

offene oder das selektive Ausschreibungsverfahren erreicht oder überschritten werden, vor (Art. 68 VE-BoeB; vgl. insbesondere auch Erläuternder Bericht [Vernehmlassungsvorlage zur Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen] vom 30. Mai 2008, S. 74). Mit anderen Worten ist auch bei den Kantonen (wo das Gesetz ebenfalls gelten soll, vgl. Art. 4 VE-BoeB) unterhalb der massgebenden Schwellenwerte keine Beschwerdemöglichkeit an ein Gericht vorgesehen.

38 Zuschlagskriterien; Unterteilung in Sub- oder Teilkriterien

- **Subkriterien müssen sich einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen bzw. davon mitumfasst sein. Es dürfen hierbei keine neuen Zuschlagskriterien geschaffen oder herangezogen werden und die Anbietenden dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (Erw. 3.1. und 3.2.).**
- **Ein Kriterium "(Anteil) Wertschöpfung in der Schweiz" ist ein unzulässiges vergabefremdes Kriterium (Erw. 3.3.2.).**
- **Die Anforderung, dass das Produkt bzw. die Anlage "aus der gleichen Firma" stammen muss, ist im konkreten Fall unzulässig (Erw. 3.3.3.).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 18. November 2009 in Sachen P. AG gegen Ortsbürgergemeinde G. (WBE.2009.160).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Gemäss § 18 Abs. 3 SubmD sind die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen mit ihrer Gewichtung anzugeben. Allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Ge-

wichtung anzugeben. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Vergabestelle nicht gehalten, über die Anforderungen von § 18 Abs. 3 SubmD hinaus auch zum Voraus bekannt zu geben, wie sie die Zuschlagskriterien im Einzelfall zu bewerten gedenkt. Die nachträgliche Unterteilung der Zuschlagskriterien in Sub- oder Teilkriterien stellt wie eine Beurteilungsmatrix lediglich ein Hilfsmittel für eine differenziertere Bewertung dar. Die einzelnen Subkriterien müssen sich gemäss dem Verwaltungsgericht 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. Weiter dürfen die Anbietenden 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 bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 2001, S. 346 mit Hinweisen; 2002, S. 322 f. mit Hinweisen). So müssen die Anbietenden beispielsweise nicht erwarten, dass unter dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" auch Umweltaspekte beurteilt werden (AGVE 2002, S. 324).

3.2.

3.2.1.

In der öffentlichen Ausschreibung und in den Submissionsunterlagen hat die Vergabestelle einzig die Zuschlagskriterien Preis, Qualität und Referenzen mit einer Gewichtung von 50 %, 40 % und 10 % bekannt gegeben. Weitere Angaben zu den Zuschlagskriterien (Subkriterien, Bewertung) wurden nicht gemacht. Im Rahmen der Bewertung wurde das mit 40 % gewichtete Zuschlagskriterium "Qualität" in die beiden je mit 20 % gewichteten Subkriterien "Qualität" und "Wertschöpfung Schweiz" unterteilt. Unter dem Subkriterium "Qualität" wurde bewertet, ob das Produkt aus der gleichen Firma stammt. Ob hier allenfalls auch noch weitere (qualitative) Gesichtspunkte beurteilt wurden, ist nicht bekannt. Den Akten und den Eingaben der Vergabebehörde lässt sich diesbezüglich nichts entnehmen. Beim Subkriterium "Wertschöpfung Schweiz" wurde der pro-

zentuale Anteil der Herstellung in der Schweiz ermittelt; entsprechend der Höhe des Anteils wurden Rangpunkte vergeben. Der Begriff "Wertschöpfung Schweiz" entspricht gemäss der Vergabebehörde dem Begriff "Qualität Schweiz". Für die Bewertung beim Zuschlagskriterium "Qualität" entscheidend war laut Vergabestelle, "dass das Produkt die 'Qualität Schweiz' hat und aus der gleichen Firma stammt".

3.2.2.

Sowohl beim unter dem Subkriterium "Qualität" bewerteten Aspekt der Auftragserfüllung durch eine Firma (die Beschwerdeführerin spricht hier zutreffend von der "Leistung aus der Hand eines Unternehmens") als auch beim Teilkriterium "Wertschöpfung Schweiz" handelt es sich um Gesichtspunkte, mit deren Berücksichtigung und Bewertung die Anbietenden beim Zuschlagskriterium "Qualität" vernünftigerweise nicht rechnen mussten. Bei einem Lieferauftrag wie dem vorliegenden ist unter dem Zuschlagskriterium "Qualität" in erster Linie die Qualität des zu beschaffenden Produktes (Material, Ausführung, Übereinstimmung mit der technischen Spezifikation, Leistung, Verfügbarkeit etc.) selber zu beurteilen. Ob die zu beschaffende Förderbandanlage zum Transport von Wandkies von einem einzelnen Unternehmen hergestellt und geliefert wird oder von mehreren, beeinflusst die Qualität der Förderbandanlage als solche nicht. Dasselbe gilt grundsätzlich auch für die Herstellung der Anlage in der Schweiz oder im Ausland. Entgegen der Auffassung der Vergabestelle ist die Herstellung in der Schweiz nicht per se mit einer höherwertigen Qualität gleichzusetzen, die es erlauben würde, bei im Ausland hergestellten Produkten von vornherein und generell einen Bewertungsabzug vorzunehmen. Die Beschwerdeführerin weist – zumindest für den vorliegenden Fall – völlig zu Recht darauf hin, dass es hinsichtlich Qualität der Leistung in keinsten Weise erheblich sein könne, ob das Produkt in der Schweiz oder in Deutschland hergestellt worden sei.

Weder die öffentliche Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen enthalten im Übrigen einen Hinweis, dass die genannten beiden Gesichtspunkte bei der Bewertung der Angebote von Bedeutung sein würden. Der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis

bei den einzelnen Positionen jeweils auch nach dem Herstellerort / Herstellerland gefragt wurde, lässt sich jedenfalls nicht dahingehend interpretieren, dass der Ort der Herstellung für die Qualitätsbewertung von Bedeutung sein würde. Mithin handelt es sich um vergabefremde Aspekte, die sich – wie ausgeführt – weder dem Zuschlagskriterium "Qualität" noch einem anderen in der vorliegenden Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterium zuordnen lassen. Ihre Berücksichtigung bei der Bewertung verbietet sich vorliegend daher alleine schon aufgrund des Transparenzgebots, welches unter anderem auch verlangt, dass die Anbieter aufgrund der Ausschreibung erkennen können, was die Vergabebehörde unter den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien genau versteht und welche Aspekte sie dabei zu bewerten gedenkt (vgl. AGVE 2005, S. 248 ff.; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 624).

Die beim Zuschlagskriterium "Qualität" gemachten Punkteabzüge beim Angebot der Beschwerdeführerin erweisen sich damit als unzulässig.

3.3.

3.3.1.

Es stellt sich zudem die Frage nach der grundsätzlichen Zulässigkeit der beiden genannten Subkriterien.

3.3.2.

In Bezug auf das streitige Kriterium "Anteil Wertschöpfung in der Schweiz" ist festzuhalten, dass sich die Wirtschaftlichkeit des Angebots stets am Nutzen des Beschaffungsobjekts selbst zu messen hat. Ein fiskalisches Vorteil, der sich für den Staat aus einer Vergabe an schweizerische Unternehmen ergeben könnte, ist dementsprechend kein Kriterium, das für die Ermittlung des günstigsten Angebots berücksichtigt werden darf. Im Weiteren gewährleistet das Submissionsrecht die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter (vgl. § 1 Abs. 1 SubmD, Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB, Art. 11 lit. a IVöB; ferner Art. 5 Abs. 1 BGBM, Art. 1 Abs. 2, Art. 2 Abs. 3 und Art. 8 Abs. 1 lit. a BoeB, Art. III Ziffer 1 des GATT-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994

[Government Procurement Agreement, GPA; SR 0.632.231.422], Art. 6 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens vom 21. Juni 1999 [BilatAbk; SR 0.172.052.68]). Das betrifft sowohl die Gleichbehandlung der in- und ausländischen Anbieter als auch die Gleichbehandlung der inländischen Anbieter untereinander. Der Auftraggeber darf somit keine Kriterien wählen, die eine ungleiche Behandlung der Anbieter nach sich ziehen können. Massnahmen, welche die Sicherung von Wertschöpfungsanteilen in der Schweiz beinhalten, sind weder mit der schweizerischen Gesetzgebung noch mit dem Staatsvertragsrecht (GPA, BilatAbk) zu vereinbaren. Daraus erhellt, dass die Begünstigung oder Benachteiligung von Anbietern auf der Basis der Herkunft von Erzeugnissen oder Dienstleistungen nicht zulässig ist. Der Auftraggeber darf demzufolge den wirtschaftlichen Nutzen der zu prüfenden Angebote nicht aufgrund des Kriteriums "Anteil Wertschöpfung in der Schweiz" bestimmen (vgl. zum Ganzen auch die Interpellation 00.3120 von Nationalrat Paul Kurrus vom 23. März 2000 und die Antwort des Bundesrates vom 19. Juni 2000, in: Curia Vista – Geschäftsdatenbank der Bundesversammlung http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/geschaefte.aspx?gesch_id=20003120). Ein Kriterium "(Anteil) Wertschöpfung in der Schweiz" ist mithin ein unzulässiges vergabefremdes Kriterium.

Soweit die Vergabebehörde den Begriff "Wertschöpfung Schweiz" mit "Qualität Schweiz". bzw. "Qualitätsmerkmal Schweiz" gleichsetzen will, kann grundsätzlich auf die bereits in Erw. 3.2.2. gemachten Ausführungen verwiesen werden. Die Qualität der Leistung – hier der offerierten Förderbandanlagen – ist bei jedem Angebot vor dem Hintergrund der nachgefragten Leistung / Produkte und deren Spezifikationen ungeachtet der Herkunft zu prüfen und zu bewerten. Allfällige Bewertungsabzüge bei der Qualität müssen sich sachlich begründen lassen. Die Fabrikation im Ausland bedeutet nicht per se schlechtere Qualität. Deshalb ist es nicht zulässig, bei im Ausland hergestellten Produkten generell und ohne konkrete Prüfung auf eine mindere Qualität zu schliessen und alleine wegen der Herstellung im Ausland beim Zuschlagskriterium "Qualität" einen

Bewertungsabzug zu machen. Ein solches Vorgehen verstösst gegen das Gebot der Gleichbehandlung und stellt Diskriminierung ausländischer Produkte (und gegebenenfalls auch der ausländischen Anbieter) dar. Die Vergabestelle begründet im vorliegenden Fall nicht einmal ansatzweise, weshalb eine in der Schweiz hergestellte Förderbandanlage in qualitativer Hinsicht höherwertig sein soll als eine in Deutschland oder in einem anderen Land hergestellte Anlage.

3.3.3.

3.3.3.1.

Bei der weiteren unter dem Zuschlagskriterium "Qualität" beurteilten Anforderung, dass das Produkt bzw. die Anlage (Stahlbau und Förderband) "aus der gleichen Firma" stammen muss, handelt es sich ebenfalls um einen Aspekt, der mit der Qualität des Produkts an sich nichts zu tun hat, und infolgedessen nicht bei diesem Zuschlagskriterium beurteilt werden darf, schon gar nicht ohne entsprechende vorgängige Bekanntgabe in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen (vgl. oben Erw. 3.2.2.). Es ist nicht nachvollziehbar und wird von der Vergabestelle denn auch nicht begründet, weshalb die Qualität einer Anlage grundsätzlich höher sein soll, wenn die Anlage durch eine Firma hergestellt wird. Die Vergabestelle begründet die Anforderung eines einzigen Herstellers vielmehr damit, dass es bei Unterhalt und Serviceleistungen / Reparaturarbeiten der Anlage, die eine Lebensdauer von 25 bis 30 Jahren habe, ein Nachteil sei, zwei verschiedene Ansprechpartner zu haben, man wolle dafür nur einen Ansprechpartner. Das Anliegen, für künftige Wartungs- und Reparaturarbeiten der gesamten Anlage einen einzigen, klar definierten Ansprechpartner zu haben, ist nachvollziehbar und erscheint auch sachlich begründet. Es wäre der Vergabestelle deshalb unbenommen gewesen, entsprechende Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen zu machen und bei allfälligen Abweichungen auch Abzüge bei der Bewertung vorzunehmen. § 18 Abs. 2 SubmD nennt u. a. ausdrücklich die Zuschlagskriterien "Garantie- und Unterhaltsleistungen" oder "Kundendienst". Die Vergabebehörde hätte daher in der Ausschreibung ohne Weiteres ein Zuschlagskriterium "Unterhaltsleistungen" festlegen und in diesem Kontext auch verlangen können, dass für Unterhalt, Wartung und Reparaturen ein ein-

ziger Ansprechpartner gegeben sein muss. Diesfalls wäre für die Anbietenden von vornherein klar gewesen, dass dies für die Vergabebehörde ein entscheidender Punkt ist. Eine Berücksichtigung bei der "Qualität", wie es die Beschwerdeführerin vorliegend getan hat, ist hingegen nicht zulässig.

3.3.3.2.

Die Vergabestelle ist berechtigt, in den Ausschreibungsunterlagen die Bildung von Arbeitsgemeinschaften ausdrücklich auszuschliessen, wenn sie solche im konkreten Fall als unzweckmässig erachtet (§ 11 Abs. 3 SubmD). Unterlässt sie dies, so sind Arbeitsgemeinschaften zulässig. Die zugelassenen Arbeitsgemeinschaften sind gleich zu behandeln, wie die übrigen Anbieter. Dies folgt aus § 1 SubmD und dies schliesst es aus, Arbeitsgemeinschaften ungeachtet ihrer konkreten Organisation im Einzelfall generell und von vornherein schlechter zu bewerten als Einzelunternehmen (AGVE 2002, S. 347 f.).

Im vorliegenden Fall wurde kein Ausschluss von Arbeitsgemeinschaften bekannt gegeben. Demzufolge waren solche zugelassen. Mithin war die grundsätzliche Schlechterbewertung von Arbeitsgemeinschaften auch aus diesem Grund nicht zulässig.

Vorliegend ist zudem einzig die Beschwerdeführerin als Anbieterin in Erscheinung getreten, d. h. sie hat ein Angebot als "Einzelfirma" und nicht als Bietergemeinschaft eingereicht. In einer beigelegten "Erklärung" wird zwar festgehalten, im Auftragsfalle würde die Beschwerdeführerin eine "unechte" Arbeitsgemeinschaft mit der Firma A. AG eingehen. Gegenüber der Bauherrschaft sei die Firma P. rechtlich verbindlicher Vertragspartner. Das heisst, im Fall des Zuschlags würde der Vertrag einzig mit der Beschwerdeführerin abgeschlossen und nicht mit einer Arbeitsgemeinschaft. Die A. AG wäre in Bezug auf die Auftraggeberin somit Subunternehmerin. Zwischen ihr und der Auftraggeberin entstünden mithin keine vertraglichen Beziehungen. Insofern kann der Auffassung der Vergabebehörde, sie sei beim Angebot der Beschwerdeführerin mit zwei verschiedenen Ansprechpartnern konfrontiert, zumindest in rechtlicher Hinsicht nicht gefolgt werden. Ihre Vertragspartnerin ist einzig die Beschwerdeführerin.

39 Freihändige Vergabe

- **Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe aufgrund technischer Besonderheiten, sofern diese sachlich begründet sind.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. Dezember 2009 in Sachen X. AG gegen Y. AG (WBE.2009.207).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Auch die öffentliche Auftraggeberin kann grundsätzlich frei bestimmen, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Ästhetik, Service usw. stellt, was also im Einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist (AGVE 1998, S. 404). Die Vergabebehörde ist bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung also grundsätzlich frei. Die Anforderungen an eine Beschaffung erhalten jedoch eine vergaberechtliche Bedeutung, soweit sie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den potenziellen Anbietenden zeitigen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Umschreibung des Vergabeobjekts dazu führt, dass für die betreffende Beschaffung nur noch eine einzige oder sehr wenige Anbietende bzw. ein bestimmtes Fabrikat in Frage kommen. Bei dieser Sachlage ist zu prüfen, ob der Zweck der Beschaffung eine derartige Einschränkung der Wahlfreiheit rechtfertigt. Der Vergabebehörde erwächst somit hinsichtlich der Anforderungen an das Beschaffungsobjekt eine Begründungspflicht in dem Mass, als ihre Leistungsanforderungen den Kreis der möglichen Anbietenden einschränken. Kommt aufgrund der Anforderungen nur noch ein bestimmtes Produkt oder ein einzelner Anbieter in Frage, so ist auf die – in diesem Fall sinnlose – Ausschreibung zu verzichten und die Vergabe freihändig durchzuführen. Das ist jedoch nur zulässig, wenn einer der submissionsrechtlich vorgesehenen Ausnahmetatbestände (vgl. § 8 Abs. 3 SubmD; § 9 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB) erfüllt