

# SH\_OBERGERICHT 60/2008/38 vom 26. September 2008

Sh Obergericht, 2008-09-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sh\\_obergericht\\_60\\_2008\\_38](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/sh_obergericht_60_2008_38)

FR: SH\_OBERGERICHT 60/2008/38 du 26 septembre 2008

IT: SH\_OBERGERICHT 60/2008/38 del 26 settembre 2008

## Regeste

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 13 lit. h und Art. 18 Abs. 1 IVöB; Art. 14 lit. i, Art. 27 lit. h, Art. 32 Abs. 1 sowie Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 VRöB. | Submission; rechtliches Gehör; Transparenzgebot, Zuschlagskriterien Preis und Lehrlingsausbildung

## Erwägungen

### E. 1

Veröffentlichung im Amtsbericht

Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 13 lit. h und Art. 18 Abs. 1 IVöB; Art. 14 lit. i, Art. 27 lit. h, Art. 32 Abs. 1 sowie Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 VRöB. Submission; rechtliches Gehör, Transparenzgebot, Zuschlagskriterien Preis und Lehrlingsausbildung (OGE 60/2008/38 vom 26. September 2008)

Der Vergabeentscheid ist so zu begründen, dass er gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann. Ein Begründungsmangel wird zwar geheilt, wenn die massgeblichen Entscheidungsgründe in der Vernehmlassung der Vergabebehörde nachgereicht werden. Doch ist hierauf zur Wahrung des rechtlichen Gehörs der beschwerdeführenden Partei ein zweiter Schriftwechsel durchzuführen (E. 2).

Ein Angebot kann von einer kollektivzeichnungsberechtigten Person allein oder von einer überhaupt nicht im Handelsregister eingetragenen Person unterschrieben werden. Das stellt nicht zum Vornherein einen wesentlichen Formfehler dar, der zum Ausschluss von der Teilnahme führt (E. 3).

Die massgeblichen Zuschlagskriterien und ihre Rangordnung und Gewichtung sind zu Beginn des Verfahrens festzulegen und bekanntzugeben. Die Vergabe ist grundsätzlich nach den veröffentlichten Kriterien und deren Gewichtung vorzunehmen (Transparenzgebot; E. 5).

Bei der Bewertung des Preises hat die Vergabestelle einen erheblichen Spielraum. Das im Voraus bekanntgegebene Gewicht dieses Kriteriums muss aber im Vergleich zu an sich untergeordneten Kriterien effektiv zum Zug kommen. Daher ist beim Preis nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen. Bei den vorliegenden Baumeisterarbeiten reicht diese Spanne bis maximal 150 % des tiefsten Angebotspreises. Mit der hier verwendeten Bewertungsformel hat jedoch die Vergabebehörde den ihr zustehenden Spielraum überschritten. Die Bewertung ist unter Berücksichtigung der realistischen Bandbreite zu korrigieren (E. 5b).

Feststellung, dass die Vergabebehörde bei der Lehrlingsausbildung von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen ist und bei der Zahl der Beschäftigten die Mitarbeiter der Schwesterfirma der Beschwerdeführerin zu Unrecht mitberücksichtigt hat (E. 5c).

Feststellung, dass unter den gegebenen Umständen eine direkte Vergabe durch das Obergericht nicht angezeigt ist (E. 6).

2008

## **E. 2**

Der angefochtene Entscheid enthielt keine Begründung; angegeben war lediglich der bereinigte Preis, zu welchem die Arbeiten der Beigeladenen vergeben wurden.

Die Begründungspflicht ist Bestandteil des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Der Bürger soll wissen, warum die Behörde gegen ihn entschieden hat. Die Begründung eines Entscheids muss deshalb so abgefasst werden, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Das ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt. Dabei kann sich diese auf die für den Entscheid wesentlichen Gesichtspunkte beschränken (BGE 126 I 102 f. E. 2b mit Hinweisen).

In den submissionsrechtlichen Ausführungsbestimmungen wird die Begründungspflicht insoweit konkretisiert, dass die Verfügungen – und damit auch der Vergabeentscheid – wenigstens summarisch zu begründen sind. Den nicht berücksichtigten Anbieterinnen und Anbietern sind neben dem Preis des berücksichtigten Angebots insbesondere auch die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bzw. die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (Art. 13 lit. h der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 5. März 2001 [IVöB, SHR 172.510] i.V.m. Art. 37 Abs. 2 sowie Abs. 3 lit. c und lit. d der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]). Ein Begründungsmangel kann zwar gemäss Praxis geheilt werden, wenn die massgeblichen Entscheidungsgründe in der Vernehm-

2008

## **E. 3**

Die Beigeladene macht geltend, die Beschwerdeführerin habe ihr Angebot nicht rechtsgültig unterzeichnet. ...

