

Leitsätze:

1. Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Hinsichtlich des Angebots ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage der Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte.
2. Ist ein Angebot in sich widersprüchlich, so stellt dies nicht unmittelbar einen Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV dar. Hat das Angebot keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern ist in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig, so bedarf das Angebot der Aufklärung. Dem Bieter muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Widersprüchlichkeit auszuräumen.
3. Darüber hinaus ist – selbst im Falle einer Abweichung – nach der Rechtsprechung des BGH auch dann eine Aufklärung geboten, wenn sich einem unvoreingenommenen Auftraggeber nach Art, Gegenstand und Ort der Abweichung die Möglichkeit aufdrängen muss, dass die Abweichung auf einem Missverständnis beruht und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückgeführt werden kann. Diese Fallgestaltung wird von der Fallgestaltung manipulativer Eingriffe in die Vergabeunterlagen im eigentlichen Sinne abgegrenzt, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein von den Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt. Daraus folgt, dass eine Aufklärung bei Abweichungen von Vergabeunterlagen nicht stets gefordert wird, sondern nur dann, wenn die Abweichung ein Missverständnis des Bieters indiziert und im Rahmen der Aufklärung ohne weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot herbeigeführt werden kann.

Antragstellerin: ...
(Antragstellerin – ASt)

Vergabestelle: ...
(Vergabestelle – VSt)

Beigeladene: ...
(Beigeladene - BGI)

Vorhaben: *Lieferung von Kleinkehrmaschinen*

Vergabeverfahren: *Offenes Verfahren*

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung am 18.11.2021 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Bei Fortbestehen der Vergabeabsicht wird die Vergabestelle verpflichtet, den Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin zurückzunehmen und das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.
2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Beigeladene trägt ihre Kosten selbst.
4. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,- €. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit. Auslagen sind nicht angefallen.

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

1.

Die VSt schrieb europaweit die „Lieferung von xxxxx Kleinkehrmaschinen“ losweise als Lieferauftrag im offenen Verfahren aus. Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis.

Die ASt und die BGI reichten Angebote über die Vergabeplattform ein. Die ASt bietet für alle drei Einzellose den günstigsten Preis an.

2.

Das Angebotsschreiben der ASt, das gemäß Vergabeplattform nach § 126b BGB per Textform signiert ist, enthält folgenden Passus:

„1. Ich/Wir biete(n) die Ausführung der oben genannten Leistung zu den von mir/uns eingesetzten Preisen an.

2. An mein/unser Angebot halte(n) ich/wir mich/uns bis zum Ablauf der Bindefrist gebunden.

3. Die Angebotsendsumme des Angebots gemäß Leistungsbeschreibung beträgt: (...)“.

Dem Angebotsschreiben sind mehrere Anlagen (jeweils als separate Datei) beigelegt. Unter anderem das Angebot selbst sowie drei Schreiben der ASt mit den Bezeichnungen: „LOS 1 Ausschreibung-Angebot (...)“; „LOS 2 Ausschreibung-Angebot (...)“; LOS 3 Ausschreibung-Angebot (...)“.

Jedes dieser Schreiben benennt auf Seite 1 das betreffende Einzellos („Angebot: LOS 1 (...)“; „Angebot: LOS 2 (...)“; „Angebot: LOS 3 (...)“) und beginnt auf Seite 2 mit „Freibleibendes Angebot:“. Anschließend folgt die entsprechende Produktbeschreibung inkl. Preisangaben.

3.

Mit Bieterinformationsschreiben vom xx.xx.2021 gemäß § 134 GWB teilte die VSt der ASt mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der BGI frühestens am xx.xx.2021 zu erteilen.

