

**55 Freihändiges Verfahren mit mehreren Anbietern; Bekanntgabe der Zuschlagskriterien.**

- Das Erfordernis der rechtzeitigen Bekanntgabe der Zuschlagskriterien gilt auch bei kommunalen Vergaben, die nach § 5 Abs. 1 lit. d SubmD nicht dem Submissionsdekret unterstehen (Erw. 2/d).
- Unterbleibt die rechtzeitige Bekanntgabe der Zuschlagskriterien, gilt auch hier der Preis als einziges Zuschlagskriterium (Erw. 2/e).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 4. August 2004 in Sachen P. gegen Finanzdepartement.

*Aus den Erwägungen*

2. a) Gemäss § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst, gerechte Abwechslung und Verteilung sowie die Ausbildung von Lehrlingen (§ 18 Abs. 2 SubmD). Die von der Vergabebehörde ausgewählten Zuschlagskriterien sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und mit ihrer Gewichtung in der Ausschreibung aufzuführen. Fehlt diese Angabe, gilt als Zuschlagskriterium der Preis (§ 18 Abs. 3 SubmD).

b) Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, da in den Ausschreibungsunterlagen keinerlei Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots aufgeführt worden seien, habe der Zuschlag nicht nach § 18 Abs. 1 SubmD, sondern nach § 18 Abs. 3 SubmD zu erfolgen. Da sie mit Fr. 138'588.80 (inkl. MWST) das niedrigste der fünf eingegangenen Angebote eingereicht habe, müsse der Zuschlag an sie erfolgen.

Demgegenüber vertritt die Beschwerdegegnerin unter Berufung auf die IVöB vom 25. November 1994 und die zugehörige Vergaberichtlinie (VRöB) vom 1. Dezember 1995 sowie auf ausserkantonale Urteile den Standpunkt, dass im freihändigen Verfahren die freie Vergabe des Auftrags ohne vorgängige Festlegung von Zu-

schlagskriterien erlaubt sei. Um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, könnten von der Vergabestelle Bewertungskriterien angewendet werden, die verschiedenen Anbietern nicht vorgängig bekannt sein müssten und die nicht nur auf den Preis als einziges Kriterium abstellten. § 18 Abs. 3 SubmD finde dabei keine Anwendung.

c) In der Offertanfrage (per E-Mail erfolgt), im Begleitbrief zur Offertanfrage sowie im Aufgabenbeschrieb, der den Anbietern abgegeben wurde, wurden unbestrittenermassen keine Zuschlagskriterien bekannt gegeben. Die Bewertung der Angebote im Rahmen der Offertevaluation erfolgte jedoch nicht allein aufgrund des Preises, sondern es wurden zusätzlich die Kriterien "Erfahrung", "Kenntnisse kantonale Verwaltung AG", "Methodik, Vorgehen" und "Gesamteindruck Offerte" herangezogen. Dies hatte zur Folge, dass das Angebot der Beschwerdegegnerin, die als einzige über Kenntnisse der kantonalen Verwaltung verfügt, trotz des höheren Preises besser bewertet wurde als die (günstigere) Offerte der Beschwerdeführerin.

d) Die Berücksichtigung von Zuschlagskriterien, die den Anbietenden nicht vorgängig bekannt gegeben worden sind, lässt sich mit einem fairen, den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung verpflichteten Wettbewerb nicht vereinbaren. Wenn Transparenz und Gleichbehandlung gewährleistet sein sollen, ist die (verbindliche) Bekanntgabe der Entscheidkriterien (Eignung und Zuschlag) bereits mit der Aufforderung zur Offertstellung unverzichtbar (AGVE 1997, S. 357; Hubert Stöckli, in: BR 2000, Anmerkung zu S45-S46, S. 130). Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts gilt das Erfordernis der rechtzeitigen Bekanntgabe der Zuschlagskriterien deshalb auch bei im freihändigen Verfahren mit mehreren Anbietern erfolgenden kommunalen Vergaben, die nach § 5 Abs. 1 lit. d SubmD nicht dem Submissionsdekret unterstehen. Gibt die Vergabebehörde den Anbietern keine Zuschlagskriterien bekannt, so darf für den Zuschlag auch hier einzig der Preis massgebend sein (VGE III/40 vom 18. Mai 2004 [BE.2004.00111] in Sachen T. AG, S. 6).

