

2019 IV/2

Auszug aus dem Urteil der Abteilung II
i.S. X. AG gegen armasuisse Immobilien
B-5601/2018 vom 24. April 2019

Öffentliches Beschaffungswesen. Unzulässigkeit eines Zuschlagskriteriums « Anfahrtsweg » bei Fehlen sachlicher Gründe.

Art. 1 Abs. 2, Art. 21 Abs. 1 BöB. Art. 27 Abs. 2 VöB.

1. Die Rechtmässigkeit der Berücksichtigung des Standorts der Anbieterinnen oder von Schlüsselpersonen wird nach dem Vergaberecht des Bundes mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot geprüft (E. 6.8.2 f.).
2. Die Berücksichtigung der « Transferzeit » beziehungsweise des Anfahrtswegs kann zulässig sein, wenn sie sich etwa wegen Pikettendienstes auf einen sachlichen Grund stützen lässt (E. 6.8.4).
3. Wenn die Natur des Auftrags gegen die Wahrscheinlichkeit dringender Interventionen spricht und sich auch aus der Bewertung anderer Zuschlagskriterien ergibt, dass die Vergabestelle in Bezug auf die Frage, bis wann die Schlüsselperson vor Ort ist, keine hohen Anforderungen stellt, fehlt es an einem sachlichen Grund (E. 6.8.5).

Marchés publics. Inadmissibilité d'un critère d'adjudication « trajet » en l'absence de motifs objectifs.

Art. 1 al. 2, art. 21 al. 1 LMP. Art. 27 al. 2 OMP.

1. La légalité de la prise en considération de l'emplacement des soumissionnaires ou de personnes clés est examinée selon le droit fédéral des marchés publics sous l'angle du principe de l'égalité de traitement (consid. 6.8.2 s.).
2. La prise en considération du « temps de transfert » ou du trajet peut être admise si le critère se justifie pour des raisons objectives, par exemple pour un service de piquet (consid. 6.8.4).
3. Un motif objectif fait défaut lorsque la nature du mandat s'oppose à la vraisemblance d'interventions urgentes et s'il ressort de l'appréciation d'autres critères d'adjudication que l'adjudicateur

n'accorde pas une importance majeure au temps nécessaire à la personne clé pour être sur place (consid. 6.8.5).

Acquisti pubblici. Inammissibilità della considerazione del tragitto quale criterio di aggiudicazione in mancanza di motivi oggettivi.

Art. 1 cpv. 2, art. 21 cpv. 1 LAPub. Art. 27 cpv. 2 OAPub.

- 1. La legalità della presa in considerazione dell'ubicazione degli offerenti o delle persone chiave quale criterio di aggiudicazione viene esaminata, secondo il diritto federale in materia di acquisti pubblici, sotto il profilo del principio della parità di trattamento (consid. 6.8.2 seg.).**
- 2. La presa in considerazione del « tempo di trasferta » o del tragitto come criterio di aggiudicazione è ammissibile se si fonda su un motivo oggettivo quale ad esempio la necessità di garantire un servizio di picchetto (consid. 6.8.4).**
- 3. Manca un motivo oggettivo se per sua natura il mandato non richiede verosimilmente interventi urgenti e se anche dalla valutazione di altri criteri di aggiudicazione risulta che l'ente aggiudicatore non pone esigenze elevate quanto al tempo necessario alla persona chiave per essere sul posto (consid. 6.8.5).**

Am 27. Juni 2018 schrieb die armasuisse Immobilien (nachfolgend auch: Vergabestelle) auf der Internetplattform SIMAP (Informationssystem über das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz) unter dem Projekttitel « Generalplanerleistungen für Region Mitte » einen Dienstleistungsauftrag im offenen Verfahren aus (Meldungsnummer 1026169; Projekt-ID 172775), zu welchem unter anderem das Los 7 « Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes » gehört. Die armasuisse Immobilien beabsichtigt, mittels Rahmenvertrag Dienstleistungen von Architektur- und Ingenieurbüros sowie planungsbezogene Leistungen für die Zeit vom 1. Januar 2019 bis zum 31. Dezember 2023 zu beziehen (Ziff. 2.4 i.V.m. Ziff. 2.6 der Ausschreibung). In Bezug auf das Los 7 wurde diesbezüglich präzisiert, dass die ganze Schweiz als Ort der Dienstleistungserbringung anzusehen ist (Ziff. 2.7 der Ausschreibung).

