

# **BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.3 vom 24. April 2015**

BS Appellationsgericht, 2015-04-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs\\_appellationsgericht\\_VD.2015.3](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.3)

FR: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.3 du 24 avril 2015

IT: BS\_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.3 del 24 aprile 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 BeschG kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG; SG 270.100]) und ist daher zum Rekurs legitimiert. Die Begründung des Zuschlags wurde der Rekurrentin am 24. Dezember 2014 zugestellt. Die zehntägige Rekursfrist gemäss § 30 Abs. 1 BeschG ist unter Berücksichtigung des Samstags und des Sonntags per Ende der Frist mit der Rekurschrift vom 5. Januar 2015 eingehalten. Auf den Rekurs ist einzutreten.

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Dabei ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 [IVöB, AS 2003 196]; VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 1.2; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 1.1).

Da die Rekurrentin nicht die Aufhebung der Zuschlagsverfügung verlangt, sondern lediglich die Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit, ist der Streitgegenstand im Sinne von § 19 Abs. 1 VRPG entsprechend beschränkt; dies unabhängig vom Umstand, ob die Vergabestelle den Vertrag mit der Beigeladenen abgeschlossen hat oder nicht, was mittlerweile allerdings der Fall ist (VP S. 3).

1.3 Dem Antrag der Rekurrentin auf Durchführung einer Parteiverhandlung ist zu entsprechen, da ein Anwendungsfall von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt (§ 25 Abs. 2 VRPG; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 1204).

### **E. 2**

2.1 Die Rekurrentin rügt zunächst die Verletzung des Anspruchs auf eine Begründung des Zuschlags. Die Begründung der Zuschlagsverfügung gebe "inhaltlich gar nichts her". Zur entscheidenden Frage, aus welchen Gründen das Angebot der Beigeladenen "trotz erheblich höherem Preis" ihrem Angebot vorgezogen worden sei, finde sich in der Begründung "kein Wort". Es werde auch nicht ausgeführt, aus welchen Gründen die Referenzen der Mitbewerberin so hoch bewertet worden seien. "Mindestens in ein paar kurzen Sätzen"

hätte ausgeführt werden müssen, welche Referenzobjekte die Beigeladene angeführt habe, und warum diese mit den jeweiligen Punkten bewertet worden seien. Auch eine Begründung für die Bewertung der Referenzen ihrer eigenen Schlüsselpersonen suche man vergebens. Die Beurteilungsmatrix sei vollständig offen zu legen. Die dadurch begangene Verletzung der Begründungspflicht könne als gravierender formeller Mangel im Beschwerdeverfahren nicht geheilt werden, was zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags führen müsse.

2.2 Aus dem in Art. 29 Abs. 2 BV verankerten Anspruch auf rechtliches Gehör ergibt sich, dass die Zuschlagsverfügung, wie andere Verfügungen auch, rechtsgenügend begründet werden muss, damit sie von den Mitbewerbern sachgerecht angefochten werden kann (BGer 2C\_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5; 2C\_890/2008 vom 22. April 2009 E. 5.3.1). Wie in anderen Rechtsgebieten auch, muss diese Begründung nicht alle, sondern nur die wesentlichen Gründe für den Entscheid enthalten (BGer 2C\_277/2013 vom 7. Mai 2013 E. 1.5 m.H. auf BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270; BGer 2P.231/2003 vom 28. Januar 2004 E. 4; VGE VD.2014.50 vom 6. August 2014 E. 2.2.2, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 2.4). Dabei ist auch die durch § 9 lit. f BeschG explizit geschützte Vertraulichkeit der Unterlagen von Konkurrenten zu beachten, soweit diese Geschäftsgeheimnisse enthalten. Die entsprechenden Angaben sind mit Ausnahme des Offertöffnungsprotokolls und der nach der Zuschlagserteilung zu publizierenden Mitteilungen zu schützen. Damit hat der kantonale Gesetzgeber die Vertraulichkeit der Informationen gemäss Art. 11 lit. g IVöB im kantonalen Recht weiter konkretisiert. Auch § 17 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (VRöB) sieht vor, dass die eingereichten Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind, vertraulich behandelt werden müssen und nicht ohne Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage Dritten bekannt gemacht werden dürfen (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 496). Die Vertraulichkeit der Offerten zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Mitbewerber begrenzt damit auch den Anspruch auf rechtliches Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (vgl. zur analogen Rechtslage im Zivilprozess Art. 156 ZPO, dazu Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2013, Art. 156 N 4 ff.). Nichts anderes ergibt sich auch aus den von der Rekurrentin angerufenen Urteilen des Bundesgerichts BGE 125 II 86, 100 und BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006.

2.3 Die Vergabestelle erinnert in ihrer begründeten Verfügung vom 22. Dezember 2014 zunächst an die bereits in der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung, nämlich Honorarangebot 40 %, Referenz Schlüsselperson Projektleiter 30 % und Referenz Schlüsselperson Bauleiter 30 %. Sodann erläutert sie die Bewertung der Angebote der Rekurrentin und der Beigeladenen. Dabei verweist die Vergabestelle auf das sogenannte KBOB-Bewertungsmodell. Sie bewertet die bereinigten Angebotspreise anhand einer Notenskala von 0 - 5 Punkten und beziffert die sich daraus ergebenden Nutzwertpunkte.

