

Leitsätze:

1. Bei einer Umwandlung durch Verschmelzung eines anderen Unternehmers auf den Bieter handelt es sich nicht um eine Änderung des Angebotes. Hierzu hat der Bieter im Angebot nur eine verbindliche Erklärung des Unternehmens beizubringen, das auf den Bieter verschmolzen wird. Dieses muss erklären, dass dem Bieter im Fall eines Zuschlags die personellen und sachlichen Mittel für die Auftragsausführung zur Verfügung stehen. In diesem Fall der Verschmelzung erlischt der bisherige Rechtsträger gerade nicht, sondern wird weiter geführt.
2. Eine Änderung des Firmennamens kann für sich noch keinen Ausschluss eines Angebots rechtfertigen. Hier handelt es sich nicht per se um einen Bieterwechsel bzw. um eine Änderung des Angebots nach Ablauf der Angebotsfrist. Die reine Umfirmierung eines Bieters unter Beibehaltung der Struktur und der Identität stellt keine Änderung in der Person des Anbieters dar.
3. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung, wem ein Angebot zuzurechnen ist, ist das zum Eröffnungstermin vorliegende Angebot. Dieses legt die Identität des Bieters fest. Besteht Streit, wer als Bieter eines bestimmten Angebots anzusehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wer das Angebot abgegeben hat. Dabei ist auf den "objektiven Empfängerhorizont" abzustellen.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:
(Vergabestelle - VSt)

Beigeladene:
(Beigeladene – BGI)

Vorhaben:

Fachlos: **Baumeisterarbeiten**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren nach § 3 EG Abs. 1 Nr. 1 VOB/A**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt ohne mündliche Verhandlung am 16.02.2016 durch die Vorsitzende ..., den hauptamtlichen Beisitzer ... und den ehrenamtlichen Beisitzer ... folgenden

Beschluss:

1. Es wird festgestellt, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt.
Der Vergabestelle wird aufgegeben, die Wertung der Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €
Auslagen sind nicht angefallen.
6. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb Baumeisterarbeiten für im Offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

Die Angebotsfrist endete laut Bekanntmachung am xx.xx.xxxx.

2.

Die Fa. A1 hat sich unterschriftlich mit Angebot vom 30.11.2015 an der Ausschreibung beteiligt und laut Submissionsprotokoll mit x.xxx.xxx,- € brutto das günstigste Angebot abgegeben.

Auf dem Briefumschlag war hierbei als Absender die Fa. A2, Zweigniederlassung ..., angegeben. Auf dem Deckblatt einer beigefügten Positionsliste war die Fa. A2 ... angegeben.

Dem Angebot war eine Erklärung beigefügt aus der sich ergibt:

...

Zieltermin für die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister ist die KW 50/2015.

Hierzu werden folgende Maßnahmen umgesetzt:

- Die A2... überträgt ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten als übertragende Gesellschaft unter Auflösung ohne Abwicklung gem. § 2 Nr. 1 UmwG auf die A1... als übernehmende Gesellschaft im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme.
- Die Firmierung der A1... wird mit der Verschmelzung geändert auf Fa. A3...

Weiterhin liegt eine Verpflichtungserklärung der A2... dem Angebot bei, welche bestätigt, dass diese der A1... im Falle eines Zuschlags dieser alle ihre Fähigkeiten einschließlich aller erforderlichen personellen und sachlichen Mittel zur Verfügung stellt.

Der Eröffnungstermin fand am xx.xx.xxxx statt.

Am 10.12.2015 fand auf Einladung der VSt ein Gespräch mit der ASt über die „Problematik der Verschmelzung“ statt. Laut Vermerk im Vergabeakt wurde der ASt hierbei erläutert, dass beabsichtigt sei, das Angebot der A1... wegen eines Bieterwechsels auszuschließen. Mit Schreiben vom gleichen Tag forderte die VSt die A2... auf, abschließend rechtlich Stellung zu nehmen.

