

II. Verwaltungsgerichtshof. **Entscheid vom 25. Januar 2002.** In der Beschwerdesache **(2A 01 92) E. AG**, ....., Beschwerdeführerin, gegen den **STAATSRAT DES KANTONS FREIBURG**, Chorherrengasse 118, Freiburg, Beschwerdegegner, betreffend **Öffentliches Beschaffungswesen, unvollständige Offerte (Entscheid des Staatsrats vom 30. Oktober 2001)**

**hat sich ergeben:**

- A. Der Staatsrat des Kantons Freiburg, vertreten durch das Gebäudedepartement, schrieb im Zusammenhang mit dem Umbau des Kantonsspitals Bertigny II die Gipsarbeiten öffentlich aus. Mit Beschluss vom 30. Oktober 2001 vergab er die Arbeiten der Firma M. SA für 224'100 Franken. Der Vergabeentscheid wurde am 16. November 2001 auch der Firma E. AG eröffnet, die sich am Submissionsverfahren beteiligt und für die Arbeiten 173'984.35 Franken offeriert hat.
- B. Die Firma E. AG reichte am 20. November 2001 bei der Baudirektion, Abteilung Gebäudedepartement, "Einsprache bzw. Rekurs" ein mit dem Antrag, den Vergabeentscheid neu zu beurteilen und die Gipsarbeiten ihr zuzuschlagen. Zur Begründung machte sie im Wesentlichen ihre günstigere Offerte sowie ihre Qualifikation geltend. Das Gebäudedepartement überwies die Eingabe vom 20. November 2001 dem Verwaltungsgericht, das sie als Beschwerde entgegennahm.

Das Gebäudedepartement schloss mit Vernehmlassung vom 14. Dezember 2001 auf Abweisung der Beschwerde. Es legte dar, weshalb dem Angebot der E. AG nicht den Vorzug gegeben wurde. Insbesondere seien verschiedene Dokumente nicht abgegeben worden. Der Firma E. AG wurde Gelegenheit gegeben, bis zum 21. Dezember 2001 eine Replik einzureichen; sie reagierte indes nicht.

**Der II. Verwaltungsgerichtshof  
zieht in Erwägung:**

1. Der angefochtene Entscheid erging in Anwendung der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGF 122.91.2) und des Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, SGF 122.91.1). Gegen den Entscheid über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die

Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung (Art. 2 Abs. 1 GöB). Die Rechtsmittelfrist beträgt zehn Tage (Art. 15 Abs. 2 IVöB).

Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist nach dem Gesagten zulässig. Dass sie der Baudirektion statt dem Verwaltungsgericht zugestellt wurde, schadet der Beschwerdeführerin nicht (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege, VRG, SGF 150.1). Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingereicht. Das Angebot der Beschwerdeführerin war günstigster als die berücksichtigte Offerte. Mit der beantragten Aufhebung des angefochtenen Entscheids kann sich die Beschwerdeführerin einen Vorteil verschaffen, nämlich den Zuschlag an ihr. Ein schutzwürdiges Interesse an der Beschwerdeführung ist somit gegeben (Art. 76 lit. a VRG).

2. Der Vergabeentscheid vom 13. November 2001 enthält keine Begründung. Die Beschwerdeführerin erhielt indes eine Tabelle, in welcher die Zuschlagskriterien sowie die Bewertung (Note, Gewichtung) der eingereichten Offerten festgehalten sind. Zudem hat das Gebäudedepartement die wesentlichen Entscheidungsgründe in der Beschwerdeantwort erläutert. Die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, mit einer Replik zu diesen Gründen Stellung zu nehmen. Dass sie darauf nicht reagierte, hat sie sich selbst zuzuschreiben.
  
3. Das Gebäudedepartement bringt in der Beschwerdeantwort vor, dass die Beschwerdeführerin nicht alle verlangten Unterlagen eingereicht und die Offertunterlagen nur unvollständig ausgefüllt hätte. Die mit der Beschwerde vorgelegten Dokumente könnten nicht mehr berücksichtigt werden, weil die Frist für das Einreichen der Angebote am 28. August 2001 abgelaufen sei.

Nach Art. 23 des Reglements vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÖBR; SGF 122.91.11) muss das Angebot schriftlich, in geschlossenem Briefumschlag, direkt oder per Post eingereicht werden und innerhalb der Frist bei der in der Ausschreibung genannten Amtsstelle eintreffen.

