



Stiftsstraße 9
55116 Mainz
Telefon 06131 16-0
Telefax 06131 16-2100
poststelle@mwwlw.rlp.de
www.mwwlw.rlp.de

Vergabeprüfstelle

4. Januar 2022

ENTSCHEIDUNG

In dem Nachprüfungsverfahren VPS 16/21

aufgrund der Beanstandung XXX,

- Beschwerdeführerin –

gegenüber der XXX,

- Auftraggeberin –

betreffend das Vergabeverfahren „Neugestaltung Außenanlagen Grundschule XXX,
Landschaftsbauarbeiten; Vergabenummer: XXX“

wird durch die Vergabeprüfstelle festgestellt:

1. Die Beanstandung der Beschwerdeführerin wird zurückgewiesen.
2. Die Beschwerdeführerin hat die Gebühren des Nachprüfungsverfahrens zu tragen.

Gründe

I.

Die Auftraggeberin schrieb die Baumaßnahme „Neugestaltung Außenanlagen XXX, Landschaftsbauarbeiten; Vergabenummer: XXX“ im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung nach §§ 3 Nr. 1, 3a Abs. 1 S. 1 VOB/A 2019 (die in dieser Entscheidung genannten Vorschriften der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) beziehen sich auf die Ausgabe 2019, Bekanntmachung v. 31.01.2019) aus.

Ausweislich der Auftragsbekanntmachung vom 04.11.2021, hier Buchstabe r), soll die Vergabe des Auftrags nach folgenden Zuschlagskriterien erfolgen:

*Preis (Wertungssumme einschl. evtl. Wartungskosten): 50%,
 Termintreue: 17,5%,
 Ausführungsqualität: 17,5%,
 Kostenmanagement: 10%,
 Kommunikation: 5%*

Bestandteil der Vergabeunterlagen war u. a. folgende Bewertungsmatrix:

<i>Kriterium</i>	<i>Bewertungsfaktor Gewichtung</i>
Preis in € <i>niedrigster Wert = 100%, dann Interpolation</i>	50,0 %
Termintreue <i>(Einhaltung gesetzter Fristen)</i>	17,5 %
Qualität <i>(Mängelfreiheit der Leistung, Mängelbeseitigung)</i>	17,5 %
Kostenmanagement <i>(Preistreue, Nachtragsmanagement, nachvollziehbare und fristgerechte Abrechnung)</i>	10,0 %
Kommunikation <i>(generelle Erreichbarkeit, Reaktionszeiten)</i>	5,0 %

Dieser waren folgende Erläuterungen beigefügt:

Die Kriterien Termintreue, Qualität, Kostenmanagement und Kommunikation werden mit ganzen Notenwerten von 1 bis 5 bewertet. (1 = beste Erfüllung)

Es werden nur erbrachte Leistungen ab dem 01.01.2018 bewertet.

Firmen die bisher noch nicht oder vor dem 01.01.2018 für die XXX oder deren Ortsgemeinden tätig waren, werden generell mit dem Notenwert 3 bewertet.

Notenwert	Prozentwert
<i>1 = sehr gut</i>	<i>100 %</i>
<i>2 = gut</i>	<i>75 %</i>
<i>3 = befriedigend</i>	<i>50 %</i>
<i>4 = ausreichend</i>	<i>25 %</i>
<i>5 = mangelhaft</i>	<i>0%</i>

Innerhalb der Angebotsfrist wurden mehrere Bieterfragen, betreffend das Leistungsverzeichnis, das Bodengutachten und den Detailplan, gestellt und von der Auftraggeberin beantwortet.

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist waren vier Angebote eingegangen. Die Submission erfolgte am 23.11.2021 um 10:00 Uhr. Hiernach war das Angebot der Beschwerdeführerin das günstigste Angebot und belegte damit preislich den ersten Rang.

Bei zwei Bietern forderte die Auftraggeberin Unterlagen nach, die diese fristgemäß einreichten.

