

stellung der Submissionsunterlagen transparent offen zu legen und sämtlichen Anbietern mitzuteilen.

VGP 18.05.2005

2257

Submission. Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen (Art 5 Abs. 1 lit. a GöB). Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium; ein solches Kriterium ist zulässig, wenn ihm für die Zuschlagserteilung untergeordnete Bedeutung zukommt (Art. 33 Abs. 2 lit. g VöB)

Sachverhalt:

Die Gemeinde Herisau hat aus der Liquidation der Genossenschaft Sportzentrum das Sportzentrum an der Kasernenstrasse 71 in Herisau übernommen. Sie plant die Sanierung und Erweiterung desselben. Zu diesem Zwecke hat sie am 6. Juli 2005 verschiedene Arbeitsgattungen öffentlich ausgeschrieben. Darunter die Arbeitsgattung Schwimmbadtechnik. Nach der Ausschreibung sind bei der Vorinstanz fünf Offerten eingegangen. Mit Vergabeverfügung vom 19. Oktober 2005 hat die Vergabebehörde den Offerenten mitgeteilt, dass der Zuschlag der W. GmbH erteilt worden sei. Gegen diese Verfügung liess die nicht berücksichtigte Firma B. AG mit Eingabe vom 28. Oktober 2005 Beschwerde einreichen. Sie hat unter anderem gerügt, dass mit der Lehrlingsausbildung ein vergabefremdes und damit unzulässiges Kriterium in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen worden sei.

Aus den Erwägungen:

4. In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vorinstanz als drittes Hauptkriterium die Lehrlingsausbildung aufgenommen und das Kriterium mit 10% gewichtet. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, es handle sich dabei um ein der Vergabe sachfremdes Kriterium, da es keinerlei Rückschluss auf die Qualität oder die Wirtschaftlichkeit der zu beschaffenden Leistung zulasse. Die Heranziehung dieses Kriteriums und dessen Gewichtung mit 10% würden sich als Verstoß gegen Art. 13 lit. f der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentlich Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, SR 172.056.5)

erweisen. Soweit das Kriterium Lehrlingsausbildung aber überhaupt zulässig sein sollte, sei es nur mit Einschränkungen anzuwenden, etwa um gleichwertige Angebote auseinander zu halten. Zudem sei die Zahl der Lehrlinge in Relation zur Grösse des Unternehmens zu setzen. Im vorliegenden Falle sei das Kriterium indessen klarerweise sachfremd und unzulässig, weil die deutsche Konkurrentin, wenn überhaupt, Lehrlinge in Deutschland ausbilde. Es könne nicht Sache des schweizerischen Vergaberechts sein, die deutsche Lehrlingsausbildung zu fördern und dafür bei der Vergabe noch zusätzlich Geld auszugeben.

Diesen Einwendungen hielt die Vorinstanz entgegen, dass auf die Rüge der Beschwerdeführerin nicht eingetreten werden könne. Die Zuschlagskriterien seien bereits Gegenstand der Ausschreibung gewesen. Indem die Beschwerdeführerin es unterlassen habe, die Ausschreibung anzufechten, habe sie dieses Kriterium bereits in jenem Stadium stillschweigend akzeptiert. Darüber hinaus habe sie dieses Kriterium mit dem Einreichen der beiden Offertvarianten und ihrer Zustimmung zu den allgemeinen Bedingungen des Offertverfahrens ausdrücklich akzeptiert. Selbst wenn man auf die Beschwerde in diesem Punkt eintreten könnte, würde sie sich als nicht gerechtfertigt erweisen. Aus dem Gleichbehandlungsgebot ergebe sich, dass alle Anbieter nach den gleichen Massstäben zu behandeln seien, ohne Unterschied, ob sich ihr Sitz im Ausland oder in der Schweiz befinde.

5. Nach der Rechtsprechung können die Ausschreibungsunterlagen, die den Anbietern erst zugestellt worden sind, nachdem die Beschwerdefrist für diese Phase des Verfahrens schon abgelaufen war, noch zusammen mit dem Vergabeentscheid angefochten werden (*BGE 129 I 321 E.6*). Die Ausschreibung für die Arbeitsgattung Schwimmbadtechnik war am 6. Juli 2005 im Amtsblatt des Kantons Appenzell A. Rh., im Schweizerischen Handelsamtsblatt und in der Appenzeller Zeitung publiziert. In der Publikation wurde angegeben, dass die Ausschreibungsunterlagen gestaffelt vom 27. Juli bis zum 22. September 2005 zugestellt würden. Am 27. Juli 2005 war die zehntägige Beschwerdefrist für die Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen bereits abgelaufen. Die Beschwerdeführerin kann daher die Zuschlagskriterien noch in diesem Verfahren anfechten.

6. Die Berücksichtigung von Allgemeininteressen in Beschaffungsgeschäften in Form von vergabefremden Zuschlagskriterien ist problematisch und setzt eine Grundlage im anzuwendenden Submis-

sionsrecht voraus. Eine solche gesetzliche Grundlage kann in den Kriterienkatalogen erblickt werden, welche das anwendbare Submissionsrecht (in der Regel) nicht abschliessend enthält. Die Zulässigkeit eines vergabefremden Zuschlagskriteriums setzt sodann voraus, dass das betreffende Kriterium, wie alle Zuschlagskriterien, stets unter dem Gesichtswinkel der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung der Anbieter zu überprüfen ist (*Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz 424*). Die gesetzliche Grundlage für das Kriterium Lehrlingsausbildung findet sich für den Kanton Appenzell A.Rh. in Art. 33 Abs. 2 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (VöB, bGS 712.11). Einerseits sind die dort genannten Kriterien nicht abschliessend aufgezählt. Andererseits bietet sich lit. g der genannten Bestimmung als ausdrückliche Grundlage an, denn die Lehrlingsausbildung kann durchaus als Teilbereich der Sicherung des Ausbildungsstandes einer Berufsgattung verstanden werden.

Im Kanton Appenzell A.Rh. wurde bisher, soweit ersichtlich, über die Zulässigkeit des Kriteriums „*Lehrlingsausbildung*“ noch nie entscheiden. Ein Blick auf die Praxis anderer Kantone ergibt folgendes: Das Submissionsrecht des Kantons Zürich sieht die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium vor, wobei die Zulässigkeit des Kriteriums nach Ansicht des Zürcher Verwaltungsgerichts umstritten ist. Im Kanton Aargau gilt die Lehrlingsausbildung bei moderater Gewichtung als zulässiges Zuschlagskriterium. Nach der Thurgauer Praxis gilt das Kriterium Lehrlingsausbildung als unzulässig. Ob es dann herangezogen werden könne, wenn sich bezüglich der übrigen Kriterien gleichwertige Angebote gegenüberstehen, wurde bisher offen gelassen. Nach Auffassung des Freiburger Verwaltungsgerichtes ist das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässig, wenn es in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war, und wenn ihm für die Zuschlagserteilung eine untergeordnete Bedeutung zukommt (*zum Ganzen Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, a.a.O., Rz 425-428*). Das Bundesgericht erachtet die Zulassung des Kriteriums Lehrlingsausbildung nicht als willkürlich, wenn ihm kein grosses Gewicht zugemessen wird (*BGE 129 I 325, E. 8, 9*).

Der mehrheitlichen Rechtsprechung, die das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässt, wenn ihm nur untergeordnete Bedeutung beigegeben wird, ist beizupflichten, zumal in Art. 33 Abs. 2 VöB eine genügende gesetzliche Grundlage besteht, die sich ihrerseits auf Art. 3

Abs. 2 lit. e des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) stützen kann. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Vorinstanz das Kriterium Lehrlingsausbildung zulässigerweise in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen und dass sie ihm mit der Gewichtung von lediglich 10% die in Lehre und Rechtsprechung postulierte untergeordnete Bedeutung zugemessen hat. Dass die Vorinstanz das zulässige Kriterium sodann rechtsgleich auf alle Bewerber angewendet hat, ist korrekt und nicht zu beanstanden.

VGP 03.02.2006

2258

Öffentliches Personalrecht. Weiterführung eines Arbeitsverhältnisses auf veränderter vertraglicher Grundlage: Kommt keine einvernehmliche Vertragsänderung zustande, bedarf es einer Änderungskündigung.

Eine Spitalangestellte war gemäss Arbeitsvertrag als Teamleiterin eingesetzt. Im Herbst 2004 entschloss sich der Spitalverbund, sie von der Teamleitung zu entbinden und als Pflegefachfrau weiterzubeschäftigen. Der Angestellten wurde am 6. Oktober 2004 ein neuer Vertrag unterbreitet, den sie wegen einer zu tiefen Gehaltseinstufung nicht akzeptierte. Nachdem der Spitalverbund im Vertragsentwurf vom 15. Oktober 2004 das Gehalt auf monatlich Fr. an hob, unterzeichneten die Parteien den so geänderten Vertrag am 18. Oktober 2004. Weil die Angestellte in der Folge ein der Vertragsunterzeichnung vorangegangene Gespräch als "Überrumpelungsaktion" empfand, und ihr in einem länger zurückliegenden Mitarbeitergespräch eine gute Leistung als Teamleiterin attestiert worden war, gelangte sie mit Schreiben vom 24. Oktober 2004 an die Spitalleitung und zeigte dieser an, dass ihre Vertragsunterzeichnung an einem Willensmangel leide, weshalb sie die Änderung (Einstellung in der Teamleiterfunktion) nicht gegen sich gelten lasse und stattdessen am bestehenden Vertrag als Teamleiterin festhalten möchte. Am 29. Oktober 2004 fand ein Gespräch der Angestellten mit ihrer Vorgesetzten statt. In der Folge interpretierte die Spitalleitung das vorgenannte Schreiben als Kündigung, während die Angestellte dieser Auslegung wider-