Die Bewertung der Qualifikation der beiden Schlüsselpersonen Projektleiter und Bauleiter sei anhand eines in den letzten fünf Jahren ausgeführten Referenzauftrags erfolgt. Die Vergabestelle nennt die dabei berücksichtigten Gesichtspunkte konkret, nämlich die Vergleichbarkeit der erbrachten Leistung, der Steuerung und Einhaltung der Kosten und Termine, das Verhalten bei Abweichung zu den Projektzielen, die Unterstützung der Bauherrschaft und Nutzer, die Beiträge für Kostensenkungen, Verbesserungen und

Innovationen sowie das Verhalten im Konfliktfall. Grundlage für die Bewertung des Referenzprojekts bilde die Vergleichbarkeit der Bauaufgabe und des Bauvolumens, die funktionale und technische Qualität, der Innovationsgrad sowie die Ökonomie und Angemessenheit der Lösung.

In diesem Rahmen sei der Projektleiter der Rekurrentin insbesondere bezüglich der Steuerung und Einhaltung der Kosten und der Termine, des Verhaltens bei Abweichung von den Projektzielen und der Unterstützung der Bauherrschaft und Nutzer sehr gut bewertet worden. Allerdings seien die erbrachte Leistung, die Bauaufgabe und Nutzung, das Bauvolumen sowie die funktionale und technische Qualität der angegebenen Referenz nur in wenigen Aspekten mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar, da es sich um den Umbau eines Bauernhauses mit geringerem Bauvolumen, privaten Bauherren und vergleichsweise wenig Gebäudetechnik handle. Im Folgenden bewertet die Vergabestelle die Schlüsselperson Projektleiter sowohl der Rekurrentin als auch der Beigeladenen anhand der Notenskala von 0 - 5 Punkten und beziffert die sich daraus ergebenden Nutzwertpunkte.

Zur Referenz Schlüsselperson Bauleiter führt die Vergabestelle aus, bei der angegebenen Referenz der Rekurrentin handle es sich um die Teilsanierung eines Mehrfamilienhauses, welches hinsichtlich der Bauaufgabe, der Nutzung und auch des Bauvolumens aufgrund sich wiederholender Bauelemente "nicht wesentlich mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar" sei. Hinsichtlich der Einhaltung der Kosten und der Beträge für Kostensenkungen, der Verbesserungen und Innovationen sei die Schlüsselperson aber mit der Maximalnote bewertet worden. Wiederum bewertet die Vergabestelle die Schlüsselperson Bauleiter sowohl der Rekurrentin als auch der Beigeladenen anhand der Notenskala von 0 - 5 Punkten und beziffert die sich daraus ergebenden Nutzwertpunkte.

Aus diesen Angaben konnte die Rekurrentin ersehen, aus welchen wesentlichen Gründen ihr Angebot nicht berücksichtigt wurde (§ 27 Abs. 2 lit. d BeschG), und sie war insoweit in der Lage, ihren Rekurs adäquat zu begründen, wie die schriftliche Begründung und die Ausführungen der Rekurrentin vor den Schranken belegen.

## **E. 2.4**

2.4.1 Die Rekurrentin rügt indessen auch und insbesondere, dass die Begründung der Zuschlagsverfügung keinerlei Angaben dazu enthalte, aus welchen Gründen die Referenzen der berücksichtigten Anbieterin derart viel besser bewertet wurden, dass damit die erhebliche Preisdifferenz zwischen den beiden Angeboten noch abgefangen worden ist.

2.4.2 Gemäss § 27 Abs. 2 lit. e BeschG wird durch den weiteren Entscheid eröffnet, worin die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes liegen.

Die Rekurrentin hat also einen rechtlichen Anspruch darauf, nicht nur zu erfahren, aus welchen wesentlichen Gründen ihr Angebot nicht berücksichtigt wurde (§ 27 Abs. 2 lit. d BeschG), was auf eine Negativbegründung hinausläuft, sondern auch positiv mitgeteilt zu erhalten, aus welchen Gründen das berücksichtigte Angebot besser ist (§ 27 Abs. 2 lit. e BeschG). In der Begründung der Vergabestelle finden sich keinerlei solchen Ausführungen.

2.4.3 Die Argumentation der Vergabestelle, aus den Kritikpunkten am Angebot der Rekurrentin ergebe sich implizit, in welchen Punkten das berücksichtigte Angebot vorteilhafter sei, erscheint nicht stichhaltig. Die negativen Aspekte eines nicht berücksichtigten Angebots sind nicht zwingend kongruent mit den positiven Aspekten des berücksichtigten Angebots, denn es gibt ja eine Vielzahl von Zuschlagskriterien und

Unterkriterien, die jeweils verschieden bewertet werden können. Dementsprechend sind verschiedenste Konstellationen möglich. Wollte man der Argumentation der Vergabestelle folgen, so wäre die Unterscheidung im Gesetz zwischen lit. d und lit. e von § 27 BeschG obsolet. Es besteht ein rechtlich geschütztes Bedürfnis der nicht berücksichtigten Anbieterin, nicht nur die Bewertung des berücksichtigten Angebots in Form von Punktzahlen zu erfahren, sondern, so der Gesetzestext, auch die "ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile".

2.4.4§ 27 Abs. 2 (und auch Abs. 3) BeschG konkretisieren Art. 13 Abs. 1 lit. h der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SG 914.500), der die "Mitteilung und kurze Begründung des Zuschlags" stipuliert. Die Konkretisierung dieser Vorschrift durch die Kantone und die Praxis dazu sind uneinheitlich und lassen erkennen, dass über weite Strecken explizite Angaben zu den ausschlaggebenden Merkmalen und Vorteilen des berücksichtigten Angebots nicht verlangt werden. Immerhin wird aber ausgeführt, die Begründung des Zuschlags müsse dem Beschwerdeführer die Möglichkeit eröffnen, eine sachbezogene Rekursbegründung vorzutragen, und die wesentlichen Gesichtspunkte, die für die Bewertung des Angebots von Bedeutung waren, seien "in jedem Fall bekannt zu geben" (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1247 ff.).

Demgegenüber lehnt sich die baselstädtische Bestimmung von § 27 Abs. 2 lit. d und e BeschG inhaltlich und auch im Wortlaut an die Vorgaben im Vergaberecht des Bundes an, wo ebenfalls explizit einerseits die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots und andererseits die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots verlangt werden (Art. 23 Abs. 2 lit. d und e des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]; SR 172.056.1). Zum Spannungsverhältnis zu den berechtigten wirtschaftlichen Interessen der Anbieter und zum lauterem Wettbewerb finden sich in der Lehre Ausführungen. Danach berühren diese vom Gesetz verlangten Angaben immerhin einem gewissen Sinne wirtschaftliche Interessen der berücksichtigten Anbieterin. Die gesetzliche Regelung bezweckt indessen, den Rechtsschutz im Vergaberecht, der von dieser Transparenz abhängig ist, nicht illusorisch zu machen. Insofern bedeutet die Information der Anbieterinnen nach Art. 23 Abs. 2 BöB (respektive § 27 Abs. 2 BeschG) eine systemimmanente Einbusse des Inhabers des angefochtenen Zuschlags. Diese wird gemildert durch die in Art. 23 Abs. 3 BöB (respektive Art. 27 Abs. 3 BeschG) genannten Gegenmaßnahmen: Die Informationen nach Abs. 2 müssen nicht geliefert werden, wenn dadurch gegen Bundesrecht verstossen, öffentliche Interessen verletzt, berechnete wirtschaftliche Interessen der Anbieter beeinträchtigt oder der laute Wettbewerb verletzt würden. Die nicht berücksichtigte Anbieterin muss in der Lage sein, eine substantiierte Beschwerde einreichen zu können (Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., N 1245 f.). Der Sachverhalt ist also nach Möglichkeit so zu umschreiben, dass die gewählte Formulierung den Geheimhaltungsinteressen der Konkurrenten Rechnung trägt. Nur wenn das unmöglich wäre, dürfte mit diesem Argument gänzlich auf die Angaben gemäss Art. 23 Abs. 2 BöB (respektive § 27 Abs. 2) BeschG verzichtet werden (Marc Steiner, Das Verfahren vor Bundesverwaltungsgericht in Vergabesachen, in: Leupold/Rüetschi/Stauber/Vetter (Hrsg.), Der Weg zum Recht, FS Alfred Bühler, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 405 ff., 413).

2.4.5Eine Begründung im Sinne von § 27 Abs. 2 lit. e BeschG ist in den meisten Fällen tatsächlich möglich, ohne das Gesetz oder Geschäftsgeheimnisse zu verletzen. Auch das

Verwaltungsgericht geht in seinen Urteilen betreffend Submission regelmässig in allgemeiner Form auf die positiven Aspekte des berücksichtigten Angebots ein. Im selben Umfang kann auch von der Vergabestelle eine entsprechende Begründung erwartet werden. Der "weitere Entscheid" sollte also insoweit Angaben enthalten, als eben auch das Verwaltungsgericht positiv mit dem berücksichtigten Angebot argumentieren kann. In casu sei an dieser Stelle die nachfolgende materielle Begründung insoweit vorweggenommen: "Demgegenüber erweist sich das von der Beigeladenen genannte Referenzobjekt für den Projektleiter, bei dem es sich um den Einbau eines Betriebs- und Infrastrukturgebäudes in eine bestehende Stahlbetonbaute mit Lager und Werkstätten, Personalgarderoben und Einrichtungen für den Güterumschlag gehandelt hat (vgl. act. 4; Separatbeilage 3b2), offensichtlich mit der ausgeschriebenen Aufgabe deutlich besser vergleichbar." Demgegenüber müssen die Referenzprojekte nicht konkret benannt werden, weil mit der Identifikation eines Referenzprojekts Geschäftsgeheimnisse von Mitbewerberinnen verletzt werden können. Sowohl bei den von der Konkurrentin genannten Referenzobjekten wie auch ihren Schlüsselpersonen und deren Bewertung handelt es sich um Geschäftsgeheimnisse, die nach dem Ausgeführten im Vergabeverfahren von der Vergabestelle zu schützen sind (VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 2.2). Dies muss auch dann gelten, wenn Architekturbüros selber mit ihren Referenzen auf dem Internet werben, bleiben konkret benannte Referenzen im Zusammenhang mit einem spezifischen Zuschlagskriterium doch auch in diesen Fällen ein Geschäftsgeheimnis.

Jedenfalls enthält die angefochtene Zuschlagsbegründung zum berücksichtigten Angebot tatsächlich kein Wort, was nach dem Gesagten nicht genügen kann. Damit wurde der Rekurrentin insoweit die Möglichkeit genommen, eine substantiierte Beschwerde einzureichen. Somit ist festzustellen, dass die Vergabebehörde in diesem Sinn das Recht der Rekurrentin auf Begründung des Zuschlags und insoweit ihr rechtliches Gehör verletzt hat.

2.4.6 Diese Verletzung des rechtlichen Gehörs kann im Rekursverfahren geheilt werden; sie wird indessen bei der Kostenverlegung zu berücksichtigen sein (VGE 2014.5 vom 8. Mai 2014 E. 2.2 ff.). Vorliegend geht aus der Rekursantwort hervor, dass der Vergleichbarkeit der Referenzobjekte mit den ausgeschriebenen Leistungen eine deutlich grössere und der Komplexität eine geringere Bedeutung zukommt, als es die Rekurrentin offenbar erwartet hat. Damit wurde der Mangel geheilt, hat dies doch zu adäquater Argumentation des Vertreters der Rekurrentin vor den Schranken geführt. Auf die Kostenverlegung wird weiter hinten zurückzukommen sein.