Ein Anbieter wird von der Teilnahme ausgeschlossen, wenn er unter anderem ... wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere etwa durch fehlende Unterschrift oder Unvollständigkeit des Angebots (Art. 27 ... lit. h VRöB).

Angebote sind nicht zwingend nach handelsregisterrechtlichen Grundsätzen zu unterzeichnen. Im Einzelfall können aufgrund einer entsprechenden Ermächtigung auch kollektivzeichnungsberechtigte Personen allein oder überhaupt nicht im Handelsregister eingetragene Personen unterschreiben. Ihre Berechtigung ist auf Verlangen der Vergabebehörde gegebenenfalls nachzuweisen (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 124 f., Rz. 290, mit Hinweisen). Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde von D. unterzeichnet. Dieser ist kollektivzeichnungsberechtigtes Mitglied ihres Verwaltungsrats und – nach

ihren unwidersprochenen Angaben – ihr Teilhaber und Geschäftsführer (vgl. ... auch die "Geschichte" der Beschwerdeführerin und das Personalstammblatt von D. an der Offerte der Beschwerdeführerin). Dass er das Angebot rechtsgültig für die Beschwerdeführerin unterzeichnet habe (Art. 23 Abs. 3 VRöB), stellt die Vergabebehörde nicht in Frage; es hätte ihr freigestanden, bei allfälligen Zweifeln rückzufragen. In dieser Situation besteht kein Grund, in diesem Zusammenhang von einem wesentlichen Formfehler auszugehen.

2008

#### **E. 4**

...

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist daher nicht von der Teilnahme bzw. von der materiellen Prüfung auszuschliessen.

...

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin beanstandet lediglich die Bewertung der Zuschlagskriterien "Preis" und "Lehrlinge". Die übrigen Einzelbewertungen stellt sie nicht in Frage, insbesondere auch nicht diejenige des Kriteriums "Referenzen". Sie erklärt jedoch, sie habe bewusst nicht auch Referenzobjekte ihrer Schwesterfirma oder gemeinsame Referenzen angegeben; andernfalls hätte sie auch beim Kriterium Referenzen die Maximalbewertung erhalten.

b) aa) Die Vergabebehörde hat – wie sich aus ihrer Bewertungstabelle ergibt – den tiefsten Preis mit 60 Punkten bewertet, entsprechend der seinerzeit bekanntgegebenen Gewichtung des Preises. Die weiteren Preisangebote wurden nach folgender Formel bewertet: 60 Punkte mal tiefstes Angebot geteilt durch das zu bewertende Angebot. Tiefster Preis war – auch nach der Bereinigung bzw. Anpassung durch die Vergabebehörde – derjenige der Beschwerdeführerin (Fr. 3'970'843.–); er erhielt 60 Punkte. Der Preis der Beigeladenen (Fr. 4'031'434.–) erhielt noch 59 Punkte.

bb) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die zur Bewertung des Angebotspreises verwendete Methode sei untauglich und unhaltbar. Die gewählte Formel trage, weil die Preiskurve zu flach ausfalle, den bestehenden Preisunterschieden zu wenig Rechnung; sie werde damit dem richtigerweise hohen Gewicht des Preises nicht gerecht.

Die Bauherrschaft erklärt dagegen, sie habe die Bewertungsformel verwendet, die in dem vom kantonalen Gewerbeverband und vom kantonalen Baudepartement herausgegebenen Leitfaden zum öffentlichen Beschaffungswesen empfohlen werde. Mit dieser klaren, allseits bekannten und für jedermann nachvollziehbaren Formel sei der Ermessensspielraum der Vergabestellen bewusst und mit guten Gründen eingeschränkt worden; sie führe im vorliegenden Fall nicht zu einem sachwidrigen Ergebnis.

cc) Der Vergabestelle steht bei der Bewertung der Angebotspreise – wie bei den andern Zuschlagskriterien – ein erheblicher Spielraum zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekanntgegebene Gewicht tatsächlich zum Zug kommt. Das bedeutet insbesondere, dass auch beim Kriterium "Preis" nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist, d.h. die realistischere zu erwartende Preisspanne zwischen dem günstigsten und einem sehr teuren, als sehr schlecht zu bewertenden Preis. Andernfalls

besteht die Gefahr, dass an sich untergeordnete Kriterien im Vergleich mit dem Preis ein unverhältnismässiges, ausserhalb des Spielraums der Vergabestelle liegendes Gewicht erhalten (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00469 vom 21. April 2004, E. 2.2 mit Hinweisen, ZBl 2004, S. 383; OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3e, Amtsbericht 2005, S. 149, und 60/2003/55 vom 27. August 2004, E. 4a).

2008

## **E. 6**

Welche Bandbreite bei den Preisen realistischerweise zu erwarten ist, hängt von der in Frage stehenden Beschaffung ab. Bei einfachen Bauarbeiten ist in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst nach Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden. Auch bei der Ermittlung der Bandbreite hat die Vergabebehörde einen erheblichen Spielraum (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00469 vom 21. April 2004, E. 2.6 mit Hinweis, ZBl 2004, S. 384).

