

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.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 25. November 2008 in Sachen B. AG gegen die Gemeinderäte B. und W. (WBE.2008.122).

Aus den Erwägungen

3.

3.1.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Pflichtenheft bzw. die darin verlangten technischen Spezifikationen seien einzig darauf ausgerichtet, die Erteilung des Zuschlags an eine bestimmte Anbieterin zu bewirken. Zwar handle es sich offenbar nicht um eigentliche Produkteanforderungen, deren Nichterfüllung zum Ausscheiden mangels Eignung führe, sondern die Erfüllung des Pflichtenhefts sei "nur" ein Zuschlagskriterium. Die (hohe) Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums mit 35 % habe aber mit absolut überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Folge, dass die Zuschlagserteilung an dasjenige Unternehmen erfolgen werde, dessen Angebot am stärksten mit dem Pflichtenheft übereinstimme. Die im Pflichtenheft geforderten technischen Vorgaben (z.B. bezüglich Grundrahmen, Abstützeinrichtung, Abseilgerät, Hauptsteuerstand, Rettungskorb, Notablasssystem) seien für die zweckmässige Verwendung des zu beschaffenden Produkts keineswegs zwingend notwendig und hätten einzig den Zweck, eine bestimmte Anbieterin zu bevorzugen. Beim Pflichtenheft der Beschwerdegegnerinnen handle es sich nicht um eine neutrale Leistungsumschreibung, sondern um einen eigentlichen Produktebeschrieb. Das ganze Pflichtenheft stimme praktisch wörtlich mit dem dem Kaufvertrag der A. zugrunde liegenden Angebot überein, d.h. die Übereinstimmung beziehe sich nicht nur auf einzelne Aspekte, sondern auf das ganze Angebot. Es könne keine Rolle spielen, ob die Vorgaben des Pflichtenhefts als Produkteanforderungen (d.h. eigentlich Eignungskriterien) oder als Zuschlagskriterien aufzufassen seien. Auch könne es nicht darauf ankommen, ob die Beschwerdeführerin theoretisch in der Lage wäre, ein Produkt entsprechend dem Pflichtenheft anzubieten. Bei der Beschaffung eines technisch hoch komplexen Produktes habe die Vergabestelle vorzugeben,

welche Leistungen ein entsprechendes Produkt erbringen müsse. Entsprechend könne je nach dem vorgehenden Einsatz des Produktes – beispielsweise die topographischen oder örtlichen und baulichen Verhältnisse – das Angebot des einen oder anderen Anbieters den Vorzug verdienen. Es sei aber nicht zulässig, die Ausschreibung auf ein genau bestimmtes Produkt auszurichten, ansonsten werde das marktwirtschaftliche Wettbewerbsprinzip vollständig sinnentleert und ausgehöhlt.

3.2.

Gemäss § 1 Abs. 1 SubmD soll der wirksame Wettbewerb gefördert werden. Die Anbietenden sind in allen Phasen des Vergabeverfahrens gleich zu behandeln, und die Vergabestelle vermeidet jede Diskriminierung der Anbietenden, insbesondere durch die Bestimmung der technischen Spezifikationen und der zu verwendenden Produkte. Nach Art. 13 lit. b IVöB haben die kantonalen Ausführungsbestimmungen die Bezugnahme auf nicht diskriminierende technische Spezifikationen zu gewährleisten (vgl. auch Art. VI GPA und § 15 Abs. 1 und 2 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB).

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts steht fest, dass auch die öffentliche Vergabebehörde als Auftraggeberin grundsätzlich frei bestimmen kann, 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). Der Vergabestelle ist es aber verwehrt, ausschliesslich das Produkt eines bestimmten Herstellers zu verlangen oder die technischen Spezifikationen derart zu bestimmen, dass nur ein beschränkter Anbieterkreis oder sogar nur ein einziger Anbieter überhaupt in der Lage ist, ein den einschränkenden Bedingungen der Ausschreibung entsprechendes Angebot einzureichen. Dem (öffentlichen) Auftraggeber ist es mit anderen Worten verboten, sich auf technische Spezifikationen zu beziehen oder Produktvorgaben zu machen, die bewirken, dass bestimmte Unternehmer bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Grundsätzlich müssen in einem öffentlich ausgeschriebenen Verfahren alle interessierten (und geeigneten) Anbieter der betreffenden Branche die gleiche Möglichkeit haben,

für die zu vergebende Leistung ein Angebot zu unterbreiten, welches auch eine effektive Chance auf Erhalt des Zuschlags hat. Dies bedeutet, dass sich die Vergabebehörde im Regelfall nicht von vornherein auf einen bestimmten Hersteller oder ein bestimmtes Produkt festlegen darf (AGVE 1998, S. 407).

