

oder teilweise aufheben kann. Aufgrund welcher rechtlichen Grundlagen die allfällige Aufhebung eines angefochtenen Zuschlags zu erfolgen hat, ist jedoch eine Frage der Rechtsanwendung von Amtes wegen; hier besteht keine Bindung an die Vorbringen in der Beschwerde. Die Überprüfung der Rechtmässigkeit eines erfolgten Zuschlags kann jedenfalls nicht unabhängig vom zugrunde liegenden Vergabeverfahren erfolgen. Schwerwiegende Mängel des Vergabeverfahrens wirken sich auch auf die Rechtmässigkeit des erfolgten Zuschlags aus; sie verlangen grundsätzlich nicht nur dessen Aufhebung, sondern die Durchführung eines neuen, korrekten Submissionsverfahrens. Streitgegenstand im Submissionsbeschwerdeverfahren ist somit nicht nur die Zuschlagserteilung als solche, sondern notwendigerweise auch das dieser vorangehende Submissionsverfahren. Ein sich aus den Akten ergebender schwerwiegender Verfahrens- bzw. Rechtsmangel, wie ihn z.B. die Wahl einer nicht den Vorschriften des Submissionsdekrets entsprechenden Verfahrensart (AGVE 1997, S. 347) oder auch das Durchführen von verbotenen Abgebotsrunden (erwähnter VGE in Sachen H. AG, S. 7) darstellt, ist deshalb auch dann zu berücksichtigen, wenn eine entsprechende Rüge nicht erhoben wird. Wenn das Verwaltungsgericht dieser - sich aus der Pflicht zur Rechtskontrolle zwingend ergebenden - Konsequenz nachlebt, masst es sich deswegen nicht die Kompetenz einer allgemeinen Aufsichtsbehörde an (erwähnter VGE in Sachen C., S. 6).

74 Zuschlagskriterien, Subkriterien, vergabefremde Kriterien.

- Lehrlingsausbildung als vergabefremdes Zuschlagskriterium (Erw. 1/c/bb/aaa).
- Subkriterien müssen sich publizierten Zuschlagskriterien zuordnen lassen, andernfalls liegt eine unzulässige Ausweitung vor, die vor dem Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens nicht zu bestehen vermag (Erw. 1/c/bb/bbb).
- Da sich vergabefremde Kriterien ihrer Natur nach den die Wirtschaftlichkeit eines Angebots betreffenden Vergabekriterien nicht zu-

ordnen lassen, ist es unter Berücksichtigung des Transparenzgebots zwingend erforderlich, dass die vergabefremden Aspekte in der Ausschreibung ausdrücklich erwähnt werden (Erw. 1/c/bb/ddd).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3.Kammer, vom 9. August 2001 in Sachen Z. AG gegen die Verfügung des Stadtrats L.

Aus den Erwägungen

1. b) aa) Die vorliegende Submission wurde als offenes Verfahren ausgeschrieben. In der öffentlichen Ausschreibung wurden als für die Vergabe massgebende Zuschlagskriterien angeführt:

„Qualität	40 %
Preis	30 %
Qualifikation Schlüsselpersonal	30 %“

(...)

c) aa) Die Beschwerdeführerin rügt vorab „die rechtswidrige und willkürliche Berücksichtigung der Lehrlinge“. Sie macht geltend, dass unter der Rubrik „Qualifikation Schlüsselpersonal“ entgegen der Ausschreibung nicht nur die effektive Qualifikation des Schlüsselpersonals, der Bauführer und Vorarbeiter, sondern quasi als Unterkriterium auch die Ausbildung der Lehrlinge einbezogen worden sei. Dies sei mit einer Gewichtung von 30 % der insgesamt 30 % des Zuschlagskriteriums „Schlüsselpersonal“ erfolgt, was immerhin 9 % der Gesamtgewichtung ausmache. Allein schon von der wörtlichen Auslegung her könnten Lehrlinge nicht als Schlüsselpersonal bezeichnet werden, weshalb in § 18 Abs. 2 letzter Satz SubmD festgehalten werde, dass bei Geltung dieses Zuschlagskriteriums dieses ausdrücklich mit seiner Gewichtung öffentlich auszuschreiben sei. Weil dies im vorliegenden Verfahren nicht geschehen sei, dürfe dieses Kriterium bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden.

