

Submission; Beschwerdelegitimation des nicht berücksichtigten Anbieters; materielle Beschwer – Art. 36 Abs. 1 VRG; Art. 1 Abs. 3 lit. b und lit. c IVöB; Art. 36 Abs. 1 VRöB.

Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist nur zur Beschwerde befugt, wenn er bei Gutheissung der Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Vergabeverfahrens erreichen kann (E. 2.1).

Legt der Drittplatzierte, der den Ausschluss des Erstplatzierten beantragt, mit der Beschwerde nicht zusätzlich dar, dass im Vergleich zwischen ihm und dem Zweitplatzierten die Bewertung verfälscht und eine Neubewertung angezeigt sein könnte, so fehlt es an seiner realistischen Chance auf den Zuschlag (E. 2.4).

Der allfällige Ausschluss des Erstplatzierten als solcher ist angesichts der weiteren Angebote kein Grund für eine Wiederholung des Verfahrens. Die formelle Wiederholung (mit Neuausschreibung) ist sodann zu unterscheiden von einer Rückweisung der Sache an die Vergabestelle im Rahmen des laufenden Verfahrens, etwa zur Neubewertung der bestehenden Angebote (E. 2.5).

OGE 60/2017/17 vom 1. Dezember 2017

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Die Gemeinde X. schrieb die Maurer- und Betonarbeiten für den Neubau eines Schulhauses im offenen Verfahren aus. Nach ihrer Auswertung erreichte das Angebot der A. AG bei einem Preis von Fr. 1'609'390.– mit 100,00 Punkten den ersten Rang, das Angebot der B. AG bei einem Preis von Fr. 1'708'289.95 mit 98,46 Punkten den zweiten Rang und das Angebot der Arbeitsgemeinschaft C. bei einem Preis von Fr. 1'731'474.75 mit 98,10 Punkten den dritten Rang. Die Gemeinde vergab die Arbeiten der A. AG (im Folgenden: Beigeladene). Dagegen erhob die Arbeitsgemeinschaft C. Beschwerde ans Obergericht. Sie beantragte, den Zuschlag an die A. AG aufzuheben und diese vom Submissionsverfahren auszuschliessen sowie die Vergabestelle anzuweisen, die Angebote anhand der aufgestellten Zuschlagskriterien ernsthaft und transparent zu bewerten und anhand der Neubewertung dem Angebot mit der höchsten Punktzahl den Zuschlag zu erteilen; eventuell sei das Submissionsverfahren wiederholen zu lassen. Das Obergericht trat auf die Beschwerde nicht ein.

Aus den Erwägungen

2.1. Zur Beschwerde ist befugt, wer durch den Vergabeentscheid in eigenen schutzwürdigen Interessen verletzt ist (§ 5 Abs. 2 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511] i.V.m. Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 29. Juni 1998 [EG BGBM, SHR 172.500] und Art. 36 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, SHR 172.200]). Bei einem nicht berücksichtigten Anbieter verlangt die Praxis insbesondere auch eine materielle Beschwer in dem Sinn, dass er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Vergabeverfahrens erreichen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neu kalkuliertes Angebot einzureichen (BGE 141 II 14 E. 4.4–4.8 S. 29 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 646 ff., Rz. 1304, mit Hinweisen).

Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin vom Vergabeentscheid in ihren eigenen Interessen betroffen. Würde – entsprechend dem Beschwerdeantrag 1 – das Angebot der Beigeladenen vom Verfahren ausgeschlossen, wäre jedoch das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund der Gesamtbewertung der Beschwerdegegnerin weiterhin nicht das wirtschaftlich günstigste (vgl. Art. 32 Abs. 1 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]). Die Beschwerdeführerin hätte nur dann eine Chance auf den Zuschlag und wäre in diesem Sinn materiell beschwert, wenn – aufgrund des Beschwerdeantrags 2 – eine umfassende Neubewertung vorzunehmen wäre, die insbesondere auch im Vergleich mit der Zweitklassierten neu zugunsten der Beschwerdeführerin ausfallen könnte, oder wenn – entsprechend dem Eventualantrag 4 – das Vergabeverfahren zu wiederholen wäre. Daher fragt sich in erster Linie, ob eine dieser weiteren Voraussetzungen erfüllt ist. Nur dann ist allenfalls auch die Frage des Ausschlusses der Beigeladenen zu prüfen.

2.2. Die Beschwerdegegnerin hat allen bewerteten Angeboten bei den weiteren Zuschlagskriterien (neben dem Preis) die maximale Punktzahl erteilt. Die Beschwerdeführerin macht dazu geltend, die Punkte seien nicht mit der gemäss Submissionsbedingungen vorgesehenen Benotung verteilt worden. Die weiteren Zuschlagskriterien seien nicht mit der nötigen Sorgfalt bewertet worden. [...]

Die Vergabestelle hat bei der Ausschreibung folgende Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bekanntgegeben: Preis (60%), Qualität der Ausführung, Materialwahl (20%), Einhaltung der Termine (10%), Kundendienst, Fachkompetenz (10%). Sie hat sodann erklärt, jedes Zuschlagskriterium werde mit einer Note von 0 ("nicht beurteilbar") bis 4 ("sehr gut") bewertet. Die Zuschlagskriterien hat sie in der Folge näher umschrieben, für die Teilaspekte bzw. Unterkriterien aber keine spezielle (Teil-)Bewertung definiert und kein spezifisches Punkteschema angegeben. Für die Auswertung wurden bei den Kriterien "Qualität der Ausführung, Materialwahl" und "Einhaltung der Termine" die Unterkriterien separat bewertet. Für die Bewertung wurde nicht die Notenskala 1–4, sondern eine Abstufung von 1–10 Punkten verwendet. Das wirkte sich im Ergebnis aber nicht aus, weil allen bewerteten Angeboten in allen Kriterien ausser dem Preis jeweils das Maximum zugestanden wurde.

Der Beschwerdegegner führt dazu aus, obwohl es sich um ein Bauvorhaben von gewisser Grösse und Bedeutung handle, könne es nicht als besonders anspruchsvoll oder komplex bezeichnet werden. Der Bau erfordere auch kein besonderes Know-how oder ausgeprägte Erfahrungen im Erstellen von Schulhäusern und stelle für die meisten Bauunternehmungen keine aussergewöhnliche Herausforderung dar. Die vergleichsweise einfachen Baumeisterarbeiten könnten auch von kleineren Unternehmen als der Beschwerdeführerin in sehr guter Qualität gewährleistet werden. Vor diesem Hintergrund seien die Offerten zu beurteilen und die Zuschlagskriterien zu bewerten. [...] Bei der Prüfung der Offerten habe sich herausgestellt, dass alle Anbieter (mit Ausnahme einer Unternehmung mit einem unvollständigen Angebot) die Vorgaben der Zuschlagskriterien und deren Unterkategorien vollkommen erfüllt und qualitativ hochwertige Angebote abgegeben hätten.

2.3. Im Submissionsverfahren sollen unter anderem die Gleichbehandlung der Anbieter und eine unparteiische Vergabe gewährleistet sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens sichergestellt werden (Art. 1 Abs. 3 lit. b und lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510]).

Im Hinblick darauf müssen die für eine Beschaffung massgeblichen Kriterien 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). Die Kriterien und ihre Gewichtung dürfen

nachträglich prinzipiell nicht mehr wesentlich abgeändert werden. Eine nachträgliche Änderung kommt nur ausnahmsweise und unter Wahrung der Transparenz in Frage, d.h. grundsätzlich nur mit erneuter vorgängiger Bekanntgabe an die Anbieter (OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3b mit Hinweisen, Amtsbericht 2005, S. 144; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 383 f., Rz. 855).

Beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, und damit insbesondere auch bei der Bewertung der Zuschlagskriterien als solcher steht der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Gericht nicht eingreifen kann, es sei denn, er werde überschritten oder missbraucht (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBI 2000, S. 246, mit Hinweisen). Dieser Spielraum ändert nichts daran, dass die Vergabestelle für die Bewertung der Qualitätskriterien eine realistische Qualitätsspanne der zu erwartenden Angebote festzulegen und im Rahmen der Bewertung die Punkte entsprechend zu verteilen hat, so dass das bekanntgegebene Gewicht der qualitativen Zuschlagskriterien effektiv zum Tragen kommt (vgl. im Einzelnen Christoph Jäger, Realistische Spanne der Angebote auch bei der Bewertung von Qualitätskriterien, BR 2017 S. 231 ff. [zum Entscheid des Verwaltungsgerichts St. Gallen B 2016/168 vom 26. Oktober 2016]). Bei der Bewertung sind die Kriterien und Unterkriterien auch wirklich zu prüfen; die Prüfung soll bei der Punktebewertung nachvollziehbar zum Ausdruck kommen. Andernfalls ist unter Umständen das Transparenzgebot verletzt. Das führt jedoch nur dann zur Aufhebung des Vergabeentscheids, wenn die Verletzung den Entscheid zu beeinflussen vermochte bzw. wenn zumindest Anhaltspunkte für eine mögliche Beeinflussung vorliegen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2014.00660 vom 6. Februar 2015 E. 3.2.4 mit Hinweis auf BGer 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 4).

2.4. Die Beschwerdeführerin hat mit der Beschwerde erklärt, sie dürfe annehmen, bei einer seriösen und pflichtgemässen Bewertung vorne zu liegen. Worauf sich diese Annahme gründet, hat sie jedoch – abgesehen vom Hinweis auf die eigene Grösse, Leistungsstärke und Erfahrung – nicht erläutert. Sie hat insbesondere nicht behauptet, die vor ihr liegende Zweitplatzierte sei bei gewissen Kriterien bzw. Unterkriterien zu Unrecht mit dem Maximum bewertet worden. Auch nach den Ausführungen des Beschwerdegegners zu dessen Überlegungen bei der Bewertung hielt die Beschwerdeführerin lediglich daran fest, es sei nicht möglich, sondern unseriös, dass alle Anbieter bei den übrigen Zuschlagskriterien (ausserhalb des Preises) mit der Maximalpunktzahl benotet worden seien. Sie äusserte sich weiterhin nicht zur Bewertung der Zweitplatzierten – einer gerade auch in der Branche bekannten, notorisch keineswegs kleinen Bauunternehmung – und machte

insbesondere nicht geltend, diese sei im Vergleich mit ihr selber bei gewissen Kriterien zu hoch bewertet worden. Es fehlt nur schon an Hinweisen darauf, inwieweit bei der Bewertung des Angebots der Zweitplatzierten Korrekturen angezeigt sein könnten.

