

**98/99 28 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 20 Abs. 1, Art. 35, Art. 44 SubV. Rechtliches Gehör im Vergabeverfahren. Umfang des Akteneinsichtsrechts. Grundsatz der Transparenz. Die Vergabekriterien (unter Einschluss allfälliger Subkriterien) sind mit deren Rangfolge und Gewichtung in der öffentlichen Ausschreibung - also im Voraus - bekanntzugeben. Begriff des "wirtschaftlich günstigsten Angebotes". Unbestimmter Rechtsbegriff. Auslegung. Ermessen der Vergabebehörde bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Rangfolge und Gewichtung und bei der Bewertung und Einstufung der Angebote nach Massgabe der Kriterien und ihrer Bedeutung. Unzulässigkeit der Rüge der Unangemessenheit.**

Obergericht, 5. Mai 1999, OG V 99 24

#### **Aus den Erwägungen:**

4. Die Beschwerdeführerin rügt die Verletzung des rechtlichen Gehörs, namentlich des Akteneinsichtsrechts. Sie macht geltend, dass ihr die Akten nicht vollständig zur Verfügung gestanden hätten, weshalb sie ihrer Pflicht, eine begründete Beschwerde einzureichen, nicht vollumfänglich habe nachkommen können.

Das Recht, angehört zu werden, ist formeller Natur. Eine Verletzung führt ungeachtet der Erfolgsaussichten der Beschwerde in der Sache selbst grundsätzlich zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung (BGE 124 V 389 E. 1, 122 II 158 E. 2d m.H.).

a) Gemäss Art. 44 SubV besteht das Recht auf Akteneinsicht und rechtliches Gehör erst im Beschwerdeverfahren. Beim Verfahren vor der Paritätischen Kommission handelt es sich weder um ein Verfahren vor erstinstanzlicher Behörde noch um ein Rechtsmittelverfahren (vgl. Art. 4 Abs. 1 SubR über die sinngemässe Anwendung von Art. 32 ff. VRPV). Es ist weitgehend dem Vermittlungsverfahren im Zivilprozess nachgebildet (Art. 185 ff. ZPO; Art. 9 ff. insbes. Art. 11 Abs. 4 SubR) (Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 28.05.1998, OG V 98 52, E. 4). Das Schlichtungsverfahren ist aber für die Parteien zwingend (Art. 45 Abs. 2 SubV). Erst wenn im Schlichtungsverfahren keine Einigung zustande kommt, kann die beanstandete Verfügung mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Obergericht angefochten werden (Art. 46 Abs. 1 SubV). Die Nichteinigung im Schlichtungsverfahren ist Sachentscheidungsvoraussetzung im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren. Das Akteneinsichtsrecht und das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 44 SubV) ist in der Verordnung systematisch auch vor der Bestimmung betreffend das Schlichtungsverfahren (Art. 45 SubV) aufgeführt. Daraus ergibt sich, dass der Anspruch auf rechtliches Gehör und das Recht auf Akteneinsicht als Teilgehalt des Gehörsanspruchs bereits auf der Stufe des Schlichtungsverfahrens zum Tragen kommen.

b) Der Umfang des Anspruchs auf Akteneinsicht bestimmt sich primär nach kantonalem Recht, subsidiär nach den aus Art. 4 BV abgeleiteten Mindestgarantien (BGE 121 I 227 E. 2a). Mangels spezialgesetzlicher Bestimmung bestimmt sich kantonalrechtlich der Umfang des Anspruchs auf Akteneinsicht nach Art. 16 Abs. 1 VRPV. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass das kantonale Recht einen weiter als Art. 4 BV gehenden Anspruch auf Akteneinsicht gewähre. Die Akteneinsicht nach Art. 4 BV erstreckt sich auf alle für den Entscheid wesentlichen Akten, d.h. auf jene Akten, die Grundlage einer Entscheidung bilden (BGE 121 I 227 E. 2a). Das Akteneinsichtsrecht findet seine Grenzen an öffentlichen Interessen des Staates und berechtigten Geheimhaltungsinteressen Dritter (vgl. Art. 43 SubV i.V.m. Art. 16 Abs. 1 VRPV; BGE 121 I 227 E. 2a). Im Einzelfall muss eine sorgfältige Interessenabwägung erfolgen (BGE 113 Ia 4 f. E. 4a).

Gegenstand des öffentlichen Beschaffungswesens ist im Wesentlichen die Vergabe von öffentlichen Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen durch öffentliche Auftraggeber auf Bundes-, Kantons- und Gemeindeebene (Metz/Schmid, Rechtsgrundlagen des öffentlichen Beschaffungswesens, in ZBI 1998 S. 50). Zweck des Submissionsverfahrens ist in diesem Rahmen die Einholung, Prüfung und Evaluation privatrechtlicher Offerten für solche vom Staat zu vergebenden Aufträge (BGE 119 Ia 430 f. E. 4b/bb). Naturgemäss kommen dabei die privaten Anbietenden in der Regel nicht umhin, in ihren Offerten kaufmännische, betriebswirtschaftliche oder fabrikationstech-

nische Tatsachen ihres Unternehmens, an deren Geheimhaltung sie ein legitimes Interesse haben, gegenüber der Vergabestelle in mehr oder weniger grossem Ausmass zu offenbaren. Gleichzeitig stehen sich im Kampf um einen bestimmten Auftrag stets Unternehmer gegenüber, die - zumindest auf das konkrete Projekt bezogen - sowohl sachlich (gleiche Branche, gleiches Angebot, gleiches Zielpublikum, Abdeckung der gleichen Marktbedürfnisse) als auch geografisch im gleichen Markt tätig sind und sich daher insoweit direkt oder unmittelbar konkurrenzieren (Urteil Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 07.05.1998, publ. in ZBI 1998 S. 531 E. 3a).

Die Rüge der Beschwerdeführerin, dass sie bisher keine vollständige Akteneinsicht hatte, geht insoweit fehl. Ebenso besteht der Anspruch nicht im Verfahren vor Verwaltungsgericht. Der Mangel an Transparenz im Vergabeverfahren wird aufgefangen mit der Pflicht des Auftraggebers, für den Anbieter nachteilige Verfügungen zu begründen. Die Begründung ermöglicht dem Anbieter zu entscheiden, ob er Beschwerde führen will oder nicht (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 09.09.1996 an den Landrat zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [Submissionsverordnung], Beil. 2, S. 22). Die Begründung muss so abgefasst sein, dass der Betroffene den Entscheid gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann (BGE 123 I 34 E. 2c). ...

5. ...

6. Die Beschwerdeführerin verlangt die Aufhebung des Vergabebeschlusses vom 20. Januar 1999 und eine neue Durchführung der Vergabe durch die Vorinstanz nach anerkannten submissionsrechtlichen Grundsätzen. Zur Begründung führt sie an, dass mit dem Vergabeverfahren dadurch, dass die Vorinstanz weder die Reihenfolge noch die Gewichtung der Kriterien bekannt gegeben habe, das erforderliche Mass an Transparenz und damit Rechtssicherheit nicht erreicht worden sei. Die Nichtbekanntgabe sei gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung nicht zulässig.

a) Die IVöB bezweckt unter anderem die Sicherstellung der Transparenz im Vergabeverfahren (Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB). Dabei sollen die kantonalen Ausführungsbestimmungen unter anderem geeignete Zuschlagskriterien aufstellen, welche den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten (Art. 13 lit. f IVöB). Die Bestimmung der hierfür massgebenden Unterkriterien überlässt das Konkordat den einzelnen Kantonen, die sich aber auch diesbezüglich an den VRöB orientieren (Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rn 473; Bericht und Antrag, Beil. 2, S. 1 und 17 f.; § 28 Abs. 1 VRöB, Art. 35 Abs. 1 SubV). Art. 35 Abs. 1 SubV enthält sodann eine Reihe von Zuschlagskriterien. Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung und massgeblichen Lehre sind gestützt auf den Grundsatz der Transparenz in der öffentlichen Ausschreibung - also im Voraus - nicht nur die Vergabekriterien, sondern auch deren Rangfolge und Gewichtung (unter Einschluss allfälliger Subkriterien) bekannt zu geben (BGE 125 II 100 ff. E. 7c; vgl. Art. 21 Abs. 2 BoeB; § 14 Abs. 1 lit. i VRöB; Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 23 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rn 473 ff.; Peter Gauch, in BR 1998 S. 125; Bericht und Antrag, Beil. 2, S. 18).

b) Laut Ausschreibungstext im Amtsblatt (BG-act. 1) sind nebst dem Eignungskriterium der Erfahrung in der Vermessung von Tunnelgrossprojekten folgende Zuschlagskriterien aufgelistet: Qualifikation und fachliche Kompetenz der Schlüsselpersonen, Verfügbarkeit von Personal und Infrastruktur, Vermessungskonzept, Qualitätssicherung, Referenzen, Preis (vgl. auch BG-act. 2, S. 8). Eine Angabe der Rangfolge oder Gewichtung der einzelnen Kriterien geht daraus nicht hervor (so ausdrücklich: BG-act. 2, S. 8; BG-act.3). Daraus ist zu schliessen, dass die Ausschreibung den vom Bundesgericht festgelegten Anforderungen an die Transparenz im Vergabeverfahren gemäss neuester Rechtsprechung nicht genügt.

Hingegen war die Ausschreibung mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen. Sie blieb jedoch unangefochten.

c) Nach Art. 42 lit. b SubV stellt die Ausschreibung eine selbstständig anfechtbare Verfügung dar. Rügen gegen die Ausschreibung müssen innert 10 Tagen bei der Päritätischen Kommission vorgebracht werden (Art. 45 Abs. 3 SubV). Rügen gegen die Ausschreibung, 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. Aus diesem Grund wurden in Art. 42 SubV einzelne Schritte im Submissionsverfahren für anfechtbar erklärt. Anfechtungsgegenstand ist vorliegend der Zuschlag, nicht die Ausschreibung des Auftrages (vgl. Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.06.1998, OG V 98 12, E. 5b/cc).

Die Rüge ist demnach verspätet und nicht mehr zulässig. Auf die Rüge ist nicht einzutreten.

7. ...

a) Kommen mehrere Anbieter für den Zuschlag in Frage, so gilt der Grundsatz, dass das "wirtschaftlich günstigste Angebot" den Zuschlag erhält (Art. 35 Abs. 1 SubV). Es kann davon ausgegangen werden, dass der Begriff des "wirtschaftlich günstigsten Angebotes" zunächst ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, wobei der Begriff des "Angebotes" durchaus bestimmt ist, weshalb es nur noch zu beantworten gilt, was das Gesetz unter dem "wirtschaftlich günstigsten" Angebot versteht (Entscheid eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 29.06.1998, BRK 015/97, publ. in BR 1998 S. 125 Nr. 333 mit Kommentar Peter Gauch). Die Frage nach dem richtigen Verständnis eines unbestimmten Rechtsbegriffes ist eine Rechtsfrage. Eine falsche Interpretation hat eine Rechtsverletzung zur Folge. Das Obergericht hat die Auslegung und Anwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen somit grundsätzlich frei zu überprüfen. Den Behörden kommt insofern kein Ermessen zu (BGE 119 Ib 40 E. 3b, 117 Ib 321 E. 4a; Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 15.03.1999, OG V 98 80, E. 4a). Da vorliegend der verfügenden Behörde besondere Fachkenntnisse zu attestieren sind, ist hier ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Auslegung des Begriffes des "wirtschaftlich günstigsten" Angebotes einzuräumen (vgl. BGE 120 Ia 275 E. 3b, 119 Ib 265 E. 2b und 40 f. E. 3b, 118 Ib 490 E. 3d, 117 Ib 117 E. 4b), mithin legt sich das Obergericht als richterliche Behörde Zurückhaltung auf. Einer vertretbaren Auflegung des unbestimmten Rechtsbegriffes ist die Anerkennung nicht zu untersagen (vgl. BGE 108 Ib 203 E. 3b, 96 I 373 E. 4; Häfelin/Müller, Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz 369 f.; Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, S. 193 f.).

b) Am "wirtschaftlich günstigsten" ist dasjenige Angebot, das bei einer wirtschaftlichen Gesamtbewertung, die sich an die gesetzlichen Vorgaben hält (Art. 35 Abs. 1 SubV), dem Auftraggeber die meisten Vorteile verspricht (Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 21; Peter Gauch, in BR 1998 S. 125). Dabei ist der Angebotspreis zwar ein wesentliches aber nicht das allein massgebliche Kriterium. Über den Angebotspreis hinaus sind weitere Kriterien zu berücksichtigen. Art. 35 Abs. 1 SubV enthält einen exemplifikatorischen Katalog. Nach der Nationalstrassengesetzgebung sind die Nationalstrassen nach den neuesten Erkenntnissen der Strassenbautechnik und nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu erstellen (Art. 41 Abs. 1 NSG). Das wirtschaftlich günstigste Angebot (Art. 45 Abs. 4 NSV) ist auch im Lichte vorstehender Gesetzesbestimmung zu eruieren: Angebote, die nicht den neuesten Erkenntnissen der Strassenbautechnik entsprechen, fallen ausser Betracht. Nach Art. 46 NSV ist im Übrigen kantonales Recht anwendbar, wobei grössere Aufträge dem Bundesamt zur Genehmigung zu unterbreiten sind (Art. 47 NSV) (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rn 471).

c) Die Festlegung der Zuschlagskriterien (eingeschlossen Subkriterien) und deren Rangfolge und Gewichtung für die konkrete Vergabe steht im Ermessen der Behörde. Dies gilt auch für die Bewertung und Einstufung der verschiedenen Angebote nach Massgabe der in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Kriterien und ihrer Bedeutung (Entscheid eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen vom 29.06.1998, BRK 015/97, publ. in BR 1998 S. 125 Nr. 333 mit Kommentar Peter Gauch; Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 24 ff.; Bericht und Antrag, Beil. 2, S. 18).

Gemäss Art. 43 i.V.m. Art. 48 SubV und Art. 57 VRPV kann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde Rechtsverletzung einschliesslich Missbrauch oder Überschreitung des Ermessens gerügt werden, nicht aber die Unangemessenheit. Bei der Unangemessenheit geht es um die Frage,

ob der zu prüfende Entscheid, den die Behörde nach dem ihr zustehenden Ermessen im Einklang mit den allgemeinen Rechtsprinzipien in einem konkreten Fall getroffen hat, nicht zweckmässigerweise anders hätte ausfallen sollen (BGE 123 V 152 E. 2, 116 V 310 E. 2, 114 V 316 E. 5a m.H.). Ist somit eine den Umständen angemessenere und zweckmässigere Lösung im Einzelfall denkbar, ist dies (rechtlich) nicht zu beanstanden (vgl. BGE 98 V 131 E. 2, 97 I 583 E. 3). Das Obergericht ist nicht befugt, "sein" Ermessen an die Stelle des Verwaltungsermessens zu setzen. Insoweit kann das Obergericht nur einschreiten, wenn die Verwaltungsbehörde das ihr zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (Art. 57 Abs. 2 lit. c VRPV). Eine rechtsfehlerhafte und damit anfechtbare Ermessensausübung würde z.B. dann vorliegen, wenn die Vergabebehörde unzulässige (etwa finanzpolitische) Zuschlagskriterien auswählen, einzelnen Kriterien eine krass unangemessene Bedeutung zumessen oder sie willkürlich auf die Offerte eines Anbieters anwenden würde (Peter Gauch, in BR 1998 S. 125).