### **E. 3**

3.1 Die Rekurrentin rügt mit Blick auf die geforderten Referenzprojekte, es sei zwar zulässig, neben dem Preis noch weitere Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, welche auch schon als Eignungskriterien verwendet worden seien. In diesem Fall sei jedoch der Mehrnutzen, welcher durch die Zuschlagsempfängerin geboten werde, in der Begründung deutlich aufzuzeigen und mittels Unterlagen zu dokumentieren. Eine solche Begründung fehle, was willkürlich sei.

Diese Rüge zielt an der Sache vorbei. Wie das Bundesgericht auch im von der Rekurrentin referenzierten BGE 139 II 489 E. 2.2.1 S. 491 f. ausführt, sind Eignungs- und Zuschlagskriterien auseinanderzuhalten. Die Zuschlagskriterien beziehen sich direkt auf die zu erbringende Leistung, die Eignungskriterien hingegen auf das anbietende Unternehmen und dessen Eigenschaften. Da aber auch Eignungskriterien auf die zu erbringende Leistung

bezogen sein müssen, ist die Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien manchmal schwierig (vgl. auch BGE 129 I 313 E. 8.1 S. 323 f.; BGer 2P.322/2006 vom 14. August 2007 E. 3.3.1). Vorliegend wurde mit der Ausschreibung als Eignungskriterium der "Nachweis eines in den letzten zehn Jahren bereits ausgeführten, vergleichbaren Referenzauftrages der anbietenden Firma (Architekturbüro)" verlangt, "welcher bezüglich Leistungsart (Umfang und/oder Erweiterung) und Leistungsumfang (BKP 2 mind. CHF 1,5 Mio., exkl. Honorare) mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar ist". Diese Eignungsanforderung, mit welcher eine Grunderfahrung der Anbieterin als Gesamtunternehmen aufgrund der Umsetzung eines vergleichbaren Projekts vorausgesetzt wird und deren Nichterfüllung zum Ausschluss vom Verfahren führen müsste, unterscheidet sich von den Zuschlagskriterien der Referenzen der beiden Schlüsselpersonen bei der Projektausführung deutlich. Mit den beiden Zuschlagskriterien werden im Interesse der Qualitätssicherung persönliche Erfahrungen wichtiger Schlüsselpersonen, auf deren Fachkompetenz es ankommt, aus einem engeren Zeithorizont bewertet. Es handelt sich damit zum vornherein nicht um eine Doppelprüfung, sondern um eine Prüfung unter verschiedenen Aspekten (BGE 139 II 489 E. 2.2.4 S. 494 m.H. auf Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, S. 206 f.).

3.2 Die Rekurrentin macht eine Verletzung des Transparenzgebots geltend, indem eine detailliertere Beurteilungsmatrix verwendet worden sei, als in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben. Der Bewertungsschlüssel für das Unterkriterium "Vergleichbarkeit des Bauvolumens" sei nicht vorweg bekanntgegeben worden. Es werde ein weit höheres Bauvolumen verlangt als die in der Ausschreibung verlangten CHF 1,5 Mio..

3.2.1 Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Erstellung der Beurteilungsmatrix als auch bei der Bewertung der massgeblichen Kriterien ein erhebliches Ermessen zu (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.). Es wird verlangt, dass in der Ausschreibung die Zuschlagskriterien nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Rangfolge genannt werden; die Angabe von Unterkriterien, welche bloss die Hauptkriterien konkretisieren, ist dagegen nicht erforderlich (BGE 130 I 241; BGer 2C\_549/2011 vom 27. März 2012 m.w.H.).

3.2.2 Gemäss den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen sollte das Honorarangebot mit 40 % gewichtet werden, und die Benotung des Preises sollte nach dem KBOB-Preisbewertungsmodell erfolgen. Die Maximalnote 5 sollte dem tiefsten gültigen Angebot vergeben werden, die Note 0 bei 175 % des tiefsten gültigen Angebots und für alle höheren Angebote.

Für das Zuschlagskriterium "Referenz Schlüsselperson Projektleiter" (Gewichtung 30 %) wurde die "Vorlage eines innerhalb der letzten 5 Jahre ausgeführten Referenzauftrags verlangt, an welchem der für die Ausführung des Auftrags vorgesehene Projektleiter in derselben Funktion beteiligt" gewesen sein sollte. Der Referenzauftrag sollte "bezüglich Leistungsart und Leistungsumfang mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar sein". Als Nachweis hierfür wurde die detaillierte Darstellung des Referenzauftrags etwa auch hinsichtlich Materialwahl und architektonischer Qualität verlangt. Für die Beurteilung des Zuschlagskriteriums (Gewichtung 30 %) "Referenz Schlüsselperson Bauleiter" war ein im gleichen Zeitraum ausgeführter, wiederum bezüglich Leistungsart und -umfang vergleichbarer und detailliert dokumentierter Referenzauftrag gefordert, "an welchem der für die Ausführung des Auftrags vorgesehene Bauleiter im Rahmen der Realisierung / Teilphase 51-53 nach SIA Ordnung 102/112 in derselben Funktion beteiligt" gewesen sein

sollte.

