

Beschwerdeinstanz in einem Schwebezustand und entfaltet keine Rechtswirksamkeit.

d) Nachdem im vorliegenden Vergabeverfahren weder die Rechtskraft des erteilten Zuschlags durch Ablauf der Beschwerdefrist eingetreten ist noch das Verwaltungsgericht der Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzogen hat, waren die in § 21 Abs. 1 SubmD vorgesehenen Bedingungen für einen Vertragsschluss nicht erfüllt. Damit vermag der zwischen der Einwohnergemeinde B. und der Beschwerdegegnerin abgeschlossene Werkvertrag derzeit keine Rechtswirksamkeit zu entfalten. Er steht demzufolge auch der Aufhebung des widerrechtlich erteilten Zuschlags durch das Verwaltungsgericht nicht entgegen (Erw. a/cc hievor).

**70 Eignungs- und Zuschlagskriterien; Grundsatz der Transparenz.**

- **Auch in einem offenen Verfahren ist grundsätzlich bereits in der Ausschreibung klar zwischen den von den Anbietenden zu erfüllenden Eignungskriterien und den leistungsbezogenen Zuschlagskriterien im Sinne von § 18 Abs. 2 SubmD zu unterscheiden (Erw. 3/c/aa).**
- **Die Ausschreibung muss alle Zuschlagskriterien und deren Gewichtung enthalten (Erw. 3/c/bb).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 10. April 2001 in Sachen S. AG gegen den Beschluss des Regierungsrats und die Verfügung der Psychiatrischen Dienste des Kantons Aargau.

*Aus den Erwägungen*

2. a) Gemäss Ziffer 10 der öffentlichen Ausschreibung waren die folgenden Zuschlagskriterien massgebend:

- Referenzinstallationen in der Schweiz im Gesundheitsbereich Kunden mit vergleichbarer Grösse und Struktur
- Einführungs-, Entwicklungsplan für TARMED muss vorliegen
- Vollständigkeit der Offerte
- Preis (Investitions-, Betriebskosten)/Leistung
- Genügend Ressourcen, auch im Fachbereich

- Im Markt etabliertes Softwarehaus
- Qualitätssicherung
- Übernahme des Projektes als Generalunternehmer möglich
- Erfahrung mit Ablösung von Systemen und Datenübernahme

In Ziffer 6 der Ausschreibungsunterlagen wurde nebst diesen Kriterien als weiteres Zuschlagskriterium noch genannt:

- Angebote im Bereich der Optionen

b) Sieben der fristgerecht eingereichten Angebote - die beiden Angebote lediglich für die Leistungserfassung wurden vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen - wurden anhand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien beurteilt. Dabei erfolgte nicht eine eigentliche Bewertung, sondern die Angebote wurden daraufhin geprüft, ob sie die einzelnen Kriterien erfüllten (vgl. dazu Erw. 3/c hienach). Aufgrund dieser Beurteilung wurden zwei weitere Angebote, deren Ressourcen im Fachbereich als ungenügend angesehen wurden, ausgeschlossen. Die verbleibenden fünf Angebote (Beschwerdeführerin, M. & P., L. GmbH, E., E. & Y.) wurden nach den folgenden (gewichteten) Kriterien mit Punkten bewertet:

- Kosten einmalige (ohne Leistungserfassung) [Gewicht: 2]
- Kosten laufend (jährlich) [Gewicht: 1,5]
- Systemeinführung, Projektleitung, Unternehmen, Sicherheit [Gewicht: 2]
- Funktionalität Patientenadministration [Gewicht: 2,5]
- Funktionalität Finanz- und Rechnungswesen [Gewicht: 2]

Ausgegangen wurde bei den fünf Angeboten von den folgenden Investitionskosten (ohne Leistungserfassung) und Betriebskosten:

(Tabellarische Zusammenstellung der Angebote)

Um die drei Bereiche Systemeinführung etc., Funktionalität Patientenadministration (PA) und Funktionalität Finanz- und Rechnungswesen (FRW) punktemässig gleichwertig zu bewerten, wurde das jeweils höchste Resultat auf 1000 Punkte und die anderen Punktzahlen proportional aufgerechnet. Für die Kosten wurde der tiefste Betrag auf 1000 Punkte aufgerechnet und die Differenz der einzelnen

Beträge zum tiefsten Betrag punktemässig vom Maximum abgezogen. Auf diese Weise ergaben sich die folgenden Bewertungen:

(Tabellarische Zusammenstellung der Bewertung)

(...)

3 c) aa) Zunächst fällt auf, dass die Vergabestelle unter dem Titel „Zuschlagskriterien“ nicht nur „reine“ Zuschlagskriterien im Sinne von § 18 Abs. 2 SubmD nennt, sondern auch Eignungskriterien, Rahmenbedingungen und Ausschlussgründe. Die verlangte Vollständigkeit der Offerte beispielsweise ist nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung kein Zuschlagskriterium, sondern wie die Wahrung der Eingabefrist eine formelle Anforderung an das Angebot (§ 14 Abs. 1 SubmD). Unvollständige Angebote können vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden; betrifft die Unvollständigkeit wesentliche Punkte, müssen sie sogar ausgeschlossen werden (AGVE 1999, S. 345 ff.). Das verlangte Vorliegen eines Einführungs- und Entwicklungsplans für TarMed stellt letztlich eine Rahmenbedingung, die entweder erfüllt ist oder nicht, und nicht ein Zuschlagskriterium dar. Die restlichen Kriterien haben, abgesehen vom Kriterium Preis/Leistung, weitaus eher den Charakter von Eignungskriterien denn von Zuschlagskriterien, beziehen sie sich doch auf die Anbieter und nicht auf deren Angebote. In einer ersten Runde hat die Vergabestelle die einzelnen Angebote denn auch im Sinne einer „Ja“/„Nein“-Beurteilung lediglich daraufhin geprüft, ob sie die „Zuschlagskriterien“ erfüllten oder nicht, was im Grunde einer Eignungsprüfung entspricht. Diese erste Runde hatte offensichtlich ausschliesslich den Zweck, für die Ausführung des Auftrags ungeeignete Offerenten vom weiteren Verfahren auszuschliessen. Ein solches Vorgehen ist auch in einem offenen Verfahren zulässig, denn auch hier darf der Zuschlag nur an einen Anbieter erteilt werden, der in der Lage ist, die zu vergebenden Leistungen zu erbringen, was eine Überprüfung seiner Eignung voraussetzt (VGE III/161 vom 30. November 1999 [BE.1999.00254] in Sachen E. AG, S. 11). Zu beanstanden ist allerdings, dass diese Eignungsprüfung im vorliegenden Fall anhand von Kriterien erfolgt ist, die von der Vergabestelle

formell ausdrücklich als „Zuschlagskriterien“ deklariert worden sind. Auch in einem offenen Verfahren ist - im Interesse der Transparenz des Verfahrens und um Missverständnisse oder Irreführungen der Anbietenden auszuschliessen - grundsätzlich bereits in der Ausschreibung klar zwischen den von den Anbietenden zu erfüllenden Eignungskriterien und den leistungsbezogenen Zuschlagskriterien im Sinne von § 18 Abs. 2 SubmD zu unterscheiden.

bb) Die für die Vergabestelle im Hinblick auf die verlangten Leistungen im Vordergrund stehenden Gesichtspunkte („Kosten einmalig“, „Kosten laufend“, „Systemeinführung, Projektleitung, Unternehmen, Sicherheit“, „Funktionalität Patientenadministration“ und „Funktionalität Finanz- und Rechnungswesen“ [vgl. Erw. 2/b hier]) ergeben sich zum Teil aus den Ausschreibungsunterlagen. So wird unter dem Titel „Ausgangslage“ zunächst festgehalten, das Projektteam wolle auf der Basis der Offerten die folgenden Punkte beurteilen können:

- Verfügbarkeit der geforderten Applikationen (eigene oder Integration von Drittprodukten)
- Lösungskonzept technisch und applikatorisch
- Zu erwartende Kosten (einmalige und wiederkehrende) aufgegliedert in einzelne Programm-Module auf der Basis des Standardpaketes inklusive Angabe allfällig erforderlicher Zusatzmodule

Weitere Hinweise auf die wesentlichen Punkte sind in den Ausschreibungsunterlagen unter Ziffer 4 - „Was wir von Ihnen erwarten“ („4.1 Fragen und Informationen“ / „4.2 Investitions- und Betriebskosten“) - enthalten. Damit konnten die Anbietenden nur bedingt - und zwar nicht anhand der als solche deklarierten „Zuschlagskriterien“, sondern durch die Ausschreibungsunterlagen als Gesamtes - in Erfahrung bringen, welche Aspekte für die Vergabestelle hinsichtlich der Zuschlagserteilung relevant sein sollten. Einzig erahnen liess sich, wo für die Vergabestelle die Beurteilungsschwerpunkte lagen. So lässt sich lediglich aus den Ausschreibungsunterlagen und dem Pflichtenheft insgesamt schliessen, dass den qualitativen Gesichtspunkten (Leistung, Zuverlässigkeit, Datenschutz, Sicherheit) ein grösseres Gewicht beigemessen wurde als dem Preis. Doch hätte aufgrund der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien durchaus auch

davon ausgegangen werden dürfen, dass der Preis allein nicht in die Bewertung miteinbezogen wird, erweist sich doch das in diesem Kontext einzig angeführte Kriterium „Preis (Investitions-, Betriebskosten)/Leistung“ letztlich als nichtssagend. Die Ermittlung des Preis-/Leistungsverhältnisses ist gerade Sinn und Zweck des ganzen Vergabeverfahrens, mithin der Würdigung aller Zuschlagskriterien (vgl. den Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungsrecht [ERKB] vom 1. September 2000, in: VPB 65/2001 Nr. 11, S. 130). Die grosse Streuung, welche bezogen auf die Eingabesummen der Angebote auszumachen ist, deutet darauf hin, dass einzelne Anbieter von einer noch höheren Gewichtung der Qualität gegenüber dem Preis ausgegangen sind.

Auf jeden Fall waren die Formulierung und insbesondere die Reihenfolge der für den Zuschlag letztlich massgebenden Kriterien klarerweise nicht in dem in der öffentlichen Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Katalog der Zuschlagskriterien aufgeführt. Insofern erweisen sich auch die Verfügungen vom 10. Januar 2001 als unrichtig, wird doch dort zur Begründung angeführt: „Nach den Zuschlagskriterien mit dem besten Preis-/Leistungsverhältnis“. Als Zuschlagskriterien wurden nunmehr wieder die im Amtsblatt vom 31. Januar 2000 veröffentlichten Kriterien zitiert. Bewertet wurden die fünf im Verfahren verbliebenen Angebote jedoch nicht anhand dieser Kriterien, sondern mittels eines vierreitigen Beurteilungsschemas, welches sich zumindest inhaltlich an die der Matrix vom Mai 2000 zugeordneten Kriterien Funktionalität Patientenadministration, Funktionalität Finanz- und Rechnungswesen sowie Systemeinführung hält, und mittels der Kostenvergleiche (vgl. Erw. 2/b hievor).

Gesamthaft betrachtet erweist sich das Vorgehen der Vergabestelle sowohl bei der Festsetzung und Bekanntgabe der „Zuschlagskriterien“ in der öffentlichen Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen als auch bei der Beurteilung und Bewertung der Anbieter und der Angebote einerseits anhand der deklarierten „Zuschlagskriterien“ und andererseits aufgrund der nicht ausdrücklich bekanntgegebenen, sondern bestenfalls implizit aus den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmenden Kriterien und deren massgeben-

den Reihenfolge vor dem Hintergrund des fundamentalen Grundsatzes der Transparenz - diesbezüglich in Art. 18 Abs. 3 SubmD, Art. 5 Abs. 3 BGBM, Art. XII Ziff. 2 lit. h GPA konkretisiert - als nicht mehr haltbar.

cc) Zumindest fragwürdig erscheint das nachträgliche Ausscheiden von zwei Anbieterinnen mangels Eignung, nachdem die Vergabestelle diese vorerst in die Bewertung miteinbezogen und sich das Angebot der einen dieser Anbieterinnen dabei als das wirtschaftlich günstigste erwiesen hatte. Nicht zu beurteilen ist im vorliegenden Fall, ob die Bedenken der Vergabestelle gegen diese Anbieterinnen berechtigt sind (die entsprechenden Unterlagen wurden von der Vergabestelle entgegen der Aufforderung in der Instruktionsverfügung vom 22. Januar 2001, wonach *sämtliche* Vorakten einzureichen seien, dem Verwaltungsgericht nicht zur Verfügung gestellt). Die betreffenden Vorbehalte betreffen ausschliesslich die Eignung und hätten bei einer korrekt durchgeführten Vergabe bei eben dieser Prüfung zum Ausschluss führen können. Wird die Eignung aber erst nach einer erstmaligen Bewertung des Angebots und in Kenntnis der ersten Rangierung eines Anbieters von neuem in Frage gestellt, so setzt sich die Vergabestelle zumindest dem Vorwurf eines nicht mehr transparenten Verfahrens, wenn nicht gar dem der Willkür aus.

d) Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Vorgehen der Vergabestelle sowohl bei der Festsetzung und Bekanntgabe der „Zuschlagskriterien“ als auch bei der Beurteilung und Bewertung der Angebote aufgrund der nicht ausdrücklich bekanntgegebenen Kriterien sowie bezogen auf die zweite Eignungsprüfung nach erstmaliger Bewertung intransparent und infolgedessen vergaberechtswidrig ist.

**71 Ausschluss eines Anbieters gemäss § 16 Abs. 3 SubmD.**

- **Wird kein dem Leistungsverzeichnis entsprechendes Hauptangebot, sondern bloss eine Variante eingereicht, muss die Offerte als ungültig vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden (Erw. 3/c).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. Mai 2001 in Sachen O. AG gegen die Verfügung des Kantonsspitals A.

*Aus den Erwägungen*

3 c) Die Beschwerdeführerin hat als Offertversion A zwei Monoblockbrenner (Verbrennungsluftgebläse befindet sich am Brenner) und als Offertversion B einen Duoblockbrenner mit nur einem Brennerkopf angeboten. Beide Angebote weichen somit klarerweise vom verlangten Hauptangebot (Duoblockbrenner mit zwei Brennerköpfen) ab und sind deshalb als Unternehmervarianten im Sinne von § 16 SubmD zu betrachten. Ein dem Leistungsverzeichnis entsprechendes Hauptangebot wurde von der Beschwerdeführerin nicht eingereicht. Richtigerweise hätte die Vergabestelle somit die beiden Offertversionen von vornherein als ungültig vom weiteren Verfahren ausschliessen müssen (§ 16 Abs. 3 i. V. m. § 28 Abs. 1 lit. g SubmD; vgl. VGE III/14 vom 7. Februar 2001 [BE.2000.00405] in Sachen St. AG, S. 16). Indem sie sie zunächst in den Offertvergleich miteinbezogen hat, hat sie nicht nur gegen § 16 Abs. 3 SubmD verstossen, sondern sich auch in Widerspruch zu ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen gesetzt.

Die beiden ungültigen Angebotsversionen können somit für den Zuschlag nicht in Betracht kommen, da die Vergabestelle diese in den Offertvergleich nicht hätte miteinbeziehen dürfen. Dementsprechend ist die Beschwerde ohne weitere materielle Prüfung des Vergabeentscheids abzuweisen (vgl. VGE III/30 vom 2. März 2000 [BE.99.00095/96] in Sachen K., S. 15 f.).