Das Angebot der ASt für die Einzellose Los 1 – 3 könne nicht berücksichtigt werden, da dieses wegen Abänderung der Vergabeunterlagen ausgeschlossen werden müsse (§ 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV). Die Begleitschreiben der ASt zu Los 1 – Los 3 würden den Text „Freibleibendes Angebot“ beinhalten. Begleitschreiben seien Bestandteil des Angebotes; enthalten diese – auch unbeabsichtigt – den Text „Freibleibendes Angebot“, liege eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen vor und führe zum Ausschluss des Angebotes.

4.

Mit Schreiben vom xx.xx.2021 rügte die ASt den Ausschluss ihres Angebotes.

Die digitale Vorlage im Ausschreibungsverfahren (.....) sei korrekt und vollständig ausgefüllt worden, somit seien auch alle Verfahrensvorgaben eingehalten und alle Vergabekriterien erfüllt worden. Nur die digitale Form sei bindend. Alle weiteren Angaben seien nur als Unterstützung anzusehen und würden das eigentliche Verfahren nicht berühren. Es sei lediglich bei den freiwilligen Anhängen der Vermerk „freibleibendes Angebot“ mitabgedruckt worden. Diese Anhänge seien lediglich als Bewertungserleichterung für die VSt hinzugefügt worden.

Diese Vorgehensweise werde seit Jahren von der ASt unverändert praktiziert, wobei es hierzu noch zu keinem Verfahrensausschluss gekommen sei.

Es sei nicht nachvollziehbar, weswegen bei Unklarheiten oder Verständnisfragen keine Nachfrage über das Vergabeportal an die ASt gestellt worden sei. Dies wäre verhältnismäßig gewesen.

5.

Mit Schreiben vom xx.xx.2021 half die VSt der Rüge nicht ab.

Zwar seien die digitalen Vorlagen im Ausschreibungsverfahren korrekt und vollständig ausgefüllt worden, die freiwillig beigefügten Begleitschreiben seien aber vergaberechtlich Bestandteile des Angebotes.

Die Begleitschreiben zu Los 1 – 3 würden den Text „Freibleibendes Angebot“ beinhalten, dadurch – auch unbeabsichtigt – liege eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen vor und führe zwingend zum Ausschluss des Angebotes, § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV.

Da das Angebot zwingend auszuschließen sei, könne dies auch nicht durch Nachfrage über die Bieterkommunikation des Vergabeportals „geheilt“ werden.

6.

Mit Schreiben vom 07.10.2021 beantragte die ASt die Eröffnung eines Nachprüfungsverfahrens und wiederholte im Wesentlichen den Inhalt des Rügeschreibens vom 05.10.2021.

Die ASt praktiziere diese Verfahrensweise mit den gleichen Formularen / Beiblättern seit Jahren und es sei noch nie zu einem Ausschluss gekommen.

Es sei nicht nachvollziehbar, weswegen bei Unklarheiten oder Verständnisfragen keine Nachfrage über das Vergabeportal an die ASt gestellt worden sei. Dies wäre verhältnismäßig gewesen.

Die digitale Vorlage im Ausschreibungsverfahren (.....) sei korrekt und vollständig ausgefüllt worden, somit seien auch alle Verfahrensvorgaben eingehalten und alle Vergabekriterien erfüllt worden. Nur die digitale Form sei bindend. Alle weiteren Angaben seien nur als Unterstützung anzusehen und würden das eigentliche Verfahren nicht berühren. Es sei lediglich bei den freiwilligen Anhängen der Vermerk „freibleibendes Angebot“ mitabgedruckt worden.

Diese Anhänge seien lediglich als Bewertungserleichterung für die VSt hinzugefügt worden. Diese Vorgehensweise werde seit Jahren von der ASt unverändert praktiziert, wobei es hierzu noch zu keinem Verfahrensausschluss gekommen sei.

7.

Mit Schriftsatz vom 15.10.2021 erwiderte die VSt und beantragte,

- I. Der Nachprüfungsantrag wird abgelehnt.
- II. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig, jedoch offensichtlich unbegründet.

