

## **AG\_GERICHTE AGVE 2010 34 vom 3. Juli 2010**

AG Gerichte, 2010-07-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag\\_gerichte\\_AGVE\\_2010\\_34](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_gerichte_AGVE_2010_34)

FR: AG\_GERICHTE AGVE 2010 34 du 3 juillet 2010

IT: AG\_GERICHTE AGVE 2010 34 del 3 luglio 2010

### **Regeste**

V. Submissionen<sup>34</sup> Selektives Verfahren.(zur effizienteren Abwicklung) muss auf objektiven und nachvollziehbaren Gründen beruhen; Teilnehmerauswahl nach freiem Ermessen ist unzulässig (Erw. 3.3. und 3.4.).

### **Volltext**

Aargau Obergericht Verwaltungsgericht 03.07.2010 AGVE 2010 34

V. Submissionen<sup>34</sup> Selektives Verfahren.(zur effizienteren Abwicklung) muss auf objektiven und nachvollziehbaren Gründen beruhen; Teilnehmerauswahl nach freiem Ermessen ist unzulässig (Erw. 3.3. und 3.4.).

AGVE - Archiv 2010 Submissionen 185 V. Submissionen 34 Selektives Verfahren. - Abgrenzung selektives / offenes Verfahren (Erw. 3.2.). - Eine Beschränkung der Anbieterzahl nach § 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD (zur effizienteren Abwicklung) muss auf objektiven und nachvollziehbaren Gründen beruhen; Teilnehmerauswahl nach freiem Ermessen ist unzulässig (Erw. 3.3. und 3.4.). Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 15. Juli 2010 in Sachen X. AG gegen Einwohnergemeinde Y. (WBE.2010.80). Aus den Erwägungen 1. Die Vergabestelle hat verschiedene Tiefbauarbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung der Z.-strasse (1. Etappe) im selektiven Verfahren nach § 7 Abs. 2 SubmD öffentlich ausgeschrieben. Zur Teilnehmerauswahl wurde Folgendes bestimmt: "In der 1. Stufe wählt der Gemeinderat aus den eingegangenen Bewerbungen, welche die Eignungskriterien erfüllen, 5 Teilnehmende aus, die zur Offertstellung eingeladen werden (§ 7 Abs. 2 SubmD). In der 2. Stufe ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium." Als für die Ausführung des Auftrags massgebende und von den Unternehmern zu erfüllende Eignungskriterien wurden bestimmt: "- fachlich ausgewiesene Firma mit einschlägigen Referenzen im Kantonisations- und Strassenbau - im Markt stabile Firma betreffend Beständigkeit, Garantiesicherheit und Kundendienst - genügende Kapazität zur termingerechten Ausführung - Einhaltung der örtlichen Arbeits- und Umweltschutzbedingungen - Angebot von Ausbildungsplätzen (Anzahl)" 2010 Verwaltungsgericht 186 Weiter wurde festgehalten, dass die Bewerbungsunterlagen (in deutscher Sprache) bis Mittwoch, 10. März 2010 (A-Post, Datum des Poststempels) an den Gemeinderat zu schicken waren. Die Abgabe von Unterlagen oder das Erteilen von Informationen zum ausgeschriebenen Auftrag durch die Vergabestelle war in der öffentlichen Ausschreibung nicht vorgesehen. Das heisst, die interessierten Unternehmen hatten ihre Bewerbungsunterlagen allein aufgrund der in der öffentlichen Ausschreibung enthaltenen Informationen zu erstellen. 2. (...) 3. 3.1. Gemäss § 7 Abs. 2 SubmD schreibt die Vergabestelle im selektiven Verfahren den Auftrag öffentlich aus. Alle Anbietenden können einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Die Vergabestelle bestimmt aufgrund der Eignung nach § 10 SubmD die Anbietenden, die ein Angebot einreichen dürfen. Sie kann in

der Ausschreibung die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbietenden beschränken, wenn die Auftragsvergabe effizienter abgewickelt werden kann. Dabei muss ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein. Nach § 10 Abs. 1 SubmD kann die Vergabestelle für jeden Auftrag oberhalb der Schwellenwerte gemäss § 8 Abs. 1 SubmD in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, welche für die Ausführung des betreffenden Auftrags wesentlichen Eignungskriterien die Anbietenden erfüllen und welche unerlässlichen Nachweise, insbesondere bezüglich der finanziellen, wirtschaftlichen und fachlichen Leistungsfähigkeit, sie erbringen müssen. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB kann die Zahl der im selektiven Verfahren zum Einreichen eines Angebots einzuladenden Anbieter beschränkt werden, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann.

