

# TG\_GERICHTE TVR-2014-24 vom 1. Januar 2014

TG Obergericht, 2014-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_gerichte\\_TVR-2014-24](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_gerichte_TVR-2014-24)

FR: TG\_GERICHTE TVR-2014-24 du 1 janvier 2014

IT: TG\_GERICHTE TVR-2014-24 del 1 gennaio 2014

## Erwägungen

### E. 1

Beim Zuschlagskriterium «Qualität» dürfen ohne nähere Angaben nur solche Kriterien zur Anwendung gebracht werden, mit denen ein Unternehmer üblicherweise rechnen muss (E. 3).

### E. 2

Die Bewertung des Zuschlagskriteriums «Preis» hat mittels einer steilen Kurve bzw. Geraden zu erfolgen, damit diesem Kriterium auch tatsächlich das von der Vergabebehörde festgelegte Gewicht zukommt (E. 4). Die Schulgemeinde H plant für ihre Schulanlagen einen Erweiterungsbau. Zu dessen Erstellung wurde für die Baumeisterarbeiten ein Submissionsverfahren durchgeführt. Das preisgünstigste Angebot mit einer Eingabesumme von Fr. 626'864.40 ging von der T AG ein. Ebenfalls offeriert hatte die D AG mit einer Eingabesumme von Fr. 684'440.95. In den Ausschreibungsunterlagen wurde in Ziff. 1.12 darauf hingewiesen, die eingereichten und zur Beurteilung zugelassenen Angebote würden im Rahmen der Jurierung nach den folgenden Kriterien beurteilt: Qualität (wirtschaftliche und technische), Preis (Eingabesumme nach Prüfung) und Lehrlingsausbildung (Personalbestand bei Angebotsabgabe). Das Angebot der T AG wurde mit 86,25% Punkten im fünften Rang platziert. Die Schulgemeinde H teilte der T AG in der Folge mit, der Zuschlag sei an die D AG erfolgt. Hiergegen erhob die T AG beim Verwaltungsgericht Beschwerde, das diese gutheisst. Aus den Erwägungen:

### E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe das Transparenzgebot dadurch verletzt, dass die bereits vorhandene Bewertungsmatrix für die Offertabgabe nicht vorgängig abgegeben worden sei.

### E. 3.2

Laut Art. 23 Abs. 1 Ziff. 10 VBB müssen die Ausschreibungsunterlagen mindestens die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung enthalten. In TVR 2006 Nr. 26, E. 4, führte das Verwaltungsgericht zur Frage der vorgängigen Bekanntgabe von Zuschlagskriterien aus, was folgt: «a. Gemäss dem grundlegenden BGE 125 II 85 f. sind die Vergabebehörden verpflichtet, alle im konkreten Beschaffungsgeschäft zur Anwendung gelangenden Zuschlagskriterien den Anbietern zum Voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt zu geben. Den Vergabebehörden ist es ferner untersagt, im Laufe des Submissionsverfahrens und nach Abgabe der Angebote die Zuschlagskriterien oder ihre relative Gewichtung zu ändern. Das ist Folge des im Submissionswesen wesentlichen Transparenzprinzips. Eine Gewichtung der Kriterien erst im Rahmen der Angebotsevaluation ist daher nicht ausgeschlossen (vgl. Urteil des Bundesgerichts

