

Submission; Begründung des Zuschlagsentscheids; Ermessen der Vergabestelle bei der Bewertung der Angebote; Abweichung vom Rügeprinzip; Gewichtung und Bewertung des Preiskriteriums – Art. 44 Abs. 1 VRG; Art. 37 Abs. 2 und Abs. 3 VRöB.

Erläutert die Vergabestelle ihren Zuschlagsentscheid anlässlich eines Feedbackgesprächs und legt sie die wesentlichen Gründe für den Vergabeentscheid in der Beschwerdeantwort dar, ist eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht geheilt (E. 2.2).

Bei der Bewertung der Angebote steht der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Bewertung hat jedoch den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien zu entsprechen und die Punkteverteilung muss pflichtgemäss und nachvollziehbar erfolgen sowie auf alle Angebote gleich angewandt werden (E. 6).

Abweichend vom Rügeprinzip kann das Obergericht Fragen nachgehen, die von den Parteien zwar nicht ausdrücklich aufgeworfen wurden, zu deren Beantwortung aufgrund der Parteivorbringen in Kombination mit den Akten aber Anlass besteht bzw. wenn rechtliche Mängel offensichtlich sind (E. 10).

Das Preiskriterium ist grundsätzlich mit mindestens 20% zu gewichten. Eine tiefere Gewichtung kommt – wenn überhaupt – nur in begründeten Ausnahmefällen in Frage (E. 10.2).

Frage offengelassen, ob eine Preisbewertung, welche die Punktzahlen nach Rangfolge vergibt sowie die zu erwartende Preisspanne ebenso wie die konkret offerierten Preise und die Preisdifferenzen völlig unberücksichtigt lässt, ausnahmsweise gerechtfertigt sein kann (E. 10.3).

OGE 60/2022/3 vom 21. Februar 2023

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Aus den Erwägungen

2.1. Vergabeentscheide sind summarisch zu begründen (Art. 37 Abs. 2 der Vergaberichtlinien vom 15. April 2003 zur IVöB [VRöB, SHR 172.512]). Den nicht berücksichtigten Anbieterinnen sind insbesondere das angewendete Vergabeverfahren, die berücksichtigte Anbieterin, der Preis des berücksichtigten Angebots sowie die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung bzw. die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots bekannt zu geben (Art. 37 Abs. 3 VRöB). Nach Schaffhauser Beschaffungspraxis ist es möglich, dass

die massgeblichen Entscheidungsgründe in der Beschwerdeantwort der Vergabestelle nachgereicht oder ergänzt werden, wobei der beschwerdeführenden Partei zur Wahrung des rechtlichen Gehörs nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen ist. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs durch mangelnde Begründung wird dadurch geheilt (vgl. OGE 60/2020/39 vom 21. Dezember 2021 E. 3.3.2.1 mit Hinweisen). Eine Gehörsverletzung stellt überdies im Verwaltungsverfahren regelmässig keinen Nichtigkeitsgrund dar (BGer 8C_195/2022 vom 9. August 2022 E. 4.1 und 8C_533/2020 vom 25. November 2020 E. 7.2, je mit Hinweisen).

2.2. Es trifft zu, dass die Zuschlagsverfügung, die zur Begründung des Zuschlagsentscheids bloss den Hinweis "Beste Erfüllung der Kriterien" enthält, den Begründungsanforderungen von Art. 37 Abs. 2 und 3 VRöB nicht genügt. Die gerügte Gehörsverletzung ist daher zu bejahen. Wie die Beschwerdeführerin selbst festhält, führten die Spitäler Schaffhausen jedoch im Anschluss an die Vergabe am 6. Januar 2022 ein sogenanntes Debriefing bzw. Feedbackgespräch durch, und in ihrer Beschwerdeantwort legten sie die wesentlichen Gründe für den Vergabeentscheid dar. Die Beschwerdeführerin konnte ihre Beschwerde in ihrer Replik ergänzend begründen und die Zuschlagsverfügung damit insgesamt sachgerecht anfechten. Die Verletzung der Begründungspflicht durch die Spitäler Schaffhausen ist damit als geheilt zu betrachten und die Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung zu verneinen. Der Beschwerdeführerin wurde weder der Zugang zum Rechtsschutzverfahren faktisch verwehrt noch wurde ihr – im Ergebnis – die 10-tägige Beschwerdefrist ab Bekanntsein der Beschwerdegründe verkürzt. Der Gehörsverletzung ist indes bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen Rechnung zu tragen (vgl. OGE 60/2020/39 vom 21. Dezember 2021 E. 3.3.2.2 mit Hinweisen).

[...]

6. Die Beschwerdeführerin rügt weiter eine rechtsfehlerhafte Bewertung der Zuschlagskriterien [...].

Beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, und damit insbesondere auch bei der Bewertung der Zuschlagskriterien selbst, steht der Vergabestelle ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in welchen das Gericht nicht eingreifen kann, es sei denn, er werde überschritten oder missbraucht (vgl. Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510]; statt vieler OGE 60/2020/39 vom 21. Dezember 2021 E. 2.1 mit Hinweisen). Die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung der Anbieterinnen (Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB) setzen aber

voraus, dass die Bewertung den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien entspricht, die Punkteverteilung pflichtgemäss und nachvollziehbar erfolgt und auf alle Angebote gleich angewandt wird (vgl. zum Ganzen OGE 60/2017/17 vom 1. Dezember 2017 E. 2.3, Amtsbericht 2017, S. 135; VGer ZH VB.2016.00477 vom 17. November 2016 E. 4.2).

[...]

10. Das Obergericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Untersuchungsgrundsatz; Art. 44 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, SHR 172.200] i.V.m. Art. 7 des Einführungsgesetzes zum BGBM vom 29. Juni 1998 [EG BGBM, SHR 172.500] und § 5 Abs. 2 der Verordnung zur IVöB vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511]) und wendet das Recht von Amtes wegen an. Der Untersuchungsgrundsatz wird indes durch das Rügeprinzip bzw. die Mitwirkungspflichten der Parteien relativiert, wonach diese die notwendigen Sachvorbringen fristgerecht selbst vorzutragen haben (vgl. Art. 3 EG BGBM und § 5 Abs. 1 ViVöB). Das Obergericht kann in diesem Sinne Fragen nachgehen, die von den Parteien zwar nicht ausdrücklich aufgeworfen wurden, zu deren Beantwortung aufgrund der Parteivorbringen in Kombination mit den Akten aber Anlass besteht bzw. wenn rechtliche Mängel offensichtlich sind (zum Ganzen OGE 60/2018/45 vom 30. April 2019 E. 4.2 mit Hinweisen; vgl. ferner OGE 60/2018/7 vom 3. Juli 2018 E. 3.5 mit Hinweis u.a. auf Arnold Marti, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton Schaffhausen, Diss. Zürich 1986, S. 225; Kilian Meyer, in: Meyer/Herrmann/Bilger [Hrsg.], Kommentar zur Schaffhauser Verwaltungsrechtspflege, 2021, Art. 44 VRG N. 3, S. 364).

Obwohl das Zuschlagskriterium Preis ("Wärmepreis, Kältepreis, Preis Elektrizität") von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet wurde, drängt es sich auf, dessen rechtkonforme Bewertung zu prüfen, zumal angesichts des Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB) ein öffentliches Interesse an der korrekten Preisbewertung besteht.

10.1. Da der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden muss (vgl. Art. 13 lit. f IVöB und Art. 32 Abs. 1 VRöB), handelt es sich beim Preis grundsätzlich um ein zwingendes Zuschlagskriterium, das gemäss konstanter Rechtsprechung auch bei komplexen Beschaffungen mit mindestens 20% zu gewichten ist (BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022 E. 1.6 mit Hinweisen). Es drängt sich daher auf zu prüfen, ob die von den Spitälern Schaffhausen vorgenommene Gewichtung des Kriteriums "Wärmepreis, Kältepreis, Preis Elektrizität" mit nur 15% ausnahmsweise zulässig war.

10.2. Wie erwähnt, ist das Preiskriterium grundsätzlich mit mindestens 20% zu gewichten. Eine tiefere Gewichtung kommt jedenfalls – wenn überhaupt – nur in begründeten Ausnahmefällen in Frage (gemäss Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 879, S. 395, kann ausnahmsweise ganz auf das Preiskriterium verzichtet werden; werde aber [auch] auf den Preis abgestellt, sei dieser mit mindestens 20% zu gewichten [Rz. 880, S. 396]). Der Vergabestelle kommt sodann bei der Bewertung der Angebotspreise ein erheblicher Ermessensspielraum zu (vgl. vorangehende E. 6). Eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis darf jedoch durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden (zum Ganzen BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022 E. 1.6 und 2.3 mit Hinweisen). Die von der Vergabestelle gewählte Bewertungsmethode muss die Gewichtung des Preiskriteriums umsetzen. Das bedeutet insbesondere, dass nur die tatsächlich in Frage kommende Bandbreite möglicher Preise zu berücksichtigen ist. Demnach muss die gewählte Spanne zwischen dem günstigsten und einem sehr teuren Preis realistisch sein bzw. realistischerweise erwartet werden können. Ob eine gewählte Preisspanne realistisch ist, hängt von der in Frage stehenden Beschaffung ab. Bei einfachen Bauarbeiten ist in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite der Preise erst nach Vorliegen der Angebote festgelegt, können die tatsächlich offerierten Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden. Die Preisspanne muss sich indes nicht zwingend aus dem besten und dem schlechtesten Angebotspreis zusammensetzen. Massgebend bleibt, ob die gewählte Preisspanne realistisch ist (zum Ganzen OGE 60/2020/39 vom 21. Dezember E. 5.3 mit Hinweisen; vgl. ferner BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022 E. 3.4 mit Hinweisen). Die Vergabestelle trifft diesfalls indes eine erhöhte Begründungslast (OGE 60/2019/3 vom 20. August 2019 E. 5.3.1 a.E. mit Hinweis u.a. auf VGer ZH VB.2016.00615 vom 4. Mai 2017 E. 3.3).

10.3. Das Obergericht hat in seiner Verfügung vom 8. März 2022 (E. 3.4.4) darauf hingewiesen, dass die Bewertung des Preiskriteriums durch die Spitäler Schaffhausen nach vorläufiger Würdigung dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz widerspreche. Es hat es den Parteien freigestellt, sich dazu zu äussern. Während sich die Beschwerdeführerin in der Folge im Wesentlichen den Überlegungen des Obergerichts anschloss, verzichteten die Spitäler Schaffhausen auf weitere Ausführungen zum Preiskriterium. Damit haben die Spitäler Schaffhausen nicht dargelegt, weshalb ausnahmsweise eine Gewichtung des Preises von nur 15% gerechtfertigt sein soll. Eine Begründung lässt sich auch den Vergabeakten nicht entnehmen. Ebenso wenig ist ersichtlich oder von den Spitälern Schaffhausen dargetan,

weshalb die gewählte Preisbewertung, welche die Punktzahlen nach Rangfolge vergab sowie die zu erwartende Preisspanne ebenso wie die konkret offerierten Preise und die Preisdifferenzen völlig unberücksichtigt liess, im vorliegenden Fall ausnahmsweise gerechtfertigt sein soll. Die von den Spitälern Schaffhausen gewählte Gewichtung und Bewertung des Preises erweist sich demnach als rechtfertigbar.

10.4. Das Preiskriterium ist nach dem Gesagten mit 20% zu gewichten. Die Gewichtung der übrigen fünf Zuschlagskriterien ist entsprechend um je 1% zu reduzieren. Diese Einfachheitshalber pauschale (statt prozentuale) Reduktion rechtfertigt sich vorliegend, da die Zuschlagskriterien allesamt zwischen 10% und 25% gewichtet wurden, weshalb es nicht zu wesentlichen Verzerrungen kommt. Die Festlegung der Preisspanne ist ebenfalls durch das Obergericht vorzunehmen, wobei die gerade noch zulässige Preisspanne festzulegen ist (vgl. dazu OGE 60/2020/39 vom 21. Dezember 2021 E. 5.5.3 f.). Die von den Spitälern Schaffhausen gewählte Preisspanne beträgt rund 27% bzw. – da das höchste Angebot mit 1 Punkt statt 0 Punkten bewertet wurde – effektiv rund 33%. Im vorliegenden Fall rechtfertigt es sich, von dieser tatsächlichen Preisspanne auszugehen (vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 901 ff., S. 405 f., wonach die Preisspanne bei nachträglicher Festlegung grundsätzlich der effektiven Bandbreite der Preise der eingereichten Angebote entsprechen muss), zumal dadurch das bereits tief gewichtete Preiskriterium nicht weiter abgeschwächt wird und eine Preisspanne von rund 30% grundsätzlich noch nicht als unüblich tief zu bezeichnen ist (vgl. OGE 60/2016/26 vom 20. September 2016 E. 3.3, nicht publ. in: Amtsbericht 2016, S. 189 ff., mit Hinweis auf OGE 60/2008/38 vom 26. September 2008 E. 5b/cc und dd, Amtsbericht 2008, S. 94 f.; VGer ZH VB.2016.00615 vom 4. Mai 2017 E. 3.3). Der Mindestpreis ist ausgehend vom tiefsten Angebot auf Fr. 1.29 Mio. festzulegen und die anzuwendende Preisspanne beträgt demnach Fr. 430'000.–. Die Preisformel lautet entsprechend wie folgt (vgl. OGE 60/2020/39 vom 21. Dezember 2021 E. 5.5.4.3):

$$\frac{\text{Max. Punkte } 5 \times (\text{Mindestpreis Fr. 1.29 Mio.} + \text{Preisspanne Fr. 0.43 Mio.} - \text{Angebotspreis})}{\text{Preisspanne Fr. 0.43 Mio.}}$$

[...]