Bei der Gestaltungsfreiheit, die der Vergabebehörde bei der Festsetzung der Preiskurve zusteht, handelt es sich – wie das Bundesgericht präzisierend festgestellt hat – nicht um ein eigentliches Ermessen; vielmehr geht es um die Konkretisierung der Vorgaben, die sich für die Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises einerseits aus der Ausschreibung und andererseits aus den einschlägigen Rechtsnormen ergeben. Deshalb muss von einem Beurteilungsspielraum gesprochen werden, dessen Handhabung grundsätzlich der Rechtskontrolle unterliegt, auch wenn die Gerichte dabei regelmässig eine gewisse Zurückhaltung üben und erst eingreifen, wenn die Vergabebehörde den ihr zustehenden Spielraum überschritten hat (BGE 2P.230/2006 vom 5. März 2007, E. 3.2). Ist dies aber der Fall, können die Gerichte bei reformatorischer Tätigkeit frei entscheiden. Sie haben insoweit die gleichen Befugnisse wie die Vergabebehörde (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 50 N. 114, S. 682 [zur Ermessensausübung]).

dd) Die Beschwerdeführerin erachtet für den Angebotspreis eine Bandbreite von 20 % als noch einigermaßen realistisch; dies vor dem Hintergrund, dass im vorliegenden Fall der höchste Angebotspreis 7,3 % über dem tiefsten liegt. Die Bauherrschaft hat sich zur realistischerweise zu erwartenden Bandbreite der Angebotspreise nicht konkret geäussert.

Die in Frage stehenden Baumeisterarbeiten können zwar keineswegs als anspruchslos, aber auch nicht als ausgesprochen komplex bezeichnet werden. Damit läge wohl die Annahme einer denkbaren Preisspanne von 30–50 % zwischen einem sehr guten und einem sehr schlechten Preis für die ausgeschriebenen Leistungen noch im Ermessensbereich der Vergabebehörde (vgl. etwa Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2005.00602 vom 22. März 2006, E. 4.4, BEZ 2006 Nr. 36, und VB.2003.00469 vom 21. April 2004, E. 2.7, ZBl 2004, S. 385 f.). Auch die Beschwerdeführerin, die im vorliegenden Fall von herkömmlichen, nicht überdurchschnittlich anspruchsvollen Baumeisterarbeiten ausgeht, weist in ihren allgemeinen Ausführungen darauf hin, dass bei Standardprodukten – wie

2008

## **E. 7**

beispielsweise Hochbau – die Kurve bis maximal 150 % des tiefsten Preises zu legen sei.

Der zu akzeptierende Spielraum der Vergabestelle bei der Bewertung des Preises beschränkt sich somit im vorliegenden Fall grundsätzlich auf eine Spanne bis zu 150 % des tiefsten Angebotspreises. Dass die tatsächlich eingereichten Angebote preislich nur gut 7 % auseinanderliegen, steht dem nicht entgegen. Das untere Ende der Punkteskala ist – wie erwähnt (oben, lit. cc) – erst bei einem wirklich schlechten Wert anzusetzen, der sich im Einzelfall nicht zwangsläufig realisieren muss. Bei freier Entscheidung – wie er auch dem Obergericht bei reformatorischer Beurteilung zusteht – könnte aber die realistische Bandbreite ohne weiteres auch auf 130 % des tiefsten Preises beschränkt werden.

ee) Bei der Formel, die für den strittigen Vergabeentscheid verwendet wurde, ergäbe ein um 50 % über dem günstigsten Angebot liegender Preis noch 40 Punkte (also zwei Drittel der Punktzahl für den tiefsten Preis), ein nach dem Gesagten (oben, lit. dd) bloss hypothetischer, die realistische Bandbreite sprengender doppelter Preis noch 30 Punkte (also die Hälfte der Punktzahl für den tiefsten Preis) und selbst ein vierfacher Preis noch 15 Punkte (also ein Viertel der Punktzahl für den tiefsten Preis).

Beim Angebotspreis sind damit im Rahmen einer vernünftigerweise noch denkbaren Bandbreite die möglichen Punktedifferenzen prozentual weit geringer als bei den andern Kriterien; dies als Folge davon, dass dabei der gesamte Bewertungsspielraum von 0–100 % bei weitem nicht ausgeschöpft wird und – auch bei einem als sehr schlecht zu bewertenden Preisangebot – realistische gar nicht ausgeschöpft werden kann. Demgegenüber ist in der Bewertungstabelle bei den übrigen Kriterien jeweils eine Skala angegeben, die bis zu null Punkten geht. Beim Kriterium "Referenzen" wird beispielsweise für jede Referenz zu einem ähnlichen Objekt ein Punkt vergeben; jede Referenz weniger als die als sehr gut bewerteten fünf Referenzen reduziert demnach die Punktzahl für dieses Kriterium um 20 %. Bei der Lehrlingsausbildung wird sodann abgestuft nach je einem Ausbildungsplatz pro fünf Mitarbeiter oder einem Mehrfachen davon; ohne Ausbildungsplatz gibt es keinen Punkt.

