

Titel:

Versagung der Zuwendung für kommunale Baumaßnahme bei schwerem Verstoß gegen das Vergaberecht

Normenketten:

FAG § 10

BayHO Art. 44

VOB/A § 13 Abs. 1 Nr. 5, § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b

Leitsatz:

Bei der Entscheidung über die Gewährung einer Zuwendung gemäß § 10 FAG, Art. 44 BayHO für kommunale Baumaßnahmen ist zu berücksichtigen, ob der Zuwendungsempfänger bei der Auftragsvergabe die Bestimmungen der VOB/A eingehalten hat. Der Anspruch auf Gewährung der vollen Zuwendung scheidet dann aus, wenn ein schwerer Verstoß gegen die Bestimmungen der VOB/A vorliegt. Dies der Fall, wenn der Auftrag an einen Bieter vergeben wird, obwohl dessen Angebot wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen hätte ausgeschlossen werden müssen. (Rn. 47 – 57) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Versagung einer Zuwendung bei schwerem Verstoß gegen die VOB/A, Finanzausgleich, kommunale Baumaßnahmen

Fundstelle:

BeckRS 2020, 42816

Tenor

I. Die Klage wird abgewiesen.

II. Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst.

III. Die Kostenentscheidung ist vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

1

Die Klägerin begehrt vom Beklagten eine höhere Zuwendung, die der Beklagte mit Hinweis auf schwere Vergabeverstöße verweigert hat.

2

Mit Schreiben vom 31. August 2012, eingegangen beim Beklagten am 10. September 2012, beantragte die Klägerin beim Beklagten eine Zuwendung nach Art. 10 FAG für die Maßnahme „Kinderhaus, hier: Kindergarten“. Die Klägerin plante in unmittelbarer Nähe des Schulgebäudes der Grundschule Puchheim-Süd den Bau eines Kinderhauses, in dem künftig auch ein Kindergarten untergebracht werden sollte.

3

Mit Schreiben vom 17. Oktober 2012 erteilte der Beklagte der Klägerin eine Unbedenklichkeitsbescheinigung, da zu dieser Zeit noch keine Zustimmung zum vorzeitigen Maßnahmenbeginn möglich war. Gleichzeitig wurde darauf hingewiesen, dass hieraus kein Rechtsanspruch auf eine Förderung abgeleitet werden könne und insbesondere keine Zusicherung auf den Erlass eines Förderbescheides im Sinne des Art. 38 BayVwVfG darstelle. Zudem wurden die allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest-K) und die zusätzlichen Nebenbestimmungen der Regierung von Oberbayern (ZuNBest-ROB) übersandt, damit die in einem unter Umständen später ergehenden Bewilligungsbescheid aufzunehmenden Bedingungen und Auflagen eingehalten werden könnten.

4

Mit Schreiben vom 7. März 2013 teilte der Beklagte der Klägerin mit, dass ausgehend von vorläufig angenommenen zuwendungsfähigen Kosten in Höhe von 1.287.283 EUR und einer Projektförderung in Höhe von 38,84% eine Summe von 500.000 EUR in die Überlegungen zur Haushaltsmittelverteilung der kommenden Jahre einbezogen werde.

5

Als Anlagen zu diesem Schreiben wurden erneut die ANBest-K und die ZuNBest-ROB übermittelt. Gleichzeitig wurde mitgeteilt, dass die Entscheidung über die Bewilligung von Zuwendungen für das Vorhaben erst möglich sei, wenn der Regierung von Oberbayern dafür Haushaltsmittel zur Verfügung stünden. Ob die von der Regierung von Oberbayern ermittelten zuwendungsfähigen Kosten erreicht würden, könne erst nach Fertigstellung des Vorhabens festgestellt werden. Auch weil die Erfüllung aller Zuwendungsvoraussetzungen erst nach dem Ergebnis der Prüfung des Verwendungsnachweises und der Rechnungsprüfung entnommen werden könne, werde eine endgültige Entscheidung erst in einem Zuwendungs-Schlussbescheid getroffen werden. Bis zur Erteilung des Zuwendungs-Schlussbescheides würden bei einer Förderung vorläufige Zuwendungsteilbeträge aufgrund des Zuwendungsantrags und der Anträge auf Bewilligung weiterer Zuwendungsraten als Abschlagsbeträge bewilligt werden. Es wurde darauf hingewiesen, dass dies keine Zusicherung nach Art. 38 BayVwVfG auf den Erlass eines Förderbescheids darstelle. Ebenso wenig werde damit für den Fall, dass ein Zuwendungsbescheid erteilt werde, die Förderhöhe verbindlich zugesichert. Deren Festsetzung erfolge erst in dem dann ergehenden Zuwendungs-Schlussbescheid. Die Mitteilung solle nur erleichtern, einen Finanzierungsplan für die Maßnahme mit zwar angenommenen, aber nicht jeder Wahrscheinlichkeit entbehrenden Einnahmen aufzustellen. Sie enthalte keine Regelung im Sinne des Art. 35 BayVwVfG. Damit die in einem unter Umständen später ergehenden Bewilligungsbescheid aufzunehmenden Bedingungen und Auflagen eingehalten werden könnten, werde gebeten, bereits jetzt die angeführten Nebenbestimmungen zu beachten.

6

Am 1. März 2013 erfolgte im Bayerischen Staatsanzeiger die Bekanntmachung der öffentlichen Ausschreibung „Auftragsgegenstand: Holzbauarbeiten - Bauleistung nach VOB 2012“ für das Objekt „Kinderhaus Süd“.

7

Vor Einleitung der Ausschreibung hatte die Klägerin den Beigeladenen mit der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses beauftragt.

8

Position 03.1 des Leistungsverzeichnisses war wie folgt formuliert:

„Holz-Beton-Verbunddecken über EG und 1.OG als Fertigteile.

Herstellung, Lieferung und Montage einschl. 100 mm Aufbeton mit Bewehrung nach Musterplänen Brettspertholz nach Zulassung mit Leimnachweis und Ü-Zeichen Brettspertholz d = 146 mm, Oberfläche Nsi 146/5s DL (Lagenaufbau in mm 34/22/34/22/34)

Ausführung der Brettspertholzplatten mit min. 34 mm dicken Decklagen.

Lagenaufbau des angebotenen Produktes:

...

(ist vom Bieter zwingend anzugeben)

Der Klebstoffanteil darf maximal nur 0,20 KG/m² Leimfuge betragen.

Klebstoffanteil des angebotenen Produktes:

...

(ist vom Bieter zwingend anzugeben)

In den Einzelbrettern der Brettspertholzplatten dürfen keine Nuten, Ausfräsungen bzw. Sägeschnitte in Faserrichtung vorhanden sein. Anderenfalls würde beim Aufbringen des Betons unzulässigerweise Wasser

in die Hohlräume eindringen und die Brettsperrholzplatten schädigen. Folien oder Anstriche sind zwischen Beton und Holzoberfläche nicht zulässig.

Die Verklebung der Brettlagen muss mit min. ca.

6,0 KG/cm² Pressdruck erfolgen.

Pressdruck des angebotenen Produktes:

...

(ist vom Bieter zwingend anzugeben)

Mindestbreite der Einzelbretter der Längslagen 230 mm.

Breite der Einzelbretter der Längslagen des angebotenen Produktes:

...

(ist vom Bieter zwingend anzugeben)

Zur Vermeidung von unkontrollierten Spannungsrissen dürfen die Schmalseiten der Längs- und Querlagen nicht durchgehend verleimt werden.“

9

Nr. 2.3 der ZTV (Zusätzliche Technische Vertragsbedingungen) enthielt die Angabe: „Die im Leistungsverzeichnis und in den Planungsunterlagen geforderten Konstruktionsmerkmale und Qualitäten werden zwingend gefordert.“

10

Nebenangebote waren nach Nr. 5.1 der Aufforderung zur Abgabe eines Angebots nicht zugelassen.

11

Die Submission der Angebote erfolgte am 14. März 2013. Insgesamt lagen acht Angebote vor, wobei das Angebot der Firma Z. (678.731,61 EUR) auf Rang 1, das Angebot der Firma G. (719.138,57 EUR) auf Rang 2 und das Angebot der Firma S. (727.551,13 EUR) auf Rang 3 lag.

12

Die Firma G. hatte in ihrem Angebot das Produkt „Stora Enso CLT, 40/20/30/20/40“ angegeben.

13

Auf der Rückseite ihres Begleitschreibens vom 12. März 2013 waren die Allgemeinen Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen der Firma G. abgedruckt. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf diese Bedingungen im Angebotsschreiben der Firma G. erfolgte nicht.

14

In dem vom Beigeladenen gefertigten „Ergebnis der Auswertung“ (Blatt 108 BA) wurde unter „Bemerkung“ aufgeführt, dass nach technischer und rechnerischer Prüfung der eingereichten Leistungsverzeichnisse der Auftrag an die Firma S. vergeben werde. Die Firma Z. und die Firma G. würden ausgeschlossen, da das angebotene Produkt der Holzschalen „Stora Enso CLT“ zu den Holz-Beton-Verbunddecken die Anforderungen der Ausschreibung nicht erfülle und somit nicht gleichwertig sei. Dieses Produkt weiche von der Vorgabe „Zur Vermeidung von unkontrollierten Spannungsrissen dürfen die Schmalseiten der Längs- und Querlagen nicht durchgehend verleimt werden“ in der Position 03.1 auf Seite 13 der Ausschreibung ab, da die angebotene Konstruktion der Bieter 1 und 2 zu Verformungen neige. Durch die Systemänderung seien die Vorgaben der vorliegenden statischen Berechnung nicht nachgewiesen.

15

Mit Schreiben vom 20. März 2013 teilte die Klägerin der Firma G. unter Bezugnahme auf die o.a. Wertung durch den Beigeladenen mit, dass vorgesehen sei, auf Grundlage dieser Wertung die Vergabe durchzuführen.

16

Mit Schreiben vom 21. März 2013 teilte die Firma G. der Klägerin mit, dass sie mit dem Ausschluss nicht einverstanden sei und gegen die von der Klägerin geplante Vergabe Widerspruch einlege.

17

Es wurde darauf hingewiesen, dass die Angaben der Firma K. zur Vermeidung von unkontrollierten Spannungsrissen ein reines Verkaufsargument darstellten, da die Firma K. mit den Produktionsanlagen eine kontrollierte Flankenverklebung nicht ausführen könne. Es sei auch nicht erkennbar, dass die von der Firma G. angebotene Konstruktion eher zu Verformungen neige als die Ausführung mit dem Produkt der Firma K. Nach dem Fräsen der abgebundenen Brettspertholzplatten erfolge ein Sperranstrich, um ein unkontrolliertes Befeuchten der Platte durch den Betonaustrag zu verhindern. Diese Vorgehensweise habe sich bei dem Bauvorhaben Gymnasium W. in den Jahren 2011 und 2012 als absolut zielführend bewährt.

18

In einer E-Mail vom 21. März 2013 teilte der Geschäftsführer der Beigeladenen einem Mitarbeiter der Klägerin mit, dass die in Position 03.1 des Leistungsverzeichnisses aufgenommene Passage „Folien oder Anstriche sind zwischen Beton und Holzoberfläche nicht zulässig“ deshalb eingefügt worden sei, da bei einer versiegelten Holzoberfläche der Verbund zwischen Holz und Beton geschwächt und unter Verwendung von Folien gänzlich unterbrochen werde. Nur eine reine Imprägnierung werde dem Betonwasser nicht standhalten, wobei im Schreiben der Firma G. vom 21. März 2013 jetzt von einer Sperrschicht die Rede sei. Das im Schreiben erwähnte Referenzobjekt sei nicht mit Brettspertholzplatten erstellt worden, sondern mit Brettschichtholz, was eine andere Konstruktion der Platten darstelle.

19

Mit weiterem Schreiben vom 25. März 2013 erläuterte die Firma G. der Klägerin, weshalb die von ihr vorgeschlagene Konstruktion gegenüber der Konstruktion der Firma K. technisch überlegen sei und weshalb am Widerspruch gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren festgehalten werde.

20

In einem Aktenvermerk (vorgelegt als Anlage K 8) stellte ein Mitarbeiter der Klägerin die Gleichwertigkeit der Konstruktion der Firma G. in den Punkten „Statische Gleichwertigkeit bei der Erstellung der Holzbetonverbundelemente“ sowie der „Erstellung der Holzbetonverbundelemente ohne Verformung“ aus bauphysikalischer Sicht dar.

21

Im vom Beigeladenen erstellten Vergabevermerk vom 28. März 2013 (vgl. Blatt 99 ff. BA) wurde unter Nr. 4.1 (Vergabevorschlag) ausgeführt, auf das Hauptangebot der Firma G. sei der Zuschlag zu erteilen, weil es im Hinblick auf den Preis das wirtschaftlichste Angebot gewesen sei. Unter Anlage 1 zum Vergabevermerk wurde dazu ausgeführt, dass die Firma G. das preisgünstigste Angebot unterbreite habe, qualifiziert sei und sowohl dem Bauherren als auch dem Beigeladenen von diversen Bauvorhaben bekannt sei. Unter Anlage 3 zum Vergabevermerk wurde ausgeführt, dass die Firma Z. auszuschließen sei, da sie zur Vorlage vergaberelevanter Nachweise aufgefordert worden, dieser Aufforderung aber nicht nachgekommen worden sei. Die Vergabe des Auftrags an die Firma G. erfolgte am 4. April 2013.

22

Am 14. Juni 2013 erfolgte eine vorläufige Bewilligung von Zuweisungen nach Art. 10 FAG im Haushaltsjahr 2013 in Höhe einer Zuweisungsrate (Abschlagsrate) von 170.000 EUR. Unter Nr. 2 wurden als Grundlagen für die Bewilligung Art. 23, 44 BayHO sowie die ständige Verwaltungsübung der Regierung von Oberbayern, insbesondere beruhend auf den Verwaltungsvorschriften der VVK und der FA-ZR aufgeführt. Unter Nr. 3.1 (Bedingungen, Auflagen und Hinweise) wurden die ANBest-K sowie die ZuNBest-ROB für verbindlich erklärt. Es wurde darauf hingewiesen, dass deren Wortlaut bereits bei der Mitteilung über die Haushaltsmitteleinplanung für das Vorhaben bekannt gegeben worden sei.

23

Mit Schreiben der VOB-Stelle der Regierung von Oberbayern vom 17. Juli 2013 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass anlässlich eines Nachprüfungsantrags der Firma S. vom 21. Mai 2013 festgestellt worden sei, dass das Angebot der Firma G. wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A in Verbindung mit § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A von der Wertung hätte ausgeschlossen werden müssen. Zwar könne die VOB-Stelle für den Bieter nicht mehr tätig werden, da die Vergabe des Auftrags bereits vor dem Eingang des Nachprüfungsantrags erfolgt sei, allerdings sei im Rahmen der Fach- und Rechtsaufsicht der Regierung von Oberbayern über die Klägerin eine verwaltungsinterne, formlose Überprüfung des durchgeführten Vergabeverfahrens erfolgt. Die Klägerin habe in Position 03.1 des Leistungsverzeichnisses konkrete Anforderungen an die Konstruktion der ausgeschriebenen Holz-Beton-

Verbunddecken definiert und an dieser Stelle unter anderem ausdrücklich festgelegt, dass Folien oder Anstriche zwischen Beton und Holzoberfläche nicht zulässig seien. Daher hätten die Fabrikatsangaben eines Bieters alle im Leistungsverzeichnis konkret angeführten Leistungsanforderungen erfüllen müssen. Auch geringfügige Abweichungen seien unzulässig gewesen und hätten zum Ausschluss des (Haupt-) Angebots führen müssen, ohne dass es auf eine technische Gleichwertigkeit angekommen wäre. Abweichende Lösungen hätten allenfalls im Rahmen eines Nebenangebots angeboten werden können, sofern ein solches im Einzelfall zugelassen worden wäre. Der Umstand, dass die Leistungsanforderungen der Klägerin gegebenenfalls nicht produktneutral formuliert gewesen seien und dadurch der Wettbewerb unzulässigerweise eingeschränkt worden sei, lasse keine andere Beurteilung zu, da die Bieter bis zum Zeitpunkt der Submission die Möglichkeit gehabt hätten, dies zu rügen. Der Fehler des Auftraggebers, eine produktspezifische Ausschreibung ohne die hierfür erforderlichen vergaberechtlichen Voraussetzungen durchzuführen, könne nicht in der Wertungsstufe durch den Verzicht auf Anforderungen, die allen Bietern bekannt gemacht worden seien, geheilt werden. Daher verstoße der Auftraggeber gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot. Für eine rechtskonforme Vergabe der Leistungen hätte demnach die Ausschreibung aufgehoben und nach entsprechender Korrektur erneut dem Wettbewerb unterstellt werden müssen.

24

Das für die Förderung zuständige Sachgebiet der Regierung von Oberbayern erhielt einen Abdruck dieses Schreibens.

25

Eine weitere Abschlagszahlung erfolgte am 1. Juni 2016 (230.000 EUR).

26

Mit Schreiben vom 26. November 2015 (Eingang beim Beklagten am 30.11.2015) legte die Klägerin den Verwendungsnachweis vor.

27

Diese Unterlagen wurden vom für die Förderung zuständigen Sachgebiet an die VOB-Stelle der Regierung von Oberbayern mit der Bitte um Prüfung weitergeleitet. Diese bestätigte am 2. Februar 2016 unter Bezugnahme auf die Mitteilung vom 17. Juli 2013, dass bei der Beauftragung des Gewerks „Holzbauarbeiten“ die Wertung der Angebote aus Sicht der VOB-Stelle vergaberechtswidrig gewesen sei.

28

Mit E-Mail vom 4. Februar 2016 wurde bei der VOB-Stelle nachgefragt, ob hierbei ein schwerer Vergabeverstoß vorliege, da dies noch nicht festgestellt worden sei.

29

Mit Schreiben vom 28. April 2016 wurde der Klägerin mitgeteilt, dass bei der Vergabe des Gewerks „Holzbauarbeiten“ schwere Vergabeverstöße festgestellt worden seien, welche in ständiger Verwaltungsübung der Regierung von Oberbayern eine Kürzung der Zuweisung zur Folge hätten. Die Klägerin erhielt hierzu Gelegenheit zur Äußerung, worauf diese mit Schreiben vom 27. Juni 2016 eine Stellungnahme ihrer Bevollmächtigten vom 22. Juni 2016 übermittelte.

30

Nachdem der Beklagte nach interner Prüfung der Stellungnahme vom 22./27. Juni 2016 zu keiner anderen Auffassung gelangte, erging am 18. Oktober 2016 ein Zuwendungs-Schlussbescheid über eine als Projektförderung im Wege der Anteilsfinanzierung bewilligte Zuwendung für den Neubau eines Gebäudes an der Grundschule Süd (Teilmaßnahme Kindergarten) in Höhe von 401.000 EUR, ausgehend von zuweisungsfähigen Ausgaben in Höhe von 1.287.283 EUR und einem Fördersatz von 31,15%.

31

Unter Nr. 4 des Bescheids wurde mitgeteilt, dass entsprechend der ständigen Verwaltungsübung der Regierung von Oberbayern bei der Zuweisungsbemessung auch die in der Anlage „Besondere Festsetzung der Zuweisungsfähigkeit/besondere Zuweisung“ aufgeführten Umstände mit den in dieser Anlage erläuterten betragsmäßigen Auswirkungen berücksichtigt worden seien. In der Anlage zum Zuweisungs-Schlussbescheid wurde erläutert, dass die Vorgehensweise der Klägerin bei der Vergabe des Gewerks „Holzbauarbeiten“ als schwerer Vergabeverstoß zu betrachten sei, welcher in ständiger Verwaltungsübung der Regierung von Oberbayern eine Kürzung der Zuweisung zur Folge habe. Der Fehler des Auftraggebers,

eine produktspezifische Ausschreibung ohne die hierfür erforderlichen vergaberechtlichen Voraussetzungen durchzuführen, habe nicht auf der Wertungsstufe durch den Verzicht auf die allen Bietern bekannt gemachten Anforderungen geheilt werden können. Der Auftraggeber habe damit gegen das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Für eine rechtskonforme Vergabe der Leistungen hätte die Ausschreibung aufgehoben und nach entsprechender Korrektur erneut dem Wettbewerb unterstellt werden müssen. Zudem habe die Firma G. dem Angebot eigene Geschäfts-, Liefer- und Zahlungsbedingungen beigelegt, die von den Vertragsbedingungen des Auftraggebers abgewichen seien. Dieser Umstand sei aus vergaberechtlicher Sicht ebenfalls als unzulässige Änderung der Vergabeunterlagen zu bewerten und hätte zum Ausschluss des Angebots führen müssen.

32

Mit Schriftsatz ihrer Bevollmächtigten vom 16. November 2016, eingegangen beim Verwaltungsgericht am gleichen Tag, ließ die Klägerin hiergegen Klage erheben und beantragen,

33

den Beklagten unter Abänderung des Bescheids vom 18. Oktober 2016 zu verpflichten, die Zuwendungshöhe im Zuwendungs-Schlussbescheid für das klägerische Bauvorhaben („Neubau eines Gebäudes an der Grundschule Süd - Teilmaßnahme Kindergarten“) um weitere 99.000 EUR, insgesamt also auf 500.000 EUR zu erhöhen.

