

# **BL\_GERICHTE 2006/12 vom 28. Juni 2006**

BL Gerichte, 2006-06-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl\\_gerichte\\_2006\\_12](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_2006_12)

FR: BL\_GERICHTE 2006/12 du 28 juin 2006

IT: BL\_GERICHTE 2006/12 del 28 giugno 2006

## **Regeste**

Realistische Preiskurve

## **Erwägungen**

### **E. 1**

(...)

### **E. 2**

(...)

### **E. 3**

(...)

### **E. 4**

Im vorliegenden Verfahren sind zwei Themenkreise von Relevanz. Als erstes ist zu prüfen, ob die Bewertung des Kriteriums "Preis" richtig erfolgt ist. Dabei ist vorab die Frage zu beantworten, ob die Bewertung des Preiskriteriums (Benotungsskala) hätte im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Zweitens macht die Beschwerdeführerin geltend, dass auch die anderen Zuschlagskriterien nicht sachgerecht bewertet worden seien. a) Einleitend kann festgehalten werden, dass das moderne Submissionsrecht liberalen Zuschnitts nur Vergabemotive zulässt, die geeignet sind, ohne Verfälschung des freien Wettbewerbs das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren. Lässt der öffentliche Auftraggeber vergaberechtswidrig unsachliche oder sachfremde Überlegungen in den Zuschlagsentscheid einfließen, so ist dies im Allgemeinen nur schwer beweisbar, da es sich (ähnlich etwa wie beim Problem der Befangenheit des Richters oder der Richterin) um einen "inneren" Vorgang handelt, auf dessen Vorhandensein in der Regel nur indirekt - nämlich aus dem Ergebnis der Verfügung - geschlossen werden kann. Weil nun ein entsprechender Nachweis praktisch nicht zu führen ist, müssen für das zum Vergabeentscheid führende Verfahren Rahmenbedingungen geschaffen werden, welche die Einflussnahme nicht submissionsrechtskonformer Faktoren - namentlich solcher, welche die Prinzipien der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung verletzen - abwenden, obwohl auch dadurch nicht ausgeschlossen werden kann, dass rechtlich verpönte "Kriterien" in einen Zuschlag einfließen. Dass der Vergabeentscheid auf eine objektiv nachvollziehbare Basis gestellt wird, ist nicht allein im Interesse der konkurrierenden Submittenten gesetzliche Pflicht der Vergabebehörde; eine solche Ausgestaltung des Verfahrens verhindert darüber hinaus zum Vornherein auch die Entstehung entsprechender Verdachtsmomente und ist daher grundsätzlich geeignet, tatsächlich unberechtigte, aber aus Anlass mangelnder Transparenz subjektiv begründete Anfechtungen zu vermeiden. b) Art. 5 Abs. 2 BGBM schreibt den Behörden auf kantonaler und kommunaler Ebene vor, die Kriterien für die

Teilnahme und den Zuschlag amtlich zu publizieren. Die IVöB schreibt in Art. 13 lit. f vor, dass die kantonalen Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien vorgeben sollen, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. Weiteres ist diesem Rahmengesetz und der Vereinbarung nicht zu entnehmen. Hier ergibt sich die direkte Anwendbarkeit aus dem ausreichenden Konkretisierungsgrad, der im Übrigen von demjenigen vergleichbarer Normen des Landesrechts keineswegs übertroffen wird. Gemäss § 7 BeG können die Auftraggebenden von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachweisen (Abs. 1). Die Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden (Abs. 2). § 22 Abs. 1 BeG statuiert, dass die Ausschreibungsunterlagen alle wesentlichen Angaben enthalten und die für den Zuschlag massgebenden Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung aufgeführt sein müssen. Gemäss § 12 BeV geben die Ausschreibungsunterlagen unter anderem mindestens die Eignungskriterien (lit. d), die mit dem Angebot zu erbringenden Nachweise (lit. e) und die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung (lit. m) an. c) Das Bundesgericht hat in seinem Leitscheid vom 20. November 1998 in Sachen Groupement G2IR3 gegen Conseil communal de La Chaux-de-Fonds et al. (BGE 125 II 86 ff. = Praxis [Pra] 1999, Nr. 105, S. 571 ff.) gestützt auf den auch dort anwendbaren Art. 13 lit. f IVöB und vor dem Hintergrund des Prinzips der Transparenz Regeln hinsichtlich der Verpflichtung der Vergabebehörde zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Rangfolge oder relativen Bedeutung aufgestellt. Art. 13 lit. f IVöB besagt, dass die kantonalen Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien beinhalten sollen, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. Dazu stellte das Bundesgericht zunächst klar, dass diese Vorschrift genügend genau sei, um direkt anwendbar zu sein (BGE 125 II 99 E. 7a). Die neue Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens verfolge insbesondere den wesentlichen Zweck, die Transparenz der Vergabeverfahren zu verbessern, um einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu gewährleisten und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel zu ermöglichen. Die Transparenz sei eine unverzichtbare Bedingung zur Kontrolle der Rechtsbefolgung und der richtigen Abwicklung der Verfahren (BGE 125 II 100 f. E. 7c; zum Grundsatz der Transparenz vgl. auch Peter GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N 218-222; GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., N 443 ff.). Die Vergabebehörde sei daher - so das Bundesgericht weiter - verpflichtet, alle Zuschlagskriterien, die sie bei der Bewertung der Angebote berücksichtigen werde, zum Voraus und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuzählen; zumindest sei die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenke, deutlich zu präzisieren. Da die Formulierung des Art. 13 lit. f IVöB vage sei und den Vergabestellen folglich einen beträchtlichen Ermessensspielraum überlasse, bestehe ansonsten eine Gefahr der Ermessensüberschreitung oder des Ermessensmissbrauchs seitens des betreffenden öffentlichen Gemeinwesens (125 II 101 f. E. 7c). Weil das betreffende Gemeinwesen in casu die Zuschlagskriterien nicht in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt hatte und auch die entsprechenden Gewichtungen, die sie diesen Kriterien beizumessen beabsichtigte, nicht im Voraus angegeben hatte, versties ihre Vergabeverfügung gegen den Grundsatz der Transparenz (125 II 102 E. 7c). d) Vereinzelt wird die Auffassung vertreten, aus den Erwägungen des zitierten Entscheides BGE 125 II 86 ff. folge, dass den Bewerbern die

eigentliche Bewertungsmatrix, auf deren Grundlage die Beurteilung der Angebote erfolge, bekannt zu geben sei. Um eine rechtsgleiche, missbrauchsfreie und transparente Beurteilung der Angebote zu gewährleisten, müsse für die Bewerber im Voraus nachvollziehbar sein, wie aus den einzelnen Zuschlagskriterien die Gesamtbewertung ermittelt wird (MARKUS METZ, Spezielle Rechtsfragen des Vergabeverfahrens und des Rechtsschutzes, in: Referate zur Tagung "Rechtsfragen des öffentlichen Beschaffungswesen in den Kantonen" des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse, gehalten am 26. März 1999 im Ausbildungs- und Konferenzzentrum der UBS AG, Basel). PETER GALLI hält präzisierend fest, dass für die Vergabestelle die Benützung einer Beurteilungsmatrix nicht obligatorisch sei. Falls sie jedoch das Bedürfnis habe, zu den publizierten Zuschlagskriterien Unterkriterien zu formulieren oder etwa Gewichtungen der einzelnen Kriterien in Prozenten oder nach einem Punktesystem festzulegen, so habe die Vergabestelle diese nach dem Transparenzprinzip in Form einer Beurteilungsmatrix vorzunehmen, welche den Anbietern bekannt zu geben sei (PETER GALLI, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in BR 1999, S. 138). Auch die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK) verlangt für Beschaffungen des Bundes die Bekanntgabe einer allfälligen Beurteilungsmatrix: "Es ist Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; diese schliessen auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter ein, soweit solche zusätzliche Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen (ANDRÉ MOSER, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2000, S. 691). Die Beurteilungsmatrix darf jedoch nicht mit der Benotungsskala verwechselt werden. In der Praxis wird das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien samt der festgelegten Gewichtung für jedes Kriterium Beurteilungsmatrix genannt (GALLI/MOSER/LANG, a.a.O., N 399). Dies entspricht auch dem Verständnis kantonaler Gerichte (vgl. Verwaltungsgericht Waadt, Urteil vom 4. Juni 2002, E. 3 b/bb, zitiert in GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. N 450 und unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch)). e) Aufgrund der dargelegten einschlägigen Gesetzesbestimmungen sowie gestützt auf die Rechtsprechung und Lehre ist somit im Einzelnen zunächst erforderlich, dass alle Zuschlagskriterien bereits im sozusagen abstrakten Stadium des Verfahrens festgelegt werden, solange die einzelnen Bewerber und deren Offerten noch nicht bekannt sind. Der Detaillierungsgrad dieser Kriterien ergibt sich aus den Erfordernissen, die das betreffende Projekt an den Unternehmer stellt. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Transparenz ist es geboten, dass die Zuschlagskriterien für die konkrete Vergabe unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen präzise definiert werden. Da sich der Auftraggeber über seine Beschaffungsbedürfnisse ohnehin schon vor der Ausschreibung im Klaren sein muss, dürften diese Erfordernisse keine grösseren Probleme aufwerfen (PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes., Freiburg 1999, S. 23 Ziff. 11.2, Fn. 89; vgl. zum Zusammenhang von Ermessenspielraum des Auftraggebers und Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien RENATE SCHERRER-JOST, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1999, N 54; Urteil des Verwaltungsgerichts vom 5. September 2001 [VGE] i.S. M.S. und C.S. E. 5a sowie KGE VV vom 15. Januar 2003 i.S. A. AG E. 7a). Es gilt somit der Grundsatz, dass alles Zuschlagsrelevante zum Voraus mit der Ausschreibung festgelegt und den Offerenten

zur Kenntnis gebracht werden soll. Die Spielregeln dürfen danach nicht mehr geändert werden, damit Gewähr für eine willkürfreie Vergabe im öffentlichen Beschaffungswesen besteht (vgl. GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., S. 24, Ziff. 11.3). f) Gleichzeitig ist zu betonen, dass die Vergabebehörde bei der Auswertung und Bewertung der eingegangenen Offerten notwendigerweise einen auf Fachkenntnis beruhenden Beurteilungsspielraum auszufüllen hat, in den das Gericht nicht eingreifen kann (vgl. dazu FRANCESCO D.A. BERTOSSA, Der Beurteilungsspielraum, Bern 1984, S. 83 ff.; RENÉ RHINOW, Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken (2. Teil), in recht 1983, S. 88 f.). Dieser Einschränkung der Beurteilungsbefugnis der Rechtsmittelbehörde ist Rechnung zu tragen. Ein wirksamer Rechtsschutz ist daher stark von einem im beschriebenen Sinne formalisierten - und damit eben der gerichtlichen Kontrolle zugänglichen - Verfahren abhängig. Streng formalisierte Anforderungen an die Definition der Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung fördern die Justiziabilität eines Vergabeentscheides. g) Vorliegend kann festgestellt werden, dass die oben beschriebenen gesetzlichen Anforderungen an die Ausschreibung einer Arbeitsvergabe erfüllt sind. Der Regierungsrat bzw. die BUD hatte sowohl die einzelnen Zuschlagskriterien wie auch deren Gewichtung bereits im Voraus bekannt gegeben. Bei der Bewertung der Offerten hatte die BUD sodann keine Subkriterien verwendet, die nach dem Transparenzgebot ebenfalls bereits in der Ausschreibung hätten angeführt werden müssen (vgl. KGE VV vom 26. März 2003 i.S. Inge B. B. & Partner Ingenieure AG, vom 2. April 2003, 2002/309, E. 4a). Zu prüfen bleibt hingegen, ob das Transparenzgebot überdies verlangt, dass bereits mit der Ausschreibung den Submittenten die für die Auswertung der Offerten verwendete Benotungsskala bekannt gegeben wird. h) Aus dem kantonalen und auch aus dem übergeordneten Recht lässt sich explizit keine Pflicht zur Bekanntgabe der Benotung in den Ausschreibungsunterlagen entnehmen. Es ist im Gegenteil in einzelnen Kantonen keine Selbstverständlichkeit, dass die Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung und den Subkriterien zu publizieren sind. Soweit aus der Literatur ersichtlich ist, hatte sich bisher ausschliesslich das Verwaltungsgericht des Kantons Waadt mit dieser Frage auseinandergesetzt. Es fordert, dass die Vergabebehörde den Bewerbern - entsprechend dem Grundsatz der Transparenz - zum Voraus eine Beurteilungsmatrix bekannt zu geben hat, sofern sie auf die betreffende Vergabe Anwendung finden soll; andererseits wird die Bekanntgabe der Notenskala, die verwendet wird, um die Kriterien zu beurteilen, nicht verlangt (Verwaltungsgericht Waadt, Urteil vom 4. Juni 2002, E. 3 b/bb, zitiert in GALLI/MOSER/LANG, a.a.O. N 450, und unter [www.simap.ch](http://www.simap.ch); vgl. auch Verwaltungsgericht Waadt, Urteil vom 26. Januar 2000, in BR 2001, S. 67 (S14). Auch die Vergaberichtlinien zur IVöB verlangen in § 14 lit. i lediglich, dass die Ausschreibungsunterlagen mindestens die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung enthalten müssen. Es kann somit festgestellt werden, dass sich in der bisher veröffentlichten Rechtsprechung des Bundesgerichts, der BRK und der kantonalen Verwaltungsgerichte kein einziges Gericht findet, das in seiner Rechtsprechung die Publikation der Notenskala verlangt (vgl. Entscheid des Bundesgerichts vom 28. Januar 2004, 2P.231/2003, E. 2.3). Lediglich das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat angedeutet, dass es sich im Interesse der Transparenz empfehle, dass die Vergabebehörde die von ihr als realistisch angesehene Preisspanne zusammen mit den Zuschlagskriterien im Voraus bekannt zu geben habe, wobei nur die prozentuale Bandbreite, keinesfalls die Höhe der zu erwartenden Preise zu nennen sei (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 21. April 2004, VB 2003.00469, E. 2.6). 5.a) Dennoch bleibt im Rahmen der von der Beschwerdeführerin angerufenen Rechtsfortbildung zu untersuchen, ob das

Transparenzgebot die Bekanntgabe der Notenskala in den Ausschreibungsunterlagen erfordert. Vorweg ist festzuhalten, dass den Vergabestellen mit der Benotungsskala zweifellos ein gewisser Ermessensspielraum verbleibt. Vordergründig wäre es somit zumindest aus Sicht der Anbieter wünschenswert, dass auch die Benotungsskala bereits im Voraus bekannt zu geben ist. Dies würde die Transparenz des Beschaffungsgeschäfts verbessern. Bei einer öffentlichen Beschaffung stehen aber in jeder Phase die Interessen verschiedener Beteiligter auf dem Spiel. Oft stehen sie in einem gewissen Gegensatz zueinander. Aufgabe des Gesetzgebers und der rechtsanwendenden Organe muss es dabei sein, einen gerechten Ausgleich zu schaffen (RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Basel 1998, S. 401). Diese Pluralität der Ziele, die zum Teil konfliktieren, wird bisweilen kritisiert, ist aber keine Besonderheit des Vergaberechts, sondern ein Merkmal auch anderer Rechtserlasse und der Rechtsordnung überhaupt. Wer das neue Vergaberecht anwendet, muss sich stets bewusst sein, dass es nicht von einem einzigen Grundgedanken her verstanden, ausgelegt und angewendet werden darf (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., N 29.2.). Art. 1 IVöB definiert als Ziele des Vergaberechts die Wettbewerbsförderung, die Gleichbehandlung, die Unparteilichkeit, die Transparenz und die Wirtschaftlichkeit. In der Vergabepaxis akzentuieren sich kaum die potenziell vorhandenen Zweckkonflikte, tauchen sie aber auf, sind sie zu lösen. Das Bundesgericht hat die Zweckvorgaben linear geordnet und dabei den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel als vorrangig anerkannt (vgl. HUBERT STÖCKLI, Bundesgericht und Vergaberecht, in BR 2002, S. 7 mit Hinweisen). b) Zunächst ist zu bedenken, welche praktischen Schwierigkeiten, die vom Verwaltungsgericht Zürich im oben genannten Entscheid VB 2003.00469 vom 21. April 2004 im Übrigen völlig ausser Acht gelassen wurden, die Bekanntgabe eines Benotungssystems in den Ausschreibungsunterlagen mit sich bringt und welche (wirtschaftlichen) Folgen damit verbunden sind. Die Vergabestelle weiss nicht im Voraus, in welcher Bandbreite sich die Offerten der Submittenten bewegen. Ein im Voraus festgelegtes Benotungssystem kann dazu führen, dass das Ergebnis der Benotung zu einer Wettbewerbsverzerrung führt. Veranschaulichen lässt sich dies anhand des Preiskriteriums. Würden zum Beispiel der billigsten Offerte 100 Punkte und der teuersten 0 Punkte vergeben, so führte dieses Kriterium bei Preisofferten, die dicht nebeneinander liegen, zu einer Verzerrung der relativen Gewichtung. Selbst wenn die teuerste Offerte in den anderen Belangen weitaus besser abschneiden würde und bei objektiver Betrachtung als die wirtschaftlich günstigste qualifiziert werden müsste, hätte sie keine reelle Aussicht auf einen Zuschlag. Die Vergabestelle muss deshalb die Möglichkeit behalten, ihr Anforderungsniveau den gestellten Offerten anpassen zu können, damit die Vergabe nicht nach sachfremden Gesichtspunkten und unter Diskriminierung von Anbietern erfolgt (vgl. die in französisch gehaltenen Bemerkungen von DENIS ESSEIVA zum Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt vom 26. Januar 2000 in BR 2001, S. 67; KGE VV vom 2. April 2003, 2002/309, E. 5b). c) Gemäss dem Bericht des Instituts pour le droit suisse et international de la construction, Université Fribourg (Suisse), zum Forschungsauftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) "Wettbewerbsrecht in der Bauwirtschaft" (unter [www.seco-admin.ch](http://www.seco-admin.ch)) kann ein Zuviel an Transparenz für einen wirksamen Wettbewerb schädlich sein. Praktiker sind der Ansicht, dass zu viel Transparenz Abreden zwischen den Submittenten fördern kann (SECO, a.a.O., S. 34; ebenso GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., N. 29.1; zum Ganzen auch BEAT DENZLER, Bewertung der Angebotspreise, BR 2004, S. 11 ff.). Je besser die Submittenten über die Art und Weise der anstehenden

Angebotsbewertung informiert sind, desto leichter können sie sich in der Tat untereinander absprechen, um ohne Wissen und Kenntnis der Vergabestelle das Verfahren dahingehend zu manipulieren, dass ein an der Abrede Beteiligter Auftragnehmer wird. Paradoxerweise kann somit ein zu hohes Mass an Transparenz für den Wettbewerb schädlich sein (SECO, a.a.O., S. 60). d) Die Bekanntgabe der Benotungsschlüssel in den Ausschreibungsunterlagen könnte die Offerenten auch dazu verführen, ihre Offerte nach taktischen Gesichtspunkten auszugestalten, indem sie zum Beispiel durch ein sehr günstiges Angebot einzelne Kriterien, welche der Vergabestelle wichtig sind, einfach unterlaufen. Der Wettbewerb spielt somit nur, wenn den Anbietern nicht im Voraus bekannt ist, nach welchem Benotungsschlüssel die Vergabestelle die Zuschlagskriterien umsetzt. Die Situation wäre vergleichbar mit einem Examen, bei welchem die Kandidaten bereits im Voraus wüssten, welche Antwort sie zu geben haben. Nur wenn die Anbieter in Unkenntnis des Benotungsschlüssels ihre Offerten abgeben, wird ersichtlich, ob sie die nötigen Fähigkeiten zur Ausführung des konkreten Beschaffungsgesetzes haben (vgl. wiederum die in französisch gehaltenen Bemerkungen von DENIS ESSEIVA zum Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt vom 26. Januar 2000 in BR 2001, S. 67; KGE VV vom 2. April 2003, 2002/309, E. 5d). e) Den Vergabebehörden steht bei der Bewertung der einzelnen Angebote ein Ermessensspielraum zu. Eine Aufhebung dieses Ermessensspielraums würde der Zweckvorgabe des Vergaberechts, die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen, zuwiderlaufen. Selbstredend muss aber die Bewertung der Angebote in sachlich haltbarer und nachvollziehbarer Weise erfolgen. Die Bewertung muss die nachgefragte Leistung und den Preis widerspiegeln. Ein verwendetes Bewertungs- und Benotungssystem muss sachlich haltbar sein und auf alle Anbietenden in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet werden. Die Bewertungsmethode darf auch nicht zu Ergebnissen führen, welche die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien verwischt oder gar umkehrt. Erfolgt die Gewichtung in dem Sinne, dass die bei den einzelnen Kriterien erreichten Punkte mit einem Faktor entsprechend der Gewichtung des Kriteriums multipliziert werden, so ist darauf zu achten, dass bei allen Kriterien die gleiche harmonisierte Punkteskala verwendet wird. Andernfalls wird die durch die Faktoren ausgedrückte Gewichtung durch ein mathematisch nicht korrektes Verfahren unterlaufen (ELISABETH LANG, Eignungs- und Zuschlagskriterien, in Tagungsunterlagen des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht Universität Freiburg Schweiz und der Stiftung juristische Weiterbildung Zürich zur Vergabetagung 02). Die Anwendung eines sachlich nicht haltbaren Benotungssystems durch die Vergabebehörde bedeutete somit Ermessensmissbrauch, der einer gerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

## **E. 6**

Somit kann festgehalten werden, dass die Forderung nach grösstmöglicher Transparenz und das Ziel des Vergaberechts, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu eruieren und eine diesem Erfordernis gerecht werdende Beurteilung der Offerten zu ermöglichen, in einem unlöslichen Widerspruch stehen. Obwohl die Zuschlagskriterien im Voraus und in der unter Ziff. 4 umschriebenen Weise (also umfassend) bekannt zu geben sind, lässt das Vergabeprinzip des "wirtschaftlich günstigsten Angebots" (vgl. § 1 lit. c BeG, Art. 1 lit. d IVöB) den Vergabebehörden einen noch immer erheblichen Ermessensspielraum. Das ist unter betriebswirtschaftlich-kaufmännischen Gesichtspunkten zu begrüssen und für eine optimale Beschaffung namentlich von Langzeitgütern geradezu unabdingbar (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., N. 11.4). Die negativen Folgen einer zu extensiven Auslegung des Transparenzgebots wären weitaus schwerwiegender als deren Nutzen und sie wären den

auszutariierenden Zielrichtungen des Submissionsrechts abträglicher, als das Restrisiko einer Manipulation durch die Vergabebehörde. Bereits die vorgeschriebene (vorgängige) Bekanntgabe der Zuschlagskriterien bindet die Auftraggeberin. Je enger die publizierten Zuschlagskriterien gefasst sind, desto geringer die spätere Entscheidungsfreiheit der Auftraggeberin, was unter dem Gesichtspunkt einer für sie wirtschaftlich günstigen Vergabe nachteilig sein kann. Diese Nachteile sind jedoch der Preis für die angestrebte Rechtssicherheit und Transparenz und aus diesem Grunde hinzunehmen (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., N. 11.3). Würde man die Vergabe in ein noch engeres und unpraktikables Korsett zwingen, so könnte umso mehr die Befürchtung eintreffen, dass die Vergabebehörden es zunehmend vorziehen, einfach den "billigsten" statt den "günstigsten" Offerenten zu wählen. Die Verantwortlichkeit der Vergabestellen gegenüber den Anbietern, Rekursbehörden und Überwachungsorganen könnte in noch stärkerem Mass dazu führen, was durch eine Befragung bereits heute festgestellt wird, dass immer häufiger der Preis de facto zum ausschlaggebenden Kriterium wird. Auch Letzteres entspricht nicht dem Willen des Gesetzgebers, der die Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot verlangt und nur für weitgehend standardisierte Güter den Zuschlag nach dem Kriterium des niedrigsten Preises reservierte (vgl. SECO, a.a.O., S. 44). Aus den obigen Erwägungen ergibt sich, dass einer Ausweitung des Transparenzprinzips in der Weise, dass auch die Benotungsschlüssel im Voraus zu publizieren sind, insbesondere das vorrangige Ziel des Vergaberechts, die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen, entgegensteht. Im Weiteren würde eine solche Ausweitung des Transparenzprinzips auch dem Gleichbehandlungsgrundsatz und der Wettbewerbsförderung widersprechen. Die Beschwerde muss deshalb in diesem Punkt abgewiesen werden.

7.a) Eine weitere Rüge der Beschwerdeführerin betrifft die Ausgestaltung der Preiskurve. Die Preiskurve beginnt beim tiefsten Preis und endet, unabhängig von der Höhe der anderen Angebote, bei 100% über dem tiefsten Preis. Dazwischen werden die Offertpreise nach einer linearen Interpolation bewertet. Die Beschwerdeführerin beanstandet die gewählte Methode vom System her nicht, ist jedoch der Auffassung, dass die Preiskurve die realistischen Preise abbilden sollte und es daher sachgerecht wäre, wenn die Kurve bei 40 % bis maximal 50 % - entsprechend dem teuersten Angebot (43,8 % über dem billigsten Preis) - enden würde.

b) Die Praxis zeigt, dass zahlreiche Methoden im Zusammenhang mit der Bewertung des Preiskriteriums bestehen und daher ein gewisses Risiko einer Manipulation von Seiten des Auftraggebers nicht von der Hand zu weisen ist. Zur Bewertung des Preiskriteriums lassen sich aber gemäss Lehre und Rechtsprechung folgende Grundregeln aufstellen (vgl. BR 2002, S. 75 f.; KGE VV vom 2. April 2003, 2002/309, E. 7):

- Jegliche Bewertungsmethode bietet kritisierbare Aspekte. Ein Gericht hat aber nur dann einzugreifen, wenn in der Bewertung oder in der verwendeten Methode Willkür zu erblicken ist. Freie Kognition hat das Gericht dort, wo der Gleichbehandlungsgrundsatz oder das Transparenzprinzip verletzt wird.
- Die verwendete Bewertungsmethode muss auf alle Submittenten gleich angewendet werden.
- Die günstigste Offerte muss die beste Note erhalten.
- Die Abweichungen zwischen den Offertpreisen müssen sich auch in der Benotung niederschlagen. Eine Bewertungsmethode bzw. Benotungsskala, die diese Abweichungen relativiert, führt zu einer Verzerrung der Gewichtung des Preiskriteriums. Hiermit würde das Transparenzprinzip verletzt. Die Schwierigkeit bei der Wahl der Bewertungsmethode besteht demnach darin, eine Rangstufe nach der Preisbenotung zu erstellen, die objektiv die Preisunterschiede berücksichtigt.
- Wie eine Bewertungsskala hinsichtlich der Angebotspreise festzulegen ist, lässt sich nicht in allgemeingültiger Weise bestimmen, sondern hängt stark von den Umständen des

Einzelfalles ab. Immerhin muss die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" in der Bewertung derart zum Ausdruck kommen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt. Mit anderen Worten muss die für das Preiskriterium gewählte Bandbreite der Bewertung realistisch sein. - Eine geeignete Methode besteht darin, dass sich die Benotung linear zwischen null Punkten für die teuerste Offerte bis zum Punktemaximum für die günstigste Offerte erstreckt. Allerdings beinhaltet diese Methode den Nachteil, dass, wenn nur zwei Offerten eingereicht werden, die teuerste Offerte automatisch das Punkteminimum erhält ungeachtet des preislichen Abstandes von der günstigen Offerte. Eine andere Lösung besteht darin, dass das Punkteminimum in Relation zur billigsten Offerte gesetzt wird (zum Beispiel endet die Preiskurve bei der billigsten Offerte zuzüglich 20%, dazwischen wird linear interpoliert). - Der Auftraggeber hat den Submittenten die Preiskurve nicht im Voraus bekanntzugeben, da es sich diesbezüglich um einen Ermessensbereich der Vergabehörde handelt. - Die Gewichtung des Preiskriteriums darf eine gewisse Mindestgrenze nicht unterschreiten, wenn der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht seines Gehalts entleert werden soll. Das Bundesgericht hat diese Untergrenze in BGE 129 I 313 ff. bei 20 % festgelegt. Diese Grenze gilt selbst bei einem komplexen Dienstleistungsauftrag.

c) Die Rechtsprechung hat die oben genannten Grundsätze dahingehend konkretisiert, dass die Bewertung oder Benotung des Preiskriteriums die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen hat (sog. "realistische Preiskurve"; vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich vom 21. April 2004, VB 2003.00469, E. 2.2 und 2.5; Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau, in: Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 2004 S. 232). Die Bandbreite für das Preiskriterium muss mit anderen Worten realistisch sein (DENZLER, a.a.O., S. 22). Das Bundesgericht hat hierzu ausserdem in BGE 129 I 313 ff. (übersetzt in Pra 2004 Nr. 64) ausgeführt, dass das wirkliche Gewicht des Preiskriteriums beim Zuschlag nicht abgeschwächt werden dürfe (Pra 2004 Nr. 64 E. 9.2). Im vom Bundesgericht zu beurteilenden Fall erhielt das teuerste Angebot im Vergleich zum billigsten immer noch eine beachtliche Punktzahl. Angesichts der Tatsache, dass das Preiskriterium in der Bewertung nur mit 20 % gewichtet wurde, bewirke diese Nivellierung, so das Bundesgericht weiter, dass es gegenüber anderen Kriterien noch weiter in den Hintergrund rücke. Das Zusammenwirken zwischen der sehr tiefen Gewichtung (20 %) sowie der flachen Preiskurve bewirke ein unannehmbares Ergebnis (Pra 2004 Nr. 64 E. 9.3). In einem ähnlichen Sinn hat das Verwaltungsgericht Aargau entschieden, dass die Vergabehörde der tatsächlichen entstandenen Preisspanne angemessen Rechnung tragen müsse (Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau, in: AGVE 2004 S. 232). Werde indes die Preiskurve so flach gelegt, dass beim Preis die Vergabe von weniger als der Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht kommen könne, so werde die Gewichtung des Preises im Verhältnis zu den übrigen Kriterien gegenüber der publizierten Ausschreibung verschoben, was zur Aufhebung des Zuschlags führen müsse (Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau, in: AGVE 2004 S. 232).

d) Aufgrund der dargelegten Grundsätze lässt sich festhalten, dass die vom Regierungsrat im konkreten Fall angewandte Bewertungsmethode zu einem unannehmbaren Ergebnis führt. Zwar handelt es sich bei der Frage, ob nun das Ende der Preiskurve bei der billigsten Offerte zuzüglich 50% oder zuzüglich 25 % bzw. 30% gezogen wird, um einen typischen Ermessensbereich der Vergabehörde. Das Ermessen muss allerdings im Sinne der oben genannten Grundsätze dergestalt ausgeübt werden, dass die Preiskurve bzw. die Benotungsskala die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite der eingegangenen Offerten berücksichtigt, mit anderen

Worten realistisch ist. Nachdem sich vorliegend die Preisofferten im Rahmen von ca. 45% über der billigsten Offerte bewegen, erscheint eine Preiskurve, die erst bei 100 % über der billigsten Offerte 0 Punkte ergibt, als Verletzung des Transparenzgebots sowie des Grundsatzes, dass der Zuschlag der wirtschaftlich günstigsten Offerte zu erteilen ist. e) Zu beachten ist ferner, dass - wie oben dargelegt - das wirkliche Gewicht des Preiskriteriums, vorliegend 30 %, nicht abgeschwächt werden darf. Erhält nun die teuerste Offerte immer noch mehr als die Hälfte der Punkte, vorliegend 50 Punkte für eine Offerte von Fr. 11'877'194.--, und kommt die andere Hälfte der Punkte nur theoretisch in Betracht, wird die Gewichtung des Preises verfälscht; sie beträgt tatsächlich noch etwa 14 %. Das Bundesgericht hat in BGE 129 I 313 ff. ausgeführt, dass eine Gewichtung des Preiskriteriums von 20 % klar an der untersten Grenze des Zulässigen liege, weil ansonsten der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots seines Gehalts entleert wird (Pra 2004 Nr. 64 E. 9.2). Vorliegend sehen zwar die Ausschreibungsunterlagen eine Gewichtung von 30 % vor, was an und für sich tief, aber noch zulässig ist. Doch führt die von der Vergabebehörde vorgenommene Bewertung des Preiskriteriums dazu, dass tatsächlich nur etwa die Hälfte der möglichen Punkte verteilt werden, das heisst das teuerste Angebot noch mehr als die Hälfte der Punkte, vorliegend 50 von möglichen 90 Punkten, erhält. Dies bewirkt, dass die tatsächliche Gewichtung des Preises rund 14 % beträgt, was angesichts der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr zulässig ist. Dies muss zur Aufhebung des Zuschlages führen, weshalb sich die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin als begründet erweist. f) Die Anwendung der oben genannten Kriterien führt im vorliegenden Fall zur Aufhebung des Zuschlages. Da die Punktedifferenz zwischen der Beschwerdeführerin und der erstplatzierten Beigeladenen lediglich 4,8 Punkte beträgt, fragt sich, ob die Vergabebehörde den Auftrag direkt der Beschwerdeführerin zuschlagen darf. Eine hinsichtlich der vorliegenden Offerten realistische Preiskurve würde bei etwa 50 % über dem günstigsten Angebot (tatsächlich bestehende Differenz: 43,8 %) Null Punkte vorsehen. Damit würde die Beigeladene lediglich noch 48 anstatt 69 Punkte erhalten. Selbst bei einer Preiskurve, welche bei 75 % über dem günstigsten Angebot Null Punkte vorsieht, würde die Beschwerdeführerin noch den Zuschlag erhalten. Eine solche Preiskurve wäre allerdings hinsichtlich der vorliegenden Preisverteilung der Offerten bereits nicht mehr realistisch. Entsprechend diesen Ausführungen darf die Vergabebehörde den Zuschlag direkt der Beschwerdeführerin erteilen.

## **E. 8**

Die Beschwerdeführerin rügt im Weiteren die ihrer Meinung nach nicht sachgerechte Bewertung weiterer Zuschlagskriterien. Hierauf ist angesichts des oben Gesagten nicht mehr einzugehen. Wird der Preis realistisch, d.h. angemessen und im Verhältnis zu den eingegangenen Offerten, bewertet, ist der Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen. Selbst die Korrektur der falschen Vornahme der Bewertung - es wurden bei den anderen Zuschlagskriterien auch Zehntelpunkte anstatt nur halbe Punkte vergeben - würde an diesem Ergebnis nichts mehr ändern.

## **E. 9**

(...) KGE VV i.S. I.S.B. vom 28. 6. 2006 (810 06 61) / WIR noch nicht rechtskräftig  
Back to Top