

ist, weshalb sich auch aus diesem Grund die Wiederholung des Verfahrens rechtfertigt.

75 Fehlende Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien; unzulässige „Gleichbewertung“ aller Anbietenden.

- Fehlen in der Ausschreibung Zuschlagskriterien vollständig, ist ausschliesslich auf den Preis abzustellen (Erw. 3/c/aa).
- Sind in der Ausschreibung Zuschlagskriterien enthalten, nicht aber deren Gewichtung (in Prozentsen, Punkten, etc.), ist von der Ungültigkeit des Verfahrens auszugehen und dieses ist auf der Grundlage einer korrekt formulierten Ausschreibung zu wiederholen (Erw. 3/c/bb).
- Wenn die Ausschreibung Kriterien wie „Qualität“ und „Erfahrung“ als in erster Linie massgebende Kriterien nennt, dürfen die Anbietenden davon ausgehen, dass diesen ein erhöhtes Gewicht zukommt und die qualitativen Kriterien einer differenzierten Bewertung unterliegen, damit diese und nicht ausschliesslich der Preis über den Zuschlag entscheiden (Erw. 3/d).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 20. Dezember 2000 in Sachen M. AG gegen Verfügung der Stiftung A. in Gränichen.

Aus den Erwägungen

3. Als problematisch erweist sich im vorliegenden Fall die fehlende Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin liegt damit ein Verstoß gegen § 18 Abs. 3 SubmD vor.

a) § 18 Abs. 3 SubmD in der ursprünglichen Fassung vom 26. November 1996 verlangte, dass die ausgewählten Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufzuführen waren. Nicht geregelt waren die sich aus dem Fehlen von Vergabekriterien ergebenden Konsequenzen. Das Verwaltungsgericht hat festgehalten, dass in Fällen, in denen es die Vergabestelle unterlassen habe, Zuschlagskriterien festzulegen und den

Anbietenden rechtzeitig bekannt zu geben, für die Vergabe ausschliesslich der Preis massgebend sein dürfe (vgl. AGVE 1997, S. 357 f.). Anlässlich der Teilrevision des Submissionsdekrets vom 18. Januar 2000 wurde u. a. auch § 18 Abs. 3 SubmD geändert. Gemäss der revidierten Fassung sind die ausgewählten Zuschlagskriterien nun neu „in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und *mit ihrer Gewichtung* (Hervorhebung beigegefügt) in der Ausschreibung aufzuführen. Fehlt diese Angabe, gilt als Zuschlagskriterium der Preis.“ Der Regierungsrat hat in einem Kreisschreiben vom 23. Februar 2000 zuhanden der Gemeinderäte des Kantons Aargau in Bezug auf § 18 Abs. 3 SubmD ausgeführt, was die subsidiäre Regelung (d. h. Satz 2) betreffe, sei klarzustellen, dass wenn eine der beiden Angaben fehle, der Preis als Zuschlagskriterium gelte. Klar ist, dass § 18 Abs. 3 SubmD nicht nur im offenen oder selektiven Verfahren, sondern in jedem Submissionsverfahren mit mehreren Anbietern, also auch im Einladungsverfahren, gilt. In letzterem sind die erforderlichen Angaben in den Ausschreibungsunterlagen zu machen (VGE III/145 vom 29. November 2000 in Sachen H. AG, S. 8).