2P.274/1999 vom 2. März 2000). b. In der Literatur wird jedoch zunehmend die Auffassung vertreten, dass die nachträgliche Festlegung der massgeblichen Gewichtung durch die Vergabestelle (bzw. durch das von ihr beauftragte Ingenieurbüro) den Anforderungen des Transparenzprinzips nicht zu genügen vermöge. Ein solches Vorgehen ermögliche eine Punktierung, um zum gewünschten Resultat zu gelangen. Wenn der Vergabestelle die Möglichkeit gegeben werde, die Gewichtung der einzelnen Kriterien erst nach Eingang der Offerte festzulegen, könne nicht beurteilt werden, ob von Seiten der Auftraggeberin eine Manipulation im Hinblick auf die Bevorzugung eines Anbieters vorgenommen worden sei. Solches könne nur verhindert werden, wenn sämtliche Gewichtungen/Benotungen zum Voraus bekannt gegeben würden (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 477 [vgl. hierzu heute: Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2013, N. 846 ff.]). Die Gemeinde hätte es im vorliegenden Fall in der Hand gehabt, das Prinzip der Transparenz über die (anfechtbare) Ausschreibung zum Ausdruck zu bringen, was möglicherweise das vorliegende Verfahren verhindert hätte. c. Gemäss BGE 2P.299/2000 sind auch allfällige Unterkriterien bekannt zu geben, wenn die Vergabestelle solche in die Offertevaluation miteinbeziehen will. Ist im Voraus ein Bewertungsschema (mit der massgeblichen Gewichtung) festgelegt worden, ist dieses bei den Anbietern aufgrund des Transparenzprinzips im Voraus bekannt zu geben (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 480 [bzw. in der 3. Aufl. N. 846 ff.]; zur Problematik den Entscheid 2005-034 des Kantonsgerichts Basel-Landschaft). Auch das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Entscheid die nicht im Voraus erfolgte Bekanntgabe der in der Evaluation berücksichtigten Subkriterien als rechtswidrigen Verstoss gegen das Transparenzprinzip beurteilt (Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-6837/2010 vom 15. März 2011).

### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht konkret geltend, die Arbeitsausschreibung «Erweiterung Schulanlage H» sei nach den Kriterien Qualität (wirtschaftliche und technische), Preis (Eingabesumme nach Prüfung) und Lehrlingsausbildung (Personalbestand bei Angebotsabgabe) erfolgt. Das Kriterium Qualität sei jedoch in Unterkriterien aufgeteilt gewesen. Diese hätten zuvor ebenfalls bekannt gegeben werden müssen. Die Beschwerdegegnerin führt hierzu aus, nach kantonaler Rechtsprechung sei lediglich die Reihenfolge und somit die Bedeutung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung anzuführen, nicht jedoch deren Gewichtung oder die Unterkriterien.

### **E. 3.3.2**

(a)

### **E. 3.3.3**

Es muss davon ausgegangen werden, dass das detaillierte Prüfungsschema und die Bewertungsmatrix bereits vor der Ausschreibung festgelegt worden waren. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Bewertungsmatrix zwingend immer von vornherein bekannt gegeben werden müsste. Die von der Beschwerdegegnerin hierzu zitierten Belegstellen betreffen die Kantone Waadt und Zürich und sind für den Kanton Thurgau daher nicht einschlägig. Immerhin, und darauf verweist die Beschwerdegegnerin nicht zu Unrecht, sind die bereits festgelegten Kriterien auch in die Angebotsunterlagen eingeflossen. Dies findet sich etwas konkreter in Ziff. 3 der Angebotsunterlagen. Dort wird unter dem Titel

â■■■3. EignungsprÃ¼fungâ■■■ nach denjenigen Personalien und Referenzen gefragt, die letztlich bei der Beurteilung der QualitÃ¤t eine Rolle gespielt haben. Verwirrend ist nur, dass die Angaben unter dem Titel â■■■EignungsprÃ¼fungâ■■■ verlangt wurden. Immerhin wird unter Ziff. 1.2 unter dem Titel QualitÃ¤t in Klammer Folgendes verdeutlicht:

â■■■wirtschaftliche und technischeâ■■■. Einem erfahrenen Anbieter musste wohl klar sein, dass damit insbesondere auch die Angaben in Ziff. 3c (wirtschaftliche LeistungsfÃ¤higkeit) sowie 3d (technische LeistungsfÃ¤higkeit) gemeint sind und diese auch bewertet werden.

