

Nachprüfungsantrag:

(Antragstellerin - ASt)

Vergabestelle:

Beigeladene:

(Beigeladene - BGl)

Vorhaben: **Lieferleistung von Granitpflastersteinen und Granitplatten für**

Vergabeverfahren: **Offenes Verfahren**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 19.08.2019 durch den Vorsitzenden _____, den hauptamtlichen Beisitzer _____ und den ehrenamtlichen Beisitzer _____ folgenden

Beschluss:

1. Es wird festgestellt, dass der durch Zuschlag vom 24.06.2019 zustande gekommene Vertrag zwischen der Vergabestelle und der Beigeladenen von Anfang an unwirksam ist.
2. Es wird weiter festgestellt, dass durch die Durchführung des Vergabeverfahrens die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.
3. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht wird der Vergabestelle aufgegeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer das Vergabeverfahren in den Stand vor Wertung der Angebote zurückzusetzen.
4. Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin je zur Hälfte.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
6. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt · €. Auslagen sind nicht angefallen.
Die Vergabestelle ist von der Zahlung dieser Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die Vergabestelle schrieb für den Bauabschnitt V ihres Vorhabens die Lieferung von Granitpflastersteinen und Granitplatten aus. Das Verfahren wurde am im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.

2.

In der Auftragsbekanntmachung waren unter Ziff. II.2.5) die Zuschlagskriterien wie folgt benannt: Die Optik war angegeben mit 55 % Gewichtung, nochmals unterteilt in die Kategorien Farbe, Körnung und Bearbeitung ohne nähere Angaben, die Transportweite war angegeben mit 10 % Gewichtung und der Preis war angegeben mit 35 % Gewichtung.

3.

In den Vergabeunterlagen im Formblatt „L 227 (Gewichtung der Zuschlagskriterien Liefer-/Dienstleistungen)“ unter Ziff. 1.2 waren die 55 % des Wertungskriteriums Optik nochmals unterteilt in die Unterkriterien Farbe 20 %, Körnung 20 % und Bearbeitung 15 %. Gleichzeitig wurde dort bei jedem Kriterium auf das Dokument „Zuschlagskriterien, Bestbieterermittlung“, enthalten in den Vergabeunterlagen, verwiesen. Darin wurden die Zuschlagskriterien weiter erläutert.

Für die Ermittlung der Punktwertung für das Zuschlagskriterium Preis war folgende Formel vorgesehen:

$$35 * \frac{\text{Preis Billigstbieter}}{\text{Preis gewerteter Bieter}} = \text{Bieterpunkte}$$

Hinsichtlich der näheren Bewertungskriterien für das Kriterium der Optik war ausgeführt, dass die Punktevergabe für die architektonische Qualität erfolge und das architektonische Leitprodukt in der , in besichtigt werden könne, wo in den bereits fertig gestellten Bauabschnitten das gleiche, gewünschte Pflaster bereits verlegt sei.

Die von den Bietern einzusendenden Mustersteine würden nach Zielerreichung gereiht. Der Auftraggeber entscheide in allen Sach- und Ermessenfragen basierend auf einer qualifizierten Debatte unabhängig und endgültig.

Für das Zuschlagskriterium Optik sollte sich die Punktzahl dann folgendermaßen berechnen:

$$55 * \frac{1}{\text{Anzahl Bieter} - 1} * (\text{Anzahl Bieter} - \text{Rang Bieter}) = \text{Bieterpunkte}$$

Hinsichtlich des Wertungskriteriums Transportweite verlangte die Vergabestelle eine Beschreibung der Route, über die die Steine transportiert werden sollten. Je nach Transportmittel (LKW, Bahn oder Schiff) wurde ein pauschaler Emissionswert pro Strecke zugrunde gelegt und darauf basierend die Emissionsbelastung ermittelt.

Für die letztendliche Bewertung des Kriteriums Transportweite war folgende Formel angegeben:

$$10 * \frac{\text{Niedrigster Emissionswert der Strecke Bieter}}{\text{Emissionswert der Strecke gewerteter Bieter}} = \text{Bieterpunkte}$$

4.

Die Antragstellerin gab ein Angebot ab. Dieses lag ausweislich des Submissionsprotokolls vom _____ mit einer Angebotssumme von _____ € preislich an erster Stelle.

5.

Mit Schreiben vom 29.04.2019, versendet per Post, forderte die Vergabestelle die Antragstellerin auf, Mustersteine zur weiteren Prüfung zu übersenden bis 07.05.2019.

6.

Mit Schreiben vom 12.06.2019 informierte die Vergabestelle die Antragstellerin, dass der Zuschlag nicht auf das Angebot der Antragstellerin erteilt werden sollte, da es nicht das wirtschaftlichste Angebot sei.

7.

In einer E-Mail vom 13.06.2019 begründete die Vergabestelle, dass die Antragstellerin nicht das wirtschaftlichste Angebot abgeben habe, damit, dass sie insbesondere beim Kriterium Optik den letzten Platz belegt habe. Der Auftrag gehe stattdessen an die Beigeladene.

Auf nochmalige Nachfrage der Antragstellerin übersandte die Vergabestelle mit Schreiben vom 25.06.2019 Unterlagen, aus denen sich die Bewertung der Angebote ergeben sollte.

In den beigefügten Formblättern „L 3215 (Angebotsbewertung mehrere Kriterien)“ wird die Bewertung für jeden Bieter rechnerisch aufgeschlüsselt dargestellt nach den Kategorien Preis, Farbe, Körnung, Bearbeitung und Transportweite. Bei den Kriterien Farbe, Körnung und Bearbeitung liegt die Beigeladene jeweils auf Platz 1, die dritte Bieterin jeweils auf Platz 2 und die Antragstellerin jeweils auf Platz 3. In der Spalte „Begründung“ sind keinerlei Einträge gemacht.

Auf einem gesonderten Blatt sind die Berechnungen zu den erzielten Punkten für jeden Bieter jeweils nochmals dargestellt. Zur Begründung der Rangfolge in Bezug auf die Optik findet sich für jeden Bieter lediglich der Vermerk „(Rang [x] nach Einschätzung AG)“.

8.

Ein entsprechendes, auf den 24.06.2019 datiertes Auftragsschreiben (Formblatt L 338) wurde der Beigeladenen übersandt.

9.

Am _____ wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht, dass die Vergabestelle am _____ den Zuschlag an die Beigeladene erteilt habe.

10.

Nachdem dem Bevollmächtigten der Antragstellerin dies bekannt wurde, ließ sie durch diesen gegenüber der Vergabestelle mit Schreiben vom 05.07.2019 etliche Vergaberechtsverstöße rügen.

Die Vergabestelle habe ohne Vorabinformation gemäß § 134 GWB den Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen erteilt, was gemäß § 135 GWB dessen Unwirksamkeit zur Folge habe. Die Vergabestelle habe zudem mehrere Vergaberechtsverstöße begangen. Sie habe Formblätter mit Stand April 2016 verwendet, die veraltet seien. Unklar sei, auf Basis welchen Vergaberechts die Vergabestelle überhaupt vorgegangen sei und ob sie das reformierte Vergaberecht angewendet habe.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums Optik, untergliedert in Farbe, Körnung und Bearbeitung, sei im Formblatt L 227 angegeben worden, dass jeder Bieter mindestens 5 Punkte erhalten werde. In der Anlage zu diesem Formblatt sollten Konkretisierungen erfolgen, welche Anforderungen erfüllt werden müssten. Zwar gebe es ein Blatt, das mit „Zuschlagskriterien, Bestbieterermittlung“ überschrieben sei, darin würde jedoch in keiner Weise beschrieben, welche Kriterien erfüllt sein müssten, um eine bestimmte Punktzahl zu erhalten. Dies sei intransparent und diskriminierend.

Ferner bestehe ein Widerspruch darin, dass die Antragstellerin mit 0 Punkten bewertet wurde, während laut der Angaben im Formblatt mindestens 5 Punkte zu vergeben seien.

An verschiedenen Stellen der Vergabeunterlagen würde als architektonisches Leitprodukt die Pflasterung der _____ die Pflastersteine und die _____

für die Granitplatten vorgegeben. Der Vergabevorschlag des von der Vergabestelle beauf-

tragten Ingenieur-Teams lasse aber erkennen, dass ein um ca. 30 % kürzerer Straßenabschnitt zur Bewertung herangezogen worden sei. Da das Pflasterbild auf dieser Strecke sehr belebt sei, sei dies wertungsrelevant.

Die Antragstellerin habe bereits bei einem vorherigen Auftrag für die Vergabestelle Steine geliefert – ebenfalls ausgerichtet an der [redacted] als architektonischem Leitprodukt – und jetzt das gleiche Material wieder angeboten. Warum dieses Material nunmehr ohne nähere Begründung nicht akzeptiert werde, sei nicht nachzuvollziehen.

11.

Am 25.07.2019 ließ die Antragstellerin durch ihren Bevollmächtigten Nachprüfungsantrag erheben mit folgendem Antrag:

Wir beantragen die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens. Darin möge die Vergabekammer die Antragsgegnerin anweisen, die Rechtmäßigkeit des vorgenannten Verfahrens wiederherzustellen und ein Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Weiterhin beantragen wir, der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

Zur Begründung vertieft sie den in der Rüge bereits ausgeführten Sachverhalt.

Der Nachprüfungsantrag sei ferner nicht unzulässig, da die 30-Tages-Frist des § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB bei Einreichung des Nachprüfungsantrags noch nicht abgelaufen sei.

12.

Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 26.07.2019 an die Vergabestelle übermittelt, ihr Gelegenheit zur Stellungnahme bis 02.08.2019 gegeben und um Vorlage der Vergabeakten gebeten.

13.

Die Vergabekammer hat am 08.08.2019 die Firma [redacted] zum Verfahren beigelegt.

14.

Mit Hinweis vom selben Tage hat die Vergabekammer der Antragstellerin in Bezug auf die Akteneinsicht mitgeteilt, dass diese bereits über alle verfahrensrelevanten Aktenbestandteile verfügt.

15.

Mit Schriftsatz vom 12.08.2019 lässt die Vergabestelle durch ihren Bevollmächtigten beantragen

1. *den Nachprüfungsantrag auf Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß § 166 Abs. 1 Satz 3 GWB zurückzuweisen;*
2. *den Antrag auf Einsichtnahme in die Vergabeakten des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zurückzuweisen;*
3. *der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen;*
4. *festzustellen, dass die Hinzuziehung des Bevollmächtigten für die Antragsgegnerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.*

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

Die Zuständigkeit der Vergabekammer sei nicht gegeben, da es sich vorliegend nicht um einen Lieferauftrag, sondern um einen Bauauftrag handele. Die Lieferung der Pflastersteine sei für die Ausführung von Bauleistungen erforderlich im Sinne des § 3 Abs. 6 VgV. Streitgegenständlich sei der Bauabschnitt V der Neugestaltung der , der aus Bauleistungen, der Lieferung der Granitsteine und -platten und der Lieferung von Beleuchtungskörpern bestehe. Die Lieferleistungen hingen unmittelbar mit den Bauleistungen zusammen, der Auftragswert belaufe sich insgesamt auf etwa 1,3 Mio. € netto und unterfalle daher nicht dem Kartellvergaberecht. Eine Addition mit den anderen Bauabschnitten sei nicht angezeigt, da diese unabhängig voneinander mit erheblichen zeitlichen Abständen durchgeführt und mit separaten Fördermitteln finanziert würden.

Der Nachprüfungsantrag sei ferner unzulässig, weil die Frist des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB nicht eingehalten worden sei. Der Nachprüfungsantrag sei 30 Tage nach Information der Antragstellerin zu erheben gewesen. Inhaltlich müsse die Information lediglich die Gründe der Entscheidung enthalten, eine Belehrung über die Frist sei nicht erforderlich.

Eine solche Information sei am 13.06.2019 fernmündlich erfolgt, indem der Antragstellerin mitgeteilt wurde, dass die Beigeladene den Zuschlag erhalte, weil insbesondere im Kriterium Optik die Antragstellerin den letzten Platz belegt habe. Danach hätte die Antragstellerin spätestens am 13.07.2019 den Nachprüfungsantrag erheben müssen, die Erhebung am 25.07.2019 sei zu spät.

Das Angebot der Antragstellerin sei zudem zwingend auszuschließen gewesen, da im Rahmen einer erneut durchgeführten Angebotswertung sich ergeben habe, dass die angebotenen Steine nicht konform mit der Leistungsbeschreibung seien. Die Vergabestelle habe angegeben, dass das Material in Aussehen und Größe dem bereits verlegten Pflaster entsprechen solle. Im Leistungsverzeichnis sei nochmals auf die optische Gleichwertigkeit hingewiesen worden, ferner seien dort die geforderten Steine unter Angabe eines Handelsnamens vorgegeben worden, sodass die Antragstellerin genau wusste, welches Material gefordert war. Sie habe aber portugiesische Fabrikate unter dem Handelsnamen „ „ angeboten und sich damit bewusst vom Leitfabrikat entfernt, was sich in erheblichen Abweichungen besonders bei der Farbe zeige.

Dies sei der Antragstellerin auch bewusst gewesen, da in einem Telefonat die Vergabestelle die Antragstellerin darauf aufmerksam gemacht habe, dass die vormals gelieferten Steine sich nachträglich als unterschiedlich zum Leitprodukt erwiesen hätten, nur aufgrund von Zeitdruck verbaut worden wären und bis heute als unschön wahrgenommen würden.

Weil die Antragstellerin wiederum diese Steine angeboten habe, seien diese nicht nur mit 0 Punkten zu bewerten, sondern gänzlich auszuschließen gewesen.

Zudem sei die Antragstellerin von der Wertung auszuschließen gewesen, weil sie die Mustersteine nicht wie mit Schreiben vom 29.04.2019 gefordert bis zum 07.05.2019, sondern erst zum 13.05.2019 zur Verfügung gestellt habe.

16.

Mit Schriftsatz vom 13.08.2019 lässt die Beigeladene durch ihre Bevollmächtigte beantragen, *den Antrag auf Kosten der Antragstellerin zurückzuweisen.*

Zur Begründung trägt sie vor, dass die Verwendung veralteter Vordrucke durch die Vergabestelle unbeachtlich sei, da es auf deren Inhalt und nicht deren Gestaltung ankäme.

Die Überschrift, dass die Werklohnangebote nach VOL-A § 16 erfolgen solle, sei unbeachtlich, da im VgV-Verfahren die gleichen Maßstäbe gelten würden.

Die Beschreibung der Qualitätskriterien in den Ausschreibungsunterlagen sei korrekt und nachvollziehbar, die Bewertung sei weder intransparent noch von subjektiven Einflüssen geprägt.

Im Übrigen wird auf den Schriftsatz verwiesen.

17.

Mit Schriftsatz vom 16.08.2019 nimmt die Antragstellerin ihren Antrag auf Akteneinsicht zurück und beantragt

1. *festzustellen, dass der mit der Beigeladenen geschlossene Vertrag über Lieferleistungen von Granitpflastersteinen und Granitplatten für das Bauvorhaben ,
- unwirksam ist.*
2. *geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.*
3. *hilfsweise, festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist.*
4. *Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.*
5. *Die Hinzuziehung eines verfahrensbevollmächtigten Rechtsanwalts durch die Antragstellerin war notwendig.*

Der Schriftsatz der Vergabestelle vom 12.08.2019 sei verspätet.

Es handele sich keinesfalls dem Grunde nach um eine VOB/B-Ausschreibung.

Die E-Mail der Vergabestelle vom 13.06.2019 habe keinerlei Fristen ausgelöst. Darin sei erkennbar nicht von einem bereits erteilten Zuschlag die Rede gewesen, deshalb bemesse sich die Frist nach der öffentlichen Bekanntmachung über die Auftragsvergabe.

Es werde bestritten, dass eine neue ordnungsgemäße Wertung der Mustersteine stattgefunden habe.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht auszuschließen gewesen. Von dem Leitprodukt habe abgewichen werden dürfen.

Bei der Vergabe im Jahre 2015 seien die angebotenen Mustersteine als sehr gut bewertet worden. Dass die Vergabestelle hier die Erfüllung des Auftrags aus dem Jahr 2015 bemängele, sei für die jetzige Vergabe nicht maßgeblich.

Die Vergabestelle habe schon keine erneute Wertung vornehmen dürfen.

Ein Ausschluss des Angebots wegen Abweichung vom Leistungsverzeichnis habe nicht stattfinden dürfen, da die Antragstellerin Granitsteine angeboten habe, nicht gänzlich andersartige Steine als im Leistungsverzeichnis gefordert.

Unklar sei, welche Steine die Vergabestelle bei der neuen Bewertung herangezogen habe.

Verfahrensfehlerhaft sei, dass nur die Steine der Antragstellerin und der Beigeladenen neu bewertet worden seien, dass bei der Bewertung Steine / Fotos aus der erfüllten Lieferung 2015

herangezogen worden seien, dass die Zusammensetzung der Bewertungskommission – soweit denn eine stattgefunden habe – nicht bekannt gegeben worden sei, dass die Neubewertung nicht nachzuvollziehen sei und dass die Antragstellerin nicht mindestens 5 Punkte pro Kategorie erhalten habe.

Das Schreiben vom 29.04.2019, mit dem die Vergabestelle die Mustersteine angefordert habe, habe die Antragstellerin erst am 02.05.2019 erhalten. Daraufhin habe man eine Fristverlängerung vereinbart bis zum 10.05.2019. Die Mustersteine seien am 09.05.2019 bei der Vergabestelle angeliefert worden.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf den Schriftsatz verwiesen.

18.

Mit Schriftsatz vom 19.08.2019 trägt die Antragstellerin zusätzlich vor, dass sie mit Schreiben vom 18.08.2019 gegenüber der Vergabestelle eine eventuelle Neubewertung der Mustersteine als vergaberechtwidrig gerügt habe. Zur Begründung stützt sie sich auf die im Schriftsatz vom 16.08.2019 gemachten Ausführungen.

19.

In der mündlichen Verhandlung am 19.08.2019 hatten die Beteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die Antragstellerin bekräftigt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 16.08.2019.

Die Vergabestelle stellt ihre Anträge aus dem Schriftsatz vom 12.08.2019 zu 1.), 3.) und 4.).

Die Beigeladene bleibt bei Ihrem Antrag aus dem Schriftsatz vom 13.08.2019.

Begründung:

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a)

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

b)

Die Vergabestelle ist öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB.

c)

Bei dem ausgeschriebenen Lieferauftrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im Sinne eines Lieferauftrags gemäß § 103 Abs. 2 GWB. Danach sind Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren.

Werden für ein Bauvorhaben marktübliche Waren beschafft, handelt es sich nicht um Bauleistungen, wenn nicht weitere (Bau-)Arbeiten hinzukommen (vgl. nur OLG München, Beschl. vom 28.09.2005 – Verg 19/05).

Gegenstand der Ausschreibung war dezidiert die Beschaffung von Granitsteinen und Granitplatten. Die Bieter wurden ausschließlich zu Angeboten aufgefordert, die die Lieferung der Steine betraf. Nicht hingegen war die Verlegung des Pflasters oder eine andere, zusätzliche Bauleistung Auftragsgegenstand. Es mag sein, dass die Ausschreibung lediglich einen Teil der Leistungen für den gesamten Bauabschnitt betraf. Dies ändert jedoch nichts daran, dass eben gerade nur die Vergabe einer Lieferleistung intendiert war. In der vorliegenden Konstellation, in der nur die Lieferung der Steine an die Vergabestelle erfolgen soll, ist nicht von einem einheitlich zu beurteilenden Bauauftrag auszugehen, sondern von einem eigenständigen Lieferauftrag.

§ 3 Abs. 6 VgV ist nicht heranzuziehen, da dieser nur die Schätzung des Auftragswerts betrifft, nicht aber die Abgrenzung, wann von welcher Art Auftrag im Sinne des GWB auszugehen ist.

d)

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

e)

Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Sie hat im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB vorgetragen, dass sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat, und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend gemacht. Sie hat geltend gemacht, dass ihr durch die beabsichtigte Vergabe an die Beigeladene ein Schaden zu entstehen droht. Im Rahmen der Zulässigkeit sind an die Antragsbefugnis keine allzu hohen Anforderungen geknüpft.

f)

Die Antragstellerin hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße ordnungsgemäß gerügt, § 160 Abs. 3 GWB.

g)

Der Zuschlag der Vergabestelle auf das Angebot der Beigeladenen vom 27.06.2019 und der dadurch zustande gekommene Vertrag sind unwirksam, § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB.

Die Vergabestelle hat gegen die Informationspflicht aus § 134 Abs. 1 GWB verstoßen.

Gemäß § 134 Abs. 1 GWB ist jede Vergabestelle verpflichtet, den Bietern, deren Angebot nicht berücksichtigt werden soll, den Namen des Zuschlagsprätendenten, die Gründe der Nichtberücksichtigung und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses mitzuteilen.

Die Vergabestelle hat vorliegend zwar mit Schreiben vom 12.06.2019 der Antragstellerin mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht bezuschlagt werden solle, sondern das der Beigeladenen. Jedoch fehlte in diesem Schreiben die Angabe des frühesten Zuschlagstermins, sodass die Informationspflicht nach § 134 GWB nicht erfüllt wurde.

Die 30-Tages-Frist des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB war bei Erhebung des Nachprüfungsantrags noch nicht angelaufen.

Maßgeblich für den Fristbeginn ist zum einen, dass der Bieter über den Zuschlag informiert wird, und zum anderen, dass der Vertragsschluss bei Information bereits erfolgt ist (vgl. Maimann, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 135 Rn. 44; OLG Frankfurt, Beschl. vom 30.01.2014, 11 Verg 15/13). Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, der ausdrücklich von der Information über den Abschluss des Vertrages ausgeht, was denknötwendig voraussetzt, dass dieser vor der Information erfolgt sein muss. Es genügt nicht, den Bieter über einen irgendwann in der Zukunft geplanten Zuschlag zu informieren, um die Frist beginnen zu lassen.

Der Vertragsschluss erfolgte ausweißlich des Auftragsschreibens vom [] und dem Inhalt der Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom [] am []. In den zuvor erfolgten Informationen durch die Vergabestelle

wurde immer auf einen irgendwann in der Zukunft liegenden Vertragsschluss verwiesen, der jedoch noch nicht erfolgt war, wie sich aus der Vergabeakte ergibt. Erst mit der Veröffentlichung im EU-Supplement erlangte die Antragstellerin Kenntnis über den Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Soweit die Vergabestelle vorträgt, dass der Zuschlag bereits telefonisch am 13.06.2019 an die Beigeladene erteilt wurde, widerspricht dies dem eindeutigen Inhalt der Vergabeakte und kann nicht nachvollzogen werden.

Zudem war die E-Mail der Vergabestelle an die Antragstellerin vom 13.06.2019 aus objektiver Sicht so zu verstehen, dass der Auftrag gerade noch nicht an die Beigeladene erteilt wurde. Im Wortlaut: „[...] *Der Auftrag geht an den Mitbewerber* [...] aus [...]“ Die Formulierung „geht“ in der Zeitform Präsens bringt zum Ausdruck, dass die Auftragsvergabe entweder momentan im Gange ist oder aber in der Zukunft stattfindet. Insofern ist die Formulierung nicht eindeutig. Eindeutig ist aber, dass durch die Verwendung des Präsens keinesfalls der bereits erfolgte Abschluss der Vergabe zum Ausdruck kommt. Hierzu hätte die Vergabestelle die Formulierung „ging“ oder „ist gegangen“ verwenden müssen. Bei verständiger Würdigung des Wortlauts aus Sicht eines objektiven Dritten ist nicht von einer Information über einen geschlossenen Vertrag auszugehen.

Damit war die Antragstellerin aber zu keinem Zeitpunkt über einen in der Vergangenheit liegenden, bereits erfolgten Vertragsschluss informiert, sodass die Frist des § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB nie zu laufen begann.

Es kann daher vorliegend auch die umstrittene Frage dahinstehen, ob für den Beginn der Frist nach § 135 Abs. 2 Satz 1 GWB eine entsprechende Belehrung erforderlich ist.

Maßgeblich war hier die 30-Tages-Frist des § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB ab Veröffentlichung der Auftragsvergabe im EU-Supplement, die noch nicht abgelaufen war.

Gemäß §§ 187, 188 BGB begann die Frist am 27.06.2019 um 0 Uhr und endete am 26.07.2019 um 24 Uhr. Der Nachprüfungsantrag wurde am 25.07.2019 bei der erkennenden Vergabekammer eingereicht, also noch rechtzeitig vor Fristablauf.

2.

Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Das Vergabeverfahren wurde fehlerhaft durchgeführt. Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt.

a)

Das Angebot der Antragstellerin war nicht auszuschließen, weil es vom Leistungsverzeichnis abwich. Die von der Antragstellerin angebotenen Mustersteine wichen nicht vom Leistungsverzeichnis ab.

Die Vergabestelle hat im Leistungsverzeichnis jeweils das bereits verbaute Referenzprodukt benannt und unter dem Titel „*Verbaute Materialien*“ den Handelsnamen bezeichnet. Darunter befanden sich vom jeweiligen Bieter auszufüllende Felder mit dem Titel „*Angebotenes Material*“, wo der Handelsname des angebotenen Materials, der petrographische Name und Land und Ort der Gewinnung anzugeben waren. Bereits die Vergabestelle selbst ist also bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses davon ausgegangen, dass nicht der identische Handelsname bei den angebotenen Steinen vorliegen muss. Sie kann eine Abweichung davon nicht als Ausschlussgrund heranziehen.

Auch hat die Vergabestelle in den restlichen Vergabeunterlagen ebenfalls nirgendwo die Voraussetzung aufgestellt, dass die angebotenen Steine in bestimmten Kriterien identisch zu den verlegten Steinen zu sein haben, sondern die Beurteilung, wie groß die Ähnlichkeit zum Referenzprodukt ist, jeweils ausdrücklich bei der Bewertung des Kriteriums Optik bzw. dessen Unterkriterien verortet.

Die Antragstellerin hat Granitsteine angeboten. Das angebotene Material stimmt mit dem im Leistungsverzeichnis geforderten Material überein, soweit von der Vergabestelle Granit mit den damit einhergehenden Eigenschaften gefordert wurde. Lediglich die Färbung der Steine differiert. Insofern liegt jedoch kein Ausschlussgrund vor, da die Färbung nicht derart eklatant von dem im Leistungsverzeichnis bezeichneten Referenzprodukt abweicht, dass von einem gänzlich anderen Angebot ausgehen muss. Auch die angebotenen Steine haben, wie auch die Referenzsteine, als Farbe einen mehr oder weniger hellen bzw. dunklen Grauton. Die nähere Bestimmung, inwieweit diese Grautöne mit den Referenzsteinen übereinstimmen bzw. als geeignet für die großflächige Verlegung angesehen werden, ist der Bewertung durch die Vergabestelle vorbehalten, jedoch nicht als Ausschlussgrund geeignet.

b)

Das Angebot der Antragstellerin war auch nicht auszuschließen, weil die von der Vergabestelle mit Schreiben vom 29.04.2019 angeforderten Mustersteine nicht bis zum 07.05.2019 vorgelegt wurden.

Bislang ungeklärt ist die Frage, wie bei Lieferaufträgen die erstmalige Anforderung von Unterlagen nach Angebotsabgabe rechtlich zu behandeln ist. Eine Parallelvorschrift zu § 16 Nr. 4 VOB/A-EU gibt es in der VgV nicht, § 56 Abs. 2 VgV ist nicht anwendbar, da dieser nur die Nachforderung von bereits bei Angebotsabgabe angeforderten Unterlagen regelt, nicht jedoch die Erstanforderung durch den Auftraggeber (vgl. Steck, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3.

Auflage 2018, § 56 VgV, Rn. 17). Voraussetzung ist jedenfalls aber, dass von der Vergabestelle eine angemessene Frist gesetzt wurde (vgl. Ziekow/Völlink, a.a.O.). Unter Heranziehung der Grundsätze zu § 16 Nr. 4 VOB/A-EU ist eine Frist jedenfalls dann angemessen, wenn sie der Bedeutung und dem Umfang der Anforderung gerecht wird, wobei eine zu kurze Frist nicht automatisch eine angemessene Frist in Gang setzt und der Bieter nicht verpflichtet ist, schon vorsorgliche Maßnahmen zu treffen (vgl. zu § 16 VOB/A-EU Opitz, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2019, § 16 VOB/A-EU, Rn. 121).

Die vorliegend von der Vergabestelle gesetzte Frist war nicht angemessen. Sie hat mit Schreiben vom 29.04.2019 die Mustersteine bis 07.05.2019 angefordert. Die Antragstellerin hat diese Schreiben per Post am 02.05.2019 erhalten. Es muss bei postalischer Versendung von Schreiben die Zustellungsdauer bei der Fristsetzung mitbeachtet werden. Zudem war der 01.05.2019, ein Mittwoch, als bundesweiter Feiertag zu berücksichtigen. Effektiv standen der Antragstellerin damit nur wenige Werkzeuge zur Verfügung, um die Mustersteine der Vergabestelle zur Verfügung zu stellen. Die Frist ist unter diesen Umständen als zu kurz anzusehen.

Die Argumentation der Vergabestelle, ein Bieter müsse Muster vorhalten und unverzüglich übersenden, wenn die Vergabestelle sich vorbehalte, diese anzufordern, geht fehl. Es ist gerade Sinn und Zweck einer gesonderten Anforderung auf Anfrage, nicht von jedem Bieter, der ein Angebot abgibt, zugleich die Übersendung von Mustern zu verlangen, sondern nur von denen, die auch eine reelle Chance auf den Zuschlag haben. Dies dient sowohl den Bietern, die nicht Aufwendungen tätigen müssen ohne Aussicht auf Zuschlag, als auch der Vergabestelle, die sich organisatorischen und logistischen Aufwand erspart.

Weder Bieter noch Vergabestelle wissen aber bei Auftragsbekanntmachung, wie viele Bieter Angebote abgeben, welche von diesen eine Zuschlagschance haben und zu welchem genauen Zeitpunkt die Bewertung der Muster vorgenommen wird. Wenn nun ein Bieter verpflichtet wäre, schon bei Angebotsabgabe Muster vorrätig zu halten und auf Anfrage unverzüglich zu übersenden, würde der ursprüngliche Zweck in höchstem Maße konterkariert.

Im Übrigen hat die Vergabestelle nach einem Telefonat mit der Antragstellerin die Frist bis zum 10.05.2019 verlängert. Ausweislich des Sendungsverfolgungsprotokolls wurden die Steine am 09.05.2019 bei der Vergabestelle angeliefert, sodass ein Ausschluss wegen verspäteter Überlassung der Mustersteine nicht in Betracht kommt.

c)

Die Formeln für die Berechnung der Wertungspunkte waren eindeutig. Zwar waren im Formblatt L 227 zu jedem Wertungskriterium andere Formeln angegeben. Allerdings wurde von der

Vergabestelle jeweils ausdrücklich angemerkt „sh. Zuschlagskriterien, Bestbieterermittlung“. Es war für jeden Bieter erkennbar, dass nur diese Wertungskriterien, nicht aber die weiteren Angaben auf dem Formblatt L 227 maßgeblich sein würden. Die dortigen Angaben zu Mindestpunktzahlen passen ohnehin nicht zu den von der Vergabestelle selbst aufgestellten Wertungskriterien, die auf jeden Fall gelten sollten, sodass bei verständiger Würdigung der Vergabeunterlagen nicht von widersprüchlichen Angaben auszugehen ist.

Ein eventueller Widerspruch, von dem die Vergabekammer nicht ausgeht, hätte von der Antragstellerin durch Nachfrage oder Rüge bereits vor Angebotsabgabe geklärt werden müssen. Insoweit wäre die Geltendmachung eines diesbezüglichen Verstoßes ohnehin präkludiert gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB.

d)

Die Vergabestelle hat gegen ihre Dokumentationspflicht gemäß § 8 VgV sowie den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 GWB verstoßen, da die Bewertung der Mustersteine nicht dokumentiert wurde.

Grundsätzlich ist es einer Vergabestelle gestattet, in der Auftragsbekanntmachung lediglich die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekannt zu geben, sie muss dann jedoch das Wertungsergebnis umso genauer dokumentieren (vgl. Renner, in: NomosKommentar Vergaberecht, 3. Auflage 2019, § 127 GWB, Rn. 49 m.w.N.).

