

mittelbarer Qualitätsvorsprung gegenüber nichtzertifizierten Unternehmen ableiten; die Zertifizierung sei lediglich ein Indiz für Qualität, nicht mehr; ebenso gut könne z.B. auch eine Referenzliste Auskunft über die Qualifikation einer Unternehmung geben. Die Qualität könne sich also auch aufgrund anderer Kriterien als der Zertifizierung ergeben (vgl. VGE III/87 vom 14. Oktober 1997 in Sachen ARGE St. [BE.1997.00189], S. 6 f.; III/47 vom 16. April 1999 [BE.1999.00055] in Sachen C.H., S. 12; III/14 vom 7. Februar 2001 [BE.2000.00405] in Sachen St. AG, S. 10). Der Nutzen der Qualitätsmanagementsysteme ist überdies auch nicht unbestritten (vgl. Peter Gauch / Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 20 f.). Es liegt letztlich weitestgehend im Ermessen der Vergabestelle, ob sie bei der Qualitätsbeurteilung derartige Zertifikate berücksichtigen und welches Gewicht sie ihnen dabei zumessen will. Bei der Qualitätsbeurteilung handelt es sich generell über weite Teile um einen Wertungs- bzw. Ermessensentscheid der Vergabebehörde. Im vorliegenden Fall liegt klarerweise keine rechtsfehlerhafte Ermessensausübung der Vergabestelle vor.

**74    Verfahrensbeteiligung; Anfechtungszeitpunkt; Auswahl der Zuschlagskriterien.**

- **Verfahrensbeteiligung (Erw. I/4). Allgemeine Grundsätze in Bezug auf die Verfahrensbeteiligung des Zuschlagsempfängers (Erw. I/4/a-c). Verfahrensbeteiligung von Arbeitsgemeinschaften (Erw. I/4/d).**
- **Zeitpunkt der Anfechtung von Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen (Erw. II/3/c).**
- **Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien; Zulässigkeit der Berücksichtigung von sogenannten "weichen" Zuschlagskriterien (Erw. II/3/d).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 30. April 2002 in Sachen ARGE Argovia A1 Baregg West gegen Regierungsrat.

### *Aus den Erwägungen*

I. 4. a) Den Zuschlagsempfängerinnen wurde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 5. Februar 2002 zugestellt mit dem Hinweis, dass es ihnen freigestellt sei, sich am Verfahren zu beteiligen und eine Vernehmlassung zu erstatten. Sie wurden darauf aufmerksam gemacht, dass mit einer Verfahrensbeteiligung ein allfälliges Kostenrisiko für den Fall des Unterliegens verbunden sei.

b) Mit einer vom Geschäftsführer und vom Leiter Administration unterzeichneten Eingabe vom 13. Februar 2002 teilt die B. AG mit, dass die Arbeitsgemeinschaft B. AG, W. AG und Z. AG beschlossen habe, "sich als ARGE am Verfahren nicht zu beteiligen". Weiter wird aber ausgeführt:

"Ich erlaube mir indessen als Vertreter der mit der Federführung betrauten Gesellschafterin einige Bemerkungen genereller Natur, sowie einzelne Richtigstellungen von Behauptungen der Einsprecherin, die sich lediglich gegen die B. AG richten."

Daran anschliessend äussert sich die B. AG zu verschiedenen, vor allem sie betreffenden Aussagen in der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Förmliche Anträge stellt sie keine.

Die Beschwerdeführerinnen vertreten den Standpunkt, da sich die Zuschlagsempfängerinnen hätten vernehmen lassen, seien sie ungeachtet ihrer eigenen Ansichten am Verfahren beteiligt. Andernfalls sei die Eingabe unbeachtlich und aus dem Recht zu weisen.

c) Gemäss § 41 Abs. 1 VRPG ist die Beschwerde, soweit sie sich nicht sofort als unzulässig oder unbegründet darstellt, der Vorinstanz und allen Beteiligten, die durch das Beschwerdebegehren betroffen werden, zur Vernehmlassung zuzustellen. Wird ein Zuschlag angefochten, hat derjenige Anbieter, der den Zuschlag ursprünglich erhielt, ein eigenes, schützenswertes Interesse an der Beibehaltung der zu seinen Gunsten lautenden Zuschlagsverfügung (Peter Galli /

Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 542; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 18. Oktober 2001 [2P.153/2001] in Sachen Ingenieurbüro X. AG, E. 1a). Er ist "Beteiligter" im Anfechtungsverfahren "seines" Zuschlags (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O.). Es ist ihm deshalb die Beschwerdeschrift gestützt auf § 41 Abs. 1 VRPG in Verbindung mit § 23 SubmD zur Kenntnisnahme und allfälligen Stellungnahme zuzustellen. Die Verpflichtung, den Zuschlagsempfänger solchermassen von Amtes wegen in das Verfahren einzubeziehen, folgt auch aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (§ 15 VRPG; Art. 29 Abs. 2 BV). Das Äusserungsrecht der Verfahrensbeteiligten umfasst (formell) das Recht, am Verfahren mitzuwirken, ihren Standpunkt wirksam zu vertreten, Anträge zu stellen und an Beweisverhandlungen teilzunehmen. Die Wahrnehmung dieser Verfahrensrechte in einem verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren setzt voraus, dass der Betroffene am Verfahren als Partei und mit den gesetzlichen Kostenfolgen auch dann teilnimmt, wenn die Beteiligung nicht zwingend ist. Wer im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auf eine Parteistellung verzichtet, begibt sich damit in der Regel gleichzeitig der Möglichkeit, im Rahmen des Prozesses die Partei- und Mitwirkungsrechte einschliesslich des Anspruchs auf rechtliches Gehör auszuüben. Damit geht keine Schmälerung dieses bedeutenden Verfahrensrechts einher: Das Kostenrisiko als Reflex einer Verfahrensbeteiligung wäre nur dann mit dem Anspruch auf rechtliches Gehör unvereinbar, wenn die Höhe der drohenden Kosten dessen Ausübung faktisch verunmöglichen würde (vgl. VGE III/67 vom 9. September 1997 [BE.1996.00144] in Sachen Pro Natura Schweiz u. M., S. 5 f., bestätigt durch Entscheid des Bundesgerichts vom 23. Februar 2000 [1P.718/1999] in gleicher Sache). Der Zuschlagsempfänger ist in einem Submissionsbeschwerdeverfahren in aller Regel nicht zwingend beteiligt; er kann folglich auf eine Parteistellung verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass der Verzichtende an der (weiteren) Mitwirkung am Verfahren ausgeschlossen ist. Auch die Ausübung der Verfahrensgarantie des rechtlichen Gehörs darf - wie ausgeführt - von der Teilnahme am Verfahren abhängig gemacht werden. Dies gilt insbesondere auch für

