

4. Vergaberecht

§ 6 Bst. b Submissionsgesetz; Art. 1 Abs. 2 Bst. c und Art. 11 Bst. g IVöB; § 14 Abs. 1 Bst. i, § 28, § 30 Abs. 2 und § 33 Bst. b VRöB. – *Entscheid über den Zuschlag von Tiefbau- und Strassenarbeiten. Rechtliches Gehör (E. 2a und b: Vertraulichkeit von Informationen und Akteneinsichtsrecht; E. 2c: Protokollierungspflicht; E. 2d: Begründungspflicht). Verspätete Beanstandung des Inhalts der Ausschreibungsunterlagen (E. 3a und 4a). Transparenzgebot und Bekanntgabe der Zuschlagskriterien (E. 3b). Gewichtung und Bewertung des Zuschlagskriteriums des Preises (E. 4b). Zahlungsplan als Variante (E. 5).*

Aus dem Sachverhalt (Zusammenfassung):

Im Rahmen der Sanierung der Nationalstrassen N4 und N14 im Kanton Zug liess der Regierungsrat des Kantons Zug zur Vergabe der Tiefbau- und Strassenbauarbeiten für die zweite Etappe, umfassend die Abschnitte Lorientalbrücke bis SBB-Unterführung Unterrüti (N4) sowie Verzweigung Rütihof bis Reussbrücke (N14), durch die Baudirektion ein offenes Vergabeverfahren durchführen. Die öffentliche Ausschreibung erfolgte in den Amtsblättern des Kantons Zug vom 21. und 28. September 2001. Auf Beschluss des Regierungsrats erteilte die Baudirektion mit Verfügung vom 29. Januar 2002 den Zuschlag an die ARGE «B._____» zu einem Preis von rund Fr. 37,7 Mio. Franken. Hiergegen erhob eine der beiden Mitkonkurrentinnen, die ARGE «L._____», am 11. Februar 2002 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zug.

Aus den Erwägungen:

[...]

2. In formeller bzw. verfahrensrechtlicher Hinsicht wird von der Beschwerdeführerin eine Vielzahl von Rechtsverletzungen geltend gemacht:

a) Zunächst wird der Vergabebehörde vorgeworfen, das Recht auf Akteneinsicht verletzt zu haben. Dieser Vorwurf ist unbegründet, da im Submissionsverfahren die Vertraulichkeit von Informationen gemäss Art. 11 Bst. g IVöB gegenüber dem allgemeinen Akteneinsichtsrecht gemäss § 16 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, BGS 162.1) Vorrang hat. Anders verhält es sich für das an das Submissionsverfahren anschliessende Beschwerdeverfahren. Hier haben die Parteien Anspruch auf Einsicht in die Akten, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegen stehen. Im Streitfalle entscheidet das Gericht (in aller Regel der mit der Verfahrensleitung betraute Richter) über den Umfang der Akteneinsicht (siehe auch Zwischenentscheid des VGr SZ vom 23. April 1999, 1004 + 1005/99, EGV-SZ 1999 Nr. 17; Zwischenentscheid des VGr ZH vom 12. September 2001, VB.2001.00095). Entspre-

chend ist vorliegend mit richterlicher Verfügung vom 24. September 2002 über den Antrag der Beschwerdeführerin auf Gewährung der vollumfänglichen Akteneinsicht bereits im Laufe des Beschwerdeverfahrens entschieden worden.

b) Mit Eingabe ihrer Replik hat die Beschwerdeführerin im Sinne eines Gesuchs um Wiedererwägung ihren Antrag auf Gewährung der vollumfänglichen Akteneinsicht erneuert. Bekanntlich gibt es grundsätzlich keinen Anspruch auf Prüfung und Beurteilung eines Wiedererwägungsgesuchs. Nur ausnahmsweise besteht ein Anspruch auf Wiedererwägung. Voraussetzung ist, dass die Umstände sich seit dem ersten Entscheid wesentlich geändert haben oder vom Gesuchsteller erhebliche Tatsachen oder Beweismittel namhaft gemacht werden, die im früheren Verfahren nicht bekannt waren oder deren Geltendmachung damals nicht möglich war oder dazu keine Veranlassung bestand. Die Beschwerdeführerin hat nachträglich nichts vorgebracht, was nicht bereits im Verfahren betreffend Akteneinsicht bekannt gewesen und berücksichtigt worden wäre. Es liegt daher kein Grund vor, auf diesen Entscheid zurückzukommen.

Wenn die Beschwerdeführerin in der Einschränkung des Akteneinsichtsrechts eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt, kann ihr aus folgenden Gründen nicht gefolgt werden: Soweit ihr die Einsicht in die von der Baudirektion eingereichten Akten wegen zu schützender Interessen verwehrt wurde, konnte ihrem Interesse weitgehend durch entsprechende Modalitäten der Einsichtnahme Rechnung getragen werden: An Stelle des Blattes «Zusammenstellung der Angebote» in den Beilagen des Regierungsratsbeschlusses vom 29. Januar 2002, welches einen Preisvergleich aller eingegangenen Angebote aufgeschlüsselt nach einzelnen Arbeitsgattungen enthält, wurden der Beschwerdeführerin die bereinigten Angebotssummen bekannt gegeben. An Stelle der unbeschränkten Einsicht in den Ordner 1 und 2 der mitbeteiligten ARGE «B. _____» konnte die Beschwerdeführerin für einen Vergleich der Konkurrenzofferten auf die Beilagenblätter («Grobbeurteilung der Angebote», «Detail-Beurteilung der Angebote bezüglich der Vergabekriterien», «Begründung zur Beurteilung der Angebote im 1. und 2. Rang bezüglich Vergabekriterien») zum Regierungsratsbeschluss vom 29. Januar 2002 verwiesen werden. Im Übrigen gilt, dass die Gewährung von Einblick in Konkurrenzofferten von vorneherein nicht in Betracht kommt, wo es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte nicht erforderlich ist. Vorliegend wurde die Bewertung der einzelnen Angebote anhand sog. «Sollwert-Anforderungen» vorgenommen, die es jeweils für das Erreichen der maximalen Punktzahl zu erfüllen galt. Um zu überprüfen, ob das Angebot der Beschwerdeführerin korrekt bewertet wurde, kommt es deshalb auf einen Vergleich konkurrierender Angebote im Prinzip nicht an.

Das Gericht ist sich durchaus bewusst, dass dadurch der Beschwerdeführerin die Möglichkeit erschwert wird, vermutete Mängel des Vergabeent-

scheids auf dem Rechtsmittelweg geltend zu machen. Es gilt jedoch auch zu verhindern, dass durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels und unter Berufung auf das Akteneinsichtsrecht die gesetzlich garantierte Vertraulichkeit von Informationen im Vergabeverfahren ohne weiteres unterlaufen werden kann. Dies gebietet sich nicht nur der nach dem Strafgesetzbuch geschützten Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse der Mitkonkurrenten wegen. Auch wäre ansonsten der nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb unbefugten Verwertung fremder (Arbeits-) Leistungen wie Offerten, Berechnungen oder Pläne, welche als solche von der Spezialgesetzgebung zum Schutz von Immaterialgütern nicht geschützt sind, Tür und Tor geöffnet. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn in Submissionsstreitigkeiten das Interesse der Mitkonkurrenten an der vertraulichen Behandlung ihrer Geschäftsgeheimnisse sowie des in den Offertunterlagen zum Ausdruck kommenden unternehmerischen Know-hows gegenüber dem Interesse der beschwerdeführenden Partei an einer uneingeschränkten Akteneinsicht höher eingestuft wird.

[...]

c) Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt die Beschwerdeführerin auch darin, dass die Sitzungen des für die Vergabe verantwortlichen Gremiums nicht protokolliert worden seien. Deswegen sei für sie nicht ersichtlich, wann welche Personen die Angebote wie bewertet hätten. Das Bewertungsverfahren stelle sich daher als im höchsten Masse undurchsichtig dar. Namentlich könne nicht beurteilt werden, ob am Vergabeentscheid Personen mitgewirkt oder sonst darauf Einfluss genommen hätten, die wegen Befangenheit in den Ausstand hätten treten müssen oder deren Mitwirkung zu einer unzulässigen Vorbefassung der ARGE «B._____» führten.

Gemäss dem von der Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang angerufenen BGE 124 V 389 ff. entspricht es einem aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör abgeleiteten allgemeinen Verfahrensgrundsatz, dass entscheidrelevante Tatsachen und Ergebnisse schriftlich festzuhalten sind (Erw. 3a). In diesem Entscheid verweist das Bundesgericht aber ebenso darauf hin, dass es in einem älteren Entscheid eine allgemeine Protokollierungspflicht für das Verwaltungsverfahren verneint habe (Erw. 3b, mit Hinweis auf BGE 74 I 10). Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin schadet es nicht, dass keine verwaltungsinternen Protokolle über die Auswertung der einzelnen Offerten angefertigt wurden. Vielmehr genügt es, dass die entscheidrelevanten Ergebnisse der verwaltungsinternen Besprechungen in den Bewertungstabellen bzw. Beilagen des Regierungsratsbeschlusses schriftlich festgehalten wurden, welche der Beschwerdeführerin auch zur Verfügung gestellt worden sind. Darin kann keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickt werden.

Der Beschwerdeführerin waren auch die mit der Vergabe zur Hauptsache befassten Mitarbeiter des kantonalen Tiefbauamts und die beigezogenen ex-

ternen Fachleute bereits aus den Ausschreibungsunterlagen im Wesentlichen bekannt. Die in der Sache zuständigen Mitarbeiter des Tiefbauamts sind aus dem Staatskalender für jedermann ersichtlich. Beauftragte Ingenieurbüros waren gemäss den Ausschreibungsunterlagen die Y._____ AG, Baar, und die Z._____ AG, Zürich. Hätten der Beschwerdeführerin diese Angaben nicht genügt, hätte sie frühzeitig die genaue Bekanntgabe der mit dem Vergabeentscheid befassten Personen verlangen können. Dahingegen verstösst es gegen Treu und Glauben, Bedenken hinsichtlich der Unvoreingenommenheit der mit dem Vergabeentscheid befassten Personen erst im Rechtsmittelverfahren anzumelden, wenn allfällige Mängel schon vorher hätten festgestellt werden können (vgl. in dieser Hinsicht BGE 117 Ia 322 ff., Erw. 1 c). Nachdem die Beschwerdeführerin offenbar vor dem Vergabeentscheid dazu keine Veranlassung sah, kann sie mit Einwänden dieser Art nun im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht mehr gehört werden.

d) Schliesslich liegt auch keine Verletzung der Begründungspflicht durch die Vergabebehörde vor. In Beachtung von § 30 Abs. 2 der Vergaberichtlinien aufgrund der IVöB vom 14. September 1995 (VRöB, BGS 721.521) hat die Baudirektion auf Gesuch hin der Beschwerdeführerin am 5. Februar 2002 an einer mündlichen Orientierung die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung eröffnet und dazu schriftliche Unterlagen ausgehändigt. Dadurch wurde die Beschwerdeführerin zumindest in die Lage versetzt zu beurteilen, ob sie Beschwerde führen will oder nicht. Im Übrigen ist es nicht ausgeschlossen, dass die Begründung mit der Beschwerdeantwort ergänzt wird (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide - Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 104/2003, S. 1 ff., insbes. S. 19 ff.), ebenso wie eine allfällige Verletzung der Begründungspflicht noch im Rechtsmittelverfahren geheilt werden kann (vgl. etwa Ulrich Häfelin/ Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Zürich 1998, Nr. 1298 mit Hinweisen).

3. In materieller Hinsicht erblickt die Beschwerdeführerin einen Verstoss gegen das Transparenzgebot darin, dass die Bewertungsmatrix und die Unterkriterien zu den Zuschlagskriterien nicht im Voraus bekannt gegeben worden seien. [...]

Und schliesslich soll ihrer Meinung nach auch die Bekanntgabe des Preisbewertungssystems ungenügend gewesen sein, da nicht bekannt gegeben worden sei, wie sich Preisunterschiede in Punkten auswirken würden.

a) Unter diesem Gesichtspunkt muss sich die Beschwerdeführerin allerdings entgegen halten lassen, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die Ausschreibung des Auftrags gesondert anzufechten, wenn sie der Auffassung war, die Ausschreibungsunterlagen seien ungenügend. Die Ausschreibung gilt als anfechtbare Verfügung (§ 6 Bst. b SubmG; § 33 Bst. b VRöB). Dazu gehören gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts auch die Ausschrei-

bungsunterlagen, die als Bestandteil der Ausschreibung zu betrachten sind. Folge davon ist, dass, wer gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben hat, in einem späteren Verfahrensstadium – insbesondere bei der Anfechtung des Zuschlags – Festlegungen, die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen enthalten waren, nicht mehr beanstanden kann (vgl. BGE 125 I 203; BGr. 2. März 2000, 2P.274/1999 und 2P.222/1999). Anderer Ansicht nach gehören zwar die Ausschreibungsunterlagen nicht zur Ausschreibung und können auch nicht Gegenstand einer Beschwerde sein. Doch gebietet es der Grundsatz von Treu und Glauben, bestimmte Mängel derselben frühzeitig und in geeigneter Form bei der ausschreibenden Behörde zu beanstanden, anderenfalls entsprechende Rügen in einem späteren Rechtsmittelverfahren ebenfalls ausgeschlossen sind (vgl. Wolf, a.a.O., S. 5 ff., insbes. S. 10). Dass ein Anbieter befürchten müsste, sich durch blossen Hinweis auf (allfällige) Mängel der Ausschreibungsunterlagen von vornherein um die Chancen auf den Zuschlag zu bringen, erscheint unbegründet.

Die Beschwerdeführerin hat sich auf das Submissionsverfahren eingelassen, ohne dass von ihr die Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in irgendeiner Form bei der ausschreibenden Behörde beanstandet worden wäre. Erst im Nachhinein bringt sie nun vor, dass es aufgrund der veröffentlichten Kriterien für die Submittenten unmöglich gewesen sei, zu erkennen, welche Gesichtspunkte für das Erstellen der Angebote massgeblich gewesen seien. Darüber konnte sie sich jedoch bereits während des laufenden Vergabeverfahrens ausreichend Rechenschaft ablegen. Diesbezügliche Rügen können daher nicht mehr mit Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorgebracht werden. Aus demselben Grund muss auch die Rüge als verspätet gelten, die Bekanntgabe des Preisbewertungssystems sei ungenügend gewesen.

b) Im Übrigen wären die Rügen unbegründet, wie sich aus den nachfolgenden Erwägungen ergibt. [...]

In Konkretisierung des Transparenzgebots (Art. 1 Abs. 2 Bst. c IVöB) verlangt § 14 Abs. 1 Bst. i VRöB im Sinne einer Mindestanforderung, dass die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein müssen. Ob dies zwingend auch die Bekanntgabe der relativen Gewichtung der Zuschlagskriterien beinhalte, ist bekanntlich umstritten, hier aber nicht entscheidend (befürwortend Entscheid der BRK vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 65.10, Erw. 4b; anders BGE 125 II 86 ff., 100 ff. Erw. 7c). Diesem Erfordernis ist mit der vorliegenden Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in jedem Falle Genüge getan worden, indem die massgebenden Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung in Form eines Punktesystems vorgängig bekannt gegeben wurden.

Im Weiteren hat das Bundesgericht entschieden, dass wenn die Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung genügend gewesen

sei, es an sich auch nicht zu beanstanden sei, wenn das System der Bewertung der einzelnen Kriterien im konkreten Fall erst nachträglich, bei der Beurteilung der eingegangenen Offerten, festgelegt worden sei. Für die Rechtsmittelbehörde könne es nur darauf ankommen, ob der Vergebungsentscheid im Ergebnis den zum Voraus bekannt gegebenen Kriterien entspreche (BGE vom 2. März 2000, 2P.222/1999, Erw. 4a). Lediglich wenn die Behörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkret Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen habe und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenke, müsse sie dies den Bewerbern zum Voraus bekannt geben (BGE vom 24. August 2001, 2P.299/2000, Erw. 2c; siehe auch Entscheid der BRK vom 27. Juni 2000, veröffentlicht in VPB 65.10, Erw. 4a).

Auch unter diesem Gesichtspunkt ist die Umschreibung der Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen im hier zu beurteilenden Fall nicht zu beanstanden. Es gibt keine allgemeine Pflicht, zu den publizierten Zuschlagskriterien Unterkriterien zu formulieren oder eine Beurteilungsmatrix zu verwenden (vgl. Peter Galli, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in: BR 4/1999, S. 138; Peter Gauch/ Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Anm. 92). Werden solche zusätzlichen Hilfsmittel erst nachträglich, bei der Bewertung der eingegangenen Offerten, festgelegt, stellt dies keine Verletzung des Transparenzgebots dar. Dass für die Vergabebehörde die bei der Evaluation verwendeten Unterkriterien oder die Bewertungsmatrix (wie die Beschwerdeführerin es nennt) von Anfang an feststanden, so dass diese in den Ausschreibungsunterlagen hätten bekannt gegeben werden können bzw. müssen, darf nicht leicht- hin angenommen werden. Dafür gibt es vorliegend keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr deutet alles darauf hin, dass die Aufgliederung der Zuschlagskriterien und die Definition der Anforderungen bezüglich Zuschlagskriterien erst bei der Beurteilung der Angebote vorgenommen wurden.

[...]

Und schliesslich ist auch nicht ersichtlich, inwiefern die Bekanntgabe des Preisbewertungssystems in den Ausschreibungsunterlagen ungenügend gewesen sein sollte, konnte doch der Verlauf der Preiskurve dem «Muster einer Bewertung» entnommen werden. Daraus war ohne weiteres erkennbar, wie sich Preisunterschiede in Punkten auswirken würden. Es lässt sich daher nicht sagen, dass sich die Beschwerdeführerin über die Bedeutung und Tragweite des zum Voraus in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Preisbewertungssystems nicht im Klaren sein konnte.

4. Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, dass der Angebotspreis als Zuschlagskriterium ungenügend berücksichtigt worden sei. Zur Begründung wird im Wesentlichen vorgebracht, die Vergabebehörde habe zwar den Preis mit 60 von insgesamt 100 möglichen Punkten in die Bewertung einbezogen.

Damit sei der Anschein erweckt worden, dass dem Preis ein Gewicht von 60 Prozent zukomme. Im Ergebnis sei dem Preis jedoch weit weniger Gewicht beigemessen worden. Durch das zur Anwendung gebrachte Preisbewertungssystem sei die Bedeutung der Preisunterschiede in unzulässiger Weise marginalisiert und das Gewicht zusätzlich auf die sog. weichen Faktoren («Qualität», «Termine», «Wiederverwendung Belagsfräsgut») verlagert worden, bei welchen die Punkteskala in aller Strenge ausgenützt worden sei. Ferner sei der Strassenbau weitgehend standardisiert, so dass Qualitätsunterschiede kaum ins Gewicht fielen, weshalb die Gewichtung des Preises im Verhältnis zur Qualität im vorliegenden Fall nicht mehr vertretbar erscheine.

a) Auch in diesem Punkt gilt, dass die Rüge der Beschwerdeführerin verspätet ist, denn sie erschöpft sich in der Kritik an der Gewichtung des Preises im Verhältnis zu den übrigen Kriterien und dem zur Anwendung gebrachten Preisbewertungssystem. Beides gehörte jedoch bereits zum Inhalt der Ausschreibungsunterlagen. Nachdem die Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibung keine Beschwerde erhoben hat und die Gewichtung des Preises sowie das Preisbewertungssystem während des laufenden Vergabeverfahrens unbeanstandet geblieben sind, können nun entsprechende Rügen nicht mehr mit Beschwerde gegen die Zuschlagsverfügung vorgebracht werden (vgl. dazu bereits vorne Erw. 3a).

b) Im Übrigen wären auch diese Rügen nicht begründet. Hierzu ist zunächst festzustellen, dass die angewandte Preisbewertungsmethode nicht zu beanstanden ist, führt sie doch zu vergleichbaren Ergebnissen wie die von der Westschweizer Konferenz im «Guide romand pour l'adjudication des marchés publics et annexes», 1999, für die Vergebung von öffentlichen Aufträgen empfohlene Formel für die Berechnung der Punktzahl eines Angebots (vgl. dazu Jacques Pictet / Dominique Bollinger, Aide multicritère à la décision: Aspects mathématiques du droit suisse des marchés publics, in: BR 2/2000, S. 63 ff.). Ob eine andere Bewertungsmethode zweckmässiger gewesen wäre, braucht hier nicht beurteilt zu werden. [...]

Es bleibt zu prüfen, ob dem Preis beim Entscheid über die Auftragsvergabe durch die zur Anwendung gebrachte Bewertungsmethode im Verhältnis zu den übrigen Kriterien kein genügendes Gewicht mehr zukam. Es ist anerkannt, dass der Vergabebehörde nicht nur bei der Auswahl sondern auch bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zukommt. Welches Gewicht dem Preis als Zuschlagskriterium im Mindesten beizumessen ist, hängt richtigerweise vom jeweiligen Gegenstand der Beschaffung ab. Bei einfachen Bauwerken und weitgehend standardisierten Gütern wird dem Preis im Allgemeinen ein grösseres Gewicht beizumessen sein als bei komplexen Bauwerken oder Dienstleistungen. Für einfache Bauwerke wird etwa eine Gewichtung des Preises von 60 bis 80 Prozent oder mehr als angemessen erachtet, während es bei komplexeren Bauwerken oder Dienstleistungen entsprechend weniger sein kann. Die unterste Limite

soll bei rund 20 Prozent liegen (vgl. Denis Esseiva, *Critères d'adjudication et prix – Zuschlagskriterien und Preis*, in: BR 4/2001, S. 153).

Bei einem Bauwerk in der vorliegenden Grössenordnung, welches unbestritten mit einem beachtlichen planerischen und organisatorischen Aufwand verbunden ist, kann nun schwerlich behauptet werden, dass es sich um ein einfaches Bauwerk oder gar um ein weitgehend standardisiertes Gut handle, bei welchem der Preis alleiniges oder doch überwiegend entscheidendes Vergabekriterium (60 bis 80 Prozent oder mehr) hätte sein müssen. Auf der Gegenseite ist es auch nicht so, dass dem Preis für den Vergabeentscheid lediglich ein Gewicht von 20 Prozent oder weniger beigemessen worden wäre. Es ist daher nicht ersichtlich, dass die Vergabebehörde den ihr bei der Gewichtung des Preises zukommenden Ermessensspielraum überschritten hätte. Ob die Gewichtung des Preises auch angemessen war, ist hier nicht zu überprüfen. Dass Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden kann, darauf wurde bereits hingewiesen.

Die unterste Limite von 20 Prozent wird im Übrigen selbst dann nicht erreicht, wenn man der Argumentation der Beschwerdeführerin folgen wollte, dass der Wettbewerb beim Kriterium des Preises effektiv nur im oberen Drittel der maximal erreichbaren Punktezahl (zwischen 40 und 60 Punkten) spielte und damit (im massgebenden Preisbereich) nur gerade 20 Punkte vergeben wurden (was eine Expertise zur Bandbreite von Preisen im Strassenbau, in Bezug auf die Art der ausgeschriebenen Arbeiten, belegen sollte). Auch unter diesen Voraussetzungen hätte nämlich der Preis beim Vergabeentscheid immer noch ein Gewicht von rund 33 Prozent (gerechnet nach den effektiv «massgeblichen» Punkten) gehabt. Tatsächlich waren jedoch die Anbieterinnen und Anbieter bei der Abgabe ihres Preisangebots frei. Hinzu kommt, dass die getroffene Annahme auch insofern einseitig und ungenau ist, als damit ohne weiteres unterstellt wird, dass (ausser beim Preis) bei allen übrigen Kriterien der Wettbewerb in vollem Ausmass spielte. Davon könnte jedoch ebenso wenig ausgegangen werden. Konsequenterweise hätte alsdann auch bei allen übrigen Kriterien berücksichtigt werden müssen, inwieweit der Wettbewerb effektiv spielte, womit dem Preis eher ein höheres Gewicht zukam, als die Beschwerdeführerin mit ihrer Argumentation glauben machen will.

5. Die Beschwerdeführerin ist auch der Ansicht, dass die Vergabebehörde bei der Bewertung des Preises zu Unrecht auf den Preis gemäss der sog. «Variante mit Zahlungsplan» abgestellt habe, da Angebotspreise, die auf anderen als den publizierten Zahlungskonditionen beruhten, nicht berücksichtigt werden dürften. In den Ausschreibungsunterlagen sei vorgesehen, dass nur nach Ausmass abgerechnet werden könne, wobei die Abschlags- oder Teilzahlungen 90 Prozent der erbrachten Leistungen nicht übersteigen dürften. Die Variante sehe demgegenüber leistungsunabhängige Vorauszahlungen vor und entspreche damit nicht den Zahlungskonditionen

gemäss Ausschreibung. Varianten seien lediglich mit Bezug auf die technischen Spezifikationen, d.h. das Leistungselement, zulässig, nicht jedoch mit Bezug auf das Preiselement. Das Offerieren verschiedener Preis- und Zahlungsvarianten verstosse direkt gegen das Verbot, «über Preis, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsverzeichnisses» zu verhandeln. Im Übrigen sei die Berücksichtigung der «Variante mit Zahlungsplan» mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung nicht vereinbar, da die Mitkonkurrenten nicht die Möglichkeit gehabt hätten, einen Zahlungsplan zu offerieren. Schliesslich wird geltend gemacht, dass zumindest die Mehrkosten, die der Bauherrin durch die Finanzierung des Zahlungsplans entstünden, aufgerechnet werden müssten, damit ein Vergleich mit den Angeboten ohne Zahlungsplan möglich wäre.

Nach der Lehrmeinung von Gauch/Stöckli soll unklar sein, ob auch blosser Abweichungen in der Preisgestaltung (ohne leistungsbezogene Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen) als Varianten zulässig seien (a.a.O., Rz 19.1). Dabei haben die zitierten Autoren vor allem das Offerieren einer anderen Vergütungsart (z.B. Pauschalpreis statt Einheitspreise) im Auge. Die eidg. Rekurskommission erachtet allerdings eine derartige Variante ausdrücklich als zulässig, wenn sie zusätzlich zum Hauptangebot eingereicht wurde und weder die Ausschreibung noch die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich das Offerieren von Varianten ausgeschlossen haben. Das ergibt sich gerade aus der von der Beschwerdeführerin zur Stütze ihres Standpunktes angeführten Rechtsprechung (vgl. BRK vom 7. November 1997, in: BR 4/1998, S. 126 Nr. 335 Erw. 5). Nun geht es aber vorliegend gar nicht um das Offerieren einer anderen Vergütungsart, sondern (lediglich) um einen Zahlungsplan (unter Gewährung eines Skontos von 3%) als Variante. Dass ein Zahlungsplan (vom Begriff her) keine Unternehmervariante im eigentlichen Sinne (vgl. dazu Roland Hürlimann, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, in: BR 1/1996, S. 3 ff., S. 4) darstellt, weil damit keine leistungsbezogene Abweichung vom Ausschreibungsinhalt erfolgt, bedeutet nun aber nicht, dass ein Zahlungsplan als Variante nicht berücksichtigt werden dürfte. Ebenso falsch wäre es zu behaupten, die Gewährung von Skontoabzügen sei nicht zulässig, wenn diese Möglichkeit der Preisgestaltung in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich vorgesehen gewesen sei. Richtiger Ansicht nach gibt es keinen sachlichen Grund, weshalb nicht auch das Angebot eines Zahlungsplans als Variante berücksichtigt werden dürfte (vgl. Peter Rechsteiner, Unternehmervarianten – Variante, in: BR 2/2001, S. 60). Insbesondere verstösst die Berücksichtigung des Zahlungsplans als Variante nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot, da damit ja gerade nicht vom massgebenden Leistungsinhalt der Ausschreibungsunterlagen abgewichen wird. Es brauchte sich daher auch keiner der Bieter daran gehindert zu sehen, ebenfalls einen Zahlungsplan als Variante einzureichen. Eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots käme unter diesen Umständen nur noch in Frage, wenn neben dem Angebot mit Zahlungsplan keine

Grundofferte eingereicht worden wäre. Dies war jedoch vorliegend unbestritten nicht der Fall. Richtig ist einzig, dass zur Vergleichbarkeit der Angebote im Prinzip die Mehrkosten auf Seiten der Vergabebehörde für die Finanzierung des Zahlungsplans hätten aufgerechnet werden müssen. Nachdem diese sich jedoch in einer Höhe bewegen dürften, die sich kaum auf die Bewertung des Angebotspreises ausgewirkt hätte, konnte die Vergabebehörde darauf verzichten.

[...]

Verwaltungsgericht, 12. März 2003

(Eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht mit Urteil vom 21. Januar 2004 abgewiesen, soweit darauf eingetreten wurde; vgl. Geschäftsnummer 2P.111/2003 unter www.bger.ch)

§ 6 Bst. a Submissionsgesetz; § 22 Abs. 2 VRöB – Formerfordernis der Mitteilung des Zuschlags bzw. der Mitteilung der Nichtberücksichtigung eines Anbieters. Bedeutung des Offertöffnungsprotokolls. Erhält der Anbieter einer Unternehmervariante den Zuschlag, die gegenüber den Ausschreibungsunterlagen auf qualitativ minderwertigeren Materialien basiert, ist der Zuschlag rechtswidrig.

Aus dem Sachverhalt:

A. Im Zusammenhang mit dem Neubau einer Dreifachturnhalle führte die Einwohnergemeinde X. für die Vergabe der Arbeitsgattungen spezielle Feuchtigkeitsabdichtung (BKP 225.3) und Boden- / Wandbeläge Plattenarbeiten (BKP 281.6 und BKP 282.4) ein offenes Verfahren durch. Dabei reichte unter anderem die Y. AG am 19. März 2003 innerhalb der Eingabefrist ein Hauptangebot zu Fr. 237'114.90 und eine Unternehmervariante zu Fr. 223'699.45 ein. Mit Fax vom 19. und 28. April 2003 teilte die Bauleitung der Y. AG im Namen der Bauherrschaft mit, dass die Arbeiten anderweitig vergeben worden seien bzw. dass der Auftrag an die Z. AG zu Fr. 225'826.80 als Unternehmervariante vergeben werde.

B. Am 1. Mai 2003 reichte die Y. AG beim Verwaltungsgericht Beschwerde ein und beantragte im Wesentlichen sinngemäss, der Beschwerde sei aufschiebende Wirkung zu erteilen, die Arbeitsvergabe sei aufzuheben und der Auftrag sei an sie selbst zu erteilen. Für den Fall, dass der Vertrag bereits abgeschlossen sei, sei festzustellen, dass die Verfügung rechtswidrig sei. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdegegners. In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin zunächst, dass die Auftraggeberin für einen Zuschlag eine Verfügung treffen müsse, was vorliegend