Innert der gesetzten Frist bis zum 10. August 2018 zur Einreichung der Angebote gingen für das Los 7 total drei Offerten bei der Vergabestelle

ein, worunter diejenige der « X. AG / Y. ». Am 14. September 2018 publizierte die Vergabestelle den Zuschlagsentscheid vom 10. September 2018 auf der Internetplattform SIMAP (Meldungsnummer 1038405) unter Bekanntgabe der Z. AG als Zuschlagsempfängerin.

Mit Eingabe vom 2. Oktober 2017 gelangte die « Y. » (gemeint: X. AG, nachfolgend: Beschwerdeführerin) mit Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. Sie beantragt, es sei der Zuschlag gemäss Publikation vom 14. September 2018 aufzuheben und der Beschwerdeführerin zu erteilen. Ausserdem enthält die Beschwerde einen Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung und ein Akteneinsichtsbegehren.

Das Bundesverwaltungsgericht erteilte der Beschwerde die aufschiebende Wirkung, gewährte der Beschwerdeführerin Akteneinsicht in teilweise geschwätzter Form und heisst die Beschwerde teilweise gut.

Aus den Erwägungen:

6. Im Folgenden ist auf die Rügen betreffend das mit 15 Prozent gewichtete Zuschlagskriterium Z3 « Kapazität, Reaktionszeit » einzugehen.

6.1 Die Beschwerdeführerin beruft sich auch in diesem Zusammenhang auf das Transparenzgebot, welches verletzt worden sei, indem die Vergabestelle unter Zuschlagskriterium Z3 « Kapazität, Reaktionszeit » zwei neue Unterkriterien (« Reaktionszeit » und « Transferzeit ») gebildet habe. Eine nachträgliche Änderung der Zuschlagskriterien sei nicht zulässig. Es bleibe unklar, wie die Vergabestelle diese Kriterien gewichtet habe. Für die Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes sei sie in der Lage, unter den in Zuschlagskriterium Z3 bewertete Transferzeiten anzubieten. Massgeblich sei ihr Angebot, wonach nicht mehr als 30 Minuten Anfahrtszeit zu den Standorten nötig sei. Es sei ohnehin fraglich, ob ein ortsbezogenes Kriterium aus binnenmarktrechtlicher Sicht ausschlaggebend sein dürfe. Die Beschwerdeführerin rügt bezüglich Zuschlagskriterium Z3 ausserdem eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, indem ihre Offerte nicht nur verändert, sondern auch anhand ihr seitens der Vergabestelle nicht vorgängig mitgeteilter Angaben bewertet worden sei ([...]).

6.2 Die Vergabestelle entgegnet in ihrer Vernehmlassung bezüglich Zuschlagskriterium Z3, die Beschwerdeführerin habe nicht korrekt offertiert. In den Ausschreibungsunterlagen (« Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen », Punkt 3.2 Zuschlagskriterien) sei auf

S. 11 von « Kapazität, Reaktionszeit » sowie von « Transferzeit » die Rede. Im Formular, welches die Anbieter auszufüllen hätten, seien die beiden (Sub-)Kriterien explizit unterteilt. Die Unterteilung in Subkriterien sei deshalb zulässig erfolgt. Unzulässig wäre einzig gewesen, wenn die Subkriterien unterschiedlich gewichtet worden wären. Dies sei nicht geschehen. Die Beschwerdeführerin habe in ihrem Angebot vier verschiedene Transferzeiten ab verschiedenen Filialstandorten und mehrere Schlüsselpersonen angegeben. Die Vergabestelle habe die durch die Beschwerdeführerin offerierten Transferzeiten als nicht zulässig erachtet und gleichwohl auf einen Ausschluss der Offerte verzichtet, aber die angebotenen Transferzeiten durch die Zeiten ab der Zweigniederlassung A. (in der Nordwestschweiz) ersetzt, da dort gemäss Angebot der Arbeitsort der Schlüsselperson « Leiter Maschinen- und Verfahreningenieur » sowie seines Stellvertreters sei ([...]).