die Möglichkeit, sich zu einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde vernehmen zu lassen (erwähnter VGE in Sachen Pro Natura Schweiz u. M., S. 6). Wer sich auf ein Rechtsmittelverfahren einlässt und entsprechende Rechtsbegehren stellt, hat mit seinem Unterliegen zu rechnen und die damit verbundenen finanziellen Folgen zu tragen. Will eine Partei ein solches Prozessrisiko nicht auf sich nehmen, hat sie sich vom Prozess zu distanzieren. Es steht ihr wie erwähnt frei, sich am Rechtsmittelverfahren nicht zu beteiligen und auf eine Stellungnahme zu verzichten (BGE 119 Ia 3).

d) aa) Im vorliegenden Fall haben die drei Zuschlagsempfängerinnen ausdrücklich darauf verzichtet, sich als Arbeitsgemeinschaft am Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Angesichts dieses klar und unmissverständlich deklarierten Verzichts kann aus der Tatsache, dass die B. AG als innerhalb der Arbeitsgemeinschaft federführende Gesellschafterin in eigenem Namen zur Beschwerde Stellung nimmt, entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerinnen nicht auf eine Verfahrensbeteiligung der Zuschlagsempfängerinnen als Gesamtheit geschlossen werden.

bb) Zu prüfen bleibt, ob die Eingabe vom 13. Februar 2002 allenfalls zu einer alleinigen Beteiligung der B. AG am vorliegenden Beschwerdeverfahren (mit entsprechendem Kostenrisiko) führt.

aaa) Zunächst stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, inwiefern sich eine Partnerin einer Arbeitsgemeinschaft auch allein an einem Beschwerdeverfahren beteiligen kann. Die Mitglieder einer einfachen Gesellschaft, was die Arbeitsgemeinschaft in der Regel ist, bilden eine Gesamthandschaft und damit grundsätzlich eine notwendige Streitgenossenschaft. Im Verwaltungsprozess wird den einzelnen Gesamthandschaftern jedoch eine selbständige Anfechtungsbefugnis zuerkannt, wenn das Rechtsmittel darauf gerichtet ist, eine belastende oder pflichtbegründende Anordnung abzuwenden.

In Bezug auf die Beschwerdelegitimation der einzelnen Gesellschafter einer im Submissionsverfahren nicht berücksichtigten Arbeitsgemeinschaft ist die Rechtsprechung nicht einheitlich. Nach der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (BRK/CRM) kann auch ein einzelner Gesellschafter allein Beschwerde erheben, insbesondere um für die Gesell-

schaft allfällige Nachteile abzuwenden. An der Beschwerdelegitimation fehlt es allerdings dann, wenn ein oder mehrere Gesellschafter bewusst aus der Arbeitsgemeinschaft ausgeschieden und an einem Zuschlag nicht mehr interessiert sind (Urteil vom 16. August 1999 [CRM 1999-002] in Sachen P. SA, E. 1b; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, in: AJP 2000, S. 684 m. H.). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hingegen spricht einem einzelnen Mitglied einer Anbietergemeinschaft die Legitimation zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid, der die Gemeinschaft als Ganzes betrifft, ab mit der Überlegung, der Entscheid, mit welchem einer Anbietergemeinschaft der Zuschlag oder die Teilnahme am selektiven Verfahren verweigert werde, begründe zu Lasten derselben keine Rechtspflichten oder sonstigen Nachteile. Die Beschwerde sei daher nicht darauf ausgerichtet, eine die Gemeinschaft belastende Anordnung abzuwehren; sie wolle vielmehr zu Gunsten der Gemeinschaft die positiven Rechtswirkungen herbeiführen, die sich aus dem Zuschlag ergäben. Die Übernahme eines öffentlichen Auftrags als Folge des Zuschlags könne nur durch die Bietergemeinschaft als Ganzes erfolgen (Urteil vom 1. Februar 2000 [VB.1999.00347], in: RB an den Kantonsrat 2000 Nr. 11, S. 54 f.).

In einer grundsätzlich anderen Situation als eine für die Vergabe nicht berücksichtigte Bietergemeinschaft befindet sich eine Arbeitsgemeinschaft, wenn die zu ihren Gunsten lautende Zuschlagsverfügung von einer unterlegenen Konkurrentin angefochten wird; ihr droht der mögliche Entzug eines ihr zugesprochenen Rechts. Ob sie sich dagegen aktiv zur Wehr setzt oder die Verteidigung des Zuschlags ausschliesslich der Vergabebehörde überlässt, ist ihr freigestellt. Hier muss nicht nur der Arbeitsgemeinschaft als solcher, sondern darüber hinaus auch den einzelnen Streitgenossen die Befugnis zukommen, sich durch eine Beteiligung am Beschwerdeverfahren für die Beibehaltung des erteilten Zuschlags einzusetzen. Ein solcher Einsatz dient zwangsläufig den Interessen der gesamten Arbeitsgemeinschaft; die Gefahr von Interessenkollisionen bzw. einer Benachteiligung der Gemeinschaft oder der übrigen Mitglieder besteht des-

wegen nicht. Grundsätzlich steht einer Beteiligung einzelner Mitglieder einer Bietergemeinschaft daher nichts entgegen.

bbb) Im Folgenden ist indessen nicht von einer Verfahrensbeeteiligung der B. AG auszugehen. Die kurz gehaltene Stellungnahme vom 13. Februar 2002 beschränkt sich im Wesentlichen auf Bemerkungen allgemeiner Natur und auf das Widerlegen einiger als unrichtig erachteter Behauptungen in der Beschwerde betreffend insbesondere die B. AG. Um eine umfassende, sich eingehend mit der Beschwerde und der darin enthaltenen Argumentation auseinandersetzen- de Vernehmlassung handelt es sich nicht. Auch werden - und dies erscheint wesentlich - weder materielle noch prozessuale Anträge gestellt. Die B. AG hat zudem bestätigt, sich nicht am Verfahren beteiligen zu wollen. Mithin steht ihr aber auch kein Anspruch auf rechtliches Gehör zu (vgl. vorne Erw. c). Dies hat zur Konsequenz, dass die Stellungnahme von 13. Februar 2002 soweit aus dem Recht zu weissen ist, als nicht der Untersuchungsgrundsatz (§ 20 Abs. 1 VRPG) eine Berücksichtigung darin erwähnter Tatsachen gebietet (vgl. auch AGVE 1997, S. 283).

(...)

II. 3. b) (...) Die Beschwerdeführerinnen rügen die vorliegend ausgewählten Zuschlagskriterien in ihrem Gesamtsystem als sachlich unhaltbar und willkürlich. Sie beanstanden vor allem die Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Kompetenz" mit über 50%. Bei den gewählten Teil- und Unterkriterien handle es sich zum allergrössten Teil um "weiche" Kriterien, die sich nicht annähernd konkret bemessen liessen und der Vergabebehörde einen praktisch unbeschränkten Ermessens- bzw. Manipulationsspielraum einräumten. Die Vertreter des Baudepartments hätten anlässlich der Besprechung vom 18. Januar 2002 eingeräumt, dass bei Bauvorhaben wie dem vorliegenden die Differenzen beim Kriterium Kompetenz erfahrungsgemäss nie gross und die Anbieter diesbezüglich stets in etwa gleich zu beurteilen und zu gewichten seien. Unter diesen Umständen gebe es keinen sachlichen Grund, die Kompetenz mit über 50% Gewichtung zum ausschlaggebenden Kriterium zu erheben; im Gegenteil müssten Kriterien wie Preis und Termin klar in den Vordergrund rücken, wenn die Kompetenzunterschiede gering oder nur

schwer fassbar seien. Mit Hilfe der Zuschlagskriterien sei unter den geeigneten Anbietern das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Dies schliesse es aus, nicht angebotsbezogenen und damit nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienenden Kriterien in einem offenen Verfahren den absoluten Vorrang einzuräumen. Die Vergabestelle habe unter dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" indessen fast ausschliesslich anbieterbezogene Eignungskriterien bewertet, was widersprüchlich, sachfremd und willkürlich sei. Hinter einer angemessenen Gewichtung des Preises stünden bei Grossprojekten wie dem vorliegenden erhebliche öffentliche Interessen. Es sei absurd, wenn ein Anbieter allein auf Grund der "weichen" Kriterien den Zuschlag erhalten könne, obwohl er vom Preis her ein Vielfaches teurer sei. Jeder Anbieter müsse zumindest die theoretische Chance haben, den Zuschlag zu erringen, wenn er bei den "harten", messbaren und angebotsbezogenen Kriterien obenaus schwinde.

c) Zu prüfen ist zunächst, ob die Beschwerdeführerinnen mit den gegen die Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien gerichteten Rügen im vorliegenden Verfahren überhaupt noch zu hören sind, was der Regierungsrat verneint.

aa) Die Ausschreibung gilt im Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens als anfechtbare Verfügung (§ 37 Abs. 2 lit. b SubmD, § 33 lit. b der Vergaberichtlinien auf Grund der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; SR 172.056.4] vom 25. November 1994 [VRöB]). Konnten die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen selbständig angefochten werden, so stellt sich die Frage, ob auf sie im Anschluss an den Zuschlag bzw. im Rahmen seiner Anfechtung noch zurückgekommen werden darf.

bb) Die Rechtsprechung der eidgenössischen und kantonalen Rechtsmittelinstanzen zu dieser Frage ist nicht einheitlich:

aaa) Nach Auffassung des Bundesgerichts ist die Anfechtung grundsätzlich nicht mehr möglich; es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen habe, obwohl er die von ihm als ungenügend erachtete Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in

den Ausschreibungsunterlagen hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte (BGE 125 I 207; Entscheid des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.222/1999] in Sachen S. AG / K. AG, S. 6). Das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau hat die Rechtsprechung des Bundesgerichts für Vergaben im Anwendungsbereich des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen [ÜoEB; SR 0.632.231.422] vom 15. April 1994 und des IVöB bzw. §§ 29 ff. SubmD übernommen, ohne sich damit fundiert auseinander zusetzen (VGE III/155 vom 15. Dezember 2000 [BE.1997.00372] in Sachen ARGE Argovia A1, S. 12). Eine Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung (zumindest) der öffentlichen Ausschreibung bejahen grundsätzlich auch das Obergericht des Kantons Uri und das Verwaltungsgericht des Kantons Luzern (vgl. die Urteile des Obergerichts des Kantons Uri vom 5. Mai 1999 und 23. August 1999, in: Rechenschaftsbericht über die Rechtspflege des Kantons Uri in den Jahren 1998 und 1999, Nr. 28, S. 73, und Nr. 29, S. 75; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Luzern vom 25. August 2000, in: LGVE 2000 II Nr. 11, S. 211).

bbb) Die BRK hat in einem neueren Grundsatzurteil die selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen klar verworfen. In Bezug auf die Verpflichtung zur sofortigen Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung argumentiert die BRK in Präzisierung ihrer bisherigen Rechtsprechung nun differenziert: Anordnungen, die bereits aus sich selbst heraus rechtswidrig erscheinen und deren Bedeutung und Tragweite für die Interessenten ohne weiteres erkennbar sind (z.B. Anordnungen betreffend Verfahrensart, Eingabefristen, Losbildung, Zulässigkeit von Varianten, Teilangeboten, Bietergemeinschaften, Verfahrenssprache), müssen selbständig angefochten werden, andernfalls verwirkt das Anfechtungsrecht. Soweit die öffentliche Ausschreibung hingegen Anordnungen enthält, deren volle Bedeutung und Tragweite auch bei objektiver Betrachtungsweise noch wenig klar ist und sich für die Interessenten erst im Verlauf des weiteren Verfahrens mit genügender Eindeutigkeit ergibt, bleibt die Anfechtungsmöglichkeit in einem späteren Verfahrensabschnitt, gegebenenfalls erst im Rahmen der Zuschlagsverfügung, erhalten. Solche Anordnungen können insbesondere den Gegenstand



der Beschaffung oder die Eignungs- und Zuschlagskriterien oder Teile davon betreffen (Urteil der BRK vom 16. November 2001 [BRK 2001-011] in Sachen P. AG, S. 4 ff., 9 f.; in einem Urteil vom 29. Oktober 1999 hatte die BRK demgegenüber die Verpflichtung, die in der öffentlichen Ausschreibung bekannt gegebene Auswahl der Zuschlagskriterien sofort zu rügen, noch bejaht [BRK 1999-07, S. 5 m. H.]).

ccc) Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesslich vertritt auf Grund des besonderen Verfügungscharakters der öffentlichen Ausschreibung die Auffassung, die darin enthaltenen Anordnungen zum Verfahren stellten in der Regel lediglich Zwischenentscheide dar, die den Verlauf des weiteren Verfahrens bestimmten, ohne dieses abzuschliessen. Sie seien zwar selbständig anfechtbar, eine Pflicht zur Anfechtung bestehe aber grundsätzlich nicht. Soweit die Ausschreibung auch Fragen des materiellen Vergaberechts, wie z.B. die Gewichtung der Zuschlagskriterien, verbindlich regle, stellten die diesbezüglichen Anordnungen nicht Zwischen-, sondern Vor- bzw. Teilentscheide dar, die einen Teilaspekt der Vergabe abschliessend regelten. Soweit eine Ausschreibung solche Teilentscheide über materielle Aspekte enthalte, habe deren Nichtanfechtung zur Folge, dass die betreffenden Fragen für das Vergabeverfahren definitiv entschieden seien. Solche Teil- oder Vorentscheide, die einzelne materielle Fragen vorweg erledigten, seien in bestimmten Situationen aus Gründen der Prozessökonomie zulässig. Dies treffe indessen bei der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags nur in Ausnahmefällen zu, zumal die in Frage kommenden Rechtsfragen in der Ausschreibung selten mit ausreichender Bestimmtheit umschrieben seien, um als verbindliche Festlegungen im Sinne eines Teilentscheides gelten zu können. Dieses Ergebnis erscheine auch sachgerecht. Eine gesonderte Anfechtung materiell-rechtlicher Teilentscheide mit einem gegen die Ausschreibung gerichteten Rechtsmittel würde das Verfahren in den meisten Fällen nur unnötig verzögern. Nach den Erfahrungen der Rechtsmittelinstanzen des Bundes und der Kantone würden denn auch kaum je Beschwerden gegen eine Ausschreibung erhoben. Zu beachten sei ferner, dass die in Frage kommenden materiellen Rechtsfragen in der Ausschrei-

bung kaum je mit ausreichender Bestimmtheit umschrieben seien, um als verbindliche Festlegungen im Sinne eines Teilentscheids gelten zu können. Soweit die fraglichen Elemente, z.B. die Zuschlagskriterien, nicht in der öffentlichen Ausschreibung selbst, sondern in den Ausschreibungsunterlagen enthalten seien, könnten sie ohnehin nicht als anfechtbarer Inhalt der Ausschreibung gelten (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 16. April 1999, in: ZBl 2000, S. 456 f.; RB 1999, Nr. 24, S. 60 ff; BR 1999, S. 147; vgl. auch Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: AJP 2001, S. 1420).

ddd) Nach dem Verwaltungsgericht des Kantons Freiburg kann im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags nicht mehr gerügt werden, ein in der Ausschreibung korrekt veröffentlichtes Kriterium sei ungeeignet; hingegen kann das Fehlen von Zuschlagskriterien noch im Beschwerdeverfahren gegen den Zuschlag geltend gemacht werden, da es sich dabei um einen Verstoss gegen das Gebot der Transparenz handle, der sich über die Ausschreibung hinaus auf das ganze Vergabeverfahren auswirke (Urteil vom 8. Juni 1999 [2A99 15/16/17] E. 2a).

cc) Im vorliegenden Fall geht es ausschliesslich um die Frage, zu welchem Zeitpunkt die Auswahl und die Gewichtung der Zuschlagskriterien anzufechten sind. Sie sind in Ziffer 8 der öffentlichen Ausschreibung einschliesslich ihrer prozentualen Gewichtung aufgeführt worden. Damit war an sich klar erkennbar, dass dem Preis mit 35% und den Terminen mit 10% im Vergleich zur Kompetenz mit 55% ein vergleichsweise geringes Gewicht zukam. Die Interessenten mussten somit bereits zu diesem Zeitpunkt davon ausgehen, dass für die Vergabestelle die qualitativen Aspekte und nicht der Preis im Vordergrund standen. Hingegen hatten sie weder Kenntnisse von den verschiedenen Teilkriterien noch vom genauen Inhalt der zu vergebenden Leistungen. Wohl enthielt Ziffer 4 der öffentlichen Ausschreibung stichwortartige Angaben zu Art und Umfang der Leistung. Ob die Interessenten sich indessen bereits anhand dieser rudimentären Leistungsumschreibung ein ausreichendes Bild von den zu vergebenden Arbeiten und deren Anforderungen bzw. Schwierigkeitsgrad machen konnten, um die Richtigkeit respektive

Fehlerhaftigkeit der ausgewählten Zuschlagskriterien und vor allem auch der vorgenommenen Gewichtung im Hinblick auf den konkret zu vergebenden Auftrag einigermaßen zuverlässig beurteilen zu können, muss ernsthaft in Frage gestellt werden. Die dafür notwendigen Detailerkenntnisse in Bezug auf den Auftrag ergeben sich in der Regel erst aus den Ausschreibungsunterlagen (Leistungsverzeichnisse, Pflichtenhefte, Besondere Bestimmungen etc.) mit genügender Bestimmtheit (vgl. auch BRK 2001-011, S. 10). Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht sachgerecht, von den Interessenten zu verlangen, bereits gegen die in der öffentlichen Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien auf dem Beschwerdeweg vorgehen zu müssen, um die diesbezügliche Rügebefugnis nicht zu verwirken.

Zu verneinen ist auch die Verpflichtung, die Zuschlagskriterien unmittelbar nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen anzufechten. Die selbständige Anfechtbarkeit der Ausschreibungsunterlagen ist generell abzulehnen (vgl. auch BRK 2001-011, S. 6 ff.; erwähntes Urteil des Zürcherischen Verwaltungsgerichts vom 16. April 1999, in: RB 1999 Nr. 24, S. 654; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 28. April 1999, in: Thurgauische Verwaltungsrechtspflege [TVR] 1999, Nr. 25, S. 142). Nach § 37 Abs. 2 lit. b SubmD und § 33 lit. b VRöB gilt als (durch Beschwerde selbständig anfechtbare) Verfügung die Ausschreibung des Auftrags. Schon eine grammatikalisch-systematische Betrachtung des SubmD, namentlich von §§ 12 Abs. 1 und 2, 34 und 35 und der Anhänge 3, 4, 5 und 6, legt den Schluss nahe, dass mit dem in § 37 Abs. 2 lit. b SubmD genannten Begriff "Ausschreibung" nur die öffentliche Ausschreibung gemeint ist. Auch in der VRöB wird zwischen Ausschreibung im Sinne der öffentlichen Ausschreibung (§§ 11 ff. VRöB) und den Ausschreibungsunterlagen (§ 14 VRöB) unterschieden. Die Verpflichtung, allfällige Fehler und Mängel der Ausschreibungsunterlagen innert 10 Tagen nach Zustellung durch die Vergabestelle anfechten zu müssen (§ 25 Abs. 1 SubmD; Art. 15 Abs. 2 IVöB) hätte zur Folge, dass die Anbietenden innerhalb der zehntägigen Beschwerdefrist entweder ihre Angebote (statt der vierzigtägigen Minimalfrist für die Angebotseinreichung gemäss Art. XI Ziff. 2 und 3

ÜoeB, § 17 Abs. 3 VRöB und Anhang 6 zum SubmD) bereits ausarbeiten oder aber zumindest die - bei GATT-Vergaben häufig sehr umfangreichen - Ausschreibungsunterlagen sorgfältig auf mögliche Mängel überprüfen müssten. Viele Mängel sind nicht offensichtlich, sondern werden erst im Rahmen einer vertieften Auseinandersetzung, welche im Rahmen der Ausarbeitung der Offerte erfolgt, erkennbar; dies gilt auch für eine möglicherweise fehlerhafte Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien. Ein Anbieter, der seine Offerte erst nach Ablauf der Beschwerdefrist erarbeitet und dabei auf Mängel in den Ausschreibungsunterlagen stösst, könnte diese auf dem Beschwerdeweg nicht mehr rügen. Diese Konsequenz einer sofortigen Anfechtbarkeit erscheint nicht sachgerecht und stossend.

Aus praktischer Sicht von erheblicher Relevanz dürften nicht zuletzt auch die (begründeten oder unbegründeten) Befürchtungen der Anbietenden sein, sich durch das Ergreifen eines Rechtsmittels gegen die (öffentliche) Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen von vornherein um die Chancen auf den Zuschlag zu bringen. Die Hemmschwelle dürfte zu Beginn eines Verfahrens noch um einiges höher liegen als bei der Anfechtung des die Submission abschliessenden Zuschlags (BRK 2001-011, S. 8; Hauser, a.a.O., S. 1420). Auch dieser Umstand spricht dafür, im Hinblick auf die Ausschreibungsunterlagen von einer unmittelbaren Anfechtung abzugehen und die Verpflichtung zur selbständigen Anfechtung der öffentlichen Ausschreibung restriktiv zu handhaben, d.h. auf in ihrer Bedeutung und Tragweite eindeutige Anordnungen zu beschränken.

dd) Aus dem soeben Gesagten folgt, dass die von den Beschwerdeführerinnen gegen die Auswahl und die Gewichtung der Zuschlagskriterien erhobenen Einwände nicht verspätet sind. Ihre sachliche Berechtigung ist demzufolge im vorliegenden Beschwerdeverfahren zu prüfen.

d) aa) Es ist grundsätzlich Sache der Vergabebehörde, je nach Bedeutung des Auftrags und den gestellten Anforderungen die massgeblichen Zuschlagskriterien auszuwählen und deren Reihenfolge und Gewichtung festzusetzen. Dabei kommt ihr sowohl bei der Auswahl als auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu. Beides ist einer Rechtskontrolle nur

beschränkt zugänglich. Wie beispielsweise die Erfahrung einer Unternehmung oder die Ästhetik eines Bauwerks gewichtet und in Relation zu einer bestimmten Preisdifferenz gesetzt werden, ist weitgehend eine Ermessensfrage (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Oktober 1999, in: St. Gallische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [GVP] 1999 Nr. 37, S. 108). Auswahl und Gewichtung der Kriterien müssen sich aber im Einzelfall sachlich rechtfertigen lassen, d.h. sie haben sich am konkreten Auftrag zu orientieren, um so der Ermittlung des im Hinblick auf den zu vergebenden Auftrag wirtschaftlich günstigsten Angebots zu dienen. Die sachwidrige Überbewertung eines Kriteriums stellt eine Ermessensüberschreitung dar (AGVE 1998, S. 381; VGE III/100 vom 16. Juli 1998 [BE.1998.00173] in Sachen K. AG, S. 10 f.; III/124 vom 28. August 1998 [BE.1998.00120] in Sachen A. AG, S. 18; vgl. auch VGE III/123 vom 15. September 1999 [BE.1999.00179] in Sachen W. GmbH, S. 13 ff., insbes. S. 25 f. und 28 f., auszugsweise publiziert in: BR 2000, S. 59 Nr. S18). Zu beachten sind weiter das Gleichbehandlungsgebot und das Diskriminierungsverbot.

bb) Der Regierungsrat weist darauf hin, dass die Zuschlagskriterien auf Grund von projektspezifischen Überlegungen ausgewählt und gewichtet worden seien. Mit der Gewichtung stelle die Vergabestelle sicher, dass kein Anbieter ohne die notwendige Erfahrung und ohne ausreichend durchdachte Bauabläufe den Zuschlag für die Arbeiten alleine auf Grund eines sehr günstigen Angebotspreises erhalte. Bei komplexen Baustellen wie den ausgeschriebenen Arbeiten könne im Extremfall mangelnde Erfahrung oder ungeeignete Baumethoden Folgekosten bereits während der Bauausführung (Gefahrenpotential Autobahn) verursachen.

cc) Die im vorliegenden Fall zu vergebenden Bauleistungen stehen im Zusammenhang mit der Kapazitätserweiterung des Baregg隧ns durch eine dritte Tunnelröhre. Im Zentrum der Vergabe steht die Belagserneuerung westlich des Baregg隧ns auf einer Länge von 2,2 km. Betroffen ist eine Teilstrecke der Nationalstrasse A1, die mit einem täglichen Verkehrsaufkommen von gegen 90'000 Fahrzeugen (siehe [www.baregg.ch](http://www.baregg.ch)) zu den am stärksten befahrenen Autobahnteilstücken der Schweiz gehört. Im fraglichen Bereich be-

finden sich die Ein- und Ausfahrten Baden-Dättwil und Birmenstorf. Gemäss Vorgaben der Vergabestelle sind die Verkehrsverbindungen auf der A1 (4/1 Verkehrsführung Etappen 2002 und 2003, 3/2/0 und 3/0/2 Verkehrsführung Etappe 2004 Süd und 2004 Nord) und den betroffenen Kantonsstrassen Birmenstorf-Dättwil und Birmenstorf-Fislisbach aufrecht zu erhalten. Die Baustelle befindet sich überdies teilweise in den Gewässerschutzbereichen A und B sowie im Grundwasserschutzareal. Für sämtliche Arbeiten gilt die Bauwerksklasse (BWK) I gemäss "QM-Anforderungen im Nationalstrassenbau ab 1997" vom 3. April 1997. Bereits diese Umstände zeigen, dass es sich von Art und Umfang her doch um ein als eher komplex zu bezeichnendes Bauvorhaben handelt, das an die Anbietenden in qualitativer Hinsicht überdurchschnittliche Anforderungen stellt. Insofern lässt sich das erhöhte Gewicht, das dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" mit 55% gegenüber dem Preis mit 35% eingeräumt wird, nicht als sachlich ungerechtfertigt bezeichnen. Wie aus der Vernehmlassung des Regierungsrats hervor geht, wird die Gewichtung in vergleichbaren Fällen ähnlich gehandhabt. Bei der Fahrbahnerneuerung der A1 zwischen Rothrist und Lenzburg, die vom Kanton Ende 1997 vergeben worden war, kam dem Preis ein Gewicht von 20% zu (erwähnter VGE in Sachen ARGE Argovia A1, S. 13). Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Vergabe der Bauarbeiten für einen Autobahntunnel (A7, Girsbergertunnel) festgehalten, bei einer Gewichtung des Preises mit bloss 13% auf Grund der mit Tunnelbauten verbundenen besonderen Probleme und Risiken könne noch nicht von einer Verletzung des Grundsatzes der Berücksichtigung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gesprochen werden (Entscheid des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.274/1999] in Sachen ARGE X., E. 3 f.; vgl. auch Hauser, a.a.O., S. 1414). Auch diese Vergleichsfälle lassen die vorgenommene Kriteriengewichtung nicht als aussergewöhnlich erscheinen.

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle die qualitätsbezogenen Aspekte der Vergabe unter dem Sammelkriterium "Kompetenz" zusammengefasst. Gemäss der Beschreibung der Unter- und Teilkriterien in den Ausschreibungsunterlagen umfasst die "Kompetenz" ein baustellenbezogenes Organigramm, die Qualifikation des Schlüs-

selpersonals (Ausbildung, Erfahrung, Referenzen), Referenzen des Unternehmers und des Subunternehmers für ähnliche Arbeiten, Baustelleneinrichtung, Bauverfahren, Qualitätssicherung und schliesslich auch die Transportdistanzen. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, es handle sich bei den bei der "Kompetenz" gewählten Unterkriterien zum allergrössten Teil um sogenannt "weiche" Kriterien trifft zwar zu, soweit damit gemeint ist, dass der Vergabestelle bei der Bewertung ein relativ grosses Ermessen zukommt. Diese Tatsache schliesst es indessen nicht aus, dass auch solche "weichen" Kriterien berücksichtigt werden dürfen und dass ihnen, sofern der zu vergebende Auftrag dies rechtfertigt, auch ein vergleichsweise grosses Gewicht beigemessen werden darf. § 18 Abs. 1 SubmD nennt nicht bloss zufällig die "Qualität" an erster Stelle vor dem "Preis" und führt dann eine ganze Reihe weiterer qualitativer Zuschlagskriterien auf. Dies entspricht vielmehr dem Willen des Dekretgebers, bei der Ermittlung des wirtschaftlich (und nicht des preislich) günstigsten Angebots dem qualitativen Aspekt die ihm gebührende Bedeutung zukommen zu lassen. Anhand von Zuschlagskriterien wie "Qualität", "Erfahrung", "Innovation", "Zweckmässigkeit", "Ästhetik" etc. soll objektiv beurteilt werden, welche Leistungsqualität bei den einzelnen Angeboten zu erwarten ist.

Bei den unter dem Zuschlagskriterium "Kompetenz" genannten Teil- und Unterkriterien handelt es sich um sachbezogene Gesichtspunkte; sie erscheinen im Grundsatz ohne weiteres geeignet, um die Angebote in zuverlässiger, nachvollzieh- und überprüfbarer Weise auf ihre Qualität hin zu beurteilen. Ob allerdings die vorgenommene Zuordnung der Transportdistanzen zum Begriff "Kompetenz" logisch einen Sinn macht, ist zumindest zu bezweifeln. Ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Transportdistanzen und den drei andern unter dem Stichwort "Kompetenz III" bewerteten qualitativen Gesichtspunkten, nämlich dem "Q-Zertifikat", der "Ergänzung Q-Plan" und den "Q-relevanten Tätigkeiten", ist nicht ersichtlich. Vermutungsweise ging es der Vergabestelle bei den Transportdistanzen vorab um ökologische Aspekte. Die Festsetzung eines eigenständigen Zuschlagskriteriums "Umwelt" bzw. "Umweltverträglichkeit" (mit entsprechender Gewichtung) wäre hiefür das transparentere und

richtigere Vorgehen gewesen. Immerhin konnten aber die Anbietenden den Ausschreibungsunterlagen entnehmen, dass auch dieser Aspekt im Rahmen der "Kompetenz" mitbeurteilt werden würde. Einen Verstoss gegen massgebende Verfahrensgrundsätze stellt die wenig logische Zuordnung daher letztlich nicht dar.

Zutreffen mag die vom Regierungsrat grundsätzlich bestätigte Feststellung, dass die Differenzen zwischen den (besten) Anbietern beim Kriterium "Kompetenz" erfahrungsgemäss nicht gross seien. Auch dieser Umstand spricht indessen nicht grundsätzlich gegen die von der Vergabestelle vorgenommene Gewichtung der Zuschlagskriterien. Zu berücksichtigen ist, dass es sich im vorliegenden Fall um eine Vergabe im offenen Verfahren nach dem GATT-Übereinkommen handelt, d.h. mit der öffentlichen Ausschreibung angesprochen werden soll - jedenfalls nach Sinn und Zweck des heutigen Submissionsrechts, das eine Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens anstrebt - ein nationaler und internationaler Anbieterkreis, der über die im Kanton oder allenfalls in Nachbarkantonen ansässigen und der Vergabestelle ohnehin bekannten Tiefbauunternehmen hinausgeht. Die Vergabestelle muss somit - zumindest theoretisch - davon ausgehen, dass sie möglicherweise auch mit Angeboten von Unternehmen konfrontiert wird, deren Qualitätsstandards ihr nicht aus eigener Erfahrung bekannt sind. Wenn sie sich bei der Festsetzung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung danach richtet, und den qualitativen Aspekten im Vergleich zum Preis ein Übergewicht einräumt, lässt sich dies nicht beanstanden. Damit wird sichergestellt, dass nur ein Angebot den Zuschlag bekommen kann, das den qualitativen Ansprüchen zu genügen vermag. Gibt die Vergabestelle durch die Kriterienwahl und -gewichtung allerdings - wie hier - zu erkennen, dass für sie der Qualitätsaspekt und nicht der Preis im Vordergrund steht, so ist sie zu einer differenzierten Prüfung der sach- bzw. qualitätsbezogenen Kriterien verpflichtet, um zu verhindern, dass dem Preis eine ausschreibungswidrige Bedeutung zukommt, indem er trotz geringem Gewicht allein über den Zuschlag entscheidet (AGVE 2000, S. 337 f.). Diesem Erfordernis hat die Vergabestelle im vorliegenden Fall mit der Schaffung einer Reihe qualitätsbezogener Teil- bzw. Subkriterien Rechnung getragen.



Die Beschwerdeführerinnen wenden gegen diese Unterkriterien bei der "Kompetenz" ein, es handle sich fast ausschliesslich um (anbieterbezogene) Eignungskriterien. Soweit hier die vorgeschlagene Baustelleneinrichtung, das Bauverfahren und die Qualitätssicherung beurteilt werden, handelt es sich klarerweise um qualitative Aspekte des Angebots; zumindest steht dies im Vordergrund. Soweit Referenzen der Anbietenden für ähnliche Arbeiten oder Referenzen des vorgesehenen Schlüsselpersonals verlangt werden, fallen diese Gesichtspunkte letztlich unter die "Erfahrung", die nach § 18 Abs. 2 SubmD - und auch nach andern kantonalen Submissionsordnungen (u.a. Art. 15 Abs. 2 des Submissionsgesetzes des Kantons Graubünden vom 7. Juni 1998, § 5 Abs. 2 des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen des Kantons Luzern vom 19. Oktober 1998, § 26 Abs. 2 lit. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen des Kantons Solothurn vom 22. September 1996) - ein Zuschlagskriterium darstellt, obwohl sie sich primär auf den Anbieter selbst und nur mittelbar auf das Angebot bezieht. Genau betrachtet handelt es sich bei der Erfahrung um ein Eignungs- und nicht um ein Zuschlagskriterium. Gerade die Kriterien "Qualität" und "Erfahrung" hängen indessen häufig eng zusammen. Die Erwartung, dass vom "erfahreneren" Anbieter in qualitativer Hinsicht ein besseres Angebot zu erwarten ist, ist in der Regel nicht unbegründet. In der Rechtsprechung wird denn auch festgehalten, dass sich Eignungs- und Zuschlagskriterien überlappen können, indem z.B. die Eignung des Anbieters (bzw. das Ausmass der Eignung) auch beim Zuschlag eine Rolle spielen kann (AGVE 1999, S. 329; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Waadt vom 22. Januar 1999, in: BR 1999, S. 57 Nr. S11; Hauser, a.a.O., S. 1414 m.H.). Das Verwaltungsgericht lehnt eine strikte Trennung als nicht praktikabel ab (AGVE 1999, S. 329 f.). Der von der Vergabestelle verwendete Begriff "Kompetenz" fasst die Aspekte "Qualität" und "Erfahrung" zusammen. Beizupflichten ist den Beschwerdeführerinnen, dass unter diesem Kriterium auch Gesichtspunkte beurteilt werden, welche die Eignung der Anbietenden betreffen. Dies lässt sich indessen nicht als sachwidrig beanstanden, denn auch in einem offenen Verfahren darf der Zuschlag nur an einen Anbieter erteilt werden, der zur qualitativ einwandfreien Ausführung

der Arbeiten geeignet ist. Eine Eignungsprüfung muss also auch hier stattfinden.

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

- **Eignungskriterien (Erw. 4/a/aa).**
- **Produkteanforderungen (Erw. 4/a/bb).**
- **Zuschlagskriterien (Erw. 4/a/cc).**
- **Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien (Erw. 4/a/dd).**
- **Intransparente Auswahl und Handhabung von Eignungs- und Zuschlagskriterien im konkreten Fall (Erw. 4/b).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 19. Juni 2002 in Sachen S. AG gegen Departement für Bildung, Kultur und Sport.

*Aus den Erwägungen*

4. Als im Hinblick auf das Transparenzgebot ebenfalls problematisch erweist sich die Tatsache, dass die Vergabestelle Eignungskriterien, Produkte- bzw. Systemanforderungen/technische Spezifikationen und Zuschlagskriterien zum Teil miteinander gleichsetzt und bei ihrer Handhabung vermengt.

a) aa) Die *Eignungskriterien* beziehen sich auf die leistungsbezogene Eignung eines Anbieters zur Ausführung eines Auftrags. Es geht vor allem um die finanzielle, wirtschaftliche und fachliche Leistungsfähigkeit (§ 10 SubmD). Nur wer die Eignungskriterien erfüllt, ist im selektiven Verfahren zum Angebot zuzulassen (§ 7 Abs. 2 SubmD). Zweck der - gegenüber dem offenen Verfahren zusätzlich vorgeschalteten - Eignungsprüfung ist die frühzeitige Ermittlung derjenigen Anbieter, die grundsätzlich fähig und in der Lage sind, den konkret ausgeschriebenen Auftrag angemessen auszuführen, bzw. die Ausscheidung derjenigen, welche diese Voraussetzung nicht erfüllen. Ungeeigneten Anbietern wird damit der mit der Offerteinreichung verbundene Aufwand erspart, und die Beschaffungsstelle bleibt von mangelhaften, untauglichen Angeboten verschont (AGVE 1999, S. 299 mit Hinweisen). Die Eignungskrite-