

gleiche technische Lösung angeboten wurde, miteinander vergleichbar waren. Angesichts der Tatsache, dass die Beschwerdeführerin ihr Angebot letztlich nur sehr geringfügig modifiziert hat, wird offensichtlich, dass die ursprüngliche Offerte der Zuschlagsempfängerin in wesentlichen Punkten (Hydraulik und Steuerung) von den Vorgaben der Ausschreibung abwich und infolgedessen gar nicht hätte bereinigt werden dürfen, sondern bereits vorher als nicht ausschreibungskonformes Angebot von der Vergabe hätte ausgeschlossen werden müssen.

Auf jeden Fall aber hätte der Ausschluss des betreffenden Angebots erfolgen müssen, nachdem die Zuschlagsempfängerin für die (Teil-) Bereiche Hydraulik und Steuerung ein vollständig neues Angebot mit anderen Lieferanten und damit auch anderen Produkten einreichte. Hierbei handelt es sich – wie bereits erwähnt – klarerweise um eine nachträgliche Abänderung eines wesentlichen Teils des Angebots sowohl in inhaltlicher als auch in preislicher Hinsicht, was nicht zulässig ist. Offen bleiben kann, ob der von der Zuschlagsempfängerin vorgenommene Lieferantenwechsel für Hydraulik und Steuerung durch die Vergabestelle initiiert wurde, wie die Beschwerdeführerin vermutet.

### **31 Zuschlagskriterien.**

- **Zuschlagskriterium "gerechte Abwechslung und Verteilung" als "vergabefremdes" Kriterium.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 18. August 2008 in Sachen ARGE F. (Z. AG und E. AG) gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt (WBE.2008.150).

*Aus den Erwägungen*

5.

Von den Beschwerdeführerinnen als rechtswidrig und willkürlich gerügt wird schliesslich auch die Benotung des Zuschlagskriteriums "Verteilung der Arbeiten". Die Beschwerdeführerinnen haben bei diesem Kriterium – im Gegensatz zu den übrigen Anbietern für das Los 7 – mit 2,5 Punkten lediglich die Hälfte von möglichen 5 Punkten erhalten.

5.1.

Unter dem Kriterium "Verteilung der Arbeiten" ist gemäss den Submissionsbedingungen die angemessene Aufteilung der Arbeiten unter den verschiedenen Bauunternehmungen zu verstehen. Die Vergabestelle hat die Bewertung dieses Kriteriums ebenfalls gemäss den vorerwähnten internen Vorgaben (MS-Dokument W.1.002) vorgenommen. Danach wird im Normalfall die maximale Punktzahl von 100 Punkten bzw. gewichtet von 5 Punkten erteilt. Wenn hingegen aufgrund der übrigen Kriterien bei einem Unternehmer das Total der Gesamtvergabesumme einen Anteil von 30 % sämtlicher Einzelobjekte der Ausschreibung übertrifft, wird die Punktzahl bei jenen Objekten, die über dieser Limite liegen, auf 50 reduziert (im Normalfall angefangen bei jenen Objekten mit der geringsten Preisdifferenz).

Die Beschwerdeführerinnen haben bei der vorliegenden Sammelausschreibung sowohl für Los 7 (...) als auch für Los 9 (...) ein Angebot eingereicht. Ihr Angebot für Los 7 beträgt Fr. 2'195'635.05, dasjenige für Los 9 Fr. 738'940.80. Nach Darstellung der Vergabebehörde übertrifft damit die Angebotssumme für beide Lose von zusammen Fr. 2'934'575.85 den Anteil von 30 % (= Fr. 2'039'806.10) an der Gesamtvergabesumme für die Sammelausschreibung der Lose 1–9 von Fr. 6'799'353.90 eindeutig, weshalb die Punktzahl bei jenen Objekten, die über dieser Limite liegen, auf 50 Punkte reduziert wur-

de. Da im Normalfall bei den Objekten mit der geringsten Preisdifferenz angefangen werde, habe die Reduktion bei Los 7 (...) mit einer negativen Preisdifferenz, d.h. dem 2. Platz, erfolgen müssen.

Demgegenüber sind die Beschwerdeführerinnen der Ansicht, das Vorgehen sei schon deshalb widerrechtlich und willkürlich, weil die Vergabesumme des Loses 7 (...) wegen des besonderen Umfangs der Arbeiten für sich allein über 30 % des Vergabetotals liege. Das Vorgehen führe deshalb zum Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vom grössten und für sie interessantesten Auftrag. Es sei willkürlich, diese Punktereduktion ausgerechnet bei jenem Los vorzunehmen, bei welchem die Beschwerdeführerinnen preislich an 1. bzw. nach der Korrektur an 2. Stelle lagen. Es widerspreche dem Grundsatz eines fairen und transparenten Verfahrens, wenn ein Bewerber (in casu die Beschwerdeführerinnen) durch solche Machenschaften vom für sie interessantesten Auftrag ausgeschlossen würden. Wenn schon sei in solchen Fällen die Punktereduktion bei jenem Auftrag vorzunehmen, der von der Vergabesumme her der geringste, also für die Anbieter der uninteressanteste sei. Darüber hinaus sei es willkürlich, in casu eine Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus zwei unabhängigen Firmen, einem einzelnen Unternehmer gleichzustellen. In solchen Fällen von Arbeitsgemeinschaften müsste die auf sie entfallende Gesamtvergabesumme durch die Anzahl der an der ARGE beteiligten Unternehmen geteilt werden (in casu also durch zwei). Hätten die Beschwerdeführerinnen getrennt eingegeben, hätte es keine Kürzung gegeben und sie hätten beide Aufträge erhalten.

