

**08/09 28 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 1 Abs. 2 lit. b, Art. 53 Abs. 2 SubV. Art. 13 Abs. 5 Verordnung über die berufliche Grundbildung Elektroinstallateurin/Elektroinstallateur mit eidgenössischem Fähigkeitszeugnis. Kriterium der Lehrlingsausbildung. Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter. Das Kriterium der Lehrlingsausbildung darf nicht zur Diskriminierung auswärtiger Anbieter führen. 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. Die Berücksichtigung der absoluten Anzahl Lehrlinge beim Zuschlag des Auftrages wirkt sich diskriminierend aus und ist demnach in einem Vergabeverfahren nicht zulässig. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen damit rechtsfehlerhaft ausgeübt. Sie durfte das Kriterium der absoluten Anzahl der Lehrlinge nicht anwenden. Nichtigkeit der Zuschlagsverfügung. Die Frage der Zulässigkeit des Einbezugs von Sonderbewilligungen in die massgebliche Anzahl der Lehrlingsverhältnisse konnte vorliegend offen bleiben.**

Obergericht, 07. April 2008, OG V 07 45

#### **Aus den Erwägungen:**

2. Die Beschwerdeführerin macht generell geltend, die Zulässigkeit des vergabefremden Lehrlingskriteriums sei fragwürdig. Tatsächlich lässt sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtes entnehmen, dass die Zulässigkeit der Verwendung dieses Kriteriums nicht unumstritten ist (BGE 2P.242/2006 vom 16.03.2007 E. 4.2.2). Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung im Submissionsverfahren ist an sich ein vergabefremdes Kriterium. Es soll jedoch nach Teilen der Lehre und der Rechtsprechung verschiedener Kantone als Zuschlagskriterium zulässig sein, sofern der kantonale Gesetzgeber dies vorsieht (Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Landrat vom 20.12.2005 zur entworfenen Submissionsverordnung des Kantons Uri, S. 20; vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich 2007, Rz. 589). Die zürcherische Rechtsprechung lässt dieses Kriterium nur zu, wenn die Anzahl Lehrlinge, die ein Anbieter beschäftigt, im Verhältnis zur Gesamtzahl der Angestellten im Unternehmen betrachtet wird. Die Kantone Aargau und Freiburg anerkennen das Kriterium nur, wenn es für die Vergabe nicht ausschlaggebend ist, sondern verwendet wird, um praktisch gleiche Angebote auseinander zu halten. Die Praxis des Kantons Thurgau erachtet das Lehrlingskriterium zwar eher als für die Vergabe sachfremd, lässt es aber auch zu, um gleichwertige Angebote auseinander zu halten. Der Kanton Wallis hat festgehalten, dass die Lehrlingsausbildung kein Eignungskriterium sein kann (vgl. die Zusammenfassung kantonaler Entscheide in: Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 590 ff.). Im Kanton Uri ist das Lehrlingskriterium in Art. 53 Abs. 2 SubV geregelt: "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". Das Kriterium der Lehrlingsausbildung hat somit eine gesetzliche Grundlage. Eine solche im anzuwendenden Submissionsrecht wird zumindest in Teilen der Lehre gefordert (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 589). Das Kriterium wird zudem nur angewendet, wenn sich annähernd gleich günstige Angebote gegenüberstehen (BGE 2P.242/2006 vom 16.03.2007 E. 4.2.2, wonach das an sich vergabefremde Kriterium entsprechend niedrig zu gewichten ist). Gemäss Gesetzeswortlaut wird überdies das Verhältnis der Lehrstellen zur Betriebsgrösse des Anbietenden gemessen (BGE 2P.242/2006 vom 16.03.2007 E. 4.2.2, wonach, um eine systematische Benachteiligung kleiner Betriebe zu vermeiden, es nahe liegt, nicht auf die absolute Zahl der Lehrlinge, sondern auf das Verhältnis in Bezug auf die Gesamtzahl der Beschäftigten abzustellen. Auch spreche das mit dem Zuschlagskriterium der Lehrlingsausbildung verfolgte sozialpolitische Ziel eher dafür, auf die Gesamtzahl der im Betrieb eines Offerenten beschäftigten Lehrlinge abzustellen, statt bloss gerade jene Zahl

von Lehrlingen zu berücksichtigen, welche für die Art der zu vergebenden Arbeit speziell ausgebildet werden. Ein sachgerechter Vergleich werde sonst schwierig, wenn im Submissionsverfahren neben spezialisierten Betrieben auch Unternehmen mit einem weiteren Tätigkeitsfeld als Konkurrenten auftreten.). Die Berücksichtigung der Lehrlingsausbildung, wie in der SubV geregelt, wird als zulässig erachtet.

...

6. a) Die Berücksichtigung von vergabefremden Zuschlagskriterien in Beschaffungsgeschäften setzt eine Grundlage im anzuwendenden Submissionsrecht voraus (E. 2). Das Kriterium der Lehrlingsausbildung ist in Art. 53 Abs. 2 SubV unter dem Titel "Zuschlagskriterien" genannt. Jedoch ist in dieser Bestimmung nur geregelt, dass bei wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angeboten die Vergabestelle berücksichtigen kann, ob und allenfalls wie viele Lehrstellen die Anbietenden im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse zur Verfügung stellen. Davon, dass bei gleich hohen prozentualen Anteilen von Lehrlingen am Personalbestand die grössere absolute Anzahl Lehrlinge massgebend sein soll, steht in den Bestimmungen der Submissionsverordnung nichts. Auch im Bericht und Antrag des Regierungsrates an den Landrat vom 20. Dezember 2005 zur entworfenen Submissionsverordnung des Kantons Uri ist das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge nicht aufgeführt. Im Gegenteil, der Bericht und Antrag spricht davon, dass kleinere Unternehmen insofern begünstigt werden sollen, als die Zahl der Lehrstellen nicht absolut, sondern im Verhältnis zu ihrer Betriebsgrösse berücksichtigt werden (S. 20). Diesen Umstand vermag auch die Weisung des Baudirektors vom 5. Juli 2006 für Submissionen nicht zu ändern. Diese sieht in Ziff. 5 vor, dass die Zahl der absoluten Lehrlinge gilt, sofern die erste Bewertung des Lehrlingskriteriums keine Differenzen ergibt. Dies geschieht jedoch nicht, wie die Vorinstanz geltend macht, lückenfüllend. Eine Lücke im Gesetz kann, wenn überhaupt, nur das Gericht füllen (Art. 1 Abs. 2 ZGB). Die Weisung des Baudirektors stellt vielmehr eine blosse Verwaltungsverordnung dar. Verwaltungsverordnungen sind generelle Dienstanweisungen einer Behörde an ihre untergeordneten Behörden (Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., Zürich 2006, Rz. 123). Die Hauptfunktion der Verwaltungsverordnung besteht darin, eine einheitliche, gleichmässige und sachrichtige Praxis des Gesetzesvollzugs sicherzustellen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 124). Verwaltungsverordnungen sind nach herrschender Ansicht keine Rechtsquellen des Verwaltungsrechts, da sie keine Rechtsnormen enthalten, insbesondere keine Pflichten oder Rechte der Privaten statuieren (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 125). Für das Kriterium der absoluten Anzahl der Lehrlinge besteht keine gesetzliche Grundlage.

b) Vorliegend macht die Vorinstanz geltend, es liege in ihrem Ermessen, ein Kriterium einzuführen, welches in einer solchen Situation zu einem Entscheid führe. Dies trifft zwar grundsätzlich zu. Die Festlegung der Zuschlagskriterien (eingeschlossen Subkriterien) und deren Rangfolge und Gewichtung für die konkrete Vergabe steht im Ermessen der Vergabebehörde. Dies gilt auch für die Bewertung und Einstufung der verschiedenen Angebote nach Massgabe der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien und ihrer Bedeutung (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28 S. 74 f. E. 7c; vgl. auch Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 23.01.2003, VB.2002.00195, publ. in Rechenschaftsbericht an den Kantonsrat 2003, Nr. 54). Den Verwaltungsgerichten ist bezüglich der Beurteilung des Ermessens regelmässig nur die Rechtskontrolle gestattet. Dazu gehört die Kontrolle auf Überschreitung, Unterschreitung und Missbrauch des Ermessens, nicht aber die Kontrolle der Unangemessenheit. Entscheide, welche einen qualifizierten Ermessensfehler, wie z.B. einen Missbrauch des Ermessens beinhalten, müssen von den Verwaltungsgerichten aufgehoben werden (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 473). Ermessensmissbrauch liegt vor, wenn die im Rechtssatz umschriebenen Voraussetzungen und Grenzen des Ermessens zwar beachtet worden sind, aber das Ermessen unter unmassgeblichen Gesichtspunkten,

insbesondere willkürlich und rechtsungleich betätigt wird. Der Entscheid ist sodann nicht nur unzumutbar oder unangemessen, sondern unhaltbar; er steht im Widerspruch zu Verfassungsprinzipien oder zu Sinn und Zweck des Gesetzes (BGE 123 V 152 E. 2; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 21.11.2005, OG V 05 34, E. 5d; Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 463 f.). Bei der Ausübung ihres Ermessens hat sich die Vergabebehörde demnach von sachlichen, nachvollziehbaren und transparenten Überlegungen leiten zu lassen. Unzulässig wäre es etwa, in solchen Fällen das Kriterium der Ortsansässigkeit heranzuziehen. Dies würde Sinn und Zweck des Vergaberechts widersprechen (BR 2003 S. 155 S46).

Mit dem Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge hat die Vorinstanz ihr Ermessen in unhaltbarer Weise ausgeübt. Denn das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge benachteiligt systematisch kleine Unternehmungen, welche aufgrund ihrer Grösse nur eine beschränkte Anzahl Lehrlinge einstellen können und dürfen. Egal, ob das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge nun ein Zuschlagskriterium oder eine blosser Entscheidhilfe darstellt: Die Vorinstanz hat sich an die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere an die Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 1 Abs. 2 lit. b SubV), zu halten. Das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge wirkt sich jedoch diskriminierend aus und ist demnach in einem Vergabeverfahren nicht zulässig. Die Vorinstanz hat ihr Ermessen somit rechtsfehlerhaft ausgeübt. Sie durfte das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge nicht anwenden.

c) Zu prüfen ist nun, ob die Beschwerdeführerin das diskriminierende Kriterium nicht schon mit der Ausschreibung hätte anfechten müssen. Die Ausschreibung des Auftrags ist eine selbstständig anfechtbare Verfügung (Art. 60 lit. b SubV). Rügen gegen die Ausschreibung müssen innert 10 Tagen bei der Schlichtungsstelle geltend gemacht werden (Art. 63 Abs. 3 SubV). Rügen, die nach Ablauf der Beanstandungsfrist vorgebracht werden, sind verspätet. Insbesondere können sie nicht erst bei der Anfechtung des Zuschlags vorgebracht werden. Anderes würde dem Gebot der zügigen und ökonomischen Durchführung des Submissionsverfahrens zuwiderlaufen und dieses unnötig in die Länge ziehen. Ausserdem wäre es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben kaum vereinbar, wenn ein Anbieter sich im Wissen um die rechtsfehlerhafte Ausschreibung nicht zur Wehr setzt, sondern zuwartet und erst bei Nichterteilung des Zuschlages ein Rechtsmittel ergreift (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 23.08.1999, OG V 99 15, publ. in Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 29 S. 75 f. E. 3). Dieser Grundsatz gilt auch im Bundesrecht (Art. 29 lit. b BoeB), jedoch nur für diejenigen Anordnungen in der öffentlichen Ausschreibung, welche bereits aus sich heraus als rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind. Dies gilt in der Regel z.B. für Anordnungen betreffend Verfahrensart, Eingabefristen, Zulässigkeit und Rechtsformen von Bietergemeinschaften, Teilangebote und Varianten, Losbildung oder Verfahrenssprache. Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlaufe des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt erhalten (vgl. BGE 2P.294/2005 vom 14.03.2006 E. 4.1; Galli/Mo-ser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 820). Vorliegend war das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge in Ziff. 5.2 Submissionsanweisungen aufgeführt. Die Beschwerdeführerin wusste somit, dass für den Fall der wirtschaftlich annähernd gleich günstigen Angebote nach den genannten Kriterien verfahren würde. Dabei vermag ihre Argumentation nicht zu überzeugen, wenn sie anführt, die geringe Wahrscheinlichkeit eines Zuschlags nach der absoluten Anzahl der Lehrlinge hätte eine Anfechtung des Vergabekriteriums nicht gerechtfertigt und ein unnötiges Verfahren heraufbeschworen. Denn auch ohne Wissen um den Umstand, dass der Zuschlag i.c. tatsächlich nach dem Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge erfolgen wird, erscheint dieses Kriterium bei objektiver Betrachtungsweise doch rechtsungleich und die Beschwerdeführerin hätte dies erkennen können. Eine Anfechtung hätte demnach bereits nach der Ausschreibung erfolgen sollen.

d) Das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge ist jedoch unter dem Aspekt der Nichtigkeit zu prüfen.

Nichtigkeit, d.h. absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, wird nur angenommen, wenn der ihr anhaftende Mangel besonders schwer wiegt, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Als Nichtigkeitsgründe fallen hauptsächlich funktionelle und sachliche Unzuständigkeit einer Behörde sowie schwer wiegende Verfahrensfehler in Betracht. Inhaltliche Mängel haben nur in seltenen Ausnahmefällen die Nichtigkeit einer Verfügung zur Folge (BGE 132 II 27 E. 3.1, 129 I 363 f. E. 2.1). Dazu gehört etwa der offensichtliche Verstoss gegen Grundrechte (Tschannen/Zimmerli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Bern 2005, § 31 Rz. 18). Die Nichtigkeit einer Verfügung ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten; sie kann auch im Rechtsmittelweg festgestellt werden (BGE 132 II 346 E. 2.1, 129 V 488 E. 2.3). Eine nichtige Verfügung entfaltet keinerlei Rechtswirkungen. Sie ist vom Erlass an (ex tunc) und ohne amtliche Aufhebung rechtlich unverbindlich (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 955). Wenn die Fehlerhaftigkeit nur eine von mehreren Anordnungen der Verfügung betrifft und die Verfügung auch beim Wegfall dieser nichtigen Bestimmung ihren Zweck erreichen kann, ist von Teilnichtigkeit zu sprechen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., Rz. 988).

Der Mangel, welcher der Zuschlagsverfügung anhaftet, ist die Diskriminierung und Ungleichbehandlung von Anbietern. Die Rechtsgleichheit ist eines der wichtigsten Prinzipien in einem Rechtsstaat (vgl. Tschannen/Zimmerli, a.a.O., § 23 Rz. 1). Zudem ist die Gleichbehandlung der Anbieter einer der Kerngrundsätze des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 BoeB, Art. 5 Abs.1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 lit. a BGBM, Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB und Art. 1 Abs.2 lit. b SubV). Daher ist der Mangel als besonders schwer zu bezeichnen. Es ist leicht erkennbar, dass mit dem Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge kleine Unternehmen stets benachteiligt würden. Durch die Annahme von Nichtigkeit erscheint die Rechtssicherheit nicht ernsthaft gefährdet, zumal die Weisung des Baudirektors für Submissionen, welche das Kriterium der absoluten Anzahl Lehrlinge statuiert, vom 5. Juli 2006 datiert und seit damals wohl kaum Fälle aufgetreten sind, auf welche dieses Kriterium angewendet werden musste. Gesagtes erhellt, dass das diskriminierende Kriterium im vorliegenden Fall einen Nichtigkeitsgrund darstellt und die Zuschlagsverfügung daher nichtig ist.