

Leitsätze:

1. Ein Auftraggeber muss den Bietern im Voraus bekannt geben, wie er die für ein Zuschlagskriterium erreichbaren Punkte ermittelt. Der Bewertungsmaßstab für die Angebotsbewertung muss eindeutig, klar und transparent bekannt geben werden. Dabei betrifft die Pflicht zur Bekanntmachung der Wertungskriterien nicht nur die Zuschlagskriterien im engeren Sinne, sondern das Wertungssystem insgesamt, also auch alle Unterkriterien und Unter- Unterkriterien. Die Wertungskriterien müssen so weit konkretisiert sein, dass die dahinterstehenden Wertungspräferenzen des Auftraggebers von den Bietern erkannt werden können.
2. Die Dokumentation einer Wertungsentscheidung, die nicht erkennen lässt, durch wen diese getroffen wurde, verstößt gegen das Transparenzgebot.

Nachprüfungsantrag:
Bevollmächtigte:
.....
(**Antragstellerin - ASt**)

Vergabestelle:
(**Vergabestelle – VSt**)

Beigeladene:
Bevollmächtigte:
.....
(**Beigeladene – BGI**)

Bauvorhaben:, **Putz- und Malerarbeiten**

Vergabeverfahren: **Nicht offenes Verfahren nach §§ 3 EG Abs. 1 Nr. 2 VOB/A a. F.**

Die Vergabekammer Nordbayern bei der Regierung von Mittelfranken erlässt auf die mündliche Verhandlung vom 17.03.2017 durch den Vorsitzenden, den hauptamtlichen Beisitzer und den ehrenamtlichen Beisitzer folgenden

B e s c h l u s s :

1. Es wird festgestellt, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist. Das Vergabeverfahren wird zurückversetzt in den Stand vor Aufforderung zur Angebotsabgabe und ist unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

2. Die Vergabestelle trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.
4. Die Beigeladene trägt ihre Aufwendungen selbst.
5. Die Gebühr für dieses Verfahren beträgt x.xxx,-- €
Auslagen sind nicht angefallen.
6. Die Vergabestelle ist von der Zahlung der Gebühr befreit.

Sachverhalt:

1.

Die VSt schrieb die Arbeiten im nicht offenen Verfahren aus. Das Verfahren wurde im Amtsblatt der EU am xx.xx.xxxx veröffentlicht.

Zuschlagskriterien waren laut Vergabeunterlagen das Kriterium Preis mit einer Wichtung von 30 % und das Kriterium Qualität der Musterfläche mit einer Wichtung von 70 %.

2.

Laut Submissionsprotokoll vom xx.xx.xxxx wurden zwei Angebote abgegeben. Die ASt war Zweitplatzierte mit einer Angebotssumme von xxx.xxx,xx €. Die BGI war Erstplatzierte mit einer Angebotssumme von xxx.xxx,xx €.

3.

Die Beschreibung eines Konzepts lautet im Leistungsverzeichnis wie folgt:

„Für die Rekonstruktion derfassaden ist eine im Duktus der ursprünglichen, barocken Gestaltung erstellte illusionistische Architekturmalerei geplant.

...

Die Malerei ist auf vier Farbtöne reduziert. Als Basis dient ein sandsteinfarbener Grundton, von dem ausgehend drei weitere Farbtöne

abgeleitet werden (1 Lichtton, 2 Schattentöne). Aus diesem begrenzten Farbspektrum sind die Architekturelemente als reine Licht-Schatten-Malerei zu entwickeln.

...

Der Detaillierungsgrad soll soweit reduziert werden, dass die Fassadenmalerei ihre volle Wirkung bei der Betrachtung aus der Ferne, d. h. dem erzielt.“

Für die anzufertigende Musterachse war im Leistungsverzeichnis Folgendes festgelegt:

„Vor Auftragsvergabe ist ein komplettes Fassungskmuster mit allen Arbeitsgängen (Reinigung, Putzausbesserungen, Strukturangleichungen und Schlämmanstrich, Grund-, Zwischen- und Schlussanstriche, Lasuranstriche) herzustellen.

...

Die Bewertungskommission setzt sich aus Vertretern der, des und der Fachbauleitung zusammen.

Das Muster wird auf Fassade F (.....) über alle drei Geschosse (EG, 1. Und 2. OG) angelegt und enthält alle zu rekonstruierenden Gestaltungselemente der illusionistischen Architekturmalerie.

