

erweist sich bezüglich der die E. AG und B. AG betreffenden Angaben als unbedenklich, da alle eingeholten Auskünfte durchwegs positiv sind und auch keine geschäftlichen oder betrieblichen Details genannt werden. In Bezug auf die M. AG sind - mit Ausnahme der Feststellung bei den Hochbau-Referenzen „Auskunftsperson gibt keinen Kommentar!“ - keine Angaben enthalten, die über die in Beilage 9 enthaltenen Informationen hinausgehen würden. Die übrigen Feststellungen des Berichts, soweit sie die vorliegendenfalls relevanten Baumeisterarbeiten betreffen, sind allgemeiner Natur und enthalten nichts, das einer Einsichtnahme entgegenstehen würde. Dasselbe gilt grundsätzlich für die Beilagen bzw. Anhänge 1 – 7 zur Beilage 11, mit Ausnahme von Beilage 5 (Bestätigung Bonitätsnachweis der B. AG).

68 Referenzauskünfte.

- **Mündlich eingeholte Auskünfte zuhanden der Vergabestelle bezüglich der zuschlagsrelevanten Punkte müssen vollständig, sachlich richtig und unmissverständlich festgehalten bzw. wiedergegeben werden, was eine entsprechend sorgfältig abgefasste schriftliche Aktennotiz erfordert.**
- **Formelle Mindestanforderungen.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 30. März 2000 in Sachen ARGE E. AG/M. AG gegen den Beschluss / die Verfügung des Abwasserverbands O.

Aus den Erwägungen

2. d) bb) Die öffentlichrechtliche Vergabestelle im Sinne von § 5 SubmD ist wie jede andere Verwaltungsbehörde verpflichtet, den rechtserheblichen Sachverhalt richtig und vollständig festzustellen. Dies ergibt sich schon aus § 25 Abs. 2 lit. b SubmD, wonach die unrichtige oder unvollständige Sachverhaltsfeststellung einen Beschwerdegrund darstellt. Mit anderen Worten gilt auch im erst-

instanzlichen Submissionsverfahren als nichtstreitigem Verwaltungsverfahren der Untersuchungsgrundsatz (vgl. § 20 Abs. 1 VRPG; Alfred Kölz / Jürg Bosshart / Martin Röhl, VRG, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. Auflage, Zürich 1999, § 7 N 4). Dieser Grundsatz gebietet der Behörde, nach der wirklichen Sachlage zu suchen; sie darf sich nur auf Sachumstände stützen, von deren Vorhandensein sie sich überzeugt hat (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O., § 7 N 4). Für das Submissionsverfahren bedeutet dies, dass die Vergabebehörde aufgrund eines richtig und vollständig festgestellten Sachverhalts das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln und über den Zuschlag zu befinden hat. Grundlagen dafür bilden vorab die von den Anbietenden eingereichten, allenfalls im Rahmen von § 17 SubmD bereinigten Angebote. Auch Referenzauskünfte - ob und in welchem Umfang eine Vergabestelle derartige Auskünfte einholen will, liegt grundsätzlich in ihrem Ermessen (VGE III/157 vom 26. November 1998 in Sachen Sch. AG, S. 12 f.) - können der Sachverhaltsermittlung dienen. Referenzen informieren über die Qualität der Arbeitsausführung, die Terminwahrung, das Geschäftsgebaren eines Anbieters usw. bei früheren für andere Auftraggeber erbrachten Leistungen. Referenzgeber sind in diesem Sinne Auskunftspersonen in einem (erstinstanzlichen) Verwaltungsverfahren, d. h. private Dritte, die nicht Verfahrensbeteiligte sind und kein schutzwürdiges rechtliches oder tatsächliches Interesse am Verfahrensausgang besitzen (Kölz/Bosshardt/Röhl, a.a.O., § 7 N 20). Im öffentlichen Vergabeverfahren kommen auch Behörden oder Behördemitglieder als Referenz- bzw. Auskunftspersonen in Frage. In Lehre und Rechtsprechung wird festgehalten, dass Auskunftspersonen in der Regel mündlich einzuvernehmen sind, und ein Protokoll aufzunehmen ist, das bei wichtigen Aussagen von der Auskunftsperson zu unterzeichnen ist. Damit den Betroffenen das rechtliche Gehör gewährt werden kann, sind Aussagen von Auskunftspersonen besonders sorgfältig schriftlich festzuhalten (BGE 101 Ib 276; Kölz/Bosshardt/Röhl, a.a.O., § 7