Schliesslich wurde die Bewertung der beiden Schlüsselpersonen nach den Unterkriterien der "Vergleichbarkeit der erbrachten Leistung", der "Steuerung und Einhaltung der Kosten" sowie "der Termine", dem "Verhalten bei Abweichung zu den Projektzielen", der "Unterstützung der Bauherrschaft und Nutzer", der "Beiträge für Kostensenkungen, Verbesserungen / Innovationen" sowie dem "Verhalten im Konfliktfall" in Aussicht gestellt. Die beiden Referenzobjekte würden bezüglich der "Vergleichbarkeit der Bauaufgabe" und "des Bauvolumens" sowie nach den Kriterien "Funktionale / Technische Qualität" sowie "Ökonomie / Angemessenheit der Lösung" bewertet werden. Die Notenskala für die Bewertung dieser Unterkriterien wurde wie folgt umschrieben: Die Note 5 sollte bei der Bewertung der Qualitätskriterien "sehr gute Erfüllung des Kriteriums" und "qualitativ ausgezeichnete Angaben, sehr grosser Beitrag zur Zielerreichung" bedeuten, die Note 4 "gute Erfüllung des Kriteriums" und "qualitativ sehr gute Angaben", die Note 3 "normale Erfüllung des Kriteriums" und "durchschnittliche Qualität der Angaben, den Anforderungen entsprechend", die Note 2 "schlechte Erfüllung des Kriteriums" und "Angaben ohne ausreichenden Bezug zum Projekt", die Note 1 "sehr schlechte Erfüllung des Kriteriums" und "ungenügende, unvollständige Angaben", und die Note 0 "nicht beurteilbare Erfüllung des Kriteriums" und "keine Angaben".

3.2.3 Die Auswertung, welche die Vergabestelle tatsächlich vorgenommen hat, entspricht den in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien und Unterkriterien sowie der dort ebenfalls genannten Gewichtung und Benotung sowohl bei der Bewertung des Preises als auch der beiden Schlüsselpersonen vollumfänglich. Bei den Schlüsselpersonen wurde jedes einzelne Unterkriterium gemäss der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Skala benotet und anschliessend der Durchschnitt pro Kriterium ermittelt, indem die Noten zusammengezählt und durch die Anzahl Unterkriterien geteilt wurden. Anschliessend wurden sie gewichtet. Weder wurden irgendwelche Kriterien oder Unterkriterien neu hinzugefügt, noch solche entfernt, noch wurden sie anders als angekündigt benotet oder gewichtet. Das Vorgehen der Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote war somit korrekt.

3.2.4 Daran ändert nichts, dass die Vergabestelle den Bewertungsschlüssel für das Unterkriterium "Vergleichbarkeit des Bauvolumens" (act. 7) in den Ausschreibungsunterlagen nicht bekanntgegeben hat, denn im Lichte der angeführten Praxis war sie dazu nicht verpflichtet ■ das Unterkriterium selber wurde in den Ausschreibungsunterlagen ja ebenso genannt wie die zur Anwendung gebrachte Notenskala. Der Bogen würde überspannt, wollte man die Vergabestelle verpflichten, bei den Zuschlagskriterien noch weitergehendere Differenzierungen im voraus bekanntgeben zu müssen als ihre Gewichtung sowie die Subkriterien einschliesslich Notenskala, wie sie es vorliegend getan hat; dies gilt auch dann, wenn die vorgängige Bekanntgabe des Bewertungsschlüssels vorliegend die Transparenz noch weiter erhöht hätte. Der gewählte Schlüssel erscheint auch sachgerecht: Die Maximalnote 5 wird ab einem Bauvolumen ab CHF 2,9 Mio. vergeben, was der Grössenordnung des geschätzten Volumens der Ausschreibung entspricht. Nicht stichhaltig erscheint in diesem Zusammenhang die Rüge der Rekurrentin, in den Ausschreibungsunterlagen werde nur CHF 1,5 Mio verlangt, denn dieses Volumen findet sich nicht bei den Zuschlags-, sondern bei den Eignungskriterien, und zwar notabene als Minimum. Der Bewertungsschlüssel geht also von CHF 2,9 Mio. aus; bei einem Abzug von 30 %, also bei CHF 2 Mio., werden 4 Punkte vergeben, bei

einem Abzug von 50 %, entsprechend CHF 1,5 Mio., 3 Punkte, bei einem Abzug von 65 %, entsprechend CHF 1 Mio., 2 Punkte, bei einem Abzug von 75 %, entsprechend CHF 0,7 Mio., 1 Punkt und unter CHF 0,7 Mio. sind es 0 Punkte. Interessanterweise werden am anderen Ende der Skala auch nur 4 Punkte vergeben, wenn das Volumen über dem Doppelten der CHF 2,9 Mio. liegt, nämlich über CHF 5,8 Mio. ■ auch in einem solchen Falle leidet die Vergleichbarkeit des Bauvolumens. Der Bewertungsschlüssel belegt jedenfalls einen adäquaten Umgang mit dem Unterkriterium "Vergleichbarkeit des Bauvolumens". Die Rekurrentin vermag daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten. An der Sache vorbei geht schliesslich die Argumentation der Rekurrentin, mit sinkendem Budget nehme die Schwierigkeit der Bauaufgabe eher zu, geht es doch vorliegend um das Bauvolumen selber, nicht um die Komplexität der Aufgabe.

3.3Die Rekurrentin rügt, die "offenbar eingeholten Referenzen" seien nicht dokumentiert. Die Rekurrentin könne dazu nicht Stellung nehmen, was das rechtliche Gehör verletze. Ihr sei Einsicht in die Telefonprotokolle zu gewähren. Die Referenzen zu dem von der Rekurrentin vermuteten Referenzprojekt der Beigeladenen seien wohl "inhouse" eingeholt worden und zwangsläufig gefärbt.