In der vorliegenden Vergabeakte finden sich lediglich die rechnerischen Ermittlungen der erreichten Punktzahlen. Warum welchem Bieter ein bestimmter Rang zuerkannt wurde, kann in keiner Weise nachvollzogen werden. Es fehlen jegliche schriftlichen Erwägungen, die die Vergabestelle zur Bewertung der einzelnen Mustersteine gemacht hat. In der Vergabeakte ist nicht auch nur ansatzweise vermerkt, warum die Mustersteine der Antragstellerin denen der Beigeladenen unterlegen sein sollen. Eine solche Vergabeentscheidung kann weder nachvollzogen noch überprüft werden und ist bereits aus diesem Grund aufzuheben.

e)

Die Wertung ist ferner vergaberechtswidrig durchgeführt worden, weil bei der Bewertung ein kürzerer Abschnitt der als Referenz herangezogen wurde.

Statt des in den Vergabeunterlagen angegebenen Abschnitts der wurde nur ein kürzerer Abschnitt der als Referenzfläche verwendet. Dies ergibt sich aus dem Vergabevorschlag des Ingenieur-Teams, das von der Vergabestelle beauftragt wurde. Dort ist die Rede davon, dass der Bereich zwischen und als Vergleichsmaßstab herangezogen worden sei, was einer Verkürzung der Vergleichsstrecke um ca. 30 % Prozent entspricht.

Damit hat die Vergabestelle gegen die von ihr selbst aufgestellten Wertungskriterien verstoßen. Bei Bewertung der Steine war der Gesamteindruck der

zugrunde zu legen. Wenn die Vergabestelle bzw. ihr Ingenieur-Team nunmehr einen kürzeren Abschnitt als Maßstab heranziehen will, muss sie die Vergabeunterlagen ändern und das Vergabeverfahren entsprechend weiter zurückversetzen. Die Wertung ist jedenfalls so, wie sie hier vorgenommen wurde, nicht ordnungsgemäß erfolgt.

f)

Die Antragstellerin ist durch die festgestellten Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten verletzt, § 97 Abs. 6 GWB.

Die fehlende Dokumentation führt dazu, dass die Entscheidungen der Vergabestelle nicht nachgeprüft werden können. Die ohne Niederlegung einer Begründung vorgenommene Bewertung der Antragstellerin im Kriterium „Optik“ mit 0 von 55 Punkten beeinträchtigt ihre Zuschlagschance erheblich. Es ist unter Zugrundelegung der von der Vergabestelle bei der Punktermittlung herangezogenen Formeln rechnerisch überhaupt nicht möglich, bei einer Bewertung mit 0 von 55 Punkten im Kriterium Optik, den Zuschlag noch zu erhalten, da mindestens ein Bieter 55 von 55 Punkten erhält. Selbst wenn dieser Bieter in den Kriterien „Preis“ und „Transportweite“ 0 Punkte erhielte, was rechnerisch ebenfalls unmöglich ist, läge er immer noch vor dem anderen Angebot.

Durch die rechtswidrige Verkürzung der Vergleichsstrecke wurde der Antragstellerin eventuelle Möglichkeiten genommen, dadurch eine bessere Bewertung zu erhalten, dass womöglich andere Pflasterabschnitte der besser mit den von ihr angebotenen Steinen übereinstimmen. Ihre Zuschlagschancen sind dadurch ebenfalls beeinträchtigt.

g)

Aus diesen Gründen war das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen. Die Vergabestelle hat, sofern sie an ihrer Beschaffungsabsicht festhält, die Wertung unter Beachtung der gemachten Ausführungen zu wiederholen, um die Vergaberechtsverstöße zu beseitigen. Der Zuschlag vom 24.06.2019 ist unwirksam, die durchgeführte fehlerhafte Bewertung darf nicht zur Grundlage einer erneuten Zuschlagserteilung gemacht werden. Zu einer weiteren Zurücksetzung in eine noch frühere Phase des Vergabeverfahrens ist vorliegend die erkennende Vergabekammer nicht berufen, weil es zur Beseitigung der hier erfolgreich geltend gemachten Vergaberechtsverstöße ausreichend ist, wenn die Bewertung der Mustersteine ordnungsgemäß erneut mit einer nachvollziehbaren, diskriminierungsfreien und sachgerechten Bewertung, die nachvollziehbar dokumentiert ist, durchgeführt wird. Weitergehende Maßnahmen durch die erkennende Vergabekammer kommen nicht in Betracht.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 GWB.

a)

Die Vergabestelle und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen sind (§ 182 Abs. 3 Satz 1 GWB).

b)

Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der Antragstellerin ergibt sich aus § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB.

c)

Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die Antragstellerin notwendig (§ 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BayVwVfG entspr.).

Es handelt sich um einen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht nicht einfach gelagerten Fall, so dass es der Antragstellerin nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d)

Die Gebühr war nach § 182 Abs. 2 und 3 GWB festzusetzen.

Im Hinblick auf die Gesamtauftragssumme für das gegenständliche Los und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von €.

e)

Der geleistete Kostenvorschuss von - € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die Antragstellerin zurücküberwiesen.

Die Vergabestelle ist gemäß § 182 Abs. 1 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Die Kostenrechnung für die Beigeladene wird nachgereicht.