

Submission; Ausschreibungsunterlagen; Zuschlagskriterien; Transparenzgebot – Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB; Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i VRöB.

Die Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen sind nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat von mehreren möglichen Auslegungen nicht die ihm zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenze des rechtlich Zulässigen abzustecken (E. 3.3.2).

Mit der nachträglichen Erhöhung der Maximalpunktzahl hat die Vergabebehörde das Transparenzgebot verletzt (E. 3.3.2.2).

OGE 60/2019/3 vom 20. August 2019

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Die Einwohnergemeinde X. führte für die Aufstockung eines Schulhauses eine Gesamtleister-Submission im selektiven Verfahren durch. Die zur zweiten Stufe eingeladenen Anbieterinnen konnten dem Beurteilungsgremium im Rahmen einer Präsentation ihr Angebot und ihre Schlüsselpersonen vorstellen. Die Ausschreibungsunterlagen sahen vor, dass die bei dieser Präsentation gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse zur Verfeinerung der Gesamtbeurteilung dienen. Die Einwohnergemeinde X. erteilte den Zuschlag der A. AG. Die zweitplatzierte B. AG erhob dagegen Beschwerde ans Obergericht. Dieses hiess die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen

2. Im Submissionsverfahren sollen unter anderem die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und eine unparteiische Vergabe sowie die Transparenz des Vergabeverfahrens und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel sichergestellt werden (Art. 1 Abs. 3 lit. b bis d der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510]). Die Vergabestelle legt die für die Beschaffung massgeblichen Kriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags zu Beginn des Verfahrens fest und gibt diese bekannt. Dabei hat sie 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 (Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i der Vergaberichtlinien vom 15. April 2003 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [VRöB, SHR 172.512]). Beim Entscheid darüber,

welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, und damit insbesondere auch bei der Bewertung der Zuschlagskriterien selber, 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 IVöB; OGE 60/2018/45 vom 30. April 2019 E. 2 und OGE 60/2017/17 vom 1. Dezember 2017 E. 2.3, Amtsbericht 2017, S. 134 f., jeweils mit Hinweis; ferner BGE 143 II 553 E. 6.3.2 S. 558 f.).

3. Die Beschwerdeführerin rügt zunächst verschiedene Rechtsverletzungen in Zusammenhang mit den [...] durch die fünf für die zweite Stufe eingeladenen Anbieterinnen gehaltenen Präsentationen, anlässlich welcher diese die Gelegenheit erhalten hatten, ihre Schlüsselpersonen und die eingereichten Angebote dem Beurteilungsgremium vorzustellen.

3.1. Die Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, mit der "Präsentation / Verfeinerung der Beurteilung" sei unzulässigerweise nachträglich ein zusätzliches Zuschlagskriterium eingeführt worden, da die Zuschlagskriterien 1 bis 3 in den Ausschreibungsunterlagen bereits mit 100% und 500 Punkten gewichtet worden seien. Das zusätzliche Kriterium habe die Maximalpunktzahl von 500 auf 549 Punkte erhöht und zu einer Verwässerung der bekannt gegebenen Gewichtung der Zuschlagskriterien 1 bis 3 geführt. Die Einwohnergemeinde X. habe es unterlassen, die Bedeutung der Präsentation offenzulegen. Mit einer Gewichtung von 10% sei die "Präsentation / Verfeinerung der Beurteilung" nicht untergeordnet, sondern für den Zuschlag ausschlaggebend und in diskriminierender Weise spezifisch auf die A. AG zugeschnitten gewesen. Sodann scheine die Bewertungsmethode bezüglich der Präsentationen unzulässigerweise erst nach den Präsentationen angepasst worden zu sein. Indes sei auch die ursprünglich vorgesehene Bewertung durch Punkteabzüge unrechtmässig gewesen, da die Bewertung eines Kriteriums nicht durch eine schlechtere Bewertung eines anderen Kriteriums erfolgen könne und eine solche Bewertung zudem die Gewichtung verwässere. Schliesslich hätten die Präsentationen nicht durch eine Jury bewertet werden dürfen, wobei das Ermessen der Jurymitglieder durch das Punktierungssystem (1, 3 oder 7 Punkte) ohnehin in unzulässiger Weise eingeschränkt gewesen sei. Insgesamt habe die Einwohnergemeinde X. das Transparenzgebot, das Gebot der Rechtssicherheit und den Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt sowie ihr Ermessen überschritten bzw. missbraucht.

3.2. Nach Ansicht der Einwohnergemeinde X. wurde die Bewertung der Präsentationen in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen vorgenommen. Demnach hätten die Anbieterinnen ihr Team und ihr Angebot vorstellen können und die bei den Präsentationen gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse hätten in einem angemessenen Umfang zur Verfeinerung der Gesamtbeurteilung gedient.

Ebenso sei die Bewertung durch eine Jury bzw. ein Bewertungsgremium vorgesehen und zulässig gewesen. Die Frage sei nicht, ob, sondern wie die Präsentationen in die Beurteilung einfließen würden. Diesbezüglich verfüge die Einwohnergemeinde X. über einen erheblichen Beurteilungsspielraum. Im Übrigen sei insoweit unerheblich, ob die Präsentationen ein eigenes Zuschlagskriterium darstellten, als dass die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien auch nur nach Rangordnung erfolgen könne. Die "Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" könne nur so verstanden werden, dass die Präsentation in der Rangordnung (und Gewichtung) hinter die übrigen Zuschlagskriterien (Rangordnung: 1 bis 3; Gewichtung: 50%, 30% und 20%) zurückzutreten habe. Dies sei mit einer Gewichtung von knapp 10% der Fall. Sodann habe der anlässlich der Jurierung beschlossene Bewertungsschlüssel (7, 3 und 1 Punkte) zu einer maximal möglichen Differenz von 42 Punkten zwischen dem Minimum und Maximum an Bonuspunkten geführt, was dem Begriff der "Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" zweifellos angemessen Rechnung trage. [...] Die Gesamtbewertung der Zuschlagskriterien inkl. Verfeinerung aufgrund der Präsentationen sei schliesslich erst nach deren Durchführung vorgenommen worden, als alle Fakten auf dem Tisch gelegen seien.

3.3. Zu den Zuschlagskriterien und Präsentationen der Angebote führten die Ausschreibungsunterlagen im Dokument "2. Stufe: Dokument A, Administrative Angaben" Folgendes aus:

5.1 Zuschlagskriterien der 2. Stufe

In der 2. Stufe der Ausschreibung kommen die folgenden Zuschlagskriterien zur Anwendung (gemäss Leitfaden der 1. Stufe):

	Zuschlagskriterien	Gewicht	Punkte	Wertung = Gew. x Pte
1	Wirtschaftlichkeit, Preis gemäss eingereichtem Angebot	50 %	0 – 5	max. 250
2	Baubeschrieb und Terminplan, Qualität der angebotenen Bauweisen und Konstruktionen sowie Qualität der angebotenen Materialien auf der Grundlage des einzureichenden Baubeschriebs	30 %	0 – 5	max. 150
3	Referenzen Erfahrung und Qualifikation der Schlüsselpersonen	20 %	0 – 5	max. 100
	Total	100 %		max. 500

Erläuterungen zu den Zuschlagskriterien

(...)

5.2 Präsentation des Angebots in der 2. Stufe

Die Gesamtleister-Teams werden zu einer Präsentation des Angebots und zur Vorstellung der Schlüsselpersonen eingeladen. Sie erhalten die Gelegenheit, ihr Team und ihr Angebot während 30 Minuten dem Auftraggeber bzw. der Jury

(Beurteilungsgremium) vorzustellen. Die bei dieser Präsentation gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse dienen zur Verfeinerung der Gesamtbeurteilung. (Vgl. [...]).

5.3 Zuständigkeit und Beurteilung

Der Gemeinderat X. ist die für die Vergabe zuständige Behörde.

Die einzureichenden Baubeschriebe, Terminplanung und Angebote der 2. Stufe werden durch das Beurteilungsgremium entsprechend den unter Ziff. 5.1 aufgeführten Zuschlagskriterien geprüft und bewertet. Auf der Basis dieser Bewertung stellt die Jury dem Gemeinderat einen Antrag zur Vergabe des Auftrages an den am wirtschaftlich besten geeigneten Gesamtleister.

Die Vergabe des Gesamtleistungsauftrags erfolgt unter dem Vorbehalt der Genehmigung des Baukredits durch die Urnenabstimmung.

(...)

3.3.1. Soweit die Beschwerdeführerin zunächst vorbringt, die Beurteilung durch die Jury bzw. das Bewertungsgremium sei unzulässig, da kein Wettbewerb durchgeführt worden sei und die Vergabestelle die Bewertung vorzunehmen habe, kann ihr nicht gefolgt werden. Die Vergabestelle ist bei der Wahl der zur Bewertung eingesetzten Mittel grundsätzlich frei, solange das eingeschlagene Verfahren geeignet ist, eine sachliche Bewertung zu gewährleisten (OGE 60/2018/45 vom 30. April 2019 E. 4.1 mit Hinweis). Davon abgesehen, dass die Bewertung durch eine Jury bzw. durch ein Bewertungsgremium in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen war (vgl. oben E. 3.3), sind keine Gründe ersichtlich (und werden auch nicht geltend gemacht), weshalb das Beurteilungsgremium bzw. dessen Mitglieder vorliegend nicht geeignet gewesen sein sollten, eine sachliche Bewertung zu gewährleisten, zumal der Zuschlag in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen (vgl. oben E. 3.3) durch den Gemeinderat X. erfolgte und diesem somit letztlich die Verantwortung für den Zuschlag zukam.

3.3.2. Näher zu prüfen ist jedoch, ob die Bewertung der Präsentationen bzw. deren Berücksichtigung im Rahmen der Gesamtbewertung der einzelnen Anbieterinnen im Umfang von maximal 49 bzw. – bei einem Minimum von 7 Punkten – 42 zusätzlichen Punkten zulässig war. Soweit die Einwohnergemeinde X. diesbezüglich geltend macht, die Präsentationen seien in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen zu bewerten gewesen, ist ihr insoweit beizupflichten, als dass die bei den Präsentationen "gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse" in die Beurteilung der einzelnen Angebote einzufließen hatten, und zwar zur "Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" (vgl. oben E. 3.3). Diese Vorgaben sind dabei nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der für diese handelnden Personen kommt es nicht an. Das Gericht hat im Beschwerdeverfahren angesichts des Spielraums, welcher der

Vergabestelle bei der Umsetzung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vorgaben zukommt, von mehreren möglichen Auslegungen indes nicht die ihm zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenze des rechtlich Zulässigen abzustecken (vgl. OGE 60/2016/29 vom 25. Oktober 2016 E. 2.4 mit Hinweisen; BGE 141 II 14 E. 7.1 S. 35 f. betreffend Eignungskriterien; ferner BVGer B-6834/2018 vom 11. Juni 2019 E. 3.1.3 und VGer BE VGE 100.2018.326 vom 18. Dezember 2018 E. 3.3 mit Hinweisen, BVR 2019 S. 204 f.).

3.3.2.1. Aus dem Wortlaut von Ziff. 5.2 des Dokuments "2. Stufe: Dokument A, Administrative Angaben" ergibt sich, dass die Präsentationen jeweils die Vorstellung des Angebots und der Schlüsselpersonen bzw. des Teams der jeweiligen Anbieterin zum Gegenstand haben sollten. Sodann hatten die bei den Präsentationen "gewonnenen Eindrücke und Erkenntnisse [...] zur Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" beizutragen. Aus dem Kontext von Ziff. 5.1 des Dokuments A ergibt sich weiter, dass sich die zu verfeinernde "Gesamtbeurteilung" aus den Zuschlagskriterien 1 bis 3 zusammensetzte, welche insgesamt einem Maximum von 500 Punkten und einer Gewichtung von 100% entsprachen. Die Präsentationen als solche bildeten demgegenüber kein eigenständiges Zuschlagskriterium. Aus dem Gegenstand der Präsentationen – Vorstellung der Angebote und Schlüsselpersonen bzw. Teams – ergibt sich vielmehr, dass sich die bei den Präsentationen gewonnenen "Eindrücke und Erkenntnisse" auf das jeweilige Angebot und die jeweiligen Schlüsselpersonen bzw. Teams beziehen sollten, welche ihrerseits namentlich bereits Gegenstand der Zuschlagskriterien 2 und 3 waren. Die Bewertung der Zuschlagskriterien hatte sodann auf Grundlage der schriftlichen Offertunterlagen zu erfolgen und die Basis für den Zuschlagsantrag der Jury an den Gemeinderat zu bilden. Vor diesem Hintergrund ist der Ausdruck "Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" so zu verstehen, dass die anhand der schriftlichen Offertunterlagen bewerteten Zuschlagskriterien mit den zusätzlichen, aus den Präsentationen gewonnenen "Eindrücken und Erkenntnissen" abschliessend zu bewerten waren. Die Präsentationen sind somit über die "Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" an die Zuschlagskriterien "rückgekoppelt". Dieses Verständnis wird durch das von der Einwohnergemeinde X. im Hinblick auf die Präsentationen an die Anbieterinnen versandte E-Mail [...] betreffend "Fragebogen Vorstellung" bestätigt. Demnach sollte im zweiten Teil der Präsentationen auf die noch offenen Fragen bzw. die jeweiligen Antworten der Anbieterinnen eingegangen werden. Die Antworten sollten dabei "für die Angebots-Bewertung zum besseren Verständnis dienen" und "Bestandteil eines allfälligen Vertragsabschlusses" sein. Nach dem Gesagten hatte sich die "Verfeinerung der Gesamtbeurteilung" folglich im Rahmen der in Ziff. 5.1 des Dokuments A definierten Zuschlagskriterien zu bewegen, sodass durch die "Verfeinerung" namentlich das vorgegebene Maximum von 500 Punkten nicht

überschritten werden durfte. Es trifft zwar zu, wie die Einwohnergemeinde X. vorbringt, dass Art. 14 lit. i VRöB eine im Voraus bekannt gegebene prozentuale Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht zwingend vorschreibt, sondern die blosser Angabe der Rangordnung genügen lässt. Wird allerdings bereits in den Vergabeunterlagen eine vorbehaltlose Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgenommen, ist dies beim Vergabeentscheid grundsätzlich zu berücksichtigen und darf die Gewichtung nicht nachträglich geändert werden.

3.3.2.2. Aus den Eingaben der Einwohnergemeinde X. und den Vergabeakten ergibt sich, dass die Zuschlagskriterien 2 und 3 sowie die Präsentationen jeweils separat und unabhängig voneinander bewertet wurden. So wurde der mit dem schriftlichen Angebot eingereichte Terminplan der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium 2 mit der Note 2 (ungenügende Erfüllung) bewertet, und zwar unabhängig vom anlässlich der Präsentation eingereichten Terminplan, welcher als "geringfügig erweitert" beurteilt wurde. Dies wird von der Einwohnergemeinde X. denn auch nicht bestritten. Ob dabei die Gewichtung der Präsentationen "nur" knapp 10% betrug, ist unerheblich, da mit der Bewertung der Präsentationen mit bis zu 49 zusätzlichen Punkten die Maximalpunktzahl von 500 Punkte auf 549 Punkte erhöht wurde, was entgegen den Ausschreibungsunterlagen nicht zulässig war. Die Einwohnergemeinde X. hat somit gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot verstossen (vgl. dazu BGE 143 II 553 E. 7.7 S. 565 f.). [...]

3.4. Die Rüge der Beschwerdeführerin betreffend die Bewertung der Präsentationen erweist sich nach dem Gesagten als begründet und die Zuschlagsverfügung [...] ist aufzuheben. Die bei den Präsentationen gewonnenen "Eindrücke und Erkenntnisse" sind in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen zur "Verfeinerung" in die "Gesamtbeurteilung" einfliessen zu lassen und gestützt darauf ist die Bewertung der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Zuschlagskriterien, namentlich der Zuschlagskriterien 2 und 3, allenfalls anzupassen. Vor diesem Hintergrund braucht auf die Rüge, die Bewertung ihrer Präsentation (als solche) sei willkürlich und mangels ausreichender Begründung nicht nachvollziehbar, nicht weiter eingegangen zu werden, zumal die Beschwerdeführerin die tatsächlichen Feststellungen im Protokoll der Vorstellung nicht bestreitet.