Die ASt habe zur Konkretisierung und Beweiserleichterung ihrem Angebot drei Anhänge beigefügt. Jeder Anhang enthalte vor der Leistungsbeschreibung die Anmerkung „Freibleibendes Angebot:“. Die Klausel „freibleibend“ sei eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass derjenige, der ein rechtliches Angebot nach § 145 BGB abgebe, an das Angebot auch gebunden sei. Der Zusatz bewirke, dass sich die Person nicht an das Angebot binden wolle. Vielmehr sei das abgegebene Angebot für den Empfänger als Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes zu werten (Palandt-Ellenberger, 76. Auflage 2017, § 145 Rn. 3 f.). Damit habe die ASt kein rechtsverbindliches Angebot abgegeben, weshalb auch die Rechtsprechung des BGH zu widersprüchlichen AGB und deren Aufklärung durch die Vergabestelle nicht anwendbar sei. Entgegen dem Vortrag der ASt liege hier keine Unklarheit oder eine Verständnisfrage seitens der VSt vor, sondern ein freibleibendes und damit unverbindliches Angebot, dass die VSt nicht bezuschlagen kann.

8.

Am 19.10.2021 wurde die aus zum Verfahren beigegeben.

9.

Mit Schreiben vom 22.10.2021 stimmte die BGI der Rechtsauffassung der VSt bei.

10.

Mit Schreiben vom 25.10.2021 teilte die ASt mit, dass sie an ihrer Stellungnahme vom 07.10.2021 festhalte.

11.

Am 29.10.2021 hat die Vergabekammer wegen tatsächlicher und rechtlicher Schwierigkeiten die Entscheidungsfrist gem. § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB bis einschließlich 10.12.2021 verlängert.

12.

In der mündlichen Verhandlung vom 18.11.2021 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern.

Die ASt beantragt, den Ausschluss ihres Angebots rückgängig zu machen.

Die VSt beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

Die BGI stellt keinen Antrag.

13.

Im Übrigen wird hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes auf die im Nachprüfungsverfahren gewechselten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Protokoll der mündlichen Verhandlung und die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, Bezug genommen.

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfungsverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 S. 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

b)

Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 1 GWB.

c)

Bei den ausgeschriebenen Lieferleistungen handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 2 GWB.

d)

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert nach Art. 4 der Richtlinie 2014/24/EU (§ 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB).

e)

Die ASt ist als teilnehmende Bieterin antragsbefugt, § 160 Abs. 2 GWB.

f)

Die ASt hat den Ausschluss ihres Angebotes vom Vergabeverfahren nach Erhalt der Information gemäß § 134 GWB am xx.xx.2021 mit Schreiben vom xx.xx.2021 rechtzeitig gerügt, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB.

g)

Zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags am 07.10.2021 war die 15-Tagesfrist gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB nicht abgelaufen, die der ASt nach der Rügezurückweisung vom xx.xx.2021 zur Verfügung stand.

h)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Der Ausschluss des Angebotes der ASt durch die VSt war rechtsfehlerhaft, denn es liegt kein Ausschlussgrund gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV vor.

Nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV werden Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, von der Wertung ausgeschlossen.

Die VSt vertritt die Auffassung, dass die ASt ein freibleibendes und somit unverbindliches Angebot abgegeben hat. Damit liege eine Änderung der Ausschreibungsunterlagen vor und führe zwingend zum Ausschluss des Angebotes der ASt.

Entgegen der Auffassung der VSt sind vorliegend die Voraussetzungen des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV jedoch nicht erfüllt.

a)

Grundsätzlich liegt eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber nachgefragt hat, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/16). Ob eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist anhand einer Auslegung in entsprechender Anwendung der §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots nach dem jeweiligen objektiven Empfängerhorizont festzustellen. Hinsichtlich des Angebots des Bieters ist Maßstab der Auslegung, wie ein mit den Umständen des Einzelfalls vertrauter Dritter in der Lage die Vergabestelle das Angebot nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstehen musste oder durfte, wobei es keinen Erfahrungssatz gibt, dass der Bieter stets das vom Ausschreibenden Nachgefragte anbieten will, auch wenn ihm redliche und interessensgerechte Absichten zu unterstellen sind (OLG Düsseldorf, B.v. 22.03.2017, Verg 54/16).

Vorliegend wird unstreitig von den Bietern ein verbindliches Angebot gefordert.

Ob die ASt hiervon abweichend ein unverbindliches Angebot eingereicht hat, ist anhand des Angebotsinhaltes zu ermitteln. In die Auslegung sind sämtliche dem Angebot beigelegten Unterlagen und Erklärungen einzubeziehen (Wagner in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 5. Aufl., § 57 VgV (Stand: 09.02.2021), Rn. 88). Relevante Bestandteile des Angebots sind sowohl das Angebotsschreiben als auch - entgegen der Ansicht der ASt - die Begleitschreiben.

Über die Vergabepattform reichte die ASt ein Angebotsschreiben ein. Diesem Angebotsschreiben wurden mehrere separate Dateien als Anlage beigelegt, u.a. das Angebot selbst sowie drei Begleitschreiben zu Los 1 – Los 3.

aa)

Das Angebotsschreiben der ASt beinhaltet folgenden Satz: „An mein/unser Angebot halte(n) ich/wir mich/uns bis zum Ablauf der Bindefrist gebunden“.

Unter Anwendung der oben dargestellten Auslegungsmaßstäbe kommt die Vergabekammer zu dem Ergebnis, dass sich die ASt entsprechend des Wortlauts an ihr Angebot gebunden hat und damit ein verbindliches Angebot hat abgeben wollen.

bb)

Die drei streitgegenständlichen Begleitschreiben zu Los 1 – Los 3 beinhalten jeweils zu Beginn der Seite 2: „Freibleibendes Angebot“.

Zutreffend hat die VSt entsprechend dem objektiven Empfängerhorizont den verwendeten Begriff „freibleibend“ als unverbindlich verstanden, denn freibleibend bedeutet „ohne Verbindlichkeit“ bzw. „ohne Verpflichtung“ (vgl. Duden) und stellt eine sog. Freiklausel dar (vgl. Palandt, 75. Auflage, § 145 Rn. 4). Die Auslegung dieser drei Begleitschreiben anhand der oben genannten Auslegungsgrundsätze ergibt daher, dass die ASt ein unverbindliches Angebot einreichen wollte.

cc)

Das Angebot der ASt stellt sich zusammengefasst wie folgt dar: Einerseits soll das Angebot laut Angebotsschreiben verbindlich sein, andererseits soll es laut den drei Begleitschreiben unverbindlich sein.

Das Angebot der ASt ist damit als in sich widersprüchlich anzusehen. Diese Widersprüchlichkeit im Angebot lässt sich auch nicht sicher durch Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB beseitigen. Aus Sicht der VSt ist nicht erkennbar, welcher Teil letztendlich aus Sicht der ASt gelten sollte. Vor diesem Hintergrund kann das Angebot der ASt entgegen der Ansicht der VSt nicht eindeutig als unverbindliches Angebot ausgelegt werden.

b)

Ist ein Angebot aber in sich widersprüchlich, so stellt dies nicht unmittelbar einen Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV dar. Das Angebot hat keinen von den Vergabeunterlagen abweichenden Inhalt, sondern ist in diesem Punkt lediglich nicht eindeutig. Im Fall der Widersprüchlichkeit bedarf das Angebot vielmehr der Aufklärung. Dem Bieter muss die Gelegenheit eingeräumt werden, die Widersprüchlichkeit auszuräumen (vgl. OLG Düsseldorf, B.v. 21.10.2015 – Verg 35/15; OLG Düsseldorf, B.v. 02.08.2017 – Verg 17/17; BGH, U.v. 18.06.2019 –X ZR 86/17).