Das in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebene, richtigerweise vorrangige Gewicht des Angebotspreises kommt demnach mit der verwendeten Bewertungsformel gegenüber den weiteren, gemäss Ausschreibung deutlich untergeordneten Kriterien im Ergebnis nicht wirklich bzw. jedenfalls nicht im Ausmass der bekanntgegebenen Gewichtung zum Tragen.

...

Das Obergericht hat die hier verwendete bzw. eine vergleichbare Formel schon bei anderer Gelegenheit kritisiert und für die fragliche Submission zu-

2008

## **E. 8**

mindest sinngemäss als unzulässig bezeichnet (OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3e, Amtsbericht 2005, S. 149; vgl. auch die Kritik an einer – wie hier – bei einem Vergabeentscheid des Stadtrats Schaffhausen verwendeten proportionalen, immer flacher werdenden, letztlich ebenfalls gewichtsverzerrenden Preiskurve im OGE 60/2003/55 vom 27. August 2004, E. 4d). Auch das Bundesgericht hat eine entsprechende, vom "Guide romand" seinerzeit empfohlene Formel kritisiert unter Hinweis darauf, dass das wirkliche Gewicht des Preiskriteriums bei dieser Rechenmethode deutlich geschwächt werde (BGE

129 I 327 f. E. 9.2 und 9.3 = Pra 2004 Nr. 64; vgl. auch BGE 130 I 250 f. E. 6.1 = Pra 2005 Nr. 59). Es hat sodann die Frage aufgeworfen, ob eine Punkteskala zweckmässig sei, bei welcher ein Angebot, das anderthalb Mal so teuer sei wie das billigste, immer noch die Hälfte der zu verteilenden Punkte erhalte; angesichts der Bedeutung des Preises mit einer Gewichtung von 60 % – wie hier – wäre wohl eine etwas steilere Preiskurve vorzuziehen gewesen (BGE 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 3.3).

Das Bundesgericht hat zwar in der letztgenannten Entscheidung die verwendete Formel nicht als willkürlich betrachtet und im Übrigen erklärt, die Formel des "Guide romand" führe nur dann zu einem unannehmbaren Ergebnis, wenn der festgestellte Nachteil noch dadurch verstärkt werde, dass das Preiskriterium im Vergleich zu den andern Zuschlagskriterien einen geringen Gewichtsindex habe. Das Obergericht ist jedoch bei seiner vollen Rechtskontrolle nicht – wie das Bundesgericht bei der früheren staatsrechtlichen Beschwerde – auf blosser Willkürprüfung beschränkt. Es ist sodann bei der Beurteilung, ob die Vergabestelle ihren Spielraum überschritten habe, insoweit frei, als dabei nach der präzisierenden neueren Auffassung des Bundesgerichts nicht ein eigentlicher Ermessensspielraum in Frage steht, sondern ein prinzipiell der Rechtskontrolle unterstehender Beurteilungsspielraum (oben, lit. cc). Im vorliegenden Fall ist im Übrigen zu beachten, dass bei der verwendeten Formel ein Angebot, das anderthalb Mal so teuer ist wie das billigste, nicht nur – wie in der letztgenannten Entscheidung des Bundesgerichts – die Hälfte, sondern zwei Drittel der möglichen Punkte erhält; die Preiskurve ist somit noch flacher. Der Umstand, dass der Preis letztlich nicht entsprechend den Angaben bei der Ausschreibung gewichtet wird, bedeutet sodann grundsätzlich einen Verstoss gegen das Transparenzgebot (vgl. oben, E. 5 Ingress; Galli/Moser/Lang/Clerc, S. 249 f., Rz. 574, mit zustimmendem Hinweis auf eine Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons Basel-Landschaft, wonach in diesem Zusammenhang Ermessensmissbrauch vorliege).

Die Bauherrschaft macht geltend, sie habe sich bei der Preisbewertung auf die im Leitfaden des kantonalen Gewerbeverbands und des kantonalen Baudepartements empfohlene Formel verlassen. Diese Empfehlung – wenn die blosser, unkommentierte Verwendung der Formel bei den Auswertungs-

2008

## **E. 9**

beispielen überhaupt als solche zu betrachten sein sollte – ist jedoch nicht rechtsverbindlich und vermag jedenfalls eine im Einzelfall damit verbundene Rechtswidrigkeit nicht gleichsam zu heilen. ...

Zusammenfassend hat die Vergabebehörde mit der verwendeten Bewertungsformel den ihr zustehenden Spielraum überschritten. Die angewandte Preisbewertungsmethode erweist sich somit im Grundsatz als rechtswidrig. Es bleibt zu prüfen, ob und gegebenenfalls inwieweit sich dies auf den angefochtenen Vergabeentscheid ausgewirkt habe.

ff) Die Bauherrschaft weist darauf hin, dass das Obergericht in der bisherigen Praxis nie gezeigt habe, mit welcher anderen als der verwendeten Formel das Problem gelöst werden könnte. Die Beschwerdeführerin geht demgegenüber davon aus, dass ein Angebot an der Obergrenze der massgeblichen realistischen Bandbreite mit null Punkten zu benoten und für die dazwischenliegenden Angebotspreise ein Abzug je nach ihrer Differenz zum Preis der Beschwerdeführerin vorzunehmen sei. Sie macht geltend, die Problematik sei

durchaus lösbar, wie die Praxis in andern Kantonen zeige; auch in einem aktuellen Submissionsverfahren der Stadt Schaffhausen werde eine andere Formel verwendet als im Leitfaden.

Angesichts der Gestaltungsfreiheit der Vergabebehörden liegt es grundsätzlich nicht am Obergericht, selber eine geeignete Bewertungsmethode festzulegen. Erscheint aber die im Submissionsverfahren verwendete Methode als prinzipiell unzulässig, so rechtfertigt es sich unter den gegebenen Umständen, sie unter Berücksichtigung einer realistischen Bandbreite im Beschwerdeverfahren zu korrigieren (vgl. zu dieser Befugnis auch BGE 2C\_412/2007 vom 4. Dezember 2007, E. 1.4).

Dazu eignet sich grundsätzlich die folgende Formel, die neben der Gewichtung insbesondere auch die massgebliche Preisspanne, d.h. die Differenz zwischen dem tiefsten Angebotspreis und der Obergrenze der realistischen Bandbreite einbezieht:  $60 \text{ Punkte} \times \frac{\text{tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne} - \text{bewertendes Angebot}}{\text{Preisspanne}}$  (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2003.00469 vom 21. April 2004, E. 2.5, ZBl 2004, S. 384). Diese Formel ist – unter Ausklammerung der dort noch berücksichtigten Maximalpunktzahl – im Ergebnis identisch mit derjenigen, welche die Stadt Schaffhausen in einer andern Ausschreibung selber verwendet hat:  $60 \text{ Punkte} \times \frac{\text{Obergrenze der Bandbreite} - \text{bewertendes Angebot}}{\text{Obergrenze der Bandbreite} - \text{tiefstes Angebot}}$ .

Bei diesen Formeln erhält der Preis der Beigeladenen noch 58 Punkte, wenn die Obergrenze der realistischen Bandbreite auf 150 % des tiefsten Preises, d.h. auf Fr. 5'956'264.50, und die massgebliche Preisspanne demnach auf

2008

## **E. 10**

Fr. 1'985'421.50 festgesetzt wird (vgl. oben, lit. dd). Das mag zwar auf den ersten Blick als geringfügige Korrektur erscheinen; es bedeutet aber eine Verdoppelung der ursprünglichen Differenz zur Bewertung des tiefsten Angebotspreises der Beschwerdeführerin. Mit einer Bandbreite von 150 % wird im Übrigen der potentielle Spielraum der Vergabebehörde höchstmöglich ausgeschöpft. Setzt man – wie es dem Obergericht angesichts der eingegangenen Angebote bei an sich zulässigem freiem Entscheid ohne weiteres möglich wäre (vgl. oben, lit. cc und dd) – die Bandbreite auf 130 % fest, so erhält der Preis der Beigeladenen nur noch 57 Punkte. Zu reduzieren sind im Übrigen auch die Punkte für die noch höheren Angebotspreise der beiden weiteren Anbieterinnen, so dass diese insoweit weiterhin schlechter zu bewerten sind als die Beschwerdeführerin und die Beigeladene.

gg) Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Bewertung des Angebotspreises der Beigeladenen unter Beachtung des der Vergabebehörde im Übrigen zustehenden Spielraums um mindestens einen Punkt zu reduzieren ist. Mit dieser minimalen Korrektur erhalten die Angebote der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen je 96 Punkte.

c) aa) Die Vergabebehörde hat für das Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung folgende Bewertungsskala verwendet: 5 Punkte bei 1 Ausbildungsplatz pro 5 Mitarbeiter, 3 Punkte bei 1 Ausbildungsplatz pro 10 Mitarbeiter, 2 Punkte bei 1 Ausbildungsplatz pro 15 Mitarbeiter, 1 Punkt bei 1 Ausbildungsplatz pro 20 Mitarbeiter und 0 Punkte bei keinem Ausbildungsplatz. Sie hat die Beschwerdeführerin mit 2 Punkten und die Beigeladene mit

3 Punkten bewertet. Für die Bewertung der Beschwerdeführerin hat sie sich auf den Mitarbeiterbestand gemäss Organigramm der Unternehmen der E.-A. Holding AG (E. AG und A. AG) gestützt.

bb) Das an sich vergabefremde Kriterium "Lehrlinge" ist nach der Rechtsprechung mit einer untergeordneten Gewichtung von höchstens 10 % als Zuschlagskriterium grundsätzlich zulässig. Es darf aber keine Diskriminierung auswärtiger Anbieter bewirken und insbesondere gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten der einschlägigen Übereinkommen, die keine mit dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht angewandt werden (OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3d, Amtsbericht 2005, S. 146, mit Hinweisen).

Für die fraglichen Baumeisterarbeiten haben nur schweizerische Unternehmen offeriert. Die Frage der Diskriminierung nichtschweizerischer Anbieter stellt sich daher nicht, auch wenn die Aufträge gemäss Ausschreibung dem Staatsvertragsbereich GATT/WTO unterstellt sind (ABl 2008, S. 657). Das Kriterium "Lehrlinge" kann daher bei der Bewertung der Angebote mit der bekanntgegebenen Gewichtung von 5 Prozentpunkten berücksichtigt wer-

2008

#### **E. 11**

den. Mit der verwendeten Punkteskala hat die Vergabebehörde den ihr obliegenden Spielraum sodann nicht überschritten. Das stellen die Parteien denn auch nicht in Frage.

cc) Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Belegschaft der E. AG sei nicht in die Bewertung einzubeziehen. Anbieterin sei einzig und ausschliesslich sie selber, nicht eine aus der A. AG und der E. AG bestehende Arbeitsgemeinschaft. Die A. AG sei daher allein zu bewerten, auch beim Kriterium Lehrlingsausbildung. Mit vier Ausbildungsplätzen bei 17 weiteren Mitarbeitern erfülle sie die Anforderung für das Maximum von 5 Punkten, dass auf fünf Mitarbeiter ein Arbeitsplatz kommen müsse.

Demgegenüber weist die Bauherrschaft darauf hin, dass die Beschwerdeführerin bei den Angaben zur Unternehmung die Rubrik "Zahl der Beschäftigten im Bereich, welcher für die Bearbeitung des ausgeschriebenen Auftrags wesentlich ist", nicht ausgefüllt, sondern nur den Vermerk eingetragen habe: "siehe Organigramm". Sie sei darauf zu behaftet und habe es sich selber zuzuschreiben, wenn bei der Bewertung die Organigramme so verstanden worden seien, wie die Beschwerdeführerin sie nun nicht mehr verstanden wissen wolle. D. als Unterzeichner der Offerte und als die Oberaufsicht ausübende Person sei im Organigramm der A. AG nicht aufgeführt; er leite einerseits die E. AG und andererseits die E.-A. Holding AG, unter deren Dach sich die E. AG und die A. AG befänden. Aufgrund der engen Verzahnung der beiden Firmen, der Tatsache, dass die Offerte von einer Person unterzeichnet worden sei, die im Organigramm der A. AG nicht aufgeführt sei, und der Unterlassung, das Blatt "Angaben zur Unternehmung" wie verlangt auszufüllen, sei die Rüge haltlos, dass bei der Bewertung der Offerte die Belegschaft der E. AG zu Unrecht einbezogen worden sei.

dd) Das Angebot der Beschwerdeführerin nennt als Anbieterin ausdrücklich die A. AG. Der einleitende Brief ... wurde auf ihrem Briefpapier geschrieben. D. unterzeichnete auf diesem Brief konkret für die A. AG. Zudem wurde darauf hingewiesen, dass für weitere Auskünfte und Fragen "unser Herr D." zur Verfügung stehe. Wie schon erwähnt (oben, E.

3), ist D. tat- sächlich Mitarbeiter nicht nur der E. AG, sondern auch der A. AG, auch wenn er auf deren – generellem – Organigramm nicht namentlich als Leiter eines Teilbereichs angegeben ist. Von daher besteht kein Anlass, die E. AG eben- falls als Anbieterin zu betrachten.

Die Beschwerdeführerin hat in der Rubrik "Zahl der Beschäftigten" in der Tat nur den Vermerk "siehe Organigramm" angebracht. Eingereicht hat sie zwei Organigramme – ergänzt jeweils mit der zahlenmässigen Angabe des Mitarbeiterbestands (entsprechend der Vorgabe im Formular unterteilt in ver- schiedene Kategorien) –, nämlich eines der A. AG und eines der E.-A. Hol-

2008

## E. 12

ding AG, nicht aber auch eines der E. AG. Eingereicht hat sie sodann eine Liste "Lehrlinge der Firmen E. AG und A. AG" mit namentlicher Angabe der Lehrlinge, getrennt nach den beiden Unternehmen. Daraus lässt sich an- gesichts der konkreten, eindeutigen Bezeichnung der A. AG als (alleiniger) Anbieterin nicht ableiten, dass dennoch auch die E. AG Anbieterin sei, gleichsam als Teil einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft. Soweit die un- kommentierte Einreichung der Beilagen für die Vergabebehörde miss- verständlich gewesen sein sollte, hätte ihr freigestanden, von der Beschwerde- führerin eine diesbezügliche Erläuterung zu verlangen (Art. 29 VRöB). Das hat sie nicht getan. Objektiv drängte es sich denn auch nicht auf.

Ist aber mit hinreichender Klarheit nur die A. AG als Anbieterin zu be- trachten, so ist für die Bewertung des Kriteriums "Lehrlinge" nur auf ihre Mitarbeiter abzustellen, nicht auch auf diejenigen der E. AG. Bei der A. AG besteht aber unbestrittenermassen ein (besetzter) Ausbildungsplatz pro weni- ger als fünf weitere Mitarbeiter. Selbst wenn aufgrund der aus den Organi- grammen ersichtlichen Schnittstellen zwischen A. AG und E. AG (Fassaden- bau, Werkhof Tiefbau; im Rahmen der E.-A. Holding AG auch EDV, Quali- tätsmanagement und Arbeitssicherheit) im Interesse der Gleichbehandlung mit andern Anbietern auch die Mitarbeiter dieser Bereiche, die beim Mit- arbeiterbestand der A. AG nicht schon gezählt worden sind, in die Bewertung des Kriteriums "Lehrlinge" einbezogen werden, so ist höchstens von einer Verdoppelung der massgeblichen Mitarbeiterzahl auszugehen. Damit besteht jedenfalls ein Ausbildungsplatz pro höchstens 10 Mitarbeiter.

Die Vergabebehörde ist demnach in diesem Zusammenhang von einem unrichtigen Sachverhalt ausgegangen. Wird dies korrigiert, so sind der Be- schwerdeführerin beim Kriterium Lehrlingsausbildung wenn nicht das Maxi- mum von 5 Punkten, so doch mindestens 3 Punkte gutzuschreiben.

ee) Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Bewertung der Lehrlingsausbildung der Beschwerdeführerin auch unter Beachtung des der Vergabebehörde zustehenden Spielraums bezüglich des Einbezugs ge- meinsamer Mitarbeiter um mindestens einen Punkt zu erhöhen ist. Mit dieser weiteren Minimal Korrektur erhält das Angebot der Beschwerdeführerin min- destens 97 Punkte und damit auf jeden Fall einen Punkt mehr als dasjenige der Beigeladenen.

d) [Die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin ist nicht noch bei weiteren Kriterien in Frage zu stellen bzw. zu korrigieren.]

e) Zusammenfassend erweist sich die dem Vergabeentscheid zugrunde liegende Bewertung in den von der Beschwerdeführerin gerügten Punkten als rechtswidrig bzw. der dafür massgebliche Sachverhalt wurde unrichtig festgestellt. Die erforderliche Korrektur führt auch bei grösstmöglicher Be-

2008

### **E. 13**

achtung des prinzipiellen Ermessens- bzw. Beurteilungsspielraums der Vergabebehörde dazu, dass die Beschwerdeführerin in der Gesamtbetrachtung letztlich besser zu bewerten ist als die Beigeladene und demnach das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht hat.

Weil nur die Minimalkorrekturen vorgenommen worden sind, fällt das Ergebnis zwar knapp aus. Bei an sich zulässigem freiem Entscheid durch das Obergericht (vgl. oben, lit. b cc) würde jedoch die Differenz deutlicher ausfallen. Wenn im Übrigen – entsprechend der hier nicht geschützten Auffassung der Vergabebehörde – generell und damit auch bei den Lehrlingen die Verhältnisse bei der E. AG mit zu berücksichtigen wären, müsste das konsequenterweise auch für die Referenzen gelten; die Beschwerdeführerin wäre in diesem Fall wenn nicht bei den Lehrlingen, so doch allenfalls bei den Referenzen besser zu bewerten gewesen (vgl. oben, lit. a).

Der Zuschlag wurde somit zu Unrecht der Beigeladenen erteilt. Die Beschwerde ist daher grundsätzlich gutzuheissen, und der angefochtene Vergabeentscheid ist aufzuheben.

6.– Bei Aufhebung des Vergabeentscheids kann das Gericht in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnung zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB).

a) Die Beschwerdeführerin beantragt hauptsächlich, die Vergabebehörde anzuweisen, den Zuschlag ihr zu erteilen. Eine neue Vergaberunde für den Fall der Gutheissung der Beschwerde ist nach ihrer Auffassung nicht notwendig, sondern vielmehr rechtswidrig.