Aus dieser Regelung ergibt sich, dass das Angebot innert der angegebenen Frist eingereicht werden muss. Im erwähnten Reglement findet sich aber keine Vorschrift, die verlangt, dass die Dokumente, die dem Angebot beizufügen sind, innert der gleichen Frist eingereicht werden müssen. Dem Anbieter steht es damit grundsätzlich frei, die in der Ausschreibung verlangten Bestätigungen noch nach Ablauf der für die Einreichung des Angebots angegebenen Frist zu hinterlegen, solange diese der Behörde im Zeitpunkt des Vergabeentscheids vorliegen. Für diese Auslegung spricht auch, dass zwar über die Öffnung der Angebote ein Protokoll erstellt wird, darin aber mindestens nur die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbieter, die Eingangsdaten und die Gesamtpreise der Angebote

festzuhalten sind, nicht aber die Protokollierung der beizufügenden Dokumente (vgl. ZWR 2001S. 77 Erw. 2.1. S. 78)

Es steht fest (siehe unten Erw. 4), dass die Beschwerdeführerin bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde nicht alle Dokumente vorgelegt und mit den eingereichten Offertunterlagen verschiedene Fragen nicht beantwortet hatte. Ihre Unterlagen, die sie der Beschwerde beilegte, müssen als verspätet eingereicht betrachtet und können mithin nicht mehr berücksichtigt werden. Es kann einerseits nicht angehen, dass Anbieter ein preislich attraktives, aber inhaltlich ungenügendes Angebot einreichen, um dies dann allenfalls nachträglich mit der Vergabestelle an die Erfordernisse der Ausschreibung anzupassen (vgl. Art. 26 - 28 ÖBR). Ein solches Verhalten würde zu intransparenten Ergebnissen führen, was durch die Regeln über den Ablauf des Vergabeverfahrens gerade vermieden werden soll (BEZ 2000 Nr. 6). Andererseits darf es noch viel weniger sein, dass Anbieter nach der Zuschlagsverfügung ihr Dossier zu vervollständigen versuchen. Die von der Beschwerdeführerin mit der Beschwerde eingereichten Akten können demnach nicht berücksichtigt werden.

4. a) Hinsichtlich der Zuschlagskriterien hat die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen vorerst auf Art. 30 ÖBR verwiesen. Nach dieser Bestimmung wird der Auftrag dem Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben. Bei der Bewertung ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten. Dabei können neben dem Preis besonders folgende Kriterien berücksichtigt werden: Qualität, Fristen, Rentabilität, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ausbildung von Lehrlingen, Ästhetik, Qualitätssicherung, Kreativität und Infrastruktur (Abs. 1). Ein Auftrag für weitgehend standardisierte Güter kann auch ausschliesslich nach dem Kriterium des tiefsten Preises vergeben werden (Abs. 2). Ergänzend wurde in den Unterlagen festgehalten: *"Les entreprises seront jugées par rapport au dossier remis et uniquement sur celui-ci (y compris présentation, références demandées, organigramme, équipement, etc.). Des manques d'informations entraînent des pénalités"*. Die Behörde bestimmte dann schliesslich vier Hauptzuschlagskriterien, mehrere Unterkriterien und gewichtete diese wie folgt:

Critères	Libellé	Poids	
13.1 <u>Coût</u>	Prix proposé	70 %	
13.2 <u>Présentation de l'entreprise:</u>			
13.2.1 Profil de l'entreprise	Domaine d'activité, savoir faire, spécialisation	6 %	
13.2.2 Ressources humaines	Organigramme de l'entreprise	2 %	
	Qualification du personnel (diplômes, certificats)	2 %	
	Formation d'apprentis	1 %	5 %
13.2.3 Fonctionnement	Existence d'une organisation basée sur un système	2 %	

	d'assurance qualité: certification éventuelle Service après-vente	2 %	4 %
13.2.4 Equipement	Outillage, machines, informatique		2 %
13.3. <u>Références</u>	Cinq références en rapport avec l'objet, sur les quatre dernières années		5 %
13.4 <u>Organisation prévue pour le chantier</u>			
13.4.1 Encadrement	Qualifications du responsable du chantier		4 %
13.4.2 Personnel	Nombre et qualifications du personnel prévu		3 %
13.4.3 Sous-traitance	Qualifications et fiabilité des sous-traitants éventuels		1 %

Jedes Kriterium wird mit einer Note (1-3) bewertet; die Note wird dann mit der Gewichtung multipliziert, so dass ein Anbieter insgesamt 300 Punkte erreichen kann. So können beispielsweise unter Punkt 13.1 insgesamt 210 Punkte (70% x Note 3) vergeben werden. Im vorliegenden Fall erreichte die Beschwerdeführerin 237 Punkte, die erstplazierte Firma 242,54 Punkte.

- b) Die Beschwerdeführerin erhielt unter der Position 13.2.1 die Note 2. Sie kritisiert diesen Entscheid und macht geltend, dass sie über 100 Mitarbeiter verfüge und auch im Kanton Freiburg Arbeiten ausführe, namentlich in Murten und Tafers. Ihre Leichtbauabteilung beschäftige 30 Spezialisten; keine andere Firma könne so viel Fachpersonal für ein Gebiet zur Verfügung halten.

Das Gebäudedepartement legt in ihrer Vernehmlassung an das Verwaltungsgericht dar, weshalb ein Abzug um einen Punkt erfolgte. In den Unterlagen der Beschwerdeführerin fehle eine "ausführliche Beschreibung bezüglich Gipskarton-Wände wie im Pflichtenheft verlangt und ... eine Beschreibung des Firmen-Know-hows im Bereich Gipsdecken".

Das Vorbringen des Gebäudedepartements blieb unbestritten. Die erwähnten Beschreibungen stellten für die Vergabebehörde bei ihrer Beurteilung offenbar einen gewissen Wert dar. Selbst wenn die beschwerdeführende Firma, wie sie glaubt, für ihre Qualitäten bekannt wäre, darf es sie nicht daran hindern, die verlangten Unterlagen einzureichen. Das gebietet insbesondere auch das Gebot der Rechtsgleichheit (siehe Urteil des Verwaltungsgerichts vom 16. November 1999, 2A 99 91). Der Entscheid des Gebäudedepartements lässt sich demnach nicht beanstanden.

- c) Hinsichtlich der Organisation (Position 13.2.2) ihrer Firma macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sämtliche Informationen auf ihrer "Homepage" festgehalten seien. Auch sei ihr Personal für hohe Ansprüche qualifiziert. Über 60 Mitarbeiter verfügten über eine abgeschlossene Lehre und zur Zeit würden 4 Lehrlinge ausgebildet.

Unter der erwähnten Position konnten insgesamt 9 Punkte verteilt werden. Die Beschwerdeführerin reichte mit ihren Unterlagen weder ein Organigramm ein noch machte sie Angaben über die Qualifikation ihres Personals noch über die Lehrlinge. Für diese drei Gebiete erhielt sie demnach jeweils 0 Punkte. Die mit der Beschwerdeschrift eingereichten Unterlagen können nicht mehr berücksichtigt werden, da, wie erwähnt, eine Offerte nach dem Zuschlagsentscheid nicht mehr ergänzt werden kann. Der Einwand der Beschwerdeführerin ist als unbegründet zurückzuweisen.

- d) Unter dem Titel Qualitätssicherheit und Kundendienst (Position 13.2.3) erhielt die Beschwerdeführerin 0 statt 6 Punkte. Dazu legt sie dar, dass ihr Personal hinsichtlich Qualität stets überwacht werde. Bauführer und Baustellenleiter seien immer auf dem Laufenden. Die Abnahme eines Werks erfolge gemeinsam mit dem Architekten und nach dem Ausführen der Arbeiten stehe ihr Kundendienst dem Auftraggeber zur Verfügung.

Die Beschwerdeführerin hat in den Vergabeunterlagen die Frage, ob sie über eine ISO-Zertifizierung verfüge (vgl. Punkt 12.1 der Vergabeunterlagen), mit Nein beantwortet. Über den Kundendienst machte sie keine Angaben. Sie kann somit für diese beiden Positionen keine Punkte beanspruchen.

- e) Die Beschwerdeführerin bringt hinsichtlich der Rubrik 13.2.4, für welche sie 0 Punkte zugesprochen erhielt, vor, sie sei bestens ausgerüstet und stets auf dem neuesten Stand der Technik (Rubrik 13.2.4). Sie machte aber in ihrer Offerte keine Angaben über Werkzeuge, Maschinen und Informatik. Die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens eingereichten Unterlagen bleiben unberücksichtigt. Der Entscheid des Gebäudedepartements, 0 Punkte zuzusprechen, erfolgte zu Recht.
- f) Die Beschwerdeführerin kritisiert weiter die Position 13.3 Referenzen. Ihre Einwände sind nicht weiter zu hören, da sie das Punktemaximum von 3 Punkten erhielt und infolgedessen nicht benachteiligt ist.
- g) Die Beschwerdeführerin machte in den Offertunterlagen zu den Positionen 13.4.1 und 13.4.2 in den Vergabeunterlagen keine Angaben und erhielt deshalb jeweils 0 Punkte. Dieser Entscheid lässt sich nicht beanstanden. Die im Beschwerdeverfahren vorgebrachten neuen Tatsachen können, wie bereits mehrmals erwähnt, nicht mehr berücksichtigt werden.
- h) Unter der Position 13.4.3 erhielt die Beschwerdeführerin - wie die anderen Mitbewerber auch - 0 Punkte, weil keine Angaben über Unterakkordanten verlangt wurden. Mit diesem Vorgehen des Gebäudedepartements kann zwar das Maximum von 300 Punkten nicht erreicht werden. Ob damit ein

formeller Mangel vorliegt, kann aber offen bleiben, da alle Anbieter gleich behandelt wurden. Aber selbst wenn man der Beschwerdeführerin hierfür 1% x 3 Punkte zusprechen würde, würde sie nicht auf den ersten Platz gelangen.

5. Zusammenfassend ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin die Vergabeunterlagen ungenügend ausgefüllt hatte und deswegen Abzüge in der Bewertung ihrer Offerte in Kauf nehmen musste. Eine nachträgliche Korrektur im Rahmen des Beschwerdeverfahrens und mithin nach dem Zuschlagsentscheid ist unzulässig. Der angefochtene Entscheid ist somit zu bestätigen und die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die unterliegende Beschwerdeführerin kostenpflichtig (Art. 131 Abs. 1 VRG). Die Verfahrenskosten werden auf 800 Franken festgesetzt (Art. 1 und 2 des Tarifs vom 17. Dezember 1991 der Verfahrenskosten und Entschädigungen in der Verwaltungsjustiz, SGF 150.12).