

2024_OG V 22 26. Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 51 Abs. 1 und Abs. 2 SubV. Unterkriterien zu publizierten Zuschlagskriterien. Zuschlagskriterium der Umweltverträglichkeit (Transportwege). Unterkriterien, die bloss die publizierten Kriterien konkretisieren, müssen nicht im Voraus bekannt gegeben werden, und zwar auch dann nicht, wenn das Schema der Unterkriterien zum Zeitpunkt der Ausschreibung schon besteht. Die Berücksichtigung der Transportwege unter dem Zuschlagskriterium der Umweltverträglichkeit kann sachlich geboten sein, wenn sich der Transportvorgang über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten auswirkt. Im konkreten Fall war beim Schema, das die Vergabestelle bei der Bewertung angewendet hat, von einem bloss die Hauptkriterien konkretisierenden Unterkriterienkatalog auszugehen. Der Unterkriterienkatalog hat zum Zeitpunkt der Ausschreibung schon bestanden. Dass er nicht im Voraus bekannt gegeben wurde, schadete trotzdem nicht. Es handelte sich um die Vergabe der Baumeisterarbeiten für ein grosses kantonales Strassenbauprojekt, bei welchem zu erwarten war, dass grosse Mengen von Gütern zu- und abtransportiert werden mussten. Für die Berücksichtigung der Transportvorgänge bestanden sachliche Gründe. Abweisung der Beschwerde einer unterlegenen Anbieterin gegen die Zuschlagsverfügung.

Obergericht, 17. März 2023, OG V 22 26

Aus den Erwägungen:

4.3 Gemäss Art. 53 Abs. 1 SubV erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Als solches gilt das Angebot, das die in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien am besten erfüllt. Neben dem Preis können insbesondere folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Infrastruktur und Umweltverträglichkeit. Bei wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angeboten kann die Vergabestelle berücksichtigen, ob und allenfalls wie viele Lehrstellen die Anbietenden im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse zur Verfügung stellen (Art. 53 Abs. 2 SubV). Der Grundsatz der Transparenz (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB, Art. 1 Abs. 2 lit. d SubV) verlangt, dass Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden (BGE 143 II 553 E. 7.7). Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist grundsätzlich unzulässig. Die Zuschlagskriterien sind nach prozentualer Gewichtung oder zumindest nach der Reihenfolge zu nennen (BGE a.a.O. E. 7.7). Unterkriterien, die bloss die publizierten Kriterien konkretisieren, müssen nicht im Voraus bekannt gegeben werden (BGE 130 I 241 E. 5.1; BGer 2C_91/2013 vom 23.07.2013 E. 4.1 nicht publ. in BGE 139 II 489; BGer 2D_49/2011 vom 25.09.2012 E. 7.4). Das kantonale Recht sieht keine restriktivere Regelung vor, wonach auch bloss konkretisierende Unterkriterien zwingend bereits in der Ausschreibung bekanntzugeben wären (vergleiche Art. 29 und Art. 31 SubV; zu apodiktisch insoweit Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, E. 6a, publ. in Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 967, wobei die Bekanntgabe von Subkriterien in diesem Entscheid nicht Streitgegenstand war und sich die bezüglich Unterkriterien differenzierende Praxis erst danach zu etablieren begann).

4.4 Die Vergabestelle hat in der Ausschreibung vier Zuschlagskriterien (ZK) aufgestellt und deren Gewichtung festgelegt. Das ZK1 betrifft den Preis und wurde mit 70 Prozent gewichtet. Das ZK2 betrifft die Erfahrung und Referenzen und wurde mit 15 Prozent gewichtet. Das ZK3 betrifft den Bauvorgang und die Termine und wurde mit 10 Prozent gewichtet. Das ZK4 betrifft die Umwelt (Transporte) und wurde mit 5 Prozent gewichtet. Die Bewertung erfolgte beim ZK1 «Preis» nach der Maxime: Tiefste Angebotssumme dividiert durch Angebotssumme multipliziert mit 100. Die ZK2 und ZK3 sollten gemäss Ausschreibung nach folgender Abstufung bewertet werden: nicht erfüllt 0 Punkte; teilweise erfüllt 33 Punkte; erfüllt 66 Punkte; gut bis sehr gut erfüllt 100 Punkte (vergleiche Submissionsanweisungen S. 4, VI-act. 4). Aus den weiteren Ausschreibungsunterlagen, namentlich aus den zuhanden der Anbietenden abgegebenen Formularen, geht hervor, dass einerseits Referenzprojekte und andererseits Schlüsselpersonal auszuweisen waren. Das Schlüsselpersonal wiederum war unterteilt in die drei Kategorien «Technische Leitung», «Bauführung» und «Polier»

respektive für jede dieser Personalkategorien war ein entsprechendes Formular auszufüllen. Für jede dieser Funktionen musste gemäss Formular je eine Person angegeben werden, welche wiederum je zwei Referenzprojekte ausweisen konnte. In den Ausschreibungsunterlagen befand sich ausserdem das Dokument «Teil 6: Dokumente Anbieter», in welchem nähere Vorgaben und Spezifikationen gemacht wurden, wie der Technische Bericht von den Anbietenden als Teil des Angebots auszugestalten war respektive inwiefern welche Themenbereiche (wie Bauzufahrt, Bauablauf, Bauprogramm etc.) näher zu beschreiben waren.

4.5

4.5.1 Nach Treu und Glauben und in Anbetracht des sach- und fachkundigen Adressatenkreises war zunächst zu erwarten, dass die angegebenen Referenzprojekte und das angegebene Schlüsselpersonal (beinhaltend die drei genannten Personalkategorien) unter dem ZK2 bewertet würden. Das war für alle Anbietenden schon aus der Ausschreibung genügend ersichtlich (siehe E. 4.4 hievor). Wie aus dem aktenkundigen Schema zur Detailbeurteilung (VI-act. 16) hervorgeht, wurden die in der Ausschreibung für das ZK2 vorgesehenen 15 Prozentpunkte auf die Sparten «Referenzprojekte» und «Schlüsselpersonal» im Verhältnis 6:9 und der Anteil zum Schlüsselpersonal wiederum gleichmässig auf die drei erforderlichen Personalkategorien (3/3/3) aufgeteilt. Die Bewertung der Unterkriterien erfolgte sodann nach der in den Submissionsanweisungen publizierten Abstufung (0/33/66/100 Punkte). In Anbetracht des Umstandes, dass mit der Bewertung der Referenzprojekte und des Schlüsselpersonals (beinhaltend die drei genannten Personalkategorien) unter dem ZK2 zu rechnen war, war auch damit zu rechnen, dass eine entsprechend konkretisierende Kategorisierung seitens der Vergabestelle vorgenommen würde. Das Schema zur Detailbewertung geht nach Auffassung des Gerichts nicht über eine solche (erwartbare) Konkretisierung hinaus, weshalb beim entsprechenden Schema davon auszugehen ist, dass es Unterkriterien aufstellt, welche das publizierte ZK2 eben lediglich konkretisieren. Die Bewertung der konkretisierenden Unterkriterien wiederum erfolgte nach der publizierten Abstufung. Das Gericht kann insofern weder ein treuwidriges oder sonst missbräuchliches Vorgehen der Vergabestelle erkennen noch geht es von einer verpönten Änderung der Zuschlagskriterien aus. Keines der im besagten Schema aufgestellten Unterkriterien erhält zudem ein übermässiges Gewicht; die Aufteilung erscheint vielmehr angemessen. Dass das Schlüsselpersonal etwas stärker gewichtet wird, liegt im (für die Anbietenden im Übrigen erwartbaren) Ermessen der Vergabestelle, zumal bei Grossprojekten wie dem vorliegenden sachkundiges Personal als besonders bedeutsam betrachtet werden darf.

4.5.2 Zusammenfassend war die Konkretisierung des ZK2 mittels des zuvor erwähnten Schemas zur Detailbewertung angemessen, genügend voraussehbar und innerhalb dessen, was die Vergabestelle im Rahmen ihres Ermessens bei der Bewertung der Angebote vorsehen konnte. Da es sich beim aktenkundigen Schema zur Detailbewertung lediglich um eine (angemessene) Konkretisierung des ZK2 handelte, war dieses Schema auch nicht im Voraus, insbesondere nicht etwa schon in der Ausschreibung, bekannt zu geben (oben E. 4.3). Das Gebot der Transparenz wurde somit nicht verletzt, soweit der Beschwerdeführerin das Schema nicht schon vor der angefochtenen Verfügung zugänglich gemacht wurde. Die Beschwerde erweist sich auch im vorliegenden Punkt als unbegründet. Bezüglich des Umstandes, dass das Schema offenbar erst im gerichtlichen Beschwerdeverfahren zugänglich gemacht wurde, wird auf obige Erwägung zum rechtlichen Gehör (E. 2.4.2 hievor) sowie auf die Berücksichtigung dieses Umstandes bei der Kosten- und Entschädigungsregelung (E. 8 hernach) verwiesen.

4.7

4.7.1 Nach Kenntnisnahme des Schemas zur Detailbewertung machte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik geltend, das Schema sei veraltet. Es sei offenbar bereits am 31. Januar 2020 erstellt worden. Es sei zu vermuten, dass zu diesem Zeitpunkt noch nicht geplant gewesen sei, das fragliche Mandat in zwei Losen zu vergeben (Baulos Ost und Baulos West). Das zeige sich daran, dass bei der Beurteilung unter dem ZK2 von falschen Projektdimensionen ausgegangen worden sei. Die unter «Baukosten: Grössenordnung» definierten Beurteilungswerte (bis über 10 Millionen) seien massiv

höher als die jeweiligen Eingabesummen im vorliegend strittigen Baulos. Es sei offenbar vergessen gegangen, die Baukosten im Rahmen der Losaufteilung anzupassen.

4.7.2 Die Vorinstanz erklärt hierzu (Duplik vom 03.10.2022 S. 6 Ziff. 6.4 und S. 7 f. Ziff. 6.9), dass die vorliegende Ausschreibung am 14. Januar 2022 erfolgt sei. Die Detailbeurteilung, die eine Verfeinerung der Zuschlagskriterien ZK2 und ZK3 vorsehe, sei bereits am 31. Januar 2020 festgelegt worden. Es sei allgemein bekannt, dass gegen das Projekt verschiedene öffentlich-rechtliche Einsprachen und Beschwerden erhoben worden seien. Während diese Verfahren rechtshängig gewesen seien, sei die Submission vorbereitet worden, um möglichst umgehend nach rechtskräftiger Erledigung der Beschwerden die Arbeiten ausschreiben zu können. Entgegen der Annahme der Beschwerdeführerin habe von Anfang an die Absicht bestanden, die Arbeiten in zwei Losen zu vergeben. Dass in der Bewertungsmatrix Baukosten > 10 Millionen aufgeführt seien, habe durchaus seine Berechtigung. Beim Nachweis entsprechender Referenzprojekte gelte dieses Kriterium als übererfüllt. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sei die Vergabebehörde nicht verpflichtet, die Unterkriterien, welche die Hauptkriterien lediglich konkretisierten, bekanntzugeben, auch wenn sie im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits Unterkriterien festgelegt habe. Die Vergabebehörde könne dies aber aus «freien Stücken» machen.

4.7.3 Wie bereits erwähnt, handelte es sich beim hier strittigen Schema zur Detailbewertung (VI-act. 16) und der darin aufgestellten Unterkriterien um lediglich die publizierten Hauptkriterien konkretisierende Unterkriterien (vergleiche E. 4.5 f. hievor). Es besteht unter dem Titel des Transparenzgebotes kein Anspruch der Anbietenden, dass solche Bewertungsschemen im Voraus, insbesondere in der Ausschreibung, bekanntzugeben wären (E. 4.3 hievor). In älteren Entscheiden führte das Bundesgericht aus, dass die Behörde, wenn sie für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkret Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen festgelegt habe, was für standardisierte Dienstleistungen leicht möglich scheine, und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenke, sie dies den Bewerbern zum Voraus bekannt geben müsse (BGer 2P.299/2000 vom 24.08.2001 E. 2c; siehe auch BGer 2P.111/2003 vom 21.01.2004 E. 2.1.2). Diese Ausführungen wurden in der Lehre als unbefriedigend bezeichnet, weil es für die Pflicht der Bekanntgabe der Subkriterien nicht darauf ankommen könne, ob die Vergabebehörde (zufällig) im Voraus ein Schema erstellt habe (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 974). In einem jüngeren Entscheid hat das Bundesgericht ausgeführt, dass nähere Ausführungen grundsätzlich entbehrlich seien, wenn die Vergabebehörde aus freien Stücken Unterkriterien bekannt gebe. Seien die Unterkriterien nicht zwingend offenzulegen, gelte dies umso mehr für die Methoden und Formeln, die für die Beurteilung dieser Unterkriterien herangezogen würden. Insoweit fehle es von vornherein an einem vertrauensbegründenden Tatbestand (BGer 2D_49/2011 vom 25.09.2012 E. 7.5). Die Vorinstanz leitet daraus für das vorliegende Verfahren ab, dass es im freien Ermessen der Vergabestelle sei, ob ein lediglich konkretisierender Subkriterienkatalog schon in der Ausschreibung bekanntgegeben werde (siehe E. 4.7.2 in fine hievor).

4.7.4 Die Auffassung der Vorinstanz überzeugt. Entscheidend muss sein, ob sich die Subkriterien einem in der Ausschreibung ausdrücklich aufgeführten Zuschlagskriterium zuordnen lassen beziehungsweise davon mitumfasst werden, sodass von einer lediglich konkretisierenden Wirkung der Subkriterien ausgegangen werden kann (vergleiche insoweit Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 960 sowie bereits oben E. 4.3). Der Grund liegt darin, dass dem Anliegen der Transparenz Genüge getan ist, wenn bereits aus den publizierten Hauptkriterien (gegebenenfalls im Verbund mit den weiteren Ausschreibungsunterlagen) genügend klar hervorgeht, welche Bewertungsaspekte unter dem betreffenden Hauptkriterium massgeblich sein können, mithin nach Treu und Glauben erwartbar ist, dass die tatsächlich aufgestellten Unterkriterien im Rahmen der Bewertung der betreffenden Hauptkriterien eine Rolle spielen können. So ist – nach Auffassung des hiesigen Gerichts – auch die Wendung des Bundesgerichts zu verstehen, wonach es von vornherein an einem vertrauensbegründenden Tatbestand fehle, soweit es um bloss konkretisierende Unterkriterien gehe