Auch gemäss dem Bundesgericht ist die Vergabebehörde in der Analyse ihres Bedarfs weitgehend frei. Ihr ist es auch erlaubt, bei der Ausschreibung eines Vorhabens durch sog. technische Spezifikationen gewisse technologische Mindestanforderungen an die Ausführung zu stellen, solange sich diese auf die geforderte Leistung beziehen und sich nicht diskriminierend auswirken. Diese Spezifikationen müssen namentlich in Bezug auf den konkreten Auftrag gerechtfertigt sein und dürfen nicht dazu dienen, gezielt bestimmte Anbieter ohne sachliche Notwendigkeit zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE vom 2. März 2000 [2P.282/1999], Erw. 3).

Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesslich hat festgehalten, aus Gründen der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs habe die Vergabestelle bei der Leistungsdefinition darauf zu achten, dass die Anzahl der potentiellen Anbieter der Leistung so gross wie möglich bleibe und nicht durch Anforderungen verringert werde, die in sachlicher Hinsicht als nicht zwingend erschienen. Einschränkungen des Kreises potentieller Anbieter seien nur insoweit zulässig, als sie durch den Zweck der Beschaffung gerechtfertigt seien. Gewünschte, aber nicht notwendige technische Merkmale einer Leistung seien in diesem Sinn als (relative) Zuschlagskriterien und nicht als (absolute) technische Anforderungen zu formulieren (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. November 2001 [VB.2000.00275], Erw. 2c und d; vgl. ferner auch Urteile vom 21. April 2004 [VB.2003.00268], Erw. 3.2.3 und vom 25. Januar 2006 [VB.2005.00200], Erw. 5).

Aus vorstehend angeführter Rechtsprechung folgt, dass eine öffentliche Ausschreibung nur dann geeignet ist, einen hinreichend weiten Kreis an Wettbewerbern anzuziehen, wenn sie möglichst neutral abgefasst ist und wenn nicht schon die Umschreibung der gesuchten Leistung eine grosse Zahl potenzieller Submittenten de facto von einer Bewerbung ausschliesst. Eine Diskriminierung liegt

vor, wenn die Spezifikationen nicht sachgerecht, also durch den Zweck der Beschaffung nicht gerechtfertigt sind, oder wenn sie gar zwecks gezielter Vereitelung der Möglichkeit bestimmter Unternehmen, am Verfahren teilzunehmen, formuliert werden. Solche Leistungsumschreibungen schränken den Wettbewerb in vergaberechtswidriger Weise ein, da die grundsätzliche Definitionsfreiheit der Auftraggeber unsachgemässe Spezifikationen nicht mit umfasst und gezielte Diskriminierung ohnehin vergaberechtswidrig ist (siehe auch Martin Beyeler, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, Zürich / Basel / Genf 2008, Rz. 95 ff.).

3.3.

Liefieraufträge sind im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags Fr. 250'000.-- übersteigt (§ 8 Abs. 1 SubmD). Dieser Betrag wird vom zu beschaffenden Hubrettungsfahrzeug, auch von einem Vorführfahrzeug, klar überschritten, wie die verschiedenen (Richt-)Offerten klar aufzeigen. Ausnahmetatbestände im Sinne von § 8 Abs. 3 SubmD, die eine freihändige Vergabe rechtfertigen könnten, sind vorliegend nicht gegeben. Insbesondere stellt auch der Entscheid für ein (preisgünstigeres) Vorführfahrzeug keine Ausnahme dar; auch solche Fahrzeuge können von verschiedenen Lieferanten angeboten werden. Die Vergabebehörde hat sich somit letztlich richtigerweise – wenn auch nur widerwillig und auf Druck der Beschwerdeführerin – dafür entschieden, auf die ursprünglich vorgesehene freihändige Vergabe des Hubretters an die A. zu verzichten und diesen in einem offenen Submissionsverfahren öffentlich auszuschreiben. Damit aber ist sie an die dafür geltenden Vorschriften gebunden; insbesondere hat sie den potentiellen Anbietenden einen wirksamen und fairen Wettbewerb zu gewährleisten, die Anbietenden in allen Phasen des Vergabeverfahrens rechtsgleich zu behandeln und jegliche Diskriminierung im Sinne einer gezielten Bevorzugung bzw. Benachteiligung einzelner Anbieter zu vermeiden. Sind bei einem Beschaffungsgeschäft die Schwellenwerte für das offene oder selektive Verfahren erreicht, darf sich die Vergabestelle somit nicht von vornherein durch die entsprechende Ausgestaltung der Ausschreibung auf einen bestimmten Anbieter oder ein bestimmtes Produkt festlegen, ansonsten würden die ent-

sprechenden Vorschriften ihres Sinnes entleert. In diesem Sinne begrenzt das anzuwendende Verfahren auch das bestehende Ermessen der Vergabestelle bei der Umschreibung der zu beschaffenden Leistung.

