



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

Vergabepflichtstelle

25. Juli 2023

## ENTSCHEIDUNG

In dem Nachprüfungsverfahren VPS 25/23

aufgrund der Beanstandung der Firma XXX

- Beschwerdeführer -

gegenüber der XXX

- Auftraggeberin -

betreffend das Vergabeverfahren „Umgestaltung des XXX – Tief- und Landschaftsbauarbeiten“

wird durch die Vergabepflichtstelle festgestellt:

1. Die Beanstandung des Beschwerdeführers wird zurückgewiesen.
2. Der Beschwerdeführer hat die Gebühren des Nachprüfungsverfahrens zu tragen.

## Gründe

### I.

Die Auftraggeberin schrieb die Bauleistung „Umgestaltung des XXX – Tief- und Landschaftsbauarbeiten“ im Wege einer Öffentlichen Ausschreibung nach § 3 Nr. 1, § 3a Abs. 1 S. 1 VOB/A 2019 aus (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).

Die Auftraggeberin wurde bei der Durchführung des Vergabeverfahrens von dem Ingenieurbüro XXX aus XXX (nachfolgend: Ingenieurbüro) unterstützt.

Der prognostizierte Gesamtauftragswert belief sich auf XXX Euro netto.

Die Auftragsbekanntmachung (FB 121 VHB Bund 2019) mit Veröffentlichung der Vergabeunterlagen erfolgte am 16.05.2023 auf der Vergabepattform „subreport ELViS“ (<https://www.subreport.de>). Die Angebotsabgabe war sowohl in elektronischer als auch in schriftlicher Form zugelassen (FB 121 Buchst. c VHB Bund 2019 und FB 211 Nr. 8).

Einziges Zuschlagskriterium war der Preis (FB 211 Nr. 7 VHB 2019). Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes enthielt zur Angebotswertung darüber hinaus folgenden Zusatz:

*„Werkstätten für Behinderte wird bei der Berechnung der Wertungssumme ein Bonus von 15 Prozent eingeräumt. Ist ein Angebot, das von einer Werkstatt für Behinderte abgegeben wurde, ebenso wirtschaftlich wie ein anderes Angebot, so wird der Zuschlag auf das Angebot der Werkstatt für Behinderte erteilt. Der Nachweis der Eigenschaft als Werkstätte für Behinderte ist mit dem Angebot zu führen.“*

Ablauf der Angebotsfrist war der 22.06.2023 (FB 121 Buchst. o VHB Bund 2019).

Bis zum Ablauf der Angebotsfrist wurden drei Angebote abgegeben. Die Submission erfolgte am 22.06.2023. Nach der rechnerischen Prüfung belegte der Beschwerdeführer den zweiten Rang.

Der Beschwerdeführer reichte mit seinem Angebot vom 21.06.2023 eine Bescheinigung des Integrationsamtes über die Anerkennung als Inklusionsunternehmen vom 12.05.2021 ein.

Nach Einschätzung des Ingenieurbüros (Schreiben vom 03.07.2023) waren nach der formellen und der rechnerischen Prüfung alle Angebote vollständig und konnten gewertet werden. Auf die Bevorzugungsregelung für Werkstätten für Menschen mit Behinderungen, Blindenwerkstätten und Inklusionsbetriebe ging das Ingenieurbüro nicht ein.

Im Vorabinformationsschreiben vom 03.07.2023 teilte die Auftraggeberin dem Beschwerdeführer mit, dass der Zuschlag am 14.07.2023 auf das Angebot der Firma XXX aus XXX erteilt werden soll. Zu den Gründen teilte die Auftraggeberin dem Beschwerdeführer unter Punkt 1.3 der Vorabinformation mit, dass sein Angebot nicht das wirtschaftlich günstigste sei. Weitere Ausführungen, insbesondere im Hinblick auf die Bevorzugung von Sozialunternehmen machte die Auftraggeberin nicht.

Mit Schreiben vom 10.07.2023 beanstandete der Beschwerdeführer die Nichtberücksichtigung seines Angebotes. Dabei verwies er auf die eingereichten Unterlagen zu seinem Angebot und die Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz“, wonach er als bevorzugter Bieter zu behandeln sei. Er bat die Auftraggeberin, die Verwaltungsvorschrift entsprechend umzusetzen.

Mit Schreiben vom 11.07.2023 teilte die Auftraggeberin dem Beschwerdeführer mit, dass sie der Beanstandung nicht abhelfen könne. Die Verwaltungsvorschrift für öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz sehe zwar nach Nummer 10.3.1 die grundsätzliche Bevorzugung von Inklusionsbetrieben vor; dies sei auch unabhängig von der verwendeten Ausschreibungsart. Nummer 10.3.3 der Verwaltungsvorschrift beschränke die Anwendung der Bevorzugungsregelung jedoch in der Art, dass nur bei beschränkten Ausschreibungen und Verhandlungsvergaben / freihändigen Vergaben die Bevorzugungsregelung greife. Bei der Ausschreibung der Auftraggeberin handele es sich jedoch um eine öffentliche Ausschreibung, bei der die Bevorzugungsregelung nicht anzuwenden sei. Die

Auftraggeberin räumte dem Beschwerdeführer eine Bedenkzeit bis 15.07.2023 im Hinblick auf einen möglichen Verzicht auf die Fortführung der Nachprüfung durch die Vergabepflichtstelle ein.

Mit Schreiben vom 13.07.2023 bat er nochmals ausdrücklich um Weiterleitung an die Vergabepflichtstelle. Mit E-Mail vom 17.07.2023 leitete die Auftraggeberin das Nachprüfungsverfahren bei der Vergabepflichtstelle ein.

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 des Beschwerdeführers ist zulässig, aber nicht begründet.

**1.** Die Beanstandung ist zulässig.

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

**b)** § 2 NachprV bestimmt den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich.

Die Auftraggeberin ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts nach § 2 Abs. 1 Satz 1 NachprV verpflichtet, bei Vergabeverfahren die Bestimmungen der §§ 4 bis 11 NachprV einzuhalten.

Der persönliche Anwendungsbereich der Landesverordnung ist damit eröffnet.

Der geschätzte Auftragswert (XXX Euro netto) überschreitet die hier gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 NachprV für Bauleistungen maßgebliche Prüfungswertgrenze von 75.000 Euro. Ferner wird der maßgebliche EU-Schwellenwert von 5.382.000 Euro (§ 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 ab 01.01.2022 geltenden Fassung) unterschritten.

Am 03.07.2023 übermittelte die Auftraggeberin eine ordnungsgemäße Vorabinformation nach § 4 NachprV an den Beschwerdeführer.

Der Beschwerdeführer hat die Nichteinhaltung von Vergabevorschriften im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 1 NachprV mit Schreiben vom 10.07.2023 form- und fristgerecht beanstandet.

Die Auftraggeberin hat der Beanstandung nicht abgeholfen. Sie hat den Beschwerdeführer hierüber mit Schreiben vom 11.07.2023 unterrichtet (§ 5 Abs. 1 Satz 1 NachprV).

Der Beschwerdeführer hat auf die Nichtabhilfe-Mitteilung der Auftraggeberin vom 11.07.2023 mit Schreiben vom 13.07.2023 ausdrücklich um Vorlage und Entscheidung durch die Vergabeprüfstelle gebeten. Der Beschwerdeführer hat mithin auf die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nicht verzichtet (§ 5 Abs. 1 Satz 2 NachprV).

Der sachliche Anwendungsbereich ist eröffnet; die Beanstandung der Beschwerdeführerin ist damit insgesamt zulässig.

## **2. Die Beanstandung hat in der Sache keinen Erfolg.**

Die Auftraggeberin hat die Angebotswertung zwar unter Verstoß gegen geltende vergaberechtliche Bestimmungen vorgenommen. Der Vergaberechtsverstoß kann jedoch aus formellen Gründen nicht mehr geltend gemacht werden, weil der Beschwerdeführer den in den Vergabeunterlagen erkennbaren Vergaberechtsverstoß nicht bis zum Ablauf der Angebotsfrist gerügt hat.

