

Öffentliches Beschaffungswesen - KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) A1 14 264 vom 12. Februar 2015

Bewertung des Preiskriteriums und der Referenzen

- Grundregeln zur Bewertung des Preiskriteriums mit Berechnungsbeispiel (E. 5).
- Zuschlagskriterien müssen bereits in den Ausschreibungsunterlagen präzise definiert werden unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien (E. 6).
- Referenzen über bisherige Leistungen sind ein geeignetes Mittel, um die Qualität einer künftig zu erbringenden Leistung einzuschätzen. Referenzen über entsprechende Arbeiten der letzten fünf Jahre zu verlangen, ist weder übertrieben noch diskriminierend (E. 7).

Evaluation du critère prix et des références

- Règles de base en matière d'évaluation du critère du prix avec exemple de calcul (consid. 5).
- Les documents d'appel d'offres doivent définir précisément les critères d'adjudication en indiquant leur pondération et les éventuels sous-critères (consid. 6).
- Les références de prestations accomplies par le passé permettent valablement d'apprécier la qualité d'une prestation à fournir. Il n'est ni excessif ni discriminatoire d'exiger des références relatives à des travaux comparables exécutés durant les cinq dernières années (consid. 7).

Erwägungen

(...)

5. Die hinterlegte Bewertungstabelle (s. Beilagen Vernehmlassung der Vergabestelle vom 23. Oktober 2014) berechnet die Punktzahl der Zuschlagsempfängerin beim Preiskriterium gestützt auf das nicht abschliessend bereinigte Nettoangebot von Fr. 442 138.90, das die Vergabestelle aufgrund der ersten Kontrolle ermittelt hatte. Dementsprechend ist die Punktzahl bezüglich des Zuschlagskriteriums „Angebotspreis“ ausgehend vom Nettoangebot der Zuschlagsempfängerin von Fr. 438 970.85 zu bestimmen, das die Vergabestelle aufgrund einer zweiten Kontrolle ermittelte und vorliegender Überprüfung standhält.

5.1 Nicht nur bei der Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung, sondern auch bei der Bewertung und bei der Festlegung der Preiskurve, kommt der Vergabestelle ein grosses Ermessen zu (Urteil des Bundesgerichts 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004 A1 13 351

vom 14. März 2014 E. 3.3 mit Hinweis; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 267 vom 7. Oktober 2011 E. 4.1). Folgende Grundregeln zur Bewertung des Preiskriteriums sind dabei einzuhalten: Die Bewertung ist im Hinblick auf ein bestimmtes Resultat zu erstellen (1), für alle Angebote wird die gleiche Bewertungsmethode angewendet (2), der Notenfächer ist für den Preis gleich wie bei den andern Kriterien (3), die preislich tiefste Offerte erhält die höchste Note (4) und die Preisdifferenzen widerspiegelt sich auch in der Note (5) (Denis Esseiva, Les problèmes liés au prix, in BR Sonderheft Vergaberecht 2004 S. 33 f.; ZWR 2004 59 E. 5.1; Urteil des Kantonsgerichts A1 10 267 vom 7. Oktober 2011 E. 4.1). Mittels gewählter Bewertungsmethode ist die Gewichtung des Preises nicht derart abzuschwächen, dass letztendlich die Gewichtung "ausgehebelt" wird. Mit dem Gebot, die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung im Voraus bekannt zu geben, ist selbstverständlich untrennbar die Forderung verbunden, diese Kriterien in der angegebenen Gewichtung bei der Bewertung und Vergabe dann auch tatsächlich anzuwenden (BGE 129 I 313 E. 9.2; Urteil des Kantonsgerichts A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 6.1 bestätigt durch das Urteil des Bundesgerichts 2C_1196/2013 vom 21. Februar 2013 E. 2; Urteil des Kantonsgerichts A1 09 107 vom 31. Juli 2009 E. 4.7). Bisher ist aus dem Transparenzgebot weder von Lehre noch Praxis eine allgemeine Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe von detaillierten Benotungsskalen abgeleitet worden (Urteil des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 5.2 mit Hinweisen). Einzig dann, wenn die Vergabebehörde bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen (konkret) formuliert und festgelegt hat, das sie für die Bewertung der Offerten auch anzuwenden gedenkt, muss sie dieses im Voraus publizieren (BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteile des Bundesgerichts 2P.231/2003 vom 28. Januar 2004 E. 2.3; 2P.299/2000 vom 24. August 2001 E. 2c; vgl. auch BVR 2004 S. 348 E. 2.2).

