

Leitsätze:

1. Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sind Angebote zwingend auszuschließen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen worden sind. Derartige Angebote müssen schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie wegen der sich nicht deckenden Willenserklärungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht zu dem beabsichtigten Vertragsabschluss führen können. Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung i.S.d. § 97 Abs. 1 u. 2 GWB erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nur bei Angeboten mit völlig identischen Vertragsgrundlagen gegeben.
2. Wenn ein Ausschluss zwingend ist, kann gegenüber der ASt eine spätere Bindefristverlängerung nicht zu einer Selbstbindung der VSt führen. Der öffentliche Auftraggeber hat bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist gezwungen das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen. Zwingende Ausschlussgründe müssen in jedem Stadium des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden.
3. Das Nachprüfungsverfahren dient nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr muss die Antragstellerin in einem Nachprüfungsverfahren schlüssig darlegen, dass sie in ihren Rechten verletzt ist.

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

Vergabestelle:
Bevollmächtigte
.....
(**Vergabestelle - VSt**)

Beigeladene:
Bevollmächtigte:
.....
(**Beigeladene - BGI**)

Bauvorhaben:
Objektplanung

Vergabeverfahren: **Verhandlungsverfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 15.03.2019 durch den Vorsitzenden, die hauptamtliche Beisitzerin und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Der Antrag wird abgelehnt.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Vergabestelle und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Vergabestelle und die Beigeladene war notwendig.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Auslagen sind nicht angefallen.

S a c h v e r h a l t :

1.

Die VSt schrieb die Leistung „Objektplanung“ des im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb aus. Das Verfahren wurde im Supplement zum Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Unter IV.2.6 der Auftragsbekanntmachung vom xx.xx.xxxx hat die Vergabestelle bestimmt, dass die Bindefrist eine Laufzeit von zwei Monaten ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote hat.

Die Frist für die Abgabe der Angebote endete am 16.10.2018.

2.

Die Vergabestelle forderte nach Abschluss des Teilnahmewettbewerbs insgesamt fünf Bieter, darunter die Antragstellerin und die Beigeladene, mit Schreiben vom 13.09.2018 zur Abgabe eines Angebots auf. Die zur Abgabe eines Angebotes aufgeforderten Bewerber gaben fristgerecht ein Angebot ab. Zudem nahmen die zur Abgabe des Angebotes eingeladenen Bieter einen Präsentationstermin wahr.

Die Antragstellerin verwendete bei Abgabe ihres Angebotes nicht nur das für die Angebotsabgabe vorgesehene Formblatt III.20 als Angebotsschreiben, sondern fügte ihrem Angebot noch ein gesondertes Angebotsschreiben vom 08.10.2018 bei.

Unter Ziffer 8 (Haftung und Versicherung) dieses gesonderten Angebotsschreibens erklärte die Antragstellerin:

„Für Schäden, die nachweislich auf unvollständige und fehlerhafte Leistungen der ... zurückzuführen sind, haftet die ..., soweit ihre Haftpflichtversicherung mit folgenden Deckungssummen für den Schaden einsteht:

- *Für Personenschäden* 1.500.000 €
- *Für Sachschäden* 1.500.000 €“

Unter Ziffer 9 (Bindefrist) dieses gesonderten Angebotsschreibens erklärte die Antragstellerin:

„Die ... hält sich bis zum 30.11.2018 an ihr Angebot gebunden.“

§ 15 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB), die Vertragsbestandteil des den Vergabeunterlagen beiliegenden Ingenieurvertrages sind, lautet:

§ 15

Haftung und Verjährung

15.1 Die Rechte des Auftraggebers aus Pflichtverletzungen des Auftragnehmers wie Mängel- und Schadensersatzansprüche richten sich nach den gesetzlichen Vorschriften.

15.2 Die Verjährungsfrist

3.

Mit E-Mail vom 03.12.2018 informierte die Vergabestelle die jetzige BGI mit Bieterinformationsschreiben gemäß § 134 Abs. 1 GWB, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, weil es nicht das beste Preis-Leistungs-Verhältnis erreicht habe. Es sei beabsichtigt, frühestens am 13.12.2018, den Zuschlag auf das Angebot der jetzigen ASt zu erteilen.

4.