b) Die in § 18 Abs. 3 Satz 2 SubmD verwendete Formulierung „Fehlt diese Angabe, ...“ bezieht sich auf „die ausgewählten Zuschlagskriterien ... in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und mit ihrer Gewichtung“. § 18 Abs. 3 Satz 1 SubmD verlangt damit verschiedene Informationen: Angabe der Zuschlagskriterien, Angabe ihrer Rangfolge und Angabe ihrer Gewichtung. Unklar ist, ob das Submissionsdekret in § 18 Abs. 3 Satz 2 zum Ausdruck bringen will, dass die subsidiäre Massgeblichkeit des Preises nur beim generellen Fehlen von Zuschlagskriterien (zwangsläufig fehlen dann auch Reihenfolge und Gewichtung) zum Tragen kommt oder - wie dies der Regierungsrat annimmt - auch bei bloss fehlender Angabe der Gewichtung. Der Wortlaut von § 18 Abs. 3 Satz 2 SubmD ist diesbezüglich nicht eindeutig abgefasst; unklar ist auch, ob der Wortlaut den wirklichen Sinn der Bestimmung wiedergibt. § 18 Abs. 3 SubmD erweist sich somit als auslegungsbedürftig. Im Vordergrund steht

dabei angesichts des geringen Alters des Erlasses die historische Auslegung (BGE 112 Ia 104); den sich mit der Teilrevision des Submissionsdekrets befassenden Materialien kommt für die Auslegung eine erhebliche Bedeutung zu. Ebenfalls massgebend sind sodann die mit der Regelung verfolgten Ziel- und Zweckvorstellungen (vgl. zum Ganzen Ulrich Häfelin / Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 4. Auflage, Zürich 1998, Rz. 64 ff., 74 ff.).

c) Im Hinblick auf die Auslegung der subsidiären Regelung von § 18 Abs. 3 Satz 2 SubmD zu unterscheiden sind zwei grundsätzlich verschiedene Sachverhalte (vgl. auch den erwähnten VGE in Sachen H. AG, S. 9 ff.):

aa) Fehlen in der Ausschreibung Zuschlagskriterien vollständig - sei es, weil die Vergabestelle bewusst keine Kriterien festlegen wollte, oder sei es, weil der Kriterienkatalog aus Versehen weggelassen wurden - ist ausschliesslich auf den Preis abzustellen. Dieses Vorgehen entspricht nicht nur dem diesbezüglich eindeutigen Wortlaut, sondern auch dem Willen des Dekretgebers, wie er in den Materialien zur Teilrevision des SubmD zum Ausdruck kommt (Nicht ständige Kommission Nr. 16, Protokoll der Sitzung vom 18. Dezember 1999, S. 14; Protokoll der Sitzung des Grossen Rats vom 18. Januar 2000, Art. Nr. 1763 [Prot. GR], S. 2738 [Votum Knecht], 2740 [Votum Knecht]) und stimmt mit der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts überein. Die Auffassung, wonach Ausschreibungen ohne Angabe von Zuschlagskriterien ungültig sein sollten, vermochte sich im Grossen Rat nicht durchzusetzen (vgl. Nicht ständige Kommission Nr. 16, Protokoll der Sitzung vom 18. Dezember 1999, S. 12 [Meyer]; Prot. GR, S. 2738 [Kuhn], 2740 [Pfisterer], S. 2742). Erachtet die Vergabestelle für den Fall, dass die Bekanntgabe der Zuschlagskriterien irrtümlich unterblieben ist, das Abstellen allein auf den Preis als nicht sachgerecht, ist es ihr im Übrigen grundsätzlich unbenommen, das Submissionsverfahren zu wiederholen (§ 22 SubmD).

bb) Des Weiteren stellt sich die Frage, ob das ausschliessliche Abstellen auf den Preis auch die richtige Lösung ist, wenn die Ausschreibung oder die Ausschreibungsunterlagen wie im vorliegenden Fall zwar Zuschlagskriterien enthalten, deren Gewichtung (in Prozenten, Punkten, etc.) aber nicht bekannt gegeben wird.

aaa) Den Materialien zur Änderung von § 18 Abs. 3 SubmD lässt sich für die Frage, was geschehen soll, wenn die Angabe der Gewichtung der Kriterien fehlt, keine eindeutige Antwort entnehmen. Ein möglicher Hinweis darauf, dass der Preis auch bei blosssem Fehlen der Gewichtung massgeblich sein soll, findet sich in einem von Peter Zubler, Aarau, gestellten Antrag (Prot. GR, S. 2739, 2747):