N 21). Der durch § 15 Abs. 1 VRPG und - noch weitergehend (vgl. AGVE 1980, S. 305 f.) - durch Art. 29 Abs. 2 BV gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass eines Entscheids dar, der in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dazu gehört insbesondere das Recht des Betroffenen, sich vor Erlass eines solchen Entscheids zur Sache zu äussern, erhebliche Beweise beizubringen, Einsicht in die Akten zu nehmen, mit erheblichen Beweisanträgen gehört zu werden und an der Erhebung wesentlicher Beweise entweder mitzuwirken oder sich zumindest zum Beweisergebnis zu äussern, wenn dieses geeignet ist, den Entscheid zu beeinflussen (BGE 124 I 52; 122 II 469; 119 Ia 139; 119 V 211; 118 Ia 19). Die Tragweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör im Sinne einer verfahrensrechtlichen Minimalgarantie bestimmt sich ganz allgemein nach der konkreten Situation und Interessenlage im Einzelfall (BGE 113 Ia 288). Im Bereich der Vergabe öffentlicher Aufträge macht der Bewerber selbst ein Angebot und reicht die entsprechenden Unterlagen ein, um der Vergabebehörde damit grundsätzlich die nötigen Grundlagen für ihren Entscheid zu verschaffen. Darüber hinaus kommt ihm - ähnlich wie bei Examensentscheiden (vgl. BGE 113 Ia 288) - im Submissionsverfahren vor dem behördlichen Entscheid über den Zuschlag grundsätzlich kein Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs zu, sondern ein solcher Anspruch kann sich nur sehr beschränkt zwecks umfassender Sachaufklärung einzelfallweise ergeben (vgl. VGE III/59 vom 19. August 1997 in Sachen K. AG, S. 8 f.; III/82 vom 3. Oktober 1997 in Sachen J. AG, S. 9 f.). Hingegen besteht nach erfolgter Eröffnung des Zuschlags der Gehörsanspruch im Sinne eines Einsichts- und Auskunftsrechts der nicht berücksichtigten Anbieter (§ 20 Abs. 2 SubmD), welches auch die Auskunft über Referenzangaben bzw. die Einsicht in entsprechende Unterlagen umfasst. Im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahrens schliesslich besteht bezüglich Referenzangaben grundsätz-

lich ein umfassendes Auskunfts- und Akteneinsichtsrecht (vgl. den vorstehenden Zwischenentscheid vom 16. Februar 2000 in Sachen der Beschwerdeführerinnen). Der Anspruch auf rechtliches Gehör besteht somit auch im Submissionsverfahren, zwar (grundsätzlich) nicht vor der Zuschlagserteilung, wohl aber im Anschluss daran und erst recht in einem allfälligen Beschwerdeverfahren. Allein schon dieser Umstand erfordert es, dass über mündlich eingeholte Referenzauskünfte mit der gebotenen Sorgfalt schriftliche Aufzeichnungen erstellt werden. Hinzu kommt, dass die Abklärungen im Zusammenhang mit den Referenzen in aller Regel nicht von der Vergabebehörde als demjenigen Gremium, das verbindlich über den Zuschlag entscheidet, sondern (delegationsweise) von einem einzelnen Behördemitglied oder vielfach - wie auch im vorliegenden Fall - sogar von einer mit der Durchführung der Submission beauftragten Hilfsperson vorgenommen werden. Auch dieser Umstand gebietet eine sorgfältige aktenmässige Erfassung der eingeholten Referenzauskünfte, damit das Entscheidgremium über zuverlässige Beurteilungsgrundlagen verfügt. Generell verlangt der Grundsatz eines transparenten und fairen, niemanden diskriminierenden Submissionsverfahrens, dass die Vergabestelle nur auf ernsthafte und sachliche Auskünfte Dritter abstellt, an deren Richtigkeit sie keine Zweifel hat. Grundsätzlich zulässig erscheint es aber, die Referenzauskünfte mündlich einzuholen und anschliessend schriftlich festzuhalten, wobei eine handschriftliche Notiz an sich durchaus genügt. Wesentlich erscheint indes, dass festgehalten wird, wer die Auskunft auf welche Weise (telefonisch usw.) eingeholt hat, wer die Auskunft erteilt hat, wie sie im Wesentlichen gelautet hat und wann sie eingeholt worden ist. Die von den Beschwerdeführerinnen befürwortete Beschränkung der Vergabestellen dahingehend, dass nur schriftlich eingeholte bzw. erteilte Referenzauskünfte überhaupt Berücksichtigung finden dürfen, geht dagegen zu weit und lässt sich weder aus dem Gehörsanspruch noch aus dem Gebot eines fairen und transparenten Submissionsverfahrens herleiten. In der Literatur wird

durchaus zutreffend festgestellt, Auskünfte der Parteien oder Dritter lieferten oft wertvolle Hinweise, „zumal Abklärungen in Gesprächsform manchmal ein differenzierteres Bild über einen Sachverhalt vermitteln als förmliche Einvernahmen“ (Thomas Merkli / Arthur Aeschlimann / Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 19 N 17). Entscheidend ist, dass die mündlich eingeholten Auskünfte zuhänden der Vergabestelle bezüglich der zuschlagsrelevanten Punkte vollständig, sachlich richtig und unmissverständlich festgehalten bzw. wiedergegeben werden, was eine entsprechend sorgfältig abgefasste schriftliche Aktennotiz erfordert. Die lediglich mündliche Wiedergabe der erhaltenen Auskünfte gegenüber dem Entscheidgremium durch diejenige Person, welche die Referenzen eingeholt hat, erweist sich demgegenüber sowohl aus faktischen als auch aus rechtlichen Gründen als ungenügend. Zum einen ist es eine Tatsache, dass das Erinnerungsvermögen zeitlich und umfangmässig begrenzt ist, Informationen vergessen werden, und es sehr rasch auch zu Verwechslungen und Irrtümern kommen kann. Zum anderen geschieht die Vergabe öffentlicher Aufträge in einem normativ geregelten Verwaltungsverfahren; die Vergabestelle ist bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots an die rechtlichen Vorgaben, wie sie vor allem im SubmD, aber auch im BGBM und weiteren Erlassen ihren Niederschlag gefunden haben, gebunden. Die Beschwerdeführerinnen weisen zu Recht darauf hin, dass die Vergabestelle verpflichtet sei, „bei der Festlegung des wirtschaftlich günstigsten Angebots korrekte und absolut nachvollziehbare Kriterien herauszuarbeiten“. Der nicht berücksichtigte Anbieter hat auch - wie bereits ausgeführt - einen Rechtsanspruch darauf, über ihn belastende Referenzauskünfte informiert zu werden. Ebenso muss die allfällig angerufene Rechtsmittelinstanz in der Lage sein, zu überprüfen, ob die Auskünfte sachlich zutreffen. Auch dies setzt voraus, dass in Bezug auf die eingeholten Referenzen formelle Mindestanforderungen erfüllt sind, indem sie aktenmässig zuverlässig und vollständig und

auch für Dritte nachvollziehbar erfasst werden, um beim Zuschlag Berücksichtigung zu finden.

69 Zulässigkeit von Teilangeboten.

- Wenn die Vergabestelle in der Ausschreibung nicht etwas anderes verlangt, sind selbständige Teilangebote unabhängig von einem Gesamtangebot zulässig (Erw. 3/c/cc/cc).
- Bei der Präqualifikation besteht - anders als beim Teilangebot selbst - keine gesetzliche Vermutung für die Zulässigkeit von Teilbewerbungen (Erw. 3/d/cc).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. Juni 2000 in Sachen K. gegen die Verfügung der Gemeinderäte Villmergen und Waltenschwil.

Aus den Erwägungen

3. a) Der Beschwerdeführer sieht im Umstand, dass die Vergabestelle seine Bewerbung für einen Teilauftrag nicht bewertet, sondern vom weiteren Verfahren ausgeschlossen hat, eine unzulässige Diskriminierung nach § 1 Abs. 1 SubmD und eine Verletzung von § 16 Abs. 1 SubmD. Die Vergabestelle vertritt dagegen die Auffassung, der Beschwerdeführer habe kein Teilangebot, sondern eine Variante eingereicht, indem er die Ersterfassung der Daten im System C-Plan und nicht – wie ausgeschrieben – im System „Smallworld“ angeboten habe. Ohne Grundangebot sei die Variante ungültig. Aber auch bei einer Qualifikation als Teilangebot sei das Angebot des Beschwerdeführers ungültig, weil unvollständig. Wie Varianten seien auch Teilangebote nur gültig, wenn mit ihnen zugleich ein vollständiges Grundangebot eingereicht werde.

b) aa) Festzuhalten ist vorab, dass der Beschwerdeführer nicht ein Angebot eingereicht hat, sondern lediglich einen „Antrag auf Teilnahme“ im Sinne von § 7 Abs. 2 SubmD gestellt hat. Damit bewirbt er sich für die Offertstellung zur Ausarbeitung eines Teilange-