Die Vergabebehörde macht dagegen geltend, falls die Berechnungsformel des Zuschlagskriteriums "Preisangebot" verändert werden müsse, sollten die Mitbewerber im Wissen, dass sich Preisdifferenzen erheblich mehr als bisher auswirken könnten, ihre Angebot erneuern können, und zwar auf der Basis eines reduzierten Leistungsverzeichnisses und eines revidierten Bauprogramms (zusätzlicher Wegfall der Sicherungsmassnahmen bei den Abbrucharbeiten; gestrafftes Bauprogramm). Eine neue Vergaberunde sei auch nötig, wenn die Beschwerdeführerin in jeder Hinsicht unabhängig von ihrer Schwesterfirma zu beurteilen sei; dann müsste die Vergabebehörde die Möglichkeit haben, zusätzliche Nachweise einzuholen.

b) Die Beschwerdeführerin hat nach dem Gesagten (oben, E. 5e) das wirtschaftlich günstigste Angebot eingereicht. Ihr Angebot ist sodann grundsätzlich nicht mehr neu zu bewerten (oben, E. 5d). Daher wäre ihr nunmehr grundsätzlich der Zuschlag zu erteilen.

Die Vergabebehörde hat bereits vor dem angefochtenen Vergabeentscheid alle Angebote unter leichter Änderung des Leistungsverzeichnisses

2008

### **E. 14**

bereinigt. Nach ihren Angaben ging es darum, die Angebote dem aktuellen Stand der Planung anzupassen. Es ist davon auszugehen, dass es sich um eine untergeordnete Anpassung ohne entscheidenden Einfluss auf die Vergabe handelt, die mit dem prinzipiellen Abänderungsverbot vereinbar ist (vgl. ... Galli/Moser/Lang/Clerc, S. 218, Rz. 511, mit Hinweisen). Bezüglich dieser bereits berücksichtigten Änderung bedarf es keiner Ergänzung des Vergabeverfahrens.

Eine Erneuerung der Angebote allein mit Blick auf die veränderten Auswirkungen der Preisdifferenzen wäre mit dem auch für die Anbieter geltenden Abänderungsverbot grundsätzlich nicht vereinbar (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, S. 184 f., Rz. 444 f.). Würden den Anbietern diese Möglichkeit eingeräumt, käme das im Ergebnis einer unzulässigen Abgebotsrunde gleich (Art. 11 lit. c IVöB; Art. 30 Abs. 1 VRöB).

Die Vergabebehörde scheint denn auch diese Möglichkeit nicht isoliert zu betrachten. Sie verweist in diesem Zusammenhang vielmehr auf einen in- zwischen (nochmals) reduzierten Leistungsumfang und ein gestrafftes Bauprogramm, auf deren Basis nach ihren Angaben "wesentlich veränderte Angebote" zu erwarten seien. Soweit es aber um wesentliche Änderungen geht, die sich – wovon die Vergabebehörde offensichtlich ausgeht – auf die Vergabe entscheidend auswirken könnten, lässt sich das – im Gegensatz zur Anpassung vor dem angefochtenen Vergabeentscheid – nicht mit einer blossen Bereinigung im laufenden Vergabeverfahren korrigieren. Erhielten die Anbieter in diesem Verfahren die Möglichkeit, neue Angebote einzureichen, wäre das wiederum mit dem Verhandlungsverbot nicht vereinbar.

Eine neue Vergaberunde, wie sie die Vergabebehörde anspricht, bedeutet letztlich eine Wiederholung des Verfahrens. Das ist nur aus wichtigen Gründen möglich, beispielsweise dann, wenn aufgrund veränderter Rahmen- oder Randbedingungen günstigere Angebote zu erwarten sind oder wenn eine wesentliche Änderung der nachgefragten Leistung erforderlich wird (Art. 13 lit. i IVöB i.V.m. Art. 36 Abs. 1 lit. b und lit. d VRöB). Es steht der Vergabebehörde prinzipiell frei, nach der nunmehrigen Aufhebung des Vergabeentscheids zunächst zu prüfen, ob wichtige Gründe in diesem Sinn vorliegen, und das Verfahren gegebenenfalls formell zu wiederholen. Das wäre den Anbietern des laufenden Verfahrens mit – anfechtbarer – Verfügung mitzuteilen (Art. 36 Abs. 2 Satz 1 VRöB).

c) Eine direkte Vergabe durch das Obergericht ist demnach nicht angezeigt. Die Sache ist vielmehr an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Diese kann – wenn wichtige Gründe bestehen sollten – das Vergabeverfahren wiederholen. Andernfalls hat sie den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Den wegen des Beschwerdeverfahrens allenfalls nötig gewordenen An-

2008

## **E. 15**

passungen – etwa bezüglich Terminplan – ist diesfalls im noch abzuschließenden Vertrag Rechnung zu tragen.

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