5.2 Die von der Vergabestelle gewählte Bewertungsmethode geht von einem Mittelwert der eingereichten Offerten aus. Ein diesem Preis entsprechendes Angebot erhielt 4 Punkte (= Fr. 442 540.15) und ein um 20 % tieferes bildete das „theoretische Angebot“, welches die volle Punktzahl von 6 Punkten (= Fr. 354 032.12) erhielt. Mit einer abstrakten Formel, der Geradengleichung $y = ((y_2 - y_1) / (x_2 - x_1)) * (x - x_2) + y_2$, in Worten ausgedrückt;

Resultat= $((\text{volle Punktzahl}-\text{mittlere Punktzahl})/(\text{theoretisches Angebot}-\text{Mittelwert})) * (\text{tatsächliches Angebot}-\text{theoretisches Angebot})+\text{volle Punktzahl}$

ermittelte die Vergabestelle die linear abnehmende Punktzahl (vgl. Bundesgerichtsurteile 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.3; 2P.71/2006 vom 23. Februar 2007 E. 6. ff.). So lange die hiervor erwähnten Grundanforderungen eingehalten werden, ist es grundsätzlich zulässig, die Bewertung aufgrund einer theoretisch berechneten Preiskurve vorzunehmen und nicht dem konkret billigsten Angebot die Maximalnote zu erteilen, sondern einem theoretisch errechneten „idealen Angebot“ (Denis Esseiva, in BR Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 34, Ziff. 6 lit. a; Bundesgerichtsurteil 2P.71/2006 vom 23. Februar 2007 E. 6. ff.; Urteil des Kantonsgerichts A1 07 183 vom 18. Januar 2008 E. 7.2, 7.4; ZWR 2004 S. 59 f. E. 5.1 ff.). Die Anforderungen an die Preisbewertung sind vorliegend erfüllt (Urteil des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 5 mit Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 884, 894 ff.). Das billigste Angebot erhält die höchste Punktzahl und die Preisdifferenz widerspiegelt sich - wenn auch nur im Hundertstelbereich - in der Benotung (vgl. ZWR 2004 S. 60 E. 5.3; ZWR 2003 S. 69 f. E. 9.2). Die geringe Punktedifferenz ist Ausdruck der geringen Angebotsdifferenz, denn das Angebot der Zuschlagsempfängerin ist lediglich Fr. 3970.55 oder 0.9 % billiger als das Angebot der Beschwerdeführerin mit Fr. 442 941.40 (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 05).

Aufgrund der Nettoangebote von Fr. 438 970.85 (Zuschlagsempfängerin) und Fr. 442 941.40 (Beschwerdeführerin) resultiert ein Mittelwert von Fr. 440 956.13, der die Note 4 erhält und ein „theoretischer Wert“ von Fr. 352 764.90, der die Note 6 erhält. Insofern ergibt sich folgendes Resultat für die Zuschlagsempfängerin:

$((6-4)/(352\ 764.90-440\ 956.13)) * (438\ 970.85-352\ 764.90)+6=4.05$
Punkte

Und für die Beschwerdeführerin:

$((6-4)/(352\ 764.90-440\ 956.13)) * (442\ 941.40-352\ 764.90)+6=3.95$
Punkte

Bei einer Gewichtung von 70 % erzielt die Zuschlagsempfängerin damit eine Punktzahl von 2.84 und die Beschwerdeführerin von 2.77.

6. Des Weiteren erachtet die Beschwerdeführerin als willkürlich, dass die Zuschlagsempfängerin unter dem Zuschlagskriterium „Betriebsorganisation“ dieselbe Note wie sie erhalten habe. Die Zuschlagsempfängerin verfüge nämlich über keine Techniker, keinen Heizungsmeister und auch kein technisches Büro und übernehme im Gegensatz zu ihr keine Lehrlinge.

6.1 Im Interesse der Rechtssicherheit und der Transparenz ist es geboten, dass die Zuschlagskriterien für die konkrete Vergabe unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen präzise definiert werden (Art. 13 lit. f IVöB; Art. 31 VöB; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 831; Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 23 Ziff. 11.2, Fn. 89; Bundesgerichtsurteil 2P.299/2000 E. 2c; Urteile des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 5.1.1; A1 13 287 vom 15. November 2013 E. 5.1.1). Der Detaillierungsgrad dieser Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich aus den Erfordernissen, die das betreffende Projekt an die Anbieter stellt (Urteil des Kantonsgerichts A1 13 351 vom 14. März 2014 E. 5.1.1). Je komplexer eine Beschaffung, desto konkretere Angaben sind notwendig.

6.2 Vorliegend bildet die Betriebsorganisation ein Zuschlagskriterium, gewichtet mit 10 % (S. 6 der besonderen Bestimmungen). Die Ausschreibungsunterlagen konkretisieren das Kriterium mit den Stichworten „Firmenporträt, Organigramm“ und mit dem Satz; „Beim Baumeister werden eigene Optimierungsvorschläge für die Baustelleneinrichtung in die Beurteilung miteinbezogen“.

Die Zuschlagsempfängerin und die Beschwerdeführerin haben beide ein Organigramm eingereicht, aber bei der Vergabestelle kein näher begründetes Firmenporträt hinterlegt. Gestützt auf das Organigramm sind keine wesentlichen Differenzen in der Unternehmensstruktur und Betriebsorganisation auszumachen, weshalb es nicht willkürlich ist, wenn die Vergabestelle beiden Anbietern hinsichtlich des Kriteriums der „Betriebsorganisation“ die gleiche Punktzahl vergeben hat. Die Betriebsorganisationen der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin sind zwar nicht identisch, erscheinen aber gestützt auf das Organigramm gleichwertig. Nichts anderes ergibt sich aus den

nachträglichen Präzisierungen - soweit diese überhaupt zuzulassen sind (vgl. zum Verbot nachträglicher Änderungen des Angebotsinhaltes Urteil des Kantonsgerichts A1 11 155 vom 15. März 2012 E. 4.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 714) - im Beschwerdeverfahren zum entsprechenden Zuschlagskriterium. Beide Anbieter bringen vor, Lehrlinge auszubilden und über gut ausgebildete Fachkräfte sowie ein technisches Büro zu verfügen (S. 6 Replik; S. 4 Duplik). Diese Angaben stimmen auch mit den Präsentationen auf der jeweiligen Internetseite der Anbieter überein. Willkür, Ermessensüberschreitung bzw. -unterschreitung oder missbräuchliche Ermessensausübung ist der Vergabestelle in diesem Punkt nicht vorzuwerfen, weshalb diesbezüglich am angefochtenen Entscheid festzuhalten ist (Art. 16 Abs. 1 und Abs. 2 IVöB).

7. Die Beschwerdeführerin bringt noch vor, es sei willkürlich, dass die Zuschlagsempfängerin unter dem Zuschlagskriterium „Referenzen“ dieselbe Note erhalten habe. Die Zuschlagsempfängerin habe nur sieben Referenzstellen angegeben und davon betreffe keine einzige Referenz eine öffentliche Baute und es sei keine Referenz in der Grössenordnung der ausgeschriebenen Arbeiten.

7.1 Referenzen über bisherigen Leistungen eines Anbieters sind ein geeignetes Mittel, um die Qualität einer künftig zu erbringenden Leistung einzuschätzen und zu überprüfen, ob der Anbieter die Fähigkeiten für die nachgefragte Leistung mitbringt (Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 7. A., Zürich/Basel/Genf 2008, S. 502; Urteil des Kantonsgerichts A1 07 183 vom 18. Januar 2008 E. 5.1). Verlangt die Vergabestelle unter diesem Kriterium Referenzen über entsprechende Arbeiten der letzten fünf Jahre, so ist das weder übertrieben noch diskriminierend. Allzu alte Referenzen sind nicht aussagekräftig, denn unter dem Referenzkriterium muss die aktuelle Fähigkeit eines Anbieters unter Beweis gestellt werden (Hubert Stöckli, a.a.O., S. 502). Dabei sind nicht nur die Anzahl der Referenzen zu bewerten, sondern auch deren Aussagekraft und Güte (Hubert Stöckli, a.a.O., S. 503; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 862). Verlangt die Vergabestelle die Angabe von Referenzen über vergleichbare Arbeiten, so darf sie jene unberücksichtigt lassen, die mit der ausgeschriebenen Leistung sachlich nichts zu tun haben, auch wenn sie von der Komplexität her mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar sind (Hubert Stöckli, a.a.O., S. 504). Das Referenzkriterium kann nicht nur über sachliche, sondern

auch über finanzielle Aspekte näher definiert werden (Hubert Stöckli, a.a.O., S. 504). So ist es zulässig bei der Vergabe von Arbeiten im Wert von ca. Fr. 300 000.-- Referenzen in der Kostengrösse von mindestens Fr. 100 000.-- als noch wertmässig vergleichbar zu erachten (Hubert Stöckli, a.a.O., S. 504 mit Hinweisen).

7.2 In den Ausschreibungsunterlagen wurde vorliegend das Zuschlagskriterium „Referenzen“ mit 20 % gewichtet und dahingehend konkretisiert, dass die Anbieter „Referenzobjekte von öffentlichen Bauten oder Bauten in gleicher Kostengrösse in den letzten fünf Jahren“ vorweisen sollen. Der Beschwerdeführerin ist beizupflichten, dass die von der Zuschlagsempfängerin angegebenen Referenzen nicht den gestellten Anforderungen entsprechen. Die Zuschlagsempfängerin hat zwar sieben Referenzobjekte angegeben, davon aber keine öffentlichen Bauten und sechs in der Grössenordnung von Fr. 40 000.-- bis 180 000.-- und nur eines von Fr. 300 000.--. Die Kostengrösse der Referenzobjekte liegt damit deutlich tiefer als das vorliegende Projekt mit zu erwartenden Kosten von ungefähr Fr. 440 000.--. Zudem kann der Referenzliste der Zuschlagsempfängerin nicht entnommen werden, wann die Bauten erstellt worden sind.

Demgegenüber hat die Beschwerdeführerin 25 Referenzen der letzten fünf Jahre, also seit 2009 angegeben, davon ungefähr die Hälfte öffentliche Bauten (Spitäler, Altersheime, Pflegeheime, Schulanlagen, Mehrzweckhallen und Werkhof etc.) und sechs Bauten in der Grössenordnung von mehr als Fr. 460 000.- und damit von der Kostengrösse her über dem vorliegenden Projekt.

7.3 Die Vergabestelle hat beide Anbieter gleich bewertet bzw. beiden die volle Punktzahl erteilt, obwohl die Zuschlagsempfängerin die Anforderungen an das Zuschlagskriterium „Referenzen“ klar nicht erfüllt hat. Die ungleiche Erfahrung mit Lüftungs- und Heizungsanlagen in ähnlicher Kostengrösse oder bei öffentlichen Bauten muss sich in der Bewertung niederschlagen; es geht nicht an, trotz ungleichen Voraussetzungen beide Anbieter gleich zu bewerten. Aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung ergibt sich nicht nur, in den relevanten Punkten Gleiches gleich, sondern auch in den relevanten Punkten Ungleiches ungleich zu behandeln (BGE 129 V 110 E. 1.2.2; 127 I 192 E. 5; 125 I 4 E. 2b.aa). Insofern steht die identische Bewertung beider Anbieter im klaren Widerspruch zur tatsächlichen Situation und ist insofern willkürlich (BGE 138 I 305 E. 4.3; 127 I 1 E. 2.4 mit

Hinweisen). Somit ist die Bewertung hinsichtlich des Zuschlagskriteriums „Referenzen“ dementsprechend anzupassen.

7.4 Grundsätzlich handelt es sich bei den Zuschlagskriterien um relative Gesichtspunkte, die im Hinblick auf den Zuschlag nach Massgabe der bekannt gegebenen Gewichtung im Rahmen einer gesamthaften Abwägung berücksichtigt werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 863). Sofern es sich nicht um sog. „Muss-Kriterien“ handelt, kann ein Anbieter auch dann noch für den Zuschlag infrage kommen, wenn sein Angebot gewisse im Zuschlagskriterienkatalog erwähnte Anforderungen nicht erfüllt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, a.a.O., N. 863 mit Hinweis). Insofern die Zuschlagsempfängerin den Anforderungen an das Zuschlagskriterium „Referenzen“ nicht hinreichend nachkommt, führt dies nicht zu einem Ausschluss, aber zu einer entsprechenden Berücksichtigung in der Bewertung.

Vorliegend können nur jene Referenzen der letzten fünf Jahre noch als vergleichbar gewertet werden, die öffentliche Bauten betreffen oder über dem Mindestwert von Fr. 150 000.-- liegen (vgl. Hubert Stöckli, a.a.O., S. 504 mit Hinweisen). Alle Referenzen unter dem genannten Mindestwert können nicht mehr als in der „gleichen Kostengrösse“ erachtet werden. Wird pro vergleichbare Referenz ein Punkt vergeben, kommt die Zuschlagsempfängerin höchstens auf zwei Punkte, ein Punkt für eine Referenz betreffend eine Heizung in der Kostengrösse von Fr. 180 000.-- und ein weiterer Punkt für die Wärmepumpe in der Kostengrösse von Fr. 300 000.--. Dies unter der Annahme, dass die Zuschlagsempfängerin nur Referenzen der letzten fünf Jahre eingereicht hat. Die Beschwerdeführerin erhält demgegenüber die volle Punktzahl, da sie mehr als sechs Referenzen der letzten fünf Jahre angegeben hat, die öffentliche Bauten oder Anlagen über dem hiervor erwähnten Mindestwert betreffen. Bei einer Gewichtung von 20 % erhält die Zuschlagsempfängerin 0.40 Punkte und die Beschwerdeführerin 1.20 Punkte bezüglich des Referenzkriteriums.

7.5 Damit liegt die Beschwerdeführerin in der Gesamtwertung nach den hiervor erwähnten Anpassungen auf dem ersten Rang mit 4.57 Punkten (2.77 + 1.20 + 0.60) und die Zuschlagsempfängerin auf dem zweiten Rang mit 3.84 Punkten (2.84 + 0.40 + 0.60).