



AR GVP 34/2022 Nr. 3830

Submissionsrecht. Zuschlagskriterien und Begründung des Zuschlagsentscheids. Anforderungen an Unterkriterien. Nicht voraussehbare Aspekte eines Zuschlagskriteriums müssen im Voraus angegeben werden, wenn sie bei der Bewertung eine Rolle spielen (E.4). Der Zuschlagsentscheid bedarf einer kurzen Begründung. Die Vergabebehörde hat Gelegenheit, ihre Verfügung mit der Beschwerdeantwort zu begründen. Im vorliegenden Fall hat diese ihre Bewertungen nicht fristgerecht begründet und damit das rechtliche Gehör verletzt (E. 5).

Urteil des Einzelrichters des Obergerichts, 10.01.2022, ERV 21 52

Aus den Erwägungen:

4. Zuschlagskriterien/Unterkriterien

4.1 Gemäss Art. 33 Abs. 1 und 2 der kantonalen Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen (kVöB, bGS 712.11) erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag nach Massgabe der Zuschlagskriterien. Das wirtschaftlich günstigste Angebot wird nicht alleine über den Preis bestimmt, sondern aufgrund verschiedener Zuschlagskriterien ermittelt. Als solche Kriterien gelten u.a. Preis, Termin, Qualität, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebskosten, Umweltverträglichkeit sowie Erfahrung (vgl. Art. 33 Abs. 2 kVöB).

4.2 In den Ausschreibungsbedingungen der Vorinstanz wurden als Zuschlagskriterien die „Fachkompetenz“ (40%), „Referenzen“ (20%), „Preis“ (20%) sowie „Standort des Anbieters“ (20%) aufgeführt (Verfahren ERV 21 54 act. 8/12 und 8/13). Da die Bewertung des Preises und des Standortes des Anbieters nicht strittig ist, beschränken sich die nachfolgenden Ausführungen auf die Bewertung der ersten beiden Zuschlagskriterien.

4.3 Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, die Unterkriterien seien in der Ausschreibung nicht bekannt gegeben worden. Aus dem Bewertungsblatt, in das erst nach der Zustellung des Vergabeentscheides habe Einsicht genommen werden können, ergebe sich, dass die Vorinstanz mehrere Unterkriterien aufgestellt und bewertet habe. Beim Zuschlagskriterium "Fachkompetenz" seien die Unterkriterien "Terminplanung", "ergänzende Referenzen" und "technischer Leistungsbezug" sachfremd und nicht nachvollziehbar. Beim Hauptkriterium "Referenzen" sei das Unterkriterium "Dossier/Aufmachung" sachfremd, weil es keinen Bezug zum Kriterium "Referenzen" habe.

Die Vorinstanz lässt dazu ausführen, die Zuschlagskriterien seien in verschiedene Bereiche aufgeteilt worden. Die Teilaspekte seien nachvollziehbar und nicht sachfremd, weshalb sie in den Ausschreibungsunterlagen nicht separat hätten aufgeführt werden müssen. So gehöre zu den Fachkompetenzen eines Bauherrenberaters die Fähigkeit, ein Projekt zu terminieren. Auch müsse er ein gewisses technisches Verständnis mitbringen. Im Rahmen der Beurteilung von Offerten werde auch die Darstellung der Bewerbungsunterlagen mitbeurteilt, was im Sinne der allgemeinen Geschäftserfahrung offensichtlich und bekannt sei.

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. f kVöB sind im Rahmen der Ausschreibung nur die Zuschlagskriterien bekanntzugeben. Die Verordnung erwähnt die Unterkriterien nicht (anders etwa als Art. 34 Abs. 3 kVöB-SG, dazu das Urteil des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2011/191 vom 14. Februar 2012 E. 2). Nach der bundesgerichtlichen Recht-

sprechung zum Transparenzgrundsatz sind Unterkriterien, welche die Zuschlagskriterien lediglich konkretisieren, nicht im Voraus bekanntzugeben (Urteile 2C_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 4.1, nicht publiziert in BGE 139 II 489, und 2D_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7.4 f.: vgl. dazu auch PANDORA KUNZ-NOTTER, in: Hans Rudolf Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N. 4 zu Art. 11 BöB). Demgegenüber sind nicht voraussehbare Aspekte eines Zuschlagkriteriums im Voraus anzugeben, wenn sie bei der Bewertung eine Rolle spielen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 916; Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2010.00568 vom 12. Januar 2011 E. 4.1, mit Hinweisen). Gleiches gilt dann, wenn die Behörde für die zu vergebende Arbeit bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung Unterkriterien konkret formuliert und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen festgelegt hat, das sie für die Bewertungen der Offerten auch anzuwenden gedenkt (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 E. 2.1.1).

Letzterer Fall liegt nicht vor, hat die Vorinstanz doch ausdrücklich festgehalten, die Unterkriterien seien erst im Nachhinein erarbeitet worden (act. 16 S. 2 unten). Die Beschwerdeführerin hat dem nicht widersprochen und auch den Akten kann nichts Gegenteiliges entnommen werden.

Die Vorinstanz hat beim Zuschlagkriterium „Fachkompetenz“ u.a. auf das Unterkriterium „Terminplanung“ abgestellt. Sie versteht darunter die Fähigkeit eines Bauherrenberaters, ein Projekt zu terminieren. Der genannte Aspekt war zwar nicht explizit in den Submissionsunterlagen aufgeführt, ist aber bei einem Berater für ein Bauprojekt ein naheliegender Faktor für die Eignungsprüfung. Es handelt sich somit um einen vorhersehbaren Aspekt des Zuschlagkriteriums „Fachkompetenz“, welche die Vorinstanz auch ohne Nennung in den Submissionsunterlagen bei der Bewertung berücksichtigen durfte.

Gleiches gilt bezüglich des Unterkriteriums „Technischer Leistungsbezug“. Die Vorinstanz meint damit das technische Verständnis. Dieses gehört zur „Fachkompetenz“.

Hingegen ist nicht ersichtlich, aus welchem Grund beim Zuschlagskriterium „Fachkompetenz“ ein Unterkriterium „ergänzende Referenzen“ geprüft worden ist, wenn die „Referenzen“ ein eigenes Hauptkriterium bilden. Die Erklärung der Vorinstanz (act. 7 S. 6 unten Rz. 19), wonach aus den Referenzen einer offerierenden Partei Aufschluss über deren Fachkompetenzen gewonnen werden könnten, trifft natürlich zu, dafür aber wurde eigens das Zuschlagskriterium „Referenzen“ geschaffen. Die doppelte Berücksichtigung des gleichen Sachverhaltes führt zu der von der Beschwerdeführerin geltend gemachten Punkteverzerrung (vgl. act. 1 S. 7) und ist deshalb grundsätzlich unzulässig (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2010.00170 vom 22. September 2010 E. 4.5.2). Das Unterkriterium „ergänzende Referenzen“ darf deshalb nicht verwendet werden. Es liegt hier nicht der Fall vor, dass eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium verlangt wird und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium gewichtet wird (vgl. dazu BGE 139 II 489 E. 2.2; vgl. auch MARTIN BEYELER, Vergaberechtliche Entscheide 2018/2019, 2020, S. 160 Rz. 227).

Was das Unterkriterium „Dossier/Aufmachung“ unter dem Zuschlagskriterium „Referenzen“ anbelangt, ist der Sachzusammenhang zu bejahen. Bei Referenzen geht es nicht nur um die von Drittpersonen abgegebenen Beurteilungen, sondern ganz generell um Unterlagen zum Nachweis der Eignung oder Qualität eines Anbieters (vgl. BGE 139 II 489 E. 3.2). Dazu kann auch das von einem Anbieter eingereichte Dossier gezählt werden.

5. Begründung der Beurteilungen durch die Vorinstanz

5.1 Die Beschwerdeführerin hat geltend gemacht, die Punktevergabe bzw. die Bewertung mehrerer Unterkriterien - dort, wo sie nur ein Kreuz erhalten habe - könne nicht nachvollzogen werden. Beim Unterkriterium „Technischer Leistungsbezug“ sei nicht klar, was bewertet worden sei.

Die Vorinstanz liess ausführen, sie habe sich mit den Offerten der Anbieter im Detail auseinandergesetzt und fundierte Entscheidungen getroffen. Es sei in allen Punkten eine systematische und sachlich nachvollziehbare Auswertung vorgenommen worden. Die Zuschlagskriterien seien anhand diverser Teilaspekte transparent und nachvollziehbar mit verschiedenen Noten (++ bis --) bewertet worden. Gestützt auf die Bewertungen der Teilaspekte für ein Kriterium sei sodann eine Punktzahl vergeben worden.

5.2 Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Art. 13 lit. h der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, bGS 712.2) gewährleistet lediglich eine "kurze" Begründung des Zuschlags. Art. 5 Abs. 2 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, bGS 712.1) und Art. 34 Abs. 1 kVöB verlangen für Verfügungen der Vergabebehörde ebenfalls nur eine "kurze" Begründung. Es genügt die Veröffentlichung der Beurteilungsmatrix mit den bewerteten Angeboten (WIEDERKEHR/PLÜSS, Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, 2020, Rz. 598). Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bekanntzugeben (Art. 34 Abs. 2 kVöB). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 12 Abs. 1 und Art. 18 Abs. 1 lit. c des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege, VRPG, bGS 143.1); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (KASPAR PLÜSS, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. Aufl. 2014, N. 25 zu § 10 VRG). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und Art. 5 Abs. 2 GöB bzw. 34 Abs. 1 kVöB andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2018.00787 vom 2. Februar 2019 E. 4.1; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1250; BEYELER, a.a.O., S. 233 f. Rz. 350). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 598; Urteile des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2018.00450 vom 15. November 2018 E. 3.1 und VB.2018.00787 vom 28. Februar 2019 E. 4.1).

5.3 Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben enthält lediglich eine Übersicht der von den drei Anbietern in den Zuschlagskriterien erreichten Noten bzw. (nach Gewichtung) Punkten und die Gesamtpunktzahlen (Verfahren ERV 21 54 act. 8/22). Nach der Mitteilung des Zuschlags wurden der Beschwerdeführerin auf ihr Begehren hin innert laufender Beschwerdefrist die Tabellen mit Bewertung der einzelnen Unterkriterien und der daraus resultierenden Punkte in den Zuschlagskriterien zugestellt (Verfahren ERV 21 54 act. 8/25). Im Rahmen der Beschwerdeantwort erfolgte keine weitere Begründung in der Sache.

In der Berufungsantwort hat die Vorinstanz lediglich auf die Systematik ihres Vorgehens hinweisen lassen. Dieser Punkt ist nicht bestritten und hier nicht von Bedeutung. Die Vorinstanz hat in der Beschwerdeantwort - und davor - nicht begründet, warum die Beschwerdeführerin in den Unterkriterien "Terminplanung", "Vorgehensweise", "ergänzende Referenzen", "Technischer Leistungsbezug", "Vielseitigkeit Projekte" und "Dossier/Aufmachung" nur ein Kreuz erhalten hat, die A. AG aber deren zwei. Die Vorinstanz hat insbesondere nicht angegeben, auf welche Punkte der Offerten der Anbietenden sie ihr Augenmerk gerichtet hat, um die einzelnen Bewertungen vorzunehmen. Es geht nicht darum, einen mathematischen Schlüssel für die einzelnen Bewertungen zu liefern. Es muss aber dargelegt werden, welche Eigenschaften der Anbietenden jeweils miteinander verglichen worden sind und welches die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile/Nachteile eines Angebots sind (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1244; WIEDERKEHR/PLÜSS, a.a.O., Rz. 598; vgl. auch BEYELER, a.a.O., S. 165 Rz. 239 und S. 233 Rz. 348). Nur so ist es der unterliegenden Anbieterin und auch dem Gericht

möglich, die Bewertungen zu überprüfen. Unerheblich dabei ist, dass das Gericht nur den Missbrauch oder das Überschreiten des Ermessens prüfen kann. Auch für diese Prüfung muss bekannt sein, aufgrund welcher Überlegungen die einzelnen Bewertungen zustande gekommen sind.

Erst in der Duplik und damit verspätet (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1250 S. 612 oben) hat die Vorinstanz den Versuch unternommen, Begründungen für die Bewertungen zu liefern. So liess sie etwa ausführen, beim Unterkriterium "Terminplanung" sei von Belang gewesen, dass anhand einer realistischen Zeiteinschätzung mit konkreten Zeitfenstern die verschiedenen Meilensteine des Projekts festgelegt worden seien. Das Angebot der Beschwerdeführerin sei in diesem Punkt als weniger geeignet beurteilt worden als jenes der A. AG.

Die Vorinstanz hat ihre Bewertungen nicht fristgerecht begründet und damit das rechtliche Gehör der Beschwerdeführerin verletzt. Dieser Mangel wurde im Beschwerdeverfahren nicht geheilt.

Mithin ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie hat - unter Weglassung des Unterkriteriums der "ergänzenden Referenzen" beim Zuschlagskriterium "Fachkompetenz" - einen neuen Entscheid zu fällen und diesen rechtsgenügend (sachlich und objektiv nachvollziehbar) zu begründen. Der guten Ordnung halber ist anzumerken, dass die Aufhebung der Zuschlagsverfügung auch gegenüber der A. AG wirkt (vgl. BEYELER, a.a.O., S. 290 Rz. 461).