

2. Vergaberecht

Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB; §§ 14 Abs. 1 Bst. i und 28 VRöB – Die Zuschlagskriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein (Erw. 3a–c). Fehlen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen, so darf der Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabe hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgt (Erw. 3d).

Aus den Erwägungen:

...

3. a) Nach § 4 Abs. 1 SubmG erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises zur Anwendung kommt (vgl. § 4 Abs. 2 SubmG) – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung ist das Preis-/Leistungsverhältnis zu beachten. Dabei müssen neben dem Preis je nach Auftrag eine sinnvolle Auswahl folgender Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Infrastruktur (vgl. auch § 28 der Vergaberichtlinien aufgrund der IVöB vom 14. September 1995, VRöB, BGS 721.521). Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt, wobei ihr ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht. Um die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) zu gewährleisten, hat die Festlegung der Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens zu erfolgen und die Kriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (§ 14 Abs. 1 Bst. i VRöB). Dadurch werden diese für die Vergabebehörde und die Anbieter verbindlich. Ansonsten steht jedoch der Vergabebehörde sodann auch beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 63 Abs. 3 VRG e contrario), nicht ein. Gerügt werden können dagegen Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 Bst. a IVöB; § 63 Abs. 1 Ziff. 3 VRG) oder unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 16 Abs. 1 Bst. b IVöB; § 63 Abs. 2 VRG). Der einer Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote zustehende erhebliche Beurteilungsspielraum entbindet diese daher nicht davon, den Sachverhalt richtig und vollständig festzustellen und ihren Entscheid auf eine objektive und sachlich nachvollziehbare Grundlage zu stellen.

b) Vorliegend hat es die Beschwerdegegnerin unterlassen, die massgebenden Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Es findet sich darin lediglich eine Aufzählung von den im Wesentlichen bereits im Gesetz genannten Zuschlagskriterien, ohne dass daraus, wie vorgesehen, durch Bezeichnung mit einem Kreuz eine verbindliche Auswahl getroffen worden wäre. Bei der Bewertung der eingegangenen Offerten hat die Beschwerdegegnerin als Zuschlagskriterien neben dem Preis des Angebots, der mit maximal 60 Punkten bewertet wurde, folgende Leistungskriterien angewandt: Qualität (max. 25 Punkte), Termine (max. 5 Punkte), Kundendienst (max. 5 Punkte) und Infrastruktur (max. 5 Punkte). Gemäss Bewertungstabelle erzielte die A.B. AG mit 97 Punkten den ersten, die Beschwerdeführerin mit 94 Punkten den zweiten Rang. Beim Preis wurden der Beschwerdeführerin, welche den niedrigsten Preis, nämlich Fr. 488'634.70 (netto inkl. MWSt) offeriert hatte, das Maximum von 60 Punkten, der Mitbeteiligten mit einem um 1.97 % höheren Angebotspreis, nämlich Fr. 498'272.65 (netto inkl. MWSt), 59 Punkte zugeteilt. Entscheidend für die schlechtere Rangierung der Beschwerdeführerin war die Bewertung bei den Kriterien «Qualität» und «Termine»; hier erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin beim ersteren Kriterium 23 Punkte, jenes der Mitbeteiligten 25 Punkte, beim letzteren Kriterium 2 Punkte, jenes der Mitbeteiligten 5 Punkte. Beim weiteren Kriterium «Kundendienst» wurden beide Angebote gleich mit 4 Punkten bewertet und beim Kriterium «Infrastruktur» erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin 5 Punkte, während jenes der Mitbeteiligten mit 4 Punkten bewertet wurde.

c) In Konkretisierung des Transparenzgebots (Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) verlangt § 14 Abs. 1 Bst. i VRöB im Sinne einer Mindestanforderung, dass die massgebenden Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein müssen. Diesem Erfordernis ist im vorliegenden Submissionsverfahren nicht entsprochen worden. Die Aufzählung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen gibt im Wesentlichen nur die bereits im Gesetz genannten Kriterien wieder. Eine verbindliche Auswahl der massgebenden Kriterien im Hinblick auf das konkrete Beschaffungsvorhaben, namentlich durch Bezeichnung mit einem Kreuz, ist nicht erfolgt. Erst nach der Ausschreibung sind die massgebenden Zuschlagskriterien erstmals in einer zur Begründung des Vergabeentscheids aufgelegten Bewertungsmatrix bekannt gegeben worden. Ein solches Vorgehen verstösst gegen das Transparenzgebot. Nachdem jedoch die Ausschreibung von der Beschwerdeführerin nicht angefochten worden ist (vgl. § 6 Bst. b SubmG; § 33 Bst. b VRöB), und auch sonst kein entsprechender Vorbehalt oder Protest angebracht wurde, muss angenommen werden, dass von ihr auf die Geltendmachung dieses Mangels der Ausschreibung verzichtet wurde. Indes dürfen die Anbieter in Fällen, bei denen in den Ausschreibungsunterlagen keine Zuschlagskriterien genannt sind, zumindest in der Regel, bei einfacheren Aufträgen, nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der

Zuschlag ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen wird (BGE vom 13. September 2002, 2P.74/2002, Erw. 3.3; BR 4/1999, S. 143, Nr. S32; BR 2/1999, S. 57, Nr. S12). In diesem Sinne ist die Beschwerdeführerin jedenfalls mit der Rüge zu hören, dass der Preis als Kriterium bei der Benotung nicht genügend gewichtet wurde.

d) Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass der mitbeteiligten A.B. AG für ihr um rund 2 Prozent höheres Preisangebot nur einer von 60 Punkten abgezogen wurde. Da die Beschwerdegegnerin dem Preis als Zuschlagskriterium ein Gewicht von 60 Prozent beimessen wollte, ist die Beschwerdeführerin der Meinung, dass für die Preisdifferenz von 2 Prozent mehr Punkte hätten in Abzug gebracht werden müssen. Der geringfügige Abzug steht nach Ansicht der Beschwerdeführerin in keinem Verhältnis zur Benotung der übrigen Kriterien. Die Beschwerdegegnerin erklärt zur Bewertung des Preises, die Preisdifferenz von 2 Prozent ergebe beim Angebot der Mitbeteiligten aufgerundet 59 Punkte, resultierend aus der Division von 60 Punkten geteilt durch 1,02. Wie bei allen Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde auch bei der Benotung des Zuschlagskriteriums des Preises ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Verwaltungsgericht nur bei einer allfälligen Überschreitung oder einem Missbrauch des Ermessens eingreift. Wie eine Bewertungsskala hinsichtlich der Angebotspreise festzulegen ist, lässt sich nicht in allgemein gültiger Weise bestimmen, sondern hängt stark von den Umständen des Einzelfalls ab. Die Bewertung der Angebotspreise muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (vgl. VGr ZH, 24. September 2003, VB.2003.00207, Erw. 2 mit Hinweisen).

Vorliegend wurden, wie bereits erwähnt, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung im Voraus nicht bekannt gegeben. Unter diesen Umständen durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass die Vergabe alleine oder doch zumindest hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgen würde. Gemäss der zur Begründung des Vergabeentscheids aufgelegten Bewertungsmatrix wurde der Preis bei den Zuschlagskriterien mit maximal 60 von insgesamt 100 möglichen Punkten benotet, womit die Beschwerdegegnerin nach eigenen Angaben dem Preis ein Gewicht von 60 Prozent beimessen wollte. Die punktemässige Bewertung erfolgte im Ergebnis nach der Formel gemäss «Guide romand» ($\text{Note de l'offre} = \text{Note maximale} \times \text{Prix offert le plus bas} / \text{Prix de l'offre}$; vgl. Jacques Pictet/Dominique Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, BR 2/2000 S. 63 ff.). Im vorliegenden Fall führt dies dazu, dass selbst das höchste Angebot, welches um mehr als 50 Prozent teurer als das günstigste ist, beim Zuschlagskriterium des Preises immer noch fast 2/3 der maximal erreichbaren 60 Punkte erhält. Die Preisunterschiede wirken sich demnach effektiv nur sehr geringfügig auf die Bewertung der Angebote aus. Damit wurde dem Kriterium des Preises klarerweise nicht das Gewicht

beigemessen, wie es von der Beschwerdeführerin erwartet werden durfte, und es kommt dem Preis auch nicht die Bedeutung zu, welche die Beschwerdegegnerin selbst dem Preis als Zuschlagskriterium mit einer Gewichtung von 60 Prozent geben wollte. Die vorgenommene Bewertung liegt daher nicht mehr innerhalb des Ermessens der Beschwerdegegnerin. Richtigerweise hätte die Vergabe wegen fehlender Angabe der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung alleine oder jedenfalls hauptsächlich nach dem Kriterium des Preises erfolgen müssen. Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass der Preis als Kriterium bei der Benotung nicht genügend gewichtet worden sei, ist daher gerechtfertigt. Wäre die Bewertung der Angebote ausschliesslich nach dem Kriterium des Preises erfolgt, hätte zweifellos die Beschwerdeführerin den Zuschlag erhalten müssen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 21. Juni 2004

V 2003/114

§ 8 Abs. 2 IVöB; §§ 15 Abs.4 und 23 VRöB – Auch privatrechtliche Aktiengesellschaften, die nicht im ganzen oder teilweisen Eigentum einer öffentlichen Körperschaft stehen, können unter die Submissionsgesetzgebung fallen, wenn sie Aufträge oder Leistungen erteilen, die mit mehr als 50 % der Gesamtkosten von der öffentlichen Hand subventioniert werden (Erw. 1). Eine Firma, die mit der Projektleitung betraut ist, das Leistungsverzeichnis für einen Auftrag ausarbeitet, das Submissionsverfahren durchführt und die technische Bewertung der Angebote vornimmt, darf als Anbieterin nicht am Verfahren teilnehmen bzw. muss vom Verfahren ausgeschlossen werden (Erw. 3).

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Mit Schreiben vom 14. Oktober 2003 lud die AC AG im Auftrag der Klinik Y. neben anderen Unternehmungen die K. AG zur Einreichung eines Angebots für eine neue Kommunikationslösung in der Klinik Y. ein. Am 30. Oktober 2003 reichte die K. AG eine Offerte ein. Am 22. Dezember 2003 wurde der K. AG zunächst telefonisch und anschliessend per E-Mail mitgeteilt, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da sie nach den Bewertungskriterien nicht in den ersten drei Rängen sei. Nach schriftlicher Intervention des Rechtsvertreters der K. AG eröffnete die Klinik Y. der K. AG mit Schreiben vom 16. Februar 2004, dass sie am 9. Februar 2004 entschieden habe, das Angebot der K. AG nicht zu berücksichtigen. Der Zuschlag sei an die AC AG erteilt worden.