

**Art. 3 und Art. 5 BGBM; Art. 11 lit. a und lit. c sowie Art. 18 Abs. 1 IVöB; Art. 21, Art. 23, Art. 27 und Art. 30 Abs. 1 VRöB. Öffentliche Vergabe eines komplexen planerischen Dienstleistungsauftrags im Einladungsverfahren; Unveränderbarkeit der Angebote, Gleichbehandlung der Submissionsteilnehmer, Eignung der Anbieter, Rückweisung an die Vergabebehörde** (Entscheid des Obergerichts Nr. 60/2003/46 vom 31. Dezember 2003 i.S. C. AG).

*Die Vergabebehörde muss sich bei der gewählten Verfahrensart behaften lassen, d.h. die dafür geltenden Grundsätze einhalten (E. 3).*

*Wird ein Angebot in Absprache mit der Vergabebehörde nachträglich nicht nur verdeutlicht, sondern inhaltlich-qualitativ verändert, so verstösst dies gegen die Grundsätze der Unveränderbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung der Submissionsteilnehmer (E. 4b und d).*

*Die massgeblichen Eignungs- und Zuschlagskriterien und deren Gewichtung müssen grundsätzlich zu Beginn des Verfahrens festgelegt und den Interessenten mitgeteilt werden; allenfalls ist die Eignung nach den bekanntgegebenen allgemeinen Kriterien zu überprüfen. Bei komplexen Dienstleistungsaufträgen kann – auch im Einladungsverfahren – eine bei der Eignungsprüfung festgestellte Mehreignung in die Bewertung der Zuschlagskriterien einbezogen werden (E. 4c und d).*

*Unter den gegebenen Umständen ist die Sache ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabebehörde zurückzuweisen (E. 4e).*

Das Tiefbauamt des Kantons Schaffhausen erstellte ein Konzept zur Erstellung, Nachführung und Umsetzung von Grundlagen zu den Naturgefahren (Hochwasser und Rutschungen); es lud in der Folge vier Ingenieurbüros ein, Offerten zur Bearbeitung des Ereigniskatasters und der Gefahrenhinweiskarte für Hochwasser einzureichen. Die eingeladenen Firmen A. AG und B. AG reichten eine gemeinsame Offerte ein; die beiden andern eingeladenen Firmen, darunter die C. AG, offerierten je selbständig. Das Tiefbauamt klärte in der Folge bei den einzelnen Büros nicht nur Verständnisfragen ab, sondern forderte wo nötig auch qualitative Nachbesserungen ein, inklusive Angabe der Zusatzkosten. Bei der C. AG führte dies zu einer Revision der Offerte (höherer Preis sowie technischer Support durch die D. AG). Der bereinigte Offertbetrag der Arbeitsgemeinschaft A. AG und B. AG belief sich einschliesslich Mehrwertsteuer auf Fr. 127'678.16 (Kostendach Fr. 128'000.–),

derjenige der C. AG auf Fr. 104'029.20 (Kostendach Fr. 119'700.–). Gestützt auf einen Bericht des Tiefbauamts beschloss der Regierungsrat, die Arbeiten der C. AG zu vergeben. Hiegegen erhoben die A. AG und die B. AG Beschwerde ans Obergericht; sie beantragten, den Zuschlag ihrer Arbeitsgemeinschaft zu erteilen. Das Obergericht hiess die Beschwerde gut, hob den Vergabeentscheid auf und wies die Sache zur neuen Entscheidung an die Vergabebehörde zurück.

*Aus den Erwägungen:*

3.– Die Vergabe wurde im Einladungsverfahren vorgenommen. Dies war – da es sich um einen Auftrag im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich unterhalb des einschlägigen Schwellenwerts handelt – grundsätzlich zulässig (Art. 12<sup>bis</sup> Abs. 2 i.V.m. Art. 12 Abs. 1 lit. b<sup>bis</sup> der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510, SR 172.056.5]). Es hat zur Folge, dass sich die Vergabebehörde – die den Auftrag prinzipiell auch im freihändigen Verfahren hätte vergeben können (vgl. den entsprechenden Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge in Anhang 2 IVöB) – bei der gewählten Verfahrensart behaften lassen, d.h. die dafür geltenden Grundsätze einhalten muss (*Galli/Moser/Lang*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 73, Rz. 154, mit Hinweis).

Auch im Einladungsverfahren ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter einzuhalten (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB; Art. 3 und Art. 5 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [BGBM, SR 943.02]). Daneben sind auch die verfassungsmässigen allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns – wie z.B. das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens bzw. eines fairen Wettbewerbs – zu beachten (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 3. November 1997, E. 1, mit Hinweisen, AGVE 1997, S. 348 f.).

Die Pflicht zur Gleichbehandlung bedeutet im Beschaffungswesen, dass keinem der anbietenden Unternehmen Nachteile auferlegt werden dürfen, die für andere nicht gelten, und dass keiner Anbieterin und keinem Anbieter Vorteile gewährt werden dürfen, die anderen verwehrt sind (*Galli/Lehmann/Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 61, Rz. 194).

4.– Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, dass die andern Offerten,

d.h. insbesondere diejenige der schliesslich berücksichtigten Anbieterin, einer unstatthaften Nachbearbeitung unterworfen worden seien.

a) Gemäss Art. 23 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (VRöB, SHR 172.512) muss das Angebot innerhalb der Frist vollständig eingereicht werden (Abs. 1). Es darf nach Ablauf der Frist nicht mehr geändert werden (Abs. 3).

Nachträgliche Ergänzungen sind nur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach Art. 28 Abs. 2 und Art. 29 VRöB zulässig. Sie dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern. Insbesondere sind Verhandlungen zwischen der Auftraggeberin oder dem Auftraggeber und den Anbieterinnen oder Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts in diesem Zusammenhang unzulässig (Verbot von Abgebotsrunden; Art. 11 lit. c IVöB i.V.m. Art. 30 Abs. 1 VRöB; vgl. auch Art. XIV Ziff. 3 des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 [SR 0.632.231.422], wonach die Beschaffungsstellen davon absehen sollen, bestimmten Anbietern vertrauliche Informationen weiterzugeben mit dem Ziel, deren Angebote auf das Niveau anderer Teilnehmer zu heben).

b) In der Vergabemitteilung ... wies das Tiefbauamt darauf hin, dass die in der Eingabefrist (...) eingereichten Offerten ein unausgewogenes Bild mit grossen Preisdifferenzen in der einen und beträchtlichen Qualitätsunterschieden in der anderen Richtung ergeben hätten; zur Wahl habe eine gute Qualität zu einem eher hohen Preis und ein günstiger Preis bei eher bescheidener Qualität gestanden. In dieser Situation habe man sich entschlossen, wo nötig Qualitätsverbesserungen inkl. entsprechender Zusatzkosten nachzufordern und dann über den Preis den Vergabeentscheid zu fällen.

Im Bericht zum Antrag an den Regierungsrat sprach das Tiefbauamt sogar von einem "sehr unausgewogenen" Ergebnis. Die Wahlmöglichkeiten – gute Qualität zu einem hohen Preis und günstiger Preis bei bescheidener Qualität – hätten beide nicht zu befriedigen vermocht. In der Folge seien bei den einzelnen Büros nicht nur Verständnisfragen abgeklärt, sondern wo nötig auch qualitative Nachbesserungen, inklusive Angabe der Zusatzkosten, eingefordert worden. Bei der C. AG habe dies zur einer Revision der Offerte geführt (höherer Preis sowie technischer Support durch die D. AG). Nachdem auf diese Weise alle Offerten auf den gleichen technischen Stand gebracht worden seien, könne der Vergabeentscheid über den Preis gefällt werden.

Die C. AG bestätigte in ihrer Stellungnahme vom 24. November 2003, dass sie aufgrund ihrer Offerte vom 30. Juli 2003 vom kantonalen Tiefbauamt

aufgefordert worden sei, Qualitätsverbesserungen vorzunehmen. Für den Bereich Qualitätssicherung habe sie die D. AG als Unterakkordantin gewinnen können. Ihre überarbeitete Offerte vom 13. Oktober 2003 habe gegenüber dem ursprünglichen Angebot erweiterte Leistungen im Bereich Qualitätssicherung zu einem entsprechend erhöhten Preis umfasst. In der Stellungnahme vom 16. Dezember 2003 führte die C. AG ergänzend aus, da die Ausschreibung des Tiefbauamts viele Punkte offengelassen habe, hätten die eingereichten Offerten offenbar Unterschiede aufgewiesen, die einen Vergleich erschwert hätten. Um die Vergleichbarkeit der Offerten zu erhöhen, habe sie daraufhin die Gelegenheit erhalten, Qualitätsverbesserungen vorzunehmen und ein Kostendach zu definieren. Sie sei mündlich darauf hingewiesen worden, dass diese Überarbeitung lediglich der Vergleichbarkeit der Offerten diene. Sie habe daraufhin für die Qualitätssicherung die D. AG in das Projektteam einbezogen.

Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass die C. AG am 21. August 2003 eine gemäss Telefongespräch mit dem zuständigen Mitarbeiter des Tiefbauamts überarbeitete Offerte einreichte. Sie wies darauf hin, dass die Ergänzungen vor allem die Modellierung der Überschwemmungsflächen betreffen; daneben fielen zusätzlich zu erhebende Datenebenen ins Gewicht, welche als Parameter für die Modellierung notwendig seien. Das neu eingereichte Angebot ersetze die zuerst eingereichte Version. Am 13. Oktober 2003 reichte die C. AG eine weitere "angepasste" Offerte ein, welche die vorige Version ersetze. Sie erklärte dabei, es sei ihr gelungen, mit der D. AG eine Zusammenarbeit zu vereinbaren. Schwerpunkte der gemeinsamen Arbeit seien die Umsetzung der Arbeitsschritte (Methodik), die Bestimmung der hydrologischen Parameter, die Modellierung und vor allem die Qualitätssicherung nach den einzelnen Arbeitsschritten. Darüber hinaus werde vor der Abgabe der Karten und des Berichts eine Qualitätskontrolle durch die D. AG durchgeführt (second opinion).

Dies zeigt, dass es im Ergebnis nicht nur um eine an sich zulässige Berichtigung oder Erläuterung bzw. um blosse Verdeutlichungen des Angebots der C. AG im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der verschiedenen Angebote ging. Vielmehr hat die C. AG in Absprache mit dem Tiefbauamt ihr Angebot – insbesondere auch den Leistungsinhalt – nachträglich erheblich geändert und es erst so auf einen für das Tiefbauamt annehmbaren Qualitätsstand gebracht. Ihre ursprüngliche Offerte wurde vom neuen Angebot ersetzt; sie wurde daher letztlich gleichsam zurückgezogen und stand jedenfalls als solche bei der Vergabe nicht mehr zur Diskussion.

Dieses Vorgehen widerspricht dem Grundsatz der Unveränderbarkeit der Angebote. Der Regierungsrat hat damit, dass er einem nach Ablauf der Eingabefrist noch wesentlich überarbeiteten, entscheidend veränderten bzw. ver-

besserten Angebot den Zuschlag erteilt hat, nicht nur die einschlägigen Verfahrensvorschriften verletzt, sondern angesichts der letztlich tolerierten Nachverhandlungen, die zur Anhebung des Niveaus des Angebots geführt haben, auch die C. AG rechtsungleich bevorteilt, d.h. gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Submissionsteilnehmer verstossen. ...

Regierungsrat und Tiefbauamt weisen zwar generell darauf hin, dass es bei Planungsaufträgen "mitunter schwierig" sei, den Vertragsgegenstand und die verlangte Leistung umfang- und qualitätsmässig exakt zu definieren, weshalb Gespräche mit den Bewerbern nicht ausgeschlossen werden dürften. Sie machen aber nicht – jedenfalls nicht substantiiert – geltend, diese Problematik habe im vorliegenden Fall dazu geführt, dass ihre spezifischen Bedürfnisse erst im Verlauf des Vergabeverfahrens konkretisiert bzw. richtig erkannt worden seien. Auch dies hätte es im übrigen nicht gerechtfertigt, letztlich nur mit der schliesslich berücksichtigten Anbieterin eigentliche Gespräche über die geänderten inhaltlichen und qualitativen Anforderungen zu führen. Vielmehr wäre gerade in diesem Fall besondere Transparenz geboten gewesen. Wenn der Auftragsgegenstand – wie dies bei einem technisch komplexen Auftrag unter Umständen zulässig sein mag – relativ offen umschrieben wird, ist seitens der Vergabebehörde eine grössere Sorgfalt erforderlich, um die Gleichbehandlung der Bewerber zu gewährleisten (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999, E. 4b, BEZ 1999 Nr. 15).

c) In der Einladung zur Offertstellung bzw. in den Vergabeunterlagen wurden keine Zuschlagskriterien genannt. Regierungsrat und Tiefbauamt sind daher der Auffassung, dass allein der Preis als Zuschlagskriterium gelten könne, da nicht nachträglich noch Qualitätserfordernisse und Gewichtungen hätten eingefügt werden können; im übrigen würden im Einladungsverfahren nur Bewerber eingeladen, die zur Auftrags Erfüllung fähig seien.

Es ist grundsätzlich zwischen den Eignungskriterien und den Zuschlagskriterien zu unterscheiden. Die Eignungskriterien dienen dazu, festzustellen, ob ein Anbieter über die für die Erfüllung des Auftrags erforderliche Leistungsfähigkeit in finanzieller, wirtschaftlicher, fachlicher, technischer und organisatorischer Hinsicht verfügt (vgl. Art. 21 VRöB). Sie beziehen sich immer auf die Person des Anbieters, nicht auf sein Angebot. Demgegenüber wird anhand der Zuschlagskriterien unter den geeigneten Anbietern das wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt. Den Zuschlag erhält der Anbieter, von dem feststeht, dass er voll in der Lage ist, den Auftrag zu erfüllen, und dessen Angebot als das wirtschaftlich günstigste bzw. billigste beurteilt wird (*Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1406, mit Hinweisen*).

Die Vergabebehörde legt die für eine Beschaffung massgeblichen Eignungs- und Zuschlagskriterien im Hinblick auf die Besonderheiten des jeweiligen Auftrags fest. Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens zu gewährleisten, müssen die Kriterien zu Beginn des Verfahrens festgelegt und den Interessenten mit den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben werden. Aus der Bekanntgabe muss ferner ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst; sie hat daher die Eignungs- und Zuschlagskriterien im voraus in der Reihenfolge ihrer Bedeutung darzulegen oder zumindest die relative Bedeutung, die sie den einzelnen Kriterien beimessen will, ersichtlich zu machen (Art. 12 lit. h und lit. m sowie Art. 14 lit. g und lit. i VRöB; Entscheide des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000, E. 4b/aa, BEZ 2000 Nr. 27, und vom 7. Juli 1999, E. 5a, mit Hinweisen, ZBl 2000, S. 273; vgl. auch *Galli/Moser/Lang*, S. 136 f., 207 ff., Rz. 301 f., 445 ff., mit Hinweisen).

Bei komplexen Dienstleistungsaufträgen wie etwa Planungen, wo die Fachkompetenz bzw. die Qualifikation des Anbieters eine grosse Rolle spielt, ist es im übrigen – trotz grundsätzlicher Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien – allenfalls zulässig, eine bei der Eignungsprüfung aufgrund der Fachkompetenz und der Referenzen festgestellte "Mehreignung" in die nachfolgende Bewertung der Zuschlagskriterien einfließen zu lassen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 4. November 1999, E. 2b, mit Hinweisen, AGVE 1999, S. 329 f.).

Den eingeladenen Ingenieurbüros wurden hier in der Tat keine eigentlichen Zuschlagskriterien bekanntgegeben. In den "Angaben zur Offertstellung" hat das Tiefbauamt aber festgehalten, die Offerten sollten unter anderem "eine Liste der für die Arbeiten vorgesehenen Sachbearbeiter, deren 'curriculi vitae', die Bearbeitungshilfsmittel, Referenzen des Ingenieurbüros von ähnlichen Arbeiten" etc. umfassen. Damit hat es schon zu Beginn zu erkennen gegeben, dass es zumindest die fachliche Qualifikation bzw. Erfahrung der Sachbearbeiter und die einschlägigen Referenzen der einzelnen Büros und damit die auftragsbezogene Erfahrung als massgeblich betrachte, auch wenn es dabei nicht ausdrücklich von Eignungs- oder allenfalls Zuschlagskriterien sprach. Zwar hat es wohl bereits mit der Einladung die grundsätzliche Eignung der eingeladenen Ingenieurbüros vorausgesetzt. Auch innerhalb von grundsätzlