

II. Verwaltungsgerichtshof. Entscheid vom 23. März 2000 in der Beschwerdesache **(2A 99 21) X. AG**, vertreten durch Fürsprecher ..., Beschwerdeführerin, gegen den **Oberamtmann des Saanebezirks**, Reichengasse 54, 1700 Freiburg, den **Gemeindeverband Spital und Pflegeheim des Sensebezirks**, 1712 Tafers, vertreten durch Rechtsanwalt ..., sowie die Arbeitsgemeinschaft Y., Beschwerdegegner, betreffend **Arbeitsvergabe (Entscheid des Oberamtmanns des Saanebezirks vom 24. Februar 1999)**

hat sich ergeben:

- A. Im Januar 1998 schrieb der Gemeindeverband Spital und Pflegeheim des Sensebezirks (nachfolgend: Gemeindeverband) die Arbeiten für den Um- und Erweiterungsbau des Spitals zur Vergabe aus. Als Verfahrensart wurde das offene Verfahren angegeben. Zuständig für den Zuschlag ist, nach Anhören der Anträge der Baukommission, der Vorstand des Gemeindeverbands. Technische Aspekte werden von einem Bauausschuss oder von entsprechenden Fachpersonen behandelt.

Die für die Arbeitsgattung Nr. 221.1 "..." (1. Etappe, Rohbau) interessierten Unternehmer konnten sich beim Generalplaner bis zum 20. Februar 1998 melden. Die Firma X. AG aus ... (Kanton ...), die sich für die Arbeiten interessierte, erhielt vom Generalplaner am 28. August 1998 Frist bis zum 29. September 1998, um eine Offerte einzureichen. Insgesamt gingen zwölf Angebote ein. Sechs Unternehmer wurden in die engere Wahl gezogen, darunter die bereits erwähnte Firma X. AG sowie die Arbeitsgemeinschaft Y., bestehend aus den Firmen ..., (nachfolgend: ARGE Y.). Die Offerten präsentierten sich wie folgt:

Unternehmung	Offerte in Franken	Abweichung
X. AG	428'855.84	
R. AG	527'722.89	23%
H. AG	529'385.85	23%
ARGE Y.	536'538.81	25%
E. AG	541'757.38	26%
A. AG	572'224.50	33%

In ihrer Sitzung vom 29. Oktober 1998 beschloss die Baukommission, dem Vorstand zu beantragen, die Arbeiten zum Preis von 428'855 Franken der Firma X. AG zu vergeben. Der Entscheid erfolgte unter der Voraussetzung,

dass von der Firma alle Kriterien erfüllt werden und auch der hohe Rabatt kein stichhaltiger Grund für eine Nichtberücksichtigung darstellt.

- B. Der Vorstand behandelte die Angelegenheit am 20. November 1998, wobei er den Entscheid auf den 1. Dezember 1998 vertagte. In dieser Sitzung vergab er die Arbeiten für 536'500 Franken der ARGE Y. Dieser Entscheid wurde der X. AG am 4. Dezember 1998 ohne Begründung mitgeteilt.

Gegen diese Verfügung erhob die um 107'682.97 Franken (= 25%) billiger offerierende X. AG Einsprache. Sie verlangte die Aufhebung des Entscheids und die Zurückweisung der Angelegenheit an den Gemeindeverband zur Neuentscheidung.

Am 5. Januar 1999 gab der Staatsrat des Kantons Freiburg einem vom Oberamtmann des Sensebezirks gestellten Ausstandsbegehren statt und überwies die Angelegenheit zur weiteren Behandlung dem Oberamtmann des Saanebezirks. Dieser wies mit Entscheid vom 24. Februar 1999 die Einsprache ab im Wesentlichen mit der Begründung, der offerierte Preis sei nur eines von mehreren Kriterien, das es bei einem Zuschlag zu berücksichtigen gelte.

Am 10. März 1999 kam es zwischen dem Gemeindeverband und der ARGE Y. zum Vertragsabschluss.

- C. Die Firma X. AG lässt am 29. März 1999 gegen den Entscheid des Oberamtmanes des Saanebezirks vom 24. Februar 1999 Verwaltungsgerichtsbeschwerde führen mit den Anträgen, der Zuschlag an die ARGE Y. sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen (Rechtsbegehren 1); der Beschwerde sei ohne Anhören der Gegenpartei, d.h. superprovisorisch, die aufschiebende Wirkung zu erteilen (Rechtsbegehren 2 und 3); eventuell sei festzustellen, dass der Zuschlag rechtswidrig erfolgt sei (Rechtsbegehren 4).

- D. Mit Schreiben vom 31. März 1999 hat der Instruktionsrichter die Parteien angewiesen, bis zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung alle Vollziehungsvorkehrungen zu unterlassen. Zum Zeitpunkt dieses Entscheids wusste er nicht, dass der Werkvertrag bereits abgeschlossen worden war.

Der Oberamtmann des Saanebezirks beantragt in der Beschwerdeantwort vom 13. April 1999 Abweisung der Beschwerde. Die ARGE Y. weist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass die Arbeiten begonnen hätten und sie wegen des Arbeitsunterbruchs Schadenersatz verlangen werde.

In ihrer Antwort vom 14. April 1999 schliesst der Gemeindeverband auf Abweisung der Beschwerde. Für den Fall, dass der Beschwerde die

aufschiebende Wirkung zuerkannt würde, beantragt er die Leistung von Sicherheiten von 50'000 Franken für die Verfahrenskosten und die Parteientschädigung sowie die Hinterlegung von 748'850 Franken als Sicherheit für die entstehenden Schäden und Unkosten.

...

- E. Mit Eingabe vom 23. April 1999 zog die X. AG das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zurück.

Der II. Verwaltungsgerichtshof zieht in Erwägung:

1. a) Der angefochtene Entscheid stützt sich auf die Bestimmungen des Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB; SGF 122.91.1). Nach Art. 1 dieses Gesetzes unterstehen die öffentlichen Beschaffungen des Staates, der Gemeinden und anderer Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben den Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGF 122.91.2). Gemäss Art. 2 GöB sind Entscheide mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht anfechtbar (Ab. 1). Die Entscheide der Gemeinden und der übrigen Träger kommunaler Aufgaben sind Gegenstand einer vorgängigen Beschwerde an den Oberamtmann (Abs. 2). Die Beschwerdefrist beträgt zehn Tage (Art. 15 Abs. 2 IVöB i.V.m. Art. 3 GöB).
- b) ...
- c) ...
- d) ..
2. ...
3. Der Gemeindeverband hat den Werkvertrag mit der ARGE Y. bereits abgeschlossen. Darauf hat die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung zurückgezogen. Damit werden ihre Rechtsbegehren 1, 2 und 3 hinfällig. Unter diesen Umständen brauchen auch die Anträge des Gemeindeverbands um Sicherheitsleistung nicht behandelt

zu werden. Zu prüfen bleibt Rechtsbegehren 4, also die Frage, ob der Zuschlag an die ARGE Y. rechtswidrig erfolgte.

4. Hinsichtlich der Beschwerdegründe und der damit dem Verwaltungsgericht zustehenden Kognition enthält Art. 16 IVöB eine Regelung, die sich wörtlich mit Art. 77 VRG deckt. Gerügt werden kann somit die Verletzung des Rechts einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens sowie die unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts. Nicht geltend gemacht werden kann jedoch Unangemessenheit.
5. Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass sich der Oberamtmann mit den Vorgängen um die Vergabe des Auftrags an die ARGE Y. nicht auseinandergesetzt habe. Sie selbst sei unter keinem Zuschlagskriterium negativ beurteilt worden. Der Vorstand habe die Vergabekriterien am 4. August 1998 bestimmt, wobei die Lehrlingsausbildung ein unzulässiges Zuschlagskriterium darstelle, weil sie mit dem konkreten wirtschaftlichen Nutzen für den Arbeitgeber keinen Zusammenhang habe. Nach dem 29. Oktober 1998 habe der Vorstand die in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien bewertet, was in der Ausschreibung nicht vorgesehen war. Hinweise darauf, wie die für den Zuschlagsentscheid massgebende Punkteliste zustande gekommen sei, habe der Gemeindeverband nicht mitgeteilt. Es sei absolut unverständlich, wie die Beurteilung durch den Vorstand dazu führen konnte, dass die Offerte der Beschwerdeführerin - nachdem die Baukommission empfohlen hatte, ihr den Zuschlag zu erteilen - schliesslich auf Rang 3 der Punkteliste gesetzt wurde.

Der Gemeindeverband rügt u.a. vor, die Beschwerde sei nicht begründet und die Beschwerdeführerin setze sich mit dem angefochtenen Entscheid nicht auseinander. Er habe die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung gewichtet und veröffentlicht. Abweichungen von der Reihenfolge seien keine vorgenommen worden. Für den Zuschlag sei nicht allein der Preis ausschlaggebend gewesen.

6. a) Die vergebende Behörde legt die für eine Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Dabei steht ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu. Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB), muss die Festlegung der Zuschlagskriterien jedoch zu Beginn des Verfahrens erfolgen (vgl. zu den Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen: Art. 14 und 15 des Reglements vom 28. April 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen, ÖBR, SGF 122.91.1). Der Auftraggeber übergibt die Ausschreibungsunterlagen allen Anbietern, die darum ersucht haben, und allen Interessenten, die an der Ausschreibung teilnehmen möchten (Art. 15 Abs. 3 ÖBR). Die Ausschreibungsunterlagen

enthalten unter anderem die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung sowie die Kostenelemente, wie die Kosten für Transport und Kontrolle, für Zölle und Einfuhren, die zur Bewertung der angebotenen Preise zu berücksichtigen sind (Art. 15 Abs. 1 lit. i ÖBR). Die Vergabebehörde ist verpflichtet, alle Zuschlagskriterien, die sie bei der Bewertung der Angebote berücksichtigen wird, zum Voraus und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuzählen; zumindest muss sie die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenkt, zum Voraus deutlich präzisieren, um jede Gefahr von Missbrauch und Manipulationen von Seiten des Auftraggebers zu verhindern. Der Zuschlag muss laut Bundesgericht unter optimalen Bedingungen der Transparenz und des Wettbewerbs erfolgen. Es bestehe sonst die Gefahr, dass das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Submittenten verfälscht würde, wenn die Vergabebehörde die Möglichkeit hätte, im Verlaufe des Vergabeverfahrens, nach Einreichung der Angebote, die Zuschlagskriterien sowie ihre entsprechenden Werte frei zu ändern. Es sei der Vergabebehörde nicht untersagt, gewissen Zuschlagskriterien grösseres Gewicht beizumessen als anderen oder sogar gewisse Kriterien überhaupt nicht zu berücksichtigen. Es ist aber erforderlich, dass sie es zum Voraus allen Submittenten bekannt gibt (BGE 125 II 86 Erw. 7c; Olivier Rodondi, Le droit cantonal des marchés publics, in RDAF 55/1999 S. 284 ff., 302 und 304 ff.).

Es ist somit Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; dies schliesst auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien ein. Werden bekanntgegebene Kriterien ausser Acht gelassen, die Bedeutungsfolge umgestellt, andere Gewichtungen vorgenommen oder andere zusätzliche Kriterien herangezogen, die nicht bekanntgegeben wurden, handelt die Auftraggeberin vergaberechtswidrig (Entscheid der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, Baurecht, BR, 1999 S. 141 Nr. S25).

- b) Der Vorstand des Gemeindeverbands hat mehrere Eignungs-, Zuschlags- sowie Ausschlusskriterien festgelegt. Als Zuschlagskriterien bezeichnete er: 1. Qualität; 2. Einhaltung der geforderten Termine; 3. Betriebskosten; 4. Preis; 5. Lehrlingsausbildung; 6. Ökologie; 7. Ästhetik, Kreativität, Zweckmässigkeit der Leistung, techn. Wert; 8. Qualitätssicherung. Eine bestimmte Gewichtung, etwa in Punkten, hat er ursprünglich nicht vorgenommen. Dazu hat der Bauausschuss am 26. November 1998 ein neues Bewertungssystem für die Vergabekriterien, das mit Punkten eine Gewichtung vorsieht, diskutiert. Am gleichen Tag hat die Baukommission ihren Entscheid vom 29. Oktober 1998 "überarbeitet resp. die Angebote neu bewertet" und unter anderem entschieden, dass die Bewertung der Angebote aufgrund der neuen Termsituation angepasst werde. Unter das Kriterium Ökologie subsumierte der Vorstand das Unterkriterium Distanz und sprach der Beschwerdeführerin hierfür 0 Punkte und den übrigen Bewerbern, die alle aus dem Sensebezirk stammen, je 4 Punkte zu. Hätte die

Beschwerdeführerin in der Auswertung der Zuschlagskriterien in Ökologie wie die anderen Bewerber das Maximum erhalten, wäre sie mit 295 Punkten an die erste Stelle gekommen. Ausschlaggebend, die Beschwerdeführerin nicht zu berücksichtigen, war somit offensichtlich ihr Geschäftssitz.

7. Gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) dürfen ortsfremde Anbietende bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden. Zulässig sind ihnen gegenüber nach Art. 3 Abs. 1 BGBM nur Beschränkungen, welche gleichermassen auch für ortsansässige Personen gelten (lit. a), zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich sind (lit. b) und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entsprechen (lit. c). Als überwiegendes öffentliches Interesse kommt unter anderem der Schutz der natürlichen Umwelt in Betracht (Art. 3 Abs. 2 lit. b BGBM). Eine auf diese Bestimmung gestützte Beschränkung darf jedoch in keinem Fall ein verdecktes Handelshemmnis zugunsten einheimischer Wirtschaftsinteressen enthalten (Art. 3 Abs. 4 BGBM). Ein Abstellen auf die Anfahrtswege, die ein Anbieter von seinem auswärtigen Geschäftsstandort bis zum Einsatzort zurücklegen muss, ist unter dem Aspekt der Gleichbehandlung höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weit entfernt gelegenen Anbietern mit sich bringt. Würde generell auf die Länge der Anfahrtswege abgestellt, würde damit der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz weitgehend verunmöglicht (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich in Umweltrecht in der Praxis, URP, 1999 S. 515). Es verstösst gegen Sinn und Zweck der Binnenmarktgesetzgebung, die den freien Marktzugang und die Gleichbehandlung ortsansässiger mit ortsfremden Anbietern bezweckt (Art. 3 BGBM). Das Geschäftsdomizil dürfte grundsätzlich kaum einen Einfluss auf die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit eines Anbieters haben.

Im vorliegenden Fall erweist sich die Distanz zwischen Tifers als Einsatzort und ... als Geschäftsdomizil der Beschwerdeführerin nicht als geeignetes Zuschlagskriterium. Der Gemeindeverband behauptet denn auch nicht, dass die Transporte von ... nach Tifers erhebliche Auswirkungen auf die Umwelt haben werden. Weiter liessen seine Ausschreibungsunterlagen nicht erkennen, dass diesem Umstand überhaupt ein Gewicht beigemessen würde, so dass sich die Anbieter zur vorgesehenen Transportweise hätten äussern können. Mithin wurden das Gleichbehandlungsgebot und das Verbot der Diskriminierung verletzt. Der Beschwerdeführerin wurde ein Nachteil auferlegt, der für die anderen Anbieter, welche allesamt aus dem Sensebezirk stammen, nicht galt. Ein solches Vorgehen ist unzulässig (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 194). Die Beschwerdeführerin wurde somit klar benachteiligt, weshalb sich der Zuschlag an die ARGE Y. als rechtswidrig erweist.