#### 5.2.

In § 18 Abs. 2 SubmD wird die "gerechte Abwechslung und Verteilung" ausdrücklich als Kriterium zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots erwähnt. Bei diesem Kriterium handelt es sich indessen um ein sog. "vergabefremdes" Zuschlagskriterium, das nicht unmittelbar zur Bestimmung des im Hinblick auf die konkrete Vergabe wirtschaftlich günstigsten Angebots beiträgt, sondern Allgemeininteressen berücksichtigt (Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgericht des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 103/2002, S. 470; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang /

Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 589). Gemäss Matthias Hauser (Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1420) erscheint die gerechte Abwechslung u.U. sinnvoll, wenn mit einer Mehrzahl entsprechender Konstellationen (ähnliche Aufträge, zu erwartende Gleichwertigkeit mehrerer Offerten) mit den jeweils gleichen Anbietern zu rechnen ist. Ansonsten sei eine Abwechslung nicht gewährleistet. Dass die eingehenden Angebote gleichwertig sind, ist bei Vergaben wie der vorliegenden Sammelausschreibung von kleineren Strassenbauaufträgen häufig der Fall. Mit dem Kriterium der Abwechslung hat es die Vergabebehörde bei solchen Vergaben auch in der Hand, ein allfälliges "Klumpenrisiko" zu vermeiden. Klar erscheint sodann, dass der "gerechten Abwechslung und Verteilung" als vergabefremdem Kriterium kein allzu grosses Gewicht zukommen darf (Lang, a.a.O., S. 470). Letztlich soll damit lediglich erreicht werden, dass bei an sich (in Bezug auf die preis- und qualitätsrelevanten Zuschlagskriterien) gleichwertigen Angeboten eine Abwechslung möglich ist. Vorliegend kommt dem Kriterium ein Gewicht von 5 % zu, was im Hinblick auf das der Vergabestelle zukommende grosse Ermessen bei der Handhabung der Kriterien vertretbar erscheint.

Wie bereits dargelegt, ist nach der Praxis des Verwaltungsgerichts in erster Linie entscheidend, dass ein Bewertungs- oder Benotungssystem im Grundsatz sachgerecht ist und einheitlich, d.h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird. Die Ausgestaltung im Detail ist dabei von untergeordneter Bedeutung (AGVE 2000, S. 323; Lang, a.a.O., S. 475).

Die Handhabung bzw. Benotung des strittigen Kriteriums ist im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Anbietenden zweifellos nicht unproblematisch. Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde – wie dargelegt – für die Benotung des Kriteriums interne Richtlinien festgelegt, die bei Vergaben wie der vorliegenden zur Anwendung gelangen. Dies ist als durchaus zweckmässig anzusehen, da auf diese Weise die Gleichbehandlung der Anbietenden von vornherein formell sichergestellt ist. Das heisst, es wird verhindert, dass die Vergabe-

stelle im Einzelfall unter Hinweis auf die "gerechte Abwechslung und Verteilung" zumindest unter mehr oder weniger gleichwertigen Angeboten nach ihrem Belieben, d.h. willkürlich, entscheiden kann.

Die Vergabebehörde hat sich bei der Benotung der Angebote im konkreten Fall strikte an ihre eigenen Vorgaben gehalten, was die Beschwerdeführerinnen zu Recht nicht (mehr) in Frage stellen. Insofern kann der Vergabebehörde weder eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung noch Willkür vorgeworfen werden. Ebenso wenig hat sie das ihr zukommende Ermessen überschritten. Dass die Beschwerdeführerinnen den zu ihrem Nachteil ausgefallenen Entscheid als ungerecht empfinden, ist verständlich und nachvollziehbar, ändert aber nichts daran, dass der Vergabebehörde keine Rechtsverletzung vorgeworfen werden kann. Die von den Beschwerdeführerinnen vorgebrachten Einwände sind ebenfalls unbehelflich. Sie haben vorliegend als Arbeitsgemeinschaft ein (gemeinsames) Angebot eingereicht und sind infolgedessen im gesamten Vergabeverfahren, somit auch beim Kriterium der Abwechslung als ein Anbieter zu behandeln. Andernfalls könnte ein grosses Unternehmen beispielsweise auch geltend machen, dass ihm aufgrund seiner Grösse ein höherer Anspruch am Auftragsvolumen zustehen muss als einem kleineren Anbieter. Die genannten internen Richtlinien sehen keine solche Differenzierungen vor, was nicht zu beanstanden ist.

Ebenfalls besteht keine Verpflichtung der Vergabestelle, die erwähnten Bewertungsrichtlinien offen zu legen, auch wenn dies aus Gründen der Transparenz generell und bei einem problematischen Kriterium der "gerechten Abwechslung und Verteilung" im Besonderen wünschbar wäre

### **32 Öffentliche Ausschreibung; Diskriminierungsverbot.**

- Eine öffentliche Ausschreibung ist grundsätzlich so zu formulieren, dass die Anzahl der potentiellen Anbietenden der nachgefragten Leistung möglichst gross ist. Eine Diskriminierung liegt vor, wenn die Spezifikationen nicht durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt sind, oder wenn sie gar zwecks gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert werden.