6.3 Die Beschwerdeführerin repliziert dahingehend, dass die Vergabestelle neben der « Kapazität und Reaktionszeit » auch noch eine « Transferzeit » bewertet habe. Durch diese nachträgliche Einführung von Subkriterien sei die Gewichtung (meint: der « Kapazität und Reaktionszeit ») noch abgewertet worden. Wenn die Vergabestelle die Prüfung aufgrund der angegebenen Kriterien beziehungsweise der Angaben der Beschwerdeführerin vorgenommen hätte, hätte sie die meisten Punkte und den ersten Rang erreicht, weshalb ihr der Zuschlag zu erteilen sei. Selbst wenn das Kriterium zulässig sein sollte, so sei jedenfalls die Bewertung sachlich nicht haltbar. An den unter « Transferzeit » angegebenen Orten würden sich zudem keine Standorte der Vergabestelle befinden ([...]).

6.4 Die Vergabestelle dupliziert in Bezug auf Zuschlagskriterium Z3, dass dieses sowohl das Subkriterium « Kapazität, Reaktionszeit » als auch das Subkriterium « Transferzeit » beinhalte. Damit könne nicht die Rede von Intransparenz sein. Die Transferzeit sei gemäss den Ausschreibungsunterlagen zwingend ab Hauptsitz anzugeben. Gebe die Anbieterin Transferzeiten von anderen Standorten an, sei dies nicht ausschreibungskonform. Die Standorte seien bei Los 7 über die gesamte Schweiz verteilt, weshalb bei der Vorgabe der Standortauswahl eine Annäherung mittels Vorgabe der Städte Basel, Chiasso, Genf und Romanshorn als zielführend erachtet worden sei ([...]).

6.5 In der Ausschreibung ist gemäss Punkt 2.4 Los 7 das mit 15 Prozent gewichtete Zuschlagskriterium Z3 « Kapazität, Reaktionszeit » vorgesehen. In den Ausschreibungsunterlagen (« Bestimmungen

zum Vergabeverfahren für Planerleistungen », Punkt 3.2 Zuschlagskriterien) wird dieses wie folgt beschrieben:

Z3 Kapazität, Reaktionszeit Dem Angebot ist unter « Kapazität, Reaktionszeit » das Vorgehen mit Terminangaben ab Auftragsannahme bis Projektierungsbeginn darzustellen.

Meilensteine:

- Auftragsannahme/-analyse
- Begehung vor Ort
- Offertstellung
- Projektierungsbeginn

Bewertet wird das Vorgehen und Reaktionszeit sowie die Plausibilität und die Zweckmässigkeit aus Sicht des Auftraggebers.

Zusätzlich wird unter « Transferzeit zur Standorte armasuisse Immobilien » die Transferzeit vom Hauptsitz Generalplaner zu einem ausgewählten armasuisse Immobilien Standort angegeben.

Für die Angaben ist das **Formular 6 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11)** zu verwenden.

In Formular 6 (Teil B, KBOB-Dokument Nr. 11) wird Folgendes aufgeführt:

Zuschlagskriterium Z3: Unter « Transferzeit zur Standorte armasuisse Immobilien » werden die Transferzeiten vom Hauptsitz Generalplaner zu einem ausgewählten Immobilien Standort angegeben.

Transferzeit von « Hauptsitz Generalplaner » nach « Standort armasuisse » beim anzubietenden Los eintragen.

Im Anschluss an diese Angaben enthält das Formular folgende Tabelle:

Standort Anbieter:	... (Hauptsitz Generalplaner eintragen)	
		Transferzeit (in Min.)
Los 7	Basel	... Min.
	Chiasso	... Min.
	Genf	... Min.
	Romanshorn	... Min.
Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes (ganze Schweiz)		

6.6 Aufgrund des Gesagten ergibt sich zunächst, dass aus der Ausschreibung selbst beziehungsweise dem Begriff « Reaktionszeit » nicht ersichtlich war, welche Bedeutung der Transferzeit zukommen würde und welche Distanzen diesbezüglich berücksichtigt würden. Sind Bedeutung und Tragweite der getroffenen Anordnungen nicht ohne Weiteres erkennbar, kann sich die Vergabestelle insoweit nicht auf die Rechtskraft der Ausschreibung berufen (BVG E 2014/14 E. 4.4 « Suchsystem Bund »; Zwischenentscheid des BVGer B-82/2017 vom 24. April 2017 E. 10.1.1 « Bahnstromversorgungsanlagen »). Behauptete Mängel der Ausschreibungsunterlagen sind nach der Praxis des Bundesverwaltungsgerichts grundsätzlich nicht selbstständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, in der Regel dem Zuschlag, anzufechten (BVG E 2014/14 E. 4.4 « Suchsystem Bund »; Urteile des BVGer B-4387/2017 vom 8. Februar 2018 E. 1.1, auszugsweise publiziert in: BVGE 2018 IV/2 « Produkte zur Innenreinigung I »; B-4743/2015 vom 9. Dezember 2015 E. 3.1 « Signalisation »; PETER GALLI et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1254). Die Vergabestelle macht auch nicht geltend, dass die entsprechende Rüge der Beschwerdeführerin nicht zu hören ist, weil nicht bereits die Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin gegenüber als rechtswidrig beanstandet worden sind (vgl. zur Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben in diesem Zusammenhang BVGE 2014/14 E. 4.4 in fine).

6.7 Es ist nun im Folgenden zu prüfen, ob sich das Subkriterium « Transferzeit » als zulässig erweist.

6.7.1 Nach dem Transparenzgebot hat die Vergabestelle sämtliche Zuschlagskriterien, die sie bei der Evaluation der Angebote in Betracht zu ziehen beabsichtigt, vorgängig in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuführen (vgl. Art. 21 Abs. 2 BöB [SR 172.056.1] sowie Ziff. 6 des Anhangs 5 zur VöB [SR 172.056.11]); zumindest muss sie das relative Gewicht, welches sie jedem dieser Kriterien beimisst, zum Voraus deutlich präzisieren und bekanntgeben (BGE 130 I 241 E. 5.1; Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [BRK] 2005-025 vom 18. Mai 2006 E. 3a/aa, unter Hinweis auf BGE 125 II 86 [E. 7c] sowie den Entscheid der BRK 2003-032 vom 15. Juni 2004 E. 3a). Könnte die Vergabestelle die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien nämlich erst nachträglich, in Kenntnis der eingegangenen Offerten, festsetzen, so bestünde die Gefahr der Manipulation beziehungsweise der Begünstigung eines bestimmten Anbieters (Urteil des

BVGer B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.3 m.H. « Kurierdienst BAG I »).

6.7.2 Wird ein Unterkriterium, das sich nicht deutlich aus den festgelegten Zuschlagskriterien ergibt, in die Bewertung einbezogen, so ist die Vergabebehörde verpflichtet, dieses ebenfalls vorab bekanntzugeben. Die Verwendung eines sehr offenen und unbestimmten Begriffs erfordert zwangsläufig eine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien. Es ist unstatthaft, erst im Rahmen der Offertevaluation bei der Bewertung eines offenen Zuschlagskriteriums einzelne Teilaspekte herauszuschälen und unterschiedlich zu gewichten (BGE 130 I 241 E. 5.1; Urteil B-891/2009 E. 3.2 « Kurierdienst BAG I »; Entscheid der BRK 2005-025 E. 3a/aa m.H.; Entscheid der BRK 2004-014 vom 11. März 2005, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden [VPB] 69.79 E. 3 a/aa). Ob die im konkreten Fall angewandten Kriterien einem publizierten Kriterium inhärent sind oder aus einem Evaluationsraster hervorgehen, sodass das Transparenzprinzip nach bundesgerichtlicher Praxis keine vorgängige Bekanntgabe verlangt, ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, welche die betreffende Vergabe charakterisieren, darunter die Ausschreibungsdokumentation, insbesondere das Pflichtenheft und die Vergabebedingungen (BGE 130 I 241 E. 5.1). Im Übrigen sind die Zuschlagskriterien – ebenso wie die Eignungskriterien – nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BVGE 2017 IV/3 E. 4.5 « Mobile Warnanlagen »; Urteil des BVGer B-4366/2009 vom 24. Februar 2010 E. 3.3 m.H. « Neubau Galgenbuckeltunnel »; GALLI et al., a.a.O., Rz. 862).

6.7.3 Die Vergabe ist vorliegend als Rahmenvertrag für planungsbezogene Leistungen ausgestaltet. Der Projektumfang zu Los 7 umfasst gemäss den Ausschreibungsunterlagen das Vorprojekt inklusive ergänzendem Erfassen des Zustands, Bauprojekt, Baubewilligungsverfahren, Realisierung und Abschluss/Dokumentation für die Betankungsanlagen und Tankstellen des Bundes. Das Los 7 gilt für die gesamte Schweiz. Es wird immerhin in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt, dass unter dem Zuschlagskriterium Z3 « Kapazität, Reaktionszeit » zusätzlich die « Transferzeit » anzugeben ist, womit man ein Unterkriterium allenfalls vermuten könnte. Eine ausdrückliche Unterteilung in Subkriterien findet hingegen nicht statt. Die Gewichtung dieser Kriterien fehlt ebenso in den Ausschreibungsunterlagen. Das Zuschlagskriterium Z3 wird erstmals im Formular zu den Ausschreibungsunterlagen weiter präzisiert, indem die Anfahrtszeiten anzugeben sind. Eine explizite Unterteilung in die Subkriterien Z3.1 « Kapazität, Reaktionszeit » sowie Z3.2 « Transferzeit » wird dagegen ausschliesslich

im Benotungsschlüssel ([...]), welcher den Ausschreibungsunterlagen nicht beilag, sowie in der Evaluation ([...]) vorgenommen. Das Kriterium « Kapazität, Reaktionszeit » berücksichtigt die Auftragsannahme, Begehung vor Ort, Offertstellung sowie Projektierungsbeginn bei den Meilensteinen. Bewertet werden dabei das Vorgehen und die Reaktionszeit sowie die Plausibilität und Zweckmässigkeit. Für das Unterkriterium « Transferzeit » wird die Transferzeit vom Hauptsitz des Generalplaners (bzw. der für das « Maschinen-/Verfahreningenieurwesen » zuständigen Schlüsselperson) zu einem ausgewählten armasuisse Immobilien Standort bewertet (« Bestimmungen zum Vergabeverfahren für Planerleistungen », Punkt 3.2 Zuschlagskriterien; vgl. E. 6.5).

6.7.4 Die Vergabestelle begründet ihren Entscheid im Wesentlichen damit, dass das Zuschlagskriterium Z3 « Kapazität, Reaktionszeit » sowie das Subkriterium Z3 « Transferzeit » im entsprechenden Formular der Ausschreibungsunterlagen getrennt aufgeführt werden. Sie dupliziert dahingehend, dass das Subkriterium sich einerseits aus dem Zuschlagskriterium Z3 ergebe und andererseits in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt sei. Sie bestreitet jedoch nicht, dass die Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen nicht erwähnt wird, sondern geht davon aus, dass eine gleich gewichtete Bewertung zulässig sei. Dabei scheint die Vergabestelle davon auszugehen, dass allen Anbietern aus den Ausschreibungsunterlagen klar war, dass es sich dabei um zwei eigenständige Subkriterien handelte, was von der Beschwerdeführerin bestritten wird. Aufgrund der nachfolgenden Ausführungen braucht indessen nicht weiter auf die Rüge eingegangen zu werden, wonach das Unterkriterium « Transferzeit » ausschreibungswidrig eingeführt und das Angebot unzulässigerweise abgeändert worden sei. Auf die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs durch Verzicht auf die Konsultation der Anbieterin im Rahmen der Offertbereinigung braucht mit derselben Begründung ebenfalls nicht eingegangen zu werden.

6.8

6.8.1 Die Vergabestellen verfügen (...) bei der Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien über einen erheblichen Spielraum (Urteil des BVGer B-4288/2014 vom 25. März 2015 E. 4.2 « Strombeschaffung für die Post »).

6.8.2 Soweit sich die Beschwerdeführerin, indem sie die Berücksichtigung der Transferzeiten als materiell rechtswidrig beanstandet, auf das Binnenmarktgesetz beruft, kann nur Art. 5 Abs. 1 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) gemeint sein. Nach dieser

Bestimmung dürfen Verfügungen im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Art. 3 BGBM widerspricht. Dort wiederum ist festgehalten, dass ortsfremden Anbieterinnen der freie Zugang zum Markt insbesondere nur verweigert werden kann, wenn die entsprechenden Beschränkungen zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (Art. 3 Abs. 1 Bst. b BGBM). Das Binnenmarktgesetz richtet sich indessen gegen Beschränkungen des freien Marktzugangs durch Kantone und Gemeinden (OESCH/ZWALD, in: Kommentar Wettbewerbsrecht II, 2011, N. 4 zu Art. 1 BGBM, nachfolgend: Wettbewerbsrecht II) und findet demnach auf Beschaffungen des Bundes keine Anwendung.

6.8.3 Im Bundesvergaberecht führen Art. 21 Abs. 1 BöB und Art. 27 Abs. 2 VöB eine nicht abschliessende Liste zulässiger Zuschlagskriterien auf ([...]). Im Rahmen der Definition und Gewichtung derselben ist indessen das Gleichbehandlungsgebot im Sinne von Art. 1 Abs. 2 BöB zu beachten. In der Botschaft vom 19. September 1994 zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde) notwendigen Rechtsanpassungen (GATT-Botschaft 2) wird festgehalten, dass das Gesetz diesbezüglich weitergeht als gemäss Government Procurement Agreement verlangt, indem ausdrücklich die Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter – also auch inländischer untereinander – statuiert wird (BBl 1994 IV 950, insb. 1177; vgl. diesbezüglich mit der Rechtsprechung der BRK den Entscheid 1997-011 vom 4. Dezember 1997, auszugsweise wiedergegeben in: Baurecht 2/1998 S. 50 f., E. 2b). Unzulässig sind demnach insbesondere Zuschlagskriterien mit diskriminierender beziehungsweise protektionistischer Zielsetzung (Entscheid der BRK 1997-011 E. 2b; GALLI et al., a.a.O., Rz. 839). Zu letzterer Kategorie gehört insbesondere – allenfalls im Unterschied zur Ortskenntnis, die sich beispielsweise als Eignungskriterium unter Umständen als sachgerecht erweisen kann – die Ortsansässigkeit (Entscheid der BRK 2005-023 vom 15. Juni 2006, auszugsweise publiziert in: VPB 70.80 E. 3b; HANS RUDOLF TRÜEB, in: Wettbewerbsrecht II, N. 15 zu Art. 21 BöB m.H.; MARTIN BEYELER, Ziele und Instrumente des Vergaberechts, 2008, Rz. 222). Ähnlich wie in Bezug auf die Ortskenntnis kann auch Kriterien, welche den Anfahrtsweg zum Gegenstand haben, eine protektionistische Zielsetzung zugrunde liegen. In diesem Sinne gilt gemäss ständiger Rechtsprechung, dass sich die blosse Nähe des Firmensitzes des Anbieters zur Baustelle – in den zwei infrage stehenden Fällen zu Kasernen – als solche,

das heisst ohne sachlichen Grund, nicht zu einer Bevorzugung eines Anbieters führen soll (Entscheid der BRK 1997-011, auszugsweise wiedergegeben in: Baurecht 2/1998 S. 50 f., E. 2b; Urteil des BVGer B-5608/2017 vom 5. April 2018 E. 6.6.1 « Lüftung Kaserne Thun III »). Das heisst aber, worauf PETER GAUCH richtigerweise hingewiesen hat, dass es auch nicht zum Vornherein und überhaupt unzulässig wäre, für den Zuschlag auch auf die geografische Nähe des Anbieters zum Leistungsort abzustellen (Baurecht 2/1998 S. 51, Anmerkung zu Entscheid der BRK 1997-011).

