

[zurück zur Übersichtsliste](#)

Nr: NJRE001635384

Vergabekammer Leipzig 1. Vergabekammer, Beschluss vom 9.Juli 2025 , Az: 1/SVK/017-25

Leitsatz

1. Eine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen liegt vor, wenn der Bieter nicht das anbietet, was der öffentliche Auftraggeber ausschreibt, sondern von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht. 2. Änderungen der Vergabeunterlagen können nicht im Rahmen eines Aufklärungsgespräches gestrichen oder angepasst werden, denn ein solches Vorgehen würde gegen § 15 Abs. 3 VOB/A EU verstoßen. 3. Nach § 305 Abs. 1 S.1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Der für einen bestimmten Vertrag ausgearbeitete Text ist dagegen nicht von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst.

Sonstiger Kurztext

Gesamtsanierung Stadthalle XXX Los 51- Orgel De-/Montage

Langtext

Tenor

- 1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.**
- 2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) trägt die Antragstellerin. Die Verfahrensgebühr wird auf xxxx EUR festgesetzt.**
- 3. Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Auftraggeberin. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre Aufwendungen selbst.**

Gründe

I.

Mit Bekanntmachung vom 30. Januar 2025 veröffentlichte die Auftraggeberin die beabsichtigte Vergabe des Auftrages „##### – Orgel Demontage / Montage, offenes Verfahren gemäß § 3 Nr. 1 VOB/A/EU“. Als Frist für den Eingang der Angebote war der 3. März 2025 festgesetzt worden. Unter

Ziffer 5.1. der Bekanntmachung heißt es: Beschreibung: „Die Ausschreibung zu Los 51 Orgel De-/Montage erfolgt als funktionale Leistungsbeschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm). Der Bieter hat ein pauschales Angebot für die Gesamtleistung der zu restaurierenden Wilhelm-Sauer-Orgel und der damit verbundenen Zielstellung zu erbringen.

Das Angebot muss neben der Ausführung der Leistung den Entwurf mit eingehender Erläuterung und einer Darstellung der Bauausführung sowie eine eingehende und zweckmäßig gegliederte Beschreibung der Leistung umfassen. Vom Bieter ist mit Angebotsabgabe ein Konzept als separates Dokument (max. 4 Seiten) einzureichen. Aufgabe der Orgelbaufirma ist es, die Orgel teilweise auszubauen und die verbleibenden Orgelteile zu reinigen und staubdicht zu verpacken. Nach Abschluss der Restaurierungsarbeiten im Bühnenraum (Einbau einer neuen Saaldecke) werden die entnommenen und gereinigten Orgelteile wieder eingebaut, die Orgel behutsam nachintoniert und die gesamte Orgel einer Generalstimmung unterzogen. [...]“.

Die Anforderungen an die Eignung des Bieters waren unter Ziffer 5.1.9 der Bekanntmachung ausführlich erläutert. Die Zuschlagskriterien gliederten sich in das Kriterium Preis, welches mit einer Gewichtung von 50 % in die Gesamtwertung einging sowie das Kriterium Qualität, welches ebenfalls mit 50 % in die Gesamtwertung einging.

Genauer heißt es zum Kriterium Preis: Beschreibung: Maximal können 100 Punkte erreicht werden. Die Summe aus den Punkten für das pauschale Angebot und dem einzureichenden Konzept ergibt die Gesamtpunktzahl. Das wirtschaftlichste Angebot mit der ermittelten höchsten Gesamtpunktzahl erhält den Zuschlag. Bei Punktegleichstand erhält das Angebot mit dem niedrigeren Pauschalpreis den Zuschlag. Sollten die Angebotspreise identisch sein entscheidet das Los. Wertung Preis: Die maximal erreichbare Punktzahl erhält der Bieter mit dem niedrigsten Pauschalangebot, alle anderen Pauschalangebote werden damit ins Verhältnis gesetzt und gemäß der nachfolgenden Formel berechnet: Erreichte Punktzahl Pauschalangebot = (niedrigstes eingereichtes Angebot/zu wertendes Angebot) x 50. Nebenangebote waren gemäß den Vergabeunterlagen Formblatt 211 EU (Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes EU) Ziffer 6.1 nicht zugelassen.

Die Antragstellerin beteiligte sich fristgemäß mit einem eigenen Pauschalangebot an dem Vergabeverfahren. Insgesamt gingen im Verfahren drei Angebote ein, das Angebot der Antragstellerin war dabei dasjenige mit der geringsten Angebotssumme.

Mit Schreiben vom 4. März 2025 wandte sich sodann die Auftraggeberin an die Antragstellerin und forderte weitere Unterlagen bzw. Aufklärungen zum Angebotsinhalt nach, so insbesondere Angaben zur Zahl der in den letzten drei Jahren jahresdurchschnittlich beschäftigten Arbeitskräfte sowie eine gültige Freistellungsbescheinigung nach § 48 b EStG. Die Antragstellerin wurde unter Fristsetzung zur Nachsendung aufgefordert. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass das Angebot ausgeschlossen werden würde, wenn die Unterlagen nicht innerhalb der gesetzten Frist bei der Auftraggeberin eingingen. Die Auftraggeberin wies darauf hin, dass die Antragstellerin in dem eingereichten Pauschalangebot unter Ziffer 6 (Bedingungen) eigene Vertragsbedingungen formuliert habe und forderte diese daher zur Abgabe einer Erklärung auf, dass die eigenen Vertragsbedingungen ungültig seien und ausschließlich die Vertragsbedingungen der Vergabeunterlagen gelten würden und wies gleichzeitig darauf hin, dass das Nichteinreichen der geforderten Erklärungen eine Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 16 Nr. 1 i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EU darstellen würde und den Ausschluss des Angebotes zur Folge hätte. Weiter wies die Auftraggeberin darauf hin, dass dem eingereichten Angebot Formblätter beigelegt gewesen seien, so bspw. Formblatt 234 (Erklärung Bieter- / Arbeitsgemeinschaft) als auch Formblatt 235 (Verzeichnis der Leistungen/Kapazitäten anderer Unternehmen). Die Antragstellerin wurde um Aufklärung gebeten, ob es sich bei dem in den Formblättern aufgeführten Unternehmen tatsächlich um ein Mitglied einer Bietergemeinschaft handele oder um einen reinen Nachunternehmer, die Formblätter 234 und 235 würden hierzu widersprüchliche Aussagen treffen. Weiterführend wurde darauf hingewiesen, dass dann, wenn es sich bei dem benannten Unternehmen um ein Mitglied der Bietergemeinschaft handeln würde, noch weitere Unterlagen einzureichen seien. Auch für diese Nachforderung wurde eine ausschussbedrohte Frist gesetzt.

Mit Schreiben vom 5. März 2025 übersandte die Antragstellerin der Auftraggeberin diverse Unterlagen, so insbesondere eine Information über die Mitarbeiterstruktur in den letzten drei Jahren, eine Freistellungsbescheinigung nach § 48b EStG und erklärte die im Pauschalangebot unter Punkt 6 formulierten eigenen Bedingungen für ungültig sowie, dass ausschließlich die Vertragsbedingungen der Vergabeunterlagen gelten sollten. Hinsichtlich der widersprüchlichen Aussagen in den Formblättern 234 und 235 erklärte die Antragstellerin, dass ihr bei der Interpretation der Anforderungen der Formulare 234 und 235 ein Fehler unterlaufen sei, bei der dort aufgeführten Firma handele es sich um einen Nachunternehmer.

Am 6. März 2025 wandte sich die Auftraggeberin abermals an die Antragstellerin und forderte diese nunmehr auf, das ausgefüllte Formblatt 236 mit der Bestätigung des Nachunternehmens, dass dieser im Falle der Auftragsvergabe mit den erforderlichen Kapazitäten für die angebotenen Leistungen zur Verfügung stünde, nachzureichen. Auch hierfür wurde der Antragstellerin eine ausschlussbewährte Frist gesetzt. Die Antragstellerin reagierte auch darauf fristgerecht am 6. März 2025 und übersandte das geforderte Formblatt 236.

Am 4. April 2025 informierte die Auftraggeberin die Antragstellerin gemäß § 134 GWB darüber, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen zu erteilen. Weiter wurde die Antragstellerin darüber informiert, dass bei der Prüfung und Wertung ihres Angebotes durch den Fachplaner und den Orgelsachverständigen festgestellt worden sei, dass das Angebot nicht auf der Grundlage des Leistungsprogrammes und der geforderten Leistungsdarstellung erstellt worden sei. Darüber hinaus seien die dargestellten Leistungen nicht, wie in der Leistungsbeschreibung gefordert, als Pauschalangebot kalkuliert worden, sondern lediglich als optionale Position angeboten worden. Vor diesem Hintergrund müsse das Angebot der Antragstellerin von der Wertung ausgeschlossen werden.

Am 8. April 2025 wandte sich die Antragstellerin zunächst mit einer Rüge an die Auftraggeberin und monierte den beabsichtigten Ausschluss aus dem Vergabeverfahren. Hierzu führte sie aus, dass das Angebot alle Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung vollständig erfülle. Die auftraggeberseits beanstandeten Punkte stellten weder unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen dar, noch begründeten sie einen rechtmäßigen Ausschluss. Eine Aufklärung wäre gemäß § 15 Abs. 1 VOB/A/EU zulässig und sachgerecht gewesen. In Bezug auf die Generalschwellerjalousien sei es aus denkmalpflegerischer Sicht für den Einbau des Arbeits- und Rahmengerüsts nicht notwendig gewesen, den kompletten unteren Jalousiewandrahmen auszubauen, um so wenig wie möglich historische Substanz der Orgel zurückzubauen. Sollte sich im Ergebnis einer Rücksprache mit dem Denkmalschutz in einem Vor-Ort-Termin ergeben, dass der Ausbau beider Jalousiewandrahmen notwendig sei, käme man diesem Wunsch gerne nach. Die einzelnen Schwelljalousien an sich würden natürlich in ihrer Gesamtheit ausgebaut und überarbeitet entsprechend Pauschalangebot Seite 4 „Durchsicht, Reinigung und Überarbeitung der Generalschwellerjalousien“.

Die Position eigenverantwortliche Zustandsprüfung und Sicherung der eingelagerten Orgelteile habe man in allen drei Phasen des Pauschalangebotes kalkuliert und aufgeführt: „*Planung, Vorbereitung und Begleitung dieser Phase durch einen Orgelbaumeister und einen Tischlermeister*“. Soweit man hinsichtlich der Kontrolle und ggf. Reparatur bzw. Erneuerung der Belederung der Magazinbälge und Stoßfänger die Durchführung der Arbeiten als Optionalposition ausgewiesen habe, habe man dies deshalb getan, weil die verwendete Formulierung „gegebenenfalls“ offengelassen habe, ob eine Durchführung dieser Arbeiten gewünscht sei. Eine Klarstellung im Rahmen einer Aufklärung wäre sicherlich sachgerecht gewesen. Die Position zur Funktionskontrolle der Spieltisch- und Trakturfunktionen habe man in der dritten Phase des Pauschalangebotes umfassend berücksichtigt. Die erwähnten optionalen Hinweise zu Ledermembranen und Bleirohr dienten lediglich der Information und Risikoeinschätzung insbesondere in Bezug auf mögliche Beschädigungen durch den Gerüstbau.

Bezogen auf die Anforderung, dass sämtliche Gerüstbauarbeiten, die nicht mit der Orgel in Verbindung stehen, durch mindestens einen Orgelbauer während der Arbeiten begleitet werden müssten, verwies die Antragstellerin darauf, dass sie diese Position in der ersten Phase des Pauschalangebotes kalkuliert habe, indem sie aufgeführt habe: Begleitung der Einbauarbeiten des

Arbeits- und Raumgerüsts für Ertüchtigung des Daches (seitens AG) durch einen Orgelbaumeister oder einen Tischlermeister unserer Firma.

Die Antragstellerin schloss ihre Rüge mit dem Hinweis, dass die von der Auftraggeberin beanstandeten Punkte gemäß § 15 Abs. 1 VOB/A einer Aufklärung zugänglich gewesen wären und dies auch sachgerecht gewesen wäre. Der erfolgte Ausschluss ohne die vorherige Gewährung einer Angebotsaufklärung sei zu rügen. Die Angebotsstruktur im Sinne einer funktionalen Leistungsbeschreibung sei auftraggeberseits nicht gewürdigt worden. Der Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht gewahrt worden und schließlich sei der Ausschluss auch unverhältnismäßig, da das eigene Angebot vollständig wertbar und vergleichbar gewesen sei. Dort, wo einzelne Leistungen als optionale Positionen ausgewiesen worden seien, sei dies nicht in der Absicht getätigt worden, eine Leistungsabweichung zu formulieren, sondern lediglich aus fachlicher Vorsicht und mit dem Ziel der größtmöglichen Transparenz. Die Auftraggeberin wurde aufgefordert, den Ausschluss des Angebotes zu überdenken, anderenfalls behalte man sich einen Nachprüfungsantrag bei der zuständigen Vergabekammer ausdrücklich vor.

Am 11. April 2025 reagierte die Auftraggeberin auf das Rügeschreiben und teilte der Antragstellerin mit, dass sie im Ergebnis der Prüfung der Rüge, dieser jedoch nicht abhelfen und an der beabsichtigten Vergabeentscheidung festhalten werde. Sie berief sich dabei unter anderem darauf, dass Angebote, die Änderungen an den Vergabeunterlagen enthalten würden, zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuschließen seien. Eine Änderung der Vergabeunterlagen sei schon dann anzunehmen, wenn der Bieter inhaltlich von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweiche und damit eine andere als die ausgeschriebene Leistung anbiete. Dies sei bei dem Angebot der Antragstellerin deshalb anzunehmen, weil sie bewusst Positionen aus ihrem Pauschalangebot herausgelöst und als optionale Positionen angeboten habe. Eine antragstellerseits geforderte Aufklärung gemäß § 15 VOB/A EU sei unstatthaft, da diese offensichtlich das Ziel verfolgen solle, optional angebotene Positionen im Nachhinein in das Pauschalangebot aufzunehmen und so das Angebot nachträglich nachzubessern, was jedoch den Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber den anderen Bietern gemäß § 97 GWB massiv verletzen würde.

Nach Nichtabhilfe beantragte die Antragstellerin sodann am 11. April 2025 die Einleitung eines Vergabenachprüfungsantrages.

Hierzu trug sie im Wesentlichen die gleichen Argumente wie in ihrem Rügeschreiben vor, so insbesondere, dass ihr keine unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen vorzuwerfen sei. Die optionale Angabe bestimmter Leistungen resultiere aus der Formulierung „ggf.“ im Leistungsverzeichnis. Bei einer eindeutigeren Formulierung wäre eine verbindliche Einpreisung erfolgt. Die Ausweisung verschiedener Leistungen als optional sei sachlich und fachlich begründet gewesen, da diese Positionen ohne Aufbau und Sichtung technisch nicht verlässlich kalkulierbar gewesen wären. Die Auftraggeberin habe ihre Aufklärungspflicht gemäß § 15 VOB/A verletzt. Schließlich sei zu beachten, dass das Angebot der Antragstellerin einen Preisunterschied von über 80.000 EUR zum nächstplatzierten Angebot aufweise. Insoweit sei eine bevorzugte Zuschlagserteilung an ein deutlich teureres Angebot ohne vorherige Aufklärung vergaberechtlich nicht haltbar. Der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin sei rechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 17. April 2025 nahm die Auftraggeberin zum Sach- und Streitstand Stellung und trat dem Antrag entgegen.

Sie verwies darauf, dass die Prüfung und Wertung des Angebotes der Antragstellerin durch die Vergabestelle sowie einen Orgelsachverständigen zu dem Ergebnis geführt habe, dass die Antragstellerin mit ihrem eingereichten Pauschalangebot von klaren Formulierungen abweiche, dies beispielsweise soweit die Etagen der Generalschwellerjalousien auszubauen seien. Entgegen der Leistungsdarstellung habe die Antragstellerin hier lediglich den Ausbau der oberen Generalschwellerjalousien angeboten. Ähnlich verhalte es sich mit der Kontrolle und ggf. Reparatur bzw. Erneuerung der Belederung der Magazinbälge und Stoßfänger. Entgegen der von der Antragstellerin angeführten Ansicht lasse die Verwendung der Formulierung „ggf.“ nicht offen, ob die Leistung Kontrolle und Reparatur bzw. Erneuerung der Belederung angeboten werden sollte oder nicht. Zum Erreichen der in der funktionalen Leistungsbeschreibung geforderten Zielstellung sei es in

