

JAAC 70.74

Auszug aus dem Entscheid BRK2005-025 der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. Mai 2006

Marché public en procédure d'adjudication sélective. Concours portant sur les études et la réalisation. Principe de l'anonymat. Spécificités en procédure de concours vis-à-vis de la procédure d'adjudication ordinaire. Droit impératif. Critères d'adjudication. Renvoi à l'autorité inférieure.

Art. 13 al. 3, Art. 21 al. 1 et 2, Art. 32 al. 1 LMP. Art. 42 al. 2, Art. 46, Art. 48, Art. 50 al. 5 OMP.

- Différence entre le concours de projets et celui portant sur les études et la réalisation. L'objet de ce dernier comprend également, à côté des prestations d'études, des prestations en vue de la réalisation du projet (travaux de construction; consid. 2a/aa).

- Violation du principe de sauvegarde de l'anonymat valant, en cas de concours, jusqu'à l'évaluation complète par le jury. Même avec l'assentiment des soumissionnaires, aucune règle dérogeant à l'art. 48 al. 2 OMP ne peut être établie (consid. 2b/bb).

- Principes applicables en procédure d'adjudication ordinaire concernant la fixation et la communication des critères d'adjudication (consid. 3a/aa), critère du prix, pondération du prix (consid. 3a/bb), rapport d'évaluation (consid. 3a/cc).

- Spécificités en procédure de concours: les critères d'adjudication du concours doivent déjà être publiés dans l'appel d'offres (consid. 3b/aa, 4b). Il existe une grande marge d'appréciation lors de la formulation des critères de qualification et d'adjudication du concours. Les critères d'adjudication doivent également en cas de concours être formulés de manière claire et précise (consid. 3b/bb/aaa). Contrairement aux concours de projets, les concours portant sur les études et la

réalisation s'approchent plus de la procédure d'adjudication ordinaire, ce qui justifie d'autant moins l'établissement de règles spécifiques dérogatoires (consid. 3b/bb/bbb).

- Un critère d'adjudication du concours formulé de manière aussi large que «Rapport qualité-prix» n'est pas admissible sans autre précision, même dans le cadre d'un concours portant sur les études et la réalisation (consid. 4b/aa/aaa). L'autorité d'adjudication aurait dû communiquer aux soumissionnaires la concrétisation interne de ce critère par un quotient qui met en relation le prix offert avec les points obtenus par les soumissionnaires dans le cadre des autres critères d'adjudication (consid. 4b/aa/aaa). De plus, le quotient utilisé a eu pour effet inadmissible de modifier ultérieurement la pondération des critères d'adjudication qui avait été communiquée (consid. 4b/aa/bbb et ddd). Il n'est pas admissible, même en cas de concours portant sur les études et la réalisation, de donner un poids insuffisant au prix de la prestation (consid. 4b/bb).

- Evaluation par le jury (consid. 3b/cc, 4c). Communication de la composition du jury, y compris les suppléants et les experts (consid. 4c/aa). Documentation de l'évaluation (consid. 4c/bb).

- Annulation de l'adjudication. Instructions concernant le déroulement de la nouvelle procédure d'adjudication à mener (consid. 5b).

Öffentliche Beschaffung im selektiven Vergabeverfahren. Gesamtleistungswettbewerb. Anonymitätsgrundsatz. Besonderheiten im Wettbewerbsverfahren gegenüber den ordentlichen Vergabeverfahren. Zwingendes Recht. Zuschlagskriterien. Rückweisung an die Vorinstanz.

Art. 13 Abs. 3, Art. 21 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 32 Abs. 1 BoeB. Art. 42 Abs. 2, Art. 46, Art. 48, Art. 50 Abs. 5 VoeB.

- Unterscheidung zwischen Planungs- und Gesamtleistungswettbewerben. Gegenstand des letzteren sind neben Planungsleistungen auch Leistungen zur Realisierung des Projekts (Bauleistungen; E. 2a/aa).

- Verletzung des im Wettbewerb geltenden Grundsatzes der Wahrung der Anonymität bis zur abgeschlossenen Beurteilung durch das Preisgericht. Auch mit Zustimmung der Anbieter dürfen keine von Art. 48 Abs. 2 VoeB abweichenden Regeln aufgestellt werden (E. 2b/bb).

- Grundsätze zur Festlegung und Bekanntmachung der Zuschlagskriterien bei ordentlichen Vergaben (E. 3a/aa), Preiskriterium, Gewichtung des Preises (E. 3a/bb), Evaluationsbericht (E. 3a/cc).

- Besonderheiten im Wettbewerbsverfahren: Die Wettbewerbskriterien sind bereits in der Ausschreibung zu publizieren (E. 3b/aa, 4b). Bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien besteht ein grosser Ermessensspielraum. Auch bei Wettbewerben müssen die Zuschlagskriterien aber klar und präzise formuliert

werden (E. 3b/bb/aaa). Anders als Planungswettbewerbe sind Gesamleistungswettbewerbe näher beim ordentlichen Vergabeverfahren anzusiedeln und von diesem abweichende spezielle Regeln rechtfertigen sich weniger (E. 3b/bb/bbb).

- Ein solch offenes Wettbewerbskriterium wie das «Preis-/Leistungsverhältnis» ist auch in einem Gesamleistungswettbewerb ohne weitere Präzisierungen nicht zulässig (E. 4b/aa/aaa). Die Vergabebehörde hätte die interne Konkretisierung dieses Kriteriums über einen Quotienten, welcher den offerierten Preis ins Verhältnis setzt zur bei den übrigen Zuschlagskriterien erreichten Punktzahl des Anbieters, den Anbietern mitteilen müssen (E. 4b/aa/aaa). Durch den angewendeten Quotienten wurde zudem die bekannt gegebene Gewichtung der Zuschlagskriterien unzulässigerweise nachträglich abgeändert (E. 4b/aa/bbb und ddd). Auch bei Gesamleistungswettbewerben geht es nicht an, dem Preis der Leistung ein zu geringes Gewicht beizugeben (E. 4b/bb).

- Evaluation durch die Jury (E. 3b/cc, 4c). Bekanntgabe der Zusammensetzung des Preisgerichts inklusive Ersatzleute und Sachverständige (E. 4c/aa). Dokumentation der Evaluation (E. 4c/bb).

- Aufhebung des Zuschlags. Weisungen zur Wiederholung des Vergabeverfahrens (E. 5b)

Acquisti pubblici nella procedura di aggiudicazione selettiva. Concorso che porta sulla prestazione globale. Principio dell'anonimato. Particolarità nella procedura di concorso rispetto alla procedura di aggiudicazione ordinaria. Diritto imperativo. Criteri di aggiudicazione. Rinvio all'autorità inferiore.

Art. 13 cpv. 3, art. 21 cpv. 1 e cpv. 2, art. 32 cpv. 1 LAPub. Art. 42 cpv. 2, art. 46, art. 48, art. 50 cpv. 5 OAPub.

- Differenza fra concorsi di pianificazione e concorsi di prestazione globale. Oggetto di questi ultimi, oltre alle prestazioni di pianificazione, sono anche le prestazioni per la realizzazione del progetto (prestazioni di costruzione; consid. 2a/aa).

- Violazione del principio secondo cui nel concorso va protetto l'anonimato fino alla chiusura della fase di valutazione da parte della giuria. Anche con il consenso dell'offerente non è possibile prevedere regole divergenti dall'art. 48 cpv. 2 OAPub (consid. 2b/bb).

- Principi per stabilire e comunicare i criteri di aggiudicazione in caso di aggiudicazioni ordinarie (consid. 3a/aa), Criterio del prezzo, ponderazione del prezzo (consid. 3a/bb), rapporto di valutazione (consid. 3a/cc).

- Particolarità nella procedura di concorso: i criteri di concorso devono essere pubblicati già nel bando di concorso (consid. 3b/aa, 4b). Per la formulazione dei criteri di idoneità e del concorso vi è un ampio margine di apprezzamento. Anche nei concorsi i criteri di

aggiudicazione devono però essere formulati in modo chiaro e preciso (consid. 3b/bb/aaa). Diversamente dai concorsi di pianificazione, i concorsi che concernono prestazioni globali rientrano nella categoria della procedura di aggiudicazione ordinaria e non si giustificano quindi in modo particolare regole speciali diverse da quelle previste per tale procedura (consid. 3b/bb/bbb).

- Un criterio di concorso così aperto come il «rapporto qualità/prezzo», senza ulteriori precisazioni, non è ammesso nemmeno in un concorso per prestazione globale (consid. 4b/aa/aaa). L'ente aggiudicatore avrebbe dovuto comunicare agli offerenti la concretizzazione interna di questo criterio attraverso un quoziente, che pone il prezzo offerto in relazione al punteggio ottenuto dall'offerente per gli altri criteri di aggiudicazione (consid. 4b/aa/aaa). Inoltre, attraverso il quoziente applicato è stata modificata a posteriori ed in modo illegittimo la ponderazione dei criteri di aggiudicazione già comunicata (consid. 4b/aa/bbb e ddd). Anche nei concorsi per prestazione globale non è ammissibile conferire al prezzo della prestazione un peso troppo ridotto (consid. 4b/bb).

- Valutazione da parte della giuria (consid. 3b/cc, 4c). Comunicazione della composizione della giuria inclusi i supplenti e i periti (consid. 4c/aa). Documentazione della valutazione (consid. 4c/bb).

- Annullamento dell'aggiudicazione. Istruzioni per la ripetizione della procedura di aggiudicazione (consid. 5b)

Zusammenfassung des Sachverhalts:

A. Die Bauten Forschungsanstalten (BaFA) schrieb im Schweizerischen Handelsamtsblatt (SHAB) für die Eidgenössische Anstalt für Wasserversorgung, Abwasserreinigung und Gewässerschutz (EAWAG) einen Bauauftrag im selektiven Verfahren öffentlich aus. Die X. AG bewarb sich um die Präqualifikation und wurde gemäss Publikation im SHAB neben fünf weiteren Totalunternehmerinnen zum Angebot eingeladen. Die X. AG reichte ihr Projekt «A» mit einem Pauschalpreis ein. Mit Jurybericht wurde vom Preisgericht beschlossen, zwei Anbieter, die X. AG sowie die Y. AG mit deren Projekt «B», zur Überarbeitung ihrer Angebote einzuladen. Fristgemäss reichte die X. AG die überarbeitete Version ihres Projekts ein. Darauf kam es zu einer definitiven Angebotsvereinbarung, die X. AG gab eine entsprechende Offerte ab. Der Zuschlag wurde an die Y. AG erteilt.

B. Die X. AG (nachfolgend: Beschwerdeführerin) lässt mit Eingabe vom 28. November 2005 Beschwerde bei der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Rekurskommission, BRK) führen. Sie beantragt die Aufhebung des Zuschlags. Stattdessen sei der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu geben, *eventualiter* sei die Sache zu neuer Entscheidung an die zuständigen Behörden zu weisen und *subeventualiter* sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlagsentscheides festzustellen. Zudem sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdeführerin beanstandet insbesondere, dass in der dritten Stufe des Verfahrens (Überarbeitung der Angebote) die Anonymität aufgehoben worden sei, was gegen das Vergaberecht verstosse. Weiter sei dem Grundsatz, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen habe, im vorliegenden Verfahren nicht Rechnung getragen worden. Die Vergabebehörde habe beim Zuschlagsentscheid das ihr betreffend die Zuschlagskriterien zustehende Ermessen überschritten bzw. missbraucht und damit Bundesrecht verletzt. Das Zuschlagskriterium «Preis-/Leistungsverhältnis» (30%) sei offensichtlich nicht richtig angewendet worden, da die Beschwerdeführerin um Fr. 407'316.- tiefer offeriert habe als die Konkurrentin. Die Vergabebehörde habe offensichtlich in ihrer Beurteilungsmatrix bei diesem Zuschlagskriterium auf einen Mix mit den Bewertungen aus den anderen Kriterien abgestellt und daraus einen nicht nachvollziehbaren Quotienten produziert. Dadurch werde diese Position von 30% nicht autonom beurteilt und die Beschwerdeführerin aufgrund von falschen Sachverhaltsfeststellungen gleich zweimal bestraft, einmal bei der Bewertung des Preis-/Leistungsverhältnisses und einmal bei den übrigen Kriterien. Auch was die anderen Kriterien anbelange, sei Ermessensüberschreitung bzw. -missbrauch beim Zuschlagsentscheid zu bemängeln. Es falle im Übrigen auf, dass die Beurteilungsmatrix und die Qualifikation im Jurybericht sich teilweise widersprüchen.

C. Mit Präsidialverfügung wird der Beschwerde superprovisorisch die aufschiebende Wirkung erteilt.

D. Die BaFA lässt in ihrer Vernehmlassung beantragen, die Beschwerde sei abzuweisen, *eventualiter* sei die Angelegenheit zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Das Gesuch um aufschiebende Wirkung sei abzuweisen. Zur Aufhebung der Anonymität des Verfahrens stellt sich die BaFA auf den Standpunkt, es sei zulässig, von diesem Grundsatz abzuweichen, wenn die Teilnehmer des Wettbewerbs diesem Vorgehen zustimmen würden. Die Beschwerdeführerin habe zur entsprechenden Ankündigung im Wettbewerbsprogramm ihr Einverständnis gegeben. Betreffend das beanstandete Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis führt die Vergabebehörde im Wesentlichen aus, bei Gesamtleistungswettbewerben sei der Preis nicht das überwiegende Kriterium. Es sei zur Beurteilung dieses Kriteriums ein Quotient aus Preis und Leistung gebildet worden, was zulässig sei. Das (billigere) Angebot der Beschwerdeführerin habe zudem Lücken aufgewiesen, welche einen Vergleich mit der Konkurrenzofferte verunmöglicht und eine abschliessende Beurteilung erschwert hätten. Weiter nimmt die Vergabebehörde Stellung zu den Bewertungen bei den übrigen Zuschlagskriterien und zu den entsprechenden Ausführungen der Beschwerdeführerin.

E. Am 16. Januar 2006 erstattet die Beschwerdeführerin ihre Replik. Sie bestreitet die Darstellung der BaFA, dass ihr Angebot Lücken aufgewiesen habe. Die Beschwerdeführerin widerspricht der Ansicht der BaFA, dass es zulässig sei, vom Anonymitätsgrundsatz abzuweichen, wenn die Teilnehmer dem zustimmen. Zudem sei die Aufhebung der Anonymität von der Vergabebehörde nur «vorbehalten» worden und die «Zustimmung» der Beschwerdeführerin sei bloss in einer sehr allgemein gehaltenen Erklärung erfolgt. Weiter sei die Tatsache, dass die Beschwerdeführerin bei einem sehr guten Projekt um mehr als Fr. 400'000.- günstiger offeriert hatte, bei der

Bewertung viel zu wenig berücksichtigt worden. Die Beschwerdeführerin bestreite nicht grundsätzlich, dass die Bildung eines Quotienten aus Preis und Leistung zulässig sei. Die konkret angewendete Formel sei jedoch unzulässig. Überdies werde bei dieser Formel der Gesamtpreis viel zu wenig gewichtet.

F. Mit Zwischenverfügung vom 24. Januar 2006 wird der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdeführerin weitere Akteneinsicht gewährt.

G. Am 2. Februar 2006 erfolgt die Stellungnahme der Beschwerdeführerin zu den Akten, in welche ihr mit der Zwischenverfügung Einsicht gewährt worden ist. Die BaFA lässt am 15. Februar 2006 (sowie Ergänzung vom 16. Februar 2006) ihre Duplik einreichen, in welcher sie unter anderem wiederholt, dass die Methode zur Bewertung des Kriteriums Preis-/Leistungsverhältnis, die Bildung eines Quotienten Preis/Leistung, zulässig sei. Bei einem Gesamtleistungswettbewerb sei es gerechtfertigt, die Anforderungen aus dem Pflichtenheft in Relation zum Preis zu setzen. Die Bewertungsmethode (Quotient Preis/Leistung) sei sehr wohl vorgängig bekannt gegeben worden. Bei der Formulierung des ersten Kriteriums habe den Teilnehmern klar sein müssen, dass ein Quotient aus Preis und Leistung gebildet und der angegebene Prozentsatz (30%) relativiert werden würde. Es sei richtig, dass bei diesem Modell der Preis nicht als Kriterium gewertet werde, dies sei bei einem Gesamtleistungswettbewerb aber zulässig.

Aus den Erwägungen:

1. (...)

2. Die Beschwerdeführerin rügt als Erstes die Aufhebung der Anonymität in der dritten Stufe des Verfahrens.

a.aa. Der Gesetzgeber des Bundes hat in Art. 13 Abs. 3 Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB, SR 172.056.1) die Regelung des Planungs- und Gesamtleistungswettbewerbs an den Bundesrat delegiert. Dieser hat von der Kompetenzdelegation im 4. Kapitel (Art. 40 bis 57) der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) Gebrauch gemacht und in Art. 40 bis 57 VoeB detaillierte Regelungen geschaffen für den Fall, dass eine Auftraggeberin noch über keine definitiven Vorstellungen über die Möglichkeiten zur Planung oder Realisierung eines bestimmten Projekts verfügt. Wettbewerbe, deren Objekt in den Anwendungsbereich des BoeB fallen, unterliegen grundsätzlich dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Üoeb, SR 0.632.231.422; siehe Art. XV Ziff. 1 Bst. j Üoeb), dem BoeB und der VoeB (Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: [VPB 64.63](#) E. 4a, 4d/bb).

Die VoeB unterscheidet zwischen Planungswettbewerben (Ideen- und Projektwettbewerb) und Gesamtleistungswettbewerben (Art. 42 VoeB). Ein Gesamtleistungswettbewerb wird durchgeführt zur Erarbeitung von Lösungsvorschlägen zu klar umschriebenen Aufgaben sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung (Art. 42 Abs. 2 VoeB). Er umfasst neben den Planungsleistungen auch die Bauleistungen (Felix Jost / Claudia Schneider Heusi, Architektur- und Ingenieurwettbewerbe im Submissionsrecht, Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2004 S. 347). Der Gesamtleistungswettbewerb wird mit einem Zuschlag

abgeschlossen, der die Realisierung des ausgewählten Projekts zum Gegenstand hat. Entsprechend hoch sind auch die Anforderungen sowohl an die Ausschreibung als auch an die Eingabe eines Wettbewerbsbeitrags (Beat Messerli, Der Planungs- und Gesamleistungswettbewerb im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2004, S. 65). Anders als im Planungswettbewerb konkurrenzieren sich deshalb die Wettbewerbsteilnehmer beim Gesamleistungswettbewerb nicht nur im Bereich der Planung (mit ihren Ideen), sondern auch hinsichtlich der wirtschaftlich günstigsten Ausführung, d. h. mit dem Preis zur Ausführung des Projekts (Peter Gauch / Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes - Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 24.4; Denis Esseiva, Baurechtstagung 2003, Concours et marchés publics [im Folgenden: Esseiva, Baurechtstagung 2003], S. 206; siehe im Übrigen grundsätzliche Kritik zur Regelung des Gesamleistungswettbewerbs in der VoeB und - der Regelung in der VoeB allerdings widersprechende - Vorschläge, wie dem «hybriden» Charakter dieses Verfahrens gerecht werden könnte: Jacques Dubey, Le concours en droit des marchés publics, Fribourg 2005, Rz. 346, 376-378, 757, 801-806).

bb. Unter dem Titel «Anonymität» bestimmen Art. 48 Abs. 1 und 2 VoeB, dass die Wettbewerbsbeiträge anonym einzureichen sind und die Auftraggeberin die Anonymität sichert, bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge beurteilt, rangiert und die Preise zugesprochen sowie allenfalls eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat. Die Anonymität darf demnach erst nach der definitiven Beurteilung der Beiträge und der Abgabe der Empfehlung durch das Preisgericht aufgehoben werden. Insbesondere muss sie auch während der Überarbeitung von Beiträgen aufrechterhalten werden (Messerli, a.a.O., S. 111; Jost / Schneider Heusi, a.a.O., S. 363).

Der Grundsatz der Anonymität ist ein zentraler Verfahrensgrundsatz des Wettbewerbswesens (Messerli, a.a.O., S. 105; Gauch / Stöckli, a.a.O., Ziff. 24.3). Er wird etwa auch im Anwendungsbereich von kantonalem Recht, welches die Anonymität nicht ausdrücklich vorsieht, für ein unerlässliches Merkmal des Wettbewerbs anerkannt. Fehlt die Anonymität des Verfahrens, handelt es sich dieser Ansicht nach nicht mehr um einen Planungs- und Gesamleistungswettbewerb, sondern um ein «gewöhnliches» Submissionsverfahren (siehe Jost / Schneider Heusi, a.a.O., S. 352 f. mit Hinweis auf das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. Juli 2003, in Baurechtsentscheide Kanton Zürich [BEZ] 2003 Nr. 36, E. 2c/dd). Das Anonymitätsprinzip besagt, dass das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge ohne Kenntnis der Verfasser beurteilen soll. Es wird in einem relativen Sinn verstanden, wonach die Preisrichter Kenntnis von der Teilnehmerliste haben dürfen, die Wettbewerbsbeiträge aber nicht den Verfassern zuordnen können sollen (Messerli, a.a.O., 106 f.). Die Anonymität soll eine unvoreingenommene Beurteilung durch das Preisgericht gewährleisten und die Objektivität des Entscheides sichern. Verglichen mit dem ordentlichen Submissionsverfahren sind die Anforderungen an die Objektivität der Entscheidungsfindung aus dem Grund erhöht, weil die Beurteilung der Wettbewerbsbeiträge in der Regel mit einem grösseren Ermessensspielraum erfolgt (Messerli, a.a.O., S. 106). Der Anonymitätsgrundsatz stellt damit (zusammen mit dem Grundsatz der Unabhängigkeit des Preisgerichts) einen Ausgleich dar zum grossen Ermessensspielraum des Preisgerichts bei der Bewertung der Beiträge. Er soll die Objektivität und Gleichbehandlung im Wettbewerb gewährleisten.

Im Zusammenhang mit dem Gesamleistungswettbewerb wird in der Lehre die Frage aufgeworfen, inwieweit sich der Anonymitätsgrundsatz durchhalten lasse, da nicht nur ein Projektteil zu würdigen sei, sondern auch ein Ausführungsteil. Dies verlange genaue Kenntnisse darüber, wer der Ausführende sei. Diesem Problem lasse sich wohl nur begegnen, indem bei Gesamleistungswettbewerben eine Präqualifikationsrunde vorgeschaltet werde - wobei das selektive Verfahren im Gesamleistungswettbewerb ohnehin die Regel sein dürfte (Messerli, a.a.O., S. 73) - und nur sowohl für Projektierung als auch für Ausführung geeignete Anbieter zur Wettbewerbsteilnahme eingeladen werden (Gauch / Stöckli, a.a.O., Rz. 24.5; siehe ferner die grundsätzliche Kritik von Dubey, a.a.O., Rz. 346).

b.aa. Vorliegend hat die Vergabebehörde im Wettbewerbsprogramm (...) angekündigt, dass die Auftraggeberin die Anonymität sichere bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge der zweiten Stufe beurteilt und eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat. Es wurde vorbehalten, bei Bedarf allenfalls eine dritte Stufe (Überarbeitungsphase) durchzuführen, in welcher die Anonymität aufgehoben werde (...). Eine solche dritte Stufe ohne Wahrung der Anonymität wurde in der Folge effektiv durchgeführt (...). Die Beschwerdeführerin hält die Aufhebung der Anonymität für vergaberechtswidrig. Die BaFA hingegen ist der Ansicht, es sei zulässig, vom Grundsatz der Anonymität abzuweichen, wenn die Teilnehmer des Wettbewerbs diesem Vorgehen zustimmen würden. Mit der Erklärung (...; «Bestätigung des Totalunternehmers», ...) habe die Beschwerdeführerin zur im Wettbewerbsprogramm enthaltenen Ankündigung, dass die Anonymität in der dritten Stufe des Verfahrens aufgehoben werde, ihr Einverständnis gegeben.

bb. Der vorliegende Gesamleistungswettbewerb unterliegt dem Anwendungsbereich des BoeB und es müssen namentlich die Regeln von Art. 40 ff. VoeB befolgt werden. Das öffentliche Vergaberecht, und darin eingeschlossen auch das Wettbewerbsverfahren, ist vom Legalitätsprinzip beherrscht und somit zwingender Natur. Die Vergabebehörde ist nicht befugt, der VoeB widersprechende Regelungen aufzustellen (Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: [VPB 64.63 E. 4d/bb](#); Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 487). Die VoeB lässt für das Wettbewerbsverfahren (Art. 40 bis 57 VoeB) grundsätzlich keine abweichenden Anordnungen der Vergabestelle zu. Sie überlässt zwar in Art. 41 die Ordnung des Wettbewerbsverfahrens im Einzelfall der Vergabebehörde und ermöglicht auch einen Verweis auf privatrechtliche Bestimmungen. Dies steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass der Verordnung nicht widersprochen wird. Es kann im Übrigen angemerkt werden, dass auch die Ordnung 142 des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins (SIA) in Art. 1.4 ausdrücklich vorsieht, dass die Anonymität der Wettbewerbsbeiträge gesichert bleibt, bis das Preisgericht die Wettbewerbsbeiträge beurteilt, rangiert und die Preise zugesprochen sowie eine Empfehlung für das weitere Vorgehen abgegeben hat. Vorliegend war die Vergabebehörde somit nicht befugt, von Art. 48 Abs. 2 VoeB abzuweichen. Diese Bestimmung sieht die Aufrechterhaltung der Anonymität für das gesamte Wettbewerbsverfahren bis zur abgeschlossenen Beurteilung durch das Preisgericht und dessen Empfehlung an die Vergabebehörde vor, also inklusive einer allfälligen Überarbeitungsphase (oben E. 2a/bb). Mit der in Art. 48 Abs. 2 VoeB genannten «Empfehlung» kann nur die

abschliessende Empfehlung des Preisgerichts angesprochen sein, welche bei einem Gesamtleistungswettbewerb auf Erteilung des Zuschlags lautet (Art. 53 und 55 VoeB; Messerli, a.a.O., S. 151). Die erste «Empfehlung» des Preisgerichts «für das weitere Vorgehen» nach Abschluss der zweiten Stufe (...) kann demnach nicht als gemäss Art. 48 Abs. 2 VoeB zulässiger Zeitpunkt für die Aufhebung der Anonymität gelten. Die vorliegende Aufhebung des Anonymitätsgrundsatzes für die dritte Phase des Verfahrens war folglich vergaberechtswidrig.

Eine von der VoeB abweichende Anordnung in den Wettbewerbsunterlagen wird entgegen der Ansicht der Vergabebehörde auch nicht dadurch zulässig, dass die beteiligten Anbieter dieser zustimmen. Die Parteien können nicht unter Berufung auf die Privatautonomie besondere Regeln auf ihr Verfahren für anwendbar erklären (Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: [VPB 64.63](#) E. 4d/bb; Galli / Moser / Lang, a.a.O., Rz. 487).

Auch die dargelegten (oben E. 2a/bb) grundsätzlichen Bedenken in der Lehre, wonach bei Gesamtleistungswettbewerben, bei welchen nicht nur ein Projektteil, sondern auch ein Ausführungsteil zu beurteilen ist, die Anonymität im Zusammenhang mit der Eignung für die Realisierung des Projekts problematisch sein könnte (Gauch / Stöckli, a.a.O., Rz. 24.5), sind vorliegend nicht angebracht, da ein selektives Verfahren mit einer Präqualifikationsrunde durchgeführt und damit die Eignung - auch bezüglich der Realisierung des Projektes - vorab abgeklärt worden ist.

Die Begründung, welche die Vergabebehörde für die Aufhebung der Anonymität vorbringen lässt, nämlich ein Bedürfnis nach «Diskussionen zwischen den Wettbewerbsteilnehmern und der Auftraggeberin bzw. dem Preisgericht» (welches Bedürfnis sich allerdings *in casu* nicht eingestellt hat; ...), könnte im Übrigen höchstens in jenen kantonalen Verfahren stichhaltig sein, in welchen die Anonymität anders als im Bundesrecht nicht explizit vorgeschrieben ist (siehe hierzu Jost / Schneider Heusi, a.a.O., S. 353) und wo die Anonymität allenfalls für bestimmte Stadien des Verfahrens aufgehoben werden kann. Im Bundesrecht ist dies angesichts der klaren Regelung in Art. 48 Abs. 2 VoeB wie dargelegt ausgeschlossen.

Die Aufhebung der Anonymität durch die Vergabestelle für die dritte Stufe des Verfahrens stellte nach dem Gesagten einen schweren Verstoss gegen das beschaffungsrechtliche Verfahrensrecht dar, welcher die Aufhebung des Zuschlags nach sich zieht. Wie bei Verletzung anderer Vorschriften formeller Natur, muss eine Kausalität zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung nicht dargetan sein (siehe Galli / Moser / Lang, a.a.O., Rz. 400 mit Hinweisen). Die Beschwerde ist somit schon aus diesem Grund gutzuheissen.

3.a. Für das ordentliche Submissionsverfahren gelten betreffend Festlegung und Bekanntmachung der Zuschlagskriterien und Evaluation der Offerten die folgenden Grundsätze:

aa. Die Vergabebehörde hat die für die konkrete Vergabe massgeblichen Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung (Art. 21 Abs. 2 BoeB) und unter Bekanntgabe «aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden» (Ziff. 6 Anhang 5 zur VoeB), in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen. Der Grundsatz der Transparenz gebietet nach der

Rechtsprechung weiter, dass die Vergabebehörde das Gewicht, die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenkt, zum Voraus deutlich präzisiert und bekannt gibt. Könnte die Vergabebehörde nämlich die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien erst nachträglich, d. h. in Kenntnis des Inhalts der eingegangenen Offerten, festsetzen, bestünde die Gefahr von Missbrauch und Manipulation von Seiten des Auftraggebers, namentlich zur Begünstigung eines bestimmten Anbieters ([BGE 125 II 101](#); statt vieler: Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in: [VPB 68.120](#) E. 3a mit Hinweisen). Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben worden sind, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheid der BRK vom 3. September 1999, veröffentlicht in: [VPB 64.30](#) E. 3c). Die erfolgte Festsetzung der Zuschlagskriterien ist bei der Zuschlagserteilung für die Vergabestelle verbindlich. Es ist unzulässig, bei der Fällung des Zuschlagsentscheids einen Gesichtspunkt in die Beurteilung der Angebote einfließen zu lassen, der sich nicht aus den vorgängig publizierten Kriterien ergibt (zum Ganzen: Galli / Moser / Lang, a.a.O., Rz. 403 mit Hinweisen; Entscheid der BRK vom 11. März 2005, veröffentlicht in: [VPB 69.79](#) E. 3a/aa).

Die vorgängige Offenlegung der Zuschlagskriterien schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter ein, soweit solche zusätzlichen Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen (Entscheide der BRK vom 26. Juni 2002, veröffentlicht in: [VPB 66.86](#) E. 3a mit Hinweisen; vom 29. Januar 2003 i.S. G. [BRK 2002-007], E. 3d). Wird ein Unterkriterium in die Bewertung miteinbezogen, das sich nicht deutlich aus den festgelegten Zuschlagskriterien ergibt, ist die Vergabebehörde verpflichtet, dieses ebenfalls vorab bekannt zu geben. Die Verwendung eines sehr offenen und unbestimmten Begriffs erfordert zwangsläufig seine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien. Unstatthaft ist es, erst im Rahmen der Offertevaluation bei der Bewertung eines offenen Zuschlagskriteriums einzelne Teilaspekte herauszuschälen und unterschiedlich zu gewichten (Entscheide der BRK vom 11. März 2005, a.a.O., E. 3a/aa; vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 3d, 4b/bb; vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in: [VPB 65.94](#) E. 6c; siehe auch Hubert Stöckli, Baurecht [BR] 1999, S. 141).

Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien (und deren Gewichtung) ist formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung dieser Regel grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (statt vieler siehe Entscheide der BRK vom 1. September 2000, veröffentlicht in: [VPB 65.11](#) E. 4; vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 3d, 4b/bb).

bb. Eines der Ziele des BoeB ist es, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB), weshalb die Vergabebehörden bei ihren Beschaffungen das wirtschaftlich günstigste Angebot, d. h. dasjenige Angebot mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis, zu eruieren haben (Art. 21 Abs. 1 BoeB). Beim Kriterium des Preises handelt es sich grundsätzlich um ein unerlässliches Zuschlagskriterium, welches weder weggelassen werden, noch nur eine unbedeutende Gewichtung aufweisen darf (Denis Esseiva, Les problèmes liés au prix [im Folgenden: Esseiva, Prix], in BR 2004 I S. 27 f.; *derselbe*, in BR 2003 S. 62 und BR 2001 S. 153; zu einer

Ausnahme von dieser Regel siehe ferner Entscheid der BRK vom 5. Juli 2001, veröffentlicht in: [VPB 65.94](#) E. 3c). Eine zu niedrige Gewichtung des Preises bzw. der Investitionskosten verletzt den Grundsatz der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots und steht im Widerspruch zur genannten Zielsetzung, die öffentlichen Mittel möglichst wirtschaftlich einzusetzen. Die Gewichtung des Preiskriteriums, d. h. der Investitionen, mit einem Wert (Quote) von 20% liegt nach der Rechtsprechung auch für einen komplexen Auftrag (z. B. einen Architekturauftrag für ein Vorprojekt zur Renovation und zum Umbau eines öffentlichen Gebäudes im Umfang von 8 Mio. Franken) klar an der untersten Grenze des Zulässigen ([BGE 129 I 313](#) ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 21. Januar 2004 [2P.111/2003], E. 3.3; Entscheid der BRK vom 15. Juni 2004, veröffentlicht in: [VPB 68.120](#) E. 4b/cc).

cc. Die Prüfung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien muss entsprechend dem Grundsatz der Transparenz dokumentiert werden und soll nachvollziehbar sein. Die Vergabebehörde hat ihren Zuschlagsentscheid in einem Evaluationsbericht so zu dokumentieren, dass er auch für Dritte nachvollziehbar ist und dass überprüft werden kann, ob die massgeblichen Beurteilungskriterien im Lichte der konkreten Offerten zum in Frage stehenden Zuschlag führen (vgl. die Entscheide der BRK vom 11. März 2005, a.a.O., E. 3a/cc; vom 25. August 2000, veröffentlicht in: [VPB 65.9](#) E. 2a; vom 29. Januar 2003, a.a.O., E. 3b). Das Fehlen eines (korrekten) Evaluationsberichts ist als formeller Mangel des Submissionsverfahrens und als Verletzung des Transparenzprinzips zu werten (Entscheid der BRK vom 11. März 2005, a.a.O., E. 3a/cc).

b. In Wettbewerben sind betreffend diese Problembereiche die folgenden Besonderheiten zu beachten:

aa. Die Zuschlagskriterien (bzw. Wettbewerbskriterien) sind bei Wettbewerben nach Art. 46 VoeB in Verbindung mit Ziff. 7 von Anhang 6 der VoeB bereits in der Ausschreibung zu publizieren; dies verhält sich somit anders als bei ordentlichen Submissionen (siehe Anhang 4 Ziff. 14 und Anhang 5 zur VoeB), wo die Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen genügt (Messerli, a.a.O., S. 52, 93 f.).

bb.aaa. Es wird betont, dass der Auftraggeberin als Veranstalterin von Wettbewerben bei der Formulierung der Eignungs- und Wettbewerbskriterien ein grosser Ermessensspielraum zusteht, welcher als noch weitergehend bezeichnet wird als bei ordentlichen Beschaffungen (Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 2006 [2P.260/2005], E. 2.2; Entscheid der BRK vom 22. März 2004, veröffentlicht in: [VPB 68.88](#) E. 4b; Messerli, a.a.O., S. 45, 57 mit Hinweis; Jost / Schneider Heusi, a.a.O., S. 366). Dies ist namentlich darauf zurückzuführen, dass im Wettbewerb der Anonymitätsgrundsatz und die unabhängige Jury bereits die unvoreingenommene Beurteilung der Beiträge und die Objektivität und Transparenz des Entscheides gewährleisten sollen (siehe Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 2. November 2000, VB.1999.00386, E. 5c, 6b; Messerli, a.a.O., S. 106; siehe auch oben E.

2a/bb). Das Transparenzprinzip erfordert aber auch im Wettbewerb, dass die Zuschlagskriterien vollständig, klar und präzise formuliert und den Bewerbern mitgeteilt werden (Esseiva, Baurechtstagung, S. 228).

bbb. Bezüglich des Ermessensspielraums bei der Wahl der Zuschlagskriterien ist jedoch zu differenzieren, je nachdem ob man sich einem Planungs- oder einem Gesamleistungswettbewerb gegenüber sieht.

Gesamleistungswettbewerbe werden durchgeführt zur Erarbeitung von planerischen Lösungen sowie zur Vergabe der Realisierung dieser Lösung (Art. 42 Abs. 2 VoeB; oben E. 2a/aa). Weil anders als bei Planungswettbewerben auch die Ausführung des Projektes vergeben werden soll, wird geschlossen, der Gesamleistungswettbewerb sei in der Nähe der ordentlichen Submission anzusiedeln, wodurch sich gegenüber dem ordentlichen Verfahren abweichende spezielle Regeln - z. B. betreffend Zuschlagskriterien - weniger rechtfertigen (Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O., S. 211, inklusive Fn. 30).

Der Zuschlag muss bei Gesamleistungswettbewerben wie bei normalen Beschaffungen dem wirtschaftlich günstigsten Angebot, gestützt auf die Zuschlagskriterien, erteilt werden. Es wird in der Lehre gefordert, dass die angewendeten Zuschlagskriterien streng den Regeln für die ordentlichen Submissionen (Art. 21 Abs. 1 BoeB) entsprechen (Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O., S. 211, inklusive Fn. 30; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 693, mit Hinweis auf Erläuterungen zum Vernehmlassungsentwurf S. 14 f.). Die Wettbewerbskriterien sind auch im Sinne von Art. 21 Abs. 2 BoeB zu veröffentlichen (Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O., S. 211 Fn. 30, S. 228; Messerli, a.a.O., S. 96, 140; Jost / Schneider Heusi, a.a.O., S. 366). Weiter wird vertreten, dass entsprechend den ordentlichen Vergaben (E. 3a/bb), bei Gesamleistungswettbewerben der Preis der Leistung (also der Preis für die Ausführung des Projektes) ein zwingendes Zuschlagskriterium darstellen sollte, welches weder weggelassen werden, noch nur eine unbedeutende Gewichtung aufweisen darf (Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O., S. 211, inklusive Fn. 30, S. 231; anders bei Planungswettbewerben: siehe Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, BR 2004 I S. 17; Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O. S. 231; *derselbe*, Prix, a.a.O., S. 153; Messerli, a.a.O., S. 97; Jost / Schneider Heusi, a.a.O. S. 366).

cc. Ein weitgehendes Ermessen wird in Wettbewerben auch dem Preisgericht bei der Jurierung der Beiträge unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien zugestanden. Wie bei den gewöhnlichen Beschaffungen ist bei der Evaluation aber vorausgesetzt, dass das Gleichbehandlungs- und das Transparenzprinzip respektiert werden und es muss sichergestellt sein, dass im Falle einer Beschwerde überprüft werden kann, ob die Jury eine individuelle Würdigung der Teilnehmer gestützt auf die einzelnen publizierten Kriterien vorgenommen hat und inwiefern die einzelnen Teilnehmer diese Kriterien erfüllten (Urteil des Bundesgerichts vom 8. März 2006 [2P.260/2005], E. 2.2; Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: [VPB 64.63 E. 4d/cc](#) [zur Eignungsprüfung im Wettbewerb]; Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O., S. 227; Messerli, a.a.O., S. 133 f.; Peter Rechsteiner, Begründung von Entscheiden, BR 2002 S. 65). Bezüglich Dokumentation der Evaluation werden die Möglichkeiten der klassischen Beurteilungsmethode (Punkteverteilung)

oder eines detaillierten Protokolls der Beratungen der Jury, welches die Gründe für den Entscheid enthält, genannt (Esseiva, Baurechtstagung 2003, a.a.O., S. 227; Messerli, a.a.O., S. 132 f., 140).

4. Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen, das Zuschlagskriterium «Preis-/Leistungsverhältnis» sei nicht richtig angewendet worden, nachdem ihre Offerte um Fr. 407'316.- tiefer liege als jene der Konkurrentin. Weiter äussert die Beschwerdeführerin grundsätzliche Vorbehalte gegen dieses erste Zuschlagskriterium, bei welchem die Vergabebehörde in ihrer Beurteilungsmatrix auf einen Mix mit den Bewertungen aus den anderen Kriterien abgestellt und daraus einen nicht nachvollziehbaren Quotienten gebildet habe. Dieses Vorgehen leuchte nicht ein, so werde diese Position von 30% nicht autonom beurteilt und der Gesamtpreis werde zu wenig berücksichtigt. Die weiteren Zuschlagskriterien werden von der Beschwerdeführerin nicht grundsätzlich angefochten, sondern nur in Bezug auf die konkreten Bewertungen ihres Angebots.

a. In der öffentlichen Ausschreibung (...) wurden die Zuschlagskriterien nicht aufgelistet (und auch nicht in der Publikation der Teilnehmersauswahl ... im SHAB) sondern es wurde in Ziff. 3.5 der Ausschreibung auf die Unterlagen verwiesen. Die Kriterien wurden sodann im Wettbewerbsprogramm (...) wie folgt bekannt gegeben:

- Preis-/Leistungsverhältnis (Investitionskosten unter Einhaltung des Kostendachs, Pauschalangebot, Leistungsbeschreibung, Optionen, Wartungsverträge) 30%
- Städtebau und ganzheitliche architektonische Gestaltung 20%
- Statik, Konstruktions- und Materialwahl Gebäude 15%
- Gebäudetechnik und Gesamtbilanz Energiebedarf anhand Zielsetzungen im Pflichtenheft 15%
- Betriebliche Funktionalität und Flexibilität 10%
- Terminplan unter Einhaltung des Meilensteins «Inbetriebnahme durch EAWAG» 10%.

Nachdem nach der ersten Beurteilungsrunde (...) noch zwei Angebote im Verfahren verblieben waren, fand im Rahmen der dritten Stufe des Wettbewerbs (...) die Klausur des Preisgerichts mit Beurteilung der beiden verbliebenen und nochmals überarbeiteten Angebote statt (...). Gleichentags wurde ein in Worten abgefasster, keine Noten enthaltender Jurybericht erstellt, in welchem das Angebot B der Y. AG zur Weiterbearbeitung empfohlen wurde (...).

Die Vergabebehörde hat der BRK überdies eine Bewertungsmatrix eingereicht (...), in welcher die Angebote anhand der Zuschlagskriterien benotet wurden, sowie ein Dokument «Formel zur Berechnung des Preis-/Leistungsverhältnisses» (...). Zur Benotung dieses ersten Kriteriums wurde laut diesen Unterlagen der folgende Quotient verwendet:

1

(Preis / Punktezahl der Leistungen gemäss Jurierung) × 100'000

= Quotient

Je nach Quotient wurde den Teilnehmern beim Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis eine Note zugewiesen, so erzielte die Beschwerdeführerin den Quotienten 3,439 und erhielt dafür 150 Punkte (von maximal 300), währenddem die Zuschlagsempfängerin mit dem Quotienten von 4,526 eine Bewertung von 210 Punkten erlangte.

b. Vorab ist festzustellen, dass auf die Rügen der Beschwerdeführerin betreffend das erste Zuschlagskriterium «Preis-/Leistungsverhältnis» eingetreten werden kann, nachdem die Zuschlagskriterien wie bemerkt weder in der Ausschreibung (...) noch in der Publikation der Teilnehmerauswahl (...), sondern erst im Wettbewerbsprogramm (...) mitgeteilt worden sind. Mängel in den Wettbewerbsbedingungen sind nicht selbständig, sondern mit dem nächstfolgenden Verfahrensschritt, der in eine Verfügung nach Art. 29 BvBE mündet, vorliegend also dem Zuschlag, anzufechten (siehe Entscheid der BRK vom 16. November 2001, veröffentlicht in: [VPB 66.38](#) E. 3b mit Hinweisen).

Die Tatsache, dass die Zuschlagskriterien nicht in der Ausschreibung veröffentlicht worden sind, stellt im Übrigen einen Verstoß gegen Art. 46 VoeB in Verbindung mit Ziff. 7 Anhang 6 der VoeB dar (siehe oben E. 3b/aa), wobei auf diesen Punkt nicht weiter eingegangen wird, nachdem der vorliegende Zuschlag ohnehin aus anderen Gründen aufzuheben ist (siehe E. 2b/bb sowie die folgenden Erwägungen).

aa. Zunächst ist die Zulässigkeit des von der Beschwerdeführerin bemängelten ersten Zuschlagskriteriums «Preis-/Leistungsverhältnis (Investitionskosten unter Einhaltung des Kostendachs, Pauschalangebot, Leistungsbeschreibung, Optionen, Wartungsverträge)» einer Prüfung zu unterziehen.

aaa. Zu offen und unbestimmt formulierte Begriffe erfordern gemäss der Rechtsprechung der BRK zu den ordentlichen Vergaben eine nähere Umschreibung durch Sub- oder Teilkriterien, welche den Anbietern bekannt gegeben werden müssen (oben E. 3a/aa). Der Auftraggeberin steht im Rahmen eines Wettbewerbs bei der Formulierung der Wettbewerbskriterien zwar grundsätzlich ein beträchtlicher Ermessensspielraum zu. Das Transparenzprinzip erfordert aber auch in Wettbewerben, dass die Zuschlagskriterien klar und präzise formuliert werden (oben E. 3b/bb/aaa). Überdies haben im Gesamtleistungswettbewerb wie dargelegt betreffend Wahl der Zuschlagskriterien im Grossen und Ganzen dieselben Grundsätze zu gelten wie im ordentlichen Verfahren (E. 3b/bb/bbb). Ein dermassen offenes und allgemein gehaltenes Wettbewerbskriterium wie das «Preis-/Leistungsverhältnis» kann auch in einem Gesamtleistungswettbewerb ohne weitere Präzisierungen nicht zulässig sein. Das «Preis-/Leistungsverhältnis» ist nämlich im öffentlichen Beschaffungswesen deckungsgleich mit dem Begriff der «Wirtschaftlichkeit» bzw. des «wirtschaftlich günstigsten Angebots», welches ja gerade anhand *aller* Zuschlagskriterien ermittelt werden soll (siehe auch Entscheid der BRK vom 1. September 2000, veröffentlicht in: [VPB 65.11](#) E. 3; Entscheid der BRK vom 11. März 2005, veröffentlicht in: [VPB 69.79](#) E. 3a/aa; Hubert Stöckli, BR 1999 S. 141). Die Vergabebehörde hätte dieses Kriterium demnach zwingend konkretisieren und den Teilnehmern entsprechend mitteilen müssen. Das in Klammer dem ersten Kriterium beigefügte («Investitionskosten unter Einhaltung des Kostendachs, Pauschalangebot, Leistungsbeschreibung, Optionen, Wartungsverträge») kann - entgegen der Ansicht der BaFA - nicht

als ausreichende Konkretisierung in diesem Sinn angesehen werden. Diese Begriffe dienen eher der Verwirrung als der Klärung der Frage, was bei diesem ersten Kriterium genau bewertet werden sollte - dass nämlich, wie der Bewertungsmatrix (...) zu entnehmen ist, ein Quotient aus dem Preis *und den bei den übrigen Zuschlagskriterien erzielten Bewertungen* gebildet werden würde (siehe ferner die entsprechende Frage eines Anbieters in der Fragerunde 1, ...). In Anbetracht des tatsächlich angewendeten Quotienten ist denn auch nicht klar, inwiefern die erwähnten Punkte «Leistungsbeschrieb, Optionen, Wartungsverträge» in die Bewertung des ersten Kriteriums Eingang gefunden haben sollen (ausser allenfalls indirekt über die Bewertungen der Kriterien 2 bis 6).

Wie sich aus der Beurteilungsmatrix mit zugehöriger Formel für das erste Kriterium (...) ergibt, hat die Vergabebehörde das Zuschlagskriterium «Preis-/Leistungsverhältnis» intern durchaus - und aufgrund seiner Unbestimmtheit zwangsläufig - konkretisiert. Es wurde ein Quotient gebildet aus dem Preis und der erzielten Bewertung bei den übrigen Zuschlagskriterien Nr. 2 bis 6 (Formel siehe oben E. 4a). Gemäss der Rechtsprechung der BRK zu den ordentlichen Beschaffungen sind solche Konkretisierungen der Zuschlagskriterien, soweit diese zusätzlichen Hilfsmittel konkret zur Anwendung gelangen, den Anbietern im Voraus bekannt zu geben (oben E. 3a/aa). Selbst wenn allenfalls nicht zwingend die genaue Formel hätte publiziert werden müssen, hätte den Teilnehmern jedenfalls offen gelegt werden müssen, dass der Preis mittels eines Quotienten ins Verhältnis zum Total der bei den anderen Zuschlagskriterien erzielten Benotung gesetzt werden sollte.

bbb. Ebenfalls hätte die Vergabebehörde die Konsequenzen des bei der Evaluation angewendeten Quotienten auf die relative Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien und namentlich des Preises offen legen müssen. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt, erhielten aufgrund dieses Quotienten die Kriterien Nr. 2-6 mehr Gewicht als in der Ausschreibung bekannt gegeben. Dieses Vorgehen widerspricht - auch in einem Gesamtleistungswettbewerb (E. 3b/bb) - dem Transparenzprinzip und der darauf basierenden Rechtsprechung, wonach die in der Ausschreibung angekündigte Gewichtung nicht nachträglich abgeändert werden darf (oben E. 3a/aa; insbesondere Entscheid der BRK vom 1. September 2000, veröffentlicht in: [VPB 65.11](#) E. 4 [ordentliche Beschaffung]). Weiter hätte auch offen gelegt werden müssen, welches Gewicht dem Preis zukommt. Die Bekanntgabe des Gewichts des Preises ist von besonderer Wichtigkeit (siehe hierzu Wolf, a.a.O., S. 16). Insgesamt kann auch in einem Gesamtleistungswettbewerb das vorliegende Vorgehen nicht statthaft sein, zwar wohl eine prozentuale Gewichtung der Zuschlagskriterien bekannt zu geben, diese aber durch die konkrete, den Teilnehmern nicht bekannte Anwendung des einen, völlig unpräzisen Kriteriums wieder abzuändern und überdies auf die Nennung des Gewichtes des Preises gänzlich zu verzichten.

Aus den Akten und den Eingaben der Vergabebehörde an die BRK wird im Übrigen nicht ersichtlich, wann die Formel für die Bewertung des ersten Kriteriums festgelegt worden ist. Sie taucht erstmals auf bei der Bewertung der Angebote (...). Im Hinblick darauf, dass die Festlegung des Quotienten erst die tatsächliche Gewichtung der verschiedenen Kriterien definierte, wäre es aber - abgesehen davon, dass nach dem Gesagten die Präzisierung des zu

offenen ersten Kriteriums den Teilnehmern vorab mitzuteilen gewesen wäre - äusserst problematisch, wenn die (interne) Definition des Quotienten erst nachträglich, eventuell sogar erst nach Eingang der Offerten, vorgenommen worden wäre.

ccc. Ob die von der Vergabebehörde begangenen Verstösse gegen Vergaberecht im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien bzw. der Bewertung des ersten Kriteriums im vorliegenden Fall einen Einfluss auf den Vergabeentscheid gehabt haben, braucht nicht überprüft zu werden. Die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Gesichtspunkte ist vielmehr formeller Natur; der angefochtene Entscheid ist bei Verletzung vorgenannter Regel somit auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung nicht dargetan ist (oben E. 3a/aa).

ddd. Zusammenfassend muss die Vergabebehörde im Rahmen der Wiederholung des Vergabeverfahrens das erste Kriterium präzisieren und den Teilnehmern mitteilen, wie sie dieses zu bewerten gedenkt. Falls sie wieder einen Quotienten verwenden will, hat sie dies offenzulegen und die Methode zu dessen Berechnung wenigstens insofern mitzuteilen, dass ersichtlich wird, welches Gewicht die einzelnen Kriterien am Schluss effektiv erhalten und namentlich, welches Gewicht dem Preis (bei Anwendung des Quotienten) zukommt.

bb. Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, dass die vorliegend benutzte Formel zur Bewertung des ersten Kriteriums nicht zulässig war; die Position Preis-/Leistungsverhältnis hätte autonom beurteilt werden müssen und der Gesamtpreis sei dadurch viel zu wenig gewichtet worden. Zu prüfen ist namentlich, ob der konkret gebildete Quotient im Hinblick auf die (Mindest-)Bemessung des Preiskriteriums zulässig war.

Die angewendete Formel für das erste Kriterium hat dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin trotz niedrigerem Angebot (über Fr. 400'000.- Differenz zu jenem der Zuschlagsempfängerin) beim Kriterium Preis-/Leistungsverhältnis eine beträchtlich tiefere Punktezahl (150) erzielte als die Zuschlagsempfängerin (210). Das aufgrund der relativen Gewichtung des ersten Zuschlagskriteriums (30%) in Kombination mit der verwendeten Formel zur Bewertung dieses Kriteriums dem Preis schlussendlich noch zugemessene geringe Gewicht (klar unter 10%) ist unter dem Gesichtspunkt des vergaberechtlichen Ziels der Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 1 Bst. c BoeB) problematisch (oben E. 3a/bb). Das von der Rechtsprechung genannte Mindestgewicht des Preiskriteriums von 20% (E. 3a/bb) ist vorliegend nicht annähernd erreicht. Auch bei Gesamtleistungswettbewerben geht es nicht an, dem Preis der Leistung (also dem Preis für die Ausführung des Projektes) ein geradezu unwesentliches Gewicht beizugeben (E. 3b/bb/bbb). Die für die gewöhnlichen Beschaffungen herausgebildeten Grundsätze betreffend die Mindestgewichtung des Preises sind hier somit analog (wenn auch unter Umständen nicht mit der gleichen Strenge) zu beachten. Im Übrigen widerspricht die vorliegende, dem Preis effektiv zugestandene Gewichtung auch der Formulierung des ersten Kriteriums in den Wettbewerbsunterlagen: «Preis-/Leistungsverhältnis (*Investitionskosten* unter Einhaltung des Kostendachs, *Pauschalangebot*,

Leistungsbeschreibung, Optionen, Wartungsverträge)» (30%). Gestützt darauf konnten die Teilnehmer durchaus erwarten, dass dem Preis innerhalb dieses ersten Kriteriums eine beträchtliche Bedeutung zukommen werde.

Im Rahmen der Wiederholung des Verfahrens, in welchem die Vergabebehörde nach dem Gesagten (E. 4b/aa) das erste Kriterium neu zu formulieren und mitsamt der effektiven Gewichtung der Kriterien (inklusive Preiskriterium) den Teilnehmern mitzuteilen hat, hat sie die besagten Grundsätze betreffend Mindestgewichtung des Preises zu berücksichtigen.

c. Aufgrund der mangelhaften Offenlegung des ersten Zuschlagskriteriums und insbesondere der Verletzung des Anonymitätsgrundsatzes wird im Rahmen der Wiederholung des Vergabeverfahrens die Evaluation als Gesamtes (nicht nur betreffend das erste Zuschlagskriterium) nochmals vorzunehmen sein (siehe unten E. 5). Damit braucht vorliegend die konkrete Evaluation durch das Preisgericht keiner näheren Betrachtung unterzogen zu werden und es erübrigt sich, auf die einzelnen Beanstandungen der Beschwerdeführerin betreffend die verschiedenen Zuschlagskriterien einzugehen. Es ist allerdings auf einige problematische Punkte bezüglich der Evaluation hinzuweisen, welchen im Rahmen der Wiederholung des Verfahrens besondere Beachtung geschenkt werden muss.

aa. Vorliegend wurde das Preisgericht in der Ausschreibung (...) bekannt gegeben. Die gleiche Zusammensetzung des Preisgerichts wurde auch im Jurybericht (...) aufgeführt (...). Laut Protokoll (...) nahmen an der letzten Jurysitzung neben den bekannt gegebenen Richtern jedoch zusätzlich Z. (EAWAG) sowie W. (Projektleiterin, BaFA) teil (ebenso im Übrigen an der [ersten] Jurierung, ...).

Die Zusammensetzung des Preisgerichts inklusive Ersatzleute und Sachverständige muss gemäss Art. 46 VoeB in Verbindung mit Ziff. 8 Anhang 6 zur VoeB in der Ausschreibung mitgeteilt werden (Messerli, a.a.O., S. 126 f., widersprüchlich: Art. 50 Abs. 5 VoeB). Neben den Richtern können weitere Fachpersonen als Experten (Sachverständige) beigezogen werden, die jedoch nur beratende Funktion und kein Stimmrecht haben (Jost / Schneider Heusi, a.a.O., S. 365). Auch diese sind den Teilnehmern bekannt zu geben (Ziff. 8 Anhang 6 zur VoeB, Art. 50 Abs. 5 VoeB), selbst wenn sie erst nachträglich herangezogen werden, ansonsten Ausschluss- und Ablehnungsbegehren, welche auch gegen solche Sachverständige möglich sind (siehe Art. 50 Abs. 4 VoeB), verunmöglicht würden (Messerli, a.a.O., S. 127).

Nachdem gemäss diesen Vorgaben der VoeB sowohl Preisrichter als auch nicht-stimmberechtigte Sachverständige den Teilnehmern bekannt gegeben werden müssen, ist die Anwesenheit, Teilnahme an der Diskussion (...) und erst recht eine allfällige Stimmabgabe (dass die beiden Nicht-Jurymitglieder ebenfalls abgestimmt hätten, lässt sich aus dem Protokoll nicht ableiten) von weder in der Ausschreibung noch sonstwie (nachträglich) als Richter oder Experten bezeichneten Personen fragwürdig (wobei im Wettbewerbsprogramm [...] immerhin auf die Mitwirkung von W. bezogen auf die Vorprüfung hingewiesen wurde). Heikel ist ferner die Tatsache, dass der Jurybericht (...) unter anderem vom Nichtmitglied W. erstellt worden ist (...). Im Rahmen der Wiederholung des Verfahrens ist darauf zu achten, dass das

Preisgericht nur durch Personen gebildet wird, die den Teilnehmern mitgeteilt worden sind und dass auch keine weiteren, nicht bekannt gegebenen Personen (z. B. Sachverständige) beigezogen werden.

bb. Grundsätzlich kommt dem Preisgericht bei der Jurierung der Beiträge ein weitgehendes Ermessen zu. Nach Lehre und Rechtsprechung muss aber auch in Wettbewerben die Evaluation so dokumentiert werden, dass die Beurteilung nachvollzogen und die Abstützung auf die einzelnen publizierten Zuschlagskriterien verifiziert werden kann. Es muss ersichtlich sein, inwiefern die einzelnen Beiträge die Kriterien erfüllten (oben E. 3b/cc).

Die vorliegende Evaluation der beiden sich in der Schlussphase noch im Wettbewerb befindlichen Beiträge ist dokumentiert durch eine Bewertungsmatrix (inklusive zugehörige Formel für das erste Kriterium), ein Protokoll der Jurysitzung sowie einen Jurybericht.

Vorliegend ist nicht eindeutig eruierbar, wer die Benotung vorgenommen und die Bewertungsmatrix erstellt hat (...). Die Bewertungsmatrix ist zwar in den Vergabeakten dem Protokoll des Preisgerichts (...) beigelegt und unter Traktandum 6 wird darauf hingewiesen (...). Zudem geht immerhin aus dem Protokoll (...; [zur ersten Jurysitzung]) hervor, dass diese erste Beurteilung durch das Preisgericht anhand des Bewertungsrasters erfolgte (...). Allerdings liegen keine Unterlagen darüber vor, wie die Bewertung im Detail zustande kam. Wer die Vergabe der Noten effektiv vorgenommen und die Matrix ausgefertigt hat - das Preisgericht oder die Vergabebehörde selbst bzw. deren Vertreterin W. - braucht vorliegend wie bemerkt nicht abschliessend untersucht zu werden. Jedenfalls bleibt festzustellen, dass es nicht statthaft wäre, wenn die Auftraggeberin (aufgrund des Protokolls bzw. des Juryberichts) die Benotung im Nachhinein vorgenommen hätte. Wird wie vorliegend eine Gewichtung der Zuschlagskriterien vorgenommen und den Teilnehmern bekannt gegeben, drängt sich die Evaluation durch das Preisgericht über ein Punktesystem mit Bewertungsmatrix auf (Messerli, a.a.O., S. 133), wobei diese Matrix durch die Jury zu erstellen ist (und nicht nachträglich durch die Auftraggeberin).

Das vorliegend ausgefertigte Protokoll ist (abgesehen davon, dass es nicht verdeutlicht, ob das Preisgericht selbst die Benotung vorgenommen hat) äusserst rudimentär und könnte jedenfalls den Anforderungen an ein «detailliertes» Protokoll (siehe oben E. 3b/cc) nicht genügen. Es wurden bloss einige Stärken und Schwächen der beiden Beiträge aufgelistet ohne expliziten Bezug zu den Wettbewerbskriterien (...) und als Ergebnis wurde nur festgehalten, dass der Entscheid einstimmig zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin ausgefallen ist (...). Damit wäre es der BRK nicht möglich, die Gründe für den Juryentscheid nachzuvollziehen (es ist nicht einmal möglich abzuschätzen, ob die Jury die einzelnen Wettbewerbskriterien überhaupt diskutiert hat) und ein solches Vorgehen würde das Transparenzprinzip verletzen (Entscheid der BRK vom 9. Dezember 1999, veröffentlicht in: [VPB 64.63 E. 4d/cc 3. Absatz](#)).

Der vorliegende Jurybericht (...), der «im Anschluss an die Sitzung der Jury» von einem Ausschuss von vier «Jurymitgliedern», worunter das Nichtmitglied W., verfasst worden ist (...), konnte im Übrigen ein detailliertes Protokoll ebenfalls nicht ersetzen. Insbesondere ist aus dem Jurybericht nicht ersichtlich, wie das erste Wettbewerbskriterium «Preis-/Leistungsverhältnis»

evaluiert und bewertet worden ist. Unter dem Titel «Kosten» wurde bei der Zuschlagsempfängerin lediglich bemerkt, das Angebot weise das beste Preis-/Leistungsverhältnis aus. Bei der Beschwerdeführerin wurde notiert, der Leistungsumfang sei durch vorhandene Widersprüche teilweise unklar, so dass trotz günstigem Angebot das Preis-/Leistungsverhältnis gegenüber dem anderen Angebot weniger gut abschneide (...).

d. Es bleibt Stellung zu nehmen zu den Ausführungen der Vergabebehörde in der Vernehmlassung (...), worin sie die Benotung des Angebots der Beschwerdeführerin beim ersten Kriterium damit begründete, das (billigere) Angebot der Beschwerdeführerin habe Lücken aufgewiesen, welche einen Vergleich mit der Konkurrenzofferte verunmöglicht hätten. So seien die Mehrkosten für das Brandschutzkonzept gemäss Variante B (ungefähr Fr. 100'000.-) nicht offeriert worden. Weiter seien verschiedene Positionen des Leistungsbeschreibs in der Kostenzusammenstellung nicht ausgewiesen worden, diese Arbeiten seien wohl in anderen Positionen eingeschlossen. Bei der Bewertung seien diese Mängel berücksichtigt worden. Diese Darlegungen sind nicht nachvollziehbar, nachdem zur Ermittlung der Note beim Kriterium «Preis-/Leistungsverhältnis» gemäss der Bewertungsmatrix (...) in einem rein rechnerischen Vorgehen der Preis und das Resultat der übrigen Zuschlagskriterien zu einem Quotienten zusammengefasst worden sind; weitere Komponenten wurden (gemäss der Matrix) in die Benotung des ersten Kriteriums nicht einbezogen. Die erwähnten Mehrkosten für das Brandschutzkonzept sind jedenfalls in die tatsächliche Berechnung des Quotienten nicht eingeflossen, wurde doch der offerierte Preis ohne Aufschlag übernommen (...).

Nicht stichhaltig ist im Übrigen die Behauptung der Vergabebehörde, dass die Umlagerung von Einheitspreisen durch die Beschwerdeführerin eigentlich zu deren Ausschluss hätte führen müssen - worauf aber aus Zweckmässigkeitsgründen verzichtet worden sei (...). Wollte die Vergabebehörde damit einen Ausschluss aus formellen Gründen ansprechen, muss ihr entgegen gehalten werden, dass ein solcher nur im Falle von «wesentlichen Formfehlern» gerechtfertigt ist (Art. 19 Abs. 3 BoeB). Inwiefern ein solcher vorliegen sollte, ist nicht ersichtlich und hat die Vergabebehörde nicht dargetan.

5.a. Zusammenfassend wurde vorliegend in mehrfacher Hinsicht gegen das Vergaberecht verstossen. So wurde die Anonymität des Verfahrens in unzulässiger Weise aufgehoben (E. 2b). Das Transparenzprinzip wurde verletzt durch die Wahl eines zu offenen Kriteriums ohne nähere Präzisierung, wie dieses angewendet werden soll (nicht angekündigte Verwendung eines Quotienten) sowie die mangelhafte Bekanntgabe der Gewichtung der einzelnen Kriterien, namentlich des Preises (E. 4b/aa). Weiter wurde dem Preis bei der Bewertung zu geringes Gewicht zugemessen (E. 4b/bb); zudem ist die Evaluation durch das Preisgericht und die diesbezügliche Dokumentation nicht über alle Zweifel erhaben (E. 4c).

b. Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen und die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben. Die Sache wird zu neuer Beurteilung im Sinne der Erwägungen an die BaFA zurückgewiesen (Art. 32 Abs. 1 BoeB). Die Wahl des weiteren Vorgehens nach Aufhebung der angefochtenen Zuschlagsverfügung steht in erster Linie der Vergabebehörde zu. Falls die

BaFA am laufenden Submissionsverfahren festhalten und die Voraussetzungen für einen Abbruch oder eine vollständige Wiederholung des Verfahrens - wohl zu Recht - nicht als gegeben erachten sollte, hat sie Folgendes zu beachten: Das Beschaffungsgeschäft ist nur insoweit zu wiederholen, als dieses noch nicht in Rechtskraft erwachsen ist, mithin ohne die Ausschreibung und das Präqualifikationsverfahren. In die Neubeurteilung einzubeziehen sind die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin. Die Vergabebehörde hat eine neue Definition bzw. eine Präzisierung des ersten Zuschlagskriteriums und dessen Gewichtung gemäss den Erwägungen (E. 4b/aa und bb) vorzunehmen und diese den Teilnehmern mitzuteilen. Zur Wiederherstellung der Anonymität des Wettbewerbs (E. 2b) bieten sich abgesehen von einer gänzlich neuen Durchführung des Verfahrens zwei Wege an: Entweder fordert die Vergabebehörde die Beschwerdeführerin und die Zuschlagsempfängerin zur Eingabe neuer Offerten auf, welche das (alte) Preisgericht nicht zuordnen kann, oder - und dies erscheint praktikabler und effizienter - sie lässt die bestehenden (aber allenfalls noch zu anonymisierenden) Offerten durch ein neu zu wählendes und den Teilnehmern mitzuteilendes Preisgericht beurteilen. Ein neues Preisgericht würde insbesondere eine der Objektivität und dem Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtete Evaluation (hierzu ist auch E. 4c zu beachten) gewährleisten.

**JAAC 70.74 - Auszug aus dem Entscheid BRK2005-025 der Eidgenössischen
Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 18. Mai 2006**

In	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
Dans	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
In	Giurisprudenza delle autorità amministrative della Confederazione
Jahr	2006
Année	
Anno	
Band	70
Volume	
Volume	
Seite	---
Page	
Pagina	
Ref. No	150 007 421

Das Dokument wurde durch das Schweizerische Bundesarchiv und die Bundeskanzlei konvertiert.
Le document a été digitalisé par les Archives Fédérales Suisses et la Chancellerie fédérale.
Il documento è stato convertito dall'Archivio federale svizzero e della Cancelleria federale.