

II. Verwaltungsgerichtshof. Entscheid vom 6. Juni 2001. In der Beschwerdesache (2A 01 45) die **ARGE**, **Beschwerdeführerin**, gegen die **Stiftung** ... , und die **Firma B. AG**, 3000 Bern, **Beschwerdegegner**, betreffend **Arbeitsvergabe**

hat sich ergeben:

- A. Im März 2001 schrieb die Stiftung ... die ...arbeiten für den Neubau einer Werkstatt öffentlich aus. Der Auftrag sollte dem Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben werden. Als Zuschlagskriterien wurden genannt:

Rangfolge	Kriterien	Gewichtung
1	Preis	50%
2	Qualität	20%
3	Referenzen/Termine	10%
4	Betriebskosten/Ökologie	10%
5	Qualitätssicherungssystem	10%

Auf die Ausschreibung gingen 13 Offerten ein; das tiefste Angebot lag bei 329'484.15 Franken und das höchste bei 458'712.65 Franken. Den Zuschlag erhielt am 25. April 2001 die Firma B. AG in Bern für 329'484.15 Franken. Die ARGE kam mit ihrem Angebot von 342'261.75 auf Rang 2.

- B. Die ARGE gelangte gemäss der angegebenen Rechtsmittelbelehrung mit Beschwerde vom 16. Mai 2001 an den Oberamtmann des ...bezirks und beantragte sinngemäss die Aufhebung des angefochtenen Entscheids und den Zuschlag der Arbeiten an sie. Zur Begründung brachte sie vor, dass das Angebot der Firma B. zwar das kostengünstigste aber nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot ist.

Die Stiftung schliesst auf Abweisung der Beschwerde.

C. ...

D. ...

E. ...

Der II. Verwaltungsgerichtshof zieht in Erwägung:

1. - 5. (Formelles)

6. In materieller Hinsicht macht die ARGE geltend, die Firma B. weise zwar das kostengünstigste, nicht aber das wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Zu Begründung bringt sie vor, dass die Zuschlagskriterien zu stark "preislástig" ausgelegt sind. Bei einer Preisdifferenz bis zu 2,99% verliere ein Unternehmer beispielsweise 5 Punkte auf das kostengünstigste Angebot. In ihrem Fall seien es 10 Punkte. Aber schon 5 Minuspunkte beim Zuschlagskriterium "Preis" seien mit den restlichen Zuschlagskriterien kaum mehr aufzuholen, ausser die unterliegende Unternehmung sei ISO zertifiziert und die Gewinnerin nicht. Die anderen Zuschlagskriterien - Qualität, Referenzen/Termine, Betriebskosten/Ökologie, Qualitätssicherungssystem - könnten bei der Firma B., einer im ...bezirk relativ unbekanntem Unternehmung, nicht objektiv beurteilt werden. Die ARGE bestehe aus zwei im ...bezirk ansässigen Firmen und würde 32 Arbeitsplätze und 7 Lehrlingen einen Ausbildungsplatz anbieten. Dieses Kriterium müsse stärker gewichtet werden, was nicht geschehen sei. Es müsse dem Kriterium Preis weniger und den übrigen Kriterien mehr Gewicht beigemessen werden, ansonsten vom preisgünstigsten und nicht vom wirtschaftlich günstigsten Angebot gesprochen werden müsse.

Demgegenüber wendet die Stiftung ein, dass den Unternehmern die Zuschlagskriterien vor der Offertstellung bekannt waren. Weder gegen deren Rangordnung noch gegen die Gewichtung sei Beschwerde erhoben worden. Die Referenzen der berücksichtigten Anbieterin seien durchwegs positiv gewesen. Die Distanz vom Firmensitz zur Arbeitsstelle und die Schaffung von Arbeits- beziehungsweise Lehrlingsplätzen seien als Zuschlagskriterium nicht relevant. Im Übrigen entspreche die Bewertung der eingegangenen Angebote den vorgegebenen Ausschreibungsunterlagen.

7. Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob im jetzigen Verfahren die Rangordnung der Zuschlagskriterien und deren Bewertung noch in Frage gestellt werden können oder dies nicht vielmehr im Moment der Einladung zur Offerteinreichung hätte getan werden sollen. Dieser Punkt ist jedoch nicht weiter zu prüfen, weil sich die Beschwerde als ohnehin unbegründet erweist.

8. a) Nach 30 Abs. 1 ÖBR wird der Auftrag dem Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben. Bei der Bewertung ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten. Dabei können neben dem Preis besonders folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Fristen, Rentabilität,

Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ausbildung von Lehrlingen, Ästhetik, Qualitätssicherung, Kreativität und Infrastruktur. Am wirtschaftlich günstigsten ist jenes Angebot, das bei einer wirtschaftlichen Gesamtbewertung, die sich an die gesetzlichen Vorgaben hält, der Auftraggeberin die meisten Vorteile verspricht (PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Rz. 11 S. 21).

- b) Es ist Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; nimmt sie eine relative Gewichtung dieser Kriterien vor, so ist auch diese vorgängig bekannt zu geben. Die erfolgte Festsetzung der massgeblichen Beurteilungskriterien und Unterkriterien für die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle und die Anbieter verbindlich und schränkt in diesem Sinne das der Vergabestelle zustehende Ermessen bei der Bestimmung des auszuwählenden Angebotes ein. Ziel des öffentlichen Beschaffungsrechts ist es, das Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen transparent zu gestalten. Dazu muss die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes für Aussenstehende nachvollziehbar sein (VPB 65.9 Erw. 2a mit Hinweisen). Wenn sich die Vergabestelle nicht an diese Bedingungen hält, handelt sie vergaberechtswidrig. Das gilt namentlich dann, wenn sie Zuschlagskriterien ausser Acht lässt, die bekannt gegebene Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder zusätzliche Kriterien heranzieht, die sie nicht bekannt gegeben hat (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 11.3 S. 24)
- c) Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien und deren Bewertung im Voraus bekannt gegeben. Diese Bekanntgabe bindet die Stiftung, weshalb sich das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Massgabe dieser Bekanntgabe bestimmt. Den Zuschlagsentscheid hat die Stiftung aufgrund der publizierten Zuschlagskriterien und deren Bewertung getroffen. Etwas anderes behauptet die ARGE nicht und ist auch nicht ersichtlich. Für die Stiftung war der Preis das wichtigste Kriterium. Würde sie, wie das die ARGE verlangt, im Nachhinein bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots von den bekannt gegebenen Kriterien abweichen, würde sie vergaberechtswidrig handeln. Es kann somit nicht angehen, jetzt eine andere Bewertung vorzunehmen.

Im Übrigen ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Rangfolge und Gewichtung für die konkrete Vergabe im Ermessen der Behörde steht, was die Überprüfungsbefugnis des Gerichts einschränkt. Mit einer Beschwerde kann gerügt werden die Verletzung des Rechts einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des

rechtserheblichen Sachverhalts (Art. 77 Abs. 1 lit. a VRG). Nach Art. 78 Abs. 2 VRG kann die Unangemessenheit nur gerügt werden, wenn die Angelegenheit das Gebiet der öffentlichen Abgaben oder der Sozialversicherung betrifft (lit. a) oder die Angelegenheit der Beschwerde an eine zur Überprüfung dieser Rüge befugte Bundesbehörde unterliegt (lit. b) oder ein Gesetz diesen Beschwerdegrund ausdrücklich vorsieht (lit. c). Im vorliegenden Fall kann das Verwaltungsgericht die Angemessenheit des angefochtenen Entscheids nicht überprüfen, da keiner der in Art. 78 Abs. 2 VRG genannten Fälle vorliegt. Bei der Unangemessenheit geht es um die Frage, ob der zu prüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässiger anders hätte ausfallen sollen. Ist somit eine den Umständen angemessenere und zweckmässigere Lösung im Einzelfall denkbar, ist dies rechtlich nicht zu beanstanden. Das Gericht soll nicht sein Ermessen an die Stelle der Behörde setzen. Es könnte nur einschreiten, wenn die Behörde das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (ZBI 102/2001 S. 312 Erw. 5 S. 318; BGE 123 V 150 Erw. 2 S. 152). Davon kann vorliegend keine Rede sein. Der Preis ist ein wichtiges Kriterium. Wenn die Stiftung ihn als Hauptkriterium bezeichnet und ihm eine besonders hohe Bewertung beimisst, ist dies nicht zu beanstanden.

Die übrigen Einwände der ARGE erweisen sich ebenfalls als unbegründet.

- d) Gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM dürfen ortsfremde Anbietende bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden. Zulässig sind ihnen gegenüber nach Art. 3 Abs. 1 BGBM nur Beschränkungen, welche gleichermaßen auch für ortsansässige Personen gelten (lit. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (lit. b) und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (lit. c). Als überwiegendes öffentliches Interesse kommt unter anderem der Schutz der natürlichen Umwelt in Betracht (Art. 3 Abs. 2 lit. b BGBM). Eine auf diese Bestimmung gestützte Beschränkung darf jedoch in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Ein Abstellen auf die Anfahrtswege, die ein Anbieter von seinem auswärtigen Geschäftsstandort bis zum Einsatzort zurücklegen muss, ist unter dem Aspekt der Gleichbehandlung höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weit entfernt gelegenen Anbietern mit sich bringt. Würde generell auf die Länge der Anfahrtswege abgestellt, würde damit der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz weitgehend verunmöglicht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich in Umweltrecht in der Praxis, URP, 1999 S. 515; ZBI 101/2000 S. 255 Erw. 5 mit Hinweisen). Es verstösst gegen Sinn und Zweck der Binnenmarktgesetzgebung, die den freien Marktzugang und die Gleichbehandlung ortsansässiger mit ortsfremden Anbietern bezweckt (Art. 3

BGBM). Das Geschäftsdomizil dürfte grundsätzlich kaum einen Einfluss auf die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit eines Anbieters haben.

Im vorliegenden Fall erweist sich die Distanz zwischen ... als Einsatzort und Bern als Geschäftsdomizil der Firma B. AG nicht als Zuschlagskriterium. Die ARGE behauptet denn auch nicht, dass die Transporte von Bern nach ... erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben werden. Weiter liessen die Ausschreibungsunterlagen nicht erkennen, dass diesem Umstand überhaupt ein Gewicht beigemessen würde. Mithin wurden das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Diskriminierung nicht verletzt (PETER GALLI/DANIEL LEHMANN/PETER RECHSTEINER, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 194).

- e) Die ARGE hegt offenbar Zweifel an der Eignung der berücksichtigten Firma B., weil diese im ...bezirk relativ unbekannt sei. Das Gericht sieht sich ausser Stande diesen Einwand näher zu prüfen, weil die ARGE keine konkreten Hinweise für ihre Behauptung vorlegt.
 - f) Die Lehrlingsausbildung ist in den Vergabeunterlagen nicht als Zuschlagskriterium aufgeführt, weshalb sich schon aus diesem Grund erübrigt, auf den Antrag der ARGE einzutreten. Nach dem Eingang der Offerten dürfen keine andere Zuschlagskriterien hinzugenommen werden, andernfalls die Stiftung, wie erwähnt, rechtswidrig handeln würde. Zwar wird die Lehrlingsausbildung in Art. 30 ÖBR als mögliches Zuschlagskriterium genannt. Ob es aber als zulässiges Vergabekriterium qualifiziert werden kann, ist fraglich (vgl. GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Rz. 12 S. 27).
9. Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass der Stiftung kein vergaberechtswidriges Verhalten vorgeworfen werden kann. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende ARGE kostenpflichtig (Art. 131 Abs. 1 VRG). Die Verfahrenskosten werden auf 800 Franken festgesetzt (Art. 1 und 2 des Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz, SGF 150.12). Die beiden Mitglieder der ARGE haften für die Gerichtskosten solidarisch (Art. 132 Abs. 2 VRG).

**Demnach entscheidet
der II. Verwaltungsgerichtshof:**

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die dem Staat Freiburg geschuldeten Gerichtskosten von 800 Franken werden der ARGE auferlegt. ...

210