„Die ausgewählten Zuschlagskriterien sind mit ihrer prozentualen Gewichtung in der Ausschreibung aufzuführen. Fehlt eine dieser Angaben, gilt als Zuschlagskriterium der Preis.“

Der Antrag Zubler wurde schliesslich mit offensichtlicher Mehrheit abgewiesen, woraufhin der Ratsvorsitzende gegenüber dem Antragsteller feststellte:

„(...) Die Ergänzung in Ihrem Antrag entfällt mit der Beschlussfassung, die vorausgegangen ist. Sind Sie damit einverstanden? Das ist der Fall. Damit ist diese Ergänzung im 2. Satz erledigt.“

Offenbar ging man also davon aus, dass die abweichende Formulierung von § 18 Abs. 3 Satz 2 SubmD im Antrag Zubler („Fehlt *eine dieser Angaben*, ...)“ im Zusammenhang mit der verworfenen *prozentualen* Gewichtung zu sehen war und sich nicht auf das Erfordernis der Gewichtung an sich bezog. Insofern darf der im Antrag Zubler enthaltene Formulierung kein grosses Gewicht beigemessen werden. Im revidierten Wortlaut hat sie keinen Niederschlag gefunden. Weitere Aussagen, welche für die zu beantwortende Frage von Relevanz sind, sind den Materialien nicht zu entnehmen.

bbb) Es bleibt damit mit Hilfe der teleologischen Auslegung zu prüfen, ob sich aus den mit der Regelung von § 18 Abs. 3 SubmD verbundenen Zielvorstellungen eine sachgerechte Antwort ergibt (vgl. Häfelin/Haller, a.a.O., Rz. 99 ff.). Auszugehen ist hierbei zu-

nächst von der Tatsache, dass es der Vergabestelle aus Gründen eines fairen, den Grundsätzen der Transparenz und der Nichtdiskriminierung verpflichteten Wettbewerbs untersagt ist, sich bei der Zuschlagserteilung auf Vergabekriterien abzustützen, die den Anbietenden nicht vorgängig bekannt gegeben worden sind (AGVE 1997, S. 357). Mit der Aufnahme des Erfordernisses, auch die Gewichtung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt zu geben, wollte der Dekretgeber dem Transparenzgebot zusätzlich Rechnung tragen. Es sollte sowohl für die Vergabebehörde als auch für die Unternehmer grösstmögliche Transparenz geschaffen werden (Prot. GR, S. 2738 [Zubler], S. 2739 [Füglistaller]). Mit dieser Zielsetzung klar unvereinbar ist es, wenn die Vergabestelle, die es unterlassen hat, die Gewichtung der ausgewählten Zuschlagskriterien rechtzeitig öffentlich bekannt zu geben, bei der Zuschlagserteilung dann trotzdem auf diese Kriterien, die sie, um überhaupt eine Bewertung vornehmen zu können, intern in irgend einer Weise gewichten muss, abstellen dürfte. Dies würde dem Sinn und Zweck des revidierten § 18 Abs. 3 SubmD völlig zuwider laufen. Anders als beim vollständigen Fehlen von Vergabekriterien entspricht aber auch ein Abstellen ausschliesslich auf den Preis nicht dem Gebot der Transparenz. Die Vergabestelle hat durch die Auswahl und die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien ausdrücklich kund getan, dass der Preis nicht das einzig relevante Vergabekriterium sein soll, sondern dass für sie auch andere Gesichtspunkte wesentlich sind. Davon müssen auch die Anbietenden bei der Gestaltung ihrer Offerten ausgehen; sie dürfen grundsätzlich auf die Geltung der ihnen bekannt gemachten Kriterien vertrauen und müssen nicht damit rechnen, dass entgegen der Ausschreibung das billigste Angebot den Zuschlag bekommt. Ein nachträgliches Abstellen allein auf den Preis entspricht somit weder dem kundgegebenen Willen der Vergabestelle, noch den berechtigten Erwartungen der Anbietenden. Insofern erscheint es richtiger, in diesem Fall von der Ungültigkeit des Submissionsverfahrens auszugehen,

und dieses auf der Grundlage einer korrekt formulierten Ausschreibung zu wiederholen.

