

**98/99 29 Öffentliches Beschaffungswesen. Art. 42 SubV enthält eine abschliessende Aufzählung der anfechtbaren Verfügungen. Der allgemeine Rechtsgrundsatz, wonach die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien und deren Reihenfolge und Gewichtung (unter Einschluss allfälliger Subkriterien) im Voraus bekanntzugeben hat, gilt auch im freihändigen Verfahren, wenn mehrere Anbieter zur Offertstellung eingeladen werden und eine Konkurrenzsituation entsteht. In diesem Falle hat die Bekanntgabe in den Einladungsunterlagen zu erfolgen.**

Obergericht, 23. August 1999, OG V 99 15

3. Zu prüfen ist betreffend gerügte Nichtbekanntgabe der Zuschlagskriterien, ob die seinerzeitigen Einladungsunterlagen an sich bereits hätten angefochten werden können und müssen und die Anfechtung des Zuschlages folglich verspätet ist (vgl. Entscheid Obergericht des Kantons Uri vom 05.05.1999, OG V 99 24, E. 5c).

Art. 42 SubV enthält eine Reihe von selbstständig anfechtbaren Verfügungen. So muss etwa bei Ausschreibungen innert 10 Tagen die Paritätische Kommission angerufen werden (Art. 42 lit. b i.V.m. 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 Zuschlages vorgebracht werden. Anderes würde dem Gebot der zügigen und ökonomischen Durchführung des Submissionsverfahrens zuwiderlaufen und dieses unnötig in die Länge ziehen. Ausserdem wäre es mit dem Grundsatz von Treu und Glauben kaum vereinbar, wenn ein Anbieter sich im Wissen um die rechtsfehlerhafte Ausschreibung nicht zur Wehr setzt, sondern zuwartet und erst bei Nichterteilung des Zuschlages ein Rechtsmittel ergreift. Der Aufzählung in Art. 42 SubV kommt mit Blick auf die effiziente Beschaffung abschliessende Bedeutung zu (Bericht und Antrag des Regierungsrates vom 09.09.1996 an den Landrat zur Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [Submissionsverordnung], Beil. 2 S. 21). Vorliegend hat keine Ausschreibung stattgefunden (E. 5). Es erging vielmehr eine Einladung (E. 5). Diese ist in Art. 42 SubV nicht aufgeführt. Mit anderen Worten hatte vorliegend die Beschwerdeführerin keine Möglichkeit die Einladungsunterlagen nach deren Erhalt anzufechten. Die einzige Anfechtungsmöglichkeit bot sich ihr nach Erlass der Begründungsverfügung vom 9. Dezember 1998. Dies ist insofern sachgerecht als sich das freihändige bzw. Einladungsverfahren regelmässig einfacher gestaltet als die Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung. Die Beschwerde erfolgte demnach nicht verspätet und ist zulässig. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

4. ...

5. Beim freihändigen Verfahren findet keine Ausschreibung statt (Art. 11 Satz 1 SubV). In der Regel sollen dennoch drei Anbieter eingeladen werden, ein Angebot einzureichen (Einladungsverfahren, Art. 11 Satz 2 SubV). Diese letztere Bestimmung ist eine Ordnungsvorschrift. Die Vergabebehörde kann, muss aber nicht ein beschränktes Wettbewerbsverfahren (Einladungsverfahren) durchführen. Zu den formellen Anforderungen an dieses Vergabeverfahren schweigt sich das Gesetz aus.

Streitfrage ist, ob und inwieweit im freihändigen Verfahren nach Art. 11 Satz 2 SubV Zuschlagskriterien samt Rangfolge und Gewichtung (unter Einschluss allfälliger Subkriterien) zum vornherein bekannt gegeben werden müssen bzw. ob die Vergabebehörde an die bekanntgegebenen Kriterien gebunden ist. Solange der Auftrag direkt einem einzigen Anbieter vergeben wird (Art. 11 Satz 1 SubV), stellt sich die Frage mangels Konkurrenzsituation gar nicht. Offensichtlich wollte der Gesetzgeber aber auch beim freihändigen Verfahren einen gewissen Wettbewerb erreichen (beschränkte Wettbewerbslage; vgl. Herbert Lang, in Michel/Zäch [Hrsg.], Submissionswesen im Binnenmarkt Schweiz, Zürich 1998, S. 28), weshalb er diese Ordnungsvorschrift erlassen hat. In der Regel soll, wie vorliegend, ein Einladungsverfahren stattfinden.

6. Ziel des neuen Vergaberechts ist vor allem das Funktionieren eines wirksamen Wettbewerbs, die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbieter und die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren (vgl. Präambel zum WTO-Übereinkommen, Art. 1 Abs. 2 lit. a, b und

c IVöB). Die Transparenz ist eine notwendige Bedingung für die Überprüfung der richtigen Rechtsanwendung und den reibungslosen Ablauf der Vergabeverfahren. 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 (§ 28 Abs. 1 VRöB, Art. 35 Abs. 1 SubV; Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 1 und S. 17 f.; Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rn 473). Art. 35 Abs. 1 SubV enthält sodann eine Reihe von Zuschlagskriterien. Nach neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung und massgeblicher Lehre sind gestützt auf den Grundsatz der Transparenz in der öffentlichen Ausschreibung 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; Bericht und Antrag, Beil. 2 S. 18; 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). Das Bundesgericht hat die Regel, wonach die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien im Voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung oder zumindest die relative Bedeutung, die sie den einzelnen Kriterien zuerkennen will, ersichtlich machen muss als allgemein gültigen Rechtsgrundsatz bezeichnet, welcher bei allen kantonalen und kommunalen Vergabeverfahren auch ohne ausdrückliche Vorschrift zu beachten ist (BGE 125 II 100 ff. E. 7c; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 24.03.1999, publ. in ZBI 1999 S. 382).

7. Der angeführte allgemeine Rechtsgrundsatz gilt auch für das freihändige Verfahren. In dessen kommt der Grundsatz nur dann zum Tragen, wenn mehrere Anbieter eingeladen werden und überhaupt erst eine Konkurrenzsituation entsteht. Denselben Schluss zieht auch das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau mit der Feststellung, dass die Vergabestelle, wenn sie sich im Rahmen der freihändigen Vergabe für die Durchführung eines Einladungsverfahrens mit mehreren Offerenten entscheidet, den Teilnehmern in jedem Fall einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten hat (Entscheid vom 03.11.1997, publ. in AGVE 1997 S. 349). Auch beim freihändigen Verfahren ist die Vergabebehörde zunächst an die allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns wie z.B. Verbot der Willkür und rechtsungleicher Behandlung, Grundsatz von Treu und Glauben, Gebot des fairen Verfahrens und damit auch eines fairen Wettbewerbs (vgl. Häfelin/Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Rz. 294) gebunden. Dann aber hat sie auch die Grundsätze des BGBM der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 3 und 5) zu beachten, damit keine sogenannten "Hoflieferanten" heranwachsen können (vgl. Herbert Lang, a.a.O., S. 28). Schliesslich ist die Vergabebehörde auch beim freihändigen Verfahren gehalten, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen (Art. 35 SubV). Vor diesem Hintergrund ist es ihr untersagt, bei der Zuschlagsbegründung auf ausschreibungs- bzw. einladungsfremde Kriterien zu verweisen, um den Zuschlag nicht dem preiswertesten Angebot zu erteilen. Das Verhalten einer Vergabebehörde, die erstmals beim Zuschlagsentscheid zu erkennen gibt, dass auch noch weitere (in der Ausschreibung bzw. Einladung) nicht genannte Aspekte für die Vergabe ausschlaggebend sind, verdient unter dem Aspekt eines fairen und offenen Wettbewerbs keinen Rechtsschutz (vgl. BR 1996 S. 113 f.; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 23.11.1994, publ. in PVG 1994 Nr. 8 E. 1). In diesem Fall handelt sie vergaberechtswidrig. Das gilt namentlich dann, wenn sie bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, die bekanntgegebene Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder zusätzliche Kriterien heranzieht, die sie nicht bekannt gegeben hat (Gauch/Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 24). Denn mit der Bekanntgabe der massgeblichen Zuschlagskriterien präjudiziert sich die Vergabebehörde selbst (BR 1996 S. 113 f.; Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden vom 23.11.1994, publ. in PVG 1994 Nr. 8 E. 1). So finden die Rechtsschutzbestimmungen der SubV (Art. 42 ff.) denn auch schon aufgrund ihrer systematischen Stellung Anwendung auf das freihändige Verfahren (Art. 11 SubV). Dies wird denn auch nicht bestritten.

Zusammenfassend verlangen die das moderne Vergaberecht beherrschenden Prinzipien der Transparenz und Nichtdiskriminierung, dass die Zuschlagskriterien mit deren Rangfolge und Gewichtung (unter Einschluss allfälliger Subkriterien) im Voraus, d.h. zu Beginn des Verfahrens, bekanntzugeben sind. Unerheblich ist, ob der Auftrag öffentlich ausgeschrieben wird (offenes Verfah-

ren, Art. 9 SubV; selektives Verfahren, Art. 10 SubV) oder ob ein Einladungsverfahren (Art. 11 SubV) mit beschränkter Wettbewerbslage stattfindet. Betreffend öffentliche Ausschreibung ist auf den Entscheid des Obergerichtes des Kantons Uri vom 5. Mai 1999, OG V 99 24, zu verweisen. Die Prinzipien der Transparenz und Nichtdiskriminierung verlangen weiter, dass der Auftraggeber an die bekanntgegebenen Kriterien gebunden ist.

