

# **BGer 2P.153/2001 vom 18. Oktober 2001**

Bundesgericht, 2001-10-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_2P.153\\_2001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2P.153_2001)

FR: TF 2P.153/2001 du 18 octobre 2001

IT: TF 2P.153/2001 del 18 ottobre 2001

## **Erwägungen**

### **E. 1**

a) Die staatsrechtliche Beschwerde richtet sich gegen einen letztinstanzlichen kantonalen Entscheid, mit welchem der Zuschlag für die Erneuerung des amtlichen Vermessungswerks der Gemeinde A. \_\_\_\_\_ der Beschwerdegegnerin erteilt wurde. Derartige Vergebungsentscheide sind nach der neueren Rechtsprechung als mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbare Hoheitsakte zu betrachten ( BGE 125 II 86 E. 2 - 4 S. 92 ff.). Die Beschwerdeführerin ist als übergangene Submittentin im Sinne von Art. 88 OG zur Erhebung der Beschwerde legitimiert. Auch wenn sie am Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nicht teilgenommen hat, ist sie durch den angefochtenen Entscheid beschwert, hat das Verwaltungsgericht darin doch die zu ihren Gunsten lautende Zuschlagsverfügung der Gemeinde aufgehoben und ihr damit ein Recht entzogen (Kälin, Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde,

### **E. 2**

Die Auftragssumme der streitigen Vergabung erreicht den Schwellenwert von Art. 7 Abs. 1 lit. b der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB; SR 172. 056.4), der auch der Kanton Bern beigetreten ist (vgl. das Gesetz über den Beitritt des Kantons Bern zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 27. November 1997; BSG 731. 2) nicht. Das GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA; SR 0.632. 231.422) ist auf Submissionen von Gemeinden grundsätzlich nicht anwendbar (vgl. BGE 125 II 86 E. 1a S. 90). Massgebend ist damit ausschliesslich das kantonale Recht, namentlich die kantonale Submissionsverordnung vom 29. April 1998 (BSG 731. 21), die in Art. 1 Abs. 1 lit. e ausdrücklich auf Aufträge des Kantons und der Gemeinden für Arbeiten der amtlichen Vermessung (ohne laufende Nachführung) anwendbar erklärt wird. Die Anwendung des kantonalen Submissionsrechts kann das Bundesgericht nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüfen. Das gilt auch insoweit, als das Verwaltungsgericht auf die "im öffentlichen Beschaffungswesen allgemein gültigen Grundsätze" verweist. Zwar rügt die Beschwerdeführerin auch eine Verletzung des Grundsatzes der derogatorischen Kraft des Bundesrechts (vgl. Art. 49 BV ), was das Bundesgericht an sich mit freier Kognition prüfen kann (vgl.

BGE 123 I 313 E. 2b S. 317). Sie begründet jedoch nicht näher, inwiefern das massgebliche kantonale Recht mit den von ihr angerufenen bundesrechtlichen Bestimmungen (Art. 1 und 5 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943. 02]) nicht vereinbar sein soll. Die Beschwerdeschrift genügt insoweit den Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG nicht.

### **E. 3**

a) In der Ausschreibung der zu vergebenden Arbeiten im kantonalen Amtsblatt wurden die für die Vergebung massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung wie folgt aufgeführt:

- Preis (Betrag, Konditionen)
- technisches Vorgehen, Zweckmässigkeit der vorgeschlagenen

Lösung

- Qualität (unter Berücksichtigung der bisherigen Leistungen)

- Organisation der Nachführung

- Kundendienst (Referenzen)

- vorgeschlagener Terminplan (unter Berücksichtigung der bisherigen Termineinhaltung)

In seinem Evaluationsbericht vom 11. Oktober 1999 bewertete das kantonale Vermessungsamt jede eingereichte Offerte mit verschiedenen, zwischen 1 und 4 liegenden Noten, wobei sich jede Note auf eines der Zuschlagskriterien bezog.

Dabei erhielt jeweils ein den Grundanforderungen des Projektes entsprechendes Angebot die Benotung 3 ("gut"). Die Berechnung der Note für das Kriterium "Preis" nahm das Vermessungsamt in der Art vor, dass es das arithmetische Mittel der eingereichten Preisofferten ohne Berücksichtigung des teuersten und des billigsten Angebots berechnete und mit der Note 3 bewertete. Ein ausgehend von diesem Mittelwert um mindestens 15 % billigeres Angebot erzielte die Note 4, ein um mindestens 15 % bzw. 30 % teureres Angebot die Note 2 bzw. 1. Nach diesem System erhielten die vier günstigsten Offerten allesamt die Note 4.

Jede auf diese Weise ermittelte Einzelnote wurde alsdann gemäss dem nachfolgenden Schema mit einem je nach Gewichtung des einzelnen Zuschlagskriteriums festgelegten Faktor multipliziert:

- Preis (Betrag) Faktor 11
- Preis (Konditionen) Faktor 1
- technisches Vorgehen, Zweckmässigkeit der vorgeschlagenen Lösung Faktor 4
- Qualität (unter Berücksichtigung der bisherigen Leistungen) Faktor 4
- Organisation der Nachführung Faktor 2
- Kundendienst (Referenzen) Faktor 2
- vorgeschlagener Terminplan (unter Berücksichtigung der bisherigen Termineinhaltung) Faktor 1

Nach einer auf diesem Schema aufbauenden Bewertungstabelle wurden die Angebote der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin und der Z.\_\_\_\_\_ AG als die wirtschaftlich günstigsten ermittelt. Von der maximal möglichen Punktzahl von 100 erreichten diese drei Anbieterinnen je 92 Punkte (gerundet; ungerundet hätten die Beschwerdeführerin 92,25, die Beschwerdegegnerin 92,00 und die Z.\_\_\_\_\_ AG 91,75 Punkte erhalten). Das Vermessungsamt empfahl daher der Gemeinde, die Arbeiten an eines dieser drei Ingenieurbüros zu vergeben. In der Folge entschied sich die Gemeinde für die Beschwerdeführerin.

b) Das Verwaltungsgericht hält die dem Vergabeentscheid zugrundeliegende Bewertung der Offerten in Bezug auf das Zuschlagskriterium "Preis" für rechtswidrig. Das Vermessungsamt habe mit dem Ausschluss des niedrigsten und des höchsten Angebots eine Entschärfung der Frage bezweckt, ob ein unzulässiges Unterangebot im Sinne von Art. 33 Abs. 1 lit. a der kantonalen Submissionsverordnung vorliege. Damit habe es zwei submissionsrechtlich grundlegend unterschiedliche Aspekte, nämlich jenen der Zulässigkeit der Teilnahme und jenen der Bewertung der (zulässigen) Angebote vermischt; die Bewertung der Offerten in Bezug auf das Kriterium "Preis" werde damit unzulässigerweise durch ein sachfremdes Element beeinflusst. Indem es bei der Berechnung des arithmetischen Mittels der eingereichten Preisofferten sowohl das billigste als auch das teuerste Angebot unberücksichtigt gelassen habe, habe das Vermessungsamt zudem die Bewertung der Höhe der Preise unmittelbar und massgeblich beeinflusst; dieses Vorgehen führe zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Wettbewerbsverzerrung.

Das Verwaltungsgericht bemängelt ferner, zusätzlich wettbewerbsverzerrend habe sich die vom Vermessungsamt in einem zweiten Schritt durchgeführte Benotung ausgewirkt:

Nach der hier angewandten Methode werde nämlich jedes Angebot, welches 15 % oder mehr unter dem errechneten arithmetischen Mittel liege, mit der Maximalnote 4 ausgezeichnet.

Diese indifferente Bewertung könne, wie der konkrete Fall zeige, zu einer nicht unerheblichen Relativierung der Bedeutung des Preises führen. Vier der insgesamt neun Angebote hätten vorliegend die Maximalnote 4, mithin 44 von 100 Punkten, erzielt, obwohl die Preisunterschiede recht gross gewesen seien: so habe das billigste dieser vier Angebote um Fr. 34'400.-- oder knapp 15 % unter dem teuersten gelegen.

Das Vermessungsamt habe dargelegt, diese Bewertungsmethode solle verhindern, dass ein billiger Preis gegenüber den qualitativen Kriterien ein Übergewicht erhalte. Diese Erklärung überzeuge indessen nicht. Wohl sei grundsätzlich wünschbar, dass beim Entscheid über die Vergabe eines Auftrags auch auf die Qualität der angebotenen Arbeit Rücksicht genommen werde. Dies sei aber durch entsprechende Festlegung und Bekanntgabe der Bedeutung der Zuschlagskriterien sicherzustellen, damit die Anbieter in der Lage seien, ein den Beschaffungsbedürfnissen entsprechendes Angebot zu unterbreiten. Vorliegend habe die Gemeinde den Preis als das mit Abstand wichtigste Kriterium bekannt gegeben; gestützt darauf hätten die Anbieter ihre Kalkulation vorgenommen.

Indem in der Folge bei der Bewertung der Offerten in Bezug auf das Kriterium "Preis" erhebliche Preisdifferenzen unberücksichtigt geblieben seien, sei gegen den im Vergabewesen geltenden Grundsatz der Wettbewerbsförderung verstossen worden.

Diese Bewertung halte einer rechtlichen Überprüfung nicht stand, weshalb sich die Zuschlagsverfügung als rechtswidrig erweise.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht an sich zu Recht geltend, dass es sich bei der Berechnung des arithmetischen Mittels um einen rein rechnerischen Vorgang handelt, um den Durchschnittspreis der eingegangenen Offerten zu bestimmen, der seinerseits als Ausgangspunkt für die Benotung der Angebotspreise dient. Wenn das Vermessungsamt dabei das höchste und das tiefste Angebot ausklammerte, hat es dabei entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht den Aspekt der Zulässigkeit dieser Offerten mit derjenigen ihrer Bewertung vermischt. Es hat denn auch die Extremofferten nicht aus dem Wettbewerb ausgeschieden. Inwiefern der Ausschluss des höchsten und des tiefsten Angebots bei der Ermittlung des Mittelwerts zu einer ungerechtfertigten Wettbewerbsverzerrung führen soll, ist sodann nicht ohne weiteres erkennbar.

Im vorliegenden Fall hätte sich jedenfalls am Ergebnis nichts geändert, hätten doch sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beschwerdegegnerin unverändert die Maximalnote 4 erzielt, wenn das höchste und das tiefste Angebot bei der Berechnung des Mittelwerts mitberücksichtigt worden wären.

Wie es sich damit verhält, kann indessen dahingestellt bleiben, da diese Problematik für den Entscheid des Verwaltungsgerichts letztlich nicht entscheidend war. Massgebend war vielmehr, dass die Methode des Vermessungsamtes zur Benotung des Angebotspreises - unabhängig von der Frage der Ermittlung des Durchschnittswertes der Angebote - zu wenig differenziert und nicht geeignet war, der Bedeutung des Preiskriteriums hinreichend Rechnung zu tragen. Das ist in der Tat der Fall. Das Kriterium des Preises wurde in der Ausschreibung an erster Stelle genannt. Das Vermessungsamt hat es in seinem Evaluationsbericht vom 11. Oktober 1999 entsprechend stark, nämlich mit dem Faktor 11, gewichtet, was in der Beschwerde nicht beanstandet wird. Die Submittenten konnten demnach allein mit dem Angebotspreis maximal 44 von insgesamt 100 Punkten erzielen. Damit erwies sich der Preis sowohl nach der Ausschreibung als auch nach der vom Vermessungsamt verwendeten und als solcher nicht beanstandeten Beurteilungsmatrix als das wichtigste Zuschlagskriterium.

Indem das Vermessungsamt aber alle Offerten, die 15 % oder mehr unter dem Mittelwert lagen, ohne weitere Differenzierung mit der Maximalnote 4 bewertete, konnte das Preiskriterium seine Funktion, zur Ermittlung des günstigsten Angebots beizutragen, gar nicht erfüllen. Dabei unterschieden sich die Preisangebote der vier mit der Note 4 bedachten Submittenten nicht unwesentlich voneinander. So offerierte die Beschwerdegegnerin die Arbeiten für Fr. 196'725.--, die Beschwerdeführerin für Fr. 215'000.-- (d.h. 9 % mehr), der dritte Anbieter für 225'750.-- (d.h. 15 % mehr) und der vierte für 231'125.-- (d.h. 17 % mehr). Diese Differenzen kamen aber im Bewertungsmodell des Vermessungsamtes überhaupt nicht zum Ausdruck. Nachdem die drei preisgünstigsten Offerenten bei den übrigen Kriterien praktisch die gleiche Punktzahl erreicht hatten, wäre dem Kriterium des Preises umso grössere Bedeutung zugekommen, um aus den am ehesten in Frage kommenden Angeboten das wirtschaftlich günstigste zu ermitteln. Gerade hier versagte aber das Modell des Vermessungsamtes.

Wenn das Verwaltungsgericht unter diesen Umständen zum Ergebnis gelangte, dieses Modell halte einer rechtlichen Prüfung nicht stand und der Zuschlag an die

Beschwerdeführerin sei deshalb aufzuheben, so kann das weder als willkürlich bezeichnet werden, noch verstösst es gegen allgemeine Grundsätze des Submissionsrechts.

#### **E. 5**

Das Verwaltungsgericht führt in der Folge aus, die Bewertung der Offerten in Bezug auf das Kriterium "Preis", die nach dem Gesagten der Rechtskontrolle nicht standhalte, müsste an sich grundsätzlich neu durch die zuständigen Stellen vorgenommen werden, wobei in Bezug auf die Frage, wie diese Bewertung vorzunehmen sei, verschiedene sachlich haltbare Antworten denkbar wären. Im vorliegenden Fall wirke sich aber jede Neubewertung zwingend zugunsten der Y. \_\_\_\_\_ AG aus, da diese das mit Abstand billigste Preisangebot eingereicht habe und sich die Gemeinde auf der von ihr bekanntgegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien behaften lassen müsse. Unter diesen Umständen erreiche deren Offerte ohne weiteres die höchste Punktzahl. Ihr Angebot sei daher als das wirtschaftlich günstigste und damit namentlich als das im Vergleich zur Offerte der Beschwerdeführerin wirtschaftlich günstigere Angebot zu betrachten. Es bedeute daher einen prozessualen Leerlauf und stelle eine unnötige Verzögerung des Verfahrens dar, wenn die Akten zur Neuvergabe des Auftrags an die Vergabebehörde zurückgewiesen würden.

Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass das Verwaltungsgericht nicht befugt gewesen sei, den Zuschlag im Rechtsmittelverfahren anstelle des submittierenden Gemeinwesens selber zu erteilen. Das Bundesgericht hat sich daher mit dieser Frage nicht weiter zu befassen. Mit der Beschwerde wird einzig gerügt, dass das Verwaltungsgericht gegen das Willkürverbot verstossen und das Transparenzgebot verletzt habe, indem es, nachdem die Offerten eines jeden Anbieters unter Einschluss des Preiskriteriums in differenzierter Weise bewertet worden seien, die billigste Offerte aus der Bewertung herausgenommen und ihr den Zuschlag erteilt habe. Damit habe es dem Preiskriterium eine Bedeutung zuerkannt, die nicht den ursprünglich veröffentlichten Zuschlagskriterien entspreche. Auch habe es ausser Acht gelassen, dass die Beschwerdeführerin bei Betrachtung der Qualitätskriterien vor dem Runden eine um 0,25 Punkte höheres Ergebnis als die Beschwerdegegnerin erreicht habe.

Indessen trifft es nicht zu, dass das Verwaltungsgericht seinen Entscheid, den Zuschlag der Beschwerdegegnerin zu erteilen, einzig oder vorab auf das Kriterium des Preises gestützt hat. Es ist vielmehr davon ausgegangen, dass die beiden noch verbliebenen Bewerber mit Bezug auf die übrigen Zuschlagskriterien praktisch ebenbürtig waren. Bei dieser Konstellation musste aber bei der Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dem Kriterium des Preises notgedrungen die entscheidende Bedeutung zukommen.

Das war umso weniger zu beanstanden, als dieses Kriterium in der Ausschreibung, in welcher die Zuschlagskriterien gemäss Art. 17 lit. h der Submissionsverordnung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung anzugeben sind, an erster Stelle genannt und es vom Vermessungsamt in seinem Evaluationsbericht mit dem Faktor 11 gewichtet wurde. Freilich wäre es im Hinblick auf zukünftige Arbeitsvergaben auf dem Gebiet des Vermessungswesens wünschbar gewesen, dass das Verwaltungsgericht näher dargelegt hätte, wie eine korrekte Bewertung des Preises hätte erfolgen müssen, wenn es schon die Arbeiten selber vergeben wollte. Dass es davon absah, ist unter den konkreten Umständen indessen nicht zu beanstanden. Zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und demjenigen der Beschwerdegegnerin bestand hinsichtlich des Angebotspreises ein

Unterschied von immerhin 9 %. Nachdem dem Kriterium des Preises nach der Ausschreibung und nach der vom Vermessungsamt verwendeten und als solcher unbestrittenen Beurteilungsmatrix erhebliche Bedeutung zukam, ist dieser Unterschied beachtlich und hätte bei der Benotung in irgendeiner Weise zum Ausdruck kommen müssen. Dabei hätte schon eine geringfügige Differenz den Ausschlag zugunsten der Beschwerdegegnerin geben müssen. Dass die Beschwerdeführerin bei den übrigen Kriterien ohne Berücksichtigung der Rundungen gegenüber der Beschwerdegegnerin einen minimalen Vorsprung von 0,25 Punkte aufwies, vermag daran nichts zu ändern, hätte doch bei einer Gewichtung mit dem Faktor 11 schon eine Differenz von nur einem Zehntelpunkt diesen Vorsprung mehr als aufgewogen. Insoweit lässt sich in der Tat sagen, dass sich jede Neubewertung zwingend zugunsten der Beschwerdegegnerin ausgewirkt hätte. Unter diesen Umständen verstösst der Zuschlag an diese aber weder gegen das Willkürverbot noch das Transparenzgebot.

#### **E. 6**

Die Beschwerdeführerin kritisiert schliesslich den Kostenspruch des Verwaltungsgerichts. Inwiefern dieses damit verfassungsmässige Rechte verletzt haben soll, legt sie indessen entgegen Art. 90 Abs. 1 lit. b OG nicht dar. Auf die Beschwerde kann daher insoweit nicht eingetreten werden.

#### **E. 7**

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 153 und Art. 153a OG). Diese hat der Beschwerdegegnerin überdies eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 159 Abs. 2 OG). Bei deren Bemessung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin auch im Parallelverfahren 2P.154/2001 eine Vernehmlassung mit teilweise gleichlautenden Argumenten eingereicht hat.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.