c)

Darüber hinaus ist – selbst im Falle einer Abweichung – nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (U.v. 18.06.2019 – X ZR 86/17) auch dann eine Aufklärung geboten, wenn einem unvoreingenommenen Auftraggeber nach Art, Gegenstand und Ort der Abweichung, sich die Möglichkeit aufdrängen muss, dass die Abweichung auf einem Missverständnis beruht und das Angebot auf den maßgeblichen Inhalt der Vergabeunterlagen zurückgeführt werden kann. Diese Fallgestaltung wird von der Fallgestaltung manipulativer Eingriffe in die Vergabeunterlagen im eigentliche Sinne abgegrenzt, die dadurch gekennzeichnet sind, dass ein von den Vergabeunterlagen inhaltlich abweichendes Angebot abgegeben wird und bei Hinwegdenken solcher Abweichungen gerade kein vollständiges, sondern ein lückenhaftes Angebot vorliegt. Daraus folgt, dass eine Aufklärung bei Abweichungen von Vergabeunterlagen nicht stets gefordert wird, sondern nur dann, wenn die Abweichung ein Missverständnis des Bieters indiziert und im Rahmen der Aufklärung ohne weiteres ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot herbeigeführt werden kann (vgl. OLG München, B.v. 20.01.2020 – Verg 17/19).

Die Vergabekammer vertritt die Auffassung, dass die oben genannte Entscheidung des BGH nicht nur im Fall von abweichenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen Anwendung findet (a.A. OLG Düsseldorf, B.v. 12.02.2020 – Verg 24/19) und die hiesige Fallkonstellation mit der vom BGH erwähnten vergleichbar ist.

Die ASt hat in der Anlage zum Angebotsschreiben neben ihrem eigentlichen Angebot zusätzlich die oben genannten Begleitschreiben zu Los 1 – Los 3 beigefügt. Bei Hinwegdenken der bieterseitig beigefügten drei Begleitschreiben liegt auch ein vollständig den Vergabeunterlagen entsprechendes Angebot der ASt vor, welches gerade nicht lückenhaft ist. Der VSt musste sich die Möglichkeit aufdrängen, dass die Formulierung „Freibleibendes Angebot“ in den drei Begleitschreiben auf einem Missverständnis der ASt beruhte.

d)

Die VSt war nach alledem verpflichtet gewesen, eine Aufklärung durchzuführen. Mangels durchgeführter Aufklärung war der Ausschluss des Angebots der ASt nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV rechtswidrig und die ASt wurde hierdurch in ihren Rechten verletzt.

e)

In der mündlichen Verhandlung hat die ASt auf Nachfrage der Vergabekammer mitgeteilt, dass sie ein verbindliches Angebot hat abgeben wollen, sodass mittlerweile der Inhalt des widersprüchlichen Angebots klargestellt und eine Aufklärung damit obsolet

geworden ist. Die VSt hat daher den Ausschluss des Angebotes der ASt zurückzunehmen und das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die VSt trägt die Verfahrenskosten, weil sie mit ihrem Antrag unterlegen ist, § 182 Abs. 3 S. 1 GWB.

b)

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.

c)

Die BGI trägt ihre Aufwendungen selbst. Sie hat keine Anträge gestellt und sich nur geringfügig am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Sie hat daher das Risiko des Unterliegens nicht getragen und bekommt im Umkehrschluss dazu auch keine Aufwendungen erstattet.

d)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und Abs. 3 GWB festzusetzen. Im Hinblick auf die Angebotssumme der ASt 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 VSt ist gemäß § 182 Abs. 1 S. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG (in der am 14.08.2013 geltenden Fassung) von der Zahlung der Gebühr befreit.

f)

Der geleistete Kostenvorschuss von x.xxx,- € wird der ASt nach Bestandskraft dieses Beschlusses zurücküberwiesen.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....