II. Verwaltungsgerichtshof. **Entscheid vom 16. November 1999 i**n der Beschwerdesache **(2A 99 38) Firma A**, ... vertreten durch Rechtsanwalt ..., Beschwerdeführerin, gegen den **Oberamtmann des Saanebezirks**, Reichengasse 51, Postfach 96, 1702 Freiburg, und das **Spital und Pflegeheim des Sensebezirks**, 1712 Tafers, letzteres vertreten durch Rechtsanwalt ..., Beschwerdegegner, betreffend **Arbeitsvergabe, Mangelnde Transparenz im Submissionsverfahren, (Entscheid des Oberamtmannes vom 6. April 1999)**

Aus dem Sachverhalt:

A. Der Gemeindeverband Spital und Pflegeheim des Sensebezirks (nachfolgend: Gemeindeverband) schrieb im Februar 1998 verschiedene Arbeiten für den Um- und Erweiterungsbau des Spitals (2. Etappe, Installationen) öffentlich 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 Arbeiten der 2. Etappe interessierten Unternehmer konnten sich beim Generalplaner bis zum 20. März 1998 melden. Eingabetermin war der 8. September 1998. Für die Arbeitsgattung Nr. 244/245, Lüftungs- und Klimaanlagen, offerierten neun Unternehmer unter anderem die Firmen:

- die Firma A,
- die Firma B,
- die Firma C.

B. In der Sitzung vom 4. August 1998 genehmigte der Vorstand für die Vergabe der Aufträge folgende Kriterien:

1. Eignungskriterien

Die Beurteilung der Eignung der Anbieterinnen und Anbieter erfolgt aufgrund der nachfolgenden Kriterien und Nachweise:

1.1 Finanzielle Leistungsfähigkeit
1.2 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
1.3. Technische Leistungsfähigkeit
1.4 Organisatorische Leistungsfähigkeit

2. Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien sind in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in der

Ausschreibung aufzuführen. Den Zuschlag erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot aufgrund der nachfolgenden Kriterien:

2.1 Qualität
2.2 Einhaltung der geforderten Termine
2.3 Betriebskosten, Kundendienste, Service
2.4 Preis
2.5 Lehrlingsausbildung
2.6 Ökologie
2.7 Ästhetik, Kreativität, Zweckmässigkeit der Leistung, Techn. Wert
2.8 Qualitätssicherungssystem

3. Ausschlusskriterien

Vom Verfahren ausgeschlossen werden können Anbieterinnen und Anbieter, auf die namentlich nachfolgende Kriterien zutrifft:

3.1 Erteilung falscher Auskünfte
3.2 Steuern, AHV-IV-EO-Beiträge, Arbeitslosenversicherungs- und SUVA-Prämien, Pensionskassenbeiträge nicht bezahlt
3.3 Konkurs- und Nachlassverfahren im Gang
3.4 Betreibungen vorhanden
3.5 Keine Einhaltung der gesetzlichen Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen
3.6 Keine Gleichbehandlung von Mann und Frau bez. Löhnen
3.7 Wettbewerbsbehindernde Abmachungen erfolgt (Preisabsprachen).

C. Am 17. September 1998 hielten Baukommission und Bauausschuss eine gemeinsame Sitzung ab. Dabei wurde über die eingereichten Offerten hinsichtlich der Arbeiten für die Lüftungs- und Klimaanlagen orientiert und verschiedene Unterlagen abgegeben. Die Offerteröffnung ergab folgende Angebotssummen (Nettobeträge):

- A: Fr. 1'144'924.00
- B: Fr. 1'321'829.00
- C: Fr. 1'202'112.70

Die Anbieter wurden offenbar über die Offerteneingänge nicht informiert.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 1998 gelangte die Firma B an den Präsidenten der Baukommission und teilte ihm unter anderem mit, was folgt:

"Aus Ihrer Preiseröffnung der Lüftungsanlagen ersehen wir, dass die Firma A hinsichtlich Offertpreise die erste Position einnimmt. Wir sehen uns daher veranlasst, Sie auf folgende Punkte hinzuweisen:

Als Mitglied der paritätischen Landeskommission für das Heizungs-, Klima-, Spenglerei- und Sanitärinstallationsgewerbe bitte ich Sie, bei Herrn R. (Präsident der Kommission) telefonische Auskunft (..) über die Firma A

einzuholen. Wir führen laufend Problemfälle der Firma A zu Ende, welche die Aufträge jeweils mit Unterakkordanten und französischen Arbeitern ausführt."

In der Sitzung vom 29. Oktober 1998 stellte die Baukommission fest, dass aufgrund von Gerüchten die erstplazierte Firma A einen schlechten Ruf habe und ausländische Arbeiter ohne Bewilligung beschäftigen solle. Nach genauer Überprüfung und Nachfragen könnten diese Vorwürfe jedoch nicht bewiesen werden. Die Kommission lehnte den "Vergebungsantrag A" mit 5 Ja und 8 Nein Stimmen ab und beschloss, den Zuschlagsentscheid aufzuschieben und die Planer zu beauftragen, bis zur nächsten Sitzung abzuklären, *"ob Arbeitsgemeinschaften in Frage kommen und ...-Geräte auch zum Preis von ...-Geräten angeboten werden"* könnten.

D. Am 3. November 1998 fand eine ausserordentliche Vorstandssitzung statt. Der Vorstand stellte fest, dass sich die Baukommission über die Vergabe der Lüftungsanlage nicht einigen könne und demnach auch keinen Antrag stelle. Die Baukommission habe deshalb beschlossen, die Arbeitsvergabe um einen Monat zu verschieben, um folgende Punkte abzuklären:

- Garantie auf Material
- eine Montageaufteilung
- Monoblöcke ... - Mehrkosten
- Service nach Bauvollendung
- Monteure - Aufenthaltsbewilligung
- Ökologie.

In der Zwischenzeit haben sich die beiden Anbieter Firma B und Firma C nachträglich zu einer Arbeitsgemeinschaft (ARGE) zusammengeschlossen.

Am 26. November 1998 führte die Baukommission eine weitere Sitzung durch. Über die Arbeitsvergabe Lüftung/Klima ist im Protokoll Folgendes festgehalten:

"An der letzten BK (= Baukommission)*-Sitzung wurde der Antrag des Generalplaners zurückgewiesen. Die nötigen zusätzlichen Abklärungen (Arbeitsgemeinschaften, ...-Geräte und Materialgarantien) sind erfolgt und führen zu einem neuen Antrag. Die Planer beantragen die Vergabe des Auftrages an die ARGE.*

Begründung: Die Unsicherheiten gegenüber der Firma A konnten weder bestätigt noch beseitigt werden. Die neue ARGE erfüllt die Kriterien in Bezug auf Serviceleistungen, Ökologie und Kompetenz besser als die Firma A, ist jedoch auch etwas teuer".

Die Baukommission beschloss darauf einstimmig, dem Vorstand zu beantragen, die Lüftung an die ARGE zu vergeben. Sie stellte zudem fest, dass die Firma B auf den 1. Januar 1999 durch die Firma E übernommen werde.

E. In der ausserordentlichen Vorstandssitzung vom 1. Dezember 1998 übergab der Vorstand die Arbeiten antragsgemäss der ARGE zu einem Betrag von 1'202'722 Franken. Diesen Entscheid teilte er mit Schreiben vom 4. Dezember 1998 der Firma A mit.

Gegen den Zuschlag an die ARGE reichte die Firma A am 16. Dezember 1998 beim Oberamtmann des Sensebezirks Beschwerde ein mit dem Antrag, der Vergabeentscheid der Bauherrschaft des Spitals Tafers sei zurückzuweisen. Zur Begründung brachte sie vor, sie hätte das günstigere Angebot unterbreitet. Der Oberamtmann des Saanebezirks, dem die Angelegenheit zur Beurteilung überwiesen wurde, wies am 6. April 1999 die Beschwerde ab im Wesentlichen mit der Begründung, der offerierte Preis sei nur eines von mehreren Kriterien, der es bei einem Zuschlag zu berücksichtigen sei.

F. Mit einer in französischer Sprache abgefassten Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom 7. Mai 1999 stellte die Firma A den Antrag, der Entscheid des Oberamtmannes sei aufzuheben oder, subsidiär, es sei festzustellen, dass der Zuschlagsentscheid vom 4. Dezember 1998 rechtswidrig ("illicite") sei.

Am 12. Mai 1999 wies der Instruktionsrichter die Verfahrensbeteiligten an, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung sämtliche Massnahmen, die zu einem Vertragsabschluss führen könnten, zu unterlassen. Diese Verfügung wurde am 19. Mai 1999 bestätigt und die Firma A gleichzeitig aufgefordert, ihre Beschwerde in deutscher Sprache einzureichen. Dieser Aufforderung kam die Firma A mit Eingabe vom 28. Mai 1999 nach.

G. Mit Entscheid vom 2. Juli 1999 erteilte der II. Hof des Verwaltungsgerichts von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung und wies die Gesuche des Spitals um Sicherheitsleistung für die Verfahrenskosten und eine mögliche Parteientschädigung sowie um die Hinterlegung eines Geldbetrages als Sicherheitsleistung für die mutmasslichen Schäden und Unkosten im Hinblick auf die Gewährung der aufschiebenden Wirkung ab. Dieser Entscheid erwuchs in Rechtskraft.

H. Der Oberamtmann beantragt mit Eingabe vom 10. Juni 1999, die Beschwerde abzuweisen. In seiner weitschweifenden, mehr als 50 Seiten umfassenden Beschwerdeantwort ersuchte der Gemeindeverband um sofortige

Entziehung der aufschiebenden Wirkung. Er beantragt weiter, dass auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, eventuell sei sie abzuweisen.

Die Firma A reichte auf Veranlassung des Instruktionsrichters am 22. Oktober 1999 ihre Gegenbemerkungen ein; sie hält an ihren Begehren fest. Auf das Einholen von Schlussbemerkungen wurde verzichtet und der Schriftenwechsel am 25. Oktober 1999 als abgeschlossen erklärt.

Auf die Begründungen der einzelnen Anträge wird, soweit für die Rechtsfindung notwendig, in den nachfolgenden Erwägungen eingetreten.

Rechtliche Erwägungen:

1. a) In seiner Vernehmlassung vom 25. August 1999 beantragt der Gemeindeverband, auf die Beschwerde nicht einzutreten, da die Rechtsmittelfrist nicht eingehalten sei. Die Rechtsmittelfrist beträgt im vorliegenden Fall zehn Tage (vgl. dazu die Ausführungen im Entscheid vom 2. Juli 1999 über die aufschiebende Wirkung). Die Firma A hat diese Frist nicht eingehalten. Sie hielt sich dabei an die Rechtsmittelbelehrung im angefochtenen Entscheid, der mit einer Rechtsmittelfrist von dreissig Tagen versehen ist. Dem II. Verwaltungsgerichtshof ist dieser Umstand nicht entgangen und er hat in seiner Verfügung vom 2. Juli 1999 festgestellt, dass aus Gründen des Vertrauensschutzes auf die Beschwerde einzutreten ist. Es besteht keine Veranlassung, auf diesen Entscheid zurückzukommen, umso weniger als der Gemeindeverband zu dieser Frage keine neuen Argumente vorbringt.

   b) Hinsichtlich der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts, der anwendbaren Bestimmungen und der übrigen Formerfordernisse wird auf die Erwägungen im Entscheid vom 2. Juli 1999 verwiesen. In Bezug auf die Beschwerdegründe und der damit dem Verwaltungsgericht zustehenden Kognition enthält Art. 16 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGF 122.91.2) eine Regelung, die sich wörtlich mit Art. 77 des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; SGF 150.1) 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.

2. Die Firma A macht in ihrer Beschwerdeschrift unter anderem geltend, sie sei vorerst auf den ersten Platz gesetzt worden. Knapp einen Monat später sei das nicht mehr der Fall gewesen. Wahrscheinlich sei dieser Umstand auf das berühmte Gerücht zurückzuführen gewesen, das sich aber als unbegründet erwiesen habe. In den Gegenbemerkungen rügt sie zusätzlich die mangelnde Transparenz. Die Ausschreibung vom 13. Februar 1998 habe keinerlei Angaben betreffend Vergabekriterien und Rangreihenfolge enthalten. Die Ausschreibungsunterlagen habe sie am 31. Juli 1998 bekommen, die Qualifikations- und Zuschlagskriterien seien aber erst am 4. August 1998 festgelegt worden. Sie habe somit zum Zeitpunkt der Zustellung der Unterlagen die Zuschlagskriterien nicht kennen können. In der Folge sei die Rangordnung der Kriterien abgeändert worden, was ihr nicht mitgeteilt worden sei.

   Der Gemeindeverband ist der Auffassung, dass keine Gewichtung der einzelnen Kriterien vorgenommen werden müsse. Zudem habe die Firma A über sämtliche Informationen verfügt, was ihr erlaubt habe, eine entsprechende Offerte einzureichen.

3. 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.).

b) Der Vorstand des Gemeindeverbands hat am 4. August 1998 mehrere Eignungs- und Zuschlagskriterien festgelegt. Aus dieser Liste ist nicht klar ersichtlich, ob allen Kriterien das gleiche Gewicht zukam. Der Vorstand hat aber wahrscheinlich eine Gewichtung vorgenommen, hat er doch beschlossen, beispielsweise das Kriterium Lehrlingsausbildung vom ursprünglich vorgesehenen Platz 2.7 auf den Platz 2.5 zu setzen. Aber eine bestimmte Gewichtung, etwa in Punkten, nahm er ursprünglich nicht vor.

c) Bei der Beurteilung der Offerten haben die zuständigen Organe des Gemeindeverbands zum Teil Kriterien hinzugenommen, die in der Liste vom 4. August 1998 (vgl. Punkt 1 des Sachverhalts) nicht enthalten sind. So wollte der Gemeindeverband ein Schwergewicht auf das ...-Gerät setzen und offensichtlich sollten Arbeitsgemeinschaften (ARGE) gegenüber einzelnen Anbietern bevorzugt werden (vgl. Sitzungsprotokoll vom 29. Oktober 1998). Der Zuschlag an die ARGE erfolgte schliesslich wegen der Bildung einer neuen Arbeitsgemeinschaft, der ...-Geräte und der Materialgarantien. Diese drei Kriterien waren in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt. Auch wurde während des Verfahrens die "Rangierung des Preises ... relativiert und auf der anderen ebenfalls publizierten Kriterien korrigiert" (Vernehmlassung des Gemeindeverbands an das Gericht S. 16). Auch diese Änderung wurde offensichtlich den anderen Anbietern nicht bekannt gemacht, namentlich nicht der Firma A. Symptomatisch für das Verhalten des Gemeindeverbands sind schliesslich die in der Beschwerdeantwort (S. 16 ff.) angeführten Bewertungspunkte und Bewertungstabellen, die in den Ausschreibungsunterlagen nicht enthalten waren. Ein solches Vorgehen ist im Rahmen der Transparenz nicht zulässig.

Der Gemeindeverband vertritt in seinen Eingaben an das Gericht die Auffassung, dass die Bewertung nach der Tabelle vom 4. August 1998 erfolgt sei. Diese Behauptung widerspricht den Entscheiden des Vorstands und der Baukommission (vgl. die entsprechenden Sitzungsprotokolle). Der Zuschlag erfolgte deshalb, weil nach Einreichen der Offerten zusätzliche Abklärungen getroffen wurden. Es wurde eine neue Arbeitsgemeinschaft gebildet, die schliesslich den Auftrag erhielt, und es wurde ein Schwergewicht auf die ...-Geräte und die Materialgarantien gesetzt. Diese Kriterien waren der Firma A nicht zum Voraus bekannt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass eine in den Offertunterlagen bezüglich Hersteller und

Modell genau definierte Produktevorgabe (hier ...-Geräte) mit einem offenen Vergabeverfahren nicht zu vereinbaren ist; sie verstösst gegen das Diskriminierungsverbot (AGVE 1998 402).

d) Nach dem Gesagten steht fest, dass der Gemeindeverband bei der Beurteilung der Angebote auch andere als in der Ausschreibung genannten Zuschlagskriterien berücksichtigte und diesen offensichtlich eine grosse Gewichtung beigab. Er informierte die übrigen Anbieter nicht über die neuen Kriterien und jene waren ursprünglich auch gar nicht im Besitze der am 4. August 1998 beschlossenen Zuschlagskriterien. Dieser Mangel ist keineswegs nur von untergeordneter Art. Gerade die drei nachträglich hinzugekommenen Kriterien haben in klarer Art und Weise den Zuschlag beeinflusst. Der Zuschlag muss somit als unzulässig erklärt werden, ohne dass die anderen Beschwerdegründe zu prüfen sind.

4. Bei diesem Ergebnis müsste der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben und die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an den Gemeindeverband zurückgewiesen werden. Der Gemeindeverband gab auf die Frage des Gerichts, ob der Werkvertrag mit der ARGE abgeschlossen sei, keine klare Antwort. Er teilte dem Gericht aber mit, dass die ARGE Mitte Mai 1999 bereits mehr als 50% der Installationen getätigt und 70% der verschiedenen Anlagen produziert habe und dann bis zu den Bauferien alles vollständig geplant und über 80% produziert und davon 70% installiert habe. Somit ist davon auszugehen, dass der Werkvertrag abgeschlossen wurde. Denn vernünftigerweise produziert und installiert kein Unternehmer Anlagen für mehrere 100'000 Franken, ohne vorher einen Vertrag abgeschlossen zu haben. Dieser Vertragsabschluss muss als krasse Missachtung des Gesetzes und der richterlichen Anordnungen bezeichnet werden. Art. 14 Abs. 1 IVöB gestattet den Abschluss des Vertrages mit dem Anbieter erst nach Ablauf der Beschwerdefrist. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass der Instruktionsrichter in seinen Entscheiden vom 12. und 19. Mai 1999 über die vorsorglichen Massnahmen für die Dauer des Beschwerdeverfahrens die Beteiligten anwies, sämtliche Massnahmen, die zu einem Vertragsabschluss führen könnten, zu unterlassen. Das Gericht hat mit Entscheid vom 2. Juli 1999 der Beschwerde zudem die aufschiebende Wirkung erteilt. Der Gemeindeverband hat sich über die Anordnungen des Gerichts hinweggesetzt. Ein solches Verhalten kann nicht hingenommen werden, umso weniger als der Gemeindeverband seit mindestens dem 29. Oktober 1998 durch einen Rechtsanwalt vertreten ist (vgl. Sitzungsprotokoll der Baukommission vom 29. Oktober 1998). Das Gericht sieht sich deshalb veranlasst, bei der Aufsichtsbehörde der Gemeinden, d.h. beim Staatsrat (Art. 77 der Staatsverfassung des Kantons Freiburg vom 7. Mai 1857, KV SGF 10.1) Anzeige zu erstatten.

Unter diesen Umständen bleibt lediglich festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IVöB; vgl. auch Art. 9 Abs. 3 Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6 Oktober 1995, BGBM, SR 943.02). 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 ist die Beschwerde gutzuheissen und festzustellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig im Sinne der Erwägungen ist (BGE 125 II 86 Erw. 8; Rodondi, a.a.O., S. 310 ff.).

Mit dem Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

5. (Verfahrenskosten)

Demnach entscheidet
der II. Verwaltungsgerichtshof:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und festgestellt, dass der Vergabeentscheid rechtswidrig ist.