

Art. 8 VRG; Art. 3 und Art. 5 BGBM; Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB; Art. 33 und Art. 37 VRöB. Submission; Begründungspflicht; Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter (Entscheid des Obergerichts Nr. 60/2003/50 vom 27. Februar 2004 i.S. S. AG)

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht.

Anfechtbare Verfügungen sind auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zu begründen. Ein Begründungsmangel kann geheilt werden, wenn die Vergabebehörde die Begründung ihres Entscheids in der Beschwerdeantwort nachreicht oder ergänzt (E. 2).

Im öffentlichen Beschaffungswesen gilt der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter. Dieser verbietet es, einheimischer Anbieter gegenüber ausserkantonalen Offerenten zu bevorzugen. Insbesondere darf in der Regel nicht entscheidend auf die Länge der Anfahrtswege abgestellt werden (E. 3).

Überprüfung der Wertung bei den Zuschlagskriterien Preis und Qualitätsmanagement/Qualitätssicherung (E. 4 und 5).

Für gewisse Arbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung des Pflegetrakts E des Kantonsspitals Schaffhausen bewarben sich unter anderem die S. AG aus dem Kanton Schaffhausen zum Preis von Fr. 252'016.10 netto und die Sch. AG aus dem Kanton Zürich zum Preis von Fr. 250'388.80 netto (je inkl. Mehrwertsteuer). Das Hochbauamt des Kantons Schaffhausen vergab die Arbeiten der Sch. AG. Hiegegen erhob die S. AG Beschwerde ans Obergericht. Dieses lud die Sch. AG zum Verfahren bei und wies die Beschwerde in der Folge ab.

Aus den Erwägungen:

2.– Anfechtbare Verfügungen sind grundsätzlich zu begründen; das gilt insbesondere auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. allgemein Art. 8 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 [VRG, SHR 172.200]; für das Submissionsverfahren § 2 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über

das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511] i.V.m. Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 lit. d der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]).

Im Vergabeverfahren soll ein Anbieter aufgrund der Begründung feststellen können, ob sein Angebot (im Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums) sachlich haltbar bewertet worden ist. Dazu muss er die Bewertung zumindest in den Grundzügen kennen. Die Informationen über Bewertung und Rangfolge der Angebote müssen jedoch nicht umfangreich oder gar umfassend sein; sie können vielmehr knapp und stichwortartig ausfallen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 18. Juni 1998, E. 2c bb, ZBl 2000, S. 132).

Die Rechtsprechung lässt es in der Regel genügen, wenn die Vergabebehörde die Begründung ihres Entscheids in der Beschwerdeantwort nachreicht oder ergänzt und so ein Begründungsmangel letztlich geheilt wird. In diesem Fall ist der Beschwerdeführerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs auf jeden Fall nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (vgl. OGE vom 28. Juli 2000 i.S. C. AG, E. 2 mit Hinweisen, Amtsbericht 2000, S. 131; *Robert Wolf*, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 2003, S. 19 ff., mit weiteren Hinweisen).

Das Hochbauamt hat in der Vergabeverfügung lediglich auf die Preisspanne der verschiedenen Angebote verwiesen und den Zuschlag mit dem – nicht erläuterten – besten Preis-/Leistungsverhältnis der berücksichtigten Offerte begründet; dies stellte noch keine hinreichende Begründung dar. In der Beschwerdeantwort hat jedoch das Hochbauamt ergänzend auf das konkrete Bewertungsergebnis hingewiesen. Daraus ergibt sich, dass sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Beigeladene die Eignungskriterien erfüllen. Beide wurden sodann bei den Zuschlagskriterien Referenzen, beschränkter Beizug von Subunternehmern, verfügbare Kapazitäten, Qualität Produktion/Technik, Sicherstellung Kundendienst/Service und Qualitätsmanagement/Qualitätssicherung gleich bewertet (nämlich mit dem Punktemaximum), so dass letztlich der etwas niedrigere Eingabepreis der Beigeladenen den Ausschlag gab.

Mit der nachgeschobenen Begründung des Hochbauamts – zu welcher sich die Beschwerdeführerin im zweiten Schriftenwechsel äussern und so ihren Gehörsanspruch wahren konnte – ist der ursprüngliche Begründungsmangel geheilt.

3.– Die Beschwerdeführerin hat in der Beschwerdeschrift generell beanstandet, dass bei der minimalen Preisdifferenz der Auftrag an ein ausser-

kantonales Grossunternehmen und nicht an sie vergeben worden sei; sie zahle dem Kanton Schaffhausen Steuern, bilde Lehrlinge aus, habe schon die letzte Etappe der inneren Malerarbeiten im Kantonsspital Schaffhausen ohne jegliche Beanstandungen ausgeführt und sei als Arbeitgeberin mit durchschnittlich 20 Mitarbeitern auch auf grössere Aufträge angewiesen, die in der Region dünn gesät seien. In der Replikschrift hat sie unter anderem beim Zuschlagskriterium "Verfügbare Kapazitäten" auf die Sicherung von Arbeitsplätzen im Kanton und die Nachteile eines Betriebs in einem Grenzkanton sowie beim Zuschlagskriterium "Sicherstellung Kundendienst/Service" auf den Anfahrtsweg der Beigeladenen mit höheren Kosten für den Kanton hingewiesen.

Im öffentlichen Beschaffungswesen ist nach heutigem Recht der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter einzuhalten (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510, SR 172.056.5]; Art. 3 und Art. 5 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]). Die Pflicht zur Gleichbehandlung bedeutet dabei, dass keinem der anbietenden Unternehmen Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass keiner Anbieterin und keinem Anbieter Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen verwehrt sind (*Galli/Lehmann/Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 61, Rz. 194).

Die Bevorzugung einheimischer Anbieter gegenüber ausserkantonalen Offerenten ist mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung prinzipiell nicht vereinbar. Unter dem Aspekt der Gleichbehandlung wäre insbesondere auch das Abstellen auf die Anfahrtswege, die ein Anbieter von seinem auswärtigen Geschäftsstandort bis zum Einsatzort zurücklegen muss, höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter mit sich brächte. Würde generell auf die Länge der Anfahrtswege abgestellt, so würde damit der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (vgl. Art. 1–3 BGBM) weitgehend verunmöglicht. Zwar können für ortsfremde Anbieter aus Gründen des Umweltschutzes gewisse Beschränkungen des Marktzugangs zulässig sein (Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 lit. b BGBM). Doch müsste dabei der Transport als solcher eine erhebliche Rolle spielen; es müsste z.B. im Rahmen einer Dienstleistung eine Vielzahl von Fahrten über eine längere Zeitspanne durchgeführt werden, oder es müsste in grossem Masse Material mit Lastwagen über weite Strecken transportiert werden (vgl. BGE vom 31. Mai 2000, E. 4a, ZBl 2001, S. 317; *Galli/Moser/Lang*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 204 ff., Rz. 437 ff.; je mit Hinweisen). Davon kann bei den in

Frage stehenden Arbeiten nicht die Rede sein. Der – ohnehin nicht übermässige – Anfahrtsweg der Beigeladenen kann daher speziell auch im Zusammenhang mit allfälligen Serviceleistungen nicht entscheidend sein.

Dass der Anfahrtsweg ein relevantes Zuschlagskriterium sei, sahen denn auch die Ausschreibungsunterlagen ebensowenig vor wie die Frage der Lehrlingsausbildung oder der Sicherung der kantonalen Arbeitsplätze. Diese Kriterien durften und dürfen daher bei der Bewertung der Angebote grundsätzlich auch nicht berücksichtigt werden (vgl. Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i VRöB; *Galli/Moser/Lang*, S. 207 ff., Rz. 445 ff., mit Hinweisen).

Zwar ist vorgesehen, dass bei mehreren annähernd gleichwertigen Angeboten der Auftrag unter anderem nach den Gesichtspunkten der Sicherung und Erhaltung der Arbeits- und Ausbildungsplätze im Kanton Schaffhausen sowie der geringen Entfernung zwischen Geschäftsdomizil und Tätigkeitsort vergeben werde (Art. 33 lit. e und f VRöB). Diese Aspekte dürfen aber nach dem Gesagten – wenn überhaupt – nur sehr zurückhaltend berücksichtigt werden. Im übrigen werden in diesem Zusammenhang auch etwa die Gesichtspunkte des Beschäftigungsgrads zur Zeit der Auftragsausführung und des Umfangs der seit fünf Jahren vor der Vergabe erhaltenen staatlichen Aufträge genannt (Art. 33 lit. b und c VRöB). Beim Beschäftigungsgrad steht aber die Beschwerdeführerin nach ihren eigenen Angaben besser da als die Beigeladene. Nach unbestrittenen Angaben des Hochbauamts hat sodann die Beschwerdeführerin seit 2000 staatliche Aufträge in Höhe von Fr. 519'333.35 erhalten, die Beigeladene nur solche von Fr. 26'865.95. Die Hilfskriterien von Art. 33 VRöB fallen somit in der Gesamtbetrachtung nicht – zumindest nicht eindeutig – zum Vorteil der Beschwerdeführerin aus.

In dieser Situation kann dem Hochbauamt zusammenfassend jedenfalls keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden, wenn es beim Zuschlag nicht die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als einheimische Unternehmung bevorzugt hat.

4.– Die Beschwerdeführerin weist im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium "Preis" darauf hin, dass die Angebote auch gewisse Arbeiten nach Aufwand enthielten; da insoweit die effektiv geleisteten Stunden verrechnet würden, werde auch ein Anteil Weg miteingerechnet, so dass – je nach Abmachung der Arbeitsbedingungen – bei der Beigeladenen Mehrkosten anfielen gegenüber einer ortsansässigen Firma. Die Beschwerdeführerin macht somit sinngemäss geltend, der Beigeladenen hätte bei der Bewertung ein höherer (bereinigter) Eingabepreis angerechnet werden müssen als ihr selber.

Die offerierten Regieansätze der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen sind vergleichbar; der Gesamtbetrag für die fraglichen Arbeiten nach

Aufwand (Position 150/151) beträgt in beiden Angeboten Fr. 48'900.–. Da bei den Regiearbeiten grundsätzlich nur die Stunden auf der Baustelle verrechnet werden, kann somit nicht gesagt werden, das Verhältnis der Preise werde sich je nach dem effektiven Aufwand voraussichtlich noch entscheidend verändern. Dies erst recht nicht mit Blick darauf, dass die Beigeladene nach ihren Angaben die allfällige Reisemehrzeit ohnehin nicht den Kosten der einzelnen Baustellen belastet.

Dem Hochbauamt kann daher nicht vorgeworfen werden, es sei von falschen Eingabepreisen ausgegangen bzw. es habe zu Unrecht den Preis der Beschwerdeführerin leicht schlechter gewichtet als denjenigen der Beigeladenen.

5.– Die Beschwerdeführerin verweist schliesslich auf den "Kommentar GP-Team: Sch. AG, zertifiziert bis 2002. QS-System läuft weiter. Infolge zu hohem administrativem Aufwand zurückgestellt". Sie ist der Auffassung, angesichts dieser Bemerkung sei die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Qualitätsmanagement/Qualitätssicherung" bei der Beigeladenen zu korrigieren.

Die Beigeladene war – wie sich auch aus der erwähnten Bemerkung ergibt – unbestrittenermassen bis 2002 ISO-zertifiziert. Eine Rückfrage zur Erläuterung ihres Angebots ergab, dass sie seither ein eigenes System zur Qualitätssicherung habe. Dieses wurde angesichts der sehr guten Referenzauskünfte als gleich effizient betrachtet und daher gleich hoch gewichtet wie die ISO-9001-Zertifizierung der Beschwerdeführerin. In den Ausschreibungsunterlagen wurde lediglich ein "angewendetes QS/QM-System" verlangt; eine spezielle Zertifizierung war nicht vorgeschrieben. Es lag daher im Ermessen der Vergabebehörde, je nach den Umständen auch ein nicht zertifiziertes System als ausreichend zu betrachten. Gemäss dem erwähnten Kommentar über das weiterlaufende Qualitätssicherungssystem der Beigeladenen war dies insbesondere auch hier der Fall. Die Beschwerdeführerin, die nur auf den Kommentar als solchen und damit auf einen rein formellen Aspekt verweist, macht aber nicht geltend, die Qualitätssicherung der Beigeladenen sei mit dem heute angewendeten, nicht mehr zertifizierten System nicht mehr gewährleistet. Aus dem Kommentar selber – in Verbindung mit der kommentierten Bewertungsmatrix – geht jedenfalls hervor, dass im darin umschriebenen Sachverhalt letztlich keine Qualitätseinschränkung gesehen wurde.

Bestehen demnach keine Anhaltspunkte, dass das angewendete Qualitätsmanagement-/Qualitätssicherungssystem der Beigeladenen den in der Ausschreibung verlangten Anforderungen nicht entspreche, so kann dem Hochbauamt keine Überschreitung bzw. kein Missbrauch des ihm zustehenden Ermessens vorgeworfen werden, wenn es bei der Bewertung des An-

gebots der Beigeladenen wegen der heute fehlenden, bisher nicht erneuerten Zertifizierung keinen Abzug vorgenommen hat.

6.– Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist nicht dargetan, dass der angefochtenen Vergabeverfügung eine Rechtsverletzung oder eine fehlerhafte Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts zugrunde läge. Mehr ist hier aber nicht zu prüfen; insbesondere können die Bewertungskriterien nicht nochmals umfassend und differenziert – letztlich im Hinblick auf die bloße Angemessenheit des Bewertungsergebnisses – geprüft werden (...).

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet; sie ist abzuweisen.