

Submission: Zuschlagskriterien

- **Es nicht zulässig, Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander zu vermischen; bei der Bewertung der Zuschlagskriterien darf die Vergabestelle keinen Abzug anbringen mit der Begründung, dass sie das Unternehmen wegen fehlender Eignung sogar hätte ausschliessen können.**

Urteil des Verwaltungsgerichts (VGE) III/1 vom 31. Januar 2013 (WBE.2012.394)

Aus den Erwägungen

II.

2.

Gemäss § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst, Ausbildung von Lehrlingen sowie gerechte Abwechslung und Verteilung (§ 18 Abs. 2 SubmD). In der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen sind die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung anzugeben; fehlen diese Angaben, gilt als Zuschlagskriterium der Preis; allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Gewichtung anzugeben (§ 18 Abs. 3 SubmD). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Kriterien steht der Vergabebehörde dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vgl. Erw. II/2. hievor; AGVE 1998, S. 384; 2002, S. 308; ferner MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1411; ELISABETH LANG, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: ZBI 103/2002, S. 469). Die Zuschlagskriterien müssen aber im Hinblick auf den konkret zu vergebenden Auftrag bestimmt werden (AGVE 2002, S. 308). Im Grundsatz unzulässig ist es daher, vergabefremde Kriterien heranzuziehen, d.h. Kriterien, die sich nicht auf die Wirtschaftlichkeit des Angebotes beziehen, bzw. sich nicht am Nutzen des konkreten Beschaffungsobjekts selbst messen lassen; dazu zählen namentlich regional-, steuer- oder strukturpolitische Überlegungen (AGVE 1999, S. 296 f.; 1999, S. 328; Baurecht 2000, S. 57 Nr. S10, S. 58 f. Nrn. S12–17; Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/82 vom 9. August 2001 [BE.2001.00206], S. 4 f.; PETER GALLI / ANDRÉ MOSER / ELISABETH LANG / EVELYNE CLERC, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 544, 578 ff.; HAUSER, a.a.O., S. 1408; LANG, a.a.O., S. 469; PETER GAUCH / HUBERT STÖCKLI, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 27 ff.).

Des Weiteren kommt der Vergabebehörde auch bei der Bewertung der einzelnen Angebote aufgrund der ausgewählten Zuschlagskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu (AGVE 1998, S. 384; HAUSER, a.a.O., S. 1420 mit Hinweisen; LANG, a.a.O., S. 475). Das Verwaltungsgericht hat sich insbesondere bei der Überprüfung technischer und betrieblicher Aspekte, welche die Vergabebehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, Zurückhaltung aufzuerlegen (AGVE 1999, S. 328; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. August 1997, in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 1998, S. 64). Indessen muss auch die Bewertung der Offerten in sachlich haltbarer und begründbarer Weise erfolgen, ansonsten der Vergabestelle eine Ermessensüberschreitung oder sogar ein Ermessensmissbrauch anzulasten ist (AGVE 2000, S. 336; 1998, S. 384; LANG, a.a.O., S. 475). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabebehörde eine eigene Bewertung vorzunehmen (VGE III/6 vom 23. Januar 1998

[BE.97.00338], S. 7; vgl. zum Ganzen auch BGE 125 II 98 f. sowie Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.222/1999], Erw. 2c).

3.

3.1.

Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass die Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote unter dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" Referenzen von Bauführern und Polieren beurteilt habe, ohne dass in der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen solche Referenzen verlangt worden seien. Mithin handle es sich dabei um ein ausschreibungsfremdes und somit unzulässiges Teilkriterium. Weiter sei es auch unzulässig, dass die Vergabestelle beim Subkriterium "Erfahrung des Bauherrn mit dem Unternehmer" auf die Erfahrung der Abteilung Tiefbau (ATB) abgestellt habe. Bauherr sei vorliegend das Departement Finanzen und Ressourcen und nicht die Abteilung Tiefbau, zumal die übernommenen Erfahrungen auch falsch seien.

3.2.

Dagegen bringt die Vergabestelle vor, es seien vorliegend neben den Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen auch Eignungskriterien definiert worden. Neben den Projektreferenzen seien namentlich auch die Referenzen der für die Realisierung vorgesehenen Projektleitung (Bauführer und Polier) in den letzten fünf Jahren (2007–2012) verlangt worden. Die von den Beschwerdeführerinnen abgegebenen Referenzen mit einer Auswahl von Schlüsselpersonen seien mehrheitlich aus dem Jahr 2007 und älter, nur eine Referenz sei aus dem Jahr 2009. Dieses Eignungskriterium sei von den Beschwerdeführerinnen somit nicht erfüllt worden. Unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit habe die Vergabestelle aber entschieden, das unvollständige Angebot der ARGE A. trotzdem zu bewerten und im Sinne der Gleichbehandlung aller Submittenten die fehlenden resp. nicht dem verlangten Zeitraum entsprechenden Personalreferenzen beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" mit einem Abzug zu berücksichtigen. Bauherr sei vorliegend grundsätzlich der Staat Aargau. Je nach Art des Bauvorhabens würden die Erfahrungswerte aus dem entsprechenden Fachbereich herangezogen. Vorliegend gehe es überwiegend um ein Tiefbau-/Strassenprojekt, weshalb das Subkriterium "Erfahrung ATB" als Erfahrung des Bauherrn übernommen und gestützt auf die Liste der ATB vom 5. Juli 2012 bewertet worden sei. Eine allfällige Anpassung der Bewertung der Firma C. auf das Punktemaximum würde im Übrigen die Gesamtpunktezah der ARGE A. nur um 0.7 Punkte erhöhen und das Submissionsergebnis nicht verändern.

3.3.

3.3.1.

Gemäss § 18 Abs. 3 SubmD sind die Zuschlagskriterien sowie allfällige Teilkriterien mit ihrer Gewichtung in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben. Nicht verlangt ist, dass bereits die gesamte Bewertungsmatrix (Bewertungsmethode; Punkteskala) im Voraus bekannt gegeben wird. Entscheidend ist aber, dass die Anbieter aus der Ausschreibung bzw. den Ausschreibungsunterlagen zuverlässig erkennen können, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts dürfen die Anbietenden darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 2001, S. 346; 2002, S. 322 f.). Die Prinzipien von Transparenz und Nichtdiskriminierung verlangen sodann die Bindung der Vergabebehörde an die einmal festgelegten und bekannt gegebenen Kriterien. Es ist ihr mit anderen Worten untersagt, nicht publizierte Kriterien zu verwenden oder einzelne publizierte Kriterien nicht zur Anwendung zu bringen.

3.3.2.

Als Zuschlagskriterien werden im vorliegenden Fall in den Ausschreibungsunterlagen Preis (Gewichtung 60 %), Kompetenz (Gewichtung 35 %) und Lehrlingsausbildung (Gewichtung 5 %) genannt. Das mit 35 % gewichtete Zuschlagskriterium Kompetenz wird zudem in die folgenden Subkriterien unterteilt:

Referenzen

a) Strassenbau:

3 Referenzen für gleichartige ausgeführte Arbeiten in den letzten 5 Jahren (30 %)

b) Ortsbetonarbeiten:

3 Referenzen für gleichartige ausgeführte Arbeiten in den letzten 5 Jahren (30 %)

c) Erfahrung des Bauherrn mit dem Unternehmer (40 %)

Das Angebot der Beschwerdeführerinnen wurde bei den beanstandeten Subkriterien "Referenzen Strassenbau" und "Referenzen Ortsbetonarbeiten" mit je 60 von 100 möglichen Punkten bzw. gewichtet mit je 6.3 statt 10.5 Punkten bewertet. Die Abzüge werden damit begründet, dass Angaben von Referenzen für Bauführer und Polier in den letzten fünf Jahren fehlten.

3.3.3.

Zutreffend ist, dass in den Ausschreibungsunterlagen sowohl bezüglich der Unternehmung als auch bezüglich der Schlüsselpersonen Eignungskriterien definiert wurden. So waren für die Unternehmung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzen über die Ausführung von mindestens 3 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekten in den letzten 5 Jahren beizubringen. Auch für die Erfahrung der Schlüsselpersonen wurden Referenzen über die Ausführung von mindestens 3 mit der vorgesehenen Aufgabe vergleichbaren Projekten in den letzten 5 Jahren verlangt. Als Schlüsselpersonen galten dabei Projektleiter. Aus der Formulierung des Zuschlagskriteriums "Kompetenz" hingegen lässt sich nicht einmal ansatzweise der Schluss ziehen, dass hier neben den Referenzen des Unternehmens für Strassenbau und Ortsbetonarbeiten auch die Referenzen der vorgesehenen Schlüsselpersonen (Bauführer, Polier) bewertet werden sollten. Wenn die Vergabestelle dies beabsichtigt hätte, hätte sie das Teilkriterium Referenzen Schlüsselpersonen mitsamt der Gewichtung ebenfalls bekannt geben müssen. Davon, dass die Referenzen der vorgesehenen Schlüsselpersonen ein Subkriterium des Zuschlagskriteriums "Kompetenz" darstellen, geht indessen auch die Vergabestelle selbst zu Recht nicht aus, wenn sie in der Beschwerdeantwort geltend macht, sie habe sich unter dem Aspekt der Verhältnismässigkeit entschieden, auf einen Ausschluss der Beschwerdeführerinnen wegen Nichterfüllens der Eignung zu verzichten und die fehlenden bzw. nicht dem verlangten Zeitraum entsprechenden Personalreferenzen beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" zu berücksichtigen. Damit hat die Vergabestelle indessen in unzulässiger Weise einerseits ein Subkriterium bewertet, das in den Ausschreibungsunterlagen nicht als solches bekannt gegeben worden war, und andererseits Eignungs- und Zuschlagskriterien miteinander vermischt. Der unterschiedliche Charakter und Zweck der (anbieterbezogenen) Eignungskriterien und der (angebotsbezogenen) Zuschlagskriterien sowie die unterschiedlichen Rechtsfolgen einer Nicht- oder Schlechterfüllung erfordern im Interesse der Transparenz des Verfahrens und um Missverständnisse und Irreführungen der Anbietenden auszuschliessen, eine klare Trennung und Unterscheidung (vgl. AG-VE 2002, S. 314, 2001, S. 330 ff.). Wenn die Vergabestelle vorliegend zum Schluss gelangt ist, die Beschwerdeführerinnen würden die Eignungskriterien nicht erfüllen bzw. hätten die geforderten Eignungsnachweise nicht erbracht, hätte sie sie deshalb konsequenterweise vom Vergabeverfahren ausschliessen müssen. Hingegen ist es nicht zulässig, eine fehlende oder zumindest fragliche Eignung im Rahmen der Bewertung der Zuschlagskriterien durch eine Schlechterbewertung zu berücksichtigen.

3.3.4.

Der beim Zuschlagskriterium "Kompetenz" bzw. bei den beiden Subkriterien "Referenzen Strassenbau" und "Referenzen Ortsbetonarbeiten" vorgenommene Bewertungsabzug wird einzig mit den ungenügenden Referenzen der Schlüsselpersonen (Bauführer, Polier) begründet. Die hier ausschliesslich massgebenden Projektreferenzen der Beschwerdeführerinnen werden demgegenüber von der Vergabestelle nicht in Frage gestellt, weshalb den Beschwerdeführerinnen bei den beiden Subkriterien richtigerweise jeweils die volle Punktezahl, d.h. 10.5 statt lediglich 6.3 Punkte, hätte zukommen müssen. Mit der entsprechenden Korrektur erhöht sich die Gesamtpunktezahl der Beschwerdeführerinnen folglich von 90.928 auf 99.328, womit sie in der Gesamtbewertung klarerweise auf Rang 1 zu liegen kommt.

4.

Damit erweist sich die Beschwerde in Bezug auf die gerügte Bewertung des Zuschlagskriterium "Kompetenz" bzw. der Subkriterien "Referenzen Strassenbau" und "Referenzen Ortsbetonarbeiten" als begründet. Sie ist deshalb gutzuheissen. Der an die F. erteilte Zuschlag ist aufzuheben, und die Beschwerdesache ist an die Vergabebehörde zur Neubewertung und zu neuer Zuschlagserteilung zurückzuweisen.

Stichwörter: Submission