

Berücksichtigung würde zu einer zusätzlichen Benachteiligung der Anbietenden ohne die fraglichen Kenntnisse führen.

d) Insgesamt erweist sich die zusätzliche Berücksichtigung der Kenntnis des örtlichen Abwassersystems als sachlich nicht zu rechtfertigen und hält daher vor dem Gleichbehandlungsgebot (§ 1 Abs. 1 SubmD, Art. 5 BGBM) nicht stand. Daran ändert auch nichts, dass dem Teilkriterium mit einer Gewichtung von lediglich 5% im Rahmen der Bewertung keine sehr grosse Bedeutung zukommt, und der daraus resultierende Vorsprung der Zuschlagsempfängerin lediglich zwei Punkte beträgt.

80 Selektives Verfahren; Bewertung der Eignungskriterien; Beschränkung der Anbieterzahl.

- **Selektives Verfahren (Erw. 3).**
- **Mittelwertberechnung bei der Bewertung von Planergemeinschaften (Erw. 4/a-d).**
- **Berücksichtigung neuer oder junger Anbieter (Erw. 4/e).**
- **Voraussetzungen für eine Beschränkung der Anbieterzahl (Erw. 5).**

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 29. Oktober 2002 in Sachen Planergemeinschaft I. und Mitb. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

3. a) Beim selektiven Verfahren können alle Anbietenden einen Antrag auf Teilnahme einreichen. Die Vergabestelle bestimmt auf Grund der Eignung nach § 10 SubmD (vgl. Erw. b unten) die Anbietenden, die ein Angebot einreichen dürfen. Sie kann die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbietenden beschränken, wenn der Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand für das Vergabeverfahren andernfalls in einem Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen würde (§ 7 Abs. 2 Satz 4 SubmD; vgl. auch Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB und unten Erw. 5). Dabei muss jedoch ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet sein (Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB); die Zahl darf, wenn es genügend geeignete Anbietende gibt, nicht kleiner als drei sein (§ 7

Abs. 2 Satz 5 SubmD; § 7 Abs. 3 Satz 2 der Vergaberichtlinien auf Grund der IVöB [VRöB]). Zu beachten ist im vorliegenden Fall auch Art. X Ziff. 1 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoEB; SR 0.632.0231.422) vom 15. April 1994. Nach dieser Bestimmung laden die Beschaffungsstellen für jede geplante Beschaffung die grösstmögliche mit einer effizienten Abwicklung der Beschaffung zu vereinbarende Zahl von in- und ausländischen Anbietern zur Angebotsabgabe ein. Sie wählen die Anbieter, die an dem Verfahren teilnehmen sollen, in gerechter und nicht diskriminierender Weise aus.

b) § 10 SubmD hält unter der Marginalie "Eignungskriterien für das selektive Verfahren" fest, die Vergabestelle könne für jeden Auftrag oberhalb der Schwellenwerte gemäss § 8 Abs. 1 SubmD in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, welche für die Ausführung des betreffenden Auftrags wesentlichen Eignungskriterien die Anbietenden erfüllen und welche unerlässlichen Nachweise, insbesondere bezüglich der finanziellen, wirtschaftlichen und fachlichen Leistungsfähigkeit, sie erbringen müssen. Jungen oder sonst neu im Markt Auftretenden sei eine angemessene, niemanden diskriminierende Chance einzuräumen. Die Eignungskriterien und die verlangten Eignungsnachweise sind im Voraus bekannt zu geben. Sie müssen - wie die Zuschlagskriterien - in der Reihenfolge ihrer Bedeutung, vollständig und in präziser Form veröffentlicht werden. Auf diese Weise ist sichergestellt, dass bei der Eignungsprüfung nicht einzelne Bewerber bevorzugt werden, und den Anbietenden ist es möglich, ihren Teilnahmeentscheid in Kenntnis der gestellten Anforderungen zu fällen (vgl. AGVE 1999, S. 295; 1998, S. 375 f.; VGE III/84 vom 9. Juni 2000 [BE.2000.00106] in Sachen R. AG, S. 8, und III/131 vom 27. Dezember 2001 [BE.2001.00388] in Sachen R. AG, S. 4 f.; Peter Gauch / Hubert Stöckli, Vergabethesen, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 20).

c) Bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Das Verwaltungsgericht hat sich zudem bei der Überprüfung

technischer und betrieblicher Aspekte, welche die Vergabebehörde auf Grund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, Zurückhaltung aufzuerlegen (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. August 1997, in: BVR 1998, S. 64). Anzuwenden sind aber objektive, überprüfbare und auf die ausgeschriebene Leistung konkret bezogene Kriterien; leistungsfremde Merkmale der Anbieter, die deren Eignung für die Ausführung des konkreten Auftrags nicht beeinflussen, dürfen nicht berücksichtigt werden (Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 19). Grundsätzlich unzulässig ist es daher, sachfremde Eignungskriterien heranzuziehen, d.h. Kriterien, die nicht die leistungsbezogene Eignung des Anbieters betreffen; dazu zählen namentlich regional-, steuer- oder strukturpolitische Überlegungen. Andernfalls begeht die Vergabestelle eine Rechtsverletzung (AGVE 1999, S. 295 f.; 1998, S. 376; erwähnter VGE [BE.2001.00388] in Sachen R. AG, S. 5 f.; Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 20, 27). Namentlich auch bei der Bewertung der Bewerbungen anhand der einzelnen Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zu. Indessen muss auch die Bewertung in sachlich haltbarer und begründbarer Weise erfolgen, ansonsten der Vergabestelle eine Ermessensüberschreitung oder sogar ein Ermessensmissbrauch anzulasten ist (AGVE 1998, S. 384). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabestelle eine eigene Bewertung vorzunehmen (erwählter VGE [BE.2001.00388] in Sachen R. AG, S. 6 mit Hinweisen).

4. Zu überprüfen ist zunächst die von den Beschwerdeführerinnen als diskriminierend erachtete Mittelwertbildung bei der Bewertung von Planer- bzw. Ingenieurgemeinschaften.

a) Das Verwaltungsgericht hat in einem früheren Entscheid festgehalten, dass das Vorgehen der Vergabestelle, bei der Beurteilung einer Arbeitsgemeinschaft generell nur den Durchschnitt der Bewertung der Beteiligten als Bewertungsgrundlage heranzuziehen, grundsätzlich das Ermessen der Vergabebehörde nicht überschreite. Eine Ermessensüberschreitung liege jedenfalls dann nicht vor, wenn nicht im Voraus angegeben werde, welcher Teil des Projekts durch welche der beteiligten Partnerinnen erarbeitet werde. Anders verhalte es sich dann, wenn Bewerber sich - ihrer jeweiligen Stärken und

Schwächen bewusst - die Aufgabenbereiche entsprechend aufteilen und dies der Vergabebehörde auch so kundtäten. So würden sie der Vergabestelle Gewähr dafür bieten, dass tatsächlich ein Synergieeffekt eintrete. In gleicher Weise zu bewerten seien Bewerber, die gerade um Schwächen auszugleichen, Arbeitsgemeinschaften bildeten und Spezialisten beizögen, jedenfalls wenn dies für die Vergabestelle offensichtlich sei (VGE III/17 vom 2. März 1999 [BE.98.00381] in Sachen ARGE Sch. AG und P. AG, S. 12).

b) aa) Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde bei den Teilkriterien Firmenstruktur (Kompetenz I), objektbezogene Firmenreferenzen (Kompetenz I) und Leistungsfähigkeit (Projektorganisation) die einzelnen Fachgebiete Tunnelbau, Strassenbau und elektromechanische Anlagen separat bewertet. Bei Ingenieurgemeinschaften wurde die einzelne Partnerfirma in den Fachbereichen (gemäss Organigramm) bewertet, für welche sie gemäss den Angaben in den Bewerbungsunterlagen verantwortlich war. Waren mehrere Partner im gleichen Fachbereich tätig bzw. für das gleiche Teilprojekt verantwortlich, wurde jeder Partner separat bewertet und für die Gesamtbewertung der Mittelwert gebildet. Für die Bewertung unerheblich waren Erfahrung und Referenzen eines Partners in Fachbereichen, in denen er nicht tätig sein wird.

bb) Die detaillierte Bewertung der Beschwerdeführerinnen anhand der Vorgaben der Vergabebehörde stellt sich folgendermassen dar: [Tabellarische Darstellung der Bewertungsmatrix].

Die Abzüge bei den Eignungskriterien im Fachgebiet Tunnelbau betreffen vor allem die H. AG, die bei den objektbezogenen Firmenreferenzen mit 0 Punkten und bei der Leistungsfähigkeit (Personalbestand, Hochschul/FH-Abschluss) mit 75 Punkten bewertet wurde. Im Fachbereich Strassenbau wurden Abzüge bei der Leistungsfähigkeit der E. AG gemacht, die über einen eher kleinen Personalbestand verfügt. Die übrigen Abzüge betreffen entweder die I. AG (Firmenstruktur elektromechanische Anlagen, Schlüsselpersonen) oder das Planerteam als Gesamtes (Beschreibung Führungsstruktur/Aufgabenteilung, QS-Referenzen) und werden von den Beschwerdeführerinnen nicht in Frage gestellt.

c) aa) Aus dem Organigramm sowie dem Beschrieb der Organisation des Projektteams geht hervor, dass die Verantwortlichkeiten im Fachbereich Tunnelbau bei der I. AG (Tunnelbau bergmännisch) und bei der H. AG (Tunnelbau Tagbau), im Fachbereich Strassenbau zu je 50% bei der I. AG und bei der E. AG und im Fachbereich elektromechanische Anlagen bei der I. AG (Elektromechanik) und der Subplanerin B. AG (Tunnellüftung) liegen. Die Gesamtprojektleitung (Projektleiter und Projektleiter-Stellvertreter) wird durch die I. AG wahrgenommen. Die Qualitätssicherung obliegt ebenfalls der I. AG.

bb) Bei dieser Sachlage lassen sich die von der Vergabebehörde gemachten Abzüge entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht als diskriminierend bezeichnen. Auch die Beschwerdeführerinnen bestreiten nicht, dass es sich bei der H. AG und der E. AG um unter dem im vorliegenden Fall vor allem massgebenden Aspekt der *Realisierungsphase* neu auf dem Markt auftretende Firmen handelt. Die H. AG, der innerhalb des Planerteams die Verantwortung für die Realisierung des im Tagbau zu erstellenden innerstädtischen Tunnelteils zukommt, verfügt nicht über einschlägige Referenzen. Alle drei in den Präqualifikationsunterlagen für den Bereich Tunnelbau ausgewiesenen Firmenreferenzen sind der I. AG zuzuordnen. Dieser Tatsache darf und muss die Vergabestelle bei der Bewertung der Eignung angemessen Rechnung tragen. Die Vergabebehörde weist zu Recht daraufhin, dass andernfalls Bewerber diskriminiert würden, die im Bereich, in dem sie tätig werden, über grosse oder zumindest mittlere Erfahrung verfügen. Der beim Teilkriterium Objektbezogene Firmenreferenzen Tunnelbau gemachte Punkteabzug ist somit weder in Überschreitung des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens erfolgt noch liegt ein Ermessensmissbrauch vor. Gleiches gilt für den (geringen) Abzug bei der Leistungsfähigkeit Tunnelbau, der bei der H. AG vorgenommen wurde.

Der Strassenbau fällt gemäss Organigramm zu je 50% in den Aufgabenbereich der I. AG und der E. AG. Letztere verfügt nach ihren Angaben (Personalliste) über acht Mitarbeiter, wovon eine kaufmännische Angestellte und ein Lehrling. Über einen Hochschul-/Fachhochschulabschluss verfügen drei Mitarbeiter. Das Punktema-

ximum erhielt bei der Leistungsfähigkeit Strassenbau, wer einen Personalbestand im fraglichen Tätigkeitsbereich von mehr als 15 Personen, wovon mindestens acht mit einem Hoch- oder Fachhochschulabschluss, aufwies. Auch hier erweisen sich sowohl der bei der E. AG vorgenommene Bewertungsabzug als auch die Mittelwertbewertung der beiden je zu 50% tätig werdenden Unternehmen als vertretbar und nicht in Überschreitung des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens erfolgt.

cc) Zu berücksichtigen ist sodann auch, dass sich die von den Beschwerdeführerinnen in Frage gestellte Mittelwertbewertung beim Teilkriterium Firmenstruktur im Sachbereich elektromechanische Anlagen zugunsten des Planerteams ausgewirkt hat, indem hier die mehr als zwanzigjährige Erfahrung der für den Bereich Tunnellüftung vorgesehenen Subunternehmerin B. AG zu einer besseren Bewertung des Planerteams insgesamt geführt hat.

d) Die von der Vergabebehörde gewählte Methode zur Bewertung von Planerteams ist sachgerecht, indem sie die Stärken und Schwächen der beteiligten Partner in denjenigen Bereichen, in denen sich diese effektiv auch auswirken können, berücksichtigt. Dem durch den Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft angestrebten Synergieeffekt wird mit dieser Bewertungsmethode durchaus angemessen Rechnung getragen. Die Vergabebehörde weist zu Recht daraufhin, dass indessen nicht nur die spezifischen Vorteile eines Zusammenschlusses, z.B. die besondere Fachkompetenz oder Erfahrung einer Partnerfirma, sondern auch die jeweiligen Schwächen, soweit sie sich tatsächlich auswirken können, berücksichtigt werden müssen. Eine Diskriminierung von Planergemeinschaften gegenüber Einzelanbietern erfolgt deswegen nicht. Die Tatsache, dass die E. AG und die H. AG im Zusammenhang mit der Ausarbeitung des Generellen Projekts und des Bauprojekts der Ortskernumfahrung bereits verschiedene Planerleistungen erbracht haben, vermögen nichts daran zu ändern, dass diese beiden Partnerinnen die genannten Teilkriterien Objektbezogene Firmenreferenzen Tunnelbau bzw. Leistungsfähigkeit Strassenbau - wie ausgeführt - nicht bzw. nur teilweise erfüllen. Dasselbe gilt für den Umstand, dass die E. AG und die I. AG über eine Beteiligungsgesellschaft verbunden

sind. Es handelt sich bei den Partnerfirmen dessen ungeachtet um selbständige Unternehmungen, die sich für den vorliegenden Auftrag zu einer Ingenieurgemeinschaft zusammengefunden haben und die in den Präqualifikationsunterlagen auch als drei eigenständige Firmen in Erscheinung treten.

e) Die Beschwerdeführerinnen verlangen unter Hinweis auf § 10 SubmD, die Bewertung sei so zu modifizieren, dass neu auf dem Markt auftretende Firmen eine angemessene, niemanden diskriminierende Chance bei der Zulassung im Rahmen eines selektiven Verfahrens hätten. § 10 Satz 2 SubmD besagt, dass bei der Festlegung der Eignungsanforderungen "jungen oder sonst neu im Markt Auftretenden (...) eine angemessene, niemanden diskriminierende Chance einzuräumen" ist. Dies kann z.B. durch einen Verzicht auf einschlägige Referenzen geschehen. Eine zwingende Verpflichtung der Vergabestelle, dies in jedem Fall zu tun, lässt sich aus § 10 SubmD indessen nicht ableiten. Wie ausgeführt, sind die Eignungskriterien jeweils im Einzelfall und im Hinblick auf die konkrete Vergabe in objektiver Art zu bestimmen (Botschaft des Regierungsrats zum Submissionsdekret vom 22. Mai 1996, S. 14), wobei der Vergabebehörde ein grosser Ermessensspielraum zusteht, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vgl. Erw. 3c oben). Wenn die Vergabebehörde im vorliegenden Fall, indem es unbestreitbar um die Realisierung eines bedeutenden und komplexen Strassen- und Tunnelbauprojekts geht, der einschlägigen Erfahrung der Bewerber ein sehr grosses Gewicht beimisst, so lässt sich dies nicht als Ermessensüberschreitung oder in anderer Weise rechtsfehlerhaft beanstanden. Die Vergabestelle hat ihren diesbezüglich hohen Anspruch auch konsequent kundgetan, zum einen allein schon mit der Tatsache, dass sie sich für die Durchführung eines selektiven Verfahrens entschieden hat, und zum andern, indem sie sowohl in der öffentlichen Ausschreibung als auch in den Präqualifikationsunterlagen klar darauf hinwies, dass spezifische Fachkompetenz in der Projektierung *und Bauleitung* von Strassentunnels erforderlich seien. Im Umstand, dass das Fehlen von vergleichbaren Referenzobjekten bei der H. AG zu einer Schlechterbewertung führte, ist im vorliegenden Fall kein Verstoß gegen § 10 Satz 2 SubmD zu erblicken.

f) Damit erweist sich die Bewertung der Beschwerdeführerinnen als sachgerecht; eine Ermessensüberschreitung oder ein Ermessensmissbrauch liegt nicht vor.

5. a) Die Vergabestelle hat im vorliegenden Fall lediglich drei Anbieter für die zweite Stufe und damit zur Einreichung einer Offerte zugelassen. Den restlichen neun Bewerbern wurde mitgeteilt, dass ihre Bewerbung nicht berücksichtigt werden könne. Weder aus den verschiedenen Absageschreiben noch aus den übrigen dem Verwaltungsgericht zur Verfügung stehenden Unterlagen geht hervor, ob die Vergabestelle diese Bewerber als nicht geeignet erachtet oder aber aus verfahrensökonomischen Gründen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen hat. Lediglich in Bezug auf eine Ingenieurgemeinschaft wird festgehalten, diese erfülle die zwingenden Anforderungen nicht, weil sie die elektromechanischen Anlagen nicht durch einen Partner, sondern durch Subunternehmer bearbeiten lassen wolle.

Klar erscheint, dass diejenigen Bewerber, welche die zwingenden Anforderungen gemäss Ziffer 1.10.1 der Präqualifikationsunterlagen nicht erfüllen, zur Auftragsausführung nicht geeignet sind. Demgegenüber erachtet die Vergabestelle offensichtlich alle Anbieter, welche die zwingenden Anforderungen erfüllen, als geeignet. Sie hat es jedenfalls unterlassen, festzulegen, welches Punktetotal im Minimum erreicht werden musste, um die Eignungsanforderungen zu erfüllen. Aus den dem Verwaltungsgericht zur Verfügung stehenden Unterlagen ergeben sich denn auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vergabebehörde die Eignung der Beschwerdeführerinnen in grundsätzlicher Weise in Frage stellen würde. Die Beschwerdeführerinnen haben 81.3 Punkte erreicht, also mehr als vier Fünftel des Punktemaximums. Die Eignung zur Auftragsausführung kann ihnen deshalb nicht abgesprochen werden.

b) Die Vergabebehörde hat die Anzahl der zur Offerteinreichung zugelassenen Anbieter auf deren drei beschränkt. Die Beschwerdeführerinnen stellen angesichts der Grösse und der Komplexität des Projektes Ortskernumfahrung Aarburg mit ausgewiesenen Baukosten in der Grössenordnung von Fr. 80 - 90 Mio. diese Beschränkung der Teilnehmerzahl für die zweite Vergabephase in

Frage. Diese Grösse rechtfertige es, die Anzahl der zur Angebotsanfrage Einzuladenden angemessen zu erhöhen.

c) Zunächst ist festzustellen, dass weder die öffentliche Ausschreibung noch die Präqualifikationsunterlagen im vorliegenden Fall einen (ausdrücklichen) Hinweis auf die Absicht der Vergabebehörde enthalten, die Zahl der zur Angebotsabgabe eingeladenen Anbietenden zu limitieren. In den Präqualifikationsunterlagen sind unter dem Titel "Angabe zur Präqualifikation" die folgenden Hinweise enthalten:

"Für die Ausschreibung der Ingenieurleistungen kommt das selektive Verfahren zur Anwendung. Die Auswahl der Firmen oder Ingenieurgemeinschaften, die zur Offertstellung eingeladen werden, erfolgt auf Grund einer Bewertung der Präqualifikationsunterlagen, die gemäss dem speziellen Formular für die Bewerbung einzureichen ist.

Grundsätzlich steht die Ausschreibung allen Bewerbern mit der spezifischen Fachkompetenz in der Projektierung und Bauleitung von Strassentunnels, Strassenbauwerken und elektromechanischen Einrichtungen und mit den nötigen Kapazitäten offen."

Ein Hinweis auf eine Beschränkung der Teilnehmerzahl kann diesen Ausführungen nicht entnommen werden. Sie lassen sich im Gegenteil ohne weiteres dahingehend verstehen, dass *alle* geeigneten Bewerber an der Ausschreibung teilnehmen und eine Offerte einreichen können. Es stellt sich damit die Frage, ob die Vergabebehörde die Anbieterzahl nachträglich überhaupt limitieren durfte.

d) Das Vergaberecht des Bundes enthält in Art. 15 Abs. 4 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BoeB; SR 172.056.1) eine mit § 7 Abs. 2 SubmD und Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB inhaltlich vergleichbare Bestimmung. Die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungsrecht (BRK) hat im Zusammenhang mit der möglichen Beschränkung der Anbieterzahl nach Massgabe von Art. 15 Abs. 4 BoeB festgehalten, dass grundsätzlich alle Bewerber, welche die in der Ausschreibung angegebenen Eignungskriterien erfüllten, einzuladen seien, ihre Offerte in der zweiten Vergabephase einzureichen. Das Gesetz erlaube einzig die Teilnehmerzahl zu beschränken, wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abge-

wickelt werden könne. Gestützt auf den Grundsatz der Transparenz habe die Vergabebehörde die Absicht zur Beschränkung bereits in der Ausschreibung bekannt zu geben. Fehle eine solche Erwähnung, so sei eine weitergehende Einschränkung grundsätzlich ausgeschlossen. Sie sei nur unter aussergewöhnlichen Umständen zuzulassen, so wenn die Vergabebehörde sich mit einer aussergewöhnlich grossen Anzahl von Bewerbern, welche die Eignungskriterien erfüllten, konfrontiert sehe (Entscheid der BRK vom 26. Mai 1997, in BR 1997, S. 120).

e) Weder § 7 Abs. 2 SubmD noch die Anhänge 3, 4 und 5 zum SubmD noch die Bestimmungen des ÜoeB (vgl. insb. Art. IX Ziff. 6 und Art. X Ziff. 1), der IVöB oder der VRöB verlangen ausdrücklich, dass die Vergabebehörde in der öffentlichen Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen ihre Absicht, die Anzahl Teilnehmer im selektiven Verfahren zu limitieren, bekannt gibt. Es stellt sich damit die Frage, ob eine Gesetzeslücke oder aber ein qualifiziertes Schweigen des Gesetzgebers vorliegt. Die BRK geht für die vergleichbare bundesrechtliche Regelung (unausgesprochen) vom Bestehen einer ausfüllungsbedürftigen Lücke aus und füllt diese, indem sie die Verpflichtung zur Bekanntgabe der Limitierungsabsicht in der öffentlichen Ausschreibung aus dem Grundsatz der Transparenz herleitet (vgl. die Kritik an diesem Vorgehen bei Peter Gauch, in BR 1997, S. 120, Anmerkung zum vorerwähnten Urteil der BRK; ferner Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 39 f.).

Die einschlägigen Materialien zum Submissionsdekret äussern sich zur Frage, ob die Limitierungsabsicht in der Ausschreibung bekannt gegeben werden muss, nicht. In diesem Zusammenhang ist aber festzustellen, dass § 7 Abs. 2 SubmD in der ursprünglichen Fassung vom 26. November 1996 eine Beschränkung der Anzahl der Anbieter ohnehin nur bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwert von Fr. 500'000.-- für Bauaufträge und Fr. 150'000.-- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge zuliess; im Bereich oberhalb dieser Schwellenwerte war eine Beschränkung nicht möglich (vgl. dazu VGE III/28 vom 15. März 1999 [BE.1998.00388] in Sachen T. GmbH und L. AG, S. 11 ff.). Anhaltspunkte für ein qualifiziertes Schweigen des Dekrets im fraglichen Punkt in dem Sinn, dass der

Dekretgeber bewusst keine Bekanntgabe der Limitierungsabsicht verlangen wollte, lassen sich den Materialien (zum ursprünglichen Dekret und zur Revision vom Januar 2000) jedenfalls nicht entnehmen. Mithin erscheint es zulässig, zur Beantwortung der Frage auf die grundlegenden Prinzipien des Vergaberechts zurückzugreifen. Dazu gehören die Förderung des wirksamen Wettbewerbs, das Verbot der Diskriminierung (vgl. § 1 Abs. 1 SubmD) und der Grundsatz der Transparenz. Aus diesen Prinzipien, namentlich aus dem Transparenzgebot, lässt sich die Verpflichtung der Vergabebehörde, die Beschränkungsabsicht in der öffentlichen Ausschreibung oder aber jedenfalls in den Präqualifikationsunterlagen den Interessenten bekannt zu geben, ohne weiteres ableiten. Einerseits kann es durchaus im berechtigten Interesse der Bewerber liegen, zu wissen, ob die Vergabestelle beabsichtigt, alle geeigneten Teilnehmer oder nur eine beschränkte Anzahl zur Offertstellung zuzulassen. Die Chancen auf eine Zulassung sind je nach dem unterschiedlich gross. Namentlich bei grösseren und komplexeren Aufträgen, bei denen das selektive Verfahren seinen Hauptanwendungsbereich hat, ist für die Interessenten bereits das Beibringen der verlangten Präqualifikationsunterlagen mit erheblichem Aufwand verbunden; unter Umständen kann sogar der Hauptteil des Aufwands bereits auf dieser Stufe des Verfahrens anfallen. Die Interessenten müssen sich gegebenenfalls auch bereits in diesem Zeitpunkt zu Bietergemeinschaften zusammenschliessen, was ebenfalls mit Aufwand verbunden ist. Andererseits wird die Vergabebehörde durch die Bekanntgabe der Anzahl Teilnehmer, die sie zuzulassen beabsichtigt, gebunden. Dadurch wird z.B. verhindert, dass die Limite durch die Vergabebehörde bewusst so festgesetzt werden kann, um die Teilnahme eines unerwünschten Bewerbers willkürlich zu verhindern. Durch die vorgängige Ankündigung der Limitierungsabsicht werden mit andern Worten auch Manipulationsmöglichkeiten ausgeschlossen.

Im vorliegenden Fall hat die Vergabebehörde die Limitierungsabsicht weder in der öffentlichen Ausschreibung noch in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben. Die Ausschreibungsunterlagen legen - wie schon erwähnt - im Gegenteil sogar den Schluss nahe, alle geeigneten Bewerber würden zur Offertstellung eingela-

den. Insofern erweist sich die nachträgliche Limitierung der Anbieterzahl als nicht zulässig. Nur mehr am Rande ist darauf hinzuweisen, dass in sämtlichen ausserkantonalen Präqualifikationsverfahren, welche das Baudepartement als Beispiele anführt, die Limitierung der Teilnehmerzahl offensichtlich spätestens in den Präqualifikationsunterlagen zum Voraus bekannt gegeben wurde.

f) Die nachträgliche Beschränkung auf das Minimum von nur drei Anbietern erweist sich im vorliegenden Fall überdies auch sachlich nicht als gerechtfertigt. Grundsätzlich ist für jede geplante Beschaffung die grösstmögliche mit einer effizienten Abwicklung der Beschaffung zu vereinbarende Zahl von Anbietern zur Angebotsabgabe einzuladen (erwähnter VGE in Sachen T. GmbH/L. AG, S. 12; erwähnter Entscheid der BRK in BR 1997, S. 120; Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000 [VB.1999.00359] E. 3b/bb; Peter Galli / Daniel Lehmann / Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 154; Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 39). Limitieren kann die Vergabestelle die Teilnehmeranzahl dann, "wenn der Zeit-, Arbeits- und Kostenaufwand für das Vergabeverfahren andernfalls in einem Missverhältnis zum Wert der Leistung stehen würde" (§ 7 Abs. 2 SubmD) bzw. "wenn sonst die Auftragsvergabe nicht effizient abgewickelt werden kann" (Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB; vgl. auch Art. X Ziff. 1 ÜoeB). Die Beschränkung der Teilnehmerzahl zielt somit in erster Linie darauf ab, den bei der auftraggebenden Amtsstelle anfallenden Aufwand für die Abwicklung des Vergabeverfahrens in einem tragbaren Rahmen zu halten. Beim Entscheid darüber, ob sich eine Beschränkung der Teilnehmerzahl rechtfertigt, ist einerseits die Komplexität der durchzuführenden Beschaffung, anderseits der Wert des zu vergebenden Auftrags zu berücksichtigen. Je komplexer die Beschaffung und je geringer der Auftragswert, umso eher ist eine Beschränkung der Teilnehmerzahl gerechtfertigt (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 13. April 2000 [VB.1999.00385], E. 3c/aa mit Hinweis). Die Mindestzahl von drei Anbietern darf nur dann zur Anwendung gelangen, wenn eine grössere Zahl von Anbietern eine effiziente Abwicklung der Auftragsver-

gabe verunmöglichen würde (Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 141; vgl. auch Gauch, in BR 1997, S. 120 mit Hinweisen).

Die Vergabebehörde begründet die Limitierung auf drei Anbieter in der Vernehmlassung hauptsächlich mit den Kosten, die den betreffenden Planern mit der Erarbeitung einer Offerte entstünden. So wird davon ausgegangen, dass pro Anbieter mit einem Aufwand von Fr. 40'000.-- bis Fr. 75'000.-- gerechnet werden müsse. Würde im Rahmen der 1. Stufe (Präqualifikation) des Submissionsverfahrens die Anzahl Anbieter nicht eingeschränkt, so würden zusätzliche Gesamtkosten (Aufwände Bewerber und interne Kosten des Baudepartements) von gegen Fr. 500'000.-- entstehen. Dies erscheine der Vergabestelle aus volkswirtschaftlicher Sicht nicht gerechtfertigt, sondern es entstehe ein Missverhältnis zwischen Aufwand und Wert der Leistung.

Die den einzelnen Anbietern im Zusammenhang mit der Ausarbeitung ihrer Offerten entstehenden Kosten vermögen nun jedoch die Limitierung der Teilnehmerzahl nicht zu rechtfertigen. Die Vergabebehörde darf den Kreis der geeigneten Bewerber und damit den Wettbewerb nicht mit dem Argument einschränken, die Anbieter vor Kosten zu bewahren. Der unternehmerische Entscheid darüber, ob er an einem Submissionsverfahren mit einem Angebot teilnehmen und die damit verbundenen Kosten auf sich nehmen will oder nicht, liegt ausschliesslich beim einzelnen Anbieter. Die Beschwerdeführerinnen machen hier völlig zu Recht geltend, dass die Vergabebehörde es im Interesse des freien Wettbewerbs den Bewerbern überlassen müsse, zu entscheiden, ob es für sie wirtschaftlich vertretbar sei oder nicht, eine Offerte einzureichen.

Die erwähnte Berechnung des Baudepartements zeigt, dass die Kosten der Vergabestelle selbst im Zusammenhang mit der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens keinesfalls sehr erheblich sein können. Von den geschätzten Gesamtkosten von rund Fr. 500'000.-- sind die Kosten der zusätzlichen neun Bewerber von Fr. 40'000.-- bis Fr. 75'000.-- für den Offertaufwand in Abzug zu bringen. Damit verbleiben für die Vergabestelle nach ihrer eigenen Schätzung ohne Beschränkung der Teilnehmerzahl zusätzliche Kosten von höchstens Fr. 140'000.--. Dieser zusätzliche finanzielle Aufwand für das Ver-

fahren erscheint bei einer Bausumme von Fr. 80 - 90 Mio. ohne weiteres vertretbar. Im Interesse eines wirksamen Wettbewerbs wäre es im vorliegenden Fall wohl angezeigt gewesen, alle geeigneten Bewerber zur zweiten Verfahrensstufe zuzulassen und diesen die Entscheidung darüber, ob sie den mit der Offerterstellung verbundenen Aufwand erbringen wollen oder nicht, zu überlassen. Die Beschränkung auf das Minimum von drei zugelassenen Bewerbern jedenfalls lässt sich nicht rechtfertigen; sie verstösst gegen § 7 Abs. 2 SubmD, Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB und Art. X Ziff. 1 ÜoeB.

81 Ausstandspflicht.

- Verletzung der Ausstandspflicht.

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 3. Dezember 2002 in Sachen ARGE E. und Mitb. gegen Baudepartement.

Aus den Erwägungen

5. g) bb) ccc) Bezüglich der von den Anbietern eingesetzten Materialien hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass sie sich vorbehalte, im Laufe der Bereinigung des Angebots zusätzliche Unterlagen und Bemusterungen zu verlangen; diesem Begehren sei innerhalb von 14 Tagen nachzukommen. In diesem Sinne ordnete die Vergabestelle eine Bemusterung der von den Zuschlagsempfängerinnen vorgeschlagenen Materialien an. Die Bemusterung fand am 29. Mai 2002 im Beisein von G. (Chefelektriker des Baudepartements), H. (Projektingenieur und Montageleiter) sowie E. und G. (als Vertretern der Zuschlagsempfängerinnen) statt. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden dabei zu Recht, dass G., Chefelektriker im Elektrowerkhof N., also zuständig für den Bareggunnel, als Vater eines zur Bemusterung eingeladenen Betriebsinhabers an der Bemusterung teilnahm. Nach § 4 SubmD in Verbindung mit § 5 Abs. 1 VRPG dürfen Behördenmitglieder und Sachbearbeiter nicht beim Erlass von Verfügungen und Entscheiden mitwirken, wenn ein Ausstandsgrund im Sinne der Zivilprozessord-