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

nicht erfolgt sei. Ein Fax des Bauleiters könne nicht als Verfügung im Sinne des Submissionsgesetzes gewertet werden. Materiell führte die Beschwerdeführerin an, dass sie gemäss Offertöffnungsprotokoll mit Fr. 223'699.45 die günstigste Offerte eingereicht habe. Auf die am Telefon von Herrn von E., Bauamt X., gemachten Ausführungen, die Firma Z. AG habe auch noch eine Unternehmervariante mit einem Offertbetrag von Fr. 225'826.80 eingereicht, könne nicht eingegangen werden, weil diese nicht auf dem Offertöffnungsprotokoll vermerkt sei und die nötigen Angaben, Eingabedatum und Eingabezeit fehlten. Aber auch wenn der Vergleich zwischen ihrer Unternehmervariante und derjenigen der Firma Z. AG gezogen werde, sei ersichtlich, dass sie über Fr. 2'000.– günstiger offeriert und immer noch die günstigste Offerte eingereicht habe. Der Preisunterschied der Firma Z. AG zwischen ihrer Hauptofferte und der nicht zuzulassenden, billigeren Unternehmerofferte resultiere aus der Verwendung einer qualitativ minderen Abdichtungsmasse (zementgebunden anstatt der qualitativ hochwertigen Flüssigkunststoffabdichtung). Die Verwendung dieses im Vergleich minderwertigen Produktes mindere die Gesamtkosten um ca. Fr. 23'000.–. Zu den Qualitätsunterschieden betreffend Abdichtungsmasse sei zu bemerken, dass die Bauherrschaft in den Ausschreibungsunterlagen die qualitativ hochwertige Abdichtungsmasse vorschlage und damit der Qualität ein erhöhtes Gewicht einräume. Nach Aussagen von Experten sei der Qualitätsunterschied zwischen der zementgebundenen (billigeren Variante) und der (teureren) Flüssigkunststoffabdichtung frappant und müsse bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Werde von den hohen Qualitätserfordernissen abgewichen, so müssten die Anbieter gleich behandelt werden und jeder müsse die Möglichkeit haben, das neue Produkt zu offerieren, soweit sich der Preisunterschied nicht aus den eingereichten Offerten ergebe.

C. Mit Vernehmlassung vom 13. Mai 2003 beantragte der Gemeinderat X., der Beschwerde sei die vorsorglich aufschiebende Wirkung zu entziehen und sämtliche Rechtsbegehren der Beschwerdeführerin seien abzuweisen. Zur Begründung wurde angeführt, es werde nicht in Abrede gestellt, dass keine Zuschlagsverfügung im Sinne des Gesetzes erfolgt sei. Die Zuschlagsverfügung sei mit Datum vom 8. Mai 2003 rechtsgenüglich nachgeholt worden. Dies habe auch dazu geführt, dass die Beschwerdeführerin am 29. April 2003 zu einer Besprechung eingeladen worden sei, wo die Offerten hätten eingesehen werden können und Fragen zur Sachlage beantwortet worden seien. Nach dem Erstellen des Offertöffnungsprotokolls sei telefonisch noch auf die Unternehmervariante der Z. AG, X., hingewiesen worden, welche bei der Offertöffnung vorgelegen habe, jedoch aus Versehen nicht deklariert worden sei. Das Offertöffnungsprotokoll werde nachträglich nie geändert. Die Unternehmervariante sei aber im Hauptangebot deklariert und zusammen mit dem Hauptangebot korrekt eingereicht worden. Es sei üblich, dass Unternehmervarianten ebenfalls geprüft würden. So sei auch die Unternehmervariante der Beschwerdeführerin geprüft worden. Diese beinhalte einen

anderen Plattenbelag, welcher aus ästhetischen Gründen abgelehnt worden sei. Bei der Unternehmervariante der Z. AG, X., werde eine andere Abdichtungsmasse verwendet, welche nach Abklärungen der Bauleitung die qualitativen Bedingungen erfülle, welche an diesen Bauteil gestellt würden. Aus diesem Grund habe man sich für diese Unternehmervariante entschieden.