34

Zur Begründung wurde insbesondere ausgeführt, dass ein Ausschluss der Firma G. wegen einer Änderung der Vertragsunterlagen nicht infrage gekommen sei, da in Position 03.1 des Leistungsverzeichnisses gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen worden sei. In diesem Fall sei eine Abweichung von produktspezifischen Vorgaben unschädlich. Die Firma G. habe den Verstoß gegen die produktneutrale Ausschreibung auch nicht rügen müssen, da bei Vergaben unterhalb des Schwellenwertes keine Rügepflicht bestehe. Aufgrund der eindeutigen Regelung in § 107 Abs. 1 GWB verbiete sich eine analoge Anwendung. Zudem sei der Verstoß gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung auch nicht ohne weiteres erkennbar gewesen, zumal im Leistungsverzeichnis kein konkretes Produkt genannt worden sei. Vielmehr seien dort Produkteigenschaften aufgeführt gewesen, die nur von einem Produkt der Firma K. erfüllt worden seien. Die Abweichung von diesen Vorgaben sei im Übrigen auch deshalb zulässig gewesen, da in Position 03.1 nur sogenannte technische Spezifikationen im Sinne von § 7 Abs. 3 VOB/A und § 13 Abs. 1 Satz 2 VOB/A aufgeführt gewesen seien. Das Recht, hiervon abzuweichen, sei nicht unabdingbar, weshalb es unschädlich sei, wie diese Spezifikationen im Leistungsverzeichnis formuliert gewesen sei. Vom Bieter sei auch nachträglich und unaufgefordert mit Schreiben vom 21. und 25. März 2013 klargestellt worden, dass die Abweichung technisch gleichwertig sei. Die Prüfung der Gleichwertigkeit sei ausreichend dokumentiert. Eine - wie vom Beklagten geforderte - Aufhebung der Ausschreibung sei nicht geboten gewesen, da alle Bieter die Möglichkeit zur Abweichung von technischen Spezifikationen nach § 13 Abs. 2 VOB/A gehabt hätten. Vorliegend hätten drei von sieben Bietern ein abweichendes Angebot abgegeben und damit von der Möglichkeit des § 13 Abs. 2 VOB/A Gebrauch gemacht. Die Tatsache, dass auf der Rückseite des Begleitschreibens der Firma G. deren eigene allgemeine Geschäftsbedingungen abgedruckt gewesen seien, stelle keine Änderung der Vergabeunterlagen dar. Sie seien nicht in der Übersicht der Bestandteile des Angebots aufgeführt gewesen; es habe sich offensichtlich um ein Versehen gehandelt, da die Firma G. ihr Standardbriefpapier, auf dessen Rückseite die allgemeinen Geschäftsbedingungen abgedruckt seien, verwendet habe. Im Übrigen habe mittlerweile der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 18. Juni 2019 entschieden, dass ein Angebot, dem der Bieter eigene Unterlagen wie Liefer-, Vertrags- und Zahlungsbedingungen beigelegt habe, in der Wertung verbleiben könne, wenn sich das hinzugefügte als ein bloßes Versehen darstelle und nach bloßer Streichung des hinzugefügten ein dem Inhalt der Vergabeunterlagen vollständig entsprechendes Angebot vorliege. Dies sei hier der Fall. Im Übrigen habe der Beklagte das ihm zustehende Ermessen fehlerhaft ausgeübt. Zum einen sei das Vorgehen der Klägerin zu Unrecht als schwerer Vergabeverstoß gewertet worden. So sei davon auszugehen, dass der Beklagte in ständiger Praxis Änderungen der Vergabeunterlagen dann nicht als förderschädlichen schweren Vergabeverstoß werte, wenn die Vorgaben im Leistungsverzeichnis gegen das Gebot der Produktneutralität verstießen bzw. eine zulässige Abweichung von technischen Spezifikationen vorliege. Es wäre auch zu berücksichtigen gewesen, dass der vermeintliche Vergabeverstoß keine Auswirkungen auf das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gehabt habe, da mit dem Angebot der Firma G. das preisgünstigste Angebot beauftragt worden sei. Im Übrigen hätte berücksichtigt werden müssen, dass der vermeintliche

Vergabeverstoß der Klägerin nicht subjektiv vorgeworfen werden könne, da diese den Beigeladenen mit der Erstellung eines produktneutralen Leistungsverzeichnisses beauftragt habe. Damit sei die Wettbewerbsfeindlichkeit der streitgegenständlichen Vorgaben der Klägerin nicht bekannt gewesen.

35

Der Beklagte beantragt

36

Klageabweisung.

37

Zur Begründung wurden im Wesentlichen die bereits im Bescheid angeführten Gründe wiederholt bzw. vertieft. So wurde darauf hingewiesen, dass vom Leistungsverzeichnis abweichende Angebote auch dann zwingend auszuschließen seien, wenn das angebotene, nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechende Produkt technisch gegenüber einem dem Leistungsverzeichnis entsprechenden Produkt keine Nachteile aufweise. Das Angebot eines Bieters müsse genau das enthalten, was der Auftraggeber ausgeschrieben habe. Andernfalls wäre die Durchführung eines transparenten und auf Gleichbehandlung gerichteten Vergabeverfahrens nicht möglich. Im Leistungsverzeichnis aufgenommene Merkmale für das anzubietende Produkt seien für die Bieter auch dann bindend, wenn eine technische Notwendigkeit für die Aufnahme dieser Merkmale nicht ersichtlich sei. Dies gelte auch dann, wenn die Leistungsanforderungen gegebenenfalls nicht produktneutral formuliert worden seien. Vorliegend hätten aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers die Vorgaben der Leistungsbeschreibung nur so verstanden werden können, dass eine Abweichungsmöglichkeit nicht zugelassen werden sollte. Bieter hätten die Möglichkeit, Verstöße gegen Vergabebestimmungen bis zum Zeitpunkt der Submission beim Auftraggeber bzw. der zuständigen Nachprüfungsstelle zu rügen, was vorliegend auf der Grundlage der Erkenntnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Bieters angesichts der produktspezifischen Ausschreibung erkannt hätte werden können und müssen. Die Obliegenheit zur Rüge bestehe nicht nur bei europaweiten Ausschreibungen, sondern in analoger Anwendung des § 107 Abs. 3 GWB sowie nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch hier. Eine unzulässige produktspezifische Leistungsbeschreibung stelle außerdem bereits als solche eine Beschränkung des ergebnisoffenen Leistungswettbewerbs und damit einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Die Klägerin hätte spätestens mit Schreiben der Firma G. vom 20. März 2013 erkennen können, dass die Ausschreibung nicht produktneutral gewesen sei. Die Vorgaben in Position 03.1 des Leistungsverzeichnisses stellten auch nicht lediglich sogenannte technische Spezifikationen in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen dar. Würde man davon ausgehen, dass alle in der Leistungsbeschreibung enthaltenen konkreten technischen Anforderungen technische Spezifikationen darstellten, würde für die Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A kein Raum mehr bleiben. Bei der von der Klägerin geforderten technischen Konstruktion handelte es sich nicht lediglich um einen nach allgemeinen Normen oder Kriterien umschriebenen Leistungsgegenstand, sondern vielmehr um individuelle, konkret geforderte technische Anforderungen. Zudem lasse die Leistungsbeschreibung als solche keine Abweichungen zu den Konstruktionsmerkmalen zu, wie sich aus dem Hinweis auf Seite 8 („Die im Leistungsverzeichnis und in den Planungsunterlagen geforderten Konstruktionsmerkmale und Qualitäten werden zwingend gefordert.“) ergebe. Unabhängig davon habe die Firma G. weder in ihrem Angebot die Abweichung eindeutig bezeichnet noch die Gleichwertigkeit des Angebots nachgewiesen.

38

Entsprechend der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23. November 2006 (im Folgenden: Rückforderungsrichtlinien), die von der Regierung von Oberbayern in ständiger Verwaltungsübung angewendet würden, sei grundsätzlich eine Neufestsetzung (Kürzung) der Zuweisung vorzunehmen, wenn ein schwerer Vergabeverstoß vorliege. Dies sei vorliegend der Fall, da durch die unzulässige produktspezifische Leistungsbeschreibung eine Beschränkung des ergebnisoffenen Leistungswettbewerbs vorgelegen habe. Ein vorsätzliches oder fahrlässiges Verhalten sei insoweit nicht erforderlich gewesen. Unabhängig davon müsse sich die Klägerin auch ein Verschulden des von ihr beauftragten Planungsbüros gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

39

Mit Beschluss vom 10. April 2017 wurde das Architekturbüro, das mit der Erstellung des Leistungsverzeichnisses beauftragt war, zum Verfahren beigelegt. Der Bevollmächtigte des Beigeladenen

fürhte aus, dass die Tatsache, dass die Firma G. den Zuschlag erhalten habe, einen Vergabefehler darstelle, da das Angebot dieser Firma infolge der Verwendung eigener allgemeiner Geschäftsbedingungen formal von den Vergabeunterlagen abgewichen sei und damit auch inhaltlich die Vergabeunterlagen geändert habe. Die Klägerin sei getreu dem allgemein anerkannten vergaberechtlichen Prinzip der Letztverantwortung für das Vergabeverfahren und damit insbesondere für die Zuschlagsentscheidung verantwortlich. Wie sich aus dem als Anlage K 9 von der Klägerin vorgelegten Vermerk ergebe, habe die Klägerin selbst nach dem erfolgten Einspruch der Firma G. die Vergabeentscheidung abgeändert.

40

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

41

Mit Schriftsätzen vom 3. Juli 2019, 18. Juli 2019 und 2. September 2019 haben die Prozessbeteiligten einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung zugestimmt.

42

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gerichtsakte und die vorgelegte Behördenakte in diesem Verfahren sowie auf die Gerichts- und Behördenakten in den Verfahren M 31 K 16.5185 und M 31 K 16.5187 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

43

Über den Rechtsstreit konnte ohne mündliche Verhandlung entschieden werden, da die Beteiligten einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren (§ 101 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO) zugestimmt haben.

44

Die zulässige Klage ist unbegründet.

45

Der Bescheid vom 18. Oktober 2016 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Gewährung höherer Fördermittel als den mit dem streitgegenständlichen Bescheid festgesetzten Betrag von 401.000,- EUR (§ 113 Abs. 1 Satz 1, Abs. 5 VwGO).

46

Die Klägerin hat bei der Vergabe des Auftrags zu den von ihr öffentlich ausgeschriebenen Holzbauarbeiten gegen vergaberechtliche Vorschriften verstoßen, wobei dieser Verstoß als schwer anzusehen ist (1.). Dies hat nach der ständigen, gerichtlich nicht zu beanstandenden Praxis des Beklagten die verfügte Kürzung der in Aussicht gestellten Zuwendung zur Folge (2.).

47

Rechtsgrundlage für den streitgegenständlichen Bescheid sind Art. 10 Finanzausgleichsgesetz (FAG), Art. 23 und 44 Bayerische Haushaltsordnung (BayHO) i.V.m. Nr. 3.1 der allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen für Projektförderung an kommunale Körperschaften (ANBest-K), die zusätzlichen Nebenbestimmungen der Regierung von Oberbayern (ZuNBest-ROB) und den Richtlinien über die Zuweisungen des Freistaats Bayern zu kommunalen Baumaßnahmen im kommunalen Finanzausgleich (FA-ZR).

48

Es ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich ein materieller Förderanspruch nicht unmittelbar aus Art. 10 FAG ergibt. Danach „gewährt“ der Staat an Gemeinden u.a. Zuweisungen zum Bau von Schulen, jedoch nur nach Maßgabe der Bewilligung im Staatshaushalt. Schon dieser Verweis auf die Mittelbereitstellung im Haushalt verdeutlicht, dass das Finanzausgleichsgesetz hier selbst keinen Rechtsanspruch auf Förderung einer Einzelmaßnahme in einer bestimmten Höhe gewähren will. Die Bestimmung stellt eine Ermächtigung für die Verwaltung dar, im Rahmen der im Gesetz genannten Zweckbindung und der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel Zuweisungen zu gewähren. Die entsprechenden Modalitäten der Förderung sind in Art. 10 FAG nicht geregelt, der Gesetzgeber überlässt diese Regelung - zulässigerweise (vgl. BayVGH B.v. 29.12.1999 - 4 B 99.526 - BayVBl 2000, 245) - der Exekutive, die hierzu die o.a. Richtlinien erlassen hat. Bei den Richtlinien handelt es sich um keine Rechtsnormen, die einer richterlichen Auslegung

unterworfen wären, sondern um verwaltungsinterne Weisungen. Diese setzen die Maßstäbe für die Verteilung von Fördermitteln. Sie erzeugen aufgrund der Selbstbindung der Verwaltung über den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 118 Abs. 1 BV einen Anspruch auf Förderung im Einzelfall, wenn die in den Richtlinien dargelegten Fördervoraussetzungen vorliegen und vergleichbare Anträge in ständiger Förderpraxis des Beklagten auch gefördert werden. Nur vor diesem Hintergrund besteht ein Anspruch auf Förderung im Einzelfall, ansonsten stellen die Richtlinien selbst einleitend klar, dass die Förderung ohne Rechtspflicht im Rahmen der verfügbaren Haushaltsmittel erfolgt (vgl. z.B. BayVGh, U.v. 24.5.2012 - 4 B 11.1215 - juris Rn. 26).

49

In den zu Art. 44 BayHO ergangenen Verwaltungsvorschriften werden die Voraussetzungen der Zuwendungsgewährung unter den Gesichtspunkten der Selbstbindung der Verwaltung und einer gleichmäßigen Ermessensausübung näher konkretisiert. Nach Nr. 3.1 der ANBest-K sind bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks die Vergabegrundsätze anzuwenden, die das Staatsministerium des Innern im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen aufgrund des § 31 Abs. 2 Kommunale Haushaltsverordnung (KommHV) bekannt gegeben hat. Nach der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14. Oktober 2005 (AllMBI. 2005, 424 ff.) ist im kommunalen Bereich bei der Vergabe von Aufträgen und dem Abschluss von Verträgen als verbindlicher Vergabegrundsatz gemäß § 31 Abs. 2 KommHV die Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) anzuwenden.

50

Damit ist bei der Entscheidung über die Gewährung einer Zuwendung zu berücksichtigen, ob der Zuwendungsempfänger bei der Auftragsvergabe die Bestimmungen der VOB/A eingehalten hat. Die Einhaltung der ANBest-K wurde zudem gegenüber der Klägerin in den Bescheiden zur vorläufigen Bewilligung der Zuwendungen vom 14. Juni 2013 und vom 1. Juni 2016 zur Auflage für das Bewilligungsverfahren gemacht.

51

1. Der Anspruch auf Gewährung der vollen Zuwendung scheidet dann aus, wenn ein schwerer Verstoß gegen die Bestimmungen der VOB/A vorliegt.

52

Dies ergibt sich im vorliegenden Verfahren zwar nicht unmittelbar aus der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23. November 2006 (FMBI S. 228); diese Grundsätze sind jedoch aufgrund der Verwaltungspraxis der Regierung von Oberbayern entsprechend anzuwenden.

53

Die Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23. November 2006 regelt unmittelbar nur die Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen. In Nr. 1 der Bekanntmachung wird insbesondere ausgeführt, dass bei Verstößen gegen die ANBest-K gemäß Art. 49 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 BayVwVfG der Zuwendungsbescheid ganz oder teilweise widerrufen und die Zuwendung zurückgefordert werden kann. In Nr. 3 der Bekanntmachung wird das Verfahren als Widerruf des Zuwendungsbescheids beschrieben. Die Bekanntmachung befasst sich deshalb ausdrücklich mit den Ermessenserwägungen im Falle eines Widerrufs einer Zuwendung. Ein solcher Widerruf liegt hier allerdings nicht vor. Vielmehr wurden die bisher gewährten Zuwendungen durch die vorläufigen Bewilligungen nur unter dem Vorbehalt des Ergebnisses der Prüfung des Verwendungsnachweises und der Rechnungsprüfung gewährt. Nachdem mit diesen vorläufigen Bewilligungen kein Recht der Klägerin begründet wurde, die Zuwendungen dauerhaft zu behalten (vgl. BVerwG, U. v. 19.11.2009 - 3 C 7/09 - juris Rn. 15 f. m.w.N.), ist keine Rücknahme oder ein Widerruf der vorläufigen Bewilligung erforderlich. Vielmehr kann erst ein Schlussbescheid die Grundlage für die dauerhafte Gewährung der Zuwendung gegenüber der Klägerin darstellen. Gleichwohl ist auch bei der Entscheidung über die dauerhafte Gewährung der Zuwendung im Schlussbescheid nach den Grundsätzen vorzugehen, die das Bayerische Staatsministerium der Finanzen in der Bekanntmachung vom 23. November 2006 vorgegeben hat. Dies ergibt sich insbesondere daraus, dass die Regierung von Oberbayern erklärt hat, dass auch bei einem Zuwendungs-Schlussbescheid eine Kürzung der Förderung nur in Betracht komme, wenn ein schwerer VOB-Verstoß vorliege. Die über die Zuwendung entscheidende Behörde übt damit in ständiger Verwaltungspraxis ihr Ermessen bei der Gewährung der endgültigen Zuwendung in gleicher Weise aus, wie dies für den Fall des

Widerrufs einer Zuwendung durch die o.a. Bekanntmachung geregelt wurde. Aufgrund dieser ermessensbindenden Verwaltungspraxis bestünde ein Anspruch auf Gewährung der endgültigen Zuwendung, wenn kein schwerer Verstoß gegen die VOB/A vorliegen würde.

54

Die Gewährung der Zuwendung in der von der Klägerin begehrten Höhe scheidet vorliegend aus, da in dem Verfahren zur Vergabe der Bauaufträge für den zu fördernden Neubau eines Gebäudes an der Grundschule Süd - Mittagsbetreuung - (Holzbauarbeiten) ein schwerer Verstoß gegen die Bestimmungen der VOB/A erfolgte.

55

1.1 Die Klägerin hat bei der Bekanntmachung der öffentlichen Ausschreibung für die Bauleistungen gegen die VOB/A verstoßen, da sie den Auftrag für die Errichtung des Gewerks „Holzbauarbeiten“ an die Firma G. vergeben hat, obwohl deren Angebot wegen unzulässiger Änderung der Vergabeunterlagen hätte ausgeschlossen werden müssen.

56

Das Angebot der Firma G. hätte gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V.m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A in der 2012 geltenden Fassung wegen Änderung an den Vergabeunterlagen vom weiteren Wettbewerb ausgeschlossen werden müssen.

57

Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 VOB/A sind Änderungen an den Vergabeunterlagen unzulässig. Ziel dieser Vorschrift ist es, Änderungen an den Vergabeunterlagen zu unterbinden, um so die Vergleichbarkeit der eingehenden Angebote und damit letztlich einen fairen Wettbewerb sicherzustellen. Dementsprechend sind Angebote, die Änderungen an den Vergabeunterlagen aufweisen, zwingend von der Wertung auszuschließen (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A). Die Feststellung, ob ein solcher Ausschlussgrund vorliegt, ist objektiv zu treffen, denn es handelt sich hierbei nicht um eine Ermessensentscheidung (vgl. Dippel in: jurisPK-VergR, 3. Aufl. 2011, Rn. 27 ff. zu § 13 VOB/A).

58

Der Begriff der Änderungen ist dabei weit auszulegen. Erfasst sind beispielsweise Streichungen, Hinzufügungen, die Entnahme von Seiten aus Formblättern oder auch der Austausch von Vertragsbedingungen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es aber auch eine unzulässige Änderung an den Vergabeunterlagen, wenn das Angebot eines Bieters eine Vorgabe des Leistungsverzeichnisses nicht einhält. Eine solche Abweichung führt - jedenfalls in der Regel - zwingend zum Ausschluss des Angebots von der Wertung (vgl. nur BGH, U.v. 1.8.2006 - X ZR 115/04 - juris Rn. 13; U.v. 8.9.1998 - X ZR 85/97 - juris Rn. 30; B.v. 18.2.2003 - X ZB 43/02 - juris Rn. 23 f.).

59

Liegt eine solche Änderung vor, spielt es keine Rolle, ob die vom Bieter vorgenommenen Änderungen zentrale und wichtige oder eher unwesentliche Leistungspositionen betreffen. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob die Abweichungen letztlich irgendeinen Einfluss auf das Wettbewerbsergebnis haben können. Dafür spricht schon der Wortlaut des § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A, dem eine Beschränkung auf sachlich oder betragsmäßig ins Gewicht fallende Leistungspositionen nicht zu entnehmen ist. Diese Vorschriften untersagen jedwede Abänderung der Verdingungsunterlagen und ordnen den Angebotsausschluss zwingend für jeden Fall einer unzulässigen Änderung und ohne Rücksicht auf die Bedeutung der betroffenen Leistungspositionen und die wirtschaftlichen Auswirkungen der vorgenommenen Änderung an. Ein solches Verständnis entspricht auch dem Normzweck (vgl. Dippel in: jurisPK-VergR, aaO).

60

Vorliegend hat die Firma G. die Verdingungsunterlagen dadurch abgeändert, dass sie unter Position 03.1 des Leistungsverzeichnisses ein Produkt angeboten hat, das - zwischen den Parteien unstreitig - von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abgewichen ist. Ausgeschrieben war u.a. die Anforderung, dass Folien oder Anstriche zwischen Beton und Holzoberfläche nicht zulässig seien und zur Vermeidung von unkontrollierten Spannungsrissen die Schmalseiten der Längs- und Querlagen nicht durchgehend verleimt werden dürften. Die Firma G. hat das Produkt „Stora Enso CLT“ angeboten, das die im Leistungsverzeichnis geforderten Spezifikationen nicht eingehalten hat. Dies war auch der Grund, weshalb die Klägerin zunächst auf den ursprünglichen Vorschlag des mit der Ausschreibung beauftragten

Beigeladenen das Angebot der Firma G. ausschließen wollte (vgl. Anschreiben an die Firma G. vom 20.3.2013). Wenn ein Bieter ein anderes Material anbietet als im Leistungsverzeichnis gefordert, hat er damit den Inhalt der ausgeschriebenen Leistung und somit die Vergabeunterlagen geändert (Weyand, Ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand 14.9.2015, Rn. 79 zu § 16 VOB/A).

61

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Anforderungen im Leistungsverzeichnis nicht produktneutral abgefasst waren.

62

Zwar ist es alleine Sache der Vergabestelle zu entscheiden, welche Leistungen sie ausschreibt. Es liegt jedoch dann eine Behinderung des Wettbewerbs vor, wenn Merkmale des geforderten Produkts durch einen Produkt- oder Markennamen bezeichnet werden und das Leistungsverzeichnis nach Form, Stofflichkeit, Aussehen und technischen Merkmalen so präzise definiert ist, dass dem Bieter keinerlei Ausweichmöglichkeit mehr bleibt. Hierbei kommt es nicht auf die Feststellung einer subjektiven Absicht der Vergabestelle an, bestimmte Unternehmen bevorzugen zu wollen. Entscheidend ist vielmehr die Frage, ob die Leistungsbeschreibung bei objektiver Betrachtung geeignet ist, bestimmte Unternehmen oder Erzeugnisse zu bevorzugen.

63

Gegen die Verpflichtung zur produktneutralen Ausschreibung wird nicht nur dann verstoßen, wenn ein Leitfabrikat offen und explizit in der Leistungsbeschreibung benannt worden ist, sondern auch dann, wenn durch die Vielzahl der Vorgaben verdeckt ein Leitfabrikat ausgeschrieben wurde, weil nur ein einziges Produkt allen Vorgaben gerecht werden kann (vgl. z.B. VK Bund, B.v. 16.3.2015 - VK 2-9/15 - IBr 2015, 382).

64

Die Klägerin hatte im Leistungsverzeichnis exakte Vorgaben zur Konstruktion der Holz-Beton-Verbunddecken gemacht. Sie hat insoweit selbst eingeräumt, dass diese Anforderungen so formuliert waren, dass sie nur das Produkt „K.“ des Herstellers K. GmbH erfüllen konnte (vgl. S. 5 des Schriftsatzes vom 27.12.2016). Hintergrund war offenbar eine im Vorfeld der Erstellung des Leistungsverzeichnisses erfolgte externe technische Beratung der Vergabestelle (vgl. E-Mail des Beigeladenen an die Klägerin vom 11.6.2013; Blatt 145 BA). Damit hat die Klägerin gegen das Gebot der produktneutralen Ausschreibung verstoßen.

65

Die interessierten Firmen hätten auch vor diesem Hintergrund gleichwohl so anbieten müssen, wie ausgeschrieben war. Dies folgt nach Auffassung des Gerichts aus den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB). Vorliegend ist davon auszugehen, dass es sich bei der Firma G. um einen Bieter mit erheblichem technischen Sachverstand und guter Marktkennntnis handelt, für den eine verdeckte Produktvorgabe in den Vergabeunterlagen bereits bei der Erstellung des Angebots erkennbar war. Dies ergibt sich für das Gericht auch daraus, dass die Firma G. bereits am 21. März 2013, also unmittelbar nach Erhalt des Schreibens der Klägerin über die geplante Vergabeentscheidung reagiert hat und in diesem Schreiben ausdrücklich auf das Produkt der Firma K., dessen Eigenschaften im Leistungsverzeichnis enthalten waren, Bezug genommen hat, obwohl der Name des Produkts im Schreiben der Klägerin gar nicht angeführt war. Daher hätte die Firma G. bereits im Angebot auf diesen Umstand aufmerksam machen müssen.

66

Offen bleiben kann, ob das Angebot der Firma G. (auch deshalb) nicht zu werten war, weil sie gegen eine Pflicht bzw. Obliegenheit zur Rüge des nicht vergaberechtskonformen Leistungsverzeichnisses verstoßen hat. Denn die Firma G. konnte unabhängig von einer etwaigen Rügeobliegenheit nicht „in eigener Regie“ allein deshalb vom Leistungsverzeichnis abweichen, weil dieses nicht produktneutral abgefasst war. Die Klägerin und die Submittenten sind insoweit an die Anforderungen im Leistungsverzeichnis gebunden, auch wenn dies so, wie aus dem Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten hervorgeht, von Seiten der Klägerin nicht gewollt gewesen war (vgl. VK Südbayern, B.v. 11.8.2014 - Z3-3-3194-1-29-06/14 - IBr 2015, 26).

67

Die Firma G. hat dadurch, dass sie unter Position 03.1 das Produkt „Stora Enso CLT“ angeboten hat, objektiv ein anderes Produkt angeboten als ausgeschrieben war. Ob dieses Produkt denselben Zweck erfüllt wie das ausgeschriebene und ob die technischen Eigenschaften, wie sie in den Vergabeunterlagen näher ausgeführt wurden, dieselben sind, ist dabei zunächst irrelevant.

68

Fehl geht die Auffassung der Klägerin unter Hinweis auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts München vom 6. Dezember 2012 (Verg 25/12 - juris), wonach im Falle einer - unzulässigen - produktspezifischen Ausschreibung ein Angebot, das ein anderes Produkt als das geforderte enthält, als Hauptangebot zu werten ist. In dem vom Oberlandesgericht München entschiedenen Fall war im Leistungsverzeichnis nämlich ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt worden, andere Produkte anzubieten; ähnlich waren in dem vergleichbaren Fall des Oberlandesgerichts Düsseldorf (B.v. 1.10.2012 - Verg 34/12 - juris Rn. 6) Alternativfabrikate zugelassen, was vorliegend - wie ausgeführt - aufgrund der detaillierten Anforderungen, die nur vom Produkt der Firma K. erfüllt wurden, gerade nicht der Fall war und weder Varianten noch Nebenangebote zugelassen waren. Würde man hier also das abweichende Angebot der Firma G. als zweites Hauptangebot werten, wäre die Chancengleichheit der anderen Bieter nicht gewahrt, die im Hinblick auf den Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen auf Alternativangebote verzichtet haben. Auch ihnen hätte dann zumindest Gelegenheit gegeben werden müssen, ihr Angebot jedenfalls insoweit abzuändern, wenn nicht sogar das gesamte Verfahren zu wiederholen gewesen wäre (vgl. OLG Frankfurt, B.v. 11.6.2013 - 11 Verg 3/13 - IBR 2013, 559).

69

Im Übrigen ist auch der o.g. Entscheidung des Oberlandesgerichts München (aaO Rn. 32) die Anforderung zu entnehmen, dass alle Bieter die Leistungsbeschreibung einheitlich und richtig verstanden haben müssen. Davon kann vorliegend selbst dann nicht ausgegangen werden, wenn nicht nur die Firma G., sondern auch andere Firmen ein anderes Produkt angeboten haben als das, dessen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung enthalten waren. Dabei ist nämlich zu berücksichtigen, dass die Klägerin - worauf auch der Beklagte hinweist - selbst darauf hingewiesen hatte, dass die im Leistungsverzeichnis und den Planungsunterlagen angegebenen Konstruktionsmerkmale und Qualitäten zwingend gefordert würden.

70

Die Klägerin kann sich des Weiteren auch nicht darauf stützen, dass mit dem Anbieten eines anderen Produkts als dem, dessen Produktmerkmale in der Leistungsbeschreibung enthalten waren, eine zulässige Abweichung von einer technischen Spezifikation vorgelegen hat, da die vorliegende Abweichung nicht dem Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 VOB/A unterfällt.

71

Nach § 13 Abs. 2 VOB/A darf eine Leistung, die von den vorgesehenen technischen Spezifikationen nach § 7 Abs. 3 VOB/A abweicht, angeboten werden, wenn sie mit dem geforderten Schutzniveau in Bezug auf Sicherheit, Gesundheit und Gebrauchstauglichkeit gleichwertig ist, im Angebot eindeutig bezeichnet wurde und die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen ist. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist das Angebot eines Bieters nicht als Nebenangebot sondern als Hauptangebot zu werten (§ 16 Abs. 7 VOB/A).

72

Vorliegend ist diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben, da es sich bei den im Leistungsverzeichnis unter Position 03.1 aufgeführten Anforderungen nicht um technische Spezifikationen handelt.

73

Nach § 7 Abs. 3 VOB/A i.V.m. der Definition hierzu in Anhang TS Nr. 1 sind technische Spezifikationen sämtliche, insbesondere die in den Vergabeunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung, mit deren Hilfe die Bauleistung, das Material, das Erzeugnis oder die Lieferung so bezeichnet werden können, dass sie ihren durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllen. Zu diesen technischen Anforderungen gehören Qualitätsstufen, Umweltleistungsstufen, die Konzeption für alle Verwendungsarten („Design for all“) (einschließlich des Zugangs von Behinderten) sowie Konformitätsbewertungsverfahren, Terminologie, Symbole, Versuchs- und Prüfmethode, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung sowie Produktionsprozesse und -methoden. Außerdem gehören dazu auch die Vorschriften über die Planung und die Berechnung von Bauwerken, die Bedingungen für die Prüfung, Inspektion und Abnahme von Bauwerken, die Konstruktionsmethoden oder -verfahren und alle anderen technischen Anforderungen, die der Auftraggeber für fertige Bauwerke oder

dazu notwendige Materialien oder Teile durch allgemeine und spezielle Vorschriften anzugeben in der Lage ist.

74

Bei einem weiten Verständnis der Definition der technischen Spezifikation - wie ihn der Wortlaut zunächst nahelegen könnte - wäre allerdings jegliche in einer Leistungsposition vorgegebene Abmessung oder technische Anforderung an die Bauausführung automatisch unter den Begriff der technischen Spezifikation zu subsumieren; dies liefe indessen dem Regelungszweck des § 13 Abs. 2 VOB/A zuwider.

75

Das Gericht folgt daher der Auffassung, wonach der Begriff der „Technischen Spezifikation“ einer einschränkenden Auslegung bedarf, da es der unionsrechtliche Hintergrund der Norm (nur) gebietet, seine Zielsetzung in der Austauschbarkeit der unterschiedlichen nationalen Normierungen, Maßeinheiten, Umweltgütezeichen, Prüfmethoden o.ä. zu sehen (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.9.2015, Rn. 231 ff. zu § 7 VOB/A). Es soll den Bietern ermöglicht werden, unabhängig von der Bezeichnung der ihnen zur Verfügung stehenden Nachweise, die Gleichwertigkeit eines Produkts oder einer technischen Lösung belegen zu können (vgl. Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2004/18/EG). Auch von einer (nationalen) Normierung oder Zulassung bislang nicht erfasste technische Lösungen sollen nicht mit der Begründung abgelehnt werden können, sie ließen sich nicht unter bestehende Spezifikationen fassen (VK Bund, B. v. 21.1.2011 - VK 2 - 146/10 - IBRRS 2013, 3894; 1. VK Rheinland-Pfalz, B. v. 26.1.2012 - VK 1 - 43/11 - juris Rn. 59; 1. VK Sachsen, B. v. 17.8.2012 - 1/SVK/021-12 - IBRRS 2013, 1135).

76

Dagegen soll § 13 Abs. 2 VOB/A nicht die in einer Leistungsbeschreibung konkret und individuell für die gewünschte Leistung aufgestellten technischen Anforderungen, Abmessungen oder Zulassungen zur Disposition der Bieter stellen. § 13 Abs. 2 VOB/A ist daher - teleologisch einschränkend - dahin auszulegen, dass er Abweichungen eines Leistungsangebots von den konkret individuell vorgegebenen Leistungsparametern nicht erfasst, und zwar unabhängig davon, ob der Auftraggeber diese verbal bzw. numerisch oder durch Bezugnahme auf Bestimmungen eines allgemeinen technischen Regelwerks „spezifiziert“. Bei einem anderen Verständnis wäre einem vergleichbaren Wettbewerb jegliche Basis entzogen und jede Leistungsbeschreibung nur als ein unverbindlicher Vorschlag des Auftraggebers anzusehen, von dem die Bieter nach Belieben abweichen könnten, so sie nur eine Gleichwertigkeit nachweisen. Bei einem weiten Verständnis des Begriffs der „Technischen Spezifikation“ wäre der Bedeutung und der Möglichkeit von Nebenangeboten praktisch die Grundlage entzogen (VK Bund, B.v. 21.1.2011 aaO; B.v. 27.1.2017 - VK 2-145/16 - VPR 2017, 1608).

77

Diese einschränkende Auslegung des § 13 Abs. 2 S. 1 VOB/A, mit der zum einen der Begriff der „Technischen Spezifikation“ auf allgemeine technische Regelwerke eingegrenzt wird, steht das Normmotiv der Förderung des Wettbewerbs im EU-Binnenmarkt sowie der Ermöglichung neuer, von den bestehenden Regelwerken noch nicht erfasster technischer Lösungen nicht entgegen. Denn bei dem durch diese Auslegung bewirkten Ausschluss des Abweichens einer angebotenen Leistung von den konkret individuellen technischen Vorgaben des Leistungsverzeichnisses aus dem Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 Satz 1 VOB/A geht es nicht darum, dass - was diese Vorschrift zusammen mit § 7 Abs. 5 VOB/A verhindern soll - eine angebotene Leistung nur deshalb von der Wertung ausgeschlossen wird, weil sie, obwohl objektiv den konkret individuellen Leistungsanforderungen entsprechend, in formaler Hinsicht von keinem der in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 lit. a - e VOB/A aufgeführten technischen Regelwerke erfasst wird, beispielsweise weil im Rahmen der Leistung zu liefernde Produkte (noch) nicht bestimmte, nach den genannten Regelwerken erforderliche technische Prüfungen durchlaufen haben und gegebenenfalls diesbezüglich nicht nach diesen Regelwerken zertifiziert sind, möglicherweise aber nach sonstigen (ausländischen) Regelwerken. In solchen Fällen soll der Auftraggeber die angebotene Leistung nach § 13 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 7 Abs. 5 VOB/A nicht mit der Begründung unberücksichtigt lassen dürfen, für ihn sei die von den in § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 VOB/A genannten Regelwerken abweichende Klassifizierung eines ausländischen Regelwerks nicht auf die Gleichwertigkeit ihres technischen Aussagegehalts oder das angebotene Produkt nicht auf seine Konformität mit den Regelwerken des § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 1 VOB/A überprüfbar (2. VK Bund, B.v. 21.1.2011 aaO; Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.9.2015, Rn. 234 zu § 7 VOB/A).

78

Nach dem Gesagten stellte das Angebot der Firma G. damit keine nach § 13 Abs. 2 VOB/A zulässige Abweichung von technischen Spezifikationen, sondern ein - nach den Vergabeunterlagen nicht zugelassenes - Nebenangebot dar.

79

Im Übrigen würde es - ohne dass es mit Blick auf das Vorstehende noch darauf ankommt - wohl auch bei Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 13 Abs. 2 VOB/A an den formalen Voraussetzungen für die Wertbarkeit des Angebots fehlen. Denn weder ist die Abweichung im Angebot eindeutig bezeichnet, noch wurde die Gleichwertigkeit mit dem Angebot nachgewiesen.

80

Bei Vorliegen einer Abweichung der „technischen Spezifikation“ fordert § 13 Abs. 2 Satz 2 VOB/A die eindeutige Bezeichnung der Abweichung im Angebot. Der Bieter muss nicht nur darlegen, dass er etwas anders macht, sondern auch, was genau er anders macht. Die eindeutige Bezeichnung der Abweichung ist nämlich Grundbedingung für die Prüfung des abweichenden Angebots durch den Auftraggeber (VK Südbayern, B.v. 24.8.2010 - Z3-3-3194-1-31-05/10 - IBRRS 2010, 4235). In den betreffenden Angebotspositionen, den davon erfassten Positionsgruppen, dem jeweiligen Abschnitt oder unter Umständen im ganzen Angebot ist eindeutig und klar verständlich zu sagen, dass eine Abweichung von den technischen Spezifikationen vorliegt und worin sie liegt (VK Lüneburg, B.v. 21.10.2004 - 203-VgK-47/2004 - IBRRS 2004, 3485).

81

Die Nachweispflicht gemäß § 13 Abs. 2 VOB/A dient dem Schutz des Auftraggebers und der Erleichterung der Prüfung von Änderungsvorschlägen der Bieter. Der Auftraggeber soll in die Lage versetzt werden, rasch und zuverlässig die fachliche Geeignetheit (Gleichwertigkeit) eines Nebenangebots zu beurteilen (OLG Düsseldorf, B.v. 4.7.2001 - Verg 20/01 - IBRRS 2011, 1900).

82

Im Angebot der Firma G. ist weder die Abweichung als solche geschweige denn deren technische Gleichwertigkeit vermerkt.

83

Zwar ermöglicht bzw. verpflichtet die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die Vergabestelle zur Nachforderung fehlender Erklärungen oder Nachweise, sofern das Angebot nicht entsprechend der Nrn. 1 oder 2 des § 13 Abs. 1 VOB/A ausgeschlossen worden ist. Ob dies im Anwendungsbereich des § 13 Abs. 2 VOB/A jedoch sowohl für die Erklärung, dass von technischen Spezifikationen abgewichen wird, als auch für den Nachweis der Gleichwertigkeit gilt oder nur für den Nachweis der Gleichwertigkeit, ist zumindest zweifelhaft. So ist nämlich ohne eine entsprechende Erklärung, von technischen Spezifikationen abzuweichen, für die Vergabestelle gar nicht erkennbar (§§ 133, 157 BGB), dass ein Bieter mit seinem Angebot von der Möglichkeit einer Abweichung Gebrauch machen will. Die Nachweispflicht des § 13 Abs. 2 VOB/A soll auch im Interesse der zügigen Durchführung des Vergabeverfahrens den Auftraggeber in die Lage versetzen, rasch und zuverlässig die fachliche Geeignetheit bzw. Gleichwertigkeit des Angebots beurteilen zu können (OLG Düsseldorf, B.v. 4.7.2001 aaO). Fehlt es in einem Angebot daher sowohl an der Erklärung, von technischen Spezifikationen abzuweichen sowie auch an einem entsprechenden Nachweis der Gleichwertigkeit, so stellt sich die Frage, wie der Auftraggeber überhaupt erkennen können soll, dass der Bieter ein Hauptangebot nach § 13 Abs. 2 VOB/A (vgl. § 16 Abs. 7 VOB/A) und kein Nebenangebot abgegeben hat. Eine Pflicht zur Nachforderung von Erklärungen oder Nachweisen setzt zumindest voraus, dass es für die Vergabestelle erkennbar ist, welche Erklärungen oder Nachweise nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A nachzufordern sind. Mangels Erkennbarkeit einer Abweichung von einer technischen Spezifikation im Angebot der Firma G. war es der Klägerin gar nicht möglich, Nachweise für die Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung anzufordern.

84

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass - selbst wenn man die Schreiben der Firma G. vom 21. und 25. März 2013 als unaufgeforderte Nachreichung der nach § 13 Abs. 2 VOB/A erforderlichen, jedoch mit dem Angebot nicht vorgelegten Erklärungen betrachten würde - auch in diesen Schreiben eine ausdrückliche Erklärung, von technischen Spezifikationen abzuweichen, gerade nicht enthalten war. Vielmehr hat sie darin nur aufgeführt, weshalb aus ihrer Sicht eine Bauausführung mit den (von der Klägerin verdeckt

ausgeschriebenen) Platten der Firma K. nicht den gewünschten Effekt erzielen werde und die von ihr angebotene Konstruktion die technisch bessere Lösung darstelle.

85

Letztlich kommt es aber hierauf nicht entscheidungserheblich an, da - wie gesehen - bereits keine bloße Abweichung von einer technischen Spezifikation vorgelegen hat. Das Verhalten der Klägerin, zunächst das Angebot der Firma G. ausschließen zu wollen, ohne dass sie entsprechend ihrer Verpflichtung aus § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A die nach § 13 Abs. 2 VOB/A fehlenden Unterlagen (Erklärung des Bieters, dass er von technischen Spezifikationen abweiche sowie die Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung) nachgefordert hat, zeigt im Übrigen vielmehr, dass sie zunächst selbst nicht davon ausgegangen ist, im Leistungsverzeichnis technische Spezifikationen aufgeführt zu haben, sondern dass ihrerseits die entsprechende Auffassung offenbar erst entwickelt worden ist, als die Reduzierung einer Zuwendung wegen eines schweren Vergabeverstößes im Raum stand. Es fanden sich nämlich weder im Vergabevermerk noch im internen Schriftverkehr entsprechende Anhaltspunkte bzw. Hinweise auf die Regelung des § 13 Abs. 2 VOB/A. Auch die Firma G. hat - wie ausgeführt - in ihren Schreiben vom 21. und 25. März 2013 nicht auf eine Abweichung nach § 13 Abs. 2 VOB/A hingewiesen.

86

Das Angebot der Firma G. konnte im Übrigen auch nicht als sogenanntes Nebenangebot in die Wertung aufgenommen werden, weil Nebenangebote ausdrücklich ausgeschlossen waren (Nr. 5.1 des Formulars 211 Aufforderung zur Abgabe eines Angebots sowie Nr. 4.b der Bekanntmachung im Bayerischen Staatsanzeiger vom 1.3.2013).

87

Nach alledem war eine Wertung des Angebots der Firma G. nicht möglich. Der Verstoß gegen § 16 Abs. 1 Nr. 1 lit. b i.V. m. § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A hätte den zwingenden Ausschluss des Angebots der Firma G. zur Folge gehabt. Der öffentliche Auftraggeber hat bei Angeboten, die den Vorgaben des § 13 Abs. 1 Nr. 5 VOB/A nicht entsprechen, kein Recht zu einer wie auch immer gearteten großzügigen Handhabe, sondern ist gezwungen, das betreffende Angebot aus der Wertung zu nehmen. Ein transparentes, auf Gleichbehandlung aller Bieter beruhendes Vergabeverfahren ist nur gewährleistet, wenn in jeder Hinsicht vergleichbare Angebote vorliegen. Aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz (§ 97 Abs. 2 und Abs. 1 GWB) ist es dem Auftraggeber im Vergabeverfahren nicht gestattet, Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nachträglich fallen zu lassen und damit Bieter, die sich an die Vorgaben gehalten haben, zu benachteiligen (VK Bund, B.v. 4.2.2010 - VK 3 - 3/10 - VPRRS 2014, 0404; B.v. 8.1.2010 - VK 3 - 229/09 - VPRRS 2013, 0655; VK Nordbayern, B.v. 6.9.2012 - 21.VK - 3194 - 15/12 - IBRRS 2012, 3752). Insbesondere ist es nicht mit dem Grundsatz der Chancengleichheit vereinbar, im Nachhinein als Auftraggeber großzügig zu sein und solche Angebote als gleichwertig zu akzeptieren, die sich in wesentlichen Ausstattungsmerkmalen von der ursprünglich ausgeschriebenen Leistung unterscheiden (Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.9.2015, § 7 VOB/A, Rn. 294/1,1). Auch die übrigen Teilnehmer an der Ausschreibung dürfen durch eine Änderung der Verdingungsunterlagen durch einen Mitbieter keinen Wettbewerbsnachteil erleiden (VK Nordbayern, B.v. 6.9.2012 - 21.VK - 3194 - 15/12 - aaO; OLG Karlsruhe, B.v. 20.5.2011 - 15 Verg 7/11 - juris Rn. 22).

88

Dies betrifft auch die Fallkonstellation, dass der Auftraggeber überschießende Produkthanforderungen - solche Anforderungen also, die nicht unbedingt zur Zweckerreichung des Bauziels erforderlich sind - in den Vergabeunterlagen aufstellt; auch dann greift eine diesbezügliche Selbstbindung. Er ist daher bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes gebunden, nur solche Angebote zu berücksichtigen, die diesen überzogenen Produkthanforderungen gerecht werden. Nach Öffnung der Angebote ist dem Auftraggeber ein nachträglicher Verzicht auf diese Produkthanforderungen zu Gunsten eines anderen Angebotes untersagt (1. VK Sachsen, B.v. 1.6.2011 - 1/SVK/016-11 - juris).

89

Ob die Vergabestelle dabei versehentlich eine produktspezifische Ausschreibung vorgenommen hat, weil sie - wie in der Klagebegründung vorgetragen - den Beigeladenen mit der Erstellung einer produktneutralen Ausschreibung beauftragt hatte, spielt dabei keine Rolle. Die Klägerin konnte dieses ihr nach § 278 BGB zuzurechnende Versäumnis, das sie nach eigenem Vortrag erst mit dem Einspruch der Firma G. gegen die Mitteilung über die geplante Vergabeentscheidung bemerkt hat, nicht dadurch beseitigen, dass sie

nachträglich eine Prüfung der Gleichwertigkeit einer anderen als der ausgeschriebenen Leistung prüfte und akzeptierte. Denn insoweit kann schon nicht ausgeschlossen werden, dass eine solche Prüfung nicht der im Zeitpunkt der Ausschreibungsvorbereitung von äußeren Sachzwängen befreiten Entscheidungsposition entspricht, sondern möglicherweise dem nachträglichen Wunsch geschuldet ist, gleichwohl auf eine möglichst zügige Beendigung des Vergabeverfahrens hinzuwirken.

90

Eine von solchen Erwägungen unbeeinflusste Prüfung seitens der Vergabestelle wäre nur nach einer erneuten Ausschreibung (vgl. VK Südbayern, B.v. 21.7.2008 - Z3-3-3194-1-23-06/08 - IBR 2009, 229) oder zumindest durch Einräumung der Gelegenheit an alle Bieter, auf diese Veränderung durch Änderungen und Anpassungen ihrer Angebote zu reagieren, möglich gewesen. Der Auftraggeber hat den Bietern in jeder Lage des Verfahrens - auch nach einer bereits erfolgten Submission - Gelegenheit zu geben, auf eventuelle Änderungen zu reagieren. Dies ergibt sich aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 VOB/A. Die dort ausgeführten Anforderungen an den öffentlichen Auftraggeber, die Leistung eindeutig und erschöpfend so zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen, konkretisieren den vergaberechtlichen Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz (OLG Düsseldorf, B.v. 5.1.2011 - VII-Verg 46/10 - IBR 2011, 156). Sollen die Bieter bei der Abfassung der Angebote die gleichen Chancen haben, müssen die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein. Das Transparenzgebot verlangt, dass alle für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Umstände den Bietern so bekannt gemacht werden, dass sie bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und in gleicher Weise auslegen können und der Auftraggeber prüfen kann, ob die Angebote der Bieter die geltenden Kriterien erfüllen (vgl. BGH, U.v. 22.7.2010 - VII ZR 213/08 - juris).

91

Auf die Frage, ob das Angebot der Firma G. bereits auch auszuschließen gewesen wäre, weil sie eine Änderung der Vergabeunterlagen auch durch die Beifügung eigener Lieferungs- und Zahlungsbedingungen herbeigeführt hat, kommt es mithin nicht an.

92

1.2 Den dargestellten Verstoß der Klägerin gegen die VOB/A hat der Beklagte in nicht zu beanstandender Weise als schweren Verstoß angesehen, der nach seiner ständigen - ebenfalls nicht zu beanstandenden - Ermessenspraxis eine Kürzung der Zuwendungen zur Folge hat.

93

Bei der Frage, was im Einzelnen als schwerer Verstoß gegen die Vorschriften der VOB/A anzusehen ist, kommt es maßgeblich darauf an, wie die Regierung von Oberbayern als zuständige Behörde für die Vergabe der Zuwendungen dies in vergleichbaren Fällen praktiziert. Nur für den Fall, dass die Vergabe der Zuwendungen aufgrund der ständigen Verwaltungspraxis der für die Vergabe zuständigen Behörde in vergleichbaren Fallgestaltungen keinen Abschlag vom Zuwendungsanspruch vorsieht, könnte aufgrund des ermessensbindenden Verhaltens der Behörde ein Anspruch der Klägerin auf Gewährung der Zuwendung in vollen Umfang entstehen. Die Regierung von Oberbayern hat indes im Schriftsatz vom 22. Juni 2017 ausdrücklich erklärt, dass es der ständigen Verwaltungsübung entspreche, bei einem schweren Vergabeverstoß die Zuwendung zu kürzen.

94

Die Regierung von Oberbayern wendet auch in der vorliegenden Konstellation, in der es nicht um den Widerruf einer Zuwendung geht, für die Frage, ob ein festgestellter Verstoß gegen die VOB/A einen „schweren Verstoß“ darstellt, die Rückforderungsrichtlinien des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23. November 2006 an. Dabei handelt es sich um ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften. Für die Frage, ob ein schwerer Vergabeverstoß vorliegt, kommt es daher nicht auf eine richterliche Interpretation dieses Begriffs, sondern vielmehr darauf an, wie die zuständige Behörde diese administrative Binnenvorschrift im maßgebenden Zeitpunkt in ständiger Praxis gehandhabt hat und in welchem Umfang sie in Folge dessen durch den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG, Art. 118 Abs. 1 BV) gebunden ist. Das Gericht hat hier nur zu prüfen, ob bei der Anwendung der Richtlinie in Einzelfällen, in denen die begehrte Leistung versagt bzw. gekürzt worden ist, der Gleichheitssatz verletzt oder der Rahmen, der durch die gesetzliche Zweckbestimmung gezogen ist, nicht beachtet wurde. Die Grenzen der Interpretation von Richtlinien vorliegender Art durch die zur Entscheidung berufene Behörde werden hier allein durch den gesetzlich umrissenen Subventionszweck bestimmt. (vgl. BVerwG U.v. 17.1.1996 - 11 C

5/95 - juris Rn. 21; BayVGh, U.v. 21.8.2002 - 4 B 00.1936 - juris Rn. 16; B.v. 11.2.2011 - 4 ZB 09.3145 - juris Rn. 6). Danach ist es nicht zu beanstanden, dass der Beklagte hier von einem schweren Vergabeverstoß ausgegangen ist.

95

Der Beklagte ging zu Recht davon aus, dass es durch die unzulässige produktspezifische Ausschreibung und das Vorgehen der Klägerin, nachträglich zugunsten der Firma G. auf die allen Bietern bekannt gemachten Anforderungen der Leistungsbeschreibung abzuweichen, zu einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs gekommen ist und hat daher den klägerischen Vergabeverstoß unter das Regelbeispiel in Nr. 4.2 (ungerechtfertigte Einschränkung des Wettbewerbs) der Rückforderungsrichtlinien subsumiert.

96

Eine konkrete Kausalitätsprüfung dahingehend, ob eine vergaberechtswidrige Ausschreibung im Einzelfall tatsächlich einen Ausschluss potentieller Bieter oder gar einen nachweisbaren finanziellen Schaden der ausschreibenden Stelle bewirkt hat, lässt sich im Nachhinein kaum mehr durchführen und wird von den ermessensbindenden Rückforderungsrichtlinien auch nicht verlangt. Die Aufnahme vergaberechtlicher Verfahrensverpflichtungen in den Zuwendungsbescheid soll der für die nachträgliche Prüfung und für einen möglichen Widerruf zuständigen Behörde entsprechende Nachforschungen und Nachweispflichten ersparen (vgl. BayVGh, B.v. 9.2.2015 - 4 B 12.2325 - juris Rn. 24; B.v. 20.1.2016 - 21 ZB 14.1428 - juris Rn. 53). Die Einhaltung der Vergabegrundsätze liegt insoweit allein in der Risikosphäre des Zuwendungsempfängers (BayVGh, U.v. 9.2.2015 - 4 B 12.2325 - juris Rn. 25).

97

Nicht durchzugreifen vermag daher der Einwand der Klägerin, es sei hier zu keiner Einschränkung des Wettbewerbs gekommen, weil alle Bieter die Möglichkeit gehabt hätten, von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abzuweichen - insgesamt sollen drei Firmen in Position 03.1 ein Produkt angeboten haben, das nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprach - und keines dieser Angebote allein deswegen ausgeschlossen worden sei. Es ist durchaus nicht fernliegend, dass sich weitere Interessenten beworben hätten oder auch andere Bieter im Leistungsverzeichnis ein gegebenenfalls günstigeres Produkt angeboten hätten, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, dass die Klägerin auch andere Produkte akzeptieren würde. Aus der Tatsache, dass drei von sieben Bietern ein anderes Produkt angeboten haben, ist nicht zu schließen, dass diese Abweichungsmöglichkeit auch allen anderen Bietern erkennbar war. Hinzu kommt, dass es die Klägerin selbst war, die zunächst das Angebot der Firma G. ausschließen wollte, weil es nicht den von ihr im Leistungsverzeichnis beschriebenen Anforderungen entsprochen hat. Dann stellt sich die Frage, wie sie davon ausgehen konnte, dass es für alle Bieter, die nur das Leistungsverzeichnis vorliegen hatten, erkennbar gewesen sein soll, dass auch andere Produkte angeboten werden können.

98

Ob daneben auch noch ein schwerer Vergabeverstoß nach Nr. 4.4.4 der Rückforderungsrichtlinien wegen eines vorsätzlichen Verstoßes gegen die Grundsätze nach § 97 GWB vorliegt, bedarf daher keiner Entscheidung, auch wenn einiges dafür spricht, dass die Klägerin zumindest bedingt vorsätzlich gegen das Gebot eines fairen Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung aller Bieter (§ 97 GWB) verstoßen hat, indem sie trotz der Tatsache, dass sie spätestens mit dem Schreiben der Firma G. vom 20. März 2013 - wie sie selbst eingeräumt hat - positiv davon Kenntnis hatte, dass das erstellte Leistungsverzeichnis nicht produktneutral formuliert war, nicht alle Bieter davon in Kenntnis gesetzt hat, dass sie Angebote nicht allein deshalb ausschließen werde, weil darin Produkte aufgeführt seien, die nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprechen.

99

2. Es ist nicht ersichtlich, dass die Regierung von Oberbayern mit dieser Einordnung die Grenzen ihres Ermessens überschreiten oder einen dem Zweck der Vorschriften nicht entsprechenden Gebrauch machen würde (vgl. § 114 VwGO). Ihre Einschätzung ist vielmehr von den Intentionen der ermessensbindenden Richtlinien gedeckt und beachtet vor allem die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Gleichbehandlung. Diese Handhabung wird auch gedeckt durch die Regelung in Nr. 4.2 Alt. 1 der Rückforderungsrichtlinien, wonach ein schwerer VOB-Verstoß unter anderem bei einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs vorliegt. Dabei wird gerade kein vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln vorausgesetzt.

Allein der Umstand einer „ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs“ reicht vielmehr für die Annahme eines schweren VOB-Verstoßes aus.

100

Der Beklagte hat in seinem Schriftsatz vom 22. Juni 2017 auch nicht - wie die Klägerin meint - sein Ermessen erstmals ausgeübt oder Ermessenserwägungen ausgetauscht, sondern in zulässiger Weise bereits im Bescheid vom 18. Oktober 2016 enthaltene Ermessenserwägungen ergänzt und konkretisiert (§ 114 Satz 2 VwGO).

101

Auch die Höhe der vorgenommenen Kürzung ist dabei nicht zu beanstanden. Bei dem hier bejahten schweren Vergaberechtsverstoß sieht die ermessensbindende Richtlinie für die Rückforderung der Zuwendungen vor, dass die Kosten für die jeweilige Auftragseinheit (zum Beispiel Teillos oder Fachlos), bei der der Verstoß übermittelt wurde, von der Förderung ausgeschlossen werden soll. Für den Fall, dass ein solcher Ausschluss zu einem völligen oder sehr weitgehenden Förderausschluss für die Gesamtmaßnahme und damit zu einer erheblichen Härte für den Zuwendungsempfänger führen würde, könne der Kürzungsbetrag auf 20 bis 25% der Gesamtzuwendung beschränkt werden, wobei dieser Rahmen auch unter- oder überschritten werden kann. Den Behörden wird damit eine allgemeine Vorgabe gemacht, durch die ein landesweit gleichmäßiger Vollzug im Grundsatz sichergestellt wird und bei der zusätzlich die besonderen Umstände des Einzelfalles in die Entscheidung einfließen können. Dabei ist zu berücksichtigen, dass ein schwerer Vergaberechtsverstoß als förderrechtliche Konsequenz durchaus auch den völligen Ausschluss der betroffenen Auftragseinheit von der Förderung rechtfertigen kann (vgl. Nr. 3.2 der Rückforderungsrichtlinien; BayVGh, U.v. 9.2.2015 - 4 B 12.2325 - juris Rn. 22). Hält sich die Behörde bei der Ermessensentscheidung über den Umfang der Rückforderung innerhalb des durch die Richtlinie vorgegebenen engen Rahmens, so ist sie nicht gehalten, mit zusätzlichen Ermessenserwägungen ausdrücklich darzulegen, weshalb sie gerade den gewählten Prozentsatz und keinen geringeren oder höheren für angemessen hält. Für eine solche Feinjustierung bestünde nur Anlass, wenn die bisherige Vollzugspraxis Ansatzpunkte für eine andere Handhabung böte. Wenn der auf den Normalfall zugeschnittene ermessensbindende Rahmen eingehalten wird, so kann die genaue Höhe der Rückforderungsquote nur dann als ermessensfehlerhaft gerügt werden, wenn in gleichgelagerten Fällen ein anderer (geringerer) Prozentsatz angewandt wurde und damit ein Gleichheitsverstoß vorliegt (vgl. BayVGh, B.v. 22.5.2017 - 4 ZB 16.577 - juris Rn. 23 f.; VG München, U.v. 13.3.2014 - M 15 K 12.6087 - juris Rn. 38, 40). Einer weitergehenden Begründung bedurfte es insoweit nicht. Wendet die Behörde eine ermessensbindende Verwaltungsvorschrift an und unterlässt es lediglich, eine Ausnahme zu erwägen, liegt darin kein Ermessensnichtgebrauch (BayVGh, U.v. 9.2.2015 - 4 B 12.2325 - juris Rn. 22). Wenn der Beklagte in derartigen Fällen keine „mildernden Umstände“ zubilligt, kann das so lange nicht beanstandet werden, als gleichmäßig verfahren wird, denn die Zuwendungsgewährung liegt stets im Ermessen des Beklagten.

102

Besondere Umstände des Einzelfalles ergaben sich insbesondere - entgegen der Auffassung der Klägerin - auch nicht daraus, dass, wie von ihr behauptet, ihr die wettbewerbsbeschränkende Wirkung der nicht produktneutral abgefassten Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht bekannt gewesen seien. Die Klägerin muss sich - wie ausgeführt - das Verhalten des mit der Ausschreibung beauftragten Beigeladenen gemäß § 278 BGB zurechnen lassen.

103

Auch der Vortrag der Klägerin, dass ihr Vorgehen keine Auswirkungen auf das Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit gehabt hätte, geht ins Leere: Diese Argumentation verkennt insbesondere, dass es zum einen Zweck der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen ist, das jeweils wirtschaftlichste Angebot zum Zuge kommen zu lassen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass nur durch eine öffentliche Ausschreibung unter Ausnutzung des Leistungswettbewerbs und aller Chancen am Markt das günstigste Angebot erzielt wird (vgl. OVG NW, U.v. 20.4.2012 - 4 A 1055/09 - juris Rn. 129). Das streng formalisierte Verfahren, wie es die VOB/A vorsieht, dient gerade dazu, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erzwingen (vgl. OVG NW, U.v. 20.4.2012, aaO; VG Düsseldorf, U.v. 16.2.2016 - 19 K 3318/14 - juris Rn. 107 ff.). Zum anderen ist es aber gerade auch Sinn und Zweck der Auflage zur Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften, wirkungsvoll einer Korruptions- und Manipulationsgefahr zu begegnen sowie Wettbewerb und Transparenz bei der Vergabe von Aufträgen, die durch Fördergelder mitfinanziert

werden, zu gewährleisten. Dies ergibt sich ausdrücklich auch aus der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 14. Oktober 2005 zur Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich (AllMBI. 2005, S. 424; vgl. dort unter Nr. 1.2.1), auf die Nr. 3.1 der ANBest-K Bezug nimmt.

104

Die Regelungen des Vergaberechts dienen also nicht nur der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, sondern auch dem wirtschaftspolitischen Interesse des chancengleichen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen und damit dem Wettbewerb. Deshalb ist es auch unerheblich, ob dem Zuwendungsgeber durch die Nichtbeachtung des Vergaberechts ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist oder nicht. Vielmehr indiziert die Missachtung des Vergaberechts, das (auch) die Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe sicherstellen soll, die Unwirtschaftlichkeit (vgl. zum Ganzen: BVerwG, U.v. 17.1.1996 - 11 C 5/95 - NJW 1996, 1766 - juris Rn. 21; U.v. 1.10.2008 - 11 A 7719/06 - juris Rn. 37; BayVGh, U.v. 5.8.2010 - 4 B 08.2968 - juris Rn. 26; B.v. 18.2.2010 - 4 ZB 09.943 - juris Rn. 5 ff.; B.v. 4.8.2008 - 4 ZB 06.1321 - juris Rn. 9; U.v. 13.12.2001 - 4 B 01.623 - BayVBl 2002, 498 - juris Rn. 15; VG München, U.v. 13.3.2014 - M 15 K 12.6087 - juris Rn. 37 ff.).

105

Mithin war die Klage mit der Kostenfolge nach § 154 Abs. 1 VwGO abzuweisen. Der Beigeladene trägt seine außergerichtlichen Kosten selbst (§ 162 Abs. 3 VwGO).

106

Die vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung folgt aus § 167 Abs. 2 VwGO i.V.m. §§ 708 ff. ZPO.