6.8.4 Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts zum kantonalen Vergaberecht kann der Anfahrtsweg bei der Bewertung von Zuschlagskriterien nur bei einem sachlichen Zusammenhang berücksichtigt werden, wenn dies nicht der Bevorzugung von Ortsansässigen dient (vgl. Urteil des BGer 2P.342/1999 vom 31. Mai 2000 E. 4.c). So hat etwa das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich mit Blick auf das Binnenmarktgesetz entschieden, dass das Zuschlagskriterium Anfahrtsweg bei einem Pikettendienst sachlich durchaus gerechtfertigt sein könnte, lehnte es aber im zu beurteilenden Fall mit Blick auf dessen Gewichtung als unverhältnismässig ab (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Juni 2006 VB.2006.00220 E. 7; vgl. GALLI et al., a.a.O., Rz. 921, 922 m.H., 947). In Bezug auf Ortskenntnisse hat das Bundesgericht festgehalten, die Auffassung des Verwaltungsgerichts Graubünden, wonach die Ortskenntnis bei der Vergabe einer Gesamtmelioration kein taugliches Beurteilungskriterium sei, vermöge nicht zu überzeugen. Es möge zwar zutreffen, dass das Kriterium der Ortskenntnis in gewissen Fällen bloss vorgeschoben werde, um beim Zuschlag einheimische Bewerber – namentlich aus fiskalischen Überlegungen – zu bevorzugen. Bei einer Gesamtmelioration sei die Ortskenntnis dagegen nicht ein bloss zum Schutz ansässiger Bewerber vorgeschobenes Kriterium. Vielmehr habe es hier seinen guten Sinn (Urteil des BGer 2P.46/2005 vom 16. September 2005 E. 5.1). Obwohl die dem BöB unterstellten Auftraggeberinnen, solange keine ausländischen Anbieterinnen im Spiel sind, nicht denselben Protektionismus anreizen ausgesetzt sind wie Kantone und Gemeinden, hat sich die Rechtsprechung zum BöB seit jeher auch an der Praxis des Bundesgerichts zur Nichtdiskriminierung orientiert (vgl. etwa Entscheid der BRK 2005-023, auszugsweise publiziert in: VPB 70.80 E. 3b).

6.8.5 Es ist nach dem zuvor Gesagten zu prüfen, ob ein sachlicher Grund für die Bewertung des Anfahrtswegs im Rahmen des Zuschlagskriteriums Z3 besteht.

Zu Recht weist die Beschwerdeführerin darauf hin, dass fraglich sei, ob das Zuschlagskriterium Z3 zulässig sei, da nach den Vorgaben der Vergabestelle der ideale Standort für den Hauptsitz wohl in der Mitte der Schweiz liegen würde. Es ist einleuchtend, dass damit alle Anbieter, die nicht über einen in der Schweiz zentral gelegenen Hauptsitz verfügen, benachteiligt sind. Die Anfahrtswege werden in Minuten ab dem Arbeitsort der Schlüsselperson berechnet (vgl. Benotungsschlüssel [...] gemäss E. 6.5). Die Ausschreibungsunterlagen enthalten keinen Hinweis darauf, inwiefern kurze Anfahrtswege von einem zentral in der Schweiz gelegenen Hauptsitz zu den Standorten entscheidend wären. Ausserdem ist in diesem Zusammenhang die ebenfalls zu beurteilende « Kapazität, Reaktionszeit » mit zu berücksichtigen, welche nach der entsprechenden Erklärung der Vergabestelle mit 7,5 Prozent gewichtet worden ist. Unter diesem Kriterium wurden « Auftragsannahme/-analyse », « Begehung vor Ort », « Offertstellung » und « Projektierungsbeginn » abgefragt. Damit erhält die Anbieterin, die schneller eine Begehung anbieten kann, einen gewissen Wettbewerbsvorteil. Schon aufgrund der Tatsache, dass im vorliegenden Fall nicht der Unterhalt heikler Anlagen, sondern ein Planerauftrag infrage steht, wird klar, dass die « Begehung vor Ort » nicht eine dringende Intervention meint, sondern eben die Abwicklung der einzelnen Projekte im Rahmen des vorliegend infrage stehenden Rahmenvertrags. Diesen Eindruck bestätigt der Vergleich der offerierten Zeiten für die Begehung vor Ort. Da werden zwischen « innert 5 Tagen ab Annahme » bis zu « bei Bedarf und grosser Dringlichkeit in Wochenfrist (1–2 KW) » angeboten. Daraus erhellt ohne Weiteres, dass sich Unterschiede in Bezug auf den Anfahrtsweg auf die Qualität der gebotenen Dienstleistung nicht so auswirken, dass diese bei einem Firmenstandort an periphererer Lage innerhalb der Schweiz infrage gestellt würde. Der Qualitätssicherung kann demgegenüber beispielsweise eine Anforderung dienen, wonach die gemäss Z1.1 bewertete Schlüsselperson bei jeder Begehung anwesend sein muss. Dementsprechend sind die Offerten der Anbietenden gestützt auf deren Angaben unter « Kapazität, Reaktionszeit » mit mindestens vier von fünf Punkten bewertet worden. Inwiefern unter diesen Umständen eine kurze Anfahrtszeit von bis zu einer halben Stunde von Schlüsselpersonen vom Hauptsitz für die Maximalnote erforderlich wäre (vgl. Benotungsschlüssel [...]), ist nicht dargetan und auch nicht ersichtlich. Die Vergabestelle macht im Übrigen auch nicht geltend, das Subkriterium « Transferzeit » sei umweltpolitisch motiviert. Damit braucht nicht weiter auf den Umstand eingegangen zu werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung, namentlich grundlegend das Urteil 2P.342/1999 (auszugsweise

publiziert in: Baurecht 2/2001 S. 64 f., mit Anmerkung DENIS ESSEIVA), in Bezug auf die Berücksichtigung der Transportdistanzen gewisse Spielräume öffnet. Steht wie im vorliegenden Fall eine reine Dienstleistung infrage, ist diesbezüglich aufgrund der untergeordneten Bedeutung des Transportelements und der Nichtberücksichtigung der Transportart Zurückhaltung am Platz (vgl. MARC STEINER, Die umweltfreundliche Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen, Gutachten zuhanden der Beschaffungskommission des Bundes, 2006, S. 89 ff., insb. 91).

Auch wenn der Vergabestelle bei der Auswahl von Zuschlagskriterien ein grosser Ermessensspielraum zukommt ([...]), ist unter diesen Umständen kein sachlicher Grund ersichtlich, um die « Transferzeit » mit so hohen Anforderungen für die Bestnote als Zuschlagskriterium vorzusehen. Damit ist nicht weiter auf den Umstand einzugehen, dass dies aus Sicht der Beschwerdeführerin besonders nachteilig empfunden wird, weil das alleinige Abstellen auf den Arbeitsort der Schlüsselperson dazu führt, dass ihr Filialnetz, welches ihr in Bezug auf Anfahrtswege grundsätzlich Vorteile verschaffen könnte, keine Berücksichtigung findet. Zusammenfassend bevorzugt die gewählte Vorgehensweise jedenfalls Anbieter, die ihren Hauptsitz in der Schweiz zentral gelegen haben, und benachteiligt solche, deren Schlüsselperson in A. (in der Nordwestschweiz), im Tessin oder im Jura arbeitet. Mangels Geltendmachung eines sachlichen Grundes für eine derartige Bevorzugung verstösst dieses Unterkriterium gegen das Gleichbehandlungsgebot und erweist sich namentlich in der gewählten Form (Anforderungen für Bestnote) trotz nicht hoher Gewichtung als unzulässig.