d) Im vorliegenden Fall konnten die Anbietenden aufgrund der Ausschreibungsunterlagen nicht erkennen, welches Gewicht die Vergabestelle den vier von ihr ausgewählten Zuschlagskriterien „Qualität/Referenzen“, „Termine“, „Erfahrung“ und „Preis“ beimass. Die Vergabestelle bringt vor, die Beschwerdeführerin habe die Gewichtung bereits von einer andern Arbeitsvergabe (Brandschutztüren in Holz) her gekannt, da sie ihr in jenem Verfahren als Beilage zum Absagebrief zur Kenntnis gebracht worden seien. Die Zuschlagskriterien sind jedoch grundsätzlich für jeden zu vergebenden Auftrag individuell, d. h. im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags, festzulegen. Die Beschwerdeführerin durfte deshalb nicht davon ausgehen, dass für die Kucheneinrichtungen die gleichen Kriterien gelten würden wie für die Brandschutztüren. Schon aus diesem Grund erweist sich die Argumentation der Vergabestelle als nicht haltbar. Mit der fehlenden Bekanntgabe der Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabestelle klar gegen die in § 18 Abs. 3 SubmD statuierten Anforderungen verstossen, weshalb das Submissionsverfahren auf der Grundlage von korrekt abgefassten Ausschreibungsunterlagen zu wiederholen ist.

4. a) Die Beschwerdeführerin bemängelt auch, dass sämtliche Anbietenden in Bezug auf die Kriterien „Qualität/Referenzen“, „Termine“ und „Erfahrung“ die Maximalpunktzahl erhalten hätten. Der Verzicht der Vergabestelle, die Kriterien bei der Bewertung abzustufen, stehe in krassem Widerspruch zur Ausschreibung und führe zu einer Wettbewerbsverzerrung. Letztlich sei für den Zuschlag nur der Preis von Bedeutung gewesen. Aufgrund der ausgeschriebenen Kriterien sei die Beschwerdeführerin jedoch davon ausgegangen, dass nicht der Preis, sondern die Qualität im Vordergrund stehe. Entsprechend habe sie ihr Angebot ausgestaltet und eine qualitativ anspruchsvollere Ausführung zu einem höheren Preis offeriert.

b) Die Vergabestelle hält fest, sie habe darauf verzichtet, die Kriterien „Qualität/Referenzen“, „Termine“ und „Erfahrung“ bei der Bewertung abzustufen. Nach ihren Abklärungen (Erfahrungen des Architekten bzw. einzelner Mitglieder der Baukommission in Bezug auf die Zusammenarbeit) seien alle Firmen gleichwertig einzustufen. Insbesondere hätten alle die gleiche Qualität offeriert; auch die Konkurrentinnen hätten die von der Beschwerdeführerin offerierten Ausführungsspezifikationen (zum tieferen Preis) angeboten.

c) Bei der Bewertung der Angebote sind namentlich die folgenden Gesichtspunkte zu beachten:

aa) Im Vordergrund steht, dass die Bewertung der Angebote in sachlich haltbarer und objektiv begründbarer Weise erfolgen muss; andernfalls überschreitet oder missbraucht die Vergabestelle das ihr zustehende Ermessen (AGVE 1999, S. 328; 1998, S. 384). Wegleitend ist sodann auch für die Bewertung der Angebote der für das gesamte Vergaberecht geltende Grundsatz der Transparenz. Die vorgenommene Bewertung muss sowohl für die Anbietenden als auch für die Rechtsmittelinstanz in einem allfälligen Beschwerdeverfahren nachvollziehbar sein.

bb) Hat die Vergabestelle Zuschlagskriterien festgelegt und den Anbietenden bekannt gegeben, ist sie verpflichtet, die Angebote anhand dieser Kriterien zu prüfen und zu bewerten. Werden bekannt gegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder andere zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekannt gegeben wurden, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig und verstösst gegen die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung (AGVE 1997, S. 352 ff., 358; vgl. auch Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, in Baurecht [BR] 1999, S. 141 Nr. S25). Klar nicht zulässig ist es somit, bei der Beurteilung der Angebote abweichend von den Ausschreibungsunterlagen auf die Prüfung der einzelnen Zuschlagskriterien zu verzichten und ausschliesslich den Preis für massgebend zu erklären.

cc) aaa) Über das (formelle) Vorgehen bei der Bewertung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien enthält das Submissionsdekret keine Vorschriften. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Vergabestelle beim Erstellen einer Bewertungsmatrix daher weitgehend frei; sie ist im Übrigen auch nicht dazu verpflichtet, eine solche zu verwenden (VGE III/174 vom 15. Dezember 1998 in Sachen ARGE S. AG/K. AG, S. 12; vgl. auch Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 23 Anm. 92). In erster Linie ist entscheidend, dass ein Bewertungs- oder Benotungssystem im Grundsatz sachgerecht ist und einheitlich, d. h. auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben angewendet wird. Das Verwaltungsgericht beschränkt sich im Rahmen seiner - beschränkten - Kontrollbefugnisse auf die Überprüfung dieser Gesichtspunkte; ihm kommt nicht die Funktion einer "Ober-Vergabebehörde" zu. Welches System letztlich Anwendung findet und wie es im Detail ausgestaltet ist, ist dabei von eher untergeordneter Bedeutung (VGE III/158 vom 26. November 1998 in Sachen G. AG, S. 7).

bbb) Das Submissionsdekret verbietet es grundsätzlich auch nicht, dass sich die Vergabestelle darauf beschränkt zu prüfen, ob die Angebote die einzelnen Zuschlagskriterien (z. B. Termin) erfüllen oder nicht; eine Rangierung der Angebote bei den einzelnen Kriterien muss nicht zwingend erfolgen. Eine solchermassen wenig differenzierende Bewertungsmethode führt zwangsläufig zu vermehrten Gleichbewertungen der Angebote bei den Sachkriterien. Dies lässt sich nicht beanstanden, wenn der Preis für die Vergabe klar im Vordergrund steht. Ob ein solches Vorgehen auch dann noch sachgerecht ist, wenn die Vergabestelle - wie hier - in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen durch die Reihenfolge der Zuschlagskriterien zu erkennen gibt, dass für sie der Qualitätsaspekt und nicht der Preis wichtig ist, ist hingegen fraglich. Vielmehr drängt sich in diesen Fällen eine differenzierte Prüfung und Bewertung der sach- bzw. qualitätsbezogenen Kriterien auf, um zu verhindern, dass

dem Preis eine ausschreibungswidrige Bedeutung zukommt, indem er trotz geringem Gewicht allein über den Zuschlag entscheidet.

Hinzu kommt, dass es sich im vorliegenden Fall um ein Einladungsverfahren handelt, bei dem es die Vergabestelle in der Hand hat, den Anbieterkreis zu bestimmen. Es ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Vergabestelle schon in eigenem Interesse nur Anbieter einladen wird, von denen sie überzeugt ist, dass sie in der Lage sind, den zu vergebenden Auftrag qualitativ einwandfrei auszuführen. Wenn sie sich in den Ausschreibungsunterlagen nicht auf den Preis beschränkt, sondern Kriterien wie „Qualität“ und „Erfahrung“ als in erster Linie massgebende Vergabekriterien nennt, dürfen und müssen die Anbietenden davon ausgehen, dass den qualitativen Gesichtspunkten des Angebots ein erhöhtes Gewicht zukommt und diese über den Zuschlag entscheiden sollen, nicht der Preis. Dies ruft ebenfalls nach einer differenzierten Bewertung dieser Kriterien.

d) Aufgrund der vorhandenen Akten ist für das Verwaltungsgericht nicht feststellbar, nach welchen Gesichtspunkten und Massstäben die Baukommission die einzelnen Angebote bei den Zuschlagskriterien „Qualität/Referenzen“, „Termin“ und „Erfahrung“ bewertet hat. Nicht ersichtlich ist auch, welche Voraussetzungen erfüllt sein mussten, um die Maximalbewertung zu erhalten. Eine detaillierte Bewertung ist offensichtlich nicht erfolgt. Es liegt einzig der Verga-beantrag vom 8. September 2000 vor sowie die erwähnten Feststellungen in der Vernehmlassung und im Schreiben vom 9. Oktober 2000. Somit ist auch nicht überprüfbar, ob die Gleichbewertung aller Anbietenden bei den drei erstgenannten Kriterien sachlich begründet ist oder nicht. Dies gilt namentlich auch für die offerierte Qualität der Kücheneinrichtungen; hier ist aufgrund der eingereichten Angebote unklar, ob die W. AG und die H. Schreinerei tatsächlich die gleiche Qualität offeriert haben wie die Beschwerdeführerin. Das nachträglich, d. h. erst nach Beschwerdeeinreichung, eingeholte Bestätigungsschreiben der W. AG vom 30. Oktober 2000 in Bezug auf die Ausführungsspezifikationen erscheint diesbezüglich jedenfalls nicht

sonderlich aussagekräftig; die Prüfung, welcher Qualitätsstandard von den einzelnen Anbietern offeriert wurde, hätte von der Vergabestelle vor der Zuschlagserteilung vorgenommen werden müssen.

Das Ergebnis einer differenzierten Prüfung anhand klar festgelegter Massstäbe ist die „Gleichbewertung“ der drei Offerenten bei den Zuschlagskriterien „Qualität/Referenzen“, „Termin“ und „Erfahrung“ mit Sicherheit nicht. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, die vorgenommene Bewertung sei nicht transparent und verstosse gegen die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz, erscheint berechtigt.

IX. Verwaltungsrechtspflege

76 Akteneinsichtsrecht

- **Pflicht zur Erstellung eines Augenscheinprotokolls bevor die zuständige Instanz den Entscheid fällt.**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 7. November 2000 in Sachen R.F. und Mitbeteiligte gegen Entscheid des Regierungsrats und Entscheid des Grossen Rats.

Aus den Erwägungen

II. 1. a) Die Beschwerdeführer bemängeln eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, da ihnen das Protokoll der von der Rechtsabteilung des Baudepartements durchgeführten Augenscheinsverhandlung nicht zugestellt worden sei. Die Beschwerdeführer verzichten darauf, eine Rückweisung wegen Gehörsverletzung zu beantragen und begnügen sich mit dem Vorbehalt einer ergänzenden Stellungnahme nach Vorliegen des Protokolls.

b) Das Baudepartement hat am 19. August 1997 in Anwesenheit der Verfahrensbeteiligten eine Augenscheinsverhandlung durchgeführt. Nach Erhalt des regierungsrätlichen Entscheids verlangte der Rechtsvertreter der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 2. März 1998 "im Rahmen des Akteneinsichtsrechts sämtliche Unterlagen", und wies darauf hin, dass er insbesondere das Protokoll der Augenscheinsverhandlung vom 19. August 1997 benötige. Nach seinen Angaben wurde ihm dies verweigert mit der Begründung, das Protokoll werde praxisgemäss erst nach Bekanntgabe der Einreichung einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde diktiert und ins Reine geschrieben. Es ist unbestritten, dass das Protokoll nicht zugestellt wurde. Die Beschwerdeführer erhielten das Protokoll vom 19. August 1997 erst mit