

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00255 vom 9. Juli 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-07-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00255

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00255 du 9 juillet 2003

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00255 del 9 luglio 2003

Regeste

Submission | Submission betreffend Baupolizei- und Ingenieurleistungen. Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung. Es ist grundsätzlich zulässig, die Ausbildung von Lehrlingen durch die Anbieter als Zuschlagskriterium zu verwenden. Das Kriterium darf jedoch mit höchstens 10 % des Totals aller Zuschlagskriterien gewichtet werden (E. 3e). Das Kriterium der Lehrlingsausbildung darf nicht zur Diskriminierung auswärtiger Anbieter führen. Gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, darf es nicht angewandt werden (E. 3b und e). Es können nur Lehrstellen berücksichtigt werden, die bereits besetzt sind; denkbar wäre allenfalls eine Berücksichtigung von Lehrstellen, mit deren Besetzung aufgrund von konkreten Anhaltspunkten zuverlässig gerechnet werden kann (E. 4). Abweisung (E. 5).

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

Die Einwendungen der Beschwerdeführerin betreffen einzig das Kriterium der Lehrlingsausbildung. Sie ist der Auffassung, dass dieses ihr gegenüber unrichtig angewandt worden sei, und verlangt zugleich eine Überprüfung, ob das Kriterium überhaupt verwendet werden dürfe. Im Angebotsformular, welches die Gemeinde den Bewerbern abgab, wurden unter Ziff. 13 die folgenden Zuschlagskriterien genannt: - Kundendienst - Qualität - Lehrlingsausbildung - Honoraransätze - Synergien zu den einzelnen Arbeitsbereichen Für die Auswertung wurden die drei ersten Kriterien doppelt, das Kriterium Honoraransätze dreifach und dasjenige betreffend Synergien einfach gewichtet. Insgesamt erhielt damit das Kriterium der Lehrlingsausbildung eine Gewichtung von 20 % des Gesamttotals. Der Mitbeteiligten wurde beim Kriterium Lehrlingsausbildung die gewichtete Maximalpunktzahl von 12 Punkten, der Beschwerdeführerin lediglich ein gewichtetes Total

von 9 Punkten angerechnet. Würde auf die Verwendung dieses Kriteriums verzichtet oder erhalte die Beschwerdeführerin ebenfalls die von ihr beanspruchte Maximalpunktzahl, so verbesserte sich ihre Benotung in allen Arbeitsbereichen um 3 Punkte. Sie erhalte dadurch in vier der hier massgebenden fünf Arbeitsbereiche eine höhere Gesamtpunktzahl als die Mitbeteiligte und läge im fünften Bereich nur knapp hinter dieser zurück. Die Anwendung des Kriteriums ist daher für den Ausgang des Verfahrens von Bedeutung und bedarf einer Überprüfung.

