

Art. 5 Abs. 2 BGBM; Art. 8 Abs. 1 VRG; § 27 und § 29 SubmV. Submission; Bekanntgabe der Zuschlagskriterien; Begründung des Zuschlagsentscheids (Entscheid des Obergerichts Nr. 60/2000/15 vom 28. Juli 2000 i.S. C. AG).

Der Zuschlagsentscheid ist zu begründen; ausnahmsweise kann die fehlende Begründung im Beschwerdeverfahren nachgeholt und der Mangel so geheilt werden (E. 2).

Eine Gemeinde hat bei Submissionen – auch gegenüber ortsansässigen Anbietern – den Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter gemäss Binnenmarktgesetz zu beachten, auch wenn weder die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen noch die kantonale Submissionsverordnung anwendbar sind (E. 4).

Die Vergabebehörde hat die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zu Beginn des Verfahrens festzulegen und bekanntzugeben. Andere Kriterien dürfen nicht nachträglich noch in die Beurteilung einfließen (E. 5a).

Angebote mit einer Preisdifferenz von mehr als 4 % sind nicht "annähernd gleichwertig" im Sinn von § 27 SubmV. Diese Bestimmung ist ohnehin nur zurückhaltend anzuwenden (E. 5e).

Die Gemeinde A. schrieb ein Bauprojekt öffentlich aus; die zu vergebenden Arbeiten wurden in verschiedene Arbeitsgattungen aufgeteilt. Bei den Stahlbetonarbeiten war die Offerte der B. & Co. am preisgünstigsten (100 %). Den zweitniedrigsten Preis offerierte die C. AG aus A. (102,1 %), den drittniedrigsten die D. AG aus A. (106,3 %). Die B. & Co. erhielt den Zuschlag für eine andere Arbeitsgattung. Den Auftrag für die Stahlbetonarbeiten erteilte der Gemeinderat A. der D. AG. Hiegegen erhob die C. AG Beschwerde ans Obergericht. Dieses hiess die Beschwerde gut und hob den Zuschlag an die zum Verfahren beigeladene D. AG auf.

Aus den Erwägungen:

2.– Die angefochtene Verfügung enthielt keine Begründung (vgl. zur Begründungspflicht allgemein Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen [Verwaltungsrechtspflegegesetz] vom 20. September 1971 [VRG, SHR 172.200]; für Aufträge des Kantons § 29 der kantonalen Submissionsverordnung vom 2. November 1976 [SubmV, SHR 172.501; Fassung vom 27. Oktober 1998]); der Gemeinderat hat den strittigen

Zuschlag erst in der Vernehmlassung ... begründet. Zur Wahrung des rechtlichen Gehörs war der Beschwerdeführerin hierauf die Möglichkeit zur ergänzenden Beschwerdebegründung einzuräumen, obwohl von Gesetzes wegen für die Beschwerde an sich keine Nachfrist gewährt wird (Art. 3 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 29. Juni 1998 [EG BGBM, SHR 172.500]). Der Begründungsmangel wurde so letztlich geheilt. Immerhin könnte sich bei anderer Gelegenheit – je nach den Umständen des Einzelfalls – allenfalls fragen, ob eine nicht begründete Zuschlagsverfügung sogleich aus formellen Gründen aufzuheben sei (vgl. zur erforderlichen Begründung des Vergabeentscheids Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 18. Juni 1998, ZBl 2000, S. 129 ff.; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000, E. 4a, BEZ 2000, Nr. 25; *Herbert Lang*, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000, S. 247).

3.– ...

4.– Für die in Frage stehende kommunale Vergabe gilt angesichts des Auftragswerts weder die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB, SHR 172.510, SR 172.056.4) noch die kantonale Submissionsverordnung (vgl. Art. 6 ff. IVöB; § 1 SubmV). Die Gemeinde A. hat sodann keine eigene Submissionsverordnung. Sie untersteht jedoch unmittelbar dem Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) und hat daher insbesondere den darin umschriebenen Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter einzuhalten (Art. 3 und Art. 5 BGBM). Neben dem Binnenmarktgesetz sind auch die verfassungsmässigen allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns – wie z.B. das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens bzw. eines fairen Wettbewerbs – zu beachten (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 3. November 1997, E. 1, AGVE 1997, S. 348 f., mit Hinweisen). Der Anspruch auf Nichtdiskriminierung gemäss Binnenmarktgesetz steht dabei speziell auch der Beschwerdeführerin als ortsansässiger Anbieterin zu (BGE 125 I 410 f. E. 2d; *Bass/Crameri/Lang/Malfanti/Spörri*, Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsansässige, ZBl 2000, S. 249 ff., insbesondere S. 254).

5.– a) Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BGBM).

Die vergebende Behörde legt die für eine Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens festgelegt und den Interessenten mit den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben werden. Aus der Bekanntgabe muss ferner ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst; die Vergabebehörde hat daher die Zuschlagskriterien im voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung darzulegen oder zumindest die relative Bedeutung, die sie den einzelnen Kriterien beimessen will, ersichtlich zu machen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 7. Juli 1999, E. 5a, ZBl 2000, S. 273, mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 125 II 100 ff. E. 7c).

Andere Kriterien, die nicht zum vornherein als anwendbar erklärt werden, dürfen nicht nachträglich noch in die Beurteilung einfließen, um den Zuschlag nicht dem preisgünstigsten bzw. dem aufgrund der vorgegebenen Kriterien günstigsten Angebot erteilen zu müssen. Ein solches Vorgehen ist mit dem Gebot eines fairen Wettbewerbs nicht zu vereinbaren und lässt sich auch nicht mit dem der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraum rechtfertigen (*Lang*, S. 241; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 10. Dezember 1997, E. 1d, AGVE 1997, S. 358 f., mit Hinweisen).

b) Im vorliegenden Fall wurden – entsprechend der Vorgabe des Gemeinderats – in den Ausschreibungsunterlagen folgende vier Zuschlagskriterien genannt: Preis (Gewicht 70 %); Referenzen des Kaderpersonals, Termintreue, Zuverlässigkeit (15 %); regionale Vertretung, Kundendienst (10 %); Lehrlingsausbildung (5 %). Es wurde darauf hingewiesen, dass die Zuschlagskriterien einzeln benotet und gewichtet würden; der Bewerber mit der höchsten Gesamtpunktzahl erhalte den Zuschlag.

Die Bauleitung nahm nach dem Eingang der Angebote die entsprechende Bewertung vor. Dabei erhielt bei den Stahlbetonarbeiten die B. & Co. die Gesamtnote 3,8, die Beschwerdeführerin die Gesamtnote 3,65 und die Beigeladene die Gesamtnote ... 3,3. Demgemäss stellte die Bauleitung fest, dass die B. & Co. das günstigste Angebot eingereicht habe; sie beantragte, die Stahlbetonarbeiten – wie auch die Erdarbeiten Los 2 – der B. & Co. zu vergeben. Die Baukommission empfahl hierauf dem Gemeinderat, nur die Erdarbeiten Los 2 der B. & Co. zu vergeben, für die Stahlbetonarbeiten jedoch eine Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen bilden zu lassen. Für die Beigeladene kam aber eine solche Zusammenarbeit nicht in

Frage. Nach Prüfung verschiedener Varianten beschloss hierauf der Gemeinderat, die Stahlbetonarbeiten ... der Beigeladenen zu vergeben.

Der Gemeinderat hielt sich demnach bei der strittigen Auftragsvergabe nicht an die in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien.

c) Der Gemeinderat begründet den Vorzug der Beigeladenen gegenüber der Beschwerdeführerin damit, dass er bei annähernd gleichwertigen Offerten zusätzlich die ihm bekannten Beschäftigungsverhältnisse der einheimischen Firmen und die Summe der in den letzten Jahren durch ihn erteilten Aufträge bedacht habe. ... Der Gemeinderat habe sich in diesem Zusammenhang auf § 27 lit. a – c SubmV gestützt und diese Gesichtspunkte entsprechend gewichtet.

...

d) ...

e) Der Gemeinderat macht nicht geltend, die Beschwerdeführerin sei zur Ausführung der fraglichen Arbeiten nicht geeignet. Ist aber die Eignung einmal anerkannt, darf beim Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zwischen mehr oder weniger Geeigneten abgewogen werden; zumindest ist diesbezüglich Zurückhaltung angezeigt (*Lang*, S. 242 f., mit Hinweisen).

Die Bewertungen als solche hat der Gemeinderat sodann nicht in Frage gestellt. ...

Die Beschwerdeführerin wurde in keinem einzigen der zum voraus bekanntgegebenen Zuschlagskriterien schlechter gewichtet als die Beigeladene; insbesondere beträgt die im Vordergrund stehende Preisdifferenz mehr als 4 %. In dieser Situation kann – entgegen der Auffassung des Gemeinderats – nicht von "annähernd gleichwertigen Angeboten" gesprochen werden (vgl. etwa § 24 Abs. 2 der baselstädtischen und § 14 Abs. 2 der bernischen Submissionsverordnung, wonach Angebote bis zu einer Preisdifferenz von 2 % bzw. 3 % noch annähernd gleich günstig seien). Daher können die Gesichtspunkte von § 27 lit. a – c SubmV (frühere Leistungen, Beschäftigungsgrad, Umfang der in den letzten fünf Jahren erhaltenen staatlichen Aufträge) – wenn sie für die vorliegende kommunale Submission analog angewandt werden sollten – nicht als Grundlage für den Ermessensentscheid, welches von zwei an sich gleichwertigen Angeboten zu bevorzugen sei, berücksichtigt werden. ... Die Regelung von § 27 SubmV – die für kommunale Submissionen, wie erwähnt (oben, E. 4), grundsätzlich nicht gilt – erscheint sodann unter dem heutigen Vergaberecht ohnehin als kritisch (*Lang*, S. 247, bei Anm.

126); sie wäre daher gegebenenfalls – wenn überhaupt – nur zurückhaltend anzuwenden.

Die entscheiderelevanten Überlegungen des Gemeinderats erweisen sich damit im Ergebnis als nachträglicher Einbezug von Zuschlagskriterien, die mit der Ausschreibung noch nicht als anwendbar erklärt worden sind, bzw. als klare Abweichung vom seinerzeit bekanntgegebenen Vorgehen. Dies war nach dem Gesagten nicht zulässig und sprengte insbesondere auch den dem Gemeinderat zustehenden Ermessensspielraum.

f) Der Gemeinderat hat demnach mit dem Zuschlag an das eindeutig weniger günstige Angebot der Beigeladenen zulasten der Beschwerdeführerin den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter sowie das Gebot eines fairen Wettbewerbs verletzt.

Die Beschwerde erweist sich damit als begründet; der rechtsfehlerhafte Zuschlag ist aufzuheben. Dass so der Zeitplan für die Bauarbeiten nicht eingehalten werden kann, steht dem nicht entgegen. Bei einer Submission ist zum vornherein mit allfälligen Beschwerden und damit zusammenhängenden Verzögerungen zu rechnen. Die Vergabe sollte daher so früh in die Wege geleitet werden, dass sie auch unter Berücksichtigung eines Rechtsmittelverfahrens rechtzeitig durchgeführt werden kann.

Angesichts dessen, dass das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund der vorgegebenen Zuschlagskriterien seinerseits nicht eindeutig das günstigste ist, kann ihm jedoch das Obergericht nunmehr nicht einfach den Zuschlag erteilen, ohne in den Ermessensspielraum des Gemeinderats einzugreifen. Dieser wird daher unter Berücksichtigung der massgeblichen Rechtsgrundsätze und der als anwendbar erklärten Zuschlagskriterien einen neuen Vergabeentscheid zu treffen bzw. ... nötigenfalls ein neues Vergabeverfahren durchzuführen haben.