- Quaderbemalung in EG-Zone
- Gesimse ober- und unterhalb der beiden durchlaufenden Naturstein-Gesimse und unterhalb des Traufgesimses
- Fensterschürzen im 1. und 2. OG
- zwei Pilaster inkl. ionischem Kapitell im 1. OG
- zwei Pilaster inkl. kompositem Kapitell im 2. OG
- Fensterumrahmung inkl. Segmentbogengiebel und zwei ornamentierte Konsolen im 1. OG
- Fensterumrahmung inkl. floral ornamentierter Fläche mit zentralem Muschelornament, Segmentbogengiebel und zwei ornamentierten Konsolen im 2. OG

Die Malerei ist als sogenannte Graumalerei konzipiert, die prinzipiell aus vier Farbtönen besteht.

...“

Laut Pos-Nr. 01.01.0017 des Leistungsverzeichnisses wird bzgl. der für die Grundierung zum Einsatz kommenden Farbe folgende Anforderung gestellt:

„...“

Material: Silikatfarbe nach VOB/C DIN 18363

...“

Laut Pos-Nr. 01.01.0018 des Leistungsverzeichnisses wird bzgl. der für den Lasur-
anstrich zum Einsatz kommenden Farbe folgende Anforderung gestellt:

„...“

Material: Silikatfarbe nach VOB/C DIN 18363

...“

Laut Pos-Nr. 01.01.0019 des Leistungsverzeichnisses wird bzgl. der für die Archi-
tekturmalerie zum Einsatz kommenden Farbe folgende Anforderung gestellt:

„...“

Material: silikatische Zweikomponentenfarbe

...“

4.

Ab gestalteten die ASt und BGI jeweils eine Musterfläche an der

5.

Am 13.12.2016 erfolgte die Bewertung der Musterflächen durch eine Fachkommission. Diese wendete eine Bewertungsmatrix an, die den Bietern nicht im Voraus bekanntgegeben worden war. Hinsichtlich des Qualitätskriteriums wurden folgende Unterkriterien angewendet:

„Technische Ausführung“, „Farbgebung/Farbabstimmung“, „Umsetzung der planerischen Vorgabe“, „ Befundtreue“, „Plastizität und „Barocke Formensprache“.

Lediglich für das Unterkriterium „Farbgebung/Farbabstimmung“ wurden folgende Unter-
Unterkriterien gebildet: „Wahl des Grundfarbtons“, Gesamtzusammenspiel der Farbtöne
(Farbspektrum)“ und „Gesamtfarbstimmung“.

Diese Unterkriterien und Unter-Unterkriterien wurden unterschiedlich gewichtet, wobei
Maximalpunktzahlen von 4 bis 11 Punkten erreicht werden konnten.

Zudem wurde der Erfüllungsgrad mit 0 bis 3 bewertet, wobei 3 faktisch einen Erfüllungs-
grad von 100% bedeutet, 2 von 66,66%, 1 von 33,33% und 0 Nichterfüllung. Dieser Er-

füllungsgrad wurde dann mit der erreichbaren Höchstpunktzahl des Unterkriteriums bzw. Unter-Unterkriteriums multipliziert.

Der Aktenvermerk über den Bemusterungstermin führt zur Entscheidungsfindung der Bewertungskommission wie folgt aus:

„004 Entscheidung

Nach eingehender Diskussion entscheidet sich die Besprechungsrunde unter dem Vorsitz von Herrn und Herrn für die von Fa. erstellte Musterfläche.“

6.

Mit Schreiben vom 29.12.2016 brachte die ASt vor, dass die Umsetzung der Fassadenmalerei der BGI nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses genüge. Für die Rekonstruktion derfassade sei eine illusionistische Architekturmalerei vorgesehen, welche im barocken Duktus der ursprünglichen Gestaltung auszuführen sei. Die BGI stelle Schatten durch Rasterbildung dar. Dies sei im Barock nicht vorgekommen. Die Darstellung sei außerdem weder plastisch noch ausreichend detailliert, wie es im Barock üblich war.

Schließlich entspreche die von der BGI verwendete Farbe auch nicht der vorgegebenen Silikatfarbe nach VOB/C DIN 18363.

7.

Mit Informationsschreiben nach § 101a GWB a. F. vom 02.01.2017 teilte die VSt der ASt mit, dass ihr Angebot den Zuschlag nicht erhalten werde, da sie nicht das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe.

8.

Mit Schreiben vom 11.01.2017 rügte die ASt die Nichtberücksichtigung ihres Angebots bei der VSt. Die angebotenen Leistungen der BGI entsprächen nicht den ausgeschriebenen Leistungen der Leistungsbeschreibung.

Die Rekonstruktion derfassade habe im barocken Duktus der ursprünglichen Gestaltung zu erfolgen. Die grundsätzliche Maltechnik sei im Vorfeld auf einer Musterplatte festgelegt worden. Diese Musterplatte gebe die Vorgehensweise vor. Sie diene als Grundlage für Technik und Qualität der Malerei und somit auch als Grundlage für die Kalkulation und die Erstellung der Musterachse.

Die BGI habe die Musterplatte in Bezug auf Technik und Qualität mehr oder weniger vollkommen ignoriert. Die Malerei sei mittels Schablonen ausgeführt worden. Eine derartige Ausführung existiere im Barocken nicht. Ebenso wenig seien Schatten durch Ras-

terbildung dargestellt worden. Die Malerei sei daher nicht wie gefordert im barocken Duktus ausgeführt. Darstellungen seien im Barock weitaus plastischer und detailreicher als die Ausführungen der BGI.

Entgegen dem Leistungsverzeichnis habe die BGI außerdem die Proportionen der originalen Steinfassade bei ihrer Musterachse ignoriert.

Schließlich entspreche das Anstrichsystem nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses. Für die Positionen 01.01.0017 und 01.01.0018 sei eine Silikatfarbe nach VOB/C DIN 18363 vorgegeben. Das Anstrichsystem der BGI verstoße gegen diese Vorgaben. Unter Position 01.01.0019 werde eine silikatische Zweikomponentenfarbe gefordert. Eine Benetzungsprobe des Farbherstellers zeige deutlich, dass die BGI ein Produkt verwendet habe, das nicht rein mineralisch sei und daher nicht den Anforderungen des Leistungsverzeichnisses genüge.

Schließlich liege das Angebot der BGI mehr als 30 % unter dem eigenen Angebot und sei daher nicht seriös kalkuliert.

9.

Mit Telefax vom 11.01.2017 stellte die ASt Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 107 ff. GWB a. F. und beantragt:

1. Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 107 ff. GWB
2. Festzustellen, dass die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt ist,
3. Geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen.
4. Für den Fall der Erledigung des Nachprüfungsverfahrens durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung oder in sonstiger Weise festzustellen, dass eine Rechtsverletzung vorgelegen hat,
5. Festzustellen, dass der von der Antragsgegnerin mit dem Bieter geschlossene Vertrag unwirksam ist.
6. Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren.
7. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Es handle sich um ein überschwelliges Verfahren. Der zweite Teil der Gesamtinstandsetzung werde einen Auftragswert von über 10 Mio. € erreichen. Die ASt sei antragsbefugt. Sie habe sich mit einem Angebot am Verfahren beteiligt. Nach Kenntnis von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die BGI habe die ASt unverzüglich gerügt, dass deren Angebot nicht den Anfor-

derungen des Leistungsverzeichnisses genüge. Nach Erhalt des Absageschreibens gem. § 101a GWB habe die ASt nochmals unverzüglich gerügt und um Abhilfe gebeten. Die Musterachse der BGI richte sich nicht nach der Mustertafel. Sie entspreche in Qualität, Maltechnik und Ausführung in keinsten Weise der Mustertafel. Die BGI verwende Schablonen, obwohl im Barock nicht mit Schablonen gearbeitet worden sei. Sie stelle Schatten durch Rasterbildung dar, was ebenfalls nicht der Technik des Barock entspreche.

Das Anstrichsystem der BGI entspreche nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung. Unter den Positionen 01.01.0017 und 01.01.0018 werde eine Silikatfarbe nach VOB/C DIN 18363 vorgegeben. Das Anstrichsystem der BGI entspreche den Vorgaben unter Position 01.01.0017 nur teilweise und denen unter 01.01.0018 überhaupt nicht. Es seien zwei Grundierungen vorgenommen worden, wovon eine nicht mit einer Silikatfarbe gem. VOB/C DIN 18363 durchgeführt worden sei. Für den Lasuranstrich habe die BGI ebenfalls keine Silikatfarbe gem. VOB/C DIN 18363 verwendet.

10.

Die Vergabekammer Nordbayern hat den Nachprüfungsantrag am 12.01.2017 der VSt übermittelt und um Zusendung der Vergabeakten und Äußerung gebeten.

11.

Mit Schreiben vom 19.01.2017 nahm die VSt zum Nachprüfungsantrag Stellung und beantragte:

1. Die Firma in wird beigeladen.
2. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
3. Die Feststellungsanträge werden zurückgewiesen.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens.
5. Der Antragstellerin wird die Akteneinsicht versagt, soweit die Vergabeakte Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin oder einer anderen Bieterin enthält.

Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig und unbegründet.

Die VSt habe keine Möglichkeit gehabt, innerhalb der Informationsfrist auf die Rüge der ASt zu reagieren. Das Schreiben der ASt vom 29.12.2016 stelle keine Rüge dar, da zu diesem Zeitpunkt die Informationsfrist noch gar nicht in Gang gesetzt worden sei. Die VSt habe die Information gem. § 101a GWB a. F. erst am 02.01.2017 versendet. Daraufhin habe die ASt Rüge und Nachprüfungsantrag am 11.01.2017 ge-

stellt. Eine Möglichkeit zur Reaktion auf die Rüge habe für die VSt daher nicht bestanden.

Eine Rechtsverletzung der ASt liege nicht vor.

Die Musterplatten hätten den Zweck gehabt, die Vorgehensweise abzustimmen. Sie seien Vorlagen für die Bieter zur eigenverantwortlichen Entwicklung der endgültigen Malerei und keine zu kopierende Vorgabe gewesen.

Die tatsächlichen Gegebenheiten desplatzes seien auf die Gegebenheiten derfassaden anzupassen, aber nicht eins zu eins zu übertragen gewesen. Dies sei allen Bietern im Rahmen der Ersteinweisung am 23.08.2016 ausführlich erläutert worden.

Hinsichtlich des Anstrichsystems sei im Leistungsverzeichnis für die Grundierungsarbeiten ein Silikatanstrich gem. DIN 18363 gefordert gewesen. Diese DIN gelte jedoch nicht für die eigentliche Malerei. Hier sei es den Firmen überlassen, Änderungen vom vorgeschlagenen Anstrichsystem (Keim`sche A-Technik) vorzunehmen, was ebenfalls im Rahmen der Ersteinweisung erläutert worden sei. Die BGI habe gegenüber der ASt die konforme Bearbeitung der Musterachse gem. Aktenvermerk über den Ersteinweisungstermin und geforderter technischer Vorgehensweise im Leistungsverzeichnis bestätigt. Der Anstrichaufbau – ohne Architekturmalerei – sei nach DIN 18363 ausgeführt worden.

Qualität, Maltechnik oder Ausführung seien in keinsten Weise durch die Mustertafeln vorgegeben worden. Der Weg zur Fassadengestaltung sei offen gewesen. Ausschlaggebend sei allein das Ergebnis gewesen. Eine Übertragung der Barockfassaden vomplatz auf dieseiten der sei nicht gefordert gewesen.

Schließlich sei auch die Maltechnik nicht vorgeschrieben gewesen. Es sei dem Wettbewerb überlassen gewesen, mit welcher Arbeitstechnik bei der Erstellung der Musterachsen gearbeitet wurde.

12.

Mit Schreiben vom 02.02.2017 erwiderte die ASt auf das Vorbringen der VSt vom 19.01.2017.

Der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die ASt habe kurz nach Weihnachten 2016 Kenntnis davon erlangt, dass sie nicht berücksichtigt werden sollte. Sie habe daraufhin am 29.12.2016 unverzüglich gerügt, dass die Mustertafel der BGI nicht dem Leistungsverzeichnis entspreche. Nach Erhalt der Information gem. § 101a GWB a. F. habe die ASt am Vormittag des 11.01.2017 nochmals dieselben Fehler gerügt, obwohl dies nicht erforderlich gewesen sei. Der Nachprüfungsantrag sei am Abend desselben Tages ge-

stellt worden. Eine Wartefrist zwischen Rüge und Stellung des Nachprüfungsantrags sei nicht vorgesehen, ein längeres Zuwarten demnach auch nicht erforderlich.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

Die von der VSt erstellte Musterplatte müsse als verbindlich hinsichtlich der Ausführungsart angesehen werden. Lediglich auf der Musterplatte fehlende Gestaltungselemente seien neu zu entwickeln gewesen. Zwar sei keine Kopie der Musterplatte gefordert gewesen, jedoch hätten sich die Bieter an den grundlegenden Vorgaben der Musterplatte zu orientieren. Die maltechnischen Ausführungen der BGI hätten mit der Musterplatte nichts gemein.

Die VSt habe bezüglich der Ausführungsart eine solche im barocken Duktus vorgegeben. Unter Beachtung dessen sei eine bestimmte Wirkung zu erzielen. Es reiche nicht aus diese Wirkung zu erzielen, wenn dies nicht durch eine Ausführung im barocken Duktus geschehen sei.

Hinsichtlich des Anstrichsystems sei es widersinnig, bei Grundierung und Lasuranstrich Vorgaben hinsichtlich eines rein mineralischen Anstrichs zu machen, wenn dieser dann durch eine hydrophobe Architekturmalerei überdeckt würde.

Soweit die VSt ausführe, dass der Weg zur Fassadengestaltung für die Bieter völlig offen und allein die tatsächliche Wirkung entscheidungserheblich gewesen sei, stehe dies im Widerspruch zu den Angaben der Ausschreibung. Detaillierter Vorgaben hätte es dann nicht bedurft.

13.

Am 03.02.2017 wurde die Firma zum Verfahren beigelegt.

14.

Mit Schreiben vom 13.02.2017 beantragte der Bevollmächtigte der BGI,

1. Den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
2. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Beigeladene für notwendig zu erklären.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet.

Die AST weiche selbst von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab und sei deshalb auszuschließen. Die von ihr aufgetragenen Farben seien weder an der Natursteinfassade orientiert, noch sandsteinartig, sondern grau und weiß und verstießen daher gegen die Vorgabe eines sandsteinfarbenen Grundtons.

Im Leistungsverzeichnis sei weiterhin geregelt, dass die Malerei auf vier Farbtöne reduziert sei. Die Fassade der ASt enthalte jedenfalls 7 Farben und weiche daher von den Vorgaben ab.

Die Behauptung, im Barock sei nicht mit Schablonen gearbeitet worden, sei unzutreffend. Eine Vorgabe, die heutigen technischen Hilfsmittel außen vor zu lassen, enthalte die Ausschreibung nicht. Es sei eine im Duktus der ursprünglichen barocken Gestaltung erstellte illusionistische Architekturmalerei geplant. Dabei sei auf das Ergebnis abzustellen und nicht auf die Arbeitsschritte und die seinerzeit vorhandenen Hilfsmittel.

Auch hinsichtlich des Anstrichsystems weiche die ASt und nicht die BGI von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab. Gemäß Aktenvermerk der VSt vom 26.08.2016 sei es den Bietern überlassen, von der Maltechnik (Keim`sche A-Technik) Abwandlungen eigenverantwortlich vorzunehmen. Damit seien ASt und BGI einverstanden gewesen. In der DIN 18363 gebe es unterschiedliche Silikatfarbsysteme, Silikatfarben und Dispersions-Silikatfarben. Das Leistungsverzeichnis sehe in 01.01.0017 ein Anstrichsystem vor, das sich aus zwei Farbbestandteilen zusammensetze. Der Schlämmanstrich bestehe aus einer Silikatfarbe und dem Schlämmzusatz. Die ASt habe bei Erstellung der Musterfassade keinen Schlämmzusatz verwendet.

15.

Mit Schriftsatz vom 08.02.2017 vertiefte die VSt ihr Vorbringen.

Die Musterflächen der Fassaden seien bereits am 21.10.2016 fertiggestellt gewesen. Mögliche Vergabeverstöße seien der ASt daher weit vor den Weihnachtstagen 2016 bekannt gewesen. Sie hätte diese daher längst rügen müssen.

Im Leistungsverzeichnis sei als Beispiel für die Maltechnik der Begriff „Silikattechnik“ (Keim`sche A-Technik) benannt. Den Firmen sei es überlassen gewesen, Abwandlungen hierzu eigenverantwortlich vorzunehmen. Die Mustertafeln hätten nur als Vorlage für eine eigenverantwortliche Entwicklung der Malerei gedient. Die VSt wolle eine eigenverantwortliche Interpretation von Fassadenmalerei.

Bei den Wertungskriterien Qualität und barocker Duktus handle es sich nicht um abschließende Wertungskriterien, sondern um Leitlinien der VSt für die Ermessensausübung bei der Wettbewerbsentscheidung. Eine Reihenfolge dieser Kriterien sei nicht vorgegeben gewesen. Entscheidend sei allein die Gesamtschau gewesen. Bei der ASt sei negativ aufgefallen, dass die vorgegebenen Maßverhältnisse eigenwillig verändert worden seien und eigenständige Interpretationen gefehlt hätten.

Hinsichtlich des Anstrichsystems sei durch das Leistungsverzeichnis nicht festgelegt, dass das Anstrichsystem hydrophob oder hydrophil sein muss. Unter Ordnungszahl 01.01.0019 werde nicht auf die DIN 18363 verwiesen. Die Bieter hätten ausdrücklich die

Freiheit erhalten, dass die Erfahrungen von verschiedenen Materialien und Bindemitteln zur Material- und Arbeitstechnik einfließen könnten.

16.

Mit Schriftsatz vom 21.02.2017 trug die ASt ergänzend vor. Die VSt führe aus, dass vor ihrer Mitteilung gem. 101a GWB a. F. vom 02.01.2017 gar kein Sachverhalt vorlag, der einer Rüge zugänglich gewesen wäre. Die ASt sei daher erst recht nicht verpflichtet gewesen, eine Rüge unmittelbar nach dem Termin am 21.10.2016 auszusprechen. Insbesondere sei zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar gewesen, dass die VSt eine Vergabe an die BGI beabsichtige, sodass auch keine Rechtsverletzung der ASt gedroht habe.

Soweit die VSt den Eindruck vermitteln wolle, das von ihr verfasste Leistungsverzeichnis wäre lediglich ein unverbindlicher Vorschlag, sei dies abzulehnen. Vorgaben eines Leistungsverzeichnisses seien bindend und einzuhalten.

Die Musterplatte der VSt diene als Vorlage. Lediglich auf der Musterplatte fehlende Gestaltungselemente seien von den Bietern zu ergänzen gewesen. Der Rahmen, in dem Bieter eigene Entwicklungen vornehmen könnten, sei durch das Leistungsverzeichnis begrenzt.

Die Bieter seien in der Maltechnik nicht vollkommen frei. Das Leistungsverzeichnis gebe die Maltechnik vor und nenne ein Beispiel. Diese müsse zwar nicht zwingend angewendet werden, jedoch müssten alternative Techniken in Qualität, Art und Ausführung mit der genannten Beispieltechnik vergleichbar sein.

Auch ohne schriftliche Vorgabe von Kriterien folgten die Kriterien der Logik der Ausschreibung. Käme es allein auf die Wirkung im Ergebnis an, wäre die gesamte Ausschreibung nebst Leistungsverzeichnis hinfällig.

Die vorgegebenen Maßverhältnisse seien von der ASt nicht verändert worden. Die BGI habe jedoch Spitzbogen und Rundbogen im ersten und zweiten Obergeschoss vertauscht und den Spitzbogen im zweiten Obergeschoss stark verkleinert. Nur so sei es ihr möglich gewesen ein Übermalen des Gesims zu verhindern.

Weiterhin sei die Anfertigung einer Muschel im Ornament über dem Fenster im zweiten Obergeschoss als malerisches Element eindeutig vorgegeben gewesen. Die BGI habe diese Vorgabe ignoriert.

Hinsichtlich des Anstrichsystems verweise das Leistungsverzeichnis unter 01.01.0019 zwar nicht auf DIN 18363, jedoch dürfe im Rahmen eines einheitlichen Anstrichsystems kein Widerspruch zu 01.01.0017 und 01.01.0018 entstehen. Zudem sei auch unter 01.01.0019 reine Silikatfarbe ohne organische Anteile gefordert.

Die BGI habe der ASt vor Ort mitgeteilt, dass sie den Grundanstrich mit K... ausgeführt habe und den zweiten Grundanstrich sowie die Architekturmalerei mit Produkten der

Firma S.... Ein solcher Material- und Herstellerwechsel innerhalb eines Anstrichsystems sei aus fachlicher Sicht bedenklich und führe regelmäßig zu einem Gewährleistungsausschluss durch den Hersteller.

Die BGI verwende Dispersions-Silikatfarbe. Diese enthalte organische Stoffe. Das im Leistungsverzeichnis unter Ordnungsziffer 01.01.0017 bis 01.01.0019 vorgegebene Anstrichsystem dürfe jedoch nur anorganische Pigmente enthalten. Selbst wenn die VOB/C DIN 18363 zwei Silikatfarbsysteme beschreibe, habe die VSt ausdrücklich reine Silikatfarben vorgeschrieben. Die Bieter könnten demnach nicht zwischen reiner Silikatfarbe und Dispersions-Silikatfarbe wählen.

17.

Mit Schriftsatz vom 07.03.2017 trug die BGI vor, es habe keine Vorgabe gegeben, im ersten Obergeschoss einen Spitzbogen und für das Fenster im zweiten Obergeschoss einen Rundbogen zu gestalten. Ebenso habe es keine Vorgabe gegeben, in der Musterfassade eine Muschel im Ornament über dem Fenster im zweiten Obergeschoss auszuführen. Auf den Schriftsatz wird im Übrigen verwiesen.

18.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze Bezug genommen.

19.

In der mündlichen Verhandlung am 17.03.2017 hatten die Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, sich zur Sache zu äußern. Auf das diesbezügliche Protokoll wird verwiesen.

Die ASt stellt ihre schriftsätzlich am 11.01.2017 vorgetragene Anträge mit der Maßgabe, dass sich Ziff. 1 erledigt hat und Ziff. 5 hilfsweise gestellt wird.