Daraufhin erläuterte die ASt per Email die Durchführung der Verschmelzung wie im Angebot bereits beschrieben.

3.

Mit Schreiben vom 29.12.2015 informierte die VSt die ASt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden solle. Sie beabsichtige, den Zuschlag am 29.01.2016 auf das Angebot der BGI zu erteilen.

Das Angebot der ASt enthalte unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen.

Das Angebot der ASt sei zwingend nach § 13 EG VOB/A i.V.m. § 16 EG VOB/A auszuschließen. Hierzu verwies die VSt auf den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.11.2005 (Verg 56/05).

4.

Mit Schreiben vom 07.01.2016 rügte die ASt bei der VSt den Ausschluss ihres Angebotes als verfahrensfehlerhaft.

Die A2... sei zu keinem Zeitpunkt Bieterin im Vergabeverfahren gewesen.

Die ASt habe das Angebot unter ihrem alten Namen A1... abgegeben. Es sei keine Umwandlung des Bieterunternehmens durch Verschmelzung des Bieterunternehmens auf ein anderes Unternehmen erfolgt. Die Bieteridentität habe sich zu keinem Zeitpunkt geändert.

5.

Mit Schreiben vom 08.01.2015 wies die VSt die Rüge zurück. Das Angebot der ASt sei zwingend auszuschließen. Insbesondere handle es sich vorliegend nicht um eine bloße formwechselnde Umwandlung des Bieterunternehmens nach dem UmwG. Vorliegend handle es sich um eine Verschmelzung zweier Unternehmen, bei der der ursprüngliche Rechtsträger erlischt. Es handle sich um eine Änderung der Bieteridentität. Dem Angebot der Fa. A1... lag eine Erklärung bei, dass das Bieterunternehmen mit einem anderen Unternehmen verschmolzen werde. Erst ganz am Ende werde das neu entstandene Unternehmen geändert in Fa. A3....

Auch das Ankreuzen des Feldes „Öffentliche Ausschreibung“ in den Vergabeunterlagen stelle eine Änderung des LV dar und führe daher zu einem zwingenden Ausschluss des Angebots der Fa. A1... n. § 13 EG VOB/A, § 16 EG VOB/A.

6.

Mit Schreiben vom 11.01.2016 stellte die ASt durch ihren Bevollmächtigten Nachprüfungsantrag nach §§ 107 ff GWB und beantragte hierzu:

- I. Ein Nachprüfungsverfahren gem. § 107 ff GWB wegen Verstoßes gegen Vergabevorschriften bei der Durchführung des Vergabeverfahrens „..... – Baumeisterabreiten“ wird eingeleitet.
- II. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag bezüglich der oben genannten Ausschreibung zu erteilen.
- III. Die Antragsgegnerin wird angewiesen, das Vergabeverfahren in das Stadium vor Angebotswertung zurückzusetzen und unter Berücksichtigung des Angebots der ASt erneut in die Angebotswertung einzutreten.
- IV. Die Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin werden beigezogen; der ASt wird Einsicht in die Verwaltungsvorgänge der Antragsgegnerin gewährt.

- V. Der Antragsgegnerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auflagen der ASt auferlegt.
- VI. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt wird für notwendig erklärt.

Der Antrag sei zulässig und begründet.

Ein Wechsel der Bieteridentität habe nicht stattgefunden.

Das Angebot sei von der Fa. A1... abgegeben worden. Diese sei lediglich in die ASt umfirmiert worden.

Die Fa. A2... habe mit Eintragung im Handelsregister vom 18.12.2015 ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten als übertragende Gesellschaft unter Auflösung ohne Abwicklung gem. § 2 Nr. 1 UmwG auf die Fa. A1... , als übernehmende Gesellschaft im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme übertragen. Zugleich erfolgte eine Umfirmierung zur Fa. A3.... Die Verschmelzung habe auf den Bieter stattgefunden, dieser habe die Bieteridentität behalten.