(vorstehende E. 4.7.3). Nicht massgeblich kann dagegen sein, ob der konkretisierende Subkriterienkatalog zufälligerweise vor oder nach der Ausschreibung erstellt wurde. An einem vertrauensbegründenden Tatbestand fehlt es unabhängig davon, wann der konkretisierende Subkriterienkatalog erstellt worden ist. Im Übrigen wäre es widersprüchlich, wenn einerseits zwar der konkretisierende Subkriterienkatalog zugänglich gemacht werden müsste, wenn er denn vor der Ausschreibung von der Vergabebehörde tatsächlich schon erstellt worden wäre, andererseits aber gleichzeitig für solche Subkriterienkataloge nach der Praxis grundsätzlich keine Publikationspflicht bestünde. Für die Transparenz wäre jedenfalls nichts gewonnen: Diejenige Vergabebehörde, welche bis nach der Ausschreibung wartet und den konkretisierenden Subkriterienkatalog allenfalls erst erstellt, wenn schon Angebote eingegangen sind, würde im Gegensatz zu jener Vergabebehörde, die den konkretisierenden Subkriterienkatalog schon vor der Ausschreibung ausformuliert hat, bei Nicht-Bekanntgabe des Katalogs geschützt, obwohl im Fall der Vergabebehörde, welche wartet, die Gefahr einer missbräuchlichen Anpassung der Bewertung im Prinzip höher ist. Solange die Praxis besteht, dass lediglich konkretisierende Subkriterienkataloge nicht im Voraus bekannt gegeben werden müssen (woran das hiesige Gericht festhält), kann deshalb auch nicht sinnvollerweise verlangt werden, dass der konkretisierende Subkriterienkatalog a priori zu publizieren wäre, soweit er denn zum Zeitpunkt der Ausschreibung tatsächlich schon besteht. Das alles bedeutet selbstverständlich nicht, dass die Vergabestelle völlig frei wäre. Handeln nach Ermessen heisst nicht Handeln nach Belieben. Die Sicherstellung der Transparenz und Gleichbehandlung der Anbietenden erfolgt jedoch nicht dadurch, dass zu einem zufälligen Zeitpunkt ein Subkriterienkatalog besteht, sondern dadurch, dass die Subkriterienkataloge sich innerhalb dessen bewegen müssen und daran gemessen werden, was im Rahmen der publizierten Hauptkriterien erwartbar ist. Dementsprechend muss die Bewertung gemäss einem generell-abstrakten Schema vorgenommen werden, das den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien entspricht, die Kriterien der Punkteverteilung im Einzelnen nachvollziehbar regelt und auf alle Angebote gleich angewandt wird (in diesem Sinne auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 970 sowie bereits oben E. 4.7.4 zweiter Satz). Wie schon ausgeführt, ist vorliegend beim Schema zur Detailbewertung und der darin aufgestellten Unterkriterien von lediglich die publizierten Hauptkriterien konkretisierenden Unterkriterien auszugehen. Dass die Vorinstanz das Schema nicht schon in der Ausschreibung publiziert hat, schadet demnach nicht. Ebenso schadet nicht, dass das Schema schon vor der Ausschreibung bestanden hat, wie die Vorinstanz ausführt und wovon nunmehr auch die Beschwerdeführerin ausgeht (vergleiche E. 4.7.1 hievore).

5.3 Vorab kann betreffend grundsätzliche Zulässigkeit des Umweltkriteriums auf die vorstehenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass mit Art. 53 Abs. 2 SubV die Umweltverträglichkeit als mögliches Zuschlagskriterium gesetzlich ausdrücklich vorgesehen ist. Sodann ist die Berücksichtigung des Transportweges binnenmarktrechtlich zwar dann verpönt, wenn der Transportvorgang insgesamt nur eine nebensächliche (beziehungsweise einmalige) Rolle spielt, nicht aber dann, wenn sich der Transportvorgang über eine längere Zeitspanne in einer Vielzahl von Fahrten auswirkt; diesfalls kann die Berücksichtigung des Transportvorgangs im Rahmen der Angebotsevaluation sogar sachlich geboten sein (vergleiche Oesch/Renfer, Wettbewerbsrecht II Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2021, Rz. 3 zu Art. 5 BGBM mit Hinweisen; so bereits Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 04.10.2013, OG V 13 21, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 2012 und 2013, Nr. 29 S. 159 E. 2a mit Hinweisen).

5.4 Vorliegend wurde dem Zuschlagskriterium ZK4 «Umwelt (Transporte)» hinsichtlich der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebots ein Gewicht von fünf Prozent beigemessen. Dafür hatten die Anbieter das Formular 06 der Bauherrschaft unterteilt in die Teilprojekte «Trassee» und «Kunstabauten» auszufüllen. Verlangt wurde beim Teilprojekt „Trassee“ die Deklaration der Strecken zwischen der Baustelle und gewählter ADT-Unternehmung respektive deren Entsorgungsbeziehungsweise Bezugsstandorte für folgende im Leistungsverzeichnis – als Teil der Ausschreibungsunterlagen (VI-act. 4, act. 4.1) – enthaltenen Transportgüter: Abtransport

Aushubmaterial (NPK 211), Zutransport Kiesmaterial (NPK 221), Zutransport Belag Asphalt (NPK 223) und Zutransport Beton (NPK 241; vergleiche zum Verständnis der zu deklarierenden Strecke respektive der diesbezüglichen Auslegung des ZK4 E. 5.7 hernach). Beim Teilprojekt „Kunstabauten“ waren die entsprechenden Strecken für folgende Transportgüter aufzuführen: Zutransport Beton (NPK 171), Zutransport Belag Asphalt (NPK 172), Zutransport Belag Asphalt (NPK 223 Brücken) und Zutransport Beton (NPK 241). Insgesamt umfassen diese Positionen eine Masse in der Höhe von 39'255 Tonnen. Die einzelnen zu transportierenden Massen mussten mit den deklarierten Transportwegen in Kilometern multipliziert werden. Darüber hinaus erfolgte die Berücksichtigung eines "Faktors für Transporte", wonach beim Einsatz von Lastwagen nach Euro-6 Norm ein Faktor von 1.0 und bei Bahn- und/oder Schiffstransport ein Faktor von 0.2 (Bahn) respektive 0.1 (Schiff) anzuwenden waren. Die so bemessene "Transportleistung" war in der Masseinheit Tonnenkilometer wiederzugeben. Dabei erhalte gemäss Angaben auf dem Formular das Angebot mit den kleinsten Tonnenkilometer die Maximalpunktzahl von 100. Die zehnfache Zahl dieser Tonnenkilometer ergab null Punkte. Dazwischen wurde die Punktezahl linear verteilt.

5.5 Zunächst ergibt sich mit Blick auf das Vorstehende, dass die Transportvorgänge mit Zu- und Abtransporten der für die WOV-Baustelle nötigen Güter nicht eine bloss nebensächliche Rolle spielen, sondern die Transportvorgänge im Gegenteil erheblich ins Gewicht fallen. Das ist bei einer Baustelle von der Dimension der WOV schon ohne vertiefte Analyse nachvollziehbar und plausibel. Es ist weiter nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz von einem erheblichen öffentlichen Interesse an der Schadstoffminimierung bei der Abwicklung dieser Transporte ausgeht und zur Erreichung dieses Ziels Angebote mit kleinerer Tonnenkilometerzahl besser bewertet. Es können somit für die Berücksichtigung der Transportwege unter dem ZK4 zur Bewertung der Umweltverträglichkeit sachliche Gründe angeführt werden. Mit der Gewichtung von fünf Prozent liegt auch keine ermessensverletzende Überbewertung vor. Damit kann entgegen der Beschwerdeführerin nicht von einer grundsätzlich binnenmarktwidrigen Anwendung des Umweltkriteriums ausgegangen werden. Sodann war ohne Zweifel transparent genug, wie die Bewertung des Umweltkriteriums ZK4 vorstattgehen wird. Wie oben gezeigt, ging dies aus dem von den Anbieterinnen auszufüllenden Formular ausdrücklich hervor. Die eher beiläufige Rüge der Beschwerdeführerin, die Bewertung des ZK4 sei in den Submissionsanweisungen nicht näher erläutert worden, womit wohl eine intransparente Handhabung des ZK4 impliziert werden soll, entbehrt insofern der Grundlage.