3.4.

3.4.1.

Das streitige Pflichtenheft nennt beim Trägerfahrzeug zwar als Fahrzeugtyp konkret den C., aber korrekterweise mit der Ergänzung "oder ähnlich" versehen. Die Typenbezeichnung ist deshalb nicht als diskriminierend zu beanstanden.

In Bezug auf die Hubrettungsbühne selbst wird zwar nicht ausdrücklich ein bestimmter Produkte- oder Markennamen genannt. Indessen stimmen die verlangten Spezifikationen des Pflichtenheftes für die Hubrettungsbühne – wie auch die Beschwerdeführerin zu Recht festgestellt hat – weitestgehend praktisch wörtlich mit der Offerte vom 3. Juli 2007 bzw. dem Kaufvertrag der A. für die Hubrettungsbühne D. überein. Die verlangten Spezifikationen sind mit anderen Worten unverkennbar auf dieses Produkt zugeschnitten. Abweichende Lösungen/Systeme – wie sie die Offerte der Beschwerdeführerin vom 14. Dezember 2007 enthält – werden im Pflichtenheft explizit als "nicht akzeptiert" zurückgewiesen, wie z.B. den Einbau des Hydrauliköltanks in den Grundrahmen, Überwachung des Bodendrucks mit reinen Schaltern, Rettungskorb vorwiegend aus Edelstahl, Teleskop-Wasserleitung aus Edelstahl oder anderen Materialien. Insofern kann von einem neutral abgefassten Pflichtenheft (jedenfalls soweit es die Hubrettungsbühne selbst und nicht das Trägerfahrzeug betrifft), nicht die Rede sein. Aufgrund der Spezifikationen besteht von vornherein eine klare Bevorzugung der Hubrettungsbühne D., was von der Vergabestelle auch nicht in Abrede gestellt wird. Eine solche Bevorzugung eines Standardprodukts eines Unternehmens ist in einem offenen Vergabeverfahren, in dem alle Anbieter eine Chance auf den Zuschlag haben müssen, nicht zulässig. Daran ändert auch nichts, dass die Konkurrenzunternehmen zumindest theoretisch technisch in der Lage wären, ihre (Standard-)Produkte den speziellen Vorgaben anzupassen. Der damit verbundene

Aufwand würde das entsprechende Produkt derart verteuern, dass die Konkurrenzfähigkeit von vornherein nicht mehr gegeben wäre.

3.4.2.

Zwar sind gemäss den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen Varianten bezüglich Ausrüstung des Fahrzeuges möglich, was gewisse Spielräume für Abweichungen von den verlangten Spezifikationen öffnet. Allerdings wurde vom Verfasser des Pflichtenheftes an der Verhandlung ausdrücklich bestätigt, dass bei der Bewertung entsprechende Punkteabzüge gemacht würden, wenn die im Pflichtenheft verlangten Anforderungen nicht erfüllt seien. In diesem Sinne kann festgestellt werden, dass die Einhaltung des Pflichtenheftes vorliegend nicht ein Eignungskriterium darstellt, was unter den gegebenen Umständen von vornherein unzulässig wäre, sondern ein Zuschlagskriterium ist. Die im Pflichtenheft genannten Spezifikationen sind somit nicht als absolut zwingend einzuhalten zu verstehen, sondern ziehen "lediglich" Abzüge bei der Bewertung nach sich. Dies hat zur Konsequenz, dass Abweichungen von den Vorgaben des Pflichtenheftes grundsätzlich nicht zum Ausschluss des betreffenden Anbieters bzw. des Angebots führen, sondern sich bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Aufbau/Pflichtenheft", sehr wahrscheinlich aber auch bei den weiteren Zuschlagskriterien ("Technik/Leistung", "Produkt/Miliztauglichkeit") negativ auswirken. Rein theoretisch könnten diese Abzüge zwar durch eine entsprechende Besserbewertung bei anderen Kriterien, z.B. beim Preis, kompensiert werden. In welchem Ausmass solche Abweichungen von den Vorgaben bei der Bewertung negativ ins Gewicht fallen, ist zum heutigen Zeitpunkt allerdings nicht bekannt. Das Bewertungsschema soll erst bei Offertöffnung erarbeitet werden.

Die Beschwerdeführerin ist in diesem Kontext der Ansicht, eine transparente und rechtsgleiche Auswertung der Angebote sei im vorliegenden Fall zum vornherein ausgeschlossen. Die Angaben in der Ausschreibung betreffend die Zuschlagskriterien seien derart unbestimmt, dass es die Beschwerdegegnerinnen auch bei der Auswertung der Angebote in der Hand hätten, die Beurteilungsmatrix

gestützt auf die eingereichten Angebote dergestalt festzulegen, dass das Angebot der A. den Zuschlag erhalten werde.

Diese Befürchtungen der Beschwerdeführerin erscheinen begründet. In der Tat sind die Zuschlagskriterien mehrheitlich sehr unbestimmt und wenig konkret formuliert. In welchem inhaltlichen Verhältnis die Zuschlagskriterien "Aufbau/Einhaltung des Pflichtenheftes", "Technik/Leistung" und "Produkt/Miliztauglichkeit" zueinander bestehen bzw. wie sie sich abgrenzen, ist ebenso unklar wie ihre genaue inhaltliche Bedeutung. Es muss angesichts der formulierten Zuschlagskriterien davon ausgegangen werden, dass Abweichungen vom Pflichtenheft nicht nur beim mit 35 % gewichteten Kriterium "Aufbau/Einhaltung des Pflichtenheftes" zu Bewertungsabzügen führen, sondern sich konsequenterweise auch negativ auf die Bewertung der Kriterien "Technik/Leistung" und "Produkt/Miliztauglichkeit" auswirken. So ist z.B. anzunehmen, dass die Einhaltung der verlangten Anforderungen an den Hauptsteuerstand sowohl beim Zuschlagskriterium "Aufbau/Pflichtenheft" als auch beim Zuschlagskriterium "Produkt/Miliztauglichkeit" in der Bewertung berücksichtigt würde, führte E. an der Verhandlung doch aus, im Rahmen der Vorführungen sei den sieben Personen der Fahrzeugbeschaffungskommission die Handhabung des Systems, das die A. anbiete, besser erschienen. Es sei einfacher zu bedienen. Die Zuschlagskriterien "Aufbau/Einhaltung des Pflichtenheftes", "Technik/Leistung", "Produkt/Miliztauglichkeit", bei deren Bewertung die Einhaltung der Spezifikationen eine erhebliche Rolle spielen dürfte, haben insgesamt ein Gewicht von 70 %. Die Ausrichtung auf das Standardprodukt der A. führt zu einer hohen Bewertung ihres Angebots. Die restlichen Zuschlagskriterien, darunter der Preis (20 %), weisen demgegenüber ein Gewicht von lediglich 30 % auf. Insofern dürfte es für die Beschwerdeführerin weitgehend illusorisch sein, die negative Bewertungen wegen abweichender Spezifikationen hier mit einem preisgünstigen Angebot kompensieren zu können.

3.5.

Unter den gegebenen Umständen muss bejaht werden, dass sich die unbestreitbar auf das von der A. angebotene Produkt ausgerichteten Vorgaben des Pflichtenheftes für die übrigen Anbieter von vorn-

herein diskriminierend auswirken. Ihre Chancen, im vorliegenden Submissionsverfahren den Zuschlag zu erhalten, sind, sofern überhaupt vorhanden, jedenfalls durch die Vorgaben im Pflichtenheft massiv eingeschränkt. Von einer Chancengleichheit kann deshalb nicht mehr gesprochen werden. Sich aus den konkreten Verhältnissen ergebende stichhaltige sachliche Gründe für eine derartige Bevorzugung vermag die Vergabebehörde nicht darzutun. Es ist objektiv in keiner Weise nachvollziehbar, wieso einzig die von der A. angebotene Hubrettungsbühne für den vorgesehenen Einsatz im Raum F. tauglich sein soll. Insbesondere auch die vorgebrachten Sicherheitsargumente vermögen nicht zu überzeugen. Es lässt sich kaum ernstlich behaupten, dass von allen sich auf dem Markt befindenden Rettungsgeräten einzig diejenigen der A. die Einhaltung der Sicherheitsaspekte gewährleisten. Mithin verstösst die vorliegende Ausschreibung gegen das in § 1 Abs. 1 SubmD statuierte Diskriminierungsverbot, weshalb sie aufzuheben ist. Mit der Aufhebung der Ausschreibung fallen auch die Ausschreibungsunterlagen einschliesslich des Pflichtenhefts dahin. Der Entscheid über das weitere Vorgehen in Bezug auf das strittige Beschaffungsgeschäft liegt bei der Vergabebehörde. Sie ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Formulierung der Zuschlagskriterien bei einer Neuausschreibung überprüft werden muss, insbesondere auch auf unzulässige Überschneidungen (siehe vorne Erw. 3.4.2.).

33 Einladungsverfahren; Beschwerdelegitimation.

- **In einem Einladungsverfahren ist die Vergabestelle berechtigt, nur Anbietende eines bestimmten Produkts einzuladen. Eine Unterkordantin, die das Produkt nicht anbietet, gehört nicht zu den potentiellen Anbietern und ist deshalb nicht befugt, den Inhalt der Submissionsunterlagen als diskriminierend anzufechten.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. November 2008 in Sachen E. GmbH gegen die Einwohnergemeinde Z. (WBE.2008.298).