Siebrichtung „durch eine innenliegende Spritzdüsenleiste

gesäubert“ werden. „Zur Unterstützung des Reinigungsprozesses werden sie zudem kontinuierlich von einer separat angetriebenen Bürstenwalze gereinigt“. Des Weiteren ist der Beschreibung zu entnehmen, dass „die Abreinigung der Siebelemente ... sich vom Stand der Technik dadurch“ unterscheidet, „dass die Reinigungsleistung durch die Anordnung und die gegenläufige Drehrichtung der Bürstenwalze entscheidend verbessert“ werde.

Der genannte Prospekt enthielt den Hinweis „Technische Änderungen vorbehalten“.

Im Rahmen der technischen Prüfung stellte das mit der Prüfung und Wertung der Angebote beauftragte Ingenieurbüro hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin u. a. fest, dass nach der Beschreibung der Rechenanlage die Vorrichtungen zum Abbürsten und zum Abdüsen konstruktiv sehr eng aneinander positioniert seien. Es lasse sich daher die Vorgabe „erst abbürsten, dann abdüsen“ nicht eindeutig erkennen.

Mit E-Mails vom 07.10.2019 gab die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin u. a. an, die Vorgaben des LV's entsprechend gelesen und beachtet sowie diese in vollem Umfang mit ihrem Angebot eingehalten zu haben. Generell sei es so, dass die unterstützende Abreinigung des Rechens (Spritzdüsenleiste) umso besser funktioniere, je höher der Druck an den Spritzdüsen anstehe. Die in ihrer Produktbeschreibung dargestellte Variante sei nur eine von mehreren Möglichkeiten und hier nicht „zwingend zutreffend“.

Im Ergebnis der technischen Prüfung wertete das Ingenieurbüro der Antragsgegnerin die Aussagen der Antragstellerin als ausreichend. Diese habe mit ihren Aussagen bestätigt, dass die Vorgaben des LV's in vollem Umfang eingehalten würden. Gemäß Aufklärung und weiterer Beschreibung der Antragstellerin habe das Abdüsen des Filterbandes eine unterstützende Abreinigung zur Aufgabe. Die Abreinigung erfolge demnach, wie auch im LV gefordert, im Wesentlichen durch das Abbürsten und zusätzlich unterstützend durch Abdüsen.

Laut Vermerk zur Angebotswertung des beauftragten Ingenieurbüros vom 17.10.2019 könne *„aufgrund der Bestätigung und der beschriebenen Funktionalität der Abreinigung ... der angebotene Typ des gelochten Filterrechens ... auch für diesen Funktionsbereich des Rechens als technisch gleichwertig zur vorgegebenen Leistungsbeschreibung angesehen werden“*. Somit sei das Angebot der Antragstellerin das annehmbarste.

Am 23.10.2019 erfolgte ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin. Sie bestätigte hinsichtlich ihres in der Pos. 3.1.10 angebotenen Typs nochmals ausdrücklich, dass die Vorgaben des LV's in vollem Umfang eingehalten würden.

Weiterhin bestätigte die Antragstellerin ausdrücklich, dass die Abreinigung des Filterbandes wie in der Leistungsbeschreibung gefordert und beschrieben erfolge.

Nach all dem kam die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis, auf das Angebot der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Insbesondere habe sie im Bietergespräch am 23.10.2019 ausdrücklich bestätigt, dass alle Eigenschaftszusicherungen verbindlich und uneingeschränkt nachgewiesen würden.

Mit Schreiben vom 30.10.2019 informierte die Antragsgegnerin auf der Grundlage des § 19 Abs. 1 LVG LSA den Bieter 2 darüber, dass sein Angebot nicht berücksichtigt werde. Zur Begründung führte sie aus, das Angebot sei nicht das wirtschaftlich günstigste.

Es sei beabsichtigt, den Zuschlag auf das Angebot der Antragstellerin zu erteilen.

Daraufhin beanstandete Bieter 2 mit Schreiben vom 05.11.2019 das Vergabeverfahren. Er gab u. a. an, dass die Antragstellerin aus anderen Verfahren bekannt sei. Die geführten Produkte der Antragstellerin könnten die geforderte Abreinigung der gelochten Siebelemente (erst abbürsten, dann abdüsen; andere Reihenfolge unzulässig) nicht erbringen. Somit könne ihr Angebot die technischen Anforderungen des LV's nicht erfüllen. Es stelle vielmehr ein Nebenangebot dar, welche jedoch gemäß Vergabeunterlagen nicht zugelassen seien.

Da der Beanstandung nicht abgeholfen wurde, übergab die Antragsgegnerin die Vergabeakten unter dem 11.11.2019 der 3. Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt zur Nachprüfung.

Mit Beschluss vom 19.12.2019 (Az. 3 VK LSA 46/19) wies die Vergabekammer die Antragsgegnerin an, erneut in die Angebotswertung einzutreten und diese unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu durchzuführen.

Diesem Beschluss lagen die folgenden rechtlichen Erwägungen zugrunde:

Das streitbefangene Vergabeverfahren war rechtswidrig, weil es gegen § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 und § 15 Abs. 3 VOB/A verstoßen hatte. Danach hätte die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin ausschließen müssen, weil sie damit unzulässigerweise Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hatte. Auch Verhandlungen im Rahmen einer Aufklärung waren unzulässig.

Auf die Begründung dieses Beschlusses wird hier im Weiteren (unter II.), soweit erforderlich, eingegangen.

Die Antragsgegnerin wertete aufgrund des vorgenannten Beschlusses das Angebot der Antragstellerin neu und schloss es gemäß § 16 Abs. 1 VOB/A vom Vergabeverfahren aus (dokumentiert mit fortgeschriebenem Vergabevermerk vom 06.02.2020).

Zur Begründung führte sie aus, dass das Angebot der Antragstellerin wegen unzulässiger Änderungen an den Vergabeunterlagen auszuschließen sei, da das Angebot von den

Vergabeunterlagen abweiche. Außerdem seien Verhandlungen „besonders über Änderung der Angebote“ (oder Preise) gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A unzulässig.

Dies und die Absicht, den Zuschlag auf das Angebot des Bieters 2 zu erteilen, teilte die Antragsgegnerin der Antragstellerin im Informationsschreiben gemäß § 19 Abs. 1 LVG vom 13.02.2020 mit.

Mit Schreiben vom 18.02.2020 beanstandete die Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin den Ausschluss ihres Angebots.

Unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 86/17) sei der Ausschluss des Angebots rechtswidrig. Die Aufklärung des Angebots durch die Antragsgegnerin sei zulässig und berücksichtigungsfähig gewesen und stelle keine unzulässige Nachverhandlung i. S. v. § 15 Abs. 3 VOB/A dar.

Es lägen weder manipulative Streichungen bzw. Änderungen des Positionstextes vor. Denn mit der unveränderten Aufnahme des Positionstextes im Angebot sei die Leistung vollständig ausschreibungskonform angeboten worden. Aus dem Prospekt ergebe sich nichts anderes, auch wenn darin ein anderes Abreinigungsverfahren beschrieben worden sei. Daraus könne jedoch nicht abgeleitet werden, dass die Antragstellerin eine abweichende Lösung anbieten wollte, zumal im Prospekt der Hinweis „Technische Änderungen vorbehalten“ dem entgegenstanden habe. Im Übrigen sei auf diesen Prospekt im Angebotsschreiben nicht Bezug genommen und er damit nicht Vertragsbestandteil geworden.

Deshalb habe sich bei der gehörigen Auslegung des Angebots „aus der Sicht eines objektiven Empfängerhorizontes“ ergeben, dass die Antragstellerin ein vollständig ausschreibungskonformes Angebot abgegeben habe.

Selbst wenn noch Zweifel am Angebot der Antragstellerin bestanden hätten, hätte es nach der aktuellen Rechtsprechung des BGH einer Aufklärung bedurft. Diese sei im Rahmen des Bietergesprächs vom 23.10.2019 erfolgt, in dem die Antragstellerin die LV-konforme Abreinigungsfolge bestätigt habe, die auch Gegenstand ihres Angebots sei. Durch diese Klarstellung liege „ohne Weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot“ vor.

Der Beanstandung der Antragstellerin wurde nicht abgeholfen, so dass die Antragsgegnerin der 3. Vergabekammer die Unterlagen zur Nachprüfung vorgelegt hat.

Nach vorläufiger Prüfung des Sachverhalts hat die 3. Vergabekammer die Antragstellerin mit Schreiben vom 05.03.2020 dahingehend angehört, dass ihr Nachprüfungsantrag zulässig, jedoch unbegründet sei. Insbesondere sei die aktuelle Rechtsprechung des BGH im

vorliegenden Fall nicht einschlägig. Das Angebot der Antragstellerin weiche von den Vergabeunterlagen, sprich dem LV, in technischer bzw. inhaltlicher Hinsicht ab, worin eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen zu sehen sei. Die Aufklärung des Angebots sei weder notwendig noch zulässig gewesen. Auch sei der Prospekt Vertragsbestandteil geworden. Zudem sei das Angebot nur im Zusammenhang mit dem Prospekt zu sehen und der darin enthaltene Hinweis „Technische Änderungen vorbehalten“ sei als Angebot unter Vorbehalt bzw. mit Widersprüchen oder mehrdeutigen Angaben zu werten gewesen, was schon damit zum Ausschluss führen würde.

In ihrer Stellungnahme vom 12.03.2020 hat die Antragstellerin ihr bisheriges Vorbringen ergänzt und vertieft. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass ihr Angebot keinen unmittelbaren Eingriff mit verfälschender Absicht oder gar einen manipulativen Eingriff darstelle, da es hierfür bereits an der subjektiven Komponente, nämlich einem Willen fehle, von den Vergabeunterlagen abzuweichen oder diese zu manipulieren. Bei Anwendung der neuen Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 18.06.2019) liege hier eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen nicht vor.

Von der Wiedergabe der Argumente der Antragstellerin im Einzelnen wird hier mit Verweis auf die Vergabeakte abgesehen, sie finden jedoch im Rahmen der rechtlichen Würdigung (unter II.) Berücksichtigung.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass der Ausschluss des Angebots durch die Antragsgegnerin rechtswidrig ist.
2. den Zuschlag auf ihr Angebot zu erteilen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Antrag der Antragstellerin zurückzuweisen.

Mit Beschluss vom 30.03.2020 wurde die Verfahrensakte 3 VK LSA 46/19 beigezogen.

II.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig.

Gemäß § 19 Abs. 3 des Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Sachsen-Anhalt (Landesvergabegesetz – LVG LSA) vom 19. November 2012 (GVBl. LSA Nr. 23/2012), zuletzt geändert durch Gesetz vom 27. Oktober 2015 (GVBl. LSA Nr. 27/2015), ist die 3. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens örtlich und sachlich zuständig.

Sinn und Zweck des Landesvergabegesetzes nach § 19 LVG LSA ist es, dass auch im Unterschwellenbereich die Unternehmen entsprechend § 97 Abs. 6 GWB einen Anspruch darauf haben, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 2 Abs. 2 LVG LSA.

Der voraussichtliche Gesamtauftragswert von 150.000 Euro netto bei Bauleistungen gemäß § 19 Abs. 4 LVG LSA ist überschritten.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Abgabe eines Angebots ihr Interesse am betreffenden Auftrag hinreichend bekundet.

Die Antragstellerin hat die Nichteinhaltung der Vergabevorschriften im Sinne von § 19 Abs. 1 und 2 LVG LSA beanstandet.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist jedoch unbegründet.

Der Ausschluss ihres Angebots gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A ist rechtmäßig, so dass sie nicht in ihren Rechten im Sinne von § 19 Abs. 2 LVG LSA verletzt ist.

Das Angebot war gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A auszuschließen, da die Antragstellerin mit ihrem Angebot unzulässigerweise Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hat.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, sondern mit dem Angebot von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (siehe nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.03.2017 – Verg 54/16).

Im vorliegenden Fall weicht das Angebot der Antragstellerin von den Vergabeunterlagen ab.

Denn es entspricht nicht der folgenden klaren Vorgabe der Antragsgegnerin im LV (Pos. 3.1.10):

„Die Reinigungsleistung der Bürste wird durch eine Düsenspritzleiste unterstützt. ... Die Abreinigung des Filterbandes ist so auszuführen, dass erst abgebürstet und anschließend abgedüst wird, andere Reihenfolgen sind nicht zulässig.“

Danach musste das Angebot gewährleisten, dass die Reinigung des Filterbandes der einzusetzenden Rechenanlage zunächst durch Abbürsten und dann durch Abdüsen erfolgt.

Dies ergibt sich unmissverständlich aus der Formulierung „**erst** abgebürstet ...“ und noch zusätzlich aus der klaren Vorgabe, dass „andere Reihenfolgen ... **nicht zulässig**“ seien.

Gemäß der Pos. 3.1.10 des LV's hatten die Bieter dem Angebot eine ausführliche Beschreibung der Maschine beizulegen. Ebenso hatten sie in dieser Position u. a. Eintragungen hinsichtlich des Typs zu tätigen. Dem kam die Antragstellerin mit der Angabe des Typs „XXX“ und mit der Vorlage der entsprechenden Produktbeschreibung in Form des Prospekts „XXX®“ nach.

Aus diesem Prospekt ergibt sich eindeutig und unmissverständlich, dass das Filterband – entgegen der im LV geforderten Abreinigungsfolge – im ersten Reinigungsschritt abgedüst und zudem (*„zur Unterstützung des Reinigungsprozesses ... kontinuierlich“*) von einer Bürstenwalze gereinigt wird.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist auch nicht fraglich, dass der Prospekt Vertragsbestandteil wird. Gemäß dem Angebotsschreiben (Formblatt 213 - VHB Bund) wird das LV mit den geforderten Angaben Vertragsbestandteil. Diese geforderten Angaben – „ausführliche Beschreibung der Maschine“ – hat die Antragstellerin in Form des Prospekts ihrem Angebot beigelegt, so dass dieser Vertragsbestandteil geworden ist.

Die Auslegung des Angebots durch die Antragsgegnerin im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (Az. 3 VK LSA 46/19), dass aus der in dem Prospekt enthaltenen Beschreibung aufgrund der sehr eng aneinander positionierten Vorrichtungen zum Abbürsten und Abdüsen nicht eindeutig erkennbar sei, ob die diesbezüglichen Vorgaben des LV's erfüllt sind, ist aus den vorgenannten Gründen auch unerheblich.

Gleiches gilt für den Hinweis der Antragstellerin, die in ihrer Produktbeschreibung (Prospekt) dargestellte Variante sei nur eine von mehreren Möglichkeiten und hier „nicht zutreffend“; denn diese Produktbeschreibung war dem in Rede stehenden Angebot beigelegt, bezog sich explizit auf den angebotenen Rechentyp und wird – wie schon angesprochen – Vertragsbestandteil. Der Vortrag, allein aufgrund seiner Aufmachung sei offensichtlich, dass der dem Angebot

beigelegte Prospekt nicht eigens für das vorliegende Vergabeverfahren entworfen und gedruckt wurde, sondern im Rahmen der Geschäftsanbahnung für eine Vielzahl potenzieller Auftraggeber verwendet werde, vermag die Vergabekammer nicht zu überzeugen. Denn als – im LV geforderte – Produktbeschreibung hat die Antragstellerin lediglich diesen Prospekt vorgelegt.

Auch die zunächst zugunsten der Antragstellerin ausgefallene technische Prüfung des Angebots ändert nichts an dem Abweichen des Angebots vom LV. Dieses Wertungsergebnis wurde durch die Vergabekammer mit Beschluss vom 19.12.2019 (Az. 3 VK LSA 46/19) für rechtswidrig erklärt.

Das seinerzeitige Wertungsergebnis der Antragsgegnerin ist im Übrigen zu relativieren, da sie – hinsichtlich der Vorgabe im LV – im Ergebnis eine technisch nur *gleichwertige* Lösung festgestellt und akzeptiert hatte; das Angebot der Antragstellerin sei das annehmbarste.

Hätte die Antragsgegnerin für die Abreinigung des Filterbandes lediglich ein „Abbürsten und Abdüsen“ ohne zwingende Reihenfolge gefordert, wäre (insoweit) kein Widerspruch zwischen den Vergabeunterlagen und dem Angebot festzustellen.

Hier war die Reihenfolge allerdings klar vorgegeben und eine andere Reihenfolge ausdrücklich nicht zulässig.

Der Bieter muss grundsätzlich davon ausgehen, dass der Auftraggeber die Leistung auch so angeboten bekommen will, wie er sie in den Vergabeunterlagen festgelegt hat (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 09.05.2017 – 1 VK LSA 02/17).

Außerdem erfordern die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung etwa gemäß § 2 Abs. 1 und 2 VOB/A Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind.

Anders als von der Antragstellerin wiederholt vorgetragen, bedarf es hier – aufgrund der inhaltlich eindeutigen Formulierung in der vorgelegten Produktbeschreibung der Antragstellerin – nicht der Auslegung des Angebotsinhalts.

Das Angebot der Antragstellerin kann nicht dahingehend ausgelegt werden, dass es dem LV entspricht. Es weicht von den Vorgaben der Vergabeunterlagen ab.

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin ist auch der Hinweis im Prospekt „Technische Änderungen vorbehalten“ unbeachtlich.

Dieser konnte nicht dazu führen, dass das Angebot den Vergabeunterlagen entspricht.

Das Angebot der Antragstellerin ist im Zusammenhang mit dem Prospekt zu sehen, und Angebote unter Vorbehalt bzw. mit widersprüchlichen oder mehrdeutigen Angaben führen zu deren Ausschluss.

Es ist auch bereits zweifelhaft, ob Bieter, die sich (z. B.) technische Änderungen vorbehalten, bei Angebotsabgabe über einen unbedingten Bindungswillen verfügen. In diesen Fällen wird das grundsätzlich ihnen obliegende Risiko einer fehlerbehafteten Angebotsgestaltung auf die Auftraggeberseite übertragen. Dies entspricht weder dem vergaberechtlichen System von Angebot und Annahme noch dem Willen des Auftraggebers. Insoweit deckt sich das Angebot nicht mit den Vergabebedingungen, so dass eine Änderung der Vergabeunterlagen gegeben ist (VK Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 14.11.2018 – 3 VK LSA 63/18).

Dies trifft auch auf den vorliegenden Fall zu.

Die Abweichung von den Vergabeunterlagen im vorliegenden Fall war – entgegen der Auffassung der Antragstellerin – nicht nur eine unschädliche Abweichung im Sinne des BGH-Urteils vom 18.06.2019 (nicht gravierende, rein formale Mängel betreffend).

Die dargestellte inhaltliche bzw. technische Abweichung von den Vergabeunterlagen ist nicht vergleichbar mit einer Beifügung von eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) des Bieters oder mit „ähnlichen Abweichungen von den Vergabeunterlagen“, von Vertragsklauseln etc., worauf sich der BGH in seinem Urteil vom 18.06.2019 aber nur bezieht. Folglich kann im vorliegenden Fall auch nicht von „nicht gravierenden, rein formalen Mängeln“, die Gegenstand des BGH-Urteils sind, die Rede sein.

Solche Abweichungen von den Vergabeunterlagen sind nach dem BGH-Urteil aufzuklären und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückzuführen. Wenn bei einem Streichen der bieterseitig hinzugefügten Bedingungen noch ein wertungsfähiges Angebot vorliegt, scheidet ein Angebotsausschluss aus.

Mit dem BGH-Urteil wird allerdings nicht an den bisher geltenden Grundsätzen gerüttelt; denn die „eigentliche“ Änderung an den Vergabeunterlagen (in inhaltlicher bzw. technischer Hinsicht) führt auch weiterhin zu einem Ausschluss des betreffenden Angebots.

So hat der BGH klargestellt, dass dies gelte für – auch von der Antragstellerin angesprochene – *"manipulative Eingriffe in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt"*.

Um eine solche Abweichung handelt es sich auch hier:

Wenngleich der Begriff „manipulativ“ eher mit negativen Attributen wie etwa „gezielt einwirkend“ oder „suggestiv“ assoziiert wird, ist er hier offenbar nicht so negativ zu verstehen, was sich aus der vom BGH selbst gegebenen Definition von „manipulativen Eingriffen“ ergibt: Sie seien dadurch gekennzeichnet, *„dass ein von den Vorgaben der Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt.“*

Darunter lassen sich praktisch alle Fälle einer inhaltlichen Abweichung eines Angebots von den Vergabeunterlagen, sprich typischerweise vom LV, subsumieren.

In diesem Zusammenhang ist der Vortrag der Antragstellerin, dass sie in ihrem Angebot „keine (manipulativen) Streichungen bzw. Änderungen des Positionstextes selbst vorgenommen“ habe und dies daher „von einem unvoreingenommenen Auftraggeber nur so verstanden werden“ konnte, „dass diese Leistung vollständig ausschreibungskonform angeboten und ausgeführt wird“, unerheblich.

Denn eine Änderung an den Vergabeunterlagen kann nicht nur durch manipulative Einwirkungen wie Streichungen, Einfügungen oder das Herausnehmen einzelner Blätter bewirkt werden; vielmehr ist der Begriff der Änderung weit auszulegen. Weicht ein Bieter von den Vorgaben der Vergabeunterlagen ab und bietet er im Ergebnis eine andere als die ausgeschriebene Leistung an, so ändert er damit die Vergabeunterlagen (siehe nur den – auch von der Antragstellerin in Bezug genommenen – Beschluss des OLG Frankfurt vom 26.06.2012).

Damit genügt bereits jede qualitative Änderung der Vergabeunterlagen – auch unabhängig von der subjektiven Willensrichtung des Bieters.

Anknüpfend an die Definition des „manipulativen Eingriffs“ durch den BGH führt im vorliegenden Fall ein Hinwegdenken der von der Antragstellerin angebotenen umgekehrten Reihenfolge bei den Arbeitsgängen – jedenfalls bei völlig fehlenden Angaben zur Reihenfolge in der Beschreibung – zu einem nicht vollständigen Angebot. Denn dem Angebot sollte explizit eine ausführliche Beschreibung der Maschine beigelegt werden.

Zum Inhalt und Verständnis des BGH-Urteils vom 18.06.2019 ist – wegen der diesbezüglichen Ausführungen der Antragstellerin – noch auf Folgendes hinzuweisen:

Eine wie in dem entschiedenen Fall in Rede stehende Abwehrklausel findet sich im vorliegenden Fall nicht. Die Erklärung im Angebotsschreiben (Formblatt 213 – VH-Bund), den Wortlaut der vom Auftraggeber verfassten Langfassung des LV als alleinverbindlich anzuerkennen, hat nicht den Charakter bzw. die Wirkung einer „Abwehrklausel“ wie in der BGH-Entscheidung.

Dort hat sich der Auftraggeber vor Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen etc. des Bieters, die von den eigenen abweichen, schützen wollen; diese sollten bei Einigkeit im Übrigen den Zuschlag nicht gefährden.

Die genannte Erklärung der Antragstellerin im Angebotsschreiben hingegen bezog sich auf die Leistungserbringung als solche – widersprach aber dem von ihr vorgelegten Angebot.

Eine „Neutralisierung“ möglicher Abweichungen von den Anforderungen der Vergabeunterlagen im Angebot eines Bieters, hier der Antragstellerin, kann die genannte Erklärung im Angebotsschreiben entgegen ihrer Ansicht nicht bewirken.

Anders als in Fällen wie dem vom BGH entschiedenen (Urteil vom 18.06.2019), in denen der Inhalt des betreffenden Angebots durch Aufklärung klargestellt werden kann, war dies im vorliegenden Fall nicht möglich.

Eine Aufklärung des Angebots, hier gemäß § 15 VOB/A, ist immer dann notwendig, wenn noch Zweifelsfragen etwa hinsichtlich des (im Übrigen den Vergabeunterlagen entsprechenden) Angebots bestehen.

Mit der klar und eindeutig beschriebenen Abreinigungsfolge im Prospekt der Antragstellerin bestanden keinerlei Zweifel hinsichtlich ihres Angebots. Einer Aufklärung bedurfte es damit nicht.

Die Aufklärung des betreffenden Angebots ist zwar zur Klarstellung, nicht aber zu einer Änderung des Angebots zulässig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.08.2017, VII - Verg 17/17).

Dementsprechend war die Aufklärung des Angebots auch gemäß § 15 VOB/A nicht zulässig, da sie zu einer Änderung des Angebots geführt hatte. Gemäß § 15 Abs. 3 VOB/A sind Verhandlungen „besonders über Änderung der Angebote“ unstatthaft, also unzulässig.

Hier ging es um die Änderung des (eindeutigen) Angebots dahingehend, dass die Reihenfolge der Abreinigung des Filterrechens nachträglich den Vorgaben des LV angepasst werden sollte.

Die in § 15 Abs. 3 VOB/A genannten möglichen Ausnahmen (bei Nebenangeboten oder Angeboten aufgrund eines Leistungsprogramms) liegen hier nicht vor.

Auch hinsichtlich der Tatsache, dass das Angebot der Antragstellerin, wie angesprochen, im Zusammenhang mit dem Prospekt zu sehen ist und Angebote unter Vorbehalt bzw. mit widersprüchlichen oder mehrdeutigen Angaben zu deren Ausschluss führen, scheiden Nachverhandlungen gemäß § 15 VOB/A aus. Andernfalls verletzt dies den Gleichheits- und Wettbewerbsgrundsatz zu Lasten derjenigen Bieter, die die geforderten Erklärungen

unzweideutig abgegeben haben (VK Nordbayern, Beschluss vom 09.05.2015 – 21.VK-3194-08/14 – hier zu § 15 EG VOB/A, unter Verweis auch auf BayObLG, Beschluss vom 11.02.2004 – Verg 1/04).

Nach all dem hat die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschlossen.

III.

Kosten

Die Kostenentscheidung beruht auf § 19 Abs. 5 LVG LSA. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, da die Nachprüfung keinen Erfolg i. S. v. § 19 Abs. 5 Satz 4 LVG LSA hatte und die Antragstellerin zu der Amtshandlung Anlass gegeben hat (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 VwKostG LSA).

Kostenfestsetzung

Die Höhe der Gebühren bestimmt sich gemäß § 19 Abs. 5 S. 2 LVG LSA nach dem personellen und sachlichen Aufwand der 3. Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Nachprüfung. Die Gebühr beträgt mindestens 100,00 Euro, soll aber den Betrag von 1.000,00 Euro nicht überschreiten (§ 19 Abs. 5 Satz 3 LVG LSA).

Die Gesamtkosten gliedern sich auf in Gebühren in Höhe von XXX Euro (§ 19 Abs. 5 Satz 3 LVG LSA) und Auslagen in Höhe von XXX Euro (§ 14 Abs. 1 VwKostG LSA).

Die Einzahlung des Betrages in Höhe von **XXX Euro** hat bis zum **04.05.2020** durch die Antragstellerin unter Verwendung des Kassenzeichens **XXX** auf das Konto bei der Landeshauptkasse Sachsen-Anhalt, Deutsche Bundesbank Magdeburg, IBAN: DE21 8100 0000 0081 0015 00 zu erfolgen.

IV.

Der ehrenamtliche Beisitzer hat den Vorsitzenden und die hauptamtliche Beisitzerin der Vergabekammer ermächtigt, den Beschluss allein zu unterzeichnen. Ihm lag dieser Beschluss hierzu vor.

XXX

XXX