Die Vergabestelle hält diesem Vorhalt entgegen, dass unter Position 1.3 in den Vorbemerkungen zu den Ausschreibungsunterlagen im Blatt „Ergänzende Angaben zur Bewertung der Zuschlagskrite-

rien (vom Unternehmer auszufüllen)“ folgende Angaben verlangt worden seien:

- „- Welche Schlüsselpersonen mit welcher Qualifikation gedenken Sie bei vorliegenden Projekt einzusetzen?
- Wie viele Mitarbeiter beschäftigen Sie in Ihrem Betrieb?
- Wie viele davon sind Lehrlinge?“

Deshalb sei für die Offerenten ersichtlich gewesen, dass unter Pos. 1.3 ein „Unterkriterium“ Lehrlinge berücksichtigt werde. § 18 Abs. 2 SubmD zeige auf, dass die Ausbildung von Lehrlingen als Kriterium berücksichtigt werden könne; ein eigenständiges Kriterium werde dafür demgegenüber nicht gefordert, weshalb die Bewertung in einem Unterkriterium erfolgen könne. Mit der Ausbildung von Lehrlingen würden die Unternehmer wichtige Voraussetzungen schaffen, damit auch in den Randregionen in Zukunft gutes Personal rekrutiert werden könne. In diesem Sinne gehöre die Lehrlingsausbildung zum Schlüssel eines guten Berufsstandes. Aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin bei 255 Angestellten lediglich 2 Lehrlinge ausbilde, die Beschwerdegegnerinnen bei 330 Angestellten jedoch deren 22, wovon 14 in L., ergebe sich bei der Bewertung die ausgewiesene Punktedifferenz.

Die Beschwerdegegnerinnen führen aus, dass die Subkriterien, ihre Reihenfolge und Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen nicht aufgeführt werden müssten. Die Anbietenden dürften aber darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinne verstehe. Werde davon abgewichen, so reiche es aus, wenn in den Ausschreibungsunterlagen eine entsprechende Präzisierung erfolge. Diesen Vorgaben sei die Vergabestelle nachgekommen.

bb) aaa) Vergabefremde Kriterien, d.h. Eignungskriterien, die nicht die leistungsbezogene Eignung des Anbieters betreffen, bzw. Zuschlagskriterien, die nicht die Wirtschaftlichkeit des Angebots beschlagen, dürfen grundsätzlich beim Entscheid über die Eignung oder den Zuschlag nicht berücksichtigt werden. Als Ausnahmen vorbehalten bleiben indessen vergabefremde Kriterien, die nach Massgabe des anwendbaren Vergaberechts berücksichtigt werden müssen oder dürfen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, The-

sen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 28). Derartige Kriterien finden sich namentlich in § 3 SubmD (Einhaltung der Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen, Gleichbehandlung von Mann und Frau hinsichtlich Lohn, Einhaltung der Umweltschutzvorschriften). § 10 SubmD sieht vor, dass im Rahmen einer Präqualifikation jungen oder sonst neu im Markt Auftretenden eine angemessene, niemanden diskriminierende Chance einzuräumen ist. Gemäss § 18 Abs. 2 SubmD kann „als Kriterium (...) auch die Ausbildung von Lehrlingen berücksichtigt werden“. Das Submissionsdekret erklärt somit die an sich vergabefremde Lehrlingsausbildung ausdrücklich zu einem zulässigen Zuschlagskriterium. Ob diese Regelung vor dem übergeordneten - hier allerdings nicht zur Anwendung gelangenden - Recht (GATT/WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994; Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994) standhält, erscheint fraglich (vgl. Baurecht 2000, S. 59, Anmerkung Stöckli zu S. 17-18), muss im vorliegenden Fall aber nicht entschieden werden. Immerhin ist den einschlägigen Materialien zu entnehmen, dass die Lehrlingsausbildung auch nach dem Willen des Aargauischen Dekretgebers für die Vergabe nur dann eine Rolle spielen soll, wenn sich bei der Zuschlagserteilung bezüglich der übrigen Kriterien gleichwertige Angebote gegenüberstehen. Der Lehrlingsausbildung darf mit anderen Worten innerhalb des für massgebend erklärten Kriterienkatalogs lediglich eine untergeordnete Bedeutung zukommen (AGVE 1999, S. 298 f. mit Hinweisen). Letztlich geht es wie bei § 3 SubmD darum, Unternehmen, die Verfassungs- und Gesetzesvorgaben und -ziele (Art. 110 Abs. 1 lit. a BV i.V.m. Art. 6 ArG, Art. 8 Abs. 3 BV, Art. 74 BV, Art. 100 Abs. 1 BV i.V.m. Art. 1 des Bundesbeschluss über Massnahmen zur Verbesserung des Lehrstellenangebotes und zur Entwicklung der Berufsbildung [Lehrstellenbeschluss II] vom 18. Juni 1999 [Stand am 21. Dezember 1999]) einhalten und damit tendenziell höhere Allgemeinkosten auf sich nehmen, bei der Vergabe *nicht zu benachteiligen*. Das Submissionsrecht steht innerhalb der Gesamtrechtsordnung; es geht nicht an, mittels einer auf den Preis fixierten Auslegung der Vergabekriterien andere legitime Ausrichtungen der

Rechtsordnung zu desavouieren. Klar bleibt dabei immer, dass das in § 18 Abs. 2 Satz 2 SubmD als zulässig bezeichnete Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung nicht dazu dienen darf, verdeckte Diskriminierungen zu ermöglichen; solange ihm von der Gewichtung her lediglich eine geringe Bedeutung zukommt, lässt sich diese Gefahr durchaus in Grenzen halten (vgl. zum Ganzen auch Bernt Elsener, Vergaberecht, Wien 1999, S. 30 f.).

bbb) Anlässlich der Teilrevision des Submissionsdekrets vom 18. Januar 2000 wurde u.a. auch § 18 Abs. 3 SubmD geändert. Gemäss der revidierten Fassung sind die ausgewählten Zuschlagskriterien nun neu „in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und mit ihrer Gewichtung in der Ausschreibung aufzuführen“. Die Vergabestelle ist aber weiterhin aufgrund des Dekrets grundsätzlich nicht verpflichtet, zum Voraus bekannt zu geben, wie sie die Zuschlagskriterien im Einzelnen zu bewerten gedenkt; die nachträgliche Unterteilung der Zuschlagskriterien in Sub- oder Teilkriterien stellt wie eine Beurteilungsmatrix lediglich ein Hilfsmittel für eine differenzierte Bewertung dar. Die einzelnen Subkriterien müssen sich allerdings einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen bzw. davon mitumfasst werden; es dürfen hierbei nicht etwa neue Zuschlagskriterien geschaffen oder herangezogen werden (VGE III/71 vom 28. Mai 1999 in Sachen K.+P. [BE.98.00383], S. 12). Weiter dürfen die Anbieter darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien - wie sie auch in § 18 Abs. 2 SubmD genannt sind - im herkömmlichen Sinn versteht; andernfalls müssen sie in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 1998, S. 393 f.).

Das Subkriterium Lehrlingsausbildung kann im herkömmlichen Sprachgebrauch klarerweise nicht unter das Zuschlagskriterium „Qualifikation des Schlüsselpersonals“ subsumiert werden. Unter diesem Kriterium ist vielmehr die Bewertung der Qualifikationen der für das Gelingen der Auftragserledigung verantwortlichen oder zumindest relevanten Personen (z.B. Bauführer, Poliere) zu erwarten. Im vorliegenden Zusammenhang fehl am Platz sind die Argumenta-

tionen der Beschwerdegegnerinnen, wonach „die Lehrlingsausbildung als ‚Schlüssel‘ für die gesunde Fortentwicklung des Gewerbes“ betrachtet werden könne, und der Vergabestelle, wonach die Lehrlingsausbildung „zum Schlüssel eines guten Berufsstandes“ gehöre. Beide Äusserungen mögen in der Sache ohne weiteres zutreffen, ändern indessen nichts daran, dass die Lehrlinge nach dem üblichen und damit massgebenden Verständnis gerade nicht zum Schlüsselpersonal gehören. Zumindest die Beschwerdegegnerinnen räumen denn auch ein, dass die Vergabestelle (beabsichtigterweise) von der (semantisch-systematischen) Logik abgewichen sei.

ccc) Scheitert nun aber die Zuordnung des an sich zulässigen Subkriteriums unter die publizierten Zuschlagskriterien, so führt diese Diskrepanz zu einer unzulässigen Ausweitung, welche vor dem Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens nicht zu bestehen vermag. Zwar hat die Vergabestelle in dem zu den Ausschreibungsunterlagen gehörenden Beiblatt „Ergänzende Angaben zur Bewertung der Zuschlagskriterien“ unter der Rubrik „Qualifikation Schlüsselpersonal“ tatsächlich auch die Frage nach der Anzahl beschäftigter Lehrlinge aufgeworfen, doch musste deswegen die Beschwerdeführerin nicht damit rechnen, dass die Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium und mit einem Gewicht von beinahe 10 % in die Gesamtbeurteilung Eingang finden würde. Dass die Beschwerdeführerin trotz diesen ergänzenden Angaben bzw. Fragen „zur Bewertung der Zuschlagskriterien“ auf die Gewichtung und Bedeutung gemäss der öffentlichen Ausschreibung vertrauen durfte (Erw. b/aa hievor), zeigt sich auch darin, dass dem erwähnten Fragenkatalog noch weitere Ausweitungen zu entnehmen sind, welche aber - soweit ersichtlich - keinen Eingang in die Bewertung gefunden haben. So wurde bezogen auf das Kriterium Preis die Frage danach gestellt, wie oft die Anbieter in den letzten 24 Monaten mit der Gemeinde L. zusammengearbeitet haben. Die entsprechenden Antworten wurden in der Folge richtigerweise nicht in die Bewertung miteinbezogen, die Beschwerdegegnerinnen ihrerseits haben diese Frage nicht einmal beantwortet. Weiter bleibt noch zu vermerken, dass der sachliche Zusammenhang des Zuschlagskriteriums „Preis“ mit den in dieser Rubrik gestellten Fragen nach Referenzobjekten und Zusammen-

arbeit mit der Gemeinde L. schlicht nicht nachvollziehbar ist. Um entsprechende Subkriterien kann es sich dabei jedenfalls nicht handeln. Auch die insgesamt wenig logische Struktur des die ergänzenden Angaben betreffenden Beiblatts spricht daher nicht für die Argumentation von Vergabestelle und Beschwerdegegnerinnen, die Beschwerdeführerin hätte aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennen müssen, dass die Anzahl Lehrlinge (in Bezug auf die Anzahl Mitarbeiter) ein zuschlagsrelevantes Subkriterium gewesen sei.

ddd) Als unzulässig erweist sich die Bewertung eines sich nicht einem publizierten Zuschlagskriterium zuzuordnenden Subkriteriums (Erw. bbb hievor). Weil es nun aber gerade in der Natur von vergabefremden Kriterien liegt, dass sich diese den die Wirtschaftlichkeit des Angebots betreffenden Vergabekriterien nicht zuordnen lassen, erfordert das jedem Submissionsverfahren zu Grunde liegende Transparenzgebot zwingend eine ausdrückliche Erwähnung solcher (zulässiger) vergabefremder Aspekte in der Ausschreibung. Hätte die Vergabestelle - aus nachvollziehbaren und verständlichen Gründen - die Lehrlingsausbildung im Rahmen dieser Submission mitbewerten wollen, so hätte sie diese daher als Zuschlagskriterium mit der entsprechenden Gewichtung oder zumindest als klar als solches erkennbares Subkriterium, z.B. eines weiter gefassten Kriteriums „Qualifikation *des Anbieters*“, in der öffentlichen Ausschreibung selbst oder aber spätestens in den Ausschreibungsunterlagen anführen müssen.

75 Geltungsbereich des Submissionsdekrets.

- **Dem SubmD unterstehen auch öffentliche Unternehmungen mit privatrechtlicher Struktur sowie gemischtwirtschaftliche Unternehmungen, welche in personeller und finanzieller Hinsicht massgeblich von der öffentlichen Hand beherrscht werden und nicht in Konkurrenz zu (privaten) Dritten agieren (Erw. 1/b).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. September 2001 in Sachen ARGE C. AG und Mitbet. gegen die Verfügung der A. AG.

Aus den Erwägungen

1. a) Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist zulässig „in den Fällen, welche dieses oder ein anderes Gesetz bestimmt“ (§ 51 VRPG). Überdies kann durch Dekret des Grossen Rates die Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde auf weitere Fälle ausgedehnt werden (§ 51 Abs. 2 Satz 1 VRPG).

b) aa) Gemäss Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und andere Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach kantonalem oder interkantonalem Recht. Das kantonale Recht sieht wenigstens ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz vor (Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BGBM). Aufgrund der Formulierung von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM (vgl. auch Art. 2 Abs. 2 und 11 Abs. 2 BGBM) ist davon auszugehen, dass sämtliche Ausgaben, die zur Erledigung von öffentlichen Aufgaben getätigt werden, vom BGBM erfasst werden. Die Rechtsform der Beschaffungsstelle (Aktiengesellschaft, Genossenschaft, Ausgestaltung als Anstalt etc.) sowie der Umfang der Beschaffung spielen dabei keine Rolle (Manfred Wagner, Das Bundesgesetz über den Binnenmarkt [BGBM], in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [hrsg. von Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli], Band Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel / Genf / München 1999, S. 22 Rz. 62 [im Folgenden: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht]; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés