

VergabeNews Nr.

16

Transparenz ist für ein faires Vergabeverfahren und die Gleichbehandlung der Anbieter zentral. Eine besonders grosse Rolle spielt das Transparenzgebot bei der Angebotsbewertung. Welche Pflichten bestehen für Vergabestellen und welche Rechte für Anbieter? Dieser Newsletter bietet einen Überblick über die wichtigsten Regeln.

walderwyss rechtsanwälte

**Martin Zobl**

Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 35
martin.zobl@walderyyss.com

Wieviel Transparenz bei der Angebotsbewertung?

Das Transparenzgebot ist nebst dem Gleichbehandlungsgrundsatz Dreh- und Angelpunkt des modernen Beschaffungswesens. Im Kontext der Angebotsbewertung sehen sich Vergabestellen häufig mit der Frage konfrontiert, wie umfassend und detailliert sie die Eignungs- und Zuschlagskriterien im Voraus bekanntgeben, die Bewertung dokumentieren und den Zuschlag begründen müssen. Nachfolgend wird die aktuelle Rechtslage dargestellt und gewürdigt, wobei der Fokus auf dem Bundesrecht liegt.

Das Transparenzgebot: Funktion und Konkretisierungsbedarf

Das Transparenzgebot ist ein tragendes Prinzip des Vergaberechts, das sowohl in den von der Schweiz abgeschlossenen internationalen Übereinkommen (Art. XVII des Government Procurement Agreement [GPA] und Art. 3 und 4 des Bilateralen Abkommens mit der EU über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens) als auch im innerstaatlichen Recht verbrieft ist (Art. 1 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] und Art. 2 Abs. 3 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen). Transparenz ist nicht Selbstzweck, sondern ein wirksames Instrument, um die Fairness des Vergabeverfahrens, den wirksamen Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung der Anbieter zu fördern. Sie dient zudem der Prävention und Eindämmung von Korruption.

Das Transparenzgebot kommt in sämtlichen Stadien eines Beschaffungsverfahrens zum Tragen. Die Vergabestelle hat alle wesentlichen Schritte zu kommunizieren: Mit der öffentlichen Ausschreibung sollen die Anbieter von einem Be-

schaffungsvorhaben der öffentlichen Hand erfahren. Der Beschaffungsgegenstand, die technischen Spezifikationen und die Bewertungskriterien samt ihrer Gewichtung müssen frühzeitig und umfassend bekannt gegeben werden. Spätere Änderungen sind nur beschränkt und unter Einhaltung des Transparenz- und Gleichbehandlungsprinzips zulässig. Kontakte mit den Anbietern dürfen nicht im Geheimen stattfinden, sondern müssen offengelegt werden. Schliesslich müssen die Bewertung der Angebote und der Zuschlagsentscheid nachvollziehbar begründet sein.

Das Transparenzgebot, das die Vergabebehörden zur aktiven Information verpflichtet, ersetzt bis zu einem gewissen Grad den im allgemeinen Verwaltungsrecht vorgesehenen Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör: Zum Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Anbieter kommt das Akteneinsichtsrecht erst im Beschwerdeverfahren, jedoch nicht während des Verfügungsverfahrens zur Anwendung (Art. 26 Abs. 2 BöB).

So klar die genannten Transparenzregeln auf den ersten Blick erscheinen mögen, so sehr kann im Einzelfall strittig sein, wie umfangreich und detailliert eine behördliche Information auszufallen hat. In der Praxis kommt es regelmässig vor, dass die diesbezüglichen Vorstellungen von Vergabestellen und Anbietern auseinanderklaffen, was unweigerlich zu Rechtsstreitigkeiten führt. Nicht selten erheben unterlegene Anbieter gegenüber der Vergabestelle den Vorwurf, sie habe die Bewertung der eingereichten Angebote nicht nachvollziehbar dargelegt oder sich auf zusätzliche Unter- oder Subkriterien gestützt, ohne diese vorgängig kommuniziert zu haben. Entsprechend gross ist das Beschwerderisiko. Die Konsultation der anwendbaren Erlasse alleine hilft in diesen Fällen wenig weiter, da sie das Transparenzgebot und die damit zusammenhängenden Bekanntgabepflichten nur rudimentär regeln. Die schweizerischen Gerichte haben die gesetzlichen Vorgaben in einer reichhaltigen Praxis konkretisiert und weiterentwickelt.

Vorgängige Bekanntgabe aller relevanten Bewertungskriterien als Grundsatz

In einem Leitentscheid von 1998 hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Vergabestelle alle im konkreten Beschaffungsgeschäft relevanten Zuschlagskriterien den Anbietern im Voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt geben muss (BGE 125 II 86 ff.), was sich für den Bund auch aus Art. 21 Abs. 2 BöB und Art. 27 Abs. 1 VöB ergibt. An die einmal bekanntgegebenen Zuschlagskriterien ist die Vergabestelle gebunden: Es ist ihr grundsätzlich verwehrt, die Zuschlagskriterien oder ihre relative Gewichtung während des laufenden Vergabeverfahrens und insbesondere nach Eingang der Angebote abzuändern. Wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, ihre Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder Kriterien heranzieht, die sie nicht bekannt-

gegeben hat, handelt sie vergaberechtswidrig. Diese Bindung ergibt sich nicht nur aus dem Transparenzgebot, sondern auch aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter (vgl. Urteil des BVGer B-4958/2013 vom 30. April 2014, E. 2.5.2).

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung gilt die Bekanntgabepflicht auch für Unterkriterien und für ein Schema mit prozentualen Gewichtungen, die eine Vergabestelle im Hinblick auf eine Beschaffung aufgestellt hat (BGer 2P.299/2000 vom 24. August 2001, E. 2c und E.4). Allerdings erfährt das Transparenzgebot hier eine gewichtige Ausnahme: Nicht bekannt gegeben werden müssen Unterkriterien, die bloss die publizierten Zuschlagskriterien konkretisieren oder verfeinern. Mit anderen Worten sind nur diejenigen Unterkriterien transparent zu machen, die einen eigenständigen Charakter haben bzw. denen die Vergabestelle eine Bedeutung beimisst, die derjenigen eines Zuschlagskriteriums gleichkommt. Unter Vorbehalt des Ermessensmissbrauchs muss gemäss Bundesgericht auch eine Beurteilungsmatrix oder Notenskala nicht zwingend zum Voraus bekannt gegeben werden (BGE 130 I 241 E. 5.1; BGer, 2p.111/2003, Urteil vom 21. Januar 2004, E. 2.1.1; zuletzt bestätigt in BGer, 2C_91/2013, Urteil vom 23. Juli 2013 E.4.1).

Die kantonale Gerichtspraxis zur Bekanntgabe von Bewertungskriterien unter kantonalem Vergaberecht ist uneinheitlich. Während einzelne Verwaltungsgerichte auf grösstmögliche Transparenz setzen, lassen andere den Vergabebehörden mehr Spielräume. Das Zürcher Verwaltungsgericht lehnt sich an die bundesgerichtliche Rechtsprechung an. Nach ihm sind die Vergabestellen nicht in jedem Fall zur vorgängigen Bekanntgabe der Unterkriterien oder der Bewertungsmatrix verpflichtet, solange für die Anbieter erkennbar bleibt, welche Aspekte ihres Angebots für die Bewertung wesent-

lich sind (VGer ZH, VB.2017.00283, Urteil vom 22. Juni 2017 E. 3.3.2). Tendenziell strenger im Vergleich zur Zürcher Praxis erscheint die Gerichtspraxis etwa in den Kantonen Bern, Basel-Landschaft, St.Gallen und Graubünden.

Die Bekanntgabepflicht gilt als Regel formeller Natur, deren Missachtung grundsätzlich zur Aufhebung des Zuschlags und damit zur Neuausschreibung des Auftrags führt. Davon darf höchstens abgewichen werden, wenn die Vergabestelle darlegen kann, dass die Verletzung des Transparenzgebots den Zuschlagsentscheid nicht zu beeinflussen vermochte.

Bekanntgabe der Bewertungskriterien als Gratwanderung

Die erwähnte bundesgerichtliche Rechtsprechung bietet zwar Leitplanken, die in der Theorie klar erscheinen mögen. In der Vergabepaxis wirft sie aber heikle Fragen auf und kann zu unbefriedigenden Situationen führen:

Etwas unglücklich erscheint die Rechtsprechung zunächst dahingehend, dass die Bekanntgabepflicht von der Zufälligkeit abhängt, ob sich eine Vergabestelle bereits vor oder erst nach der Ausschreibung auf ein Bewertungsschema festlegt. Das Bedürfnis der Anbieter nach Transparenz dürfte in beiden Fällen gleich gross sein. Insofern setzt die Rechtsprechung auch fragwürdige Anreize. Vergabestellen könnten versucht sein, mit der Konkretisierung von Bewertungskriterien absichtlich zuzuwarten oder in einem Beschwerdeverfahren zu argumentieren, bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung existierende Unterkriterien seien erst später entwickelt worden.

Weiter bereitet die Abgrenzung zwischen rein „konkretisierenden“ Unterkriterien und Kriterien mit eigenständiger Bedeutung oftmals Mühe, sodass im Einzelfall unklar ist, welche Kriterien im Voraus transparent zu machen sind. Im Zweifelsfall sind Vergabestellen gut beraten,

sämtliche bereits bekannten Unterkriterien vorgängig zu publizieren. Anbieter haben denn auch ein Bedürfnis zu erfahren, wie eine Vergabestelle ein Zuschlagskriterium konkret versteht und umzusetzen gedenkt und welche Unterkriterien sie allenfalls stärker und welche sie schwächer gewichtet. So gesehen ist die bundesgerichtliche Praxis, wonach eine im Voraus festgelegte Bewertungsmatrix nicht mit der Ausschreibung publik gemacht werden soll, wenig überzeugend.

Gegen eine allzu ausufernd verstandene Bekanntgabepflicht spricht andererseits das Bedürfnis von Vergabestellen, sich nicht bereits im Voraus auf sämtliche Einzelheiten der Bewertung festzulegen. Zwar sind Vergabestellen verpflichtet, vor der Ausschreibung ihren Beschaffungsbedarf abschliessend zu ermitteln und nebst dem Beschaffungsgegenstand auch die anzuwendenden Bewertungskriterien möglichst exakt zu definieren. Jedoch kommt es besonders bei komplexen und erstmaligen Beschaffungen vor, dass – trotz extensiver Abklärungen im Rahmen von Machbarkeitsstudien etc. – gewisse Kriterien erst nach Sichtung der eingegangenen Angebote und erst im Zuge der Evaluation sinnvoll verfeinert werden können. Ein zum Voraus bis ins letzte Detail festgelegtes, starres Bewertungsraster kann sich in diesen Fällen als untauglich erweisen. Wendet die Vergabestelle jedoch Kriterien an, die sie vorgängig nicht vollumfänglich bekannt gegeben hat, drohen Beschwerden von nichtberücksichtigten Anbietern und die Aufhebung des Zuschlags. Dasselbe gilt, wenn sie von einmal bekanntgegebenen Kriterien nachträglich abweicht.

Vor diesem Hintergrund erweist sich die Konkretisierung des Transparenzgebots in der Vergabepaxis als Gratwanderung. Im Sinne einer gesamtheitlichen Betrachtung führt nichts daran vorbei, den Beschaffungsstellen im Einzelfall eine minimale Flexibilität im Hinblick auf die Angebotsbewertung zuzugestehen, die umso grösser sein muss, je komplexer und je

technischer ein Beschaffungsgeschäft ist. Vergabestellen sind auf dem Transparenzgebot zu beharren, doch wird sich niemand der Illusion hingeben, eine anspruchsvolle Beschaffung und die dazugehörige Bewertung seien stets bis ins kleinste Detail planbar. Die Gerichte haben darüber zu wachen, dass der behördliche Ermessensspielraum nicht zu Missbräuchen und Ungleichbehandlungen führt.

Die Entwürfe des revidierten Vergaberechts, die demnächst in die eidgenössischen Räte kommen, schaffen in Bezug auf die Bekanntgabepflicht keine neue Rechtslage. Die erwähnte Gerichtspraxis dürfte weiterhin Geltung beanspruchen. Immerhin hält die Revision für komplexe Beschaffungen das Instrument des Dialogs bereit (Art. 24 E-BöB bzw. E-IVöB). Über den Dialog können der Leistungsgegenstand konkretisiert und Lösungswege ermittelt werden. Dies erlaubt es der Vergabestelle, nicht nur mehr Klarheit über die Einzelheiten des Beschaffungsgegenstands, sondern auch über die gewünschten Bewertungskriterien zu erlangen.

Dokumentation der Bewertung und Begründung des Zuschlags

Eine weitere Anforderung des Transparenzgebots besteht darin, dass die Bewertung der Angebote und damit die Begründung des Zuschlags für Dritte nachvollziehbar sein müssen. Insbesondere Verwaltungsrichter müssen beurteilen können, ob die massgeblichen Bewertungskriterien im Lichte der konkreten Offerten zum in Frage stehenden Zuschlag führen. Daraus resultiert die Pflicht der Vergabestelle, die vorgenommene Offertevaluation zu dokumentieren, was sinnvollerweise (wenn auch nicht zwangsläufig) in Form eines Evaluationsberichts geschieht.

Im Evaluationsbericht hat sich die Vergabestelle nicht nur zur Bewertung der An-

gebote im Rahmen der Zuschlagskriterien, sondern auch zur Eignungsprüfung anhand der Eignungskriterien zu äussern. So muss etwa die Teilnehmerselektion im selektiven Verfahren transparent, objektiv und unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgen. Dies kann insbesondere anhand einer punktemässigen Bewertung mit anschliessender Rangierung geschehen. Wie die Nichtbekanntgabe von Bewertungskriterien gilt auch das Fehlen eines korrekten Evaluationsberichts als formeller Mangel des Beschaffungsverfahrens. Ob und inwiefern Anbieter Einsicht in den Evaluationsbericht verlangen können, beurteilt sich nach den Regeln über die Akteneinsicht, mithin aufgrund einer Interessenabwägung im Einzelfall.

Unberücksichtigte Anbieter haben immer einen Anspruch auf Begründung des Zuschlags. Nur so können sie sich ein Bild über das Zustandekommen des Zuschlags machen und ihn gegebenenfalls in einem Beschwerdeverfahren gerichtlich überprüfen lassen. Für Vergabestellen des Bundes bedeutet dies, dass sie in einem ersten Schritt den unterliegenden Anbietern eine zumindest summarische Begründung liefern müssen (Art. 23 Abs. 1 BöB), wobei die Anforderungen an die summarische Begründung praxisgemäss nicht sehr hoch sind. Auf entsprechendes Gesuch hin müssen weitere Angaben gemacht werden, insbesondere über (Art. 23 Abs. 2 lit. d und e BöB):

- das angewendete Vergabeverfahren;
- den Namen der berücksichtigten Anbieterin;
- den Preis der berücksichtigten Angebots oder (allerdings nur ausnahmsweise) die Preisspanne;
- die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie
- die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots.

Die Form, in welcher die Begründung zu erfolgen hat, gibt das Bundesrecht nicht vor. Bewährt haben sich in der Praxis insbesondere „Debriefings“, d.h. mündliche Besprechungen der genannten Parameter mit den unterlegenen Anbietern. Die Vergabestelle muss besagte Informationen unter gewissen Umständen allerdings nicht liefern, namentlich wenn dadurch gegen Bundesrecht verstossen, öffentliche Interessen oder private Interessen der Anbieter verletzt oder der laute Wettbewerb gefährdet würden (Art. 23 Abs. 3 BöB).

Unter kantonalem Recht variieren Umfang und Detaillierungsgrad der Begründungspflicht. Immerhin verlangt Art. 13 lit. h IVöB von den Kantonen im Sinne eines Minimums, dass der Zuschlag „kurz“ zu begründen ist.

Mit der Revision des Vergaberechts soll die Begründungspflicht für Bund und Kantone analog zur erwähnten Regelung im heutigen BöB harmonisiert werden (Art. 51 Abs. 2 und 3 E-BöB und E-IVöB). Neu soll die Begründung des Zuschlags proaktiv und nicht erst auf Verlangen eines Anbieters erfolgen. Die Dokumentationspflicht wird ebenfalls kodifiziert (Art. 40 Abs. 1 E-BöB und E-IVöB).

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an VergabeNews@walderwyss.com mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2017

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano