

Submission; Bewertung des Schlüsselpersonals, Transparenz des Vergabeverfahrens, Gleichbehandlung der Anbieter – Art. 1 Abs. 3 lit. b und lit. c IVöB; Art. 12 lit. m, Art. 14 lit. i und Art. 32 Abs. 1 VRöB.

Aufgrund der Submissionsunterlagen durften die Anbieter davon ausgehen, dass die Arbeiten zeitlich begrenzt und nicht über Jahre zu leisten seien und ihr Schlüsselpersonal nicht längerfristig beansprucht werde. Die letztlich nur mit dem Alter der hauptsächlichen Schlüsselperson begründete Bewertung des Schlüsselpersonals der Beschwerdeführerin nur mit der Hälfte der für das Zuschlagskriterium vorgesehenen Punktzahl verstösst unter den gegebenen Umständen gegen die Grundsätze der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Anbieter.

OGE 60/2016/29 vom 25. Oktober 2016

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Die Gemeinde A. (Beschwerdegegnerin) lud zur Vergabe der Ingenieurarbeiten für die Sanierung der Entwässerungen in Flur- und Güterstrassen vier Ingenieurbüros zur Einreichung eines Angebots ein. Es bewarben sich unter anderem die B. AG (Beschwerdeführerin) mit einem Angebotspreis von Fr. 132'757.50 und die C. AG (Beigeladene) mit einem Angebotspreis von Fr. 169'528.30. Der Gemeinderat vergab die Arbeiten der C. AG. Das teilte er der B. AG unter Hinweis darauf mit, dass deren Angebot mit 0,85 Punkten und dasjenige der C. AG mit 0,86 Punkten bewertet worden sei. Eine Beschwerde der B. AG gegen den Vergabeentscheid hiess das Obergericht gut.

Aus den Erwägungen

2. Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur, Lehrlingsausbildung (Art. 32 Abs. 1 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]; anwendbar gemäss § 2 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511]).

2.1. Die Vergabestelle legt die für eine Beschaffung massgeblichen Kriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Sie müssen, um die

notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510]), zu Beginn des Verfahrens festgelegt und den Interessenten bekanntgegeben werden. Aus der Bekanntgabe muss ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabestelle den einzelnen Kriterien beimisst; sie hat daher die Zuschlagskriterien im Voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung darzulegen oder zumindest die relative Bedeutung, die sie den einzelnen Kriterien beimessen will, ersichtlich zu machen (Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i VRöB).

Der Vergabestelle ist es grundsätzlich verwehrt, die Kriterien und deren Gewichtung nachträglich, insbesondere nach Eingang der Angebote, noch wesentlich abzuändern. Eine nachträgliche Änderung der Kriterien oder deren Gewichtung kommt nur ausnahmsweise und unter Wahrung der Transparenz in Frage, d.h. prinzipiell nur mit erneuter vorgängiger Bekanntgabe an die Anbieter, damit diese sie in ihrem Angebot berücksichtigen können (OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3b mit Hinweisen, Amtsbericht 2005, S. 144; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 383 f., Rz. 855).

Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde bei der Einladung folgende Zuschlagskriterien bekanntgegeben: Preis (50%), Schlüsselpersonal, Erfahrung, Stellvertretung (30%), Referenzen (10%), Aufgabenanalyse (10%). Die Kriterien und ihre Gewichtung als solche stellt die Beschwerdeführerin nicht in Frage.

2.2. Der Gemeinderat hat den besten Preis der Beschwerdeführerin mit dem Maximum von 0,50 Punkten, den Preis der Beigeladenen mit 0,36 Punkten bewertet. Beim Schlüsselpersonal hat er das Angebot der Beschwerdeführerin mit 0,15 Punkten, das Angebot der Beigeladenen mit dem Maximum von 0,30 Punkten bewertet. Bei den beiden übrigen Kriterien hat er beide Angebote jeweils mit dem Maximum von 0,10 bewertet. Das ergab für das Angebot der Beschwerdeführerin insgesamt 0,85 Punkte, für das Angebot der für den Auftrag berücksichtigten Beigeladenen insgesamt 0,86 Punkte von maximal 1,00 Punkten.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, ihr Schlüsselpersonal sei ebenfalls mit dem Maximum zu bewerten. Nur schon die Erhöhung von 0,5 auf 0,6 des Maximums würde das Ergebnis zu ihren Gunsten verändern.

2.3. Die Beschwerdeführerin hat als Schlüsselpersonen den vorgesehenen Projektleiter D. (Ausbildung: Zeichner/GIS-Operateur; spezielle Kenntnisse: GIS- und

EDV-Verantwortlicher) und einen Sachbearbeiter angegeben. In der Bewertungstabelle, die zur Begründung der Vergabe diente, hielt die Vergabestelle dazu fest: "D. pensioniert".

Die Beschwerdeführerin machte in der Beschwerdeschrift geltend, D. arbeite trotz seines Alters nach wie vor mit einem Pensum von 40% bei ihr und betreue diverse Aufträge ihres Betriebs. Es sei in freien Berufen nicht unüblich, über das erreichte 65. Lebensjahr hinaus tätig zu sein und die grosse Erfahrung zum Wohl der Unternehmung einzusetzen. Die Submission sehe im Übrigen einen Bearbeitungshorizont bis Ende 2016 vor. ... Eine Reduktion der Bewertung des Schlüsselpersonals nur aufgrund des Alters sei ungerechtfertigt und diskriminierend.

In den Erwägungen zum Beschluss vom 5. Juli 2016 hielt der Gemeinderat in den "Bemerkungen zu B." unter anderem fest: "Das vorliegende Projekt erfordert in erster Linie Ingenieurwissen und erst in zweiter Linie Vermessungs- und GIS Kompetenz. Das Schlüsselpersonal und die Erfahrung wurden deshalb mit je 0,6 Anteilen gewichtet. D. hat wohl grosse Erfahrung. Er hat jedoch seit einem Jahr das Pensionsalter überschritten. Das Projekt ist auf mehrere Jahre ausgelegt. Deshalb müssen die Schlüsselpersonen die im Projekt den Lead haben Erfahrung mitbringen, was bei D. wohl gegeben ist. Es braucht aber zudem Ingenieurwissen zur Beurteilung und Dimensionierung." In der allgemeinen Zusammenfassung wurde sodann erklärt: "Beim Büro B. fehlt als Schlüsselperson das Ingenieurwissen, dieses könnte durch die Erfahrung wettgemacht werden. Doch die Schlüsselperson ist seit einem Jahr im Pensionsalter".

In der Beschwerdeantwort führte der Gemeinderat aus, die Schlüsselperson mit ihrer Fachkompetenz und Erfahrung beeinflusse das über Jahre dauernde Projekt qualitativ, quantitativ und sehr stark auch finanziell. Ingenieurwissen und -erfahrung stehe über Vermessungs- und GIS-Wissen und -Erfahrung. Denn die Schlüsselperson müsse ingenieurmässig Schwachstellen überprüfen, ein Sanierungskonzept samt Massnahmenplan einschliesslich hydraulischer Berechnungen Stufe Vorprojekt SIA 406 erarbeiten. Das seien nicht die Kompetenzen von D. Deshalb und weil das Projekt die Schlüsselperson über mehrere Jahre beanspruchen werde – für Beratungen während der Ausführung der verschiedenen Projekte – könne im Angebot der Beschwerdeführerin die Schlüsselperson lediglich mit 0,5 bewertet werden. ...

Hierauf erklärte die Beschwerdeführerin in der Replikschrift, der in den Submissionsunterlagen festgelegte Bearbeitungshorizont (rund sechs Monate) und der darin ausgeschriebene, in sich abgeschlossene Auftrag hätten die Eckdaten für ihr Angebot bestimmt. Die Arbeiten seien in die Teilaufträge Erarbeitung Grundlagen, Gesamtkonzept und Vermessung aufgeteilt. Die Erarbeitung der Grundlagen und

die Vermessung (rund 75% des Auftragsvolumens) enthielten die Erfassung des Werks im Gelände und die Erfassung der Daten in einer GIS-Datenbank. Aufgrund dieses Anteils sei D. als Schlüsselperson eingesetzt worden. Das Projektteam bei einem solchen Auftrag bestehe nicht nur aus den zwei Schlüsselpersonen. Bei vielen Aufträgen seien zusätzliche Fachkenntnisse neben dem Grundauftrag erforderlich. Durch die Grösse ihrer Ingenieurunternehmung sei die Beschwerdeführerin in der Lage, ein breites Spektrum des Ingenieurwesens abzudecken. Richtig sei, dass für den Teilauftrag "Gesamtkonzept" Ingenieurwissen erforderlich sei. Durch die langjährige Erfahrung könne D. einen Teil dieses Teilauftrags abdecken. Für die hydraulischen Berechnungen könne die Beschwerdeführerin zusätzlich auf Mitarbeiter mit Ingenieurausbildung zurückgreifen. Es sei kaum möglich, bei allen Aufträgen die gesamte Fachkompetenz jeweils in einer Person zu vereinigen. Falls die Ausbildung der Schlüsselperson als Bauingenieur oder Kulturingenieur eine Bedingung für den Zuschlag sei, hätte dies in den Submissionsunterlagen ersichtlich sein müssen.

2.4. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden und liegt jedenfalls im Ermessensspielraum der Vergabestelle, dass dem Schlüsselpersonal und dessen Erfahrung bei den Zuschlagskriterien ein relatives hohes Gewicht von 30% beigemessen wird. Auch die Beschwerdeführerin stellt das nicht in Frage.

Bei der Bewertung des Schlüsselpersonals ist – da in den Submissionsunterlagen nicht näher umschrieben wird, welche Anforderungen das Schlüsselpersonal konkret erfüllen müsse – die spezifische Fachkompetenz und Erfahrung im Zusammenhang mit Projekten der in Frage stehenden Art zu beurteilen. Dabei ist das Zuschlagskriterium so auszulegen, wie es von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnte. Bei der Anwendung des Kriteriums, d.h. bei der Subsumtion und Wertung der konkreten Umstände, steht der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 35 f. [bezüglich Eignungskriterien]; Hinweis auf dieses Urteil mit Anmerkung bei Scherler/Beyeler, Vergaberecht 2016: neue Themen, neue Urteile, in: Zufferey/Beyeler/Scherler [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 56, Rz. 55; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 388, Rz. 861 f.).

Die Submission umfasst folgenden Leistungsumfang als Hauptarbeiten: Datenbank Unterhaltsplanung, Zustandserfassung bestehender Entwässerungen durch Begehung und im Zuge der Spülarbeiten Etappe 2016, Überprüfung auf Schwachstellen, Sanierungskonzept auf Stufe Vorprojekt SIA 406, Kostenschätzung Stufe Vorprojekt SIA 406, Etappenplan auf Stufe Vorprojekt SIA 406, Gesuch PWI-Beiträge. Als Termin der Ausführung wurde angegeben: Juli 2016 bis Dezember

2016. Das Leistungsverzeichnis enthält – gemäss Beschwerdeführerin als "Teilaufträge" – folgende separat, insbesondere auch mit einem separaten Gesamtpreis zu erfassende und zu unterschreibende Leistungen: Grundlagen/Analysen, Gesamtkonzept, Vermessungsarbeiten. Die Preise sollten als Festpreise bis 31. Dezember 2017 gelten.

Auch die Beschwerdeführerin räumt ein, dass zur Ausführung dieser Arbeiten zumindest teilweise spezifisches Ingenieurwissen erforderlich ist. Es ist daher nachvollziehbar, dass die Vergabestelle bei der Bewertung des Schlüsselpersonals massgeblich auf die entsprechende Fachkompetenz geachtet hat. ...

2.5. Die Vergabebehörde hat in den Erwägungen des angefochtenen Entscheids ausgeführt, bei der Beschwerdeführerin fehle zwar das Ingenieurwissen; dieses könnte jedoch durch die Erfahrung von D. wettgemacht werden. Konnte aber das erwähnte Manko nach ihrer Auffassung anderweitig *wettgemacht* werden, mass sie demnach dem eingeschränkten spezifischen Fachwissen im Ergebnis jedenfalls keine derart entscheidende Rolle bei, dass sie deswegen eine Bewertung nur mit der *Hälfte* der für das Zuschlagskriterium Schlüsselpersonal vorgesehenen Punktzahl als gerechtfertigt betrachtet hätte. Wenn der Gemeinderat in der Beschwerdeantwort ausschliesslich auf die fehlenden Kompetenzen von D. verweist, ohne dessen grosse Erfahrung mit einzubeziehen, erscheint das mit Blick auf die seinerzeitigen Erwägungen als widersprüchlich.

Aufgrund ihrer seinerzeitigen Erwägungen war denn auch für die Vergabebehörde – entsprechend dem Hinweis "D. pensioniert" in der Bewertungstabelle – letztlich nicht die fehlende Fachkompetenz entscheidend, sondern der Umstand, dass D. das Pensionsalter überschritten habe, das Projekt aber auf mehrere Jahre ausgelegt sei. Auch in der Beschwerdeantwort wird hervorgehoben, dass das Projekt über Jahre dauere und die Schlüsselperson für Beratungen während der Ausführung der verschiedenen Projekte über längere Zeit weiterhin zur Verfügung stehen müsse.

Aus den Submissionsunterlagen ist eine solche längerfristige Beanspruchung des Schlüsselpersonals nicht ersichtlich. Die Ausführung der Arbeiten wird ausdrücklich nur bis Dezember 2016 terminiert (vgl. auch die Fokussierung auf die "Stufe Vorprojekt SIA 406"). Es fehlt jeglicher Hinweis darauf, dass nach Erstellung der Grundlagen und eines *Gesamt-Konzepts* zur Sanierung des Meliorationswerks auch während der Sanierung selber noch Leistungen zu erbringen wären, was sich auch im Preis hätte entsprechend niederschlagen müssen. In dieser Situation durften die Anbieter bei der Auswahl und Bezeichnung ihres Schlüsselpersonals und allfälligen Überlegungen zu dessen künftiger Verfügbarkeit darauf vertrauen, dass die zu vergebenden Arbeiten zeitlich begrenzt und jedenfalls nicht über Jahre zu

leisten seien. Die Vergabestelle durfte ihrerseits die aus den Submissionsunterlagen ersichtlichen zeitlichen Anforderungen ans Schlüsselpersonal nicht nachträglich erweitern bzw. entsprechend auslegen. Wenn sie den Auftrag nunmehr zeitlich ausdehnen und auch so zu verstehen haben möchte, handelt es sich im Ergebnis um eine Änderung der Submission und des in Frage stehenden Zuschlagskriteriums. Das widerspricht dem Grundsatz der Rechtssicherheit und der Transparenz des Verfahrens und ist damit prinzipiell unzulässig.

2.6. Es scheint sodann ..., dass das Schlüsselpersonal der verschiedenen Anbieter nicht durchwegs nach dem gleichen Massstab bewertet worden ist.

In den Erwägungen des Gemeinderats zum Beschluss vom 5. Juli 2016 wurde in den Bemerkungen zu einem ebenfalls nicht berücksichtigten Anbieter bezüglich des Schlüsselpersonals festgehalten: "... sowohl der Projektleiter als auch sein Stellvertreter müssen selbständig Geländesituationen und das bestehende Leitungsnetz optisch und hydraulisch beurteilen können. Ziel der Submission ist ein Gesamtkonzept, optimiert und wirtschaftlich umgesetzt. Das ist nicht die Kernkompetenz eines Vermessungszeichners. Deshalb die Bewertung mit 0,5 Anteilen". Trotz dieser Bemerkungen, aus denen sich keine Anhaltspunkte dafür ergeben, dass beim Schlüsselpersonal das Ingenieurwissen oder zumindest eine spezifische Erfahrung vorhanden wäre, wurde dieser Anbieter bei diesem Zuschlagskriterium besser bewertet als die Beschwerdeführerin, nämlich mit 0,24 Punkten, d.h. 80% des Maximums. Das ist dieselbe Bewertung wie diejenige eines weiteren Anbieters mit einem dipl. Bauing. FH als Schlüsselperson 1 und einem Zeichner als Stellvertreter, was zur Bemerkung der Vergabestelle führte, bei diesem Unternehmen liege die alleinige Verantwortung bei *einer* Person, ohne gleichwertige Stellvertretung. Dass die Beschwerdeführerin – mit einem Ingenieur FH (Portugal), nicht nur einem Zeichner als Schlüsselperson 2 – beim Kriterium Schlüsselpersonal im Vergleich zu diesen Anbietern deutlich schlechter bewertet wurde, obwohl bei ihr nach ausdrücklich erklärter Auffassung der Vergabebehörde das fehlende Ingenieurwissen durch die Erfahrung wettgemacht werden könnte, ist jedenfalls dann nicht nachvollziehbar, wenn – wie dargelegt (oben, E. 2.5) – das Alter von D. grundsätzlich nicht zu einer wesentlichen Schlechterbewertung führen darf.

Damit ist im Ergebnis auch der Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter verletzt (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB).

2.7. In der Gesamtbetrachtung hat die Vergabestelle bei der Bewertung der Beschwerdeführerin beim Kriterium Schlüsselpersonal ihr Ermessen überschritten. Dadurch hat sie mit dem angefochtenen Vergabeentscheid gegen die Grundsätze

der Rechtssicherheit und der Transparenz des Verfahrens sowie der Gleichbehandlung der Anbieter verstossen und damit rechtswidrig gehandelt (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB).

Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, und der angefochtene Entscheid ist aufzuheben.

2.8. Das Obergericht kann bei Aufhebung des Vergabeentscheids in der Sache selbst entscheiden oder sie mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabestelle zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB).

Im vorliegenden Fall ist ausschliesslich die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium Schlüsselpersonal umstritten. Diese Bewertung war nach dem Gesagten zu tief; das Angebot der Beschwerdeführerin ist höher zu bewerten. Nur schon eine minime Höherbewertung führt aber dazu, dass nicht mehr das Angebot der Beigeladenen, sondern dasjenige der Beschwerdeführerin die höchste Punktzahl hat und das wirtschaftlich günstigste ist. Rückt demnach das Angebot der Beschwerdeführerin bei der gebotenen Höherbewertung auf die erste Stelle vor, so könnte der Zuschlag grundsätzlich ohne Weiterungen ihr erteilt werden.

Der Gemeinderat hat – wie erwähnt (oben, E. 2.3 und 2.5) – darauf hingewiesen, dass das Projekt auf mehrere Jahre ausgelegt und demnach aus seiner Sicht allenfalls entsprechend ausgedehnter zu verstehen sei. Es ist daher angezeigt, die Sache zur Neuentscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen. Dabei wird diese – vorbehältlich der Feststellung wichtiger Gründe für einen Abbruch und eine Wiederholung des Verfahrens gemäss Art. 36 Abs. 1 VRöB – den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen haben.