3.3.1Die Rekurrentin stützt sich auf BGE 139 II 489 E. 3 S. 495 ff.. Dieses Urteil ist indessen nicht einschlägig, geht es dort doch um die Frage, ob die Vergabebehörde auch Referenzen einholen darf, welche die Anbieterinnen selber gar nicht angegeben haben. Das Bundesgericht hat erwogen, wenn von den Anbieterinnen nicht genannte Referenzen eingeholt würden, auf die entscheidenderheblich abgestellt werde, handle es sich nicht um behördeninterne Akten, die nicht dem Einsichtsrecht unterlägen, sondern um Auskünfte Dritter. Soweit darauf zum Nachteil einer Anbieterin abgestellt werde, müsse dieser Gelegenheit haben, sich dazu zu äussern (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 497). Vorliegend wurde aber nicht bei Dritten Auskünfte eingeholt, sondern bei den von der Rekurrentin selber genannten Referenzpersonen.

3.3.2Der Vertreter des BVD hat anlässlich der Verhandlung vor Verwaltungsgericht ausgeführt, die Referenzen würden telefonisch eingeholt. Im Gespräch werde eruiert, wie die Sache einzuschätzen sei. Die Notizen mache man als Punktzahl, eventuell mit ein paar Stichworten. Bewertet werde anhand der Unterkriterien. Weitere Telefonnotizen gebe es nicht.

3.3.3Damit ist zunächst festzuhalten, dass dem Akteneinsichtsbegehren der Rekurrentin schon deshalb nicht entsprochen werden kann, weil neben der ausgefüllten Beurteilungsmatrix gar keine Telefonprotokolle existieren. Weiter ist zu bemerken, dass, wie das Verwaltungsgericht bereits in einem früheren Urteil festgehalten hat, die mit den Unterkriterien aufgeworfenen Fragestellungen selber eine objektive Vergleichbarkeit der Bewertungen gewährleisten, soweit das sachlich überhaupt möglich ist. Da es sich bei den Fragestellungen nicht um harte, sondern weiche Kriterien handelt, also solche, die nicht mit wissenschaftlicher Exaktheit messbar sind, ist eine gewisse verbleibende subjektive Färbung durch die Auskunftsperson unvermeidlich und hinzunehmen. Im Übrigen ist in Anbetracht des Fragekatalogs und der gestützt darauf geführten Telefonate die befragende Person nicht gehalten, den Inhalt der Telefongespräche exakt zu protokollieren ■ solches ist nicht notwendig sowie kaum praktikabel, und der Bogen würde hinsichtlich der formellen Anforderungen an das Verfahren überspannt (VGE VD.2011.66 vom 4. November 2011 E. 3.2.2). Immerhin sind die befragenden Personen des BVD Fachleute und damit in der Lage, aus der Konversation heraus beurteilen zu können, ob und in welchem

Mass die Referenzperson mit der gebotenen Leistung zufrieden ist. Weiter ist auch nicht ersichtlich, aus welchen Gründen "inhouse" Referenzauskünfte, also solche von staatlichen Stellen, "gefärbt" sein sollten ■ ist doch ein Auftraggeber mit der Aufgabenerfüllung entweder (mehr oder weniger) zufrieden oder nicht, ungeachtet, ob es sich dabei um einen Privaten oder um eine staatliche Stelle handelt. Schliesslich können Referenzpersonen im gerichtlichen Verfahren auch als Zeugen angerufen werden. Die Rüge erweist sich somit als unbegründet.

#### **E. 4**

In der Sache rügt die Rekurrentin die Beurteilung ihrer Referenzprojekte.

4.1 Die Vergabestelle macht in der Begründung des Zuschlags bei der Bewertung der beiden Schlüsselpersonen der Rekurrentin Abstriche bei der Vergleichbarkeit der Referenzprojekte, an denen diese mitgewirkt haben. Der Umbau des Bauernhauses, an dem die Schlüsselperson Projektleiter mitgewirkt habe, sei bezüglich der erbrachten Leistung, der Bauaufgabe und Nutzung, des Bauvolumens sowie der funktionalen und technischen Qualität nur in wenigen Aspekten mit dem ausgeschriebenen Projekt Zivilschutzlager Scherkessel vergleichbar. Das Bauvolumen sei kleiner gewesen, und es habe sich um einen privaten Bauherrn und vergleichsweise wenig Gebäudetechnik gehandelt. Auch die Teilsanierung eines Mehrfamilienhauses, welche die Rekurrentin als Referenzprojekt für die Schlüsselperson Bauleiter genannt habe, sei hinsichtlich Bauaufgabe, Nutzung und auch Bauvolumen aufgrund sich wiederholender Bauelemente nicht wesentlich mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar.

4.2 Dem hält die Rekurrentin entgegen, ihre Referenzprojekte seien weit anspruchsvoller als die Aufgaben, welche sich beim Projekt Zivilschutzlager Scherkessel stellten. Beim Umbau des Bauernhauses hätten Konzessionen an die alte Bausubstanz gemacht werden müssen. Zu berücksichtigen seien das alte Mauerwerk, die Vorgaben des Denkmalschutzes und die engen Platzverhältnisse, weshalb solche Umbauten zu den anspruchsvollsten Bauaufgaben überhaupt zählten. Der Schwierigkeitsgrad über die gesamte Architekturleistung und beim Projektleiter sei dort bei 1,2 gelegen, während er für das Projekt Scherkessel bei 0,8 liegen dürfte. Als Bauaufgabe sei das Referenzobjekt zwar "vorab wenig mit der Aufgabe 'Scherkessel Zivilschutzlager' vergleichbar". Eine Fachperson erkenne aber "etliche Parallelen". Zudem seien die gemeisterten Schwierigkeiten bei der Planung und Ausführung sowie die dazu notwendigen Kompetenzen des verantwortlichen Planers auch beim vorliegend ausgeschriebenen Projekt von höchstem Nutzen. Die Vergleichbarkeit des Bauvolumens dürfe nicht nur quantitativ betrachtet werden. Im Referenzprojekt seien nicht weniger, sondern deutlich mehr anspruchsvolle Fragestellungen beantwortet und umgesetzt worden. Der Technisierungsgrad des Referenzprojekts sei zwar "sicher geringer". Der eingeschränktere Beizug von Fachplanern weise aber auf die hohe Fachkompetenz und das breite Wissen des Projektleiters hin. Das ausgeschriebene Projekt sei als "eher einfacher für den leitenden Architekten einzustufen".

Auch bei der Sanierung des Mehrfamilienhauses als Referenzobjekt für die Schlüsselperson Bauleiter hätten weit komplexere Probleme gelöst werden müssen. Das Gebäude sei mittels Aussendämmung und hinterlüfteter Verkleidung in grossformatigen Faserzementplatten überformt worden. Die Einschätzung, dass das Bauvolumen aufgrund sich wiederholender Bauelemente nicht vergleichbar sei, stimme nicht, hätten doch für die bestehenden Flachdächer mit verschiedenen Konstruktionsaufbauten und -abschlüssen und für die

Fenstereinbauten verschiedene Ersatzstrategien gefunden werden müssen. Dazu komme die Planung und Ausführung beim nachträglichen Einbau einer Komfortlüftung unter Minimierung baulicher Arbeiten im Innern des teilbewohnten Hauses.

Ein Mehrnutzen beim Angebot der Mitbewerberin sei nicht zu sehen. Nur wenige Mitbewerber würden eine konkrete Erfahrung mit Infrastrukturbauten wie der vorliegend zur Diskussion Stehenden mitbringen. Es gehe nur darum, ob ein Bewerber das notwendige Können und Wissen mitbringe, um alle relevanten Fragestellungen erfassen und lösen zu können.

4.3 Die Vergabestelle ist aufgrund des Transparenzgebots und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 9 lit. a und b BeschG) an die von ihr kommunizierten Zuschlags- und Unterkriterien gebunden. Vorliegend hat die Vergabestelle für die Beurteilung der beiden zu bewertenden Schlüsselpersonen je ein vergleichbares Referenzprojekt verlangt. Sie hat also bereits mit den Ausschreibungsunterlagen klargestellt, dass diese Beurteilung gerade auch nach Massgabe des Grades der Vergleichbarkeit der jeweiligen Aufgabe beim Referenzprojekt und beim ausgeschriebenen Auftrag erfolgen würde. Die Ausschreibung kann im Rekursverfahren gegen den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt werden. Soweit sich die Rügen der Rekurrentin also gegen die Zuschlagskriterien richten, etwa in dem Sinn, als der Schwierigkeitsgrad der Referenzprojekte eher Grundlage für die Bewertung bilden sollte als deren Vergleichbarkeit, können sie vorliegend nicht gehört werden. Solche Rügen wären mit einem Rechtsmittelverfahren gegen die Ausschreibung geltend zu machen gewesen. Sie erweisen sich im vorliegenden Rekurs gegen den Zuschlag als verspätet, weshalb darauf nicht einzutreten ist (VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3 mit Hinweis auf Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 606; VGE 625/2007 vom 16. Mai 2008 E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1255; BVGE 2014/14 vom

#### **E. 4.4**

4.4.1 Die Rekurrentin anerkennt zu Recht, dass der Umbau eines Bauernhauses, welchen sie als Referenzobjekt für die Bewertung der Schlüsselperson Projektleiter angegeben hat, mit der ausgeschriebenen Aufgabe für ein Zivilschutzlager "wenig vergleichbar" ist. Diese mangelnde Vergleichbarkeit kann aber entgegen der Auffassung der Rekurrentin nicht durch einen angeblich höheren Schwierigkeitsgrad kompensiert werden. Die Schlüsselperson Projektleiter der Rekurrentin mag wohl ihre Fähigkeiten bei der Bewältigung einer schwierigen Bauaufgabe im Umgang mit alter, bäuerlicher Bausubstanz unter Beweis gestellt haben. Vorliegend wird aber Erfahrung mit vergleichbaren Aufgaben verlangt, auf die bei der Ausführung zurückgegriffen werden kann. Insoweit vermag das Referenzobjekt die vorgesehene Schlüsselperson gerade nicht zu qualifizieren. Dies gilt insbesondere auch mit Blick auf den Technisierungsgrad der Aufgabe, in welchem sich die beiden Projekte unbestrittenermassen stark unterscheiden. Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabestelle bei den Unterkriterien "Vergleichbarkeit der Aufgabe/Nutzung" und "Vergleichbarkeit des Bauvolumens" der Rekurrentin bloss die Note 2 vergibt und damit als schlecht erfüllt bewertet. Teilweise abhängig von der Vergleichbarkeit der Aufgaben erscheint auch das Kriterium "Funktionale/technische Qualität/Innovationsgrad", sodass die Bewertung dieses Unterkriteriums mit der Note 3, welche einer normalen, durchschnittlichen Erfüllung entspricht, nicht zu beanstanden ist.

Analoges gilt für die Note 3 beim Unterkriterium "Vergleichbarkeit der erbrachten Leistung". Demgegenüber hat die Vergabebehörde der Rekurrentin bei den Kriterien der Kosten- und Terminkontrolle, des Verhaltens bei Abweichung zu den Projektzielen und der Unterstützung der Bauherrschaft und der Nutzer jeweils die Höchstnote 5 (sehr gute Erfüllung) vergeben. Die Kriterien "Verhalten im Konfliktfall" und "Ökonomie/Angemessenheit der Lösung" wurden mit der Note 4 bewertet, was einer guten Erfüllung entspricht.

4.4.2 Demgegenüber erweist sich das von der Beigeladenen genannte Referenzobjekt für den Projektleiter, bei dem es sich um den Einbau eines Betriebs- und Infrastrukturgebäudes in eine bestehende Stahlbetonbaute mit Lager und Werkstätten, Personalgarderoben und Einrichtungen für den Güterumschlag handelt (vgl. act. 4, Separatbeilage 3b2), offensichtlich mit der ausgeschriebenen Aufgabe deutlich besser vergleichbar. Die Bewertung der Unterkriterien der Vergleichbarkeit der erbrachten Leistung, der Bauaufgabe/Nutzung und des Bauvolumens mit der Höchstnote ist daher nicht zu beanstanden.

4.4.3 Aus den dargestellten Bewertungen ergeben sich beim Zuschlagskriterium Schlüsselperson Projektleiter für die Rekurrentin 43 Punkte, was 117 Nutzwertpunkten entspricht (43 Punkte : 11 Unterkriterien x 30 Gewichtung = 117), und für die Beigeladene 51 Punkte, was 138 (recte: 139) Nutzwertpunkten entspricht (51 : 11 x 30 = 139). Aufgrund des erheblichen Fachermessens der Vergabestelle ist die Bewertung der Projektleiter nicht zu beanstanden, zumal in den Akten keinerlei Anhaltspunkte für eine allfällige Ermessensüberschreitung ersichtlich sind.

4.5 Auch bei der Sanierung des Mehrfamilienhauses, welches die Rekurrentin als Referenzobjekt der Schlüsselperson Bauleiter angegeben hat, vermag die angeblich höhere Komplexität der Aufgabe die Abstriche bei der Vergleichbarkeit grundsätzlich nicht zu kompensieren. Die Bewertung der Unterkriterien "Vergleichbarkeit der Bauaufgabe/Nutzung" mit der Note 2 und "Bauvolumen" mit der Note 3 ist aufgrund der auch für Laien erkennbaren, deutlichen Unterschiede zwischen dem Referenzprojekt der Rekurrentin und jenem der Beigeladenen sowie angesichts des Ermessensspielraums der Vergabebehörde nicht zu beanstanden. Die Vergleichbarkeit der erbrachten Leistung wurde mit der Note 4 und damit als gute Erfüllung dieses Unterkriteriums bewertet.

Die Beigeladene hat für die Schlüsselperson Bauleiter das gleiche Projekt angegeben wie für die Schlüsselperson Projektleiter, weshalb auf die entsprechenden Erwägungen verwiesen werden kann (Ziff. 4.4.2). Im Übrigen hat die Vergabebehörde die anderen Unterkriterien bei beiden Parteien samt und sonders mit Noten zwischen 4 und 5 bewertet. Auch hier fehlen jegliche Anhaltspunkte für eine Überschreitung des Ermessens durch die Vergabebehörde.

5.

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Rekurrentin gemäss § 30 VRPG grundsätzlich kostenpflichtig. Zu berücksichtigen ist indes, dass es der Rekurrentin aufgrund der mangelhaften Begründung der Zuschlagsverfügung teilweise nicht möglich war, eine sachbezogene Begründung vorzutragen, was im Kostenpunkt zu berücksichtigen ist (Galli/Moser/ Lang/Steiner, a.a.O., N 1251 f.). Es rechtfertigt sich somit insgesamt, der Rekurrentin die gesamten Kosten des Verfahrens bloss zu zwei Dritteln zu überbinden. Dabei ist von einer Verfahrensgebühr von CHF

2'000.■ und mutmasslichen Vertretungskosten der Rekurrentin von ca. CHF 4'400.■ nach Massgabe des anwendbaren Überwälzungstarifs auszugehen. Der Beigeladenen sind keine Kosten entstanden. Daraus folgt die Verpflichtung der Rekursgegnerin, der Rekurrentin eine Parteientschädigung von CHF 2'000.■ auszurichten.

## **E. 8**

April 2014 E. 4.4). Im Übrigen ist die Vergabestelle bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich frei, soweit diese keine diskriminierenden Bestimmungen enthalten (Galli/Moser/Lang/ Steiner, a.a.O., Rz. 401 ff.). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien kommt ihr ein breiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht einzugreifen hat (VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.5).

Wie vorstehend dargestellt (Ziff. 3.2), wurden die Zuschlagskriterien und Unterkriterien einschliesslich Gewichtung und Notenskalen in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben, sodass die Anbietenden ihre Angebote darauf haben ausrichten können. Dass es Mitbewerberinnen gibt, welche Referenzprojekte vorweisen können, die deutlich besser mit der ausgeschriebenen Aufgabe vergleichbar sind als solche anderer Offerentinnen, liegt in der Natur der Sache und bildet sogar den Kern der Fragestellung nach der Vergleichbarkeit der Referenzobjekte. Dass die Erfahrung mit vergleichbaren Projekten einen Wettbewerbsvorteil darstellt, ist gerade gewollt.

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