E. 3

a) § 31 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 sieht vor, dass die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium herangezogen werden darf. Auch andere Kantone besitzen zum Teil ähnliche Bestimmungen (vgl. Herbert Lang, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, ZBl 101/2000, S. 225, 245 Fn. 114). Die Zulässigkeit dieses Kriteriums ist umstritten; es wird geltend gemacht, dass es sich dabei um einen vergabefremden Aspekt handle, der den Wettbewerb verfälsche und es den Vergabestellen erschwere, sachgerechte Entscheide zu treffen (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, *Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999*, Freiburg 1999, Ziff. 12.1; Denis Esseiva, *Mise en œuvre de la nouvelle législation cantonale en matière de marchés publics*, Baurecht 1998, S. 104 Ziff. 2.7; Hubert Stöckli, *Urteilsanmerkung*, Baurecht 2000, S. 59 Nr. S17-S18). Das Sekretariat der Wettbewerbskommission hat sich aus diesem Grund gegen die Anwendung des Kriteriums ausgesprochen (vgl. Roger Zäch, *Die Rolle der Wettbewerbskommission im Submissionswesen*, in Nicolas Michel/ Roger Zäch [Hrsg.], *Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz*, Zürich 1998, S. 59, 78), und auch der Regierungsrat wies gegenüber dem Kantonsrat mehrfach auf diese Problematik hin (Beantwortung der Dringlichen Interpellation KR-Nr. 115/1996 sowie der Anfragen KR-Nrn. 189/1999 und 211/1999; Letztere mit RRB Nr. 1595 vom 25. August 1999). Vereinzelt wird die Verwendung des Kriteriums aber auch befürwortet (Matthias Hauser, *Zuschlagskriterien im Submissionsrecht*, AJP 2001, S. 1405, 1418). Das Verwaltungsgericht hat die Frage, ob es zulässig sei, die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium zu verwenden, in seiner bisherigen Rechtsprechung offen gelassen. Es hielt jedoch fest, dass das Kriterium, falls überhaupt zulässig, entsprechend den Grundsätzen des Binnenmarktgesetzes auf alle Anbieter aus dem Gebiet der Schweiz in gleicher Weise angewandt werden müsse; für eine Bevorzugung lokaler Anbieter biete es keine Grundlage (RB 1999 Nr. 74 = BEZ 1999 Nr. 37 E. 5). Ferner könne dabei nicht auf die absolute Anzahl Lehrlinge abgestellt werden, sondern es sei das Verhältnis zur Gesamtzahl der Beschäftigten zu berücksichtigen, da andernfalls grosse gegenüber kleinen Betrieben bevorzugt würden (VGr, 23. November 2001, VB.2001.00215, www.vgrzh.ch, E. 6). Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat das in § 18 Abs. 2 des aargauischen Submissionsdekrets vorgesehene Kriterium der Lehrlingsausbildung in einem Fall, welcher den Bestimmungen des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und der IVöB nicht unterstand, als anwendbar betrachtet, bezeichnete es jedoch als fraglich, ob dieses vor dem übergeordneten Recht standhalte. Auf jeden Fall dürfe der Lehrlingsausbildung im Rahmen der für die betreffende Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen; damit lasse sich auch die Gefahr, dass das Kriterium eine verdeckte Diskriminierung ermögliche, in Grenzen halten (AGVE 2001 S. 342 E. 1c/bb/aaa; vgl. AGVE 1999 S. 294 E. 2c/bb). b) Das GATT/WTO-Übereinkommen

verlangt, dass Anbieter aus den Vertragsstaaten gleich behandelt werden wie jene aus dem Inland und diesen gegenüber nicht diskriminiert werden (Art. III Abs. 1; vgl. auch Art. VIII lit. b GPA). Da das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten, die keine mit dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, zu einer nach dem Abkommen unzulässigen Diskriminierung führen kann, darf es gegenüber Anbietern aus diesen Vertragsstaaten nicht angewandt werden. Nach den bisherigen Erfahrungen wird das Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung allerdings kaum je in Vergaben verwendet, in denen mit der Teilnahme ausländischer Anbieter zu rechnen ist. c) Das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) schliesst Einschränkungen des Marktzugangs, die sich aus Massnahmen mit sozialpolitischer Zielsetzung ergeben, nicht von vornherein aus (vgl. Art. 3 Abs. 2 lit. d BGBM). Vorausgesetzt wird jedoch, dass die Massnahmen für ortsansässige und ortsfremde Personen gleichermaßen gelten und dass sie zur Wahrung eines überwiegenden öffentlichen Interesses unerlässlich und überdies verhältnismässig sind (Art. 3 Abs. 1 BGBM). Die Verwendung des Zuschlagskriteriums der Lehrlingsausbildung bewirkt eine Bevorzugung von Anbietern, die eine grosse Anzahl Lehrlinge ausbilden; dies entspricht einer Beschränkung des Marktzugangs im Sinn des Binnenmarktgesetzes für Anbieter, die keine oder wenig Lehrlinge ausbilden. Die Förderung der Lehrlingsausbildung ist angesichts des heutigen Mangels an Lehrstellen zweifellos ein sozialpolitisches Ziel, das im öffentlichen Interesse liegt. Dass diese Zielsetzung nicht zur Benachteiligung auswärtiger Anbieter führen darf, hat das Verwaltungsgericht bereits in seiner früheren Rechtsprechung festgehalten (vorn, E. 3a). Insoweit entspricht die Massnahme den Anforderungen von Art. 3 BGBM. Zu prüfen bleibt, ob die Anwendung des Kriteriums im Sinn von Art. 3 Abs. 1 BGBM verhältnismässig ist bzw. ob das öffentliche Interesse an der Lehrlingsausbildung die entgegenstehenden Interessen an der Gewährleistung eines freien und gleichberechtigten Marktzugangs (Art. 1 Abs. 1 BGBM) überwiegt. In der Kritik wurde z.T. bezweifelt, ob die Verwendung dieses Zuschlagskriteriums überhaupt geeignet sei, das Angebot an Lehrstellen zu fördern. Als ungeeignete Massnahme wäre diese ohne weiteres auch unverhältnismässig. Die Fragestellung ist indessen zu komplex, um im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens überprüft zu werden. Solange keine klaren Hinweise vorliegen, die gegen die Eignung der Massnahme sprechen, muss der Entscheid daher dem Ermessen des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers überlassen bleiben. Eine andere Frage ist es, wie weit mit der Anwendung des Kriteriums gegangen werden darf, ohne den freien Marktzugang im Sinn des Binnenmarktgesetzes übermässig zu beschränken. Dabei kann es offensichtlich nicht darum gehen, öffentliche Beschaffungen ausschliesslich oder überwiegend nach dem Einsatz von Lehrlingen durch die beteiligten Anbieter zu vergeben. Die Vergabe ist in erster Linie auf den Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen für die auftraggebende Behörde auszurichten und muss einen wirksamen, gleichberechtigten Wettbewerb unter den Anbietern gewährleisten. Dem Kriterium der Lehrlingsausbildung darf daher im Rahmen der Zuschlagskriterien kein übermässiger Stellenwert zukommen. d) Gemäss Art. 13 lit. f IVöB haben sich die an der Vereinbarung beteiligten Kantone verpflichtet, in ihren Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien vorzusehen, "die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten". Diese Bestimmung wurde in der revidierten, im Kanton Zürich noch nicht in Kraft stehenden Fassung der IVöB vom 15. März 2001 unverändert übernommen. Das wirtschaftlich günstigste Angebot ist zwar nicht unbedingt das preislich billigste; andere Gesichtspunkte wie Qualität, Termine etc. können

ebenso hoch oder höher gewichtet werden. Die Umschreibung von Art. 13 lit. f IVöB ist aber klarerweise auf den Nutzen der Angebote für das vergebende Gemeinwesen ausgerichtet und spricht daher grundsätzlich gegen die Anwendung von leistungsfremden, insbesondere sozialpolitischen Kriterien. In anderem Zusammenhang wie etwa bei der Eignung der Anbietenden schliesst indessen auch die Interkantonale Vereinbarung eine Rücksichtnahme auf leistungsfremde Gesichtspunkte nicht von vornherein aus (vgl. Art. 11 lit. e und f IVöB). Sodann hat die Rechtsprechung in beschränktem Rahmen auch bei den Zuschlagskriterien die Verwendung von leistungsfremden, insbesondere ökologischen Gesichtspunkten zugelassen (BGr, 31. Mai 2000, ZBl 102/2001, S. 312 E. 4 = URP 2000, S. 618 = Pra 89/2000 Nr. 150; RB 1998 Nr. 70 = BEZ 1999 Nr. 12 = ZBl 101/2000, S. 255 = URP 1999, S. 165; VGr, 24. November 1999, BEZ 2000 Nr. 9 E. 8; vgl. zum Ganzen Hauser, S. 1408 f., 1415 ff.). Dabei handelte es sich zwar – anders als bei der Lehrlingsausbildung – vorwiegend um Gesichtspunkte, die als Merkmale der angebotenen Leistung bzw. bei deren unmittelbarer Erbringung von Bedeutung waren; vom wirtschaftlichen Nutzen der Leistung für die auftraggebende Behörde waren sie aber ebenfalls weit gehend unabhängig. Es ist daher davon auszugehen, dass auch das Kriterium der Lehrlingsausbildung im Geltungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung Verwendung finden darf. Die Forderung von Art. 13 lit. f IVöB, wonach der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen hat, behält aber zweifellos den Vorrang, und der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung darf auch nach dieser Vereinbarung nur mit einer untergeordneten Gewichtung zur gesamten Bewertung beitragen. e) Insgesamt erweist sich damit die Verwendung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium grundsätzlich als zulässig. Dem Kriterium muss jedoch im Vergleich zu den übrigen, am Nutzen der beschafften Güter und Dienstleistungen orientierten Kriterien eine klar untergeordnete Rolle zukommen. Im Sinn einer einfach anzuwendenden Regel ist davon auszugehen, dass die Gewichtung des Kriteriums Lehrlingsausbildung 10 % des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien nicht überschreiten darf. Zu beachten bleibt ferner, dass das Kriterium keine Diskriminierung auswärtiger Anbieter bewirken darf und insbesondere gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten des GATT/WTO-Übereinkommens, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht zur Anwendung gelangen kann (vorn, E. 3a und b). f) Bei der vorliegend beurteilten Vergabe war die Verwendung des Kriteriums der Lehrlingsausbildung somit zulässig. Nicht statthaft war dagegen, dass das Kriterium mit 20 % des Gesamtwerts aller Zuschlagskriterien gewichtet wurde. Dieser Umstand allein stellt allerdings die Rangierung der Beschwerdeführerin nicht infrage, denn ihr Angebot liegt auch dann, wenn das Kriterium der Lehrlingsausbildung nur mit der zulässigen Gewichtung von 10% in die Bewertung einbezogen wird, noch stets hinter jenem der Mitbeteiligten zurück. Es sind daher des Weiteren noch die von der Beschwerdeführerin erhobenen Einwendungen gegen die Anwendung des Kriteriums zu prüfen.

E. 4

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Beschwerdegegnerin sei bei der Bewertung des Kriteriums Lehrlingsausbildung von unzutreffenden Annahmen ausgegangen und habe ihr aus diesem Grund eine ungenügende Punktzahl zuerkannt. In ihrer Offerte hatte die Beschwerdeführerin die Zahl ihrer Lehrlinge mit 2 und jene ihrer übrigen Angestellten mit 5 angegeben. Anerkanntermassen beschäftigte sie jedoch zu jenem Zeitpunkt (und offenbar auch zum Zeitpunkt der Replik) keine Lehrlinge. Bei der Bewertung des Kriteriums erklärte sich der Gemeinderat dann zu Gunsten der Beschwerdeführerin bereit, ihr den

Lehrlingsanteil der A AG, aus welcher die Beschwerdeführerin hervorgegangen war, anzurechnen, woraus sich ein Verhältnis von 2 Lehrlingen zu 14 übrigen Beschäftigten ergab. Die Beschwerdeführerin beanstandet jedoch auch diese Berechnungsweise und macht geltend, dass die in ihrer Offerte genannten 2 Lehrstellen der Zahl ihrer übrigen Angestellten (4,5 Stellen) gegenübergestellt werden müssten, was eine wesentlich günstigere Bewertung ergäbe. Dass die beiden Lehrstellen noch nicht besetzt seien, könne ihr nicht entgegengehalten werden, da es nach der Rechtsprechung ausreiche, wenn die personellen Ressourcen im Zeitpunkt der Erfüllung des Auftrages vorhanden seien. Ob es zulässig war, der Beschwerdeführerin Lehrstellen einer andern Unternehmung anzurechnen, die mit dem zu vergebenden Auftrag nichts zu tun hat, ist zweifelhaft. Der Frage ist jedoch nicht weiter nachzugehen, da das Angebot der Beschwerdeführerin trotz dieser bevorzugten Bewertung nicht auf den ersten Rang gelangte. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft, ist es nicht notwendig, dass ein Anbieter schon während des Vergabeverfahrens über alle notwendigen personellen Ressourcen für die Ausführung des fraglichen Auftrags verfügt; es genügt, wenn er die zusätzlichen Kapazitäten im Fall der Auftragserteilung rechtzeitig bereitstellen kann (VGr, 2. November 2000, VB.2000.00136, www.vgrzh.ch, E. 6b/aa). Vorliegend steht jedoch nicht die Bereitstellung ausreichender Kapazitäten infrage. Bei der Anstellung von Lehrlingen geht es vergaberechtlich nicht darum, die Erfüllung des Auftrags durch den Anbieter zu sichern, sondern um einen sozialpolitisch begründeten Zusatzaspekt des Angebots. Während die Erbringung der Leistung von der Behörde jederzeit überprüft werden kann, erfordert die Kontrolle, ob eine vorgesehene Lehrstelle gehörig besetzt wurde, einen zusätzlichen Aufwand, und es ist auch nicht klar, welche Konsequenzen sich aus der Nichteinhaltung der Verpflichtung ergäben. Denkbar wäre allenfalls eine Berücksichtigung von Lehrstellen, mit deren Besetzung aufgrund von konkreten Anhaltspunkten (z.B. Lehrverträgen) zuverlässig gerechnet werden kann. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin aber keinerlei konkrete Angaben zu diesem Punkt gemacht, sondern lediglich erklärt, dass sie die Lehrstellen nicht habe besetzen können, solange sie nicht im Besitz des Auftrags sei. Dass der Gemeinderat die in der Offerte genannten Lehrverhältnisse unter diesen Umständen nicht berücksichtigte, war zweifellos berechtigt.

E. 5

Die Beschwerde ist somit abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Zusprechung einer Parteientschädigung wurde dagegen von der Beschwerdegegnerin nicht beantragt und wäre auch nicht gerechtfertigt (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'500.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 210.-- Zustellungskosten, Fr. 2'710.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 4. ...

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