Im Ergebnis blieb damit die Darstellung des Beschwerdegegners unwidersprochen, dass jedenfalls auch die Zweitplatzierte ein qualitativ äusserst hochwertiges Angebot abgab, welches die in den Zuschlagskriterien definierten Vorgaben vollkommen erfüllte. Mangels einer entsprechenden Rüge der Beschwerdeführerin bestehen so keine Anhaltspunkte, dass und warum insbesondere im Vergleich zwischen der Beschwerdeführerin und der Zweitplatzierten eine Neubewertung angezeigt sein könnte. Damit ist auch nicht dargetan, dass im Vergleich dieser beiden die Bewertung durch eine Missachtung des Transparenzgebots, in Überschreitung des der Vergabestelle zustehenden grossen Ermessens verfälscht bzw. beeinflusst worden sein könnte. Weil beide jeweils mit dem Maximum bewertet worden sind, hat insbesondere auch die Änderung der Bewertungsskala bzw. der Abstufungen innerhalb der einzelnen Zuschlagskriterien bzw. Unterkriterien keinen Einfluss auf das Ergebnis.

In dieser Situation fehlt es an einer realistischen Chance, dass die Beschwerdeführerin nach einem allfälligen Ausschluss der Beigeladenen bei einer umfassenden Neubewertung der verbleibenden Offerten am besten bewertet werden könnte, insbesondere auch besser als die bisher Zweitplatzierte.

2.5. Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerdeschrift den Eventualantrag gestellt, das Submissionsverfahren sei – durch gerichtliche Anordnung der Neuausschreibung – wiederholen zu lassen. [...]

Das Vergabeverfahren kann nur aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden (Art. 36 Abs. 1 VRöB; vgl. auch Art. 13 lit. i IVöB). Solche Gründe sind gegebenenfalls darzutun. Die Beschwerdeführerin hat jedoch den Eventualantrag in der Beschwerdeschrift nicht begründet. Sie geht nunmehr davon aus, dass die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führen würde. Sie macht geltend, die Pflicht zum Abbruch und zur Wiederholung des Verfahrens aus wichtigen Gründen bestehe beispielsweise bei fehlender/mangelhafter Begründung des Entscheids in Bezug auf Nichtberücksichtigung bzw. Berücksichtigung ausschlaggebender Merkmale und Vorteile von berücksichtigten Angeboten, was hier unberechtigterweise zugunsten der Beigeladenen und zum Nachteil der Beschwerdeführerin und sämtlicher anderer Anbieter geschehen sei, oder aus andern – von der Beschwerdeführerin nicht spezifizierten – Gründen. Der Abbruch bzw. die Wiederholung des Submissionsverfahrens sei mehr als geboten [...]

Der allfällige Ausschluss der Beigeladenen als solcher wäre angesichts der weiteren Angebote kein Grund für eine Wiederholung des Verfahrens. Die formelle Wiederholung (mit Neuausschreibung) ist sodann zu unterscheiden von einer allfälligen Rückweisung der Sache an die Vergabestelle im Rahmen des laufenden Verfahrens, etwa für weitere Abklärungen oder zur Vornahme einer Neubewertung der bestehenden Angebote. [...]

Aus den Ausführungen der Beschwerdeführerin lässt sich demnach zum vornherein kein wichtiger Grund für eine Wiederholung des Verfahrens ableiten. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass einer der in Art. 36 Abs. 1 VRöB beispielhaft genannten Gründe vorliegen könnte. Die Beschwerdeführerin beschränkt sich im Ergebnis darauf, das Vorgehen der Vergabestelle im Zusammenhang mit dem Angebot der Beigeladenen nicht nur als Ausschlussgrund, sondern auch als wichtigen Grund für eine Wiederholung zu bezeichnen; dies – wie erwähnt – zu Unrecht. Fehlt es aber bezüglich einer allfälligen Wiederholung nur schon an einer sachbezogenen Begründung, so ist auf diese Frage nicht einzugehen. Damit hat die Beschwerdeführerin auch keine realistische Chance, über den Umweg eines neuen Verfahrens mit einem neuen Angebot zum Zug zu kommen.

2.6. Zusammenfassend fehlt es der Beschwerdeführerin an der erforderlichen materiellen Beschwer und damit an einem schutzwürdigen Interesse an der Beschwerdeführung. Auf die Beschwerde ist daher nicht einzutreten.