

**Art. 11 lit. a, Art. 16 Abs. 1 lit. b und Art. 18 Abs. 1 IVöB; Art. 32 Abs. 1 VRöB. Submission; Zuschlagskriterien Lehrlingsausbildung und Ökologie (OGE 60/2013/26 vom 29. November 2013)**

Veröffentlichung im Amtsbericht

*Beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung ist auf das Verhältnis der Anzahl aller Lehrlinge zur Gesamtzahl der Beschäftigten der Unternehmung – nicht zur Zahl der für den Auftrag vorgesehenen Mitarbeitenden – abzustellen. Berücksichtigt werden nur die Lehrstellen, die tatsächlich besetzt sind (E. 2b). Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle den rechtserheblichen Sachverhalt insoweit unrichtig festgestellt (E. 2c–e).*

*Beim Zuschlagskriterium Ökologie darf mit Blick auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieter prinzipiell nicht auf die Entfernung zum Werkhof (Anfahrtsweg) abgestellt werden (E. 2h).*

*Zuschlag direkt an die obsiegende Beschwerdeführerin, weil keine weiteren Abklärungen zu treffen sind und die Vergabestelle keine Wahlmöglichkeit mehr hat (E. 2i).*

*Aus den Erwägungen:*

2.– Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführerin und die Beigeladene mit insgesamt gleich vielen Punkten bewertet; beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung bewertete sie beide mit dem Maximum von 5 Punkten. Die Beschwerdeführerin macht geltend, der Beigeladenen stehe bei der Lehrlingsausbildung nicht die Maximalpunktzahl zu. Sie ist somit sinngemäss der Auffassung, die Beigeladene sei gesamthaft mit weniger Punkten zu bewerten als sie selber; der Zuschlag sei der Beigeladenen demnach zu Unrecht erteilt worden.

a) Das wirtschaftlich günstigste Angebot erhält den Zuschlag. Es können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Preis, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur, Lehrlingsausbildung (Art. 32 Abs. 1 VRöB<sup>1</sup>).

---

<sup>1</sup> Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (VRöB, SHR 172.512); anwendbar gemäss § 2 Abs. 1 der Verordnung zur

Der Beschwerdegegner hat in den Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien angegeben: Preis (mit einer Gewichtung von maximal 50 Punkten bei insgesamt maximal 100 Punkten), Erfahrung und Referenzen (maximal 20 Punkte), Qualität Termine Personal (maximal 15 Punkte), Ökologie (maximal 10 Punkte), Lehrlingsausbildung (maximal 5 Punkte). Dabei wurde darauf hingewiesen, dass der Anbieter mit der höchsten Punktzahl den Zuschlag erhalte. Die Kriterien und ihre Gewichtung als solche wurden von den offerierenden Parteien nicht in Frage gestellt.

Die Beschwerdeführerin erhielt beim Preis nur 49 Punkte, die Beigeladene bei der Ökologie nur 9 Punkte. Sonst erhielten beide bei den einzelnen Kriterien jeweils das Maximum. Beide erhielten so insgesamt 99 Punkte.

b) 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.<sup>2</sup> Für die fraglichen Arbeiten haben nur schweizerische Unternehmen offeriert. Die Frage der Diskriminierung nichtschweizerischer Anbieter stellt sich daher nicht.

Beim Kriterium der Lehrlingsausbildung geht es nicht darum, die Erfüllung des konkreten Auftrags zu sichern, sondern um einen *sozialpolitischen Gesichtspunkt*, der zusätzlich berücksichtigt wird. Es kommt daher nicht darauf an, ob die von einem Anbieter ausgebildeten Lehrlinge gerade in dem Geschäftsbereich tätig sind, der bei der Ausführung des vorgesehenen Auftrags zum Einsatz gelangt. Dementsprechend rechtfertigt es sich grundsätzlich, bei der Prüfung des Kriteriums Lehrlingsausbildung bei allen Anbietern auf den *Gesamtbestand* der Mitarbeitenden abzustellen.<sup>3</sup>

In diesem Sinn wird auch nach der Praxis des Obergerichts des Kantons Schaffhausen bei der Bewertung des Kriteriums Lehrlingsausbildung prinzipiell auf das Verhältnis der Anzahl *aller* Lehrlinge – d.h. nicht nur derjenigen aus dem fraglichen Geschäftsbereich – zur *Gesamtzahl* der Beschäftigten

---

Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (ViVöB, SHR 172.511).