**a)** Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 NachprV entscheidet die Vergabeprüfstelle, ob der Auftraggeber im Vergabeverfahren Vergabevorschriften verletzt hat und trifft geeignete Maßnahmen zur Beseitigung der Vergaberechtsverstöße.

Die Auftraggeberin hat gegen Vergaberecht verstoßen, weil sie die Bevorzugungsregelung für Werkstätten für Menschen mit Behinderungen, Blindenwerkstätten und Inklusionsbetriebe nach Nummer 10.3 der Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz“ von 18.08.2021 (MinBl. 91) nicht beachtet hat. Sie ging fälschlicherweise davon aus, dass die genannte Bevorzugungsregelung nicht bei öffentlichen Vergabeverfahren und damit bei der durchgeführten öffentlichen Ausschreibung einzuhalten ist.

Mit der Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz“ vom 18.08.2021 (MinBl. S. 91) hat das Land das Haushaltvergaberecht neu gefasst. Nach Nummer 10.3.1 der Verwaltungsvorschrift werden öffentliche Aufträge, die von anerkannten Werkstätten für behinderte Menschen (§ 219 Abs. 1 SGB IX) oder Blindenwerkstätten ausgeführt werden können, bevorzugt diesen Werkstätten angeboten (§§ 224 und 226 SGB IX). Diese Bestimmung ist auch auf Inklusionsbetriebe im Sinne des § 215 SGB IX anzuwenden (§ 224 Abs. 2 SGB IX). Die Regelungen gelten unabhängig davon, über welche Vergabeverfahrensart der öffentliche Auftrag vergeben werden soll. Hiervon ist nach dem Nichtabhilfe-Schreiben vom 11.07.2023 auch die Auftraggeberin ausgegangen.

Nummer 10.3.3 der Verwaltungsvorschrift bestimmt sodann den Inhalt der Bevorzugung. Die einzelnen Absätze greifen verschiedene Aspekte bei der praktischen Umsetzung der Bevorzugungsregelung auf. So knüpft Absatz 1 dieser Bestimmung zunächst an nichtöffentliche Vergabeverfahrensarten an (Beschränkte Ausschreibung, Verhandlungsvergabe und Freihändige Vergabe ohne Teilnahmewettbewerb), bei denen eine Auftragsbekanntmachung nicht erfolgt. Bei solchen nichtöffentlichen Verfahren fordert der öffentliche Auftraggeber mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes auf (vgl. § 3 Abs. 2 und § 3b Abs. 2 VOB/A; § 11 Abs. 1 und § 12 Abs. 2 Satz 1 UVgO). Anders als bei einer öffentlichen Ausschreibung findet nur ein eingeschränkter

Wettbewerb statt. Der Hinweis im ersten Absatz von Nummer 10.3.3 soll sicherstellen, dass bei öffentlichen Aufträgen, die von anerkannten Werkstätten für Menschen mit Behinderungen oder Blindenwerkstätten oder Inklusionsbetrieben durchgeführt werden können, auch bevorzugte Betriebe bei der Angebotsaufforderung berücksichtigt werden. Eine solche Regelung ist bei öffentlichen Verfahren (öffentliche Ausschreibungen, beschränkte Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb) nicht erforderlich, weil auch bevorzugte Unternehmen bei solchen Ausschreibungen generell zur Abgabe eines Angebotes oder einer Bewerbung aufgerufen sind.

Der zweite Absatz bestimmt für die vierte Wertungsstufe allgemein, dass auf das Angebot eines bevorzugten Bieters, welches ebenso wirtschaftlich ist wie das ansonsten wirtschaftlichste Angebot eines nicht bevorzugten Bieters, der Zuschlag zu erteilen ist. Der dritte Absatz von Nummer 10.3.3 konkretisiert schließlich den Inhalt der Bevorzugung bei dem Wertungskriterium des Preises.

Die Bevorzugung gilt für öffentliche und beschränkte Ausschreibungen, Verhandlungsvergaben und freihändige Vergaben gleichermaßen. Die verwendete Vergabeverfahrensart ist also nicht entscheidend. So sprechen die Absätze 2 und 3 allgemein von der Wertung der Angebote eines bevorzugten Bieters bzw. Unternehmens. Sie schränken den Anwendungsbereich nicht auf bestimmte Vergabeverfahrensarten ein.

Dies ergibt sich in systematischer Hinsicht auch daraus, dass inhaltliche Aspekte der Bevorzugung jeweils in eigenen Absätzen von Nummer 10.3.3 geregelt sind. Ein innerer Zusammenhang zwischen dem ersten und zweiten bzw. dritten Absatz ist auch nicht zu erkennen. Ebenso ergibt sich kein sachlicher Grund, die Bevorzugungsregelung nur auf nichtöffentliche Verfahren anzuwenden, bei öffentlichen Verfahren jedoch nicht. Will der öffentliche Auftraggeber Werkstätten für Menschen mit Behinderungen oder Sozialunternehmen im Rahmen eines eingeschränkten Wettbewerbs besonders berücksichtigen, so steht ihm die Vorbehaltsregelung nach Nummer 10.2 der Verwaltungsvorschrift zur Verfügung.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin war die Bevorzugungsregelung nach Nummer 10.3 der Verwaltungsvorschrift damit auch in das streitgegenständliche Vergabeverfahren einzubeziehen. Dem ist die Auftraggeberin nicht nachgekommen.

**b)** Der Beschwerdeführer ist mit seiner Beanstandung vom 10.07.2023 jedoch präkludiert. Der von ihm geltend gemachte Vergaberechtsverstoß war bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar und rechtzeitig zu rügen. Dies hat er nicht getan.

Nach § 10 Abs. 3 Nr. 2 und 3 NachprV weist die Vergabeprüfstelle in ihrer Entscheidung das Nachprüfungsbegehren des beanstandenden Bieters u. a. zurück, soweit Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung oder erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden. Eine Entscheidung in der Sache setzt in formeller Hinsicht voraus, dass der Beschwerdeführer seiner Rügepflicht nach § 10 Abs. 3 NachprV nachgekommen ist (vgl. auch Nummer 2.4.3 des Rundschreibens des MWVLW vom 31.03.2021).

Der oben unter Buchst. a festgestellte Vergaberechtsverstoß war bereits anhand der Vergabeunterlagen erkennbar. Für die Erkennbarkeit ist der Empfängerhorizont eines durchschnittlich fachkundigen Bieters entscheidend: Dieser muss den Vergabeverstoß bei Anwendung üblicher Sorgfalt und nach zumindest laienhafter rechtlicher Bewertung als solchen erkennen (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 12.11.2020 – 54 Verg 2/20). Dabei liegt Erkennenmüssen vor, wenn der Vergaberechtsverstoß so offensichtlich ist, dass er einem Bieter bei der Erstellung seines Angebotes auffallen muss, ihm also sprichwörtlich ins Auge springt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.01.2014, VII-Verg 26/13). Das ist nur dann der Fall, wenn der Bieter durch bloßes Lesen der einschlägigen Normen und einen Vergleich mit dem Text der Vergabeunterlagen den Vergabeverstoß ohne weiteres feststellen kann, wobei allerdings eine umfassende Kenntnis der dem Verfahren zugrundeliegenden Vorschriften nicht zu erwarten ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.06.2016, Verg 6/16; VK Westfalen, Beschluss vom 19.08.2022 – VK 2 – 29/11 - juris).



Nach § 12 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. r VOB/A soll die Auftragsbekanntmachung die Zuschlagskriterien enthalten, sofern diese nicht in den Vergabeunterlagen genannt werden. Im vorliegenden Fall verweist die Auftragsbekanntmachung (FB 121 VHB Bund 2019 Buchst. r) hinsichtlich der Zuschlagskriterien auf die Vergabeunterlagen. Diese enthielten nach § 8 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 VOB/A in der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes in FB 211 VHB Bund 2019 unter Nummer 7 als einziges Zuschlagskriterium den Preis. Zudem war unter Nummer 7 folgender Hinweis enthalten:

*„Werkstätten für Behinderte wird bei der Berechnung der Wertungssumme ein Bonus von 15 Prozent eingeräumt. Ist ein Angebot, das von einer Werkstatt für Behinderte abgegeben wurde, ebenso wirtschaftlich wie ein anderes Angebot, so wird der Zuschlag auf das Angebot der Werkstatt für Behinderte erteilt. Der Nachweis der Eigenschaft als Werkstätte für Behinderte ist mit dem Angebot zu führen.“*

Die Auftraggeberin hat hier offenbar das auf das Vergaberecht des Bundes zugeschnittene Formblatt verwendet und rheinland-pfälzische Besonderheiten nicht eingepflegt. Denn dieser Hinweis entspricht nicht den Bevorzugungsregelungen der Nummer 10.3 der Verwaltungsvorschrift „Öffentliches Auftragswesen in Rheinland-Pfalz“ vom 18.08.2021 (MinBl. S. 91).

Gleichwohl hat die Auftraggeberin eine Bevorzugungsregelung zum Gegenstand des Vergabeverfahrens gemacht. Insofern verhält sich die Auftraggeberin widersprüchlich, wenn sie gegenüber dem Beschwerdeführer die rheinland-pfälzischen Bevorzugungsregelungen nicht für öffentliche Ausschreibungen für anwendbar hält, in den Vergabeunterlagen (FB 211 VHB Bund 2019) aber eine Bevorzugung von Werkstätten für Menschen mit Behinderungen ausdrücklich vorsieht.

Aufgrund der Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes (FB 211 VHB Bund 2019 Nr. 7) war für den objektiven Empfängerhorizont, auf den hier abzustellen ist, erkennbar, dass Werkstätten für Menschen mit Behinderungen einen Wertungsvorteil von 15% auf den Angebotspreis erhalten sollen. Bei Lektüre der einschlägigen Vorgaben der Nummer 10.3 der rheinland-pfälzischen Verwaltungsvorschrift und einem Vergleich mit den

Vergabeunterlagen (FB 211 VHB Bund 2019) war ohne Weiteres und ohne umfassende Kenntnis der Vergaberechtsverstoß zu erkennen.

Dieser Rügeobliegenheit hat der Beschwerdeführer nicht genügt. Das geht zu seinen Lasten.

**c)** Hat der Beschwerdeführer den erkennbaren Vergaberechtsverstoß nicht spätestens bis zum Ablauf der Angebotsfrist gegenüber dem Auftraggeber gerügt, kann er im Nachprüfungsverfahren damit nicht mehr gehört werden (vgl. Nummer 2.4.3 des Rundschreibens des MWVLW vom 31.03.2021). Es ist Rügepräklusion eingetreten.

Folge der Rügepräklusion ist der Verlust des Anspruches auf Überprüfung eines bestimmten Tuns oder Unterlassens des Auftraggebers. Die Rügepräklusion hat zur Folge, dass der säumige Bieter durch den nicht oder zu spät gerügten Vergaberechtsverstoß – rechtlich gesehen – nicht (mehr) in seinen Rechten verletzt wird. Dies ergibt sich letztlich daraus, dass für das konkrete Verfahren im Verhältnis zu ihm das vergaberechtswidrige Verhalten des Auftraggebers als vergaberechtskonform fingiert wird (Summa in: Heiermann/Zeiss/Summa, jurisPK-Vergaberecht, 6. Aufl., § 160 GWB (Stand: 31.05.2023), Rn. 220 und 386; OLG Naumburg v. 18.08.2011 – 2 Verg 3/11 – VergabeR 2012, 93).

**3.** Nach alledem hat die Beanstandung des Beschwerdeführers keinen Erfolg. Die Beanstandung ist nach § 10 Abs. 3 Nr. 3 NachprV zurückzuweisen.

**III.**

Die Gebührenentscheidung beruht auf § 11 NachprV. Der Beschwerdeführer 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