Für kantonale Vergabebehörden ergibt sich diese Konsequenz zudem unmittelbar aus § 18 Abs. 3 SubmD, der für sämtliche Verga-

beverfahren mit Wettbewerbscharakter, also auch für das Einladungsverfahren und - entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin - das freihändige Verfahren mit mehreren Anbietern gemäss § 8 Abs. 4 SubmD, Geltung beansprucht. Der Standpunkt der Beschwerdegegnerin, die Verpflichtung zur vorgängigen Bekanntgabe von Zuschlagskriterien sei mit dem Charakter eines freihändigen Verfahrens nicht zu vereinbaren, ist nicht haltbar. § 7 Abs. 4 SubmD hält für das freihändige Verfahren einzig fest, dass die Vergabestelle den Auftrag ohne öffentliche Ausschreibung vergibt. Im Einladungsverfahren und im freihändigen Verfahren erfolgt die Einladung zur Angebotsabgabe durch direkte Mitteilung (§ 12 Abs. 1 Satz 2 SubmD). § 8 Abs. 4 SubmD bestimmt, dass in den Fällen des freihändigen Verfahrens nach § 8 Abs. 3 SubmD die Vergabestelle eine Wettbewerbssituation dadurch schaffen kann, dass sie ohne öffentliche Ausschreibung verschiedene Anbieter nach ihrer Wahl zur Einreichung eines Angebots einlädt. Damit entscheidet sich die Vergabestelle gegen eine Direktvergabe und für ein Verfahren mit mehreren Anbietern, letztlich also für ein Einladungsverfahren. Aus der Tatsache, dass keine öffentliche Ausschreibung des Auftrags erfolgt, sondern die Anbieter durch direkte Mitteilung zur Offertstellung eingeladen werden, lässt sich entgegen der Beschwerdegegnerin nicht der Schluss ziehen, die übrigen Bestimmungen des SubmD gelangten nicht zur Anwendung. Das SubmD enthält dafür keinerlei Anhaltspunkte, und die Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung der Anbietenden stehen einer solchen Schlussfolgerung - wie bereits ausgeführt - klar entgegen.

Nichts zu ihren Gunsten ableiten kann die Beschwerdegegnerin aus der IVöB und der VRöB. Festzuhalten ist zunächst, dass der Kanton Aargau dem revidierten Konkordat noch nicht beigetreten ist. Folglich gilt für ihn immer noch die ursprüngliche Fassung vom 25. November 1994, die nur dann Anwendung findet, wenn der geschätzte Auftragswert von Lieferungen und Dienstleistungen mindestens Fr. 403'000.-- erreicht. Dieser Schwellenwert wird beim vorliegenden Auftrag, dessen Wert Fr. 150'000.-- nicht erreicht, klar unterschritten, weshalb die IVöB und die VRöB gar nicht anwendbar sind. Aber auch die VRöB zur revidierten IVöB enthält keine Bestimmun-

gen, welche den Standpunkt der Beschwerdegegnerin stützen würden. § 9 revVRöB sieht unter dem Titel "Freihändiges Verfahren" lediglich vor, dass ein Auftrag unter bestimmten Voraussetzungen direkt und ohne Ausschreibung vergeben werden kann (vgl. Art. 12 Abs. 1 lit. c revIVöB). Nach § 10 Abs. 3 VRöB erfolgt im Einladungsverfahren und im freihändigen Verfahren die Einladung zur Offertstellung durch direkte Mitteilung. Im freihändigen Verfahren kann dies formlos erfolgen. Die Beschwerdegegnerin verkennet, dass es sich beim freihändigen Verfahren nach IVöB um eine Direktvergabe ohne Wettbewerbscharakter handelt. Das heisst, es wird lediglich ein einzelner Anbieter aufgefordert, ein Angebot einzureichen. Hingegen enthalten weder die IVöB noch die VRöB eine zu § 8 Abs. 4 SubmD (freihändiges Verfahren mit mehreren Anbietern) analoge Bestimmung.

e) Das Finanzdepartement geht in der Vernehmlassung somit zu Recht davon aus, dass im vorliegenden Fall für den Zuschlag nur der Preis massgebend ist. Aufgrund der den eingeladenen Anbietern abgegebenen Unterlagen durften und mussten auch diese davon ausgehen. Der Vorwurf der Beschwerdegegnerin, sie hätte ihr Angebot anders gestaltet und nur den geforderten Leistungsumfang angeboten, wenn sie gewusst hätte, dass für den Zuschlag nur der Preis eine Rolle spielen würde, geht fehl und ist auch widersprüchlich. Angesichts des Fehlens von Zuschlagskriterien musste sie davon ausgehen, dass das preisgünstigste Angebot den Zuschlag erhalten würde. Andere Anhaltspunkte hatte sie nicht.

## 56 Preisbewertung.

- **Der Vergabebehörde steht bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" ein erheblicher Ermessensspielraum zu; die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebene Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" muss in der Bewertung jedoch deutlich zum Ausdruck kommen, d.h. die gewählte Bewertungsmethode muss die Gewichtung des Kriteriums derart berücksichtigen, dass das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt.**