Aus den Erwägungen:

1. Gegen den Entscheid der Einwohnergemeinde X. über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung. Dies ergibt sich aus dem Submissionsreglement der Einwohnergemeinde X. vom 10. Dezember 1997 (Submissionsreglement; in Kraft seit 1. März 1998), welches grundsätzlich die kantonale Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen für verbindlich erklärt (Art. 1 f.). Nach § 6 Bst. a SubmG kann mit Beschwerde insbesondere der Entscheid der Auftraggeberin oder des Auftraggebers über den Zuschlag angefochten werden. Vorausgesetzt ist damit, dass der Entscheid über den Zuschlag in Form einer anfechtbaren Verfügung erlassen wird. Aus mangelhafter Eröffnung darf den Parteien kein Nachteil erwachsen (vgl. Art. 38 VwVG). Schwerwiegende Fehler haben die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge, d.h. dass die Verfügung keinerlei Rechtswirkungen entfaltet. Die Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten und kann von jedermann jederzeit geltend gemacht werden. In dieser Hinsicht ist unbestritten, dass der Beschwerdeführerin der Entscheid über den Zuschlag zunächst nur per Fax vom 19. und 28. April 2003 eröffnet wurde, welche einzig von der Bauleitung gezeichnet waren und anfangs sogar weder Begründung noch Rechtsmittelbelehrung enthielten. Darin sind eindeutig schwerwiegende Mängel zu erblicken. Der Beschwerdeführerin ist daher darin beizupflichten, dass damit kein rechtsgültiger Zuschlag erfolgte. Es macht jedoch keinen Sinn, die Sache an die Vergabebehörde zur Behebung der Mängel zurückzuweisen, da von dieser die Mängel mit Erlass der Zuschlagsverfügung vom 8. Mai 2003 bereits behoben worden sind. Vielmehr erscheint es im Interesse der Beschwerdeführerin und aus Gründen der Verfahrensökonomie angezeigt, dass auf die Beschwerde auch materiell eingetreten wird. Dem Umstand, dass die Vergabebehörde erst nach Anhebung der Beschwerde eine rechtsgültige Verfügung erliess, ist bei den Kosten Rechnung zu tragen (vgl. hinten Erw. 3).

2. Die Beschwerdeführerin erachtet die Vergabe des Auftrags an die Z. AG, X., zu Fr. 225'826.80 als Unternehmervariante im Wesentlichen deshalb als rechtswidrig, weil die Unternehmervariante nicht auf dem Offertöffnungsprotokoll vermerkt sei und darin abweichend von den Ausschreibungsunterlagen eine qualitativ mindere Abdichtungsmasse (zementgebunden anstatt der qualitativ hochwertigen Flüssigkunststoffabdichtung) verwendet werde. Die Vergabebehörde versichert dagegen, dass die berücksichtigte Unternehmervariante bei der Offertöffnung vorgelegen habe und nur aus Versehen

nicht im Offertöffnungsprotokoll deklariert worden sei, und die Verwendung einer anderen Abdichtungsmasse nach Abklärungen der Bauleitung die qualitativen Bedingungen erfülle, welche an diesen Bauteil gestellt würden.

a) Die Pflicht zum Erstellen eines Protokolls über die Öffnung der Angebote ergibt sich aus § 22 Abs. 2 VRöB. Darin sind mindestens die Namen der seitens der Vergabebehörde anwesenden Personen, die Namen der Anbieterinnen und Anbieter, die Eingangsdaten und die Gesamtpreise der Angebote festzuhalten. Das Offertöffnungsprotokoll soll Transparenz schaffen und das Vertrauen in die korrekte Abwicklung des Vergabeverfahrens fördern. Es besteht die Vermutung, dass die darin bezeugten Tatsachen richtig und vollständig wiedergegeben worden sind. Vorbehalten bleibt die Möglichkeit, das Gegenteil nachzuweisen. Diese Beweispflicht liegt allerdings bei der Vergabebehörde, die für das «unvollständige» Offertöffnungsprotokoll die Verantwortung trägt. Kann der Nachweis, z.B. durch eine Eingangsbestätigung der Gemeindekanzlei oder durch die eingeschriebene Aufgabe der Offerte per Post, nicht erbracht werden, so muss davon ausgegangen werden, dass die fragliche Offerte im Zeitpunkt der Offertöffnung nicht vorgelegen hat. Entsprechend würde sie dann vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

Im vorliegenden Fall hat der Gemeinderat versichert, dass die berücksichtigte Unternehmervariante bei der Offertöffnung vorgelegen habe. Die Unvollständigkeit des Offertöffnungsprotokolls beruhe auf einem Versehen. Beweismittel für diese Behauptung legt er keine vor. Es wurde auch keine Protokollberichtigung erstellt. Es bleibt damit nur die Versicherung der Vergabebehörde, dass die Unternehmervariante rechtzeitig vorgelegen habe. Dies genügt im Regelfall aber nicht zum Beweis, dass die fragliche Offerte rechtzeitig eingereicht wurde. Die Frage kann hier jedoch offen bleiben, da sich die Vergabe aus einem anderen Grund als rechtswidrig erweist. Damit bleibt hier die Frage nach der Zulässigkeit der Unternehmervariante.