<sup>2</sup> OGE 60/2008/38 vom 26. September 2008, E. 5c/bb, Amtsbericht 2008, S. 99, mit Hinweis auf OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3d, Amtsbericht 2005, S. 146, mit weiteren Hinweisen.

<sup>3</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00001 vom 27. Juni 2012, E. 4.3.2 mit Hinweis.

der Unternehmung abgestellt. Berücksichtigt werden im Übrigen nur die Lehrstellen, die tatsächlich besetzt sind.<sup>4</sup>

c) Im vorliegenden Verfahren sind gemäss Ausschreibungsunterlagen für die Lehrlingsausbildung *maximal 5 Punkte* zu vergeben. Angesichts der höchstmöglichen 100 Punkte beträgt die Gewichtung somit 5 %. Missverständlich ist daneben allerdings die Angabe zur Abstufung der Bewertung: Mehr als 10 % der Beschäftigten sind Lehrlinge = *10 Punkte*, weniger = 5 Punkte, keine = 0 Punkte. Es ist jedoch unbestritten, dass dann, wenn mehr als 10 % der Beschäftigten Lehrlinge sind, das bei der Gewichtung angegebene Maximum von *5 Punkten* vergeben werde. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass eine der offerierenden Parteien wegen der Abstufung eine Anfrage an die Vergabestelle gestellt hätte.<sup>5</sup> In seiner zweiten Stellungnahme hat der Beschwerdegegner im Übrigen unwidersprochen erklärt, dass es für die Gesamtwertung 2,5 Punkte ergebe, wenn weniger als 10 % der Beschäftigten Lehrlinge seien, aber doch mindestens ein Lehrling vorhanden sei.

Die Beschwerdeführerin gab in ihrer Offerte bei der Rubrik "Mitarbeiter-team" sechs Mitarbeiter an. In der Spalte "Anzahl Lehrlinge" vermerkte sie sodann fünf Lehrlinge. Die Beigeladene gab beim Mitarbeiterteam fünf nicht namentlich genannte Mitarbeiter sowie "1 Lehrling/1 Lehrling Anlehre" an; die Spalte "Anzahl Lehrlinge" füllte sie nicht aus. Beide Anbieterinnen haben in der Rubrik "Mitarbeiterteam" unbestrittenermassen die *für den Auftrag* vorgesehenen Mitarbeiter angegeben. Bezogen darauf beträgt der Lehrlingsanteil bei beiden mehr als 10 %, auch wenn bei den Mitarbeitern zusätzlich noch die Personen berücksichtigt werden, die in den Rubriken "Ansprechpartner" und "vorgesehene Leitung auf der Baustelle" angegeben sind.

Bezogen auf die *Gesamtzahl* der Mitarbeitenden – worauf sich die Beschwerdeführerin in der Beschwerdeschrift bezieht – sieht die Rechnung anders aus. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beigeladene haben mehr als 20 Mitarbeitende. Die Beigeladene räumt ein, dass sie zurzeit nur einen Lehrling hat. Demnach sind weniger als 10 % aller bei ihr Beschäftigten Lehrlinge. Insoweit ist die Maximalpunktzahl bei ihr nicht gerechtfertigt.

d) Der Beschwerdegegner bewertete sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beigeladene beim Kriterium Lehrlingsausbildung mit den höchstmöglichen 5 Punkten. Er stellte dabei auf die Angaben in der SelbstdeklARATION ab, im Ergebnis somit auf das Verhältnis *aller* Lehrlinge zur Zahl der *für den konkreten Auftrag* vorgesehenen Mitarbeiter. Er macht nunmehr geltend,

<sup>4</sup> OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3f mit Hinweisen, Amtsbericht 2005, S. 150 f.; vgl. zur Weiterführung der entsprechenden ständigen Zürcher Praxis Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00001 vom 27. Juni 2012, E. 4.2 mit Hinweisen.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 16 VRöB.

er könne nicht nachvollziehen, weshalb die beiden Firmen die Ausschreibungsunterlagen so verstanden hätten, dass in der Rubrik "Mitarbeiter" nicht der gesamte Mitarbeiterbestand anzugeben sei, sondern lediglich die Anzahl Mitarbeiter, die für die Bearbeitung des Auftrags bereitgestellt würden. In den Ausschreibungsunterlagen seien keine entsprechenden Einschränkungen vorgenommen worden. Es sei selbstverständlich, dass der *Vollbestand der Mitarbeiter* und die Gesamtanzahl der Lehrlinge hätten angegeben werden müssen. Nachdem sich gezeigt habe, dass die Angaben zum strittigen Zuschlagskriterium nicht richtig seien, sei eine Neubeurteilung unumgänglich.

Die Beigeladene macht dagegen geltend, die Ausschreibungsunterlagen seien so zu verstehen, wie sie ein vernünftiger Mensch nach Treu und Glauben habe verstehen müssen und dürfen. Nach dem Vertrauensgrundsatz habe sich die fragliche Rubrik auf das Mitarbeiterteam für den konkreten Auftrag bezogen, nachdem sich auch die vorangehenden Rubriken (Kapazität, Ansprechpartner, Baustellenleitung) auf die vorgesehenen Arbeiten bezogen hätten. Die Beschwerdeführerin habe das ebenfalls so verstanden und nicht den Gesamtbestand an Mitarbeitern, sondern lediglich die für den Auftrag vorgesehenen Mitarbeiter angegeben.

Das Selbstdeklarationsformular ist *für sich allein gesehen* in der Tat nicht völlig eindeutig. In den Rubriken 02 und 03 wird nach dem Ansprechpartner für die vorgesehenen Arbeitsgattungen und nach der vorgesehenen Baustellenleitung gefragt. Die Rubriken 05 und folgende beziehen sich auf allgemeine Angaben zum Unternehmen als solchen. Dazwischen ist in der Rubrik 04 das "*Mitarbeiterteam*" anzugeben. Dabei sind zunächst die einzelnen Mitarbeiter aufzulisten; in einer separaten Zeile ist sodann die Anzahl der Lehrlinge anzugeben. Es ist im Grundsatz nachzuvollziehen, dass angesichts der vorangehenden Fragen zur Leitung der vorgesehenen Arbeiten auch das "*Mitarbeiterteam*" als das für den konkreten Auftrag vorgesehene Team verstanden werden könnte.

Die Ausschreibungsunterlagen sind jedoch *gesamthaft* zu betrachten. Gemäss Bewertungsformular richtet sich die Bewertung des Kriteriums Lehrlingsausbildung nach dem prozentualen Verhältnis der Lehrlinge zu den "*Beschäftigten*". Dieser allgemeine, umfassende Begriff bezieht sich offensichtlich nicht nur auf ein einzelnes Team innerhalb der gesamten Mitarbeiterzahl, sondern auf den *Gesamtbestand* des Unternehmens. In diesem Sinn sieht auch der kantonale Leitfadens zum öffentlichen Beschaffungswesen – wonach sich die vorliegende Submission im Grundsatz richtet – in Anlehnung an die Gerichtspraxis<sup>6</sup> vor, dass beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung die Aus-

---

<sup>6</sup> Vgl. oben, lit. b.

bildungsplätze in Relation zur *Gesamtgrösse* des Unternehmens zu setzen seien.<sup>7</sup> Auch wenn den Anbietern zuzugestehen wäre, dass sie bei der Selbstdeklaration in der Rubrik 04 nur das Mitarbeiterteam für den konkreten Auftrag verstehen dürften, hätten sie ihren Gesamtbestand wenigstens in der Rubrik 07 angeben müssen, wo Angaben zur Betriebsgrösse gefragt waren.

e) Es ist daher nicht zu beanstanden – und der Beschwerdegegner überschreitet sein diesbezügliches Ermessen nicht –, wenn auch im vorliegenden Vergabeverfahren bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung entsprechend der allgemeinen Praxis auf das Verhältnis der Zahl aller Lehrlinge zur Gesamtzahl der Mitarbeitenden abgestellt wird. Die Beigeladene erfüllt daher – im Gegensatz zur Beschwerdeführerin – bei diesem Kriterium die Voraussetzungen für die maximale Punktzahl nicht. Insoweit beruht daher der angefochtene Entscheid auf einer unrichtigen Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. b IVöB<sup>8</sup>).

Bei der Bewertung des Angebots der Beigeladenen ist demnach im Kriterium Lehrlingsausbildung ein Abzug von 2,5 Punkten vorzunehmen.

f) ...

g) ...

h) Weitere Einwände machen die Parteien nicht. Trotz des geltenden Untersuchungsgrundsatzes ist es daher angesichts der Mitwirkungspflichten der Parteien und der damit verbundenen Begründungs- bzw. Substantiierungspflicht prinzipiell nicht Sache des Gerichts, die Angebotsbewertungen auf weitere Fehler zu überprüfen. Nur klare, offensichtliche Fehler wären gegebenenfalls von Amts wegen zu berücksichtigen.<sup>9</sup>

Im vorliegenden Fall könnte sich allenfalls fragen, ob die Beigeladene beim Zuschlagskriterium *Ökologie* zu Unrecht mit einem Punkt weniger bewertet worden sei als die Beschwerdeführerin. Die Bewertung dieses Kriteriums bezieht sich auf die Entfernung des Werkhofs, ab welchem der Auftrag ausgeführt wird. Das Abstellen allein auf den *Anfahrtsweg* ist aber – jedenfalls bei einem Auftrag, in welchem die Transportleistungen nicht im Vordergrund stehen – mit Blick auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung und

---

<sup>7</sup> Leitfaden zum öffentlichen Beschaffungswesen (herausgegeben vom Kantonalen Gewerbeverband Schaffhausen und vom Baudepartement des Kantons Schaffhausen), revidierte Fassung vom 6. März 2013, Ziff. 6.3.15.

<sup>8</sup> Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB, SHR 172.510).

<sup>9</sup> Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2012.00738 vom 30. Januar 2013, E. 3.1; *Galli/Moser/Lang/Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 701, Rz. 1380; je mit Hinweisen.

Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 11 lit. a IVöB) höchst problematisch.<sup>10</sup> Auch wenn aber die Beigeladene bei diesem Kriterium nicht schlechter bewertet würde als die Beschwerdeführerin, wäre sie im Ergebnis – nach der Korrektur beim Kriterium Lehrlingsausbildung – gesamthaft immer noch tiefer bewertet als diese. Wenn das Kriterium Ökologie angesichts des dabei verwendeten Beurteilungsfaktors überhaupt als unzulässig weggelassen würde, würde die Lehrlingsausbildung – mit maximal 5 von gesamthaft maximal noch möglichen 90 Punkten – immer noch mit weniger als 10 % gewichtet; die Gewichtung wäre somit nicht zu korrigieren.

Eine allfällige Korrektur beim Kriterium Ökologie hätte daher keine Auswirkungen auf das Ergebnis der Gesamtbewertung bzw. auf die Reihenfolge der zu bewertenden Angebote.

*i)* Zusammenfassend hat die erforderliche Neubewertung des Kriteriums Lehrlingsausbildung zur Folge, dass nicht mehr das Angebot der Beigeladenen, sondern das Angebot der Beschwerdeführerin die höchste Punktzahl hat und demnach das wirtschaftlich günstigste ist. Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, und der angefochtene Vergabeentscheid ist aufzuheben.

Bei Aufhebung des Vergabeentscheids kann das Gericht in der Sache selbst entscheiden oder sie an den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnung zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB). Weil keine weiteren Abklärungen zu treffen sind und die Vergabestelle keine Wahlmöglichkeit mehr hat, rechtfertigt es sich ..., den Zuschlag direkt der Beschwerdeführerin zu erteilen.

---

<sup>10</sup> Vgl. OGE 60/2005/20 vom 16. September 2005, E. 3e, Amtsbericht 2005, S. 148 f., mit Hinweis auf OGE 60/2003/16 vom 30. Januar 2004, E. 4e, Amtsbericht 2004, S. 124, mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Leitfaden zum öffentlichen Beschaffungswesen, Ziff. 6.3.9 (wo der Anfahrtsweg als solcher bei den möglichen Beurteilungsfaktoren für das Kriterium Ökologie nicht erwähnt wird).