

- 79 "Erfahrung/Kenntnis örtl. Abwassersystem" als Zuschlagskriterium.
- Zuordnung des Teilkriteriums "Erfahrung/Kenntnis örtl. Abwassersystem" (Erw. 4/b).
 - Praxis des Verwaltungsgerichts (Erw. 4/c/bb).
 - Die bei einem Anbieter vorhandenen Kenntnisse über das örtliche Abwassersystem stellen für die Vergabe der Erstellung des generellen Entwässerungsplans kein zulässiges Zuschlagskriterium dar, da der konkrete Auftrag keine solchen spezifischen Vorkenntnisse erfordert (Erw. 4/c/bb/ddd).
 - Verletzung des Gleichbehandlungsgebots (Erw. 4/d).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. Oktober 2002 in Sachen G. gegen Gemeinderat Jonen.

Aus den Erwägungen

4. a) Die Vergabebehörde hat unter dem Zuschlagskriterium "Erfahrung/Referenzen" den Teilaspekt "Erfahrung/Kenntnis örtl. Abwassersystem" mit maximal 5 Punkten (von insgesamt 30 Punkten für "Erfahrung/Referenzen") bewertet. Die Zuschlagsempfängerin hat dabei als einzige Anbieterin das Punktemaximum erhalten; die Beschwerdeführerin wurde mit drei Punkten bewertet. Der Gemeinderat begründet die Besserbewertung damit, dass der Begriff Erfahrung in einem umfassenderen Sinn zu verstehen sei und im konkreten Fall auch subjektive Kenntnisse bzw. einen Wissensvorsprung beinhalte, der für die Vergabestelle von grosser Bedeutung sei. Die K. AG verfüge über umfangreiche und detaillierte Kenntnisse des Abwassernetzes Jonen, da sie es letztmals im Rahmen des Neubaus des Regenbeckens Ottenbach-Jonen (Planung und Inbetriebnahme 1998/1999) eingehend untersucht habe. Die K. AG habe schon 1968 die ARA Ottenbach-Jonen gebaut und betreue seitdem die Anlage technisch und baulich ohne Unterbruch bis heute.

b) aa) Die Beschwerdeführerin ist zunächst der Auffassung, das Teilkriterium "Erfahrung/Kenntnis örtl. Abwassersystem" habe nichts mit dem Zuschlagskriterium "Erfahrung/Referenzen" zu tun.

Falls es überhaupt zulässig sei, hätte die Vergabestelle es (als eigenständiges Kriterium) definieren müssen. Nach Meinung des Gemeinderats hingegen lässt sich das Teilkriterium "Erfahrung/Kenntnis örtl. Abwassersystem" dem Zuschlagskriterium "Erfahrung/Referenzen" klar zuordnen.

bb) Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Vergabebehörde nicht verpflichtet, zum Voraus bekannt zu geben, wie sie die Zuschlagskriterien im Einzelnen zu bewerten gedenkt. Ob daran vor dem Hintergrund der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch künftig noch festzuhalten ist, braucht im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden (vgl. allerdings AGVE 2002 78, S. 321 [=VGE III/63 vom 15. August 2002 [BE.2002.00220] in Sachen A. AG, S. 7 f.] mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 24. August 2001 [2P.299/2000], Erw. 2/c). Die nachträgliche Unterteilung der Zuschlagskriterien in Sub- oder Teilkriterien stellt nach der verwaltungsgerichtlichen Praxis lediglich ein Hilfsmittel für eine differenzierte Bewertung dar. Die einzelnen Teilkriterien müssen sich 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 (AGVE 2001, S. 346 mit Hinweisen). Weiter dürfen die Anbieter 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 in den Ausschreibungsunterlagen entsprechend (möglichst detailliert) umschrieben werden, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 1998, S. 393 f.; 2001, S. 346).

cc) Vertretbar erscheint zwar die Ansicht des Gemeinderats, die Kenntnis des örtlichen Abwassersystems lasse sich dem Zuschlagskriterium "Erfahrung/Referenzen" zuordnen. Die Vergabebehörde hat im vorliegenden Fall in den Ausschreibungsunterlagen aber die Zuschlagskriterien *einschliesslich der zugehörigen Teilkriterien* bekannt gegeben. Anhaltspunkte dafür, dass diese Aufzählung nicht vollständig und abschliessend sein sollte, lassen sich den Ausschreibungsunterlagen und dem Pflichtenheft nicht entnehmen. Beim

Kriterium "Erfahrung/Referenzen" waren massgebend die "Erfahrung als GEP-Ingenieur", "Referenzen", "Qualifikation des Projektleiters und der wichtigsten Sachbearbeiter". Das Teilkriterium "Erfahrung/Kenntnisse örtl. Abwassersystem" wurde hingegen nicht genannt. Schon aus diesem Grund erscheint es eher fraglich, wenn die Vergabebehörde die Kenntnis des örtlichen Abwassersystems in Abweichung von den bekannt gegebenen Teilkriterien nachträglich als weiteres Teilkriterium heranzieht. Direkt zuordnen lässt sich die Kenntnis des örtlichen Abwassersystems jedenfalls weder der Erfahrung als GEP-Ingenieur noch den Referenzen noch der Qualifikation des Projektleiters und der wichtigsten Sachbearbeiter. Fraglich ist aber auch die Zulässigkeit des Teilkriteriums als solches, namentlich seine sachliche Rechtfertigung im Hinblick auf die zu vergebenden Leistungen.

c) aa) Das Submissionsdekret statuiert in § 1 Abs. 1 den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden, der in allen Phasen des Vergabeverfahrens gilt, und untersagt den Vergabebehörden jede Diskriminierung der Anbietenden. Den diskriminierungsfreien Zugang zu den öffentlichen Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden fordert auch Art. 5 BGBM. Das Bundesgericht geht davon aus, dass das BGBM sowohl die Gleichbehandlung ortsfremder und ortsansässiger Anbieter als auch die Gleichbehandlung Ortsansässiger untereinander sicherstellt (BGE 125 I 410 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 30. Mai 2000 [2P.151/1999], E. 1c). Insofern kommt dem BGBM die Bedeutung eines allgemein geltenden Diskriminierungsverbots bzw. Gleichbehandlungsgebots für das kantonale und kommunale öffentliche Beschaffungswesen zu (vgl. Andreas Bass / Alberto Crameri / Herbert Lang / Vinicio Malfanti / Philipp Spörri, Die Anwendung des Binnenmarktgesetzes auf Ortsansässige, in: ZBl 2000, S. 249 ff.).

bb) aaa) Das Verwaltungsgericht hat sich mit der Frage, wie besondere ortsspezifische Kenntnisse eines Anbieters bzw. ein Wissensvorsprung bezüglich der zu vergebenden Arbeiten im Rahmen der Offertbewertung zu beurteilen sind, schon unter verschiedenen Aspekten auseinandergesetzt.

Im Zusammenhang mit der Anwendung des Binnenmarktgesetzes hat das Verwaltungsgericht festgehalten, die Örtlichkeitskenntnisse des Anbieters müssten durch den konkreten Auftrag sachlich klar gefordert sein; sie dürften nicht lediglich dazu dienen, die einheimischen Anbieter binnenmarktgesetzwidrig zu begünstigen. Es sei aber grundsätzlich denkbar, dass die Eigenart eines zu vergebenden Auftrags Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse erfordere und diese auch als sachlich gerechtfertigtes Vergabekriterium erscheinen lasse (AGVE 1998, S. 375; VGE III/125 vom 28. August 1998 [BE.1998.00141] in Sachen ARGE K. und Mitb., S. 15; III/106 vom 14. August 1998 [BE.1998.00186] in Sachen K. u. M., S. 15).

Frühere Arbeiten, die ein Anbieter für den Auftraggeber ausgeführt hat, und die in irgend einer Weise im Zusammenhang mit dem neu zu vergebenden Auftrag stehen, können zu einem Wissensvorsprung des betreffenden Anbieters führen, der Teil der unternehmerischen Erfahrung bildet, zum besonderen Know-how des betreffenden Unternehmers gehört. Zur Frage, ob ein solcher Wissensvorsprung ein relevantes Zuschlagskriterium sein könne, hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass dafür aus Sicht des konkreten Projekts eine klare sachliche Rechtfertigung gegeben sein müsse. Solche Konstellationen seien für besonders komplexe, einzigartige oder fachlich sehr anspruchsvolle Anlagen, die nach ausgesprochenen Kennern oder Spezialisten rufen, durchaus denkbar. Wo es sich dagegen um nicht überdurchschnittlich komplizierte Aufträge handle, die in gleicher oder ähnlicher Weise in grosser Zahl vergeben würden, sei ein Wissensvorsprung der genannten Art kein sachlich haltbares Kriterium für die Arbeitsvergabe (VGE III/18 vom 5. Februar 1998 [BE.1997.00355] in Sachen E., S. 13 f.; III/175 vom 15. Dezember 1998 [BE.1998.00264] in Sachen der Beschwerdeführerin, S. 11 f.). Das Verwaltungsgericht hat die Berücksichtigung eines aus früheren Arbeiten stammenden Wissensvorsprungs bei herkömmlichen Elektroinstallationsarbeiten abgelehnt (erwähnter VGE in Sachen E., S. 14) und im Zusammenhang mit der Vergabe von Vermessungsarbeiten (Neuvermessung) selbst dann als "äusserst fraglich" erklärt, falls die Vergabebehörde die ortsspezifischen Kenntnisse bzw. den Wissensvorsprung ausdrücklich als Vergabekriterium

festgelegt hätte (erwähnter VGE in Sachen der Beschwerdeführerin, S. 13 f.).

In einem kürzlich ergangenen Urteil im Zusammenhang mit der Vergabe von Sanierungsarbeiten hat das Verwaltungsgericht den Standpunkt der Vergabebehörde, die spezifischen Gebäudekenntnisse und Erfahrungen mit dem Sanierungsobjekt, die eine der Anbieterinnen aufwies, unter dem Titel "Referenzen" nicht mit einer Betterbewertung zu berücksichtigen, als im Ermessen der Vergabebehörde liegend geschützt (VGE III/77 vom 23. September 2002 [BE.2002.00257] in Sachen ARGE B. u. Mitb., S. 16 f.).

bbb) Das Verwaltungsgericht hat andererseits mehrfach festgestellt, der Tatsache, dass die Vergabebehörde *über eigene Erfahrungen* mit einer Anbieterin (für vergleichbare Leistungen) verfüge und die Zusammenarbeit problemlos und zur vollen Zufriedenheit der Behörde verlaufen sei, dürfe im Rahmen der Referenzbewertung in einem gewissen Umfang durchaus Rechnung getragen werden. Dies stelle grundsätzlich noch keine Ermessensüberschreitung dar. Jedoch dürfe die Berücksichtigung der Erfahrung aus der bisherigen Zusammenarbeit nicht dazu führen, dass Anbieter, mit denen keine solche einschlägige Erfahrungen vorhanden sind, im Verfahren von vornherein chancenlos seien (VGE III/117 vom 15. November 2001 [BE.2001.00339] in Sachen B. AG, S. 11 f. mit Hinweis).

ccc) Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat es als zulässig erachtet, die besonderen Kenntnisse eines Anbieters über das zu spülende örtliche Kanalnetz bei der Vergabe von Kanalspülarbeiten mit einem Gewicht von 10% als Zuschlagskriterium - es wurde den Anbietern allerdings vorgängig als relevantes Zuschlagskriterium ("Ortskenntnisse 10%") in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben - zu berücksichtigen (Entscheid vom 6. Juni 2001 [VB.2000.00391] E. 3). Es hat aber auch festgehalten, es sei nicht Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens, die bisherigen Leistungserbringer zu bevorzugen, weil sie - sofern ihnen der Zuschlag erteilt werde - naturgemäss mit den örtlichen Verhältnissen besser vertraut seien. Dem bisherigen Leistungserbringer dürften keine Vorteile gewährt werden, die andern Anbietern verwehrt seien (vgl. auch Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaf-

fungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 194). Durch eine solche Bevorzugung würde das Gebot der Gleichbehandlung aller Anbieter sowie die Pflicht zu einer unparteiischen Vergabe verletzt. Im konkreten Fall kam dem Kriterium "Ortkenntnisse" für den zu vergebenden Auftrag nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Da das Kriterium jedoch nur mit 10% gewichtet worden war, erachtete das Zürcher Verwaltungsgericht sowohl seine Festsetzung als auch die vorgenommene Bewertung im Ergebnis noch als vertretbar.

ddd) Im vorliegenden Fall sind bereits vorhandene Kenntnisse des örtlichen Abwassersystems für die Erstellung des GEP lediglich von untergeordneter Bedeutung. Es ist davon auszugehen, dass sich jedes Ingenieurbüro mit der nötigen Erfahrung im GEP-Bereich diese Kenntnisse ebenfalls sehr rasch aneignen kann. Die gemein-despezifischen entwässerungstechnischen Probleme erscheinen nicht derart ausserordentlich, dass vorbestehende Kenntnisse des örtlichen Abwassersystems für die Auftragsausführung geradezu notwendig wären. Dies macht auch der Gemeinderat nicht geltend. Würde es sich anders verhalten, hätte der Gemeinderat lediglich Anbieter einladen dürfen, die die notwendigen Kenntnisse aufweisen oder - was der Auftragswert im vorliegenden Fall zugelassen hätte - sogar von einem Wettbewerb absehen und den Auftrag direkt an die K. AG vergeben müssen.

Festzustellen ist sodann, dass die speziellen Kenntnisse, über die die K. AG verfügt, sich eigentlich auch beim Preis zu ihrem Vorteil auswirken müssten, da dieser Wissensvorsprung es ihr ermöglichen sollte, günstiger zu offerieren. Insofern verfügt diejenige Anbieterin, die bereits Vorkenntnisse aufweist, gegenüber ihren Konkurrentinnen ohnehin über einen gewissen Wettbewerbsvorteil. Anzunehmen ist zudem, dass bereits vorhandene Kenntnisse zur Folge haben, dass sich die zur Ausführung des Auftrags benötigte Zeit verkürzt. Dieser Möglichkeit würde gerade im vorliegenden Fall bereits mit der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Leistungsfähigkeit" bzw. "Termine" Rechnung getragen. Die zusätzliche Berücksichtigung eines Wissensvorsprungs beim Zuschlagskriterium "Erfahrung" drängt sich auch aus diesen Gründen nicht auf; eine solche

Berücksichtigung würde zu einer zusätzlichen Benachteiligung der Anbietenden ohne die fraglichen Kenntnisse führen.

d) Insgesamt erweist sich die zusätzliche Berücksichtigung der Kenntnis des örtlichen Abwassersystems als sachlich nicht zu rechtfertigen und hält daher vor dem Gleichbehandlungsgebot (§ 1 Abs. 1 SubmD, Art. 5 BGBM) nicht stand. Daran ändert auch nichts, dass dem Teilkriterium mit einer Gewichtung von lediglich 5% im Rahmen der Bewertung keine sehr grosse Bedeutung zukommt, und der daraus resultierende Vorsprung der Zuschlagsempfängerin lediglich zwei Punkte beträgt.

80 Selektives Verfahren; Bewertung der Eignungskriterien; Beschränkung der Anbieterzahl.

- **Selektives Verfahren (Erw. 3).**
- **Mittelwertberechnung bei der Bewertung von Planergemeinschaften (Erw. 4/a-d).**
- **Berücksichtigung neuer oder junger Anbieter (Erw. 4/e).**
- **Voraussetzungen für eine Beschränkung der Anbieterzahl (Erw. 5).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. Oktober 2002 in Sachen Planergemeinschaft I. und Mitb. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

3. a) Beim selektiven Verfahren können alle Anbietenden einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Die Vergabestelle bestimmt auf Grund der Eignung nach § 10 SubmD (vgl. Erw. b unten) die Anbietenden, die ein Angebot einreichen dürfen. Sie kann die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbietenden beschränken, wenn der Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand für das Vergabeverfahren andernfalls in einem Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen würde (§ 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB und unten Erw. 5). Dabei muss jedoch ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein (Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB); die Zahl darf, wenn es genügend geeignete Anbietende gibt, nicht kleiner als drei sein (§ 7