

V. Submissionen

29 Zuschlagskriterien; "Ausbildung Lehrlinge" Anwendungsfall bei einer Konzerngesellschaft; kein vergaberechtlicher Durchgriff auf weitere Konzerngesellschaften

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 7. Juli 2016 in Sachen
A. AG gegen B. AG und C. AG (WBE.2016.170).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Das an sich vergabefremde Zuschlagskriterium "Ausbildung Lehrlinge" ist mit einer untergeordneten Gewichtung grundsätzlich zulässig (§ 18 Abs. 2 SubmD; ferner AGVE 2001, S. 342 ff., insbesondere S. 345; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 931 f.). Es darf aber keine Diskriminierung auswärtiger Anbieter bewirken und insbesondere gegenüber Anbietern aus Vertragsstaaten der einschlägigen Übereinkommen, die keine dem schweizerischen Lehrlingswesen vergleichbare Berufsausbildung kennen, nicht angewandt werden (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003 [VB.2002.00255], Erw. 3b und e). Für die vorliegenden Leistungen – obwohl nach GATT/WTO-Abkommen resp. Staatsvertrag ausgeschrieben – haben nur schweizerische Unternehmen offeriert. Die Frage der Diskriminierung nichtschweizerischer Anbieter stellt sich daher von vornherein nicht.

Beim Kriterium 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. Zu berücksichtigen sind aber nur diejenigen Lehrstellen, die tatsächlich besetzt sind. Sachgerechterweise ist somit bei der Prüfung des Kriteriums Lehrlingsausbildung bei allen Anbietern auf das Verhältnis der Anzahl *aller* (vorhandenen) Lehrlinge zur *Gesamtzahl* der Beschäftigten einer Unternehmung abzustellen (vgl. Urteil des Obergerichts des Kantons Schaffhausen vom 29. November 2013 [60/2013/26], Erw. 2b; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Juni 2012 [VB.2012.00001], Erw. 4.2; je mit Hinweisen).

3.2.

Gemäss Ziff. 3.9 der öffentlichen Ausschreibung war die "Ausbildung Lehrlinge" als Zuschlagskriterium mit einem Gewicht von 5 % vorgesehen. Bewertet wurden die Angebote bei diesem Kriterium nach folgenden Vorgaben:

≥ 10 % vom festangestellten Personal exkl. temporäre Mitarbeiter =
5 Punkte

≤ 1 % vom festangestellten Personal exkl. temporäre Mitarbeiter =
1 Punkt

(Zwischenwerte werden linear auf eine Dezimalstelle gerundet).

Die Beschwerdegegnerin gab in ihrem Angebot (Formular Ausbildung Lehrlinge) zehn Lehrlinge an und wies darauf hin, dass sie "zusammen mit der Schwesterfirma D. AG momentan 10 Lehrlinge" ausbilde. Sodann gab sie für die gesamte Firmengruppe (Beschwerdegegnerin, D. AG, E. AG) 110 Mitarbeitende an. Sie wurde gestützt auf diese Angaben von der Vergabestelle beim Zuschlagskriterium "Ausbildung Lehrlinge" mit 4.6 Punkten gewichtet bzw. mit 23 Punkten bewertet. Die Beschwerdeführerin erhielt 1.9 bzw. gewichtet 10 Punkte. Die Bewertung beim Zuschlagskriterium "Ausbildung Lehrlinge" wirkt sich damit trotz des nur geringen Gewichts von 5 % entscheidend auf den Zuschlag aus.

Die Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums als solches, dessen Gewichtung sowie das grundsätzliche Vorgehen bei der Bewertung werden von der Beschwerdeführerin vorliegend zu Recht nicht in Frage gestellt. Streitig ist ausschliesslich die konkrete Bewertung der

Beschwerdegegnerin bzw. die Frage, ob ihr die im Angebot genannten 10 Lehrlinge tatsächlich zugerechnet werden dürfen.

3.3.

Gemäss der Darstellung der Beschwerdegegnerin stellt die F.-Gruppe einen Konzern dar, der aus der G. AG und den drei Tochtergesellschaften B. AG, der E. AG und der D. AG bestehe. Wirtschaftlich und operativ bildeten die rechtlich selbstständigen Unternehmen eine Einheit, welche gemeinsam Arbeiten im Bereich Dach- und Fassadensysteme anböten, gemeinsam Projekte führten und – insbesondere – gemeinsam Lehrlinge ausbildeten. Die Arbeitsverträge der Lernenden seien aus organisatorischen Gründen zwar alle mit der E. AG und der D. AG abgeschlossen worden. So könne die Betreuung der Lernenden besser koordiniert werden. Jedoch seien die Lehrlinge für alle Tochtergesellschaften tätig; sie würden, je nach Verfügbarkeit, individuell bei einer der drei Tochtergesellschaften eingesetzt und betreut. Dies gelte speziell auch für den umstrittenen Auftrag. Auch wenn der Werkvertrag formell nur mit einer Tochtergesellschaft abgeschlossen werde, sei jeweils die ganze F.-Gruppe an einem Auftrag beteiligt, indem Personal, Maschinen und andere Ressourcen der ganzen Gruppe miteinbezogen würden. Wirtschaftlich betrachtet würden sich die drei Tochtergesellschaften zu einer einzigen, den Auftrag ausführenden Organisation verflechten. Vor diesem Hintergrund müsse auch das Zuschlagskriterium der Lernenden beurteilt werden: Es dürfe nicht ausschliesslich auf das formelle Anstellungsverhältnis der Lernenden abgestellt werden, sondern es müssten im Sinne einer Gesamtbetrachtung die Lernenden der gesamten F.-Gruppe miteinbezogen werden.

3.4.

Nach der Rechtsprechung und Literatur gibt es keinen vergaberechtlichen Durchgriff auf Konzerngesellschaften. Mit Blick auf die Rechtssicherheit ist im Vergaberecht strikt und ausschliesslich auf die Rechtsform abzustellen. Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche Konzerngesellschaft als Konsortialpartnerin, als Subunternehmerin oder Lieferantin konkret in ihre Offerte einbinden. Steht die Konzerngesellschaft hingegen auf keine dieser Arten in

rechtlicher Nähe eines konkreten Vergabeverfahrens, bleibt sie gewöhnliche Dritte ohne Relevanz im fraglichen Verfahren. Die Konzerngesellschaft, sei es die Muttergesellschaft oder eine Schwestergesellschaft, wird insbesondere nicht schon aufgrund des unbestrittenen besonderen Näheverhältnisses Teil der Anbietersphäre. Eine Anbieterin kann sich auf die fachliche, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit einer Konzerngesellschaft daher nur dann stützen, wenn sie deren Einbindung in den konkreten Auftrag im vorgenannten Sinn nachweist (vgl. zum Ganzen Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts vom 2. Juni 2014 [B-1600/2014], Erw. 4.4.3; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 28. Februar 2013 [B-5563/2012], Erw. 3.3.3; Präsidialverfügungen des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 1. Februar 2016 [B2016/15], Erw. 2.2.3.1, und [B2016/16], Erw. 2.2.2.1; MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 1374 ff.; ferner Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. April 2009 [VB.2008.00194], Erw. 4; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 648).

Analoge Überlegungen müssen nach der Rechtsprechung für die Anrechenbarkeit von in einem Konzern beschäftigten Lehrlingen auf die einzelnen Gesellschaften gelten. Bildet die Lehrlingsausbildung ein Zuschlagskriterium, so muss gemäss dem Verwaltungsgericht des Kantons Basel-Landschaft die jeweilige Anbieterin selbst – und nicht allfällige Mutter-, Tochter- oder Schwestergesellschaften – eine substanzielle eigene Ausbildungsleistung nachweisen. Die Berücksichtigung des Kriteriums der Lehrlingsausbildung soll insbesondere auch dazu dienen, den durch diese verursachten nicht unerheblichen betrieblichen Zusatzaufwand (z.B. Weiterbildungserfordernisse für die Berufsbildner, Betreuung der Lernenden, Kosten des Berufsschulbesuchs oder der überbetrieblichen Kurse etc.) und somit die mit der Lehrlingsausbildung einher gehenden Wettbewerbsnachteile gegenüber Betrieben ohne Lernende auszugleichen. Betriebe ohne wesentliche eigene Ausbildungsleistung erleiden keinen in diesem Sinne auszugleichenden Aufwand, so dass sich spiegelbildlich auch keine Punktezusprechung rechtfertigt (Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Ver-

fassungs- und Verwaltungsrecht, vom 21. Januar 2015 [810 14 319], Erw. 5.2–5.4). Auch das Bundesgericht hat festgehalten, es liege auf der Hand, dass die Vergabebehörde bei der Punkteverteilung nur diejenigen Lehrlinge berücksichtigen dürfe, die unmittelbar zum offerierenden Unternehmen bzw. zur offerierenden Arbeitsgemeinschaft gehörten. Die Berücksichtigung von Lehrstellen ausserhalb des offerierenden Unternehmens bzw. der offerierenden Arbeitsgemeinschaft, z.B. einer (Unternehmens-)Gruppe, bezeichnet es als unzulässig (Urteil des Bundesgerichts vom 16. März 2007 [2P.242/2006], Erw. 4.2.4 und 4.2.5).

3.5.

Vorliegend ist unbestritten, dass bei der Beschwerdegegnerin keine Verträge mit Lernenden existieren (vgl. oben Erw. 3.3). Nach ihren Angaben wurden aus Koordinationsgründen alle Lehrverträge von der E. AG und der D. AG abgeschlossen. Eingesetzt und betreut würden die Lernenden jedoch bei allen drei Tochtergesellschaften, insbesondere auch bei der Beschwerdegegnerin. Zum Umfang des Einsatzes der Lehrlinge verweist die Beschwerdegegnerin auf die der Beschwerdeantwort beigelegten "Stundenkarten der Lernenden". Es handelt sich um zehn von der Beschwerdegegnerin ausgewählte Stundenkarten aus der Zeit von April 2013 bis April 2016 für zehn verschiedene Lehrlinge. In der ebenfalls beigelegten notariellen Feststellungsurkunde wird zu diesen Stundenkarten festgestellt, der jeweiligen Spalte "Baustelle" sei zu entnehmen, dass die Lernenden auch für die Beschwerdegegnerin tätig gewesen seien ("Ressourcenplanung B."). Eine Überprüfung der vorgelegten Stundenkarten zeigt allerdings, dass sich der durchschnittliche Einsatz eines Lehrlings bei der Beschwerdegegnerin im fraglichen Zeitraum auf rund einen Tag pro Monat beschränkte. Aufgrund dieser Angaben kann nicht von einem massgeblichen *eigenen* Ausbildungsbeitrag der Beschwerdegegnerin im Bereich der Berufsbildung gesprochen werden. Die Beschwerdegegnerin hat diese bereits in Erw. 4.4 der Verfügung vom 30. Mai 2016 gemachte Feststellung zum Umfang der Beschäftigung in ihrer Stellungnahme vom 27. Juni 2016 nicht als unzutreffend in Abrede gestellt. Ebenso wenig hat sie zusätzliche Unterlagen

eingereicht, aus denen ein höherer Beschäftigungsgrad der Lehrlinge bei ihr selber hervorgehen würde.

3.6.

Aufgrund der Akten steht sodann auch fest, dass das Angebot für die Arbeitsgattung BKP 224.1 ausschliesslich von der Beschwerdegegnerin eingereicht worden ist. Die beiden Schwestergesellschaften sind daran weder im Sinne einer Arbeitsgemeinschaft beteiligt noch werden sie als Subunternehmerinnen in den Auftrag eingebunden. Im Formular "Unternehmerangaben" wird das Vorliegen einer Arbeitsgemeinschaft ausdrücklich verneint und unter Rubrik Subunternehmer werden keine Angaben gemacht. Die verlangten Angaben, Nachweise und Bestätigungen zum Unternehmen (Einhaltung GAV, Bezahlung Sozialversicherungsbeiträge) beziehen sich ausschliesslich auf die Beschwerdegegnerin. Im Formular "Ausbildung Lehrlinge" werden 10 Lehrlinge und 110 festangestellte Mitarbeiter inkl. Lehrlinge angegeben. Dass dies nicht der effektive Personalbestand der Beschwerdegegnerin ist, sondern weitere Gesellschaften miteinbezogen sind, wird allerdings erst aus einer weiteren mit "Termine" bezeichneten Offertbeilage ersichtlich. Daraus erhellt, dass es sich bei den genannten 110 Mitarbeitern um den gesamten Personalbestand der drei Schwestergesellschaften handelt und "bei Bedarf" eine Personalaufstockung jederzeit möglich sei. Eine entsprechende Erklärung der D. AG oder der E. AG liegt der Offerte aber nicht bei. Aus der Beilage "Lehrlingsausbildung" geht sodann hervor, dass die genannten 10 Lehrlinge zusammen mit der Schwesterfirma D. AG ausgebildet würden. Von einem "konsequent konzernbezogenen Angebot" oder Konzernangebot allein wegen dieser Angaben zu Personalbestand und Lehrlingen kann – entgegen der Vergabestelle – nicht die Rede sein. Daran ändert auch nichts, dass bei einigen der angegebenen Referenzobjekte auf die Zusammenarbeit mit einer Schwesterfirma hingewiesen wurde.

3.7.

Demgemäss lässt sich die Erteilung der nahezu vollen Punktzahl beim Zuschlagskriterium "Ausbildung Lehrlinge" nicht rechtfertigen und liegt auch nicht mehr im Ermessensspielraum der Vergabestelle. Richtigerweise wäre das Angebot der Beschwerdegeg-

nerin in Anbetracht der fehlenden substanziellen eigenen Ausbildungsleistung bei diesem Zuschlagskriterium mit 0 Punkten zu bewerten gewesen (vgl. oben Erw. 3.4).

30 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren; Eignungskriterien

- Es ist zulässig, zum Nachweis der finanziellen Eignung die Einreichung der Geschäftsberichte, Bilanzen und Erfolgsrechnungen der letzten drei Jahre zu verlangen.
- Im Anwendungsfall war die Vergabestelle nicht verpflichtet, der betroffenen Anbieterin zu ermöglichen, die geforderten Unterlagen nachzureichen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 7. November 2016 in Sachen A. AG gegen Kanton Aargau (WBE.2016.412).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a - h SubmD genannten Fällen. Auszuschliessen sind somit Anbietende, welche die geforderten Eignungskriterien nicht mehr erfüllen (§ 28 Abs. 1 lit. a SubmD), oder deren Angebote wesentliche Formvorschriften verletzt haben, u.a. durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 28 Abs. 1 lit. g SubmD; vgl. auch § 27 lit. h der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB). Wie schon aus dem Wortlaut der Bestimmung hervorgeht, hat die Aufzählung der Ausschlussgründe keinen abschliessenden Charakter.