8. Die Beschwerdeführerin rügt, dass die massgeblichen Zuschlagskriterien und die Reihenfolge ihrer Bedeutung weder in den Einladungsunterlagen bezeichnet, noch später bekannt gegeben worden seien. Die Gewichtung der Kriterien sei erst im Zusammenhang mit der Arbeitsvergabe erfolgt.

Die Offertbedingungen gemäss Einladungsunterlagen vom 1. Juli 1998 (S. 6) führen unter dem Zwischentitel Zuschlagskriterien aus: "Für den Offertvergleich und den Zuschlag sind die offerierten Leistungen und Honorarkosten gemäss Position 1.1 Projekt Kostentarif und die Zeittarifsätze gemäss Position 1.2 sowie die Referenzobjekte und die personellen Kapazitäten massgebend." Daraus ergeben sich folgende Zuschlagskriterien: Honorarkosten, Referenzobjekte und personelle Kapazitäten. Eine Gewichtung dieser Kriterien wurde nicht bekannt gemacht. Insbesondere kann nicht aufgrund der Reihenfolge auf eine konkrete Gewichtung geschlossen werden.

Anlässlich der Arbeitsvergabe wurden gemäss Protokoll Nr. 342 vom 25. November 1998 die Zuschlagskriterien aufgrund einer Tabelle gewichtet. Danach erfolgte der Zuschlag anhand folgender Kriterien und deren Gewichtung: Preis (50 %), Referenzen des Büros (5 %), Referenzen des Projektleiters (20 %), Fachkompetenz (des Projektleiters) (15 %), Teamorganisation (5 %) und personelle Kapazität (5 %). Damit hat die Vorinstanz nicht nur erst nachträglich die Gewichtung der massgeblichen Kriterien vorgenommen, sondern zudem das Kriterium der Referenz in Subkriterien unterteilt sowie neue Kriterien (z.B. Teamorganisation) dem Zuschlag zugrunde gelegt. Dieses Vorgehen ist nach Gesagtem mit dem Gebot eines fairen, den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung verpflichteten Wettbewerbs nicht zu vereinbaren und lässt sich auch nicht etwa mit dem der Vergabebehörde unbestrittenermassen zustehenden Ermessen bei der Festlegung der Zuschlagskriterien (eingeschlossen Subkriterien) und deren Rangfolge und Gewichtung rechtfertigen (vgl. Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Aargau vom 10.12.1997, publ. in AGVE 1997 S. 357 und S. 358 m.H. auf BR 1996 S. 113 f.). Die Anbieter wären der Willkür der Vergabestelle geradezu ausgeliefert, wenn diese nach Abgabe der Angebote im Bewertungsverfahren die Zuschlagskriterien beliebig wählen und verändern könnte. Daran ändert auch nichts, dass die Vorinstanz von der Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. September 1998 eine Begründung betreffend ihrer Abweichung von der SIA-Norm 103 sowie die namentliche Bekanntgabe der projektbezogenen Referenzen des Projektverantwortlichen verlangte. Damit wollte die Vorinstanz eine zusätzliche Erläuterung/Auskunft einholen, zu welcher sie gemäss Art. 32 Abs. 4 SubV auch berechtigt ist. Solche Erläuterungen dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern (Entscheid Verwaltungsgericht des Kantons Zürich vom 15.12.1998, publ. in RB 1998 Nr. 69 S. 123 f.; VPB 1998 Nr. 32 II S. 269 E. 3b). Dasselbe muss auch auf Seiten der Vergabebehörde in Bezug auf die Zuschlagskriterien gelten, weil Anbieter je nachdem anders offerieren würden. Die Vorinstanz hat mit vorgenanntem Schreiben von der Beschwerdeführerin projektbezogene Referenzen des Projektverantwortlichen mit Namensnennung einverlangt und damit betreffend Referenzobjekte ein bis anhin nicht genanntes Subkriterium aufgestellt. Bei der Vergabe hat sie die Referenzen des Projektleiters mit 20 % am zweithöchsten gewichtet. Das durchgeführte Vergabeverfahren genügt den vom Bundesgericht festgelegten Anforderungen an die Transparenz nicht. Die Beschwerde erweist sich schon aus diesem Grunde als begründet und ist gutzuheissen. Eine Prüfung der Rüge der Nichtberücksichtigung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes erübrigt sich.