Nach rechnerischer und fachlicher Prüfung der Angebote durch das beauftragte Ingenieurbüro XXX (im Folgenden: Ingenieurbüro) wurden die Angebote an den Fachbereich, die Bauabteilung der Auftraggeberin, weitergeleitet und von dieser gemäß der Bewertungsmatrix der Auftraggeberin gewertet. Grundlage für die Wertung waren Bewertungsbögen, die für jeden Bieter aufgrund vergangener Aufträge erstellt worden waren. Alle anbietenden Firmen waren seit dem 01.01.2018 mindestens einmal für die Auftraggeberin oder deren Ortsgemeinden tätig.

Die Wertung ergab eine neue Bieterreihenfolge: hiernach war das Angebot der XXX (im Folgenden: Firma XXX) das wirtschaftlichste Angebot. Das Angebot der Beschwerdeführerin belegte lediglich den dritten Rang. Die Bewertungsmatrix stellte sich hinsichtlich der Beschwerdeführerin und der Firma XXX wie folgt dar:

Kriterium	Bewertungsfaktor Gewichtung	XXX	XXX
Preis in € niedrigster Wert = 100 %		XXX € 100,00 %	XXX € 97,34 %
	50,0 %	50,00 %	48,67 %
Termintreue		gut	sehr gut
	17,5 %	13,13 %	17,50 %
Qualität		gut	sehr gut
	17,5 %	13,13 %	17,50 %
Kostenmanagement		sehr gut	sehr gut
	10,0 %	10,00 %	10,00 %
Kommunikation		gut	gut
	5,0 %	3,75 %	3,75 %
Gesamtbewertung		90,0 %	97,4 %
Platzierung		3	1

Mit Schreiben vom 13.12.2021 informierte die Auftraggeberin die Beschwerdeführerin darüber, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag am 22.12.2021 auf das Angebot der Firma XXX zu erteilen. Als Grund für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin führte die Auftraggeberin aus, dass dieses nach der Bewertungsmatrix nicht das wirtschaftlichste sei. Das wirtschaftlichste Angebot erreiche 97,4 % des Erfüllungsgrades der Zuschlagskriterien, das Angebot der Beschwerdeführerin lediglich 90,0 %.

Mit Schreiben vom 14.12.2021, das der Auftraggeberin am 15.12.2021 zugeing, beanstandete die Beschwerdeführerin die beabsichtigte Zuschlagserteilung. Zur Begründung führte sie aus, dass die Bewertungsfaktoren nicht nachprüfbar seien und nicht ersichtlich sei, auf welcher konkreten Grundlage die Bewertung überhaupt stattfindet. Ferner fehle ein direkter Bezug zum Auftragsgegenstand und würden Bieter, die noch nie für die Auftraggeberin tätig waren, benachteiligt. Die Beschwerdeführerin teilte ferner mit, dass sie nicht auf die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verzichten

werde und bat um Weiterleitung des Verfahrens an die Vergabepflichtstelle, falls die Auftraggeberin ihrer Beanstandung nicht abzuwehren beabsichtige.

Im Schreiben vom 21.12.2021 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie der Beanstandung nicht abhelfe. Zur Begründung verwies sie auf § 16b VOB/A, wonach neben dem Preis und den Kosten auch die Qualität, die Organisation und Qualifikation des Personals sowie die Kommunikation und die Ausführungsfrist als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden könnten. Hierauf beruhten auch die ausgewählten Kriterien Termintreue, Qualität, Kostenmanagement und Kommunikation. Sie stünden mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, da es der Auftraggeberin auf Termintreue, d. h. die Einhaltung der Ausführungsfrist, die Kommunikation, d. h. der Erreichbarkeit der zuständigen Mitarbeiter, die Qualität, d. h. die Gewährleistung einer mangelfreien Ausführung und das Kostenmanagement, d. h. eine produktive Leistung ohne gravierende Kostennachforderung, ankomme. Die Kriterien seien auch nicht willkürlich gewählt und überprüfbar. Auch Erstbewerbungen erhielten eine Chance auf den Auftrag, da sie mit den Noten 3 eingeordnet würden, was im Einzelfall sogar eine Besserstellung bedeuten könne.

Mit Schreiben vom gleichen Tag legte die Auftraggeberin der Vergabepflichtstelle das Vergabeverfahren zur Nachprüfung vor.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Schreiben der Verfahrensbeteiligten und die Vergabeakte in Gestalt der bei der Vergabepflichtstelle vorliegenden Nachprüfungsakte verwiesen.

II.

Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Beanstandung ist zulässig.

Nach §§ 1, 2 der Landesverordnung über die Nachprüfung von Vergabeverfahren durch Vergabeprüfstellen (abgek. NachprV) vom 26. Februar 2021 (GVBl. S. 123) ist die Vergabeprüfstelle beim Ministerium für Wirtschaft, Verkehr, Landwirtschaft und Weinbau Rheinland-Pfalz für die Nachprüfung des vorliegenden Vergabeverfahrens zuständig.

Die Auftraggeberin ist als kommunale Gebietskörperschaft nach § 2 Abs. 1 S. 1 NachprV verpflichtet, bei Vergabeverfahren die Bestimmungen der §§ 4 bis 11 NachprV einzuhalten. Der persönliche Anwendungsbereich der Landesverordnung ist damit eröffnet.

Der geschätzte Auftragswert überschreitet die hier gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 NachprV für Bauleistungen maßgebliche Prüfungswertgrenze von 100.000 EUR. Ferner wird der maßgebliche EU-Schwellenwert von 5.350.000,00 EUR (§ 2 Abs. 2 NachprV i. V. m. § 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB i. V. m. Art. 4 lit. a) RL 2014/24/EU in der seit dem 01.01.2020 geltenden Fassung) unterschritten.

Die Beschwerdeführerin hat die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften im Sinne von § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV mit Schreiben vom 14.12.2021 form- und fristgemäß beanstandet. Die Auftraggeberin hat der Beanstandung der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 21.12.2021 nach § 5 Abs. 1 S. 1 NachprV nicht abgeholfen.

Die Beschwerdeführerin hat bereits im Beanstandungsschreiben ausdrücklich erklärt, nicht auf die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens verzichten zu wollen (§ 5 Abs. 1 S. 2 NachprV).

2. Die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist aber unbegründet.

Die Beanstandung ist gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 3 NachprV zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin ist mit ihren im Beanstandungsschreiben vorgebrachten Rügen im Hinblick auf angebliche Fehler der Bewertungsmethodik und- matrix präkludiert.

Die Beschwerdeführerin hätte die Verstöße gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 3 NachprV bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen. Sie rügte bzw. beanstandete die vermeintlichen Verstöße aber erst nach Erhalt der Vorabinformation.

Gemäß § 10 Abs. 3 Nr. 3 NachprV trifft den Bieter die Obliegenheit, bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber Verstöße gegen Vergabevorschriften, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, zu rügen. Andernfalls weist die Vergabeprüfstelle das Nachprüfungsbegehren – aus formalen Gründen – zurück.

Es handelt sich hierbei nicht um eine Rechtspflicht, sondern eine Obliegenheit, d.h. eine Pflicht der Unternehmen gegen sich selbst. Sie beruht im Kern darauf, dass öffentliche Auftraggeber und Bieter eine Vertrauensgemeinschaft mit wechselseitigen Rechten und Pflichten bilden (Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 42). Die Rüge soll den öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen, einen etwaigen Vergaberechtsverstoß zeitnah zu korrigieren (Beschleunigung des Vergabeverfahrens, Selbstkontrolle des öffentlichen Auftraggebers).

Erkennbar i. S. d. § 10 Abs. 3 Nr. 3 NachprV ist ein Vergaberechtsverstoß, wenn sich die zugrunde liegenden Tatsachen aus den Vergabeunterlagen ergeben und von einem Bieter der Verstoß gegen Bestimmungen des Vergabeverfahrens erkannt werden kann. Ein Verstoß muss nicht lediglich in tatsächlicher Hinsicht, sondern auch in rechtlicher

Hinsicht erkennbar sein (vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.06.2019 – 15 Verg 8/19, Rn. 33, juris für die Erkennbarkeit nach § 160 Abs. 3 S. 1 GWB).

Für die Erkennbarkeit ist auf die Erkenntnismöglichkeit eines durchschnittlichen Bieters abzustellen. Maßgeblich ist also der objektive Maßstab eines sorgfältig handelnden und prüfenden Unternehmens, das mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist, ohne dafür besonderen Rechtsrat, sei es durch eine eigene Rechtsabteilung, sei es durch externe Rechtsberater, einholen zu müssen (vgl. Steiff, in: Heuvels/ Höß/Kuß/Wagner, Vergaberecht, 2. Aufl. 2021, § 160 GWB. Rn. 122; Reidt, in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 58).

Von jedem Unternehmen, dass sich an einem Vergabeverfahren beteiligt, kann erwartet werden, dass es die Vergabeunterlagen sorgfältig liest und auch den Text der einschlägigen Verfahrensordnungen zur Kenntnis nimmt. Ergeben sich dabei Ungereimtheiten oder Widersprüchlichkeiten, so muss das Unternehmen ihnen nachgehen, auch wenn es die Rechtslage nicht genau kennt. Insofern ist daher ein realistischer und realitätsnaher Maßstab zugrunde zu legen, der einerseits die Anforderungen an Unternehmen nicht überspannt, andererseits jedoch auch nicht dazu führt, dass die Präklusionsregelung in § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 weitestgehend leer läuft (Reidt in: Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 4. Aufl. 2018, § 160 GWB, Rn. 58).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze gilt für die vermeintlichen Verstöße im vorliegenden Fall das Folgende:

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Bewertungsfaktoren nicht nachprüfbar seien und nicht ersichtlich sei, auf welcher konkreten Grundlage die Bewertung stattfinde. Ferner fehle ein direkter Bezug zum Auftragsgegenstand und würden Bieter, die noch nie für die Auftraggeberin tätig waren, benachteiligt.

Diese vermeintlichen Verstöße waren in tatsächlicher Hinsicht für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter erkennbar. Die Vergabeunterlagen beschreiben die Bewertungskriterien einschließlich der Unterkriterien, die Bewertungsmethode sowie anhand einer

Bewertungsmatrix die Gewichtung/ Bewertungsfaktoren. Während der Angebotserstellung muss sich ein Bieter zwangsläufig mit der Bewertungsmethode und den einzelnen Zuschlagskriterien auseinandersetzen, wenn er ein wirtschaftliches Angebot abgeben möchte, denn es liegt im ureigenen Interesse eines jeden Bieters, den ausgeschriebenen Auftrag durch Abgabe des besten und somit wirtschaftlichsten Angebots zu erhalten (VK Berlin, Beschl. v. 30.07.2019 – VK – B 1-09/19, Rn. 88, juris). Es bedarf vorliegend auch keiner besonderen vergaberechtlichen Kenntnisse, um die vorliegende Bewertungsmethode und -matrix zu durchdringen. Liest ein durchschnittlich fachkundiger Bieter die Bewertungsmatrix mit den zugehörigen Erläuterungen zur Bewertungsmethode, fallen ihm die Umstände, die die Beschwerdeführerin hier beanstandet hat, sofort ins Auge.

§ 16d Abs. 1 Nr. 5 VOB/A bestimmt, welche Zuschlagskriterien neben dem Preis und den Kosten in Betracht kommen. Die Zuschlagskriterien müssen dabei mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (§ 16d Abs. 1 Nr. 6 VOB/A). Gemäß § 16d Abs. 1 S. 2 VOB/A müssen die Zuschlagskriterien ferner so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Legt ein Bieter den Text des § 16d Abs. 1 VOB/A neben die Vergabeunterlagen, müssen ihm angebliche Diskrepanzen zwischen den rechtlichen Anforderungen und den Festlegungen der Vergabeunterlagen auffallen.