b) Welche Anforderungen an die Unternehmervariante gestellt werden, ist in erster Linie den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen. Diese verlangen, dass Vorschläge für Änderungen oder Ergänzungen als separate Zusatzofferte mit der Bezeichnung «Unternehmer-Variante» zusammen mit dem vollständig ausgefüllten Hauptangebot eingereicht werden müssen (Ziffer 224). Ferner sieht Ziffer 227 vor, dass auch andere, gleichwertige Produkte offeriert werden dürfen, wenn im Leistungsverzeichnis Handelsmarken, Handelsnamen oder Typenbezeichnungen aufgeführt werden, sofern sie vom Unternehmer genau bezeichnet werden und die Gleichwertigkeit vom Unternehmer nachgewiesen wird. Ebenso verlangt Ziffer 233, dass Unternehmervarianten als separate Beilage zusammen mit dem vollständig ausgefüllten Hauptangebot eingereicht werden müssen, und dass in der Unternehmervariante vom Unternehmer die Gleichwertigkeit der technischen Spezifikationen und der Qualität nachgewiesen werden muss.

Vorliegend ist bereits unklar, ob die Unternehmervariante der Z. AG schon deshalb nicht hätte berücksichtigt werden dürfen, weil deren Hauptangebot – wie sich aus den von der Gemeinde eingereichten Akten ergibt – als annulliert gekennzeichnet wurde. Ist das Hauptangebot ungültig, ist auch die Unternehmervariante nicht zulässig. Diese Frage kann hier jedoch offen bleiben. In der berücksichtigten Unternehmervariante der Z. AG wurden abweichend von den Ausschreibungsunterlagen zementgebundene Dichtschlämme anstatt die geforderte Flüssigkunststoffabdichtung offeriert. Die Beschwerdeführerin konnte belegen, dass die als Variante offerierte zementgebundene Dichtschlämme mit der in den Ausschreibungsunterlagen gewünschten Flüssigkunststoffabdichtung nicht vergleichbar ist und ein klar minderwertiges Produkt darstellt. Demzufolge vermag die in der Unternehmervariante offerierte zementgebundene Abdichtung den durch die Ausschreibungsunterlagen festgelegten Qualitätsanforderungen nicht zu genügen. Da in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich nur gleichwertige Produkte als zulässig erklärt werden, kann die Vergabebehörde mit dem Einwand nicht gehört werden, dass auch die Verwendung der zementgebundenen Abdichtung die qualitativen Bedingungen erfülle, welche an den betreffenden Bauteil gestellt werden. Das Gericht kommt deshalb nach näherer Prüfung zum Schluss, dass die Unternehmervariante mit der qualitativ minderwertigeren Abdichtung aufgrund der Ausschreibungsunterlangen nicht zulässig war und deshalb nicht hätte berücksichtigt werden dürfen.

3. Nachdem der Beschwerde aufgrund einer Primafacie-Würdigung mit Verfügung vom 16. Mai 2003 durch den Vorsitzenden die vorläufig und vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung entzogen wurde, durfte der Gemeinderat X. den Vertrag mit der Anbieterin abschliessen, welche den Zuschlag erhalten hatte (vgl. Art. 14 Abs. 1 IVöB). Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann das Verwaltungsgericht nur noch feststellen, dass die Verfügung rechtswidrig ist, wenn sich die dagegen erhobene Beschwerde als begründet erweist (vgl. Art. 18 Abs. 2 IVöB). Vorliegend ist deshalb im Erkenntnis im Sinne einer Feststellungsverfügung die Rechtswidrigkeit der Verfügung festzuhalten.

Gemäss § 23 Abs. 1 Ziff. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) werden die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht durch die unterliegende Partei getragen. Gemeinden können Kosten auferlegt werden, wenn sie zum Verfahren durch einen groben Verfahrensmangel oder durch eine offenbare Rechtsverletzung Anlass gegeben haben (vgl. § 24 Abs. 2 VRG). Aus den gleichen Gründen kann zu ihren Lasten der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen werden (vgl. § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG). Im vorliegenden Beschwerdeverfahren hat die Beschwerdeführerin obsiegt. Indem die Gemeinde X. es zunächst unterliess, den Entscheid über den Zuschlag rechtskonform zu eröffnen, und erst nach Anhebung der Beschwerde eine

rechtsgültige Verfügung erliess, hat sie zudem einen gravierenden Verfahrensfehler begangen. Es rechtfertigt sich daher, ihr die Verfahrenkosten zu auferlegen. Grundsätzlich hätte die Beschwerdeführerin auch Anspruch auf eine Parteientschädigung. Weil sie aber nicht anwaltlich vertreten ist und es sich nicht um eine umfangreiche Angelegenheit im Sinne von § 7 Abs. 2 der Verordnung über die Kosten im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vom 30. August 1977 (BGS 162.12) handelt, kann keine Parteientschädigung zugesprochen werden.

Verwaltungsgericht, 28. Oktober 2003