

kannten QS-Zertifizierung einen höheren Stellenwert beimisst als einem firmeneigenen Qualitätsmanagement-System, ist vor dem Hintergrund der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht zu beanstanden. Dem Umstand, dass bei den Zuschlagsempfängerinnen nur zwei der drei Unternehmen über ein anerkanntes QS-Zertifikat verfügen, während die E. AG ebenfalls "nur" ein firmeninternes Qualitätsmanagement kennt, ist ebenfalls durch eine entsprechende Schlechterbewertung Rechnung getragen worden. Auch in Bezug auf die Bewertung der "Qualitätssicherung" lässt sich somit weder eine Ermessensüberschreitung noch eine Ungleichbehandlung feststellen.

77 Termin als Vergabekriterium.

- **Dem Termin kann sowohl die Bedeutung eines Zuschlagskriteriums als auch die Bedeutung eines Ausschlusskriteriums zukommen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 15. August 2002 in Sachen P. GmbH gegen Gemeinderat Schafisheim.

Aus den Erwägungen

3. b) Im Katalog gemäss § 18 Abs. 2 SubmD ist u.a. auch der "Termin" als Zuschlagskriterium aufgeführt. Bestimmt eine Vergabestelle in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen den Termin als eines der massgebenden *Zuschlagskriterien*, ist dies dahingehend zu verstehen, dass demjenigen Anbieter der Vorzug gebühren darf, welcher eine schnellere Ausführung als die gemäss Ausschreibung oder Ausschreibungsunterlagen geforderte zum gleichen Preis offeriert als derjenige Anbieter, der (lediglich) die Termine gemäss Unterlagen einzuhalten verspricht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 6. April 2000 [U 00 35] E. 2b). Eine raschere Arbeitsausführung kann mit andern Worten unter Umständen, d.h. bei entsprechender Festsetzung und Gewichtung der Zuschlagskriterien, einen Mehrpreis kompensieren. Dem Termin kann aber auch die Bedeutung eines *Ausschlusskriteriums* zukommen. Diesfalls ist derjenige Anbieter, welcher die Einhaltung der von

der Vergabestelle für die Arbeitsausführung zwingend vorgegebenen Termine nicht gewährleisten kann, vom Vergabeverfahren auszuschliessen bzw. (im selektiven Verfahren) nicht zuzulassen. Insoweit kann ihm auch die Eignung zur Ausführung des konkret zu vergebenden Auftrags abgesprochen werden, z.B. wegen der zum vorgesehenen Ausführungszeitpunkt fehlenden zeitlichen Verfügbarkeit oder fehlenden personellen Kapazität. Als Ausschlusskriterium verstanden kommt dem Termin absoluten Charakter zu: Er kann entweder eingehalten oder nicht eingehalten werden; dazwischen gibt es nichts (vgl. das erwähnte Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden, E. 2b).

c) Die vorliegenden Ausschreibungsunterlagen enthalten unter der Position "000 000 Bedingungen" auch terminliche Vorgaben. Danach müssen die immissionsintensiven Arbeiten - dazu gehören Arbeiten, die mit schwerem Gerät, Lärm und Staub verbunden sind - in den vier Wochen Sommerferien erledigt werden, damit der Schulbetrieb nicht gestört wird. Pflanzarbeiten werden erst im Spätherbst/Winter durchgeführt. Auch im Einladungs- bzw. Begleitschreiben zum Devis vom 27. Mai 2002 wurden die Anbieter ausdrücklich auf "den zwingend einzuhaltenden Baubeginn vom 15. Juli (Schulferienbeginn) sowie das Beenden der immissionsträchtigen Arbeiten (schweres Gerät, Lärm, Staub) in den 4 Wochen Schulferien" aufmerksam gemacht. In Ziffer 8 der Submissionsbestimmungen ("Termine/Personaleinsatz") hatten die Anbietenden dementsprechend Fragen nach dem frühestmöglichen Arbeitsbeginn, Dauer/Einhaltung der genannten Termine, vorgesehenem Personaleinsatz sowie nach Betriebsferien und Unterbrüchen zu beantworten.

Beim Erfordernis, die immissionsträchtigen Arbeiten während der Sommerferien zu erledigen, handelt es sich um ein Ausschlusskriterium und nicht etwa um ein Zuschlagskriterium. Für den Zuschlag können nach dem klar erkennbaren Willen der Vergabestelle, wie er in den Ausschreibungsunterlagen und im zugehörigen Begleitschreiben zum Ausdruck kommt, einzig Anbieter in Frage kommen, die diese Vorgabe einzuhalten vermögen. Wer dazu nicht in der Lage ist, scheidet von vornherein aus. Als Zuschlagskriterien dürfen die

Termineinhaltung und der Personalbestand hingegen keine Rolle spielen, da sie nicht als solche bezeichnet und bekannt gegeben worden sind. Ihre Berücksichtigung würde eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien bedeuten, was nicht zulässig ist. Für den Zuschlag darf im vorliegenden Fall einzig der Preis eine Rolle spielen. Er muss notwendigerweise demjenigen Anbieter erteilt werden, der die Arbeitsausführung unter Einhaltung der vorgegebenen Termine zum tiefsten Preis offeriert hat. Eine schnellere Arbeitsausführung innerhalb der gesetzten Termine vermag mit andern Worten einen tieferen Preis nicht aufzuwiegen.

d) Die Beschwerdeführerin hat unbestrittenermassen das preisgünstigste Angebot eingereicht. Somit muss der Auftrag an sie vergeben werden, es sei denn, es stehe fest, dass sie gar nicht in der Lage ist bzw. gewesen wäre, die vorgegebenen Termine einzuhalten. Dafür bestehen indessen keine Anhaltspunkte. Die Beschwerdeführerin beantwortete die unter Ziffer 8 ("Termine/Personaleinsatz") gestellten Fragen lückenlos. Als Arbeitsbeginn gab sie - wie im Schreiben vom 27. Mai 2002 verlangt - den 15. Juli 2002 an. Die Frage, ob sie die genannten Termine für die Ausführung bzw. Lieferung einhalten könne und instande sei, mit dem üblichen Baufortgang Schritt zu halten, bejahte sie vorbehaltlos. In Bezug auf den vorgesehenen Personaleinsatz gab sie zwei bis vier Personen an, und schliesslich erwähnte sie die Betriebsferien vom 29. Juli bis 2. August 2002. Allein aus diesen Angaben abzuleiten, die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, die ausgeschriebenen Arbeiten unter Einhaltung der vorgegebenen Termine auszuführen, ist rechtlich nicht haltbar. Die Beschwerdeführerin hat ausdrücklich (und mit ihrer Unterschrift) bestätigt, dass sie die ihr bekannt gegebenen Termine wahren kann. Wenn bei der Vergabebehörde bzw. beim sie beratenden Architekten wegen der erwähnten Betriebsferien und dem vorgesehenen Personaleinsatz Zweifel bestanden, ob dies wirklich der Fall sei, so hätte dies - im Rahmen der Offertvereinbarung (§ 17 Abs. 2 SubmD) - zunächst einer entsprechenden Rückfrage bedurft. Hätte die Beschwerdeführerin die Bedenken der Vergabestelle hinsichtlich Termineinhaltung in der Folge nicht ausräumen können, sondern hätten sich diese erhärtet, so wäre ihr *Ausschluss vom Verfahren* ungeachtet

der Tatsache, dass sie das preisgünstigste Angebot eingereicht hatte, gerechtfertigt gewesen. Wie sich aus der Beschwerde und auch aus der Vernehmlassung des Gemeinderats ergibt, wäre die Beschwerdeführerin allerdings durchaus in der Lage gewesen, die diesbezüglichen Befürchtungen der Vergabebehörde zu zerstreuen. Im vorliegenden Fall war die Vergabestelle, wie sich den Unterlagen entnehmen lässt, zudem ganz offensichtlich bereits während des Vergabeverfahrens nicht der Meinung, die Beschwerdeführerin müsse vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, da sie die vorgegebenen Termine nicht einhalten könne. Sie war vielmehr der Auffassung, die Vorteile (bzw. die grössere Sicherheit), welche die (ortsansässige) S. AG in terminlicher Hinsicht wegen des fehlenden Arbeitsunterbruchs und des grösseren Personaleinsatzes biete, würden die nur geringe Preisdifferenz von ca. 1% ohne weiteres aufwiegen. Ein solches Vorgehen war indessen, da es sich bei der Einhaltung der Terminvorgaben - wie ausgeführt - nicht um ein (zu bewertendes) Zuschlags-, sondern um ein Ausschlusskriterium handelt, und für den Zuschlag einzig der Preis von Bedeutung ist, nicht statthaft. Die Vergabestelle hat sich damit in Widerspruch zu ihren Ausschreibungsunterlagen gesetzt, die den Termin nicht als Zuschlagskriterium nannten. Der an die S. AG, die preislich nur das zweitgünstigste Angebot eingereicht hat, erteilte Zuschlag ist deshalb aufzuheben. In diesem Sinne ist die Beschwerde gutzuheissen.

78 Bekanntgabe von Subkriterien.

- Die Vergabebehörden sind nach der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht verpflichtet, im Voraus bekanntzugeben, wie sie die Zuschlagskriterien im Einzelnen zu bewerten gedenken (Erw. 2/a/bb).
- Die nachträgliche Unterteilung der Zuschlagskriterien in Subkriterien stellt lediglich ein Hilfsmittel für eine differenzierte Bewertung dar; die einzelnen Subkriterien müssen sich einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen bzw. davon mitumfasst werden (Erw. 2/a/bb).
- Frage einer Praxisänderung im Hinblick auf die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung offen gelassen (Erw. 2/a/bb).