jedem Fall erforderlich, die Beledung der Magazinbälge zu erneuern, falls nach deren Kontrolle eine Reparatur bzw. Erneuerung erforderlich sein sollte. Wie aus dem Nachprüfungsantrag bzw. aus der Rüge der Antragstellerin hervorgehe, sei diese Leistung nicht pauschal einkalkuliert gewesen. Ähnlich verhalte es sich mit der Forderung aus dem Leistungsverzeichnis, dass für sämtliche Gerüstbauarbeiten, die nicht mit der Orgel in Verbindung stünden, wie zum Beispiel dem Einbau des Arbeits- oder Raumgerüsts zur Ertüchtigung des Daches, mindestens ein Orgelbauer während der Arbeiten vor Ort anwesend sein müsste. Auch diese Forderung habe im Angebot der Antragstellerin keine Beachtung gefunden und sei als zusätzliche Leistung angeboten worden, was ebenfalls als eine Änderung an den Vergabeunterlagen zu werten sei. In ihrer Rüge habe die Antragstellerin ausgeführt: „*Begleitung der Einbauarbeiten des Arbeits- und Raumgerüsts für die Ertüchtigung des Daches (seitens AG) durch einen Orgelbaumeister oder einen Tischlermeister unserer Firma*“. Die von der Antragstellerin wiederholt geforderte Aufklärung gemäß § 15 VOB/A/EU sei unstatthaft, da diese offensichtlich das Ziel verfolgen sollte, optional angebotene Positionen im Nachhinein in das bereits eingereichte Pauschalangebot aufzunehmen und dadurch das Angebot nachträglich nachzubessern. Dies würde den Gleichbehandlungsgrundsatz gegenüber den anderen Bietern massiv verletzen. Entsprechend habe man dieses Ansinnen der Antragstellerin abgelehnt.

Mit Schreiben vom 25. April 2025 wandte sich die Vergabekammer mit einem rechtlichen Hinweis an die Antragstellerin und äußerte Zweifel an den Erfolgsaussichten des Vergabenachprüfungsantrages.

Am 3. Mai 2025 nahm die Antragstellerin zum Hinweis der Vergabekammer Stellung und verwies darauf, dass sie überzeugt sei, dass ihr Angebot sämtliche Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung erfüllt habe und etwaige Unklarheiten im Rahmen einer zulässigen Aufklärung hätten geklärt werden können. Ein Ausschluss verstoße demgemäß gegen das Transparenz-, Gleichbehandlungs- und Wirtschaftlichkeitsgebot. Die Antragstellerin legte dar, dass sie ihren Nachprüfungsantrag unter der aufschiebenden Bedingung zurücknehme, dass die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren binnen 14 Kalendertagen nach Zugang des Schreibens vollständig aufhebe und sämtliche Beteiligte informiere. Zugleich müsse sich die Antragsgegnerin verpflichten, bei fortbestehendem Bedarf eine Neuausschreibung unter vergaberechtskonformen Bedingungen einzuleiten. Trete diese Bedingung nicht ein, würden die Anträge aufrechterhalten.

Die Antragstellerin beantragte u.a.:

1. Es wird festgestellt, dass der Ausschluss des Angebotes der Antragstellerin rechtswidrig ist und die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt wurde.
2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, den Ausschluss der Antragstellerin aufzuheben.
3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Angebotswertung unter Einbeziehung des Angebotes der Antragstellerin fortzusetzen und den Zuschlag erst nach Abschluss dieser Neubewertung zu erteilen.

Hilfsweise beantragte sie: Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, das Vergabeverfahren Los 51 aufzuheben und unter vergaberechtskonformen Bedingungen neu auszuschreiben.

Die Antragstellerin verwies darauf, dass die Ausschreibung als funktionale Leistungsbeschreibung nach § 7 Abs. 1 VOB/A/EU erfolgt sei. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sei bei funktionalen Vorgaben jedwede Bietervariante zulässig, die das ausgeschriebene Ziel vollständig erreiche.

Zu den ihr vorgeworfenen Änderungen der Vergabeunterlagen verwies sie darauf, dass alles, was mit dem Orgelprojekt verknüpft sei, voll in der Pauschale enthalten sei. So heiße es: Pauschalangebot: Pos.1.1, 1.4, 2.1 enthalten die Begleitung sämtlicher Gerüst- und Sicherungsarbeiten im Orgelraum. Die optionale Position betreffe ausschließlich Gerüste außerhalb des Orgelbezugs und sei als Mehr-/Minderregelung zulässig.

Die Option betreffe nur denkbare Fremdgerüste ohne Orgelrelevanz. Eine solche Option stelle keine Änderung der Vergabeunterlagen dar, da die Grundleistung vollständig enthalten sei. Zweifel der Vergabestelle hätten im Rahmen einer Aufklärung geklärt werden müssen. Ein Sofortausschluss verstoße gegen § 15 VOB/A/EU und das Gleichbehandlungsgebot. Hinsichtlich der vertraglichen Bedingungen (insbesondere der Preisleit- und „freibleibend“ Klausel) verwies die Antragstellerin

darauf, dass diese in der Aufklärung ersatzlos gestrichen worden seien, was nicht als Nachverhandlung betrachtet werden dürfe, da ein solches Vorgehen zulässig sei. Die Antragstellerin habe den vermeintlichen Widerspruch ausdrücklich dargestellt, was zulässig sei. Insoweit lägen nunmehr keine abweichenden Vertragsbedingungen vor, § 16 VOB/A/EU greife nicht ein. Die Bindung an das Angebot ergebe sich eindeutig aus Formblatt 213. Die AGB-Klausel sei gestrichen worden, mithin sei keine nachträgliche Leistungs- oder Preisänderung erfolgt, der Ausschluss sei unzulässig. Abschließend betonte die Antragstellerin abermals, dass ein wirtschaftlich eindeutig erstplatziertes Angebot nicht wegen eines heilbaren Formdetails ausgeschlossen werden dürfe, da alle Mindestanforderungen objektiv erfüllt seien. Es werde keine Privilegierung verlangt, sondern lediglich die angemessene Gewichtung zwischen formaler Strenge und wirtschaftlichem Nutzen eingefordert. Auch die Rolle des Nachunternehmers sei bereits aus den Angebotsunterlagen ersichtlich gewesen und sei am 4. März 2025 lediglich bestätigt worden. Aufklärungen zur Bieterstruktur seien zulässig, wenn sich Preis und Leistung nicht änderten. In Summe bleibe der Ausschluss unverhältnismäßig und würde das Angebot mit dem deutlich geringsten Preis aus dem Wettbewerb nehmen.

Mit Beschluss vom 3. Juni 2025 wurde die Beigeladene zum Verfahren hinzugezogen. Diese hat sich schriftsätzlich nicht zum Sach- und Streitstand eingelassen.

Am 15. Mai 2025 nahm die Antragstellerin nochmals vertiefend dazu Stellung, dass alle im rechtlichen Hinweis der Vergabekammer genannten Punkte heilbar oder bereits erfüllt worden seien und nicht zum Ausschluss des Angebots aus dem Wettbewerb führen könnten. Lediglich das Verhalten der Vergabestelle beim Aufklärungsprozess könne eine Aufhebung des gesamten Verfahrens rechtfertigen, nicht aber einen isolierten Ausschluss des eigenen Angebotes. Zur Verfahrensökonomie und unter Berücksichtigung der beiderseitigen Verfahrens- und Kosteninteressen biete sie weiterhin an, den Nachprüfungsantrag bedingt zurückzunehmen, sofern die Auftraggeberin Los 51 unverzüglich aufhebe und binnen 30 Tagen eine Neuausschreibung mit klar definierten Mindestanforderungen und vollständig ausgestaltetem Leistungsverzeichnis veröffentliche. Die Beigeladene werde dabei nicht benachteiligt, da sie im neuen Wettbewerb zu denselben Bedingungen erneut anbieten könne.

Sodann nahm sie zu den Einzelpunkten des Hinweises Stellung und retournierte hierzu, so insbesondere zu den Einzelpunkten: Gerüstbegleitung, Preisgleitklausel AGB, „freibleibend“ Klausel, Option Orgelbaumeister und vertiefte und ergänzte ihr bisheriges Vorbringen. Zur Option Orgelbaumeister verwies sie darauf, dass die Begleitung im Orgelraum vollständig pauschaliert sei, die Option betreffe nur Fremdgerüste, selbst wenn ein Formmangel vorliegend wäre. So beträfe dies einen Anteil von geringer als 3 % des Gesamtpreises. Dieser Formmangel sei angesichts des Bagatellwertes verhältnismäßig und somit heilbar.

Soweit die Vergabekammer darauf hingewiesen habe, dass die Auftraggeberin im Rahmen der Aufklärung zu ihren Gunsten den rechtlich zulässigen Rahmen überschritten habe, müsse dies zur Aufhebung des gesamten Vergabeverfahrens, jedoch nicht nur zum Ausschluss ihres Angebotes führen, da sie das beste Angebot im Wettbewerb platziert habe das nicht wegen lediglich heilbarer Formfehler ausgeschlossen werden dürfe. Ihr Angebot sei XXX EUR günstiger als das nächstplatzierte, dessen Ausschluss widerspräche somit dem Gebot der sparsamen Mittelverwendung.

Am 19. Juni 2025 wurde gegenüber den Verfahrensbeteiligten der Termin zur mündlichen Verhandlung auf den 9. Juli 2025 bestimmt. Am 20. Juni 2025 beantragte sodann die Auftraggeberin auf eine mündliche Verhandlung zu verzichten und gem. § 166 Abs. 1 S. 3 GWB das Nachprüfungsverfahren nach Lage der Akten zu entscheiden, da der Vergabekammer die wechselseitigen vertretenen Rechtsauffassungen bereits schriftsätzlich vorlägen. Da es sich bei dem Los 51 – Orgel De-/Montage um eine zentrale Leistung bei der Gesamtanierung der Stadthalle #### handle und die Orgel das Herzstück der Stadthalle darstelle, bedeute eine verzögerte Entscheidung im Nachprüfungsverfahren aufgrund einer mündlichen Verhandlung eine verspätete Auftragsvergabe, was zu einer erheblichen Verlängerung der Bauzeit bis hin zu einem Baustopp für das gesamte Bauvorhaben führen könne.

Die Antragstellerin stimmte dem Antrag nach Lage der Akten zu entscheiden am 25. Juni 2025 zu, erbat sich aber eine letzte Schriftsatzfrist, die ihr gewährt wurde. Die Beigeladene stimmte dem Antrag nach Lage der Akten zu entscheiden ebenfalls am 25. Juni 2025 zu.

Mit letztem Schriftsatz vom 7. Juli 2025 ergänzte und vertiefte die Antragstellerin abermals ihr bisheriges Vorbringen. Sie verwies explizit darauf, dass die Formulierung in Ziffer 6 des Angebots, wonach das Angebot freibleibend sei, im Widerspruch zum unterzeichneten Formblatt 213 stehe. Dieses sei von der Antragstellerin ordnungsgemäß eingereicht worden und beinhalte eine eindeutige Erklärung zur Angebotsbindung sowie zur Geltung der VOB/B. Nach der Rechtsprechung gehe bei widersprüchlichen Erklärungen innerhalb eines Angebots der Inhalt des Hauptangebots (Hier: Formblatt 213) vor. Zudem sei die vermeintlich widersprüchliche Klausel im Rahmen der Aufklärung ausdrücklich zurückgezogen worden. Diese Aufklärung sei zulässig gewesen und stelle keine nachträgliche Angebotsänderung dar. Sodann wiederholte sie Ihren bisherigen Vortrag, dass der Ausschluss ihres Angebots dem Gebot wirtschaftlicher und sparsamer Mittelverwendung widerspreche. Schließlich verwies sie ausdrücklich auf die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 17. April 2025, in der diese lediglich zwei Ausschlussgründe, die vermeintlichen Abweichungen vom Leistungsverzeichnis betreffend, benannt habe. Die von der Vergabekammer später angeführten Punkte – insbesondere zu den Bedingungen in Ziffer 6 des Pauschalangebotes seien von der Auftraggeberin nie als Ausschlussgrund herangezogen oder benannt worden. Eine Erweiterung der Ausschlussbegründung im Nachprüfungsverfahren wäre rechtswidrig.

Abschließend modifizierte die Antragstellerin ihre Anträge zu 2. bis 4. wie folgt:

2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, den Ausschluss der Antragstellerin aufzuheben und das Angebot der Antragstellerin in die Wertung einzubeziehen.

3. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Wertung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu vorzunehmen.

Hilfsweise wird beantragt:

Für den Fall, dass die festgestellten Vergabeverstöße nicht im laufenden Verfahren heilbar sind, das Vergabeverfahren aufzuheben und unter vergaberechtskonformen Bedingungen neu auszuschreiben.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die vorgelegte Vergabeakte wird ergänzend Bezug genommen.

Die Frist zur Entscheidung wurde gemäß § 167 Abs. 1 Satz 2 GWB verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig (A.), aber im Ergebnis unbegründet (B.).

A. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 2 der Verordnung der Sächsischen Staatsregierung über Einrichtung, Organisation und Besetzung der Vergabekammern des Freistaates Sachsen (SächsVgKVO) für den Antrag zuständig.

2. Die geplante Gesamtauftragssumme überschreitet den maßgeblichen Schwellenwert, § 106 Abs. 1 GWB i. V. m. Artikel 4 a) der Richtlinie 2014/24/EU i. V. m. Artikel 1 Absatz 1 a) der delegierten Verordnung (EU) (2023/2495).

Streitgegenständlich ist vorliegend Los 51 der Gesamtbaumaßnahme Sanierung xxx. Der Auftragswert des Gesamtbauvorhabens beläuft sich nach der Schätzung der Auftraggeberin auf einen Auftragswert, der den maßgeblichen Schwellenwert für öffentliche Bauaufträge gemäß § 106 Abs. 1 GWB i. V. m. Artikel 4 a) der Richtlinie 2014/24/EU i. V. m. Artikel 1 Abs. 1 a) der delegierten Verordnung (EU) 2021/1952 von 5.538.000 EUR unproblematisch überschreitet.

3. Die Antragstellerin ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt.

Nach § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB ist der Nachprüfungsantrag zulässig, wenn ein Unternehmen ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB geltend macht.

Diesem Erfordernis ist genügt, wenn mit dem Nachprüfungsantrag eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften schlüssig vorgetragen wird. Darüber hinaus ist es gemäß § 160 Abs. 2 Satz 1 GWB erforderlich, dass mit dem Nachprüfungsantrag auch dargelegt wird, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Diesen Anforderungen genügt der Vortrag der Antragstellerin. Sie legte im Nachprüfungsantrag und in ihrer Rüge vom 8. April 2025 dar, dass sie durch die Nichtberücksichtigung ihres Angebots keine Chance mehr habe, den Zuschlag zu erhalten. Sie beruft sich sinngemäß darauf, dass ihr Angebot alle Anforderungen der funktionalen Leistungsbeschreibung vollständig erfüllt habe, die auftraggeberseits beanstandeten Punkte weder unzulässige Änderungen an den Vergabeunterlagen darstellten noch einen rechtmäßigen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren rechtfertigen würden.

Da das eigene Angebot einen Preisunterschied von über xxx Euro zum nächstplatzierten Angebot aufweise, sei eine bevorzugte Zuschlagserteilung an ein deutlich teureres Angebot ohne vorherige Aufklärung vergaberechtlich nicht haltbar.

Durch ihren Vortrag hat die Antragstellerin schlüssig dargelegt, dass sie in ihren Rechten verletzt sei und ihr durch den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren ein Schaden zu entstehen droht.

4. Die Antragstellerin hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß rechtzeitig und ordnungsgemäß gerügt und geltend gemacht.

Soweit sich die Antragstellerin mit dem Vergabenachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihres Angebots wendet, so hat sie diesen auf das entsprechende Informationsschreiben vom 4. April 2025 am 8. April 2025 rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB gerügt.

Danach ist ein Antrag unzulässig, soweit ein Antragsteller einen Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und nicht innerhalb einer Frist von zehn Kalendertagen gerügt hat. Diese Frist ist unstreitig eingehalten.

Ebenso wurde der Antrag auch innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingereicht. Die Auftraggeberin hat die Rüge mit Nichtabhilfeschreiben vom 11. April 2025 zurückgewiesen.

Die Antragstellerin leitete das Vergabenachprüfungsverfahren mit Schreiben vom gleichen Tag bei der erkennenden Vergabekammer ein.

1.5. Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor.

Der Antrag entspricht insbesondere den Anforderungen an Form und Inhalt nach § 161 GWB.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Im Ergebnis der Überprüfung des Vergabeverfahrens hat die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin zu Recht aufgrund von unzulässigen Änderungen an den Vergabeunterlagen von der weiteren Wertung und damit vom weiteren Verfahren gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A i. V. m. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A ausgeschlossen. Die Nichtberücksichtigung des Angebotes stellt sich nach Auffassung der Vergabekammer als vergaberechtskonform dar.