Nach erfolgloser Rüge beantragte die jetzige Beigeladene die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, welches bei der Vergabekammer Nordbayern unter dem Aktenzeichen RMF-SG21-3194-3-41 geführt wurde. Nach einem entsprechenden Hinweis der Vergabekammer unterzog die Vergabestelle das gesonderte Angebotsschreiben der Antragstellerin vom 08.10.2018 einer nochmaligen Prüfung und kam zum Ergebnis, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 57 Abs. 1 Nummer 4 VgV auszuschließen sei.

Nach vorheriger Anhörung der Antragstellerin schloss die Vergabestelle die Antragstellerin mit Bieterinformationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 22.01.2019 vom Vergabeverfahren aus. Zudem kündigte die Vergabestelle an, nach Ablauf der Informationsfrist, frühestens am 04.02.2019 den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Die Nichtberücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin begründete die Vergabestelle wie folgt:

„ *Mit den Angaben im Anschreiben zu ihrem Angebot vom 08.10.2018 ändert ihr Angebot in mehrfacher Hinsicht den vorgegebenen Inhalt der Vergabeunterlagen ab. Die Bindefrist entspricht nicht der Vorgabe aus der Bekanntmachung. Die Angaben zur Deckungssumme der Haftpflichtversicherung widersprechen den Vorgaben des ausgeschriebenen Vertrages. Gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV muss es deshalb von der Wertung ausgeschlossen werden. Nach Ablauf der Angebotsfrist konnte Ihr Angebot nicht mehr (etwa im Hinblick auf die Länge der Bindefrist) geändert werden.*“

5.

Mit Schriftsatz vom 29.01.2019 rügte die Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin den Ausschluss der Antragstellerin.

Ein Ausschlussgrund gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sei nicht ersichtlich, da keine Änderung der Vergabeunterlagen durch die wirksame Verlängerung der Bindefrist erfolgt sei. Eine Änderung der Vergabeunterlagen liege dann vor, wenn der Bieter die zu erbringende Leistung abändere oder eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbiete. Es sei zwar richtig, dass die Antragstellerin in Ihrem Anschreiben vom 08.10.2018 unter Ziffer 9 angegeben habe, ihr Angebot habe bis zum 30.11.2018 Bindungswirkung. Dies sei aber keine Änderung im Sinne des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, da sich die Erklärung nicht auf den Inhalt des bereits abgegebenen Angebotes beziehe, sondern vielmehr auf den Zeitraum der Verbindlichkeit des Angebotes. Die Bindefrist bestimme lediglich den Zeitraum, in welchem der Bieter sich an sein Angebot gebunden fühle. Das Angebot der Antragstellerin bewege sich im Übrigen inhaltlich entsprechend der ausgeschriebenen Leistungen. Wäre die Sachlage anders, hätte das Angebot auch nicht ursprünglich mit Schreiben vom 03.12.2018 für den Zuschlag vorgesehen werden können. Der Antragstellerin seien aus diesem Grund am 03.12.2018 die Vertragsunterlagen mit der Bitte um Unterzeichnung und zur Rücksendung übersandt worden.

Zudem sei vorliegend eine wirksame Verlängerung der Bindefrist durch die Antragstellerin erfolgt. Die Antragstellerin habe nach Aufforderung durch die Vergabestelle gemäß Schreiben vom 17.12.2018 die Bindefrist am 18.12.2018 bis zum 31.03.2019 verlängert.

In der einschlägigen Entscheidungspraxis sei allgemein anerkannt, dass eine Verlängerung der Bindefrist auch nach Ablauf dergleichen zulässig sei. Den Bietern werde in diesen Fällen eine freie Entscheidung dahingehend ermöglicht, sich weiterhin an ihr Angebot binden zu wollen. Zudem habe sich die Antragstellerin bereits in der Verhandlungsrunde am 29.11.2018, also noch innerhalb der von ihr angegebenen Bindefrist, ausdrücklich erklärt, dass sie sich nach wie vor vollumfänglich an ihr Angebot gebunden fühle.

Außerdem sei eine Ungleichbehandlung der Antragstellerin zu befürchten. Aufgrund der in der Auftragsbekanntmachung vorgegebenen Bindefrist bis zum 16.12.2018 sei davon auszugehen, dass auch die Bindefrist der Angebote der weiteren Bieter abgelaufen sei, denn es sei davon auszugehen, dass auch die anderen Bieter erst mit Schreiben vom 17.12.2018 von der Vergabestelle aufgefordert wurden, die Bindefrist zu verlängern. Somit müsse davon ausgegangen werden, dass auch die Bindefrist der Angebote der weiteren Bieter abgelaufen sei, wenn diese ebenfalls am 17.12.2018 zur Verlängerung der Bindefrist aufgefordert worden seien. Der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete eine gleiche Behandlung sämtlicher Bieter eines Vergabeverfahrens. Es sei rechtlich nicht haltbar, das Angebot der Antragstellerin auszuschließen, bei den weiteren Angeboten jedoch eine Wertung aufrechtzuerhalten.

Auch die Angabe der Antragstellerin unter Ziffer 8 des Angebotsschreibens vom 08.10.2018 sei keine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen. Vielmehr habe die Antragstellerin an dieser Stelle auf den beigefügten Nachweis der Versicherung verwiesen (Anlage 4 des Angebotes). Die Bescheinigung der Versicherung bestätige jedoch gerade die in dem Ingenieurvertrag und den AVB geforderten Vorgaben. Entgegen den Vorgaben in den Vergabeunterlagen bescheinige der Versicherungsnachweis sogar eine dreifache Maximierung der Versicherungssumme durch die Haftpflichtversicherung. Die Angabe der Antragstellerin unter Ziffer 8 sei damit nicht relevant, es komme ausdrücklich auf die als Anlage 4 beigefügte Versicherungsbescheinigung an.

6.

Mit Schreiben vom 31.01.2019 wies die Vergabestelle die Rüge zurück.

7.

Mit Schreiben vom 01.02.2019 stellen die Bevollmächtigten der Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag und beantragen:

1. *die VSt wird verpflichtet, das Vergabeverfahren zurückzusetzen und den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin rückgängig zu machen sowie die Wertung der im Wettbewerb verbliebenen Angebote unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.*
2. *Die Antragstellerin erhält Akteneinsicht in die Vergabeakte nach Maßgabe von § 165 GWB und sodann Gelegenheit, den Antrag gegebenenfalls ergänzend zu begründen.*
3. *Die VSt hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.*
4. *Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.*

Zur Begründung vertieft die Antragstellerin ihr Vorbringen aus ihrer Rüge.

8.

Die Vergabekammer hat der VSt am 01.02.2019 den Nachprüfungsantrag übersandt mit der Aufforderung, die Vergabeunterlagen zu übersenden (soweit diese nicht bereits im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens RMF-SG21-3194-3-41) vorgelegt wurden.

9.

Mit Schreiben vom 07.02.2019 hat die Vergabekammer bezüglich der beantragten Akteneinsicht der Antragstellerin mitgeteilt, dass der ASt alle Unterlagen bekannt seien, die die VSt dazu bewogen habe, ihren Ausschluss zu verfügen. Insbesondere kenne die Antragstellerin ihr eigenes Angebot und das Anhörungsschreiben zum Ausschluss ihres Angebotes. Zudem beziehe sich der der Vergabekammer vorliegende Vergabevermerk noch auf die Sach- und Rechtslage des Nachprüfungsverfahrens mit dem Aktenzeichen RMF-SG21-3194-3-41.

10.

Am 08.02.2019 beantragt die VSt:

1. *Die von der Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 01.02.2019 gestellten Einzelanträge werden zurückgewiesen.*
2. *Die Antragstellerin hat die Kosten der Vergabe Nachprüfungsverfahrens, einschließlich der für die zweckentsprechende Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen der VSt zu tragen.*
3. *Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die VSt wird für notwendig erklärt.*

Der Vergabenachprüfungsantrag sei unbegründet.

Das Angebot der Antragstellerin vom 08.10.2018 sei gemäß § 57 Abs. 1 Nummer 4 VgV wegen Vornahme von Änderungen an den Vergabeunterlagen zwingend von der Wertung auszuschließen. In dem Ausschluss der Antragstellerin liege daher kein Vergabeverstoß.

Unter Ziffer IV.2.6 der Auftragsbekanntmachung vom 16.06.2018 habe die VSt bestimmt, dass die Bindefrist eine Laufzeit von 2 Monaten ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote haben müsse. Schlusstermin für die Abgabe der Angebote war der 16.10.2018. Unter Zugrundelegung der Vergabebekanntmachung lief die Bindefrist demnach bis zum 16.12.2018. Die Antragstellerin habe im Begleitschreiben zu ihrem Angebot eine Bindefrist bis zum 30.11.2018 zugemessen.

In Nr. III.1.2 der Vergabebekanntmachung sei vorgegeben gewesen, dass die Bieter eine Berufshaftpflichtversicherung mit Deckungssumme für Personenschäden und sonstige Schäden in Höhe von jeweils 1,5 Millionen € nachweisen müssen.

Die Antragstellerin habe im Begleitschreiben zu ihrem Angebot darauf hingewiesen, dass für Schäden die nachweislich auf unvollständige und fehlerhafte Leistungen Ihres Unternehmens zurückzuführen seien, eine Haftung insoweit bestehe, als ihre Haftpflichtversicherung für den Schaden eintreten werde.

11.

In ihrer Stellungnahme vom 14.02.2019 erinnert die Antragstellerin an den unter Ziffer 3 des Nachprüfungsantrages gestellten Antrag auf Gewährung der Akteneinsicht. Der Antrag nach Maßgabe von § 165 GWB sei begründet, um die Antragstellerin in die Lage zu versetzen, den Nachprüfungsantrag weitergehend zu begründen und damit ihrem Recht auf rechtliches Gehör zu entsprechen.

Auf die hierzu vorgetragenen Einzelheiten im Schriftsatz wird verwiesen.

12.

Mit Schreiben vom 15.02.2019 bittet die Vergabekammer die Vergabestelle, eine aktuelle Fassung des Vergabevermerks vorzulegen.

13.

Mit Schreiben vom 15.02.2019 weist die Antragstellerin vorsorglich darauf hin, dass die nachträgliche Anfertigung eines Vergabevermerks, mit der Folge der Heilung der Dokumentationsmängel, unzulässig sei.

14.

Zum Ausschluss ihres Angebots führt die ASt im Schreiben vom 15.02.2019 aus:
Selbst wenn im Angebot der ASt eine Änderung an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden wäre, könne das Angebot nicht mehr ausgeschlossen werden. Im Rahmen eines Telefonats am Freitag, 30.11.2018, habe die VSt gegenüber der ASt die Absicht erklärt, das Angebot anzunehmen und mit E-Mail vom 03.12.2018 die Verträge zur Unterzeichnung übersandt und um Rücksendung nach Unterschrift aufgefordert. Die ASt habe die von ihr unterschriebenen Verträge am 07.12.2018 persönlich bei der VSt abgegeben. Zudem habe die VSt am 17.12.2018 die ASt aufgefordert, die Bindefrist bis 31.03.2019 zu verlängern. Die ASt habe am 18.12.2018 einer Bindefristverlängerung bis zum 31.03.2019 zugestimmt.

Die VSt könne nicht die zivilrechtlichen Grundsätze einer Bindungswirkung mit der Begründung unterlaufen, die Ausschlussgründe erst nachträglich erkannt zu haben, vielmehr sei die VSt an diese Entscheidungen gebunden.

Auch der Ausschluss seiner Mandantin wegen der Ziffer 8 ihres Angebotsschreibens vom 08.10.2018 sei vergaberechtswidrig. Durch den Verweis auf die Versicherungsbestätigung (= Anlage 4 der Angebotsunterlagen) liege bei objektiver Betrachtungsweise keine Änderung der Vergabeunterlagen vor. Es bestehe unzweifelhaft Versicherungsschutz in einem Umfang, der erheblich über die Vorgaben im Vergabeverfahren hinaus reiche.

Auf die weiteren Ausführungen im Schriftsatz wird verwiesen.

15.

Die Vergabekammer hat am 18.02.2019 diezum Verfahren beigeladen.

16.

Mit Schriftsatz vom 28.02.2019 teilt die Vergabestelle mit, dass eine Fortschreibung des in sich geschlossenen Vergabevermerks bislang nicht stattgefunden habe. Sie sei auch nicht erforderlich. Als Vorgabedokumentation reiche es aus, wenn sich aus Einzeldokumenten die Grundlagen der wesentlichen Entscheidungen und der dafür zu Grunde liegenden Begründungen für das Vergabeverfahren erkennen lassen. Ein zusammenfassender förmlicher Vergabevermerk sei dazu nicht erforderlich. Selbst wenn einzelne Unzulänglichkeiten bestehen würden, könnte sich die Antragstellerin im vorliegenden Verfahren nicht darauf berufen (OLG München, Beschluss vom 02.08.2007 - Verg 7/07). Nachdem das Angebot der Antragstellerin im vorliegenden Fall zwingend von der Wertung ausgeschlossen werden müsse, komme eine derartige Rechtsverletzung nicht in Betracht.

Vorsorglich werde darauf aufmerksam gemacht, dass das auf der Vergabeplattform eingestellte Formular 111 durch den Vermerk vom 12.02.2019 ergänzt worden sei, welcher ebenfalls auf der Vergabeplattform eingestellt worden sei. In Ergänzung werde dazu ausgeführt, dass über den im Vermerk vom 12.02.2019 angesprochenen Ausschlussgrund hinaus auch eine Abweichung am Inhalt der Vergabeunterlagen festgestellt worden sei (Ziffer 8 des Begleitschreibens der Antragstellerin vom 08.10.2018).

Der Antragstellerin stehe kein Recht auf Akteneinsicht zu. Es sei nicht ersichtlich, wie die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag eine „zweite Chance“ anstreben könnte. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin erfolge auf der ersten Wertungsstufe. Die Angebotswertung spiele deshalb keine Rolle mehr für die Antragstellerin. Mögliche Fehler könnten sich nicht zum Nachteil der Antragstellerin auswirken.

Zudem vertieft die Vergabestelle ihren Sachvortrag bezüglich der Rechtmäßigkeit des Ausschlusses der Antragstellerin gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

17.

Am 01.03.2019 hat die Vergabekammer der Antragstellerin eingeschränkt unter Beachtung des Geheimschutzes Akteneinsicht gewährt.

18.

Mit Schriftsatz vom 07.03.2019 vertieft die Antragstellerin ihren Sachvortrag bezüglich der Möglichkeit zur Verlängerung der Bindefrist und dass insoweit ein Ausschluss der Antragstellerin nicht zulässig sei.

Darüber hinaus betont die Antragstellerin, dass die Ziffer 8 des Angebotsschreibens nicht isoliert betrachtet werden dürfe. Die Antragstellerin habe lediglich auf den Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung verweisen wollen. Die Formulierung in Ziffer 8 des Begleitschreibens habe die Antragstellerin gemacht, um erneut und ausdrücklich auf die beigefügte Versicherungsbescheinigung zu verweisen. Sie habe keinen eigenen Erklärungsinhalt. Die Antragstellerin sei lediglich einer Forderung der Vergabestelle nachgekommen, denn im Rahmen einer Bieterfrage habe die Vergabestelle mitgeteilt, dass der Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung und gegebenenfalls auch andere geforderte Nachweise nicht erneut vorgelegt werden müssen, aber die Bieter auf die Unterlagen aus dem Teilnahmewettbewerb verweisen sollen. Zudem habe sich die Antragstellerin vollumfänglich den Vertragsbedingungen der Vergabestelle unterworfen, als sie das unterschriebene Vertragswerk an die Antragstellerin übermittelt habe.

Weiterhin rügt die Antragstellerin die erheblichen Dokumentationsmängel. Der Vermerk vom 12.02.2019 sei verspätet und beinhalte lediglich einen pauschalen Verweis auf den Hinweis der Vergabekammer im vorausgegangenen Nachprüfungsverfahren. Eine Vervollständigung der mangelhaften Vergabedokumentation durch schriftsätzliches Vorbringen des Verfahrensbevollmächtigten der Vergabestelle sei nicht zulässig.

Der übermittelte Vergabevermerk gemäß dem Formular L 111.2Wa EU sei widersprüchlich. Unter 11.4 des Formulars L 111.2Wa EU finde sich eine Korrektur der Bindefrist. Zunächst sei diese, entgegen der EU Bekanntmachung, auf den 15.12.2018 gesetzt worden. Entsprechend der dynamischen Festlegung der Bindefrist in der EU Bekanntmachung (Ziffer VI.2.6) gelte eine Bindungsfrist bis 16.12.2018. Nunmehr finde sich unter Ziffer 11.4 des fortgeschriebenen Formulars L 111.2Wa EU eine Bindefrist bis 17.12.2018.

19.

Mit Schriftsatz vom 13.03.2019 vertieft die Vergabestelle ihren bisherigen Sachvortrag.

20.

In der mündlichen Verhandlung am 15.03.2019 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt bleibt bei ihren Anträgen aus dem Nachprüfungsantrag vom 01.02.2019.

Die VSt bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 08.02.2019.