Die Schwelle zur Erkennbarkeit möglicher Vergaberechtsverstöße im Zusammenhang mit den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und Bewertungsmethoden ist niedrig anzusetzen. Denn – anders als etwa bei Verstößen gegen formelle Vorgaben der Ausschreibung – ist davon auszugehen, dass sich Bieter/Unternehmer zwecks Erstellung eines chancenreichen und damit gemessen an den Zuschlagskriterien wirtschaftlichen Angebots intensiv mit den Vorgaben zur Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote befassen. Es kann daher unterstellt werden, dass Unternehmern – mehr noch als Juristen

– mögliche nicht sachgerechte oder unklare Bewertungsmethoden regelmäßig auffallen. Alles, was einem Bieter hier nicht sachgerecht oder unstimmig vorkommt und sodann nach Lektüre der einschlägigen vergaberechtlichen Vorschriften und deren rechtslaienhaftem Verständnis als „irgendwie“ (laienhaft) nicht vergaberechtskonform erscheint, kann als „erkennbarer“ Verstoß qualifiziert werden (Zimmermann, jurisPR-VergR 12/2019 Anm. 2 zu VK Berlin, Beschl. v. 30.07.2019 – VK – B 1-09/19).

Zweifel hinsichtlich der Nachprüfbarkeit der Bewertungsfaktoren hätten einem durchschnittlich fachkundigen Bieter vorliegend schon aufgrund der Lektüre des § 16d Abs. 1 S. 2 VOB/A kommen müssen, wonach im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden darf und eine wirksame Überprüfung möglich sein muss, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.

Auch der vermeintlich fehlende Bezug zum Auftragsgegenstand, wie ihn § 16d Abs. 1 Nr. 6 VOB/A verlangt, musste sich einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Durchsicht der Vergabeunterlagen aufdrängen. Diese Anforderung ist wegen der Ausrichtung des gesamten Vergabeverfahrens auf den spezifischen Auftragsgegenstand so wesentlich, dass sich ein Bieter damit auseinandersetzen muss.

Für die Erkennbarkeit in rechtlicher Hinsicht ist jedenfalls nicht erforderlich, dass ein Bieter das Problem rechtlich durchdrungen hat. Er muss aber zur Vermeidung der Rückpräklusion auf mögliche Unstimmigkeiten, die sich aus der Lektüre des Gesetzestextes in Verbindung mit den Vergabeunterlagen ergeben können, hinweisen (VK Berlin, Beschl. v. 30.07.2019 – VK – B 1-09/19, Rn. 101, juris). Dies stellt bei dem vorliegenden Vergabeverfahren auch keine überspannten Anforderungen an die Bieter dar.

Wenn sich für die Beschwerdeführerin die Frage gestellt hat – ihre Beanstandung erweckt jedenfalls den Anschein –, auf welcher konkreten Grundlage die Bewertung stattfindet, hätte sie dies im Rahmen einer Bieterfrage klären lassen können. Insofern könnte sogar gegebenenfalls positive Kenntnis i. S. d. § 10 Abs. 3 Nr. 1 NachprV unterstellt werden. Im Ergebnis bedarf dies jedoch keiner Entscheidung.

Die Beschwerdeführerin hätte die geltend gemachten Umstände aufgrund der Vergabeunterlagen demnach als Unstimmigkeiten erkennen können und bis zum Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen.

Nach alledem war die Beanstandung der Beschwerdeführerin gemäß § 10 Abs. 3 NachprV bereits aus formalen Gründen zurückzuweisen.

III.

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 11 NachprV. Die Beschwerdeführerin hat die Gebühren des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, da die Beanstandung keinen Erfolg hatte.

Über die Gebühren ergeht ein gesonderter Bescheid.

Für die Vergabepflichtstelle
Im Auftrag

XXX