Die Beschwerde ist aber noch aus einem anderen Grund gutzuheissen.

8. Es wurde bereits gesagt, dass die Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens erfolgen müssen. Aus der Bekanntgabe muss aber auch ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst. Steht es nämlich der Vergabestelle frei, den Anbietern die Gewichtung massgeblicher Entscheidkriterien zunächst vorzuenthalten und sie erst bei der Angebotsbewertung abzurufen, führt dies zu undurchsichtigen, missbrauchanfälligen Verfahren, denen das auf Transparenz dringende Vergaberecht einen Riegel schieben will. Das ist ganz offensichtlich, wenn die Vergabestelle berechtigt sein soll, noch nach der Offerteröffnung (und damit in voller Kenntnis der eingereichten Offerten) am Bewertungsschema herumzuwerkeln. Ohne Angaben zur Gewichtung nützt die Reihenfolge herzlich wenig (vgl. hierzu die kantonale und bundesgerichtliche Rechtsprechung in BR 1999 S. 142 ff.).

Im vorliegenden Fall bestand eine Rangfolge der Zuschlagskriterien, die zwar während des Verfahrens nicht geändert wurde. Indes wurden nachträglich Unterkriterien hinzugefügt (vgl. oben Erw. 6b). Insbesondere wurden auch die Gewichtungsfaktoren später festgelegt und zwar nach Abschluss des Offertverfahrens und Eröffnung der Angebote sowie nachdem die Baukommission dem Vorstand bereits beantragt hatte, die Arbeiten der Beschwerdeführerin zu übergeben. Mit diesem Vorgehen hat der Gemeindeverband gegen das Transparenzgebot verstossen. Es lässt klar den Verdacht einer willkürlichen, auf einen bestimmten Anbieter zugeschnittene Bewertung der Angebote zu.

9. Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass der Gemeindeverband in unzulässiger Weise die Distanz in die Bewertung aufgenommen und die Gewichtung der Kriterien nachträglich, ohne die Anbieter zu informieren, vorgenommen hat. Damit hat er die durch die IVöB verlangte gegenseitige Öffnung der Kantone und der Gemeinden bei der Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge unterlaufen und die Förderung des wirksamen Wettbewerbs in ihr Gegenteil verkehrt. Er hat - das springt klar in die Augen - ortsansässige Unternehmer bevorzugen wollen. Ein solcher "Heimatschutz" verletzt das Gesetz.

Die Beschwerde erweist sich somit als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist. Bei diesem Ergebnis erübrigt es sich, die Einwände des Gemeindeverbands einer näheren Prüfung zu unterziehen.

9. Damit müsste der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an den Gemeindeverband zurückgewiesen werden. Der Zuschlag ist aber erfolgt, der Werkvertrag abgeschlossen und die Arbeiten offenbar im vollen Gange,

wenn mittlerweile nicht gar abgeschlossen. Unter diesen Umständen bleibt lediglich festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IVöB; vgl. auch Art. 9 Abs. 3 BGBM). Im Hinblick auf diesen Feststellungsentscheid ist eine Rückweisung an die Vorinstanz nicht mehr erforderlich (vgl. dazu Baurechtsentscheide Kanton Zürich, BEZ, 1999 Nr. 26 Erw. 6c). Folglich bleibt festzustellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig im Sinne der Erwägungen ist (BGE 125 II 86 Erw. 8; Rodondi, a.a.O., S. 310 ff.).

10. Verfahrenskosten werden keine erhoben (Art. 133 VRG).

Hingegen hat der Gemeindeverband die Parteikosten der Beschwerdeführerin zu übernehmen (Art. 137 VRG). ...

**Demnach entscheidet
der II. Verwaltungsgerichtshof:**

1. Die Beschwerde wird, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist, gutgeheissen und es wird festgestellt, dass der Vergabeentscheid rechtswidrig ist.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Gemeindeverband wird verpflichtet, Rechtsanwalt ... eine Parteientschädigung von 5624.40 Franken zu bezahlen.

210;210.2