Die BGI schließt sich den Anträgen der VSt an mit der Modifikation, dass beantragt wird, dass die ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen der BGI zu tragen hat und die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die BGI für erforderlich erklärt wird.

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) Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

- c) Bei dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag einer Objektplanung für in handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB.
- d) Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB.
- e) Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene ein Schaden zu entstehen droht.
- f) Der Verfahrensbevollmächtigte der ASt hat mit Schreiben vom 29.01.2019 rechtzeitig gerügt, nachdem ihr mit Informationsschreiben vom 22.01.2019 der Ausschluss ihres Angebotes mitgeteilt worden war.
- g) Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 01.02.2019 war auch die 15-Tages-Frist gem. § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom 31.01.2019 zur Verfügung steht.
- h) Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB.

2.

Der Antrag ist unbegründet.

Die ASt wird in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB nicht verletzt.

Das Angebot der ASt ist gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung zwingend auszuschließen, weil die Verdingungsunterlagen durch die ASt verändert wurden.

Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV sind Angebote zwingend auszuschließen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen vorgenommen worden sind.

Derartige Angebote müssen nach dem Beschluss des BayObLG vom 08.12.2004 Az. Verg 19/04 schon deshalb unberücksichtigt bleiben, weil sie wegen der sich nicht deckenden Willenserklärungen zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nicht zu dem beabsichtigten Vertragsabschluss führen können.

Die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung i.S.d. § 97 Abs. 1 u. 2 GWB erfordern Angebote, die in jeder Hinsicht vergleichbar sind. Eine solche Vergleichbarkeit ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH v. 08.09.1998 -

X ZR 85/97, 18.02.2003 - X ZB 43/02, 24.05.2005 - X ZR 243/02) nur bei Angeboten mit völlig identischen Vertragsgrundlagen gegeben.

Das Angebot ist auszuschließen, weil die ASt in ihrem Angebot die Bindefrist verkürzt hat (a) und eine Schadenshaftung vom Eintritt ihrer Haftpflichtversicherung abhängig gemacht hat (b). Der Vergabekammer ist es zudem untersagt, die verbliebenen Angebote einer Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen (c). Die Vergabedokumentation begründet ebenfalls keine Rechtsverletzung der Antragstellerin (d).

a)

Unstrittig findet sich im Angebot der ASt unter Ziffer 9 der Passus: *„Die ... hält sich bis zum 30.11.2018 an ihr Angebot gebunden.“*

Ebenso unstrittig war der Schlusstermin für Eingang der Angebote auf den 16.10.2018 festgelegt. Unter IV.2.6 der Auftragsbekanntmachung vom 16.06.2018 findet sich eine dynamische Fristverweisung in der Form, dass die Bindefrist eine Laufzeit von zwei Monaten ab dem Schlusstermin für den Eingang der Angebote hat. Beim Fristbeginn wird der Tag des Eingangs des Angebotes nicht mitgerechnet. Fristbeginn war somit der 17.10.2018. Fristende wäre daher grundsätzlich der 16.12.2018 gewesen, der ein Sonntag war.

Nach § 82 VgV in Verbindung mit Art 3 Abs. 4 der Verordnung Nr. 1182/21 des Rates vom 03. Juni 1971 endet deshalb diese Frist, da sie nicht nach Stunden bemessen war, am folgenden Arbeitstag, also am 17.12.2018 (siehe dazu Schneider in Beck'scher Vergaberechtskommentar von Burgi/Dreher, Band 2, 3. Auflage, § 82, Rn. 14). Soweit unter Ziffer 11.4 des fortgeschriebenen Formulars L 111.2Wa EU eine (zutreffende) Bindefrist bis 17.12.2018 niedergelegt wurde, ist dies nicht zu beanstanden.

Damit hat die ASt in ihrem Angebot die vorgegebene Bindefrist nicht eingehalten.

Dass die ASt mit Schreiben vom 18.12.2018 eine Bindefristverlängerung bis zum 31.03.2019 eingeräumt hat, ändert daran nichts. Diese nachträgliche Erklärung stellt eine unzulässige Verhandlung über die Abänderung des ursprünglichen Angebots dar, weil dies zu einer Verletzung des Wettbewerbs- und Gleichheitsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 GWB führen würde. Die VSt hätte die ASt auch gar nicht auffordern dürfen, die Bindefrist zu verlängern.

Weil der Ausschluss zwingend ist, kann gegenüber der ASt eine spätere Bindefristverlängerung nicht zu einer Selbstbindung der VSt führen. Der öffentliche Auftraggeber hat bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist gezwungen das betreffende Angebot aus der Wertung zu

nehmen (BGH v. 18.02.2003 - X ZB 43/02). Zwingende Ausschlussgründe müssen in jedem Stadium des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden. Der Umstand, dass die VSt zunächst beabsichtigte, den Zuschlag auf das Angebot der ASt zu erteilen, und erst in einem späteren Verfahrensstadium Abstand nahm, führt zu keinem Vergabeverstoß. Ein auf der ersten Wertungsstufe zwingend auszuschließendes Angebot kann nicht später wieder in die Riege der gültigen Angebote aufgenommen werden. Der von der ASt zitierte Beschluss der VK Nordbayern vom 19.11.2008 befasst sich nicht mit der Frage des Ausschlusses eines Angebotes gem. § 57 VgV. Bei der Entscheidung der VK Nordbayern vom 19.11.2008 ging es darum, ob ein Aufhebungsgrund vorliegt, wenn die Bindefrist abgelaufen ist und die betroffenen Bieter, deren Angebote in die engere Wahl kamen und nicht auf der ersten Wertungsstufe auszuschließen waren, weiter zum Vertragsschluss bereit sind. Im verfahrensgegenständlichen Fall ist dagegen entscheidungserheblich, ob ein Ausschluss vorzunehmen ist, wenn ein Bieter die in den Vergabeunterlagen vorgegebene Bindefrist mit einem gesonderten Angebotsschreiben verkürzt.

b)

Der Ausschluss der Antragstellerin durch die Vergabestelle, weil die ASt die gesetzliche Haftung von § 15 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB) des verfahrensgegenständlichen Ingenieurvertrages abgeändert hat, ist ebenfalls nicht zu beanstanden.

Die Ziffer 8 des Angebotsschreibens vom 08.10.2018 stellt eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen gem. § 57 Abs. Nr. 4 VgV dar. Die Antragstellerin beschränkt damit ihre gesetzliche Haftung (siehe § 15.1 AVB) auf die Deckungssummen der Haftpflichtversicherung. Die gesetzliche Haftung nach den § 15.1 AVB ist dagegen nicht auf die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung beschränkt. Die Formulierung im gesonderten Angebotsschreiben in Ziffer 8 ist eindeutig und lässt eine andere Auslegung dieser Formulierung gem. §§ 133, 157 BGB nach dem objektiven Empfängerhorizont nicht zu, selbst wenn der Verfahrensbevollmächtigte der ASt vorträgt, die ASt habe nur auf die Haftungsbestimmungen verweisen wollen. Die Erklärung der ASt in Ziffer 8 ihres Angebotsschreibens kann nicht als bloßer Verweis auf die Unterlagen, die im Teilnahmeantrag vorgelegt wurden, ausgelegt werden. Wenn die ASt lediglich auf die Versicherungsbescheinigung im Teilnahmeantrag hätte verweisen wollen, dann hätte es nicht dieser Formulierung in Ziffer 8 bedurft.

Der öffentliche Auftraggeber hat bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist gezwungen das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen (BGH v. 18.02.2003 - X ZB 43/02). Zwingende Ausschlussgründe müssen in jedem Stadium des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden. Der Umstand, dass die ASt später den Ingenieurvertrag unterschrieb und

damit die gesetzliche Haftung anerkannt haben will, führt zu keinem anderen Ergebnis, zumal das Begleitschreiben der ASt vom 08.10.2018 nach wie vor Teil des Angebotes der ASt ist.

c)

Entgegen der Auffassung der ASt ist es der Vergabekammer untersagt, die Wertung der verbliebenen Angebote einer Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen, wenn dadurch nicht auch eine Verletzung der ASt in ihren Rechten einhergehen kann. Das Nachprüfungsverfahren dient nicht einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle. Vielmehr muss die Antragstellerin in einem Nachprüfungsverfahren schlüssig darlegen, dass sie in ihren Rechten verletzt ist.

Lediglich dann, wenn die Antragstellerin substantiiert vorgetragen hätte, dass alle Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen wären bzw. das Vergabeverfahren zwingend aufzuheben wäre und die Antragstellerin dadurch eine „zweite Chance“ auf ein neues Vergabeverfahren erhalten würde, wäre eine Rechtmäßigkeitskontrolle der verbliebenen Angebote durch die Vergabekammer gedeckt (OLG Düsseldorf, Verg 31/18 vom 14.11.2018). Diesbezüglich findet sich kein schlüssiger Sachvortrag der ASt in ihren Schriftsätzen. Insbesondere hat die Beigeladene gar keinen Linienabschlag angeboten, so dass es auf die Frage der Rechtmäßigkeit eines Linienabschlages nicht ankommt. Auch andere Gründe, dass alle Bieter vom Vergabeverfahren auszuschließen wären oder das Vergabeverfahren aufzuheben wäre, sind nicht ersichtlich und wurden nicht vorgetragen.

d)

Die Dokumentation des Vergabeverfahrens sowie der Vergabevermerk begründen keine Rechtsverletzung der Antragstellerin. Beginnend mit dem ursprünglichen Vergabevermerk mit dem Stand des Nachprüfungsverfahrens RMF-SG 21-3194-3-41, dem Hinweis der Vergabekammer in diesem Nachprüfungsverfahren RMF-SG 21-3194-3-41, der anschließenden Anhörung der Antragstellerin und dem letztendlichen Ausschluss (siehe Bieterinformationsschreiben gemäß § 134 GWB vom 22.01.2019) wurde in der Vergabeakte eindeutig nachvollziehbar dokumentiert, welche Umstände zum Ausschluss der Antragstellerin führten bzw. weshalb die BGI nunmehr für den Zuschlag vorgesehen ist. Die Vergabestelle hat mit Vermerk vom 12.02.2019 die Vergabeakte entsprechend ergänzt. Die Anordnung der Wiederholung eines ordnungsgemäß erfolgten Vergabeverfahrens wäre nicht zulässig. Kleinere Unzulänglichkeiten, weil in der elektronischen Vergabeakte zunächst noch der Sachstand im Nachprüfungsverfahren RMF-SG 21-3194-3-41 als Dokumentation eingestellt war, rechtfertigen in diesem Fall keine Aufhebung oder Zurücksetzung des Vergabeverfahrens. Eine Heilung von Mängeln der Dokumentation oder

des Vergabeverkehrs im Nachprüfungsverfahren ist grundsätzlich möglich (Füllung in Mueller-Wrede, Kommentar VgV/UVgO, § 8 VgV, Rn. 87). Spätestens mit dem ergänzenden Vermerk der Vergabestelle vom 12.02.2019 und dem Schriftsatz des Bevollmächtigten der Vergabestelle vom 28.02.2019 umfasst der Vergabeverkehrsvermerk gemäß § 8 Abs. 2 VgV alle Angaben, die erforderlich sind. Nur dann, wenn durch die mangelhafte Dokumentation eine Rechtsverletzung der Antragstellerin zu befürchten wäre, wäre ein Verstoß gegen § 8 VgV erheblich. Dies wäre z.B. der Fall, wenn die Vergabestelle Ermessensentscheidungen in die Vergabedokumentation nachträglich einführen würde (siehe dazu OLG München, Beschluss vom 09.03.2018, Verg 10/17).

Im verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde der Ausschluss der Antragstellerin Schritt für Schritt für alle Verfahrensbeteiligten klar dokumentiert; zudem ist der Ausschluss der Antragstellerin zwingend und betrifft keine Ermessensentscheidung.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

- a) Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 182 Abs. 3 Satz 1, 3 u. 5 GWB).
- b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der VSt und der BGI ergibt sich aus § 182 Abs. 4 GWB.
- c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die VSt und die BGI notwendig (§ 182 Abs. 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 VSt und der BGI nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen. Da die ASt rechtsanwaltschaftlich durch eine auf das Vergaberecht spezialisierte Anwaltskanzlei vertreten war, ist es im Sinne einer Gleichstellung auch sachgerecht, dass sich die VSt und die BGI von einer auf das Vergaberecht spezialisierten Anwaltskanzlei vertreten ließen. Die BGI hat sich im Nachprüfungsverfahren beteiligt und Anträge gestellt. Aus Gründen der Billigkeit waren die Kosten der BGI der unterlegenen Partei aufzuerlegen.

- d)** Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt aus dem Angebot und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €.
- e)** Die von der ASt zu tragende Gebühr in Höhe von x.xxx,- € wird mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von 2.500,- € verrechnet.
- Für den übersteigenden Betrag von xxx,- € erhält die ASt eine Kostenrechnung.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....