Die Antragstellerin wehrt sich mit dem vorliegenden Vergabenachprüfungsantrag dagegen, dass ihr Angebot vom Wettbewerb ausgeschlossen wurde. Zur Begründung des Ausschlusses hatte die Auftraggeberin darauf verwiesen, dass nach Prüfung und Wertung gemäß sowie erfolgter Angebotsaufklärung das Angebot wegen mehreren Änderungen an den Vergabeunterlagen zwingend

auszuschließen war. Der Ausschluss des Angebots der Antragstellerin wegen einer unzulässigen Änderung der Vergabeunterlagen ist nicht zu beanstanden.

Gemäß § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A und § 53 Abs. 7 Satz 1 VgV sind Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig. Aus diesem Grund sind Angebote, in denen Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind, gemäß § 16 EU Nr. 2 VOB/A zwingend von der Wertung auszuschließen. Der zwingend vorzunehmende Ausschluss soll zum einen sicherstellen, dass dem Auftraggeber für den Wertungsvorgang nur vergleichbare Angebote vorliegen (BGH zu § 16 EG Abs. 4 VOL/A, Urt. v. 1. 8. 2006 - X ZR 115/04). Zum anderen bezwecken diese Vorschriften, das Zustandekommen eines wirksamen Vertrages mit übereinstimmenden Willenserklärungen zu gewährleisten (VK Niedersachsen, Beschluss vom 18.08.2023 - VgK-23/2023; OLG Frankfurt/M., Beschluss vom 02.12.2014 - 11 Verg 7/14). Der öffentliche Auftraggeber braucht sich nicht auf einen Streit über den Inhalt des Angebots bzw. des gegebenenfalls abgeschlossenen Vertrages einzulassen. Gleichmaßen betrifft diese Regelung jedoch auch die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter: Dadurch, dass jeder Bieter nur das anbieten darf, was der öffentliche Auftraggeber auch tatsächlich nachgefragt hat, und sich keinen Wettbewerbsvorteil dadurch verschaffen darf, dass er von den Ausschreibungsvorgaben abweicht (Ausnahme: Nebenangebot), ist gewährleistet, dass nur solche Angebote gewertet werden, die in jeder sich aus den Vergabeunterlagen ergebenden Hinsicht miteinander vergleichbar sind.

Andernfalls wäre es dem Auftraggeber nicht möglich, unter sämtlichen Angeboten dasjenige zu ermitteln, dass im Vergleich zu den anderen das wirtschaftlichste im Sinne der §§ 16d EU Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 VOB/A, 58 Abs. 2 VgV, 127 GWB ist (vgl. Dittmann in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 57 VgV, Rn. 50, m. w. N.).

Der Begriff der Änderung der Vergabeunterlagen ist weit auszulegen (OLG Frankfurt, B. v. 26. 6. 2012 - 11 Verg 12/). Ob eine Änderung der Vergabeunterlagen durch das Angebot im Einzelfall vorliegt, ist dabei anhand einer Auslegung nach dem objektiven Empfängerhorizont analog §§ 133, 157 BGB sowohl der Vergabeunterlagen als auch des Angebots zu ermitteln. Es ist auf die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist, abzustellen, wobei es nicht auf das Verständnis des einzelnen Bieters ankommt, sondern wie der abstrakt angesprochene Empfängerkreis die Vergabeunterlagen versteht. Eine Änderung liegt immer dann vor, wenn das Angebot eines Bieters eine Vorgabe der Vergabeunterlagen nicht einhält bzw. wenn der Bieter den Umfang der ausgeschriebenen Leistungen einschränkt oder erweitert, er also inhaltlich eine andere Leistung anbietet als der Auftraggeber fordert. Es reicht für das Vorliegen einer Änderung i. S. d. § 13 EU Abs. 1 Nr. 5 Satz 2 VOB/A aus, dass das Angebot eine Vorgabe der Vergabeunterlagen, insbesondere des Leistungsverzeichnisses, nicht erfüllt.

Grundlegende Voraussetzung, um eine Änderung im Sinne einer Abweichung zwischen Vertragsunterlagen und Angebot anzunehmen, ist aber zunächst, dass die Vergabeunterlagen klar und eindeutig sind (VK Sachsen, Beschlüsse vom 15.03.2022 - 1/SVK/001-22 und 25.06.2019-1/SVK/013-19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.05.2005 - Verg 19/05). Daher statuiert § 7 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A-EU die Pflicht, dass der Auftraggeber den Auftragsgegenstand und dazu zählen auch die Ausführungsvorgaben so eindeutig und erschöpfend wie möglich beschreibt. Dabei sind unter Beachtung des Transparenzgrundsatzes hohe Anforderungen an die Qualität der Vergabeunterlagen zu stellen. Sie sollen klar, genau und eindeutig formuliert sein, um den Bietern zu ermöglichen, sie zu verstehen und in gleicher Weise auszulegen. Das Risiko der Unklarheit der Vergabeunterlagen trägt dabei stets der Auftraggeber (OLG Dresden, B. v. 21.02.2020 - Verg 7/19, u. a. mit Verweis auf BGH, B. v. 30.08.2011 - X ZR 55/10 - und OLG München, B. v. 22.01.2016 - Verg 13/15). Eine Änderung an den Vergabeunterlagen liegt daher nur dann vor, wenn die Angaben in den Vergabeunterlagen, von denen das Angebot eines Bieters vermeintlich abweicht, eindeutig sind. Verstöße gegen interpretierbare oder missverständliche beziehungsweise mehrdeutige Angaben genügen hingegen nicht, da Zweifel an der Auslegung und fehlende eindeutige Vorgaben grundsätzlich zulasten des Auftraggebers gehen (OLG Frankfurt, B. v. 12.07.2016 - 11 Verg 9/16).

Im hier zu entscheidenden Fall hatte die Auftraggeberin eine funktionale Leistungsbeschreibung vorgegeben. Bei funktionalen Leistungsbeschreibungen geht es dem Auftraggeber darum, die

technisch, gestalterisch, ökologisch oder wirtschaftlich beste Lösung dadurch zu finden, dass er den Bietern die konkrete Art und Weise der Lösung eines gestellten Problems zu ihrer kreativen Beurteilung überlässt. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass in diesen nur der Zweck und die zu erreichenden Ziele verbindlich vorgegeben werden. Der jeweilige Anbieter erhält die Möglichkeit, den Weg dorthin eigenständig zu beschreiten. Insoweit gilt in solchen Fällen der Bestimmtheitsgrundsatz, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist, eingeschränkt, da eine funktionale Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand per se nicht gleichermaßen detailliert festlegen kann wie eine konventionelle Beschreibung. Als Mindestinhalt für eine hinreichende Bestimmtheit erfordert eine funktionale Leistungsbeschreibung, dass der Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf mindestens mit Leistungsziel, den Rahmenbedingungen und den wesentlichen Einzelheiten der zu beschaffenden Aufgabe festgelegt hat, und zwar so, dass mit Veränderungen nicht mehr zu rechnen ist.

Diese Anforderungen hatte hier die Auftraggeberin erfüllt. Ihrer funktionalen Leistungsbeschreibung stellte sie zunächst unter Ziffer 2.2 Zielstellung eine ausformulierte Zielstellung voran. Unter Ziffer 3 Leistungsdarstellung folgte sodann die Beschreibung der zu erledigenden Aufgaben in den wesentlichen Einzelheiten.

In dieser heißt es am Ende wie folgt:

„Bei sämtlichen Gerüstbauarbeiten, die nicht mit der Orgel in Verbindung stehen, wie zum Beispiel dem Einbau des Arbeits- oder Raumgerüsts zur Ertüchtigung des Daches, muss mindestens ein Orgelbauer während der Arbeiten vor Ort anwesend sein.“ [Hervorhebungen durch die Vergabekammer]

Diese Formulierung hält die erkennende Vergabekammer zunächst für unmissverständlich, erschöpfend und eindeutig. Die Antragstellerin hatte dahingegen dazu in ihrem Angebot hinsichtlich der Anwesenheitszeiten eines Orgelbauers folgendes aufgeführt:

Optional-Positionen (nicht im Preis enthalten):

[...]

Begleitung Gerüstbauarbeiten: Für die Begleitung der Gerüstbauarbeiten, [...] für Arbeiten die nicht direkt mit der Sicherungsmaßnahme oder Reinigung der Orgel in Verbindung stehen, stellen wir Ihnen bei Bedarf einen Orgelbaumeister oder Tischlermeister zur Verfügung. Die Ankündigung sollte mindestens sieben Tage vor Benötigung erfolgen. Bei Abruf belaufen sich die Kosten nach Aufwand und Stundenverrechnungssatz Orgelbaumeister/Tischlermeister. Bei mehrtägigem Aufenthalt kommen die Kosten für Auslagen, Spesen, Hotel etc. dazu.“
[Hervorhebungen durch die Vergabekammer]

Damit hatte die Antragstellerin die Begleitung der Gerüstbauarbeiten durch einen Orgelbaumeister nicht in ihrem Pauschalangebot aufgenommen – sondern explizit als optionale Position ausgewiesen. Diese musste also, nach ihrer Sichtweise der Dinge, bei Bedarf eigenständig vorangekündigt und beauftragt und sodann nach Aufwand und Stundenverrechnungssatz vergütet werden. Dies allein stellt nach Überzeugung der Vergabekammer eine Änderung an den Vergabeunterlagen dar.

Entgegen der wiederholt vorgetragenen Rechtsauffassung der Antragstellerin können solche Änderungen in einem Angebot auch nicht – bspw. im Wege eines Aufklärungsgespräches – inhaltlich geändert oder nachgebessert werden, denn ein solches Vorgehen verstieße unzweifelhaft gegen das Nachbesserungsverbot des § 15 Abs. 3 Satz 1 VOB/A EU. Die Voraussetzungen einer zulässigen Aufklärung des Angebotsinhaltes nach § 15 EG Abs. 1 VOB/A würden durch die Einräumung einer Möglichkeit, die Optional-Positionen nachträglich noch in das Pauschalangebot zu inkludieren verletzt.

Gemäß § 15 Absatz 1 und 3 VOB/A darf insoweit der Auftraggeber bei Ausschreibungen nach Öffnung der Angebote bis zur Zuschlagserteilung von einem Bieter nur Aufklärung verlangen, um sich über seine Eignung, insbesondere seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, das Angebot selbst, etwaige Nebenangebote, die geplante Art der Durchführung, [...] und über die Angemessenheit der Preise, wenn nötig durch Einsicht in die vorzulegenden Preisermittlungen (Kalkulationen), zu unterrichten. Verhandlungen hingegen, besonders über Änderung der Angebote oder Preise, sind unstatthaft.

Die Vergabekammer verkennt bei den zuvorigen Ausführungen nicht, dass der streitgegenständlichen Ausschreibung eine funktionale Leistungsbeschreibung zu Grunde liegt, worauf die Antragstellerin wiederholt hingewiesen hat. Bei funktionalen Leistungsbeschreibungen geht es dem Auftraggeber darum, die technisch, gestalterisch, ökologisch oder wirtschaftlich beste Lösung dadurch zu finden, dass er den Bietern die konkrete Art und Weise der Lösung eines gestellten Problems zu ihrer kreativen Beurteilung überlässt. Sie ist dadurch gekennzeichnet, dass in dieser nur der Zweck und die zu erreichenden Ziele verbindlich vorgegeben werden. Der jeweilige Anbieter erhält die Möglichkeit, den Weg dorthin eigenständig zu beschreiten. Insoweit gilt in solchen Fällen der Bestimmtheitsgrundsatz, dass die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben ist, eingeschränkt, da eine funktionale Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand per se nicht gleichermaßen detailliert festlegen kann wie eine konventionelle Beschreibung. Vorliegend lässt sich nach Überzeugung der Vergabekammer der Leistungsbeschreibung durchaus entnehmen, in welchem Umfang die Auftraggeberin Restaurierungs- und Instandsetzungsmaßnahmen erwartete. Dadurch, dass sich in der Leistungsdarstellung Formulierungen wie: „*Kontrolle und ggf. Reparatur bzw. Erneuerung der Belederung der Magazinbälge*“, oder auch „*Reinigung und ggf. Reparatur aller anderen ausgebauten Orgelteile*“ [Hervorhebungen jew. durch die Vergabekammer] finden, entspricht diese gerade dem Ziel einer funktionalen Leistungsbeschreibung, da nicht antizipiert werden kann, wie viele Magazinbälge oder Orgelteile tatsächlich reparaturbedürftig sind.

Mit der Formulierung „*ggf.*“ wird unzweifelhaft die Zielstellung beschrieben, dass nur defekte Orgelteile zu reparieren sind und eben nicht alternativ alle Orgelteile, unabhängig davon, ob sie intakt oder defekt sind, zu reparieren sind. Ebenso auch nicht, dass defekte Orgelteile nach der Kontrolle unrepariert wieder einzubauen sind. Durch die Verwendung der Formulierung „*ggf.*“ wird also die funktionale Leistungsbeschreibung nicht unklar oder zweideutig. Sie eröffnete mithin keinen Spielraum einige der geforderten Leistungen lediglich als „*Optionspositionen*“ anzubieten.

Die besondere Gestaltung der Ausschreibung mit funktionaler Baubeschreibung und Angebote konnte vorliegend insoweit allenfalls dazu führen, dass geringfügige Defizite aufgeklärt werden konnten. Die Grenzen der Aufklärung werden dabei durch die Vorgaben im Leistungsprogramm und die Bieterangaben im Angebot bestimmt (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.11.2005 - 1 Verg 3/05). Sämtliche durch die Antragstellerin vorgetragene Aufklärungsbestrebungen begründen von daher gerade keine Aufklärungspflichten seitens der Auftraggeberin.

Unbehilflich ist in diesem Zusammenhang im Übrigen auch der wiederholte – verständliche – Hinweis der Antragstellerin, dass eine angemessene Gewichtung zwischen formaler Strenge und wirtschaftlichem Nutzen es erfordern würde, eine solche Nachbesserung zu ermöglichen, da anderenfalls angesichts des erheblichen Preisabstandes des eigenen Angebotes zum zweitplatzierten Angebot der Beigeladenen der Ausschluss unverhältnismäßig sei. Denn nur, wenn Änderungen an den Vergabeunterlagen konsequent ausgeschlossen werden, kann ein transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb aller Bieter gewährleistet werden. Alle am Wettbewerb beteiligten Bieter müssen grundsätzlich davon ausgehen, sich aber auch darauf verlassen können, dass der Auftraggeber die Leistung auch so angeboten haben will, wie er sie in den Verdingungsunterlagen festgelegt hat. Unbehilflich ist insoweit auch der wiederholte Verweis auf das Gebot wirtschaftlicher und sparsamer Mittelverwendung.

Die Vergabekammer gibt der Antragstellerin zu bedenken, dass sich der deutliche Preisabstand zwischen dem Angebot der Antragstellerin und der Beigeladenen mutmaßlich auch dadurch erklären lässt, dass diese von Anfang an die Anwesenheit eines Orgelbauers bei sämtlichen Gerüstbauarbeiten, die nicht mit der Orgel in Verbindung stehen, einkalkuliert hat.

Alleine diese Änderungen an den Vergabeunterlagen rechtfertigte den Ausschluss des Angebots der Antragstellerin aus dem Wettbewerb, so dass an und für sich weitere Ausführungen zu weiteren Ausschlussstatbeständen dahingestellt sein könnten.

Dennoch greift die Vergabekammer zumindest einen weiteren Punkt im Angebot der Antragstellerin auf, der gleichermaßen schon für sich genommen den Ausschluss des Angebotes aus dem Wettbewerb rechtfertigte.

Schwerwiegender, als das zuvor thematisierte Problem, stellte sich nach Auffassung der Vergabekammer dar, dass die Antragstellerin unter Ziffer 6 ihres Angebotes im Pauschalvertrag unter anderem folgende Bedingungen zum Inhalt Ihres Angebotes gemacht hat:

6. BEDINGUNGEN

Geltungsbereich

(1) Soweit nicht ausdrücklich anders vereinbart, gelten die nachstehenden Allgemeinen Lieferbedingungen der Orgelbauwerkstätte („Auftragnehmer“) für alle Verträge, Lieferungen und sonstigen Leistungen im Geschäftsverkehr mit dem Auftraggeber.

(2) Entgegenstehende Bedingungen des Auftraggebers werden nicht Vertragsinhalt, es sei denn, dass der Auftragnehmer diesen ausdrücklich und in Textform zustimmt.

Angebote und Vertragsabschluss

(1) Alle Angebote des Auftragnehmers sind freibleibend und unverbindlich, sofern sie nicht ausdrücklich als verbindlich gekennzeichnet sind oder eine bestimmte Annahmefrist enthalten.

(2) Ein Vertrag kommt erst durch die Auftragsbestätigung des Auftragnehmers in Schriftform oder stillschweigend durch die Ausführung der Bestellung zustande.

(3) [...]

(4) Dieses Angebot versteht sich als Kostenanschlag. Verdeckter Schimmelbefall oder andere verdeckte Schäden, die bei Bestandsaufnahme der Orgel nicht untersucht werden konnten, werden separat angezeigt. Danach wird mit dem Auftraggeber und dem Orgelsachverständigen über die weitere Verfahrensweise beraten.

(5) [...]

Preise und Zahlung

(1) [...]

(2) Rechnungen sind zahlbar innerhalb von 14 Tagen ab Rechnungsdatum.

(3) Ein Zurückbehaltungsrecht beziehungsweise Aufrechnungsrecht des Auftraggebers gegenüber fälligen Ansprüchen des Auftragnehmers aus dem Gesamtsaldo der Geschäftsverbindung besteht nur, soweit die Gegenansprüche unbestritten oder rechtskräftig festgestellt sind.

(4) Zahlungsbedingungen

1. Anzahlung in Höhe von 30% des Gesamtpreises innerhalb von 14 Tagen nach Vertragsunterzeichnung.

2. Anzahlung in Höhe von 30% des Gesamtpreises innerhalb von 14 Tagen mit Beginn der Ausbaurbeiten in #####.

3. Anzahlung in Höhe von 20% mit Beginn der Werkstattarbeiten in Müllrose.

4. Schlusszahlung innerhalb von 14 Tagen nach Abnahme der Arbeiten.

(5) Die Bindefrist des Angebotes endet am 31.05.2025. Den von uns berechneten Lohn- und Materialkosten liegen die Löhne und Materialpreise vom Tag der Erstellung des Angebotes zu Grunde. Sollten sich die Lohn- und Materialkosten bis zum Zeitpunkt der Fertigstellung der Arbeit um mehr als 3% erhöhen, werden diese zusätzlichen Kosten in der Schlussrechnung mit berechnet. [Hervorhebungen jew. durch die Vergabekammer]

[...]

Gewährleistung

(1) Dem Auftraggeber stehen die gesetzlichen Gewährleistungsrechte zu.

(2) Die Gewährleistung besteht nicht bei Schäden, die durch unsachgemäße Behandlung, natürlichen Verschleiß, Verschmutzung, Einwirkung tierischer oder pflanzlicher Schädlinge, durch chemische oder witterungsbedingte und außerordentliche klimatische Einflüsse wie auch durch Trockenheit oder Feuchtigkeit verursacht worden sind. Als außerordentlich gelten Änderungen der Raumtemperatur von mehr als 2 Grad Celsius pro Stunde und eine relative Luftfeuchtigkeit des Raumes, in welchem die Orgel steht, von weniger als 40% oder mehr als 70%.

Erfüllungsort und Gerichtsstand

(1) Erfüllungsort und Gerichtsstand für Lieferungen und Zahlungen sowie sämtliche zwischen den Parteien sich ergebende Streitigkeiten ist im Geschäftsverkehr mit Unternehmern der Verwaltungssitz des Auftragnehmers.

[...]

Zunächst ist die Vergabekammer der festen Überzeugung, dass es sich bei den, im Pauschalvertrag inkludierten Bedingungen um **individuelle Vertragsbedingungen** zur weiteren Ausgestaltung des Pauschalvertrages und nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen handelt.

Nach § 305 Abs. 1 S.1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Der für einen bestimmten Vertrag ausgearbeitete Text ist dahingegen nicht von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst (BGH NJW-RR 2002, 13; Grüneberg in Palandt, BGB, 79. Aufl., § 305 Rn. 9).

Den vierseitigen Angebotsbedingungen auf den Seiten 9-13 des Pauschalvertrages ist zu entnehmen, dass es sich um eine individuelle Formulierung der Antragstellerin für den hier ausgeschriebenen Auftrag und nicht für eine Vielzahl von Verträgen handelt. Dafür spricht, zunächst, dass die Bedingungen sich nicht abstrakt an den allgemeinen Rechtsverkehr, sondern sich gemäß Ziffer 6.1 individuell an den hier beteiligten Auftraggeber (vgl. im Geschäftsverkehr mit dem Auftraggeber.) richteten. Weiter waren die Bedingungen mit fortlaufender Nummer in das Gesamtdokument integrieren. Auf die Vertragspassagen 4. EINBAU- UND KLANGPHASE und 5. ARBEITSSTUNDEN folgen sodann unter 6. BEDINGUNGEN. Den Zahlungsbedingungen ist sodann unter Ziffer 2. unzweifelhaft zu entnehmen, dass sie für den konkreten Auftraggeber, die Stadt #####, ausformuliert wurden denn hier heißt es konkret: „2. Anzahlung in Höhe von 30% des Gesamtpreises innerhalb von 14 Tagen mit Beginn der Ausbaurbeiten in ###.“ [Hervorhebungen durch die Vergabekammer]. Das Vertragsdokument schließt des Weiteren mit einer Grußformel, der

Firmenbezeichnung und sodann den Platzhaltern für die Unterschriften der Geschäftsführer. Mit einem solchen Aufbau eines Vertragsdokumentes gibt der Erklärende zu erkennen, dass alle zuvor stehenden Vertragsinhalte von seinem Willen umfasst sind.

Viele Formulierungen der Bedingungen stehen damit im Widerspruch zu den, von dem Auftraggeber vorgegebenen Regelungen der VOB/B für Rechnungen und Zahlungsbedingungen, sie beinhalten zudem eine „Preisgleitklausel“, eigene Gewährleistungsbedingungen und, was am gravierendsten ist, die Antragstellerin hatte ihr Angebot als freibleibend und unverbindlich bezeichnet und ebenso darauf verwiesen, dass es sich lediglich als Kostenanschlag verstehe. Streng genommen war es damit noch nicht einmal rechtlich existent und die Auftraggeberin wäre nicht, wie es aber Sinn einer Ausschreibung sein soll, in der Lage gewesen, es durch schlichten Zuschlag anzunehmen.

Sicherlich unter dem Eindruck der Rechtsprechung des BGH (vgl. Urt. v. 18.06.2019 - X ZR 86/17) hatte die Auftraggeberin diese Problematik nach erster Durchsicht und rechnerischer Prüfung des Angebotes im Rahmen der Angebotsauswertung aufgegriffen und hatte der Antragstellerin mit E-Mail vom 04. März 2025 die Möglichkeit einer „Angebotsaufklärung“ eingeräumt.

Ihr wurde die Chance gegeben, fehlende Unterlagen nachzureichen und sich insbesondere von den eigenen Vertragsbedingungen zu distanzieren. So forderte die Auftraggeberin die Antragstellerin wie folgt auf:

2.1 In Ihrem eingereichten Pauschalangebot unter Ziffer 6 (Bedingungen) formulieren Sie eigene Vertragsbedingungen. Wir bitten Sie daher um Erklärung, dass die eigenen Vertragsbedingungen ungültig sind und ausschließlich die Vertragsbedingungen der Vergabeunterlagen gelten. Das nicht Einreichen der o. g. Erklärung stellt eine Änderung der Vergabeunterlagen gemäß § 16 Nr. VOB/A EU i. V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A EU dar, was den Ausschluss Ihres Angebotes aus der weiteren Wertung zur Folge hätte.

Der Antragstellerin wurde überdies die Möglichkeit eingeräumt klarzustellen, dass es sich bei der im Angebot benannten Firma um einen Nachunternehmer handele, nicht etwa um ein Mitglied einer Bietergemeinschaft mit der Antragstellerin. Hat aber ein Bieter in seinem Angebot abschließend erklärt, eine bestimmte Leistung selbst zu erbringen, kann er für diese Leistung nachträglich keinen Unterauftragnehmer mehr benennen, da dies eine unzulässige inhaltliche Änderung seines Angebots darstellen würde (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 30.10.2020 - 1/SVK/028-20). Insoweit war schon diesbezüglich zweifelhaft, ob die offensichtlich im Angebot der Antragstellerin bestehende Widersprüchlichkeit noch ausgeräumt werden konnte.

Das Einräumen der Möglichkeit, Teile des Angebotes für ungültig zu erklären hält die Vergabekammer jedoch für vergaberechtswidrig, da es so der Antragstellerin ermöglichte umfangreiche und wesentliche Bedingungen, die sie auf vier Seiten des Vertragswerkes ausformuliert und auf den Auftraggeber ausgerichtet hatte, nach Angebotsabgabe wieder zu eliminieren. Ein solches Vorgehen überschreitet die Grenzen einer zulässigen Angebotsaufklärung, denn die hier streitgegenständlichen Vertragsbedingungen lassen sich nicht mehr als Missverständnis auf Bieterseite oder als versehentlich beigefügte Allgemeine Geschäftsbedingungen auslegen. Von diesen Bedingungen konnte die Antragstellerin somit nach weitere Überzeugung der Vergabekammer im Rahmen der Aufklärung nicht mehr Abstand nehmen, denn die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, wonach bei sich widersprechenden Allgemeinen Geschäftsbedingungen keine Änderung der Vergabeunterlagen vorliegt, wenn die Vertragsbedingungen des Auftraggebers eine sog. Abwehrklausel enthalten, findet keine Anwendung auf individuelle Formulierungen des Bieters (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2020 - Verg 24/19).

Nach Auffassung der erkennenden Vergabekammer stünde auch die Entscheidung des BGH (Urteil vom 18. Juni 2019, X ZR 86/17) dem Ausschluss des Angebots der Antragstellerin nicht entgegen. Denn eine "Abwehrklausel" i.S.d. BGH-Entscheidung enthalten die ausgeschriebene Vergabeunterlagen der Auftraggeberin schon nicht und sie verdrängten ausdrücklich nur Allgemeine Geschäftsbedingungen eines Bieters, also nicht solche Bedingungen, die wie hier speziell für diese

einzelne und konkrete Ausschreibung formuliert sind, wie hier schon aus fortlaufenden Ziffer 6. des Gesamtvertragswerkes der Antragstellerin ersichtlich wird.

Das Angebot der Antragstellerin war nach Auffassung der Vergabekammer auch nicht deshalb aufklärungsfähig, weil die Antragstellerin bspw. im (von der Antragsgegnerin vorgegebenen) Angebotsformblatt FB 213 erklärt hat, die allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen (VOB/B) der Antragsgegnerin anzuerkennen, dahingegen jedoch bspw. eigene Gewährleistungsbedingungen ausformuliert hatte. Denn erstens gehen die speziellen Erklärungen zu Garantie- und Gewährleistung schon nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen einer solchen pauschalen Anerkennungserklärung vor (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Februar 2020, Verg 24/19).

Und zweitens würde eine Aufklärung des Angebots der Antragstellerin mit dem (von der Antragstellerin gewünschten) Ergebnis, dass ihre Bedingungen gestrichen oder angepasst werden, ihr Angebot entgegen § 145 BGB nach Ablauf der Angebotsfrist abändern. Solche nachträglichen Angebotsänderungen oder Nachbesserungen sind unstatthaft und wären daher eine unzulässige Nachbesserung (vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 27. 10. 2021, Verg 24/21 m.w.N.; OLG Schleswig, B. v. 12. 11. 2020, 54 Verg 2/20; vgl. auch BayObLG, 17.6.2021, Verg 6/21).

Zusammenfassend war also festzustellen, dass der Ausschluss des Angebotes aus dem Wettbewerb als vergaberechtskonform zu bewerten war und die Antragstellerin nicht in ihren Rechten aus § 97 GWB verletzt.

Schließlich bestand auch keine Veranlassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren wegen eines Rechtsfehlers der Auftraggeberin aufzuheben. Dass die Auftraggeberin – wohlwollend und zu Gunsten der Antragstellerin meinte verpflichtet zu sein, dieser die Möglichkeit zur Korrektur des Angebots im Hinblick auf die individuellen Lieferungsbedingungen einzuräumen ist ein Verfahrensfehler der von Amts wegen durch die Vergabekammer zu korrigieren ist, aber nicht das gesamte Vergabeverfahren dergestalt infiziert, dass es aufzuheben wäre.

Im Ergebnis aller Untersuchungen und Abwägungen war eine Rechtsverletzung zu Lasten der Antragstellerin nicht erkennbar, weshalb der Antrag der Antragstellerin als unbegründet abzuweisen war.

III.

1. Die Antragstellerin hat gem. § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten des Vergabenachprüfungsverfahrens zu tragen.

Die Antragstellerin hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 182 Abs. 3 Satz 1 GWB zu tragen.

Die Gebühr beträgt mindestens 2.500 EUR und soll den Betrag von 50.000 EUR nicht überschreiten (§ 182 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).

Die Höhe der Gebühr bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der erkennenden Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens (§ 182 Abs. 2 GWB). Dabei ist vorrangig vom Wert des Verfahrensgegenstandes auszugehen (BGH, B. v. 25. Oktober 2011 – X ZB 5/10).

Die Vergabekammern des Bundes haben dazu eine Gebührentabelle erarbeitet, welche die erkennende Vergabekammer im Interesse einer bundeseinheitlichen Handhabung anwendet. Zur Bestimmung des wirtschaftlichen Interesses wird hier, wie in der Regel auf den Bruttoangebotswert des Angebotes des Antragstellers abgestellt. Ausgehend hiervon ergibt sich nach der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes eine Gebühr in Höhe von xxxx EUR.

Dieser Betrag kann zudem aber auch aus Gründen der Billigkeit entsprechend § 182 Abs. 2 Satz 1, 2. Hs. GWB ermäßigt werden, ggf. bis auf ein Zehntel.

Als Gründe einer Ermäßigung sind dabei nur solche Gesichtspunkte zu berücksichtigen, die im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Bedeutung sowie dem erforderlichen Verwaltungsaufwand stehen. Solche Gründe waren vorliegend nicht ersichtlich.

Den Betrag hat die Antragstellerin binnen zweier Wochen nach Bestandskraft dieser Entscheidung einzuzahlen.

1. Die Antragstellerin hat die notwendigen Aufwendungen der Auftraggeberin zu tragen, § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

Gemäß 182 Abs. 4 Satz 1 GWB hat ein Beteiligter die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder –verteidigung notwendigen Aufwendungen seines Gegners zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt. Vorliegend ist die Antragstellerin in diesem Verfahren die Unterlegene. Daher hat sie die zur Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Auftraggeberin nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB zu tragen.

2. Die Aufwendungen der Beigeladenen sind ihr nicht zu erstatten, § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB.

Die Aufwendungen der Beigeladenen sind gemäß § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB nur erstattungsfähig, soweit sie die Vergabekammer aus Billigkeit der unterliegenden Partei auferlegt. Entscheidend ist dabei, inwieweit sich der Beigeladene aktiv in das Verfahren eingebracht und dieses gefördert hat.

Die überwiegende Spruchpraxis bejaht einen Kostenerstattungsanspruch des Beigeladenen, wenn der Beigeladene auf Seiten der obsiegenden Partei das Verfahren entweder durch einen Antrag oder in sonstiger Weise wesentlich aktiv fördert, sich also schriftsätzlich in relevanter Weise äußert oder an der mündlichen Verhandlung teilnimmt (Losch in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, GWB, § 182 Rn. 37).

Ausgehend davon erachtet es die Vergabekammer als billig, der Beigeladenen einen Kostenerstattungsanspruch nicht zuzugestehen. Die Beigeladene hatte sich vorliegend nicht schriftsätzlich im Vergabenachprüfungsverfahren eingelassen und keinen eigenen Antrag gestellt. Damit nimmt sie am Kostenrisiko des Verfahrens nicht teil.

Insoweit entspricht es aber auch der Billigkeit, ihr die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen **nicht** zu erstatten.

IV.

Gegen die Entscheidungen der 1. Vergabekammer des Freistaates Sachsen ist gemäß § 171 Abs. 1 GWB die sofortige Beschwerde zulässig.

Sie ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt (§ 172 Abs. 1 GWB), schriftlich beim Beschwerdegericht einzulegen. Beschwerdegericht für die 1. Vergabekammer des Freistaates ist das

**Oberlandesgericht Dresden,
Vergabesenat, Schlossplatz 1, 01067
Dresden.**

Die sofortige Beschwerde kann beim Oberlandesgericht Dresden auch elektronisch erhoben werden (vgl. Verordnung des Sächsischen Staatsministeriums der Justiz und für Europa über den elektronischen Rechtsverkehr, die elektronische Aktenführung, die elektronischen Register und das maschinelle Grundbuch in Sachsen (Sächsische E-Justizverordnung – SächsEJustizVO) vom 6. Juli 2010 (SächsGVBl. S. 190) in der jeweils geltenden Fassung).

Die Beschwerde muss zugleich mit ihrer Einlegung begründet werden (§ 172 Abs. 2 GWB). Die Beschwerdebegründung muss enthalten: die Erklärung, inwieweit die Entscheidung der Kammer angefochten wird und eine abweichende Entscheidung beantragt wird sowie die Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts (§ 175 Abs. 1 GWB). Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten (§ 172 Abs. 4 GWB).

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist (§ 173 Abs. 1 GWB).