#### **E. 3.3.4**

In den Ausschreibungsunterlagen kommt allerdings einiges, was danach bei der Bewertung massgebend ist, Ã¼berhaupt nicht zum Ausdruck. So wird z. B. danach gefragt, ob Subunternehmer eingesetzt werden. Dass es aber fÃ¼r die Bewertung des Angebots eine Rolle spielen kann, ob solche eingesetzt werden, wird nicht erwÃ¤hnt. Ebenso wird nicht erwÃ¤hnt, dass bei den Referenzobjekten nur dann die volle Punktzahl erreicht werden kann, wenn die bei diesen Objekten angefÃ¼hrten, verantwortlichen Personen mit denjenigen Ã¼bereinstimmen, die als verantwortliche Personen fÃ¼r das ausgeschriebene Projekt angegeben wurden. Dass die Beschwerdeführerin insbesondere unter dem Titel â■■■QualitÃ¤tâ■■■ gewisse Fachdiplome verlangt hat, ist - entgegen der BeschwerdefÃ¼hrerin - nicht zu beanstanden, zumal auch die Erfahrung gleich hoch gewichtet wurde. Dass aber fÃ¼r den Einsatz von Subunternehmern, die hÃ¤ufig auch das bessere Spezialknowhow in ihren Gebieten mitbringen, AbzÃ¼ge gemacht werden oder dass fÃ¼r Referenzobjekte nur dann die volle Punktzahl erreichbar ist, wenn die darin angegebenen Personen mit denjenigen Ã¼bereinstimmen, die das Projekt betreuen sollen, ist ungewÃ¶hnlich und muss unter dem Titel QualitÃ¤t nicht erwartet werden. So vorzugehen verstÃ¶sst gegen das Transparenzgebot.

#### **E. 3.4**

Ganz generell kann gesagt werden, dass beim Zuschlagskriterium â■■■QualitÃ¤tâ■■■ ohne nÃ¤here Angaben nur solche Kriterien zur Anwendung gebracht werden dÃ¼rfen, mit denen ein Unternehmer Ã¼blicherweise rechnen muss. Das sind bei Hochbauten z. B. die Referenzen. Dass aber der Einsatz von Subunternehmern zu einem Abzug fÃ¼hren kann, ist so zweifelsfrei nicht zu erwarten. Zwar kann nicht gesagt werden, dass ein solches Kriterium grundsÃ¤tzlich unzulÃ¤ssig wÃ¤re, doch muss es, wenn eine Auftraggeberin dieses Kriterium so verwenden will, im Sinne des Transparenzgebotes vorher offen gelegt werden. Dasselbe gilt fÃ¼r die Tatsache, dass bei den Referenzobjekten nur dann die volle Punktzahl erreicht werden kann, wenn die verantwortlichen Personen des Referenzobjekts mit denjenigen Personen, die fÃ¼r die ausgeschriebene Arbeit verantwortlich sein sollen, Ã¼bereinstimmen. Die Tauglichkeit dieser Bewertung ist aus Sicht des Verwaltungsgerichtes ohnehin grundsÃ¤tzlich in Zweifel zu ziehen. Letztlich ist der Anbieter die offerierende Firma und nicht die dafÃ¼r agierenden Personen. Eine Firma kann auch kaum je garantieren, dass diejenige Person, die einen Referenzbau ausgefÃ¼hrt hat, auch das Projekt der Auftraggeberin betreuen wird. Eine solche Forderung wÃ¤re auch kaum durchsetzbar. Keine Firma kann garantieren, dass die Leute, die sie zurzeit beschÃ¤ftigt, auch noch in einem halben Jahr oder in einem Jahr angestellt sind. Das Verwaltungsgericht hatte bereits in einem frÃ¼heren Entscheid darauf hingewiesen, dass personengebundene Zuschlagskriterien im Allgemeinen untauglich sind.

#### **E. 3.5**

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zwar die Bewertungsmatrix nicht schon von vornherein bekannt gegeben werden muss (zumal dann zu befürchten wäre, dass die Auftraggeber jeweils behaupten, eine solche habe bei der Ausschreibung noch gar nicht existiert). Aus den Unterlagen eines Anbieters muss aber hinsichtlich der Zuschlagskriterien im Sinne des Transparenzgebotes einigermaßen klar hervorgehen, was von den Bewerbern verlangt wird, damit sie unter diesem Kriterium eine gute Punktzahl erreichen können. Ausserordentliche Unterkriterien sind offen zu legen und gegebenenfalls sogar zu begründen (z. B. das Verbot, Subunternehmer beizuziehen). Dieser Grundsatz wurde im vorliegenden Verfahren klarerweise verletzt.

#### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Art und Weise, wie der Preis bewertet worden sei, zu einem noch tieferen Gewicht führe, als die tiefen 40%, die von ihr bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien nominell angegeben worden seien.

#### **E. 4.2**

Die Bewertung des Kriteriums „Preis“ ist submissionsrechtlich auf verschiedene Arten möglich. Die Beschwerdegegnerin hat sich der Formel bedient, dass sie den tiefsten, eingegebenen Preis durch den konkreten Angebotspreis des jeweiligen Anbieters dividiert hat und diesen dann mal 40 rechnet. So kam die Beschwerdeführerin, die das preislich niedrigste Angebot eingereicht hatte, auf die volle Punktzahl von 40. Diese Berechnungsmethode führt jedoch dazu, dass ein Anbieter mit einem doppelt so hohen Angebotspreis wie der günstigste immer noch die Hälfte der maximal möglichen Punktezahl erhält. Submissionsrechtlich ist das aber unzulässig, weil dadurch die Gewichtung des Preises als wichtiger Faktor völlig verwässert wird (vgl. hierzu TVR 2006 Nr. 26, E. 5a). Zwar fällt die konkrete Ausgestaltung der Preiskurve in das weite Ermessen der Vergabebehörden. Die Preiskurve ist aber dann nicht mehr rechtskonform, wenn sie extrem flach ist, worauf auch das Bundesgericht in seinem Urteil 2P.111/2003 vom 23. Januar 2004 in E. 3.3 deutlich aufmerksam machte. Es verlangte dort eine steile Preiskurve. Vorliegend aber ist die Preiskurve flach. Im Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00326 vom 5. Dezember 2007, der den von beiden Parteien zitierten VB.2006.00205 bestätigt, wird ausgeführt, bei der Bewertung des Preises müsse die Gewichtung der Werte in der Weise erfolgen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen komme. Beim Preiskriterium bedeute dies, dass nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen sei. Die beiden Enden der Notenskala seien beim Preiskriterium daher so festzusetzen, dass die Maximalnote dem günstigsten Angebot zukomme, während die Minimalnote auf einem realistisch zu erwartenden Höchstpreis fixiert werde, der allerdings nicht unbedingt dem zufälligen Betrag des höchsten eingegangenen Angebots entsprechen müsse.

#### **E. 4.3**

Das Verwaltungsgericht hält die Methode, wie sie im erwähnten Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich VB.2007.00326 vom 5. Dezember 2007 angewandt wurde, für rechtmässig. Es gibt aber auch noch weitere Möglichkeiten, die Preiskurve rechtskonform auszugestalten. Die Auswahl der konkreten Bewertungsmethode für den Preis fällt in das weite Ermessen der Vergabebehörde. Allerdings hat die Bewertung so zu erfolgen, dass sie mittels einer steilen Kurve bzw. Geraden erfolgt, damit dem

Zuschlagskriterium „Preis“ auch tatsächlich das von der Vergabebehörde festgelegte Gewicht zukommt. Demnach ist die von der Beschwerdegegnerin angewendete Preiskurve eindeutig zu flach. Hier hätte eine Bewertungsmethode Anwendung finden müssen, die zu viel größeren Punkteunterschieden führt, als die hier verwendete. Die Beschwerde erweist sich in diesem Punkt als begründet.

#### E. 4.4

Vorliegend stellt sich zudem nicht nur die Frage nach Gewichtung des Preises in Anbetracht der Steilheit der Bewertungskurve, sondern auch die Frage nach der Zulässigkeit der Gewichtung des Preises mit 40%. Zwar führt die Beschwerdegegnerin diesbezüglich aus, dass sie von Anfang an hohes Gewicht auf die Qualität gelegt habe. Es ist aber fraglich, inwiefern sich eine Gewichtung des Preises von 40% der Qualität beim zu vergebenden Auftrag überhaupt rechtfertigt. Die Beschwerdegegnerin legt nicht nachvollziehbar dar, inwiefern die von ihr ausgeschriebene Baute die Gewichtung des Qualitätsmerkmals mit über der Hälfte, in concreto mit 55%, tatsächlich rechtfertigen würde. Tatsächlich handelt es sich beim zu vergebenden Baumeisterauftrag um einen normalen Auftrag, der in aller Regel von jedem durchschnittlichen Baugeschäft ausgeführt werden kann. Gegenteiliges wird jedenfalls von der Beschwerdegegnerin nicht behauptet und auch nicht nachgewiesen. Das Verwaltungsgericht hält daher die Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Qualität“ mit 55% unter diesen Umständen gegenüber dem Kriterium „Preis“ mit 40% zumindest für sehr fragwürdig. Die Frage muss hier jedoch nicht abschliessend geklärt werden. Entscheid des Verwaltungsgerichts VG.2014.86/E vom 24. September 2014 ×

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