Sowohl dieser Vorgang, als auch die Falscheintragung der Fa. A2... in das Submissionsprotokoll, als auch die Anforderung der Vergabeunterlagen durch diese Firma seien jeweils kein Ausschlussgrund.

Bei dem Kreuzchen „Öffentliche Ausschreibung“ handle es sich nicht um eine Änderung an den Vergabeunterlagen.

7.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 11.01.2016 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

8.

Mit Schreiben vom 18.01.2016 beantragte die VSt,

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Akteneinsicht wird nicht gewährt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten wird für notwendig erklärt.
4. Der ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der VSt.

Das Angebot der ASt sei auszuschließen.

Vorliegend handle es sich um eine Verschmelzung zweier Unternehmen, bei der der ursprüngliche Rechtsträger erlischt. Es handle sich um eine Änderung der Bieteridentität. Dem Angebot der Fa. A1... lag eine Erklärung bei, dass das Bieterunternehmen nach der Submission mit einem anderen Unternehmen verschmolzen werde. Erst ganz am Ende werde das neu entstandene Unternehmen geändert in Fa. A3... Die Adresse der neuen Fa. sei nicht angegeben worden.

Die ASt habe bis heute keine Handelsregisterauszüge vorgelegt.

Die ASt habe zudem eine unzulässige handschriftliche Änderung durchgeführt durch das Ankreuzen des Feldes „öffentliche Ausschreibung“.

9.

Am 20.01.2016 hat die Vergabekammer die Firma zum Verfahren beigelegt.

10.

Mit Schreiben vom 22.01.2016 äußerte sich nochmals die ASt und teilte mit, dass es nicht schädlich sei, dass die Fa. A2... die Vergabeunterlagen angefordert habe.

Auch die Absenderangabe auf dem Briefumschlag schade nicht.

Auf die fehlerhafte Angabe im Submissionsprotokoll komme es ebenfalls nicht an.

Die Verschmelzung auf die ASt habe deren Identität zu keinem Zeitpunkt berührt.

Das verschmolzene Unternehmen, die Fa. A2... habe kein Angebot abgegeben und sei daher nicht relevant.

Die rechtliche Identität des Bieters sei erhalten.

11.

Auf den Schriftsatz der VSt vom 28.01.2016 wird verwiesen.

12.

Die BGI teilte mit Schreiben vom 03.02.2016 mit, dass nicht auszuräumende Unklarheiten über die Identität des Bieters zum Ausschluss des Angebotes der BGI führen müssen. Nicht ausgeräumte Zweifel seien der BGI zuzurechnen. Ein Nachschieben von Nachweisen der Bieteridentität sei im Nachprüfungsverfahren nicht möglich.

13.

Mit Schreiben vom 04.02.2016 vertieft die ASt ihren Vortrag aus den vorherigen Schriftsätzen und teilt mit, dass eine Änderung in der Person des Bieters nicht stattgefunden habe.

Es handle sich um eine Verschmelzung auf die ASt als aufnehmenden Rechtsträger.

Diese Verschmelzung sei vergaberechtlich unschädlich.

14.

Die Vorsitzende hat die Fünf-Wochenfrist des § 113 Abs. 1 Satz 1 GWB gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis einschließlich bis 29.02.2016 verlängert.

15.

Die Parteien haben jeweils mit Schreiben vom 05.02.2016 bzw. vom 08.02.2016 auf mündliche Verhandlung verzichtet.

16.

Die Vergabekammer hat am 16.02.2016 ohne mündliche Verhandlung entschieden.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.
- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB.
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB.
- d)** Die Kosten für die übersteigen den Schwellenwert von 5,186 Mio. € nach § 2 Abs. 1 VgV i.V.m. der Verordnung der EU-Kommission zur Änderung der Schwellenwerte für EU-weite Vergabeverfahren. Das hier streitgegenständlichen Fachlos Baumeisterarbeiten mit einem Auftragswert von über 1 Mio. € ist ein Fachlos dieser Gesamtmaßnahme.
- e)** Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behauptete Rechtsverletzung ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht (§ 107 Abs. 2 GWB).

- f) Die ASt hat am 07.01.2015 den Ausschluss ihres Angebotes unverzüglich gerügt, nachdem ihr das Absageschreiben vom 29.12.2015 zugegangen war.
- g) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag am 11.01.2016 innerhalb von 15 Kalendertagen nach der Rügerückweisung vom 08.01.2016 gestellt (§ 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB).
- h) Der Zuschlag an die BGI wurde noch nicht erteilt (§ 114 Abs. 2 Satz 1 GWB).

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die ASt ist in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Der Ausschluss des Angebots der ASt ist vergaberechtswidrig erfolgt.

a)

Ein Ausschluss des Angebots der ASt aufgrund der Verschmelzung ist vergaberechtswidrig.

Es handelt sich nicht um eine Änderung des ursprünglichen Angebots. Ein Bieterwechsel findet nicht statt.

Aus dem Nachverhandlungsverbot des § 15 EG Abs. 3 VOB/A folgt, dass im offenen Verfahren in der Phase zwischen Angebotsabgabefrist und Zuschlag inhaltliche Änderungen am Angebot nicht vorgenommen werden dürfen (OLG Düsseldorf, B. v.03.08.2011 – Verg 16/11). Da der Bieter mit Ablauf der Angebotsfrist an sein Angebot gebunden ist, können Änderungen an einem abgegebenen Angebot nur bis zum Ablauf der Angebotsfrist erfolgen. Spätere Änderungen am Angebot sind nicht zulässig und stellen eine unstatthafte Nachverhandlung dar (Dittmann im Kommentar zur VOB/A, Kulartz/ Marx/ Portz/ Prieß; 2010, § 13 Rn 90f).

Ein Identitätswechsel beim Bieter nach Ende der Angebotsfrist führt zu einer inhaltlichen Änderung des Angebots. Dies schließt eine Wertung des Angebots aus (OLG Düsseldorf, B. v. 18.10.2006, Verg 30/06).

Im Falle einer Umwandlung durch Verschmelzung des Bieterunternehmens auf ein anderes Unternehmen wird die Person des Bieters und künftigen Auftragnehmers geändert. In diesem Fall gebieten die vergaberechtlichen Prinzipien des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz, das geänderte Angebot insgesamt von der Wertung auszunehmen (OLG Düsseldorf, B. v. 18.10.2006, Verg 30/06). Der Bieter als Rechtsträger erlischt in diesem Fall.

Bei einer Umwandlung durch Verschmelzung eines anderen Unternehmers auf den Bieter handelt es sich hingegen nicht um eine Änderung des Angebotes (OLG Düsseldorf, a.a.O.). Hierzu hat der Bieter im Angebot nur eine verbindliche Erklärung des Unternehmens beizubringen, das auf den Bieter verschmolzen wird. Dieses muss erklären, dass dem Bieter im Fall eines Zuschlags die personellen und sachlichen Mittel für die Auftragsausführung zur Verfügung stehen.

In diesem Fall der Verschmelzung erlischt der bisherige Rechtsträger gerade nicht, sondern wird weiter geführt.

Vorliegend hat die Fa. A1... das Angebot eingereicht und als Bieter unterschrieben.

Mit dem Angebot hat diese folgende Erklärungen eingereicht:

- Die A2... überträgt ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten als übertragende Gesellschaft unter Auflösung ohne Abwicklung gem. § 2 Nr. 1 UmwG auf die A1 als übernehmende Gesellschaft im Wege der Verschmelzung durch Aufnahme.
- Die Firmierung der A1... wird mit der Verschmelzung geändert auf Fa. A3...
- Zieltermin für die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister ist die KW 50/2015.

Weiterhin liegt eine Verpflichtungserklärung der A2... dem Angebot bei, welche bestätigt, dass diese der A1... im Falle eines Zuschlags dieser alle ihre Fähigkeiten einschließlich aller erforderlichen personellen und sachlichen Mittel zur Verfügung stellt.

Laut Mitteilung der ASt wurde die angekündigte Verschmelzung am xx.xx.2015 ins Handelsregister eingetragen.

Vorliegend erfolgte somit laut glaubhaftem Vortrag der ASt eine Verschmelzung eines anderen Unternehmens (A2...) auf das als Bieter unterzeichnende Unternehmen (A1...). Die Vorgänge erfolgten laut substantiiertem Vortrag der ASt genauso wie in der Erklärung zum Angebot abgeben.

Insbesondere hat die VSt zu diesen Vorgängen im Rahmen der Aufklärung keine weiteren Erklärungen und Nachweise, etwa Handelsregisterauszüge o.ä., gefordert. Die ASt war daher nicht verpflichtet weitere Nachweise beizubringen.

Weder die Erklärung der künftigen Verschmelzung im Angebot, noch die von der ASt vorgelegene Durchführung der Verschmelzung, entsprechend der Erklärung im Angebot, rechtfertigen vorliegend einen Ausschluss des Angebots der ASt.

Eine Abweichung vom ursprünglichen Angebot und dessen Erklärungen liegt nicht vor.

b)

Ein Ausschluss des Angebots der ASt aufgrund der Änderung des Firmennamens ist vergaberechtswidrig.

Auch eine Änderung des Firmennamens kann für sich noch keinen Ausschluss eines Angebots rechtfertigen. Auch hier handelt es sich nicht per se um einen Bieterwechsel bzw. um eine Änderung des Angebots nach Ablauf der Angebotsfrist.

Die reine Umfirmierung eines Bieters unter Beibehaltung der Struktur und der Identität stellt keine Änderung in der Person des Anbieters dar (Weyand, ibr-online Kommentar Vergaberecht, Stand 14.09.2015 § 16 VOB/A, Rn 167).

Die Firma ist nur der Name der Gesellschaft. Solange eindeutig ist, welche Gesellschaft bezeichnet wird, ist es rechtlich unerheblich, unter welchem Namen die Gesellschaft bezeichnet wird (VK Lüneburg, 08.05.2006, VgK-07/2006).

Mit dem Angebot hat die A1... folgende Erklärung abgegeben:

- Die Firmierung der A1... wird mit der Verschmelzung geändert auf Fa. A3...
- Zieltermin für die Eintragung der Verschmelzung im Handelsregister ist die KW 50/2015.

Laut Mitteilung der ASt wurde die angekündigte Verschmelzung am xx.xx.2015 ins Handelsregister eingetragen. Die Änderung der Firmierung ist laut Vortrag der ASt genauso erfolgt wie sie im Angebot erklärt wurde. Es ist nach der Erklärung zum Angebot und dem Vortrag der ASt davon auszugehen, dass die Bieterfirma zwar einen anderen Namen angenommen hat, es sich jedoch weiterhin um die Gesellschaft handelt, die das Angebot, mit früherem Namen, unterzeichnet hat. Eine Abweichung vom ursprünglichen Angebot und dessen Erklärungen liegt nicht vor. Eine Änderung des ursprünglichen Angebots ist nicht erkennbar. Die Namensänderung stellt vorliegend für sich kein Ausschlussgrund dar.

c)

Ein Ausschluss des Angebots der ASt aufgrund des fehlerhaften Absenders auf dem Angebotsumschlag bzw. der falschen Bieterangabe auf der Positionsliste des Angebots ist vergaberechtswidrig.

Es ist vorliegend eindeutig und klar zu bestimmen, wer Bieter des Angebots ist, das die VSt ausschließen will. Die Einwände der Antragstellerin in der Beschwerde, mit der sie Unklarheiten begründen will überzeugen nicht.

Angebote müssen die Identität des Bieters erkennen lassen. Das gilt für Einzelbieter wie für Bietergemeinschaften. Nicht behebbare Zweifel darüber, wer das Angebot unterbreitet hat

und Vertragspartner werden soll, können einen Ausschlussgrund darstellen. Denn wer im Falle des Zuschlags Auftragnehmer wird, ist ein *essentiale negotii*, über das Klarheit herrschen muss (1. VK Bund, B. v. 30.09.2010 - Az.: VK 2 - 80/10).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Bestimmung, wem ein Angebot zuzurechnen ist, ist das zum Eröffnungstermin vorliegende Angebot. Dieses legt die Identität des Bieters fest. Besteht Streit, wer als Bieter eines bestimmten Angebots anzusehen ist, ist durch Auslegung zu ermitteln, wer das Angebot abgegeben hat. Dabei ist auf den "objektiven Empfängerhorizont" abzustellen (Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl., § 13 VOB/A, Rn. 44).

Entscheidend ist, wie ein mit den Umständen des Einzelfalles vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle die Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte (OLG München, B. v. 17.12.2013 – Verg 15/13; OLG Düsseldorf, B. v. 03.01.2005 - Az.: VII - Verg 82/04) Ein entscheidender Punkt bei dieser Auslegung ist, wer das Angebot unterschrieben hat (OLG München a.a.O.; BayObLG, B. v. 20.8.2001 - Az.: Verg 11/01).

Vorliegend wurde das Angebot durch die A1... unterzeichnet. Das Angebotsschreiben vom 30.12.2015 bezeichnet gleichermaßen die A1... als Bieter.

Aus der Gesamtschau der eingereichten Unterlagen ergibt sich nach objektivem Empfängerhorizont, dass es sich bei der abweichenden Bieterbezeichnung auf der Positionsliste um eine Fehleintragung handelt. Da auch hier eine Unterzeichnung durch die A1... erfolgte, macht die Gesamtschau inklusive der abgegebenen Erklärungen über die Verschmelzung und die Namensänderung deutlich, welche Gesellschaft Bieter ist bzw. Vertragspartner würde.

Unklarheiten über die Identität des Bieters liegen nicht vor. Auch die Falschbezeichnung des Absenders auf dem Briefumschlag hat hierauf keine Auswirkung.

d)

Ein Ausschluss des Angebots der ASt aufgrund des handschriftlichen Kreuzchens auf dem Angebotsschreiben bei „Öffentliche Ausschreibung“ ist vergaberechtswidrig.

Gem. §§ 13 EG Abs. 1 Nr. 5, 16 EG Abs. 1 Nr. 1b) VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen nicht zulässig.

Eine Änderung an den Vergabeunterlagen ist vorliegend weder erkennbar noch hat das Kreuzchen Auswirkungen auf das vorliegende Verfahren.

Eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen liegt dann vor, wenn das Angebot von den in den Unterlagen genannten Vorgaben abweicht, also wenn der Bieter etwas anderes anbietet als vom öffentlichen Auftraggeber nachgefragt (Dittmann im Kommentar zur VOB/A, Kulartz/ Marx/ Portz/ Prieß; 2010, § 13 Rn 77).

Es handelt sich vorliegend um ein offenes Verfahren. Das falsch gesetzte handschriftliche Kreuzchen ändert nichts am Angebot der ASt. Auch auf das vorliegende Verfahren hat es keine Auswirkung. Der Fehler bleibt ohne rechtliche Folgen und stellt keinen Ausschlussgrund für das Angebot der ASt dar.

e)

Da die von der VSt beigebrachten Gründe den Ausschluss des Angebots der ASt nicht rechtfertigen hat die VSt das Angebot der ASt wieder in die Wertung zu nehmen und erneut zu werten.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

a) Die VSt hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB).

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d) Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keinen Antrag gestellt und damit auch kein Kostenrisiko übernommen. Sie bekommt jedoch gleichermaßen auch keine Aufwendungen erstattet.

e) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer er-

rechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.

Da auf die mündliche Verhandlung verzichtet wurde, ist die Gebühr um xxx,- € auf x.xxx,- € zu reduzieren.

- f) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

- g) Die VSt ist gem. § 128 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....