Die VSt bleibt bei ihren mit Schriftsatz vom 19.01.2017 gestellten Anträgen.

Die BGI stellt Akteneinsichtsantrag und keinen Sachantrag.

Begründung:

1.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a)** Die Vergabekammer Nordbayern ist für das Nachprüfverfahren nach § 1 Abs. 2 und § 2 Abs. 2 Satz 2 BayNpV sachlich und örtlich zuständig.

- b)** Bei dem ausgeschriebenen Vertrag „....., Putz- und Malerarbeiten“ handelt es sich um einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von § 99 Abs. 3 GWB a. F..
- c)** Die VSt ist öffentlicher Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB a. F..
- d)** Die Gesamtprojektkosten für die übersteigen den Schwellenwert von 5,225 Mio. € nach § 2 Abs. 1 VgV a.F..
Das hier streitgegenständliche Fachlos Putz- und Malerarbeiten ist ein Teillos dieser Gesamtmaßnahme. Die VSt ordnet das Los dem 80 %-Kontingent zu (§ 3 Abs. 7 VgV a.F.). Damit ist der rechtliche Rahmen für eine Nachprüfung nach §§ 102 ff GWB a. F. festgelegt.
- e)** Die ASt ist antragsbefugt. Sie hat als beteiligte Bieterin ein Interesse am Auftrag und schlüssig dargetan, dass ihr durch die behaupteten Rechtsverletzungen ein Schaden entsteht bzw. zu entstehen droht, § 107 Abs. 2 GWB a. F..
- f)** Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen (§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB a.F.). Die ASt hat mit Schreiben vom 11.01.2017 ihren Ausschluss gerügt, nachdem sie am 10.01.2017 die Information der VSt über ihre Nichtberücksichtigung nach § 101a GWB a. F. erhalten hatte.
Eine frühzeitigere Rüge war von der ASt nicht zu verlangen. Insbesondere entstand keine Rügeobliegenheit durch die Kenntnis der Musterfläche der BGI. Selbst wenn die ASt davon ausging, dass diese nicht den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses entsprach, stellt dies keinen zu rügenden Sachverhalt dar. Eine Rechtsverletzung der ASt kommt nur durch ein Verhalten der VSt in Betracht, nicht durch das eines anderen Bieters. Die Rüge wurde rechtzeitig erhoben, als die VSt zu verstehen gab, dass sie beabsichtige, den Zuschlag auf das Angebot der BGI zu erteilen.
- g)** Dass Rüge und Nachprüfungsantrag vom selben Tag datieren, steht der Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags nicht entgegen. Eine Wartefrist zwischen Rüge und Stellung eines Nachprüfungsantrags ist nicht vorgesehen. Es kommt nicht darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber einen Mangel noch beheben kann, vgl. OLG München, B. v. 06.08.2012 - Az.: Verg 14/12.
- h)** Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, § 114 Abs. 2 Satz 1 GWB a. F..

2.

Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Die ASt ist durch die Durchführung des Ausschreibungsverfahrens in ihren Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB a. F. verletzt, da ein Verstoß gegen das Transparenzgebot, § 97 Abs. 1 GWB a. F., vorliegt.

a)

Die Anwendung einer Bewertungsmatrix, die den Bewerbern nicht bekannt gegeben wurde, stellt einen Verstoß gegen das Transparenzgebot dar.

Ein Auftraggeber muss den Bietern im Voraus bekannt geben, wie er die für ein Zuschlagskriterium erreichbaren Punkte ermittelt. Der Bewertungsmaßstab für die Angebotswertung muss eindeutig, klar und transparent bekannt geben werden, vgl. OLG Düsseldorf, B. v. 16.12.2015, Az.: Verg 24/15.

Dabei betrifft die Pflicht zur Bekanntmachung der Wertungskriterien nicht nur die Zuschlagskriterien im engeren Sinne, sondern das Wertungssystem insgesamt, also auch alle Unterkriterien und Unter- Unterkriterien, vgl. VK Bund, B. v. 06.12.2013, Az.: VK 1/103/13.

Für den Auftraggeber besteht zwar hinsichtlich der vergleichenden Wertung von Angeboten ein Bewertungsspielraum, jedoch müssen Wertungskriterien so weit konkretisiert sein, dass die dahinterstehenden Wertungspräferenzen des Auftraggebers von den Bietern erkannt werden können, vgl. OLG Dresden, U. v. 13.08.2013, Az.: 16 W 439/13.

Es ist daher einem Auftraggeber grundsätzlich nicht verwehrt, eine Gewichtung innerhalb eines Zuschlagskriteriums vorzunehmen, er hat dann allerdings diese Gewichtung, die er durch die von ihm gewählten Unterkriterien in das Vergabeverfahren einführt, gegenüber den Bietern bekannt zu machen, vgl. Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 14.09.2015, § 97 GWB Rdn. 1516.

Vorliegend hatte die VSt bekanntgegeben, dem Kriterium Preis eine Wichtung von 30 % zukommen zu lassen, dem Kriterium Qualität eine von 70 %. In welcher Weise das Qualitätskriterium durch Unterkriterien unterfüttert würde und wie diese zueinander gewichtet würden, war nicht bekanntgegeben worden.

Die VSt hat dann zur Bewertung der Angebote eine Bewertungsmatrix genutzt, die das Qualitätskriterium in verschiedene Unterkriterien und Unter-Unterkriterien differenziert und diese darüber hinaus unterschiedlich gewichtet, ohne dies den Bietern mitzuteilen.

Ein Vorgehen, bei dem nur die Wichtung der Kriterien Preis und Qualität zueinander bekanntgegeben wird, nicht jedoch die Vorgehensweise zur Bemessung des Qualitätskriteriums, genügt nicht den Anforderungen des Transparenzgebots.

b)

Darüber hinaus verstößt auch die Gremienentscheidung der Wertungskommission zur Beurteilung der Qualität gegen das Transparenzgebot, da das Zustandekommen des Bewertungsergebnisses nicht hinreichend dokumentiert wurde.

Zur Transparenz des Vergabeverfahrens gehört, dass der öffentliche Auftraggeber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens - und damit namentlich auch die Angebotsbewertung - in den Vergabeakten dokumentiert. Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Überprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen, vgl. OLG München, B. v. 02.11.2012, Az.: Verg 26/12.

Vorliegend existiert lediglich ein Protokoll mit Teilnehmerliste zur Bemusterung durch die Fachkommission am 13.12.2016 und eine Bewertungsmatrix mit den für die jeweiligen Unterkriterien erzielten Punkten sowie Gesamtergebnis. Diese Bewertungsmatrix, die vom verfahrensbetreuenden Restaurator angefertigt wurde, weist keine Datumsangabe auf und ist nicht als Anhang zum Protokoll gekennzeichnet. Wessen Wertungsentscheidung in dieser Matrix dokumentiert wird, ist nicht ersichtlich.

In der mündlichen Verhandlung hat die VSt vorgetragen, dass nicht alle Teilnehmer gemäß Teilnehmerliste, sondern nur zwei von diesen (Herr K.... vom und Herr S..... von der) stimmberechtigt gewesen seien. Dies widerspricht einerseits dem Aktenvermerk, wonach die Entscheidung von der „Besprechungsrunde unter dem Vorsitz von Herrn S..... und Herrn K.....“ getroffen wurde, andererseits aber auch dem im Leistungsverzeichnis bekannt gemachten Gremium, das sich aus Vertretern der, des und der Fachbauleitung zusammensetzen sollte.

Es bleibt daher unklar, wie sich die Bewertungskommission zusammengesetzt hat, sodass nicht nachvollzogen werden kann, wer die Wertungsentscheidung überhaupt getroffen hat.

Die Dokumentation einer Wertungsentscheidung, die nicht erkennen lässt, durch wen diese durchgeführt wurde, verstößt gegen das Transparenzgebot.

c)

Auf die Frage, ob die BGI vom Verfahren auszuschließen ist, weil sie die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses nicht erfüllt, kommt es daher nicht mehr entscheidungserheblich an.

3.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB a. F..

a) Die VSt trägt die Kosten des Verfahrens, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 Satz 1 GWB a. F.).

b) Die Kostenerstattungspflicht gegenüber der ASt ergibt sich aus § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB a. F..

c) Die Hinzuziehung eines Rechtsanwaltes war für die ASt notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB a.F. 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 ASt nicht zuzumuten war, das Verfahren vor der Vergabekammer selbst zu führen.

d) Die Gebühr war nach § 128 Abs. 2 GWB a. F. festzusetzen.

Im Hinblick auf die Bruttoangebotssumme der ASt und unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwands der Vergabekammer errechnet sich entsprechend der Tabelle des Bundeskartellamtes eine Gebühr in Höhe von x.xxx,- €

e) Der geleistete Kostenvorschuss von 2.500,- € wird nach Bestandskraft dieses Beschlusses an die ASt zurücküberwiesen.

Die VSt ist gem. § 128 Abs. 1 GWB a. F. i.V.m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 VwKostG in der am 14.08.2013 geltenden Fassung von der Zahlung der Gebühr befreit.

Rechtsmittelbelehrung:

.....

.....

.....