3.2. Nach herrschender Rechtsprechung und Lehre kann eine Vergabestelle zwischen dem offenen und dem selektiven Verfahren frei wählen (vgl. Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne 2010 Submissionen 187 Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 176). Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat aber in einem Entscheid aus dem Jahr 1998 festgehalten, da im selektiven Verfahren - im Gegensatz zum offenen Verfahren - nicht alle interessierten Anbieter zur Angebotseinreichung zugelassen würden, werde mit der Wahl dieses Verfahrens der Wettbewerb eingeschränkt. Angesichts des Umstandes, dass die Submissionsgesetzgebung generell die Stärkung des Wettbewerbs zum Ziel habe (vgl. § 1 Abs. 1 SubmD), sei das selektive Verfahren deshalb nur mit der gebotenen Zurückhaltung anzuwenden (VGE III/124 vom 28. August 1998 [BE.98.00120], S. 9 mit Hinweis, publiziert in: BR 1999, S. 144). Zweck der im selektiven Verfahren vorgeschalteten Eignungsprüfung (Präqualifikation) ist es, der Vergabestelle die Möglichkeit zu verschaffen, frühzeitig diejenigen Anbieter auszuwählen, die für das konkrete Vorhaben tatsächlich in Frage kommen. So erspart die Behörde ungeeigneten Anbietern den Aufwand der Offertstellung und sich selbst die Prüfung ungeeigneter Angebote (AGVE 1999, S. 294 ff., S. 299; vgl. Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz [EGV-SZ] 2000, S. 65 ff. [Nr. 18], Erw. 3b). Das selektive Verfahren steht daher insbesondere bei hoch komplexen, speziellen und nicht alltäglichen Beschaffungen, welche ausserordentliche Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Anbieter stellen, im Vordergrund, während für herkömmliche Arbeitsvergaben ohne spezielle Anforderungen an die Anbieter im Normalfall wegen der mit dem selektiven Verfahren verbundenen Wettbewerbsbeschränkung das offene Verfahren zu wählen ist (vgl. Galli / Moser / Lang / Clerc, a. a. O., Rz. 151; siehe auch Handbuch öffentliches Beschaffungswesen im Kanton Graubünden, Stand 22. April 2010, Kapitel 4.8.2). Bei normalen Beschaffungsgeschäften, wie z. B. bei der Vergabe von herkömmlichen Bauarbeiten, ist erfahrungsgemäss kaum mit Angeboten von ungeeigneten Anbietern zu rechnen. Im vorliegenden Fall geht es unbestrittenermassen um herkömmliche Tiefbauarbeiten, die keine ausserordentlichen Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der Anbieter stellen. Dies folgt einerseits aus der Auswahl und der Umschreibung der Eignungskriterien, die dem für Vergaben von Tief- und Strassenbauarbeiten üblichen entsprechen und keine speziellen oder erhöhten Anforderungen an die Anbieter erkennen lassen. In diesem Zusammenhang bleibt festzuhalten, dass es sich beim Kriterium "Angebot von Ausbildungsplätzen (Anzahl)" um ein vergabefremdes Kriterium handelt, das nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts einzig als Zuschlagskriterium verwendet werden darf, weil im Submissionsdekret ausdrücklich als solches genannt (§ 18 Abs. 2 SubmD), nicht aber als

Eignungskriterium (vgl. AGVE 1999, S. 294 ff.). Andererseits zeigt auch die Tatsache, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, dass es sich um herkömmliche Tiefbauarbeiten ohne besondere Schwierigkeiten handelt. Insofern drängt sich im Hinblick auf die erwähnte verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung berechtigterweise die Frage auf, ob das selektive Verfahren im vorliegenden Fall die richtige Verfahrenswahl war oder ob nicht richtigerweise von vornherein das offene Verfahren hätte zur Anwendung gelangen müssen. Angesichts der der Vergabestelle diesbezüglich zukommenden Wahl- bzw. Entscheidungsfreiheit kann die Frage offen bleiben.

3.3. 3.3.1. Die öffentliche Ausschreibung sieht die Beschränkung der Zahl der Einzuladenden auf fünf Unternehmen vor. Die Vergabestelle begründet diese Beschränkung und damit letztlich auch ihren Entscheid für das selektive Verfahren einzig und ausschliesslich damit, dass die detaillierte Offertprüfung mit einem nicht unerheblichen Aufwand verbunden sei.

3.3.2. § 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD gestattet die Beschränkung der zur Angebotsabgabe einzuladenden Anbieter, wenn die Auftragsvergabe "effizienter" abgewickelt werden könne. Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass der reine Wortlaut von § 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD insofern irreführend erscheine, als er den Anschein erwecke, dass im selektiven Verfahren eine Beschränkung immer zulässig sei. Ein solches Verständnis sei falsch. Jede Beschränkung der Anbieterzahl führe nämlich dazu, dass der Aufwand im Zusammenhang mit der Bereinigung und Prüfung der Offerten reduziert werde, die Auftragsvergabe mithin immer effizienter abgewickelt werden könne. Dies entspreche indessen nicht dem wahren Sinn der Bestimmung; vielmehr müsse § 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD dahingehend verstanden werden, dass eine Beschränkung dann zulässig sei, wenn die Vergabestelle ohne eine Beschränkung unzumutbar grossen Aufwand in der Offertbeurteilung erwarten müsse. Diese zutreffende und dem tatsächlichen Sinn der Bestimmung entsprechende Auslegung von § 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD wird bestätigt durch Art. 12 Abs. 1 lit. b Satz 3 IVöB, wonach die Vergabestelle die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbieter beschränken kann, "wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann". Art. 12 Abs. 1 lit. b Satz 4 IVöB lässt also einen blossen Effizienzgewinn nicht genügen, sondern setzt voraus, dass die Auftragsvergabe ohne Beschränkung nicht effizient erfolgen kann, d. h. mit einem der Vergabebehörde nicht mehr zumutbaren Aufwand verbunden wäre. Die Materialien zur heute geltenden Fassung von § 7 Abs. 2 SubmD (Fassung vom 18. Oktober 2005) bestätigen zudem, dass im Rahmen der damaligen Revision § 7 Abs. 2 redaktionell an die Vergaberichtlinien der revidierten IVöB angepasst wurde (eine inhaltliche Änderung war damit nicht verbunden; vgl. Botschaft des Regierungsrats vom 7. Juli 2004 [04.199], S. 9. Die davor geltende Fassung von § 7 SubmD liess eine Beschränkung der Zahl der Anbietenden denn auch nur zu, "wenn der Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand für das Vergabeverfahren andernfalls in einem Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen würde"; vgl. Entwurf des SubmD vom 13. Oktober 1999 = Beilage 1 zur Botschaft des Regierungsrats [99.328]) und folglich keine Abweichung von der IVöB beabsichtigt war. Auch die herrschende Lehre und Rechtsprechung gehen übereinstimmend davon aus, dass die Zahl der Einzuladenden nur dann und nur insofern beschränkt werden darf, wenn bzw. als es für eine effiziente Abwicklung der Auftragsvergabe erforderlich ist. Mit anderen Worten ist für jede geplante Beschaffung die grösstmögliche mit einer effizienten Abwicklung der Beschaffung zu vereinbarende Zahl von Anbietern zur Angebotsabgabe einzuladen (VGE III/124 vom 28. August 1998 2010 Verwaltungsgericht 190 [BE.98.00120], S. 9). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons

Zürich ist beim Entscheid über die Beschränkung einerseits die Komplexität der durchzuführenden Beschaffung und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags zu berücksichtigen. Je komplexer die Beschaffung und je geringer der Auftragswert ist, umso eher ist eine Beschränkung der Teilnehmerzahl gerechtfertigt (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. April 2000 [VB.1999.00385], Erw. 3c/aa; Galli / Moser / Lang / Clerc, a. a. O., Rz. 198).

3.3.3. Die vorliegende Ausschreibung betrifft - wie schon ausgeführt - normale Strassen- und Leitungsbauarbeiten im Betrag von rund 2 Mio. Franken (Erw. 3.2). Erfahrungsgemäss ist bei der Vergabe von solchen Aufträgen nicht mit mehreren Dutzend Bewerbungen bzw. Angeboten zu rechnen. Die Vergabestelle hält in ihrer Stellungnahme denn auch fest, es seien vorliegend 13 Bewerbungen eingegangen, was in einem üblichen Rahmen liegt. Die Prüfung, Bereinigung und Auswertung von rund einem Dutzend Angeboten, sollten sich alle Bewerber als geeignet erweisen, ist der Vergabestelle im vorliegenden Fall ohne weiteres zumutbar, zumal der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium bestimmt ist und die Angebote folglich lediglich aus dem ausgefüllten Leistungsverzeichnis bestehen werden. Weitere Zuschlagskriterien sind nicht zu beurteilen. Für eine Beschränkung der Zahl der einzuladenden Anbieter aus Gründen der Effizienz besteht keine Veranlassung. Die vorliegende Vergabe kann auch ohne Beschränkung der Teilnehmerzahl mit einem für die Vergabestelle zumutbaren Aufwand und damit effizient abgewickelt werden. Das öffentliche Interesse an einem möglichst wirksamen Wettbewerb (§ 1 Abs. 1 Satz 1 SubmD) geht hier dem geltend gemachten Interesse der Vergabestelle, ihren Aufwand möglichst gering zu halten, klarerweise vor.

3.4. 3.4.1. Die strittige Ausschreibung enthält sodann keinerlei Angaben darüber, nach welchen Kriterien oder Gesichtspunkten die vorgesehene Beschränkung der Zahl der einzuladenden Unternehmen auf 2010 Submissionen 191 fünf erfolgen soll, falls die Anzahl der Bewerber, welche die Eignungskriterien erfüllen, diese Zahl übersteigt. Die Beschwerdeführerin geht daher davon aus, dass die Vergabestelle die fünf zur Offertstellung einzuladenden Anbieter nach ihrem freien Ermessen unter den geeigneten Bewerbern auswählt. Der Gemeinderat hat sich in seiner Stellungnahme dazu nicht geäußert; er bestätigt aber den Standpunkt der Beschwerdeführerin, dass die Auswahl nach freiem Ermessen erfolgen soll, zumindest indirekt, indem er vorbringt, eine Begründungspflicht der Vergabestelle und die Gewichtung der Eignungskriterien seien im Submissionsdekret nicht vorgesehen.

3.4.2. Das vorgesehene Verfahren entspricht - wie die Beschwerdeführerin auch in diesem Punkt zu Recht rügt - weder dem Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. dem Diskriminierungsverbot (vgl. § 1 Abs. 1 SubmD) noch dem Transparenzgebot. Es erweist sich damit als rechtswidrig. Zu beachten ist hierbei insbesondere auch, dass der Entscheid über die Auswahl von Anbietenden im selektiven Verfahren gemäss § 24 Abs. 2 lit. c SubmD eine mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbare Verfügung darstellt. Damit kann es sich beim Entscheid über die Teilnehmersauswahl per definitionem nicht um einen Ermessensentscheid der Vergabestelle handeln, darf das Verwaltungsgericht doch die Unangemessenheit von Verfügungen nicht überprüfen (§ 25 Abs. 3 SubmD). Die gerichtliche Anfechtbarkeit des Entscheids über die Auswahl verdeutlicht vielmehr, dass die Teilnehmersauswahl auf objektiven und sachlich nachvollziehbaren Gründen beruhen muss, die rechtlich überprüfbar sind. Ebenso ist die Vergabestelle verpflichtet, ihre Teilnehmersauswahl sachlich nachvollziehbar zu begründen, damit eine Überprüfbarkeit in einem allfälligen Rechtsmittelverfahren überhaupt möglich ist. Läge eine Auswahl der zur Offertabgabe Einzuladenden aus dem Feld der geeigneten Bewerber im freien Ermessen, d.

h. im Belieben der Vergabestelle, so käme die vorliegend formell als selektives Verfahren ausgeschriebene Submission letztlich einem Einladungsverfahren sehr nahe. Es erfolgt in formeller Hinsicht zwar tatsächlich eine Präqualifikation anhand von Eignungskriterien, wobei 2010 Verwaltungsgericht 192 angesichts der vorliegend publizierten Kriterien davon auszugehen ist, dass diese von den interessierten Bewerbern leicht erfüllt werden und diese sich daher grossmehrheitlich als geeignet erweisen. Von einer Selektion anhand der Eignungskriterien kann daher kaum die Rede sein. Diese erfolgt vielmehr anschliessend, indem die Vergabestelle wie in einem Einladungsverfahren die ihr genehmen Anbieter nach freiem Belieben auswählt bzw. die ihr weniger genehmen Unternehmer trotz deren Eignung beiseite lässt, ohne dass sie an objektive, sachliche Kriterien gebunden wäre und ohne dass sie ihren Entcheid zu begründen hätte. Eine solche Auswahl der Teilnehmer muss als willkürlich bezeichnet werden. Die Annahme der Beschwerdeführerin, der Vergabestelle sei es bei ihrem Vorgehen letztlich nicht um die Effizienz der Verfahrensabwicklung, sondern darum gegangen, die ihr mit dem Inkrafttreten des Submissionsdekrets von Rechts wegen entrissene Freiheit über die Auswahl der ihr genehmen Leistungserbringer wieder zu erlangen, lässt sich nicht ohne weiteres von der Hand weisen. Wie eine Vergabestelle rechtlich haltbar vorzugehen hat, wenn die geforderten Eignungskriterien von einer grösseren Anzahl Interessenten erfüllt werden, als aufgrund der vorgesehenen Beschränkung zur Abgabe eines Angebots eingeladen werden können, regeln weder das Submissionsdekret noch die IVöB ausdrücklich. Lehre und Rechtsprechung gehen aber übereinstimmend davon aus, dass die Auswahl in gerechter und nicht diskriminierender Weise nach sachlichen Kriterien und ohne Willkür erfolgen muss. Im Vordergrund steht dabei die Auswahl nach dem Mass der Eignung, was eine Bewertung und Rangierung der Bewerber aufgrund der ausgeschriebenen Eignungskriterien voraussetzt. Umstritten ist die Zulässigkeit von Losentscheiden (vgl. Galli / Moser / Lang / Clerc, a. a. O., Rz. 199 ff. mit Hinweisen). Die Wahl des geeigneten Vorgehens liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts weitestgehend im Ermessen der Vergabestelle (vgl. VGE III/28 vom 15. März 1999 [BE.98.00388], S. 17 f.; ferner Galli / Moser / Lang / Clerc, a. a. O., Rz. 202). 2010 Submissionen 193 4. Zusammenfassend erweist sich die gegen die öffentliche Ausschreibung erhobene Beschwerde somit als begründet. Angesichts der Tatsache, dass die Ausschreibung mit der unzulässigen Beschränkung der Zahl der einzuladenden Anbieter, der fehlenden Angabe, nach welchen objektiven und nicht diskriminierenden Gesichtspunkten die Auswahl unter den geeigneten Anbietern zu treffen ist sowie dem unzulässigen Eignungskriterium der Lehrlingsausbildung an mehreren Mängeln leidet, ist die öffentliche Ausschreibung vom 22. Februar 2010 gesamthaft aufzuheben, zumal die Vergabebehörde bei einer erneuten Durchführung der Ausschreibung trotz des ihr an sich zukommenden Wahlrechts zwischen offenem und selektivem Verfahren zu prüfen haben wird, ob ein (rechtskonform durchgeführtes) selektives Verfahren für die vorliegend zu vergebenden Strassen- und Leitungsbauarbeiten tatsächlich das richtige Verfahren darstellt. Aufgrund des der Vergabestelle bezüglich des weiteren Vorgehens zukommenden Ermessensspielraums verzichtet das Verwaltungsgericht in Bezug auf eine Neuausschreibung auf verbindliche Anweisungen und belässt es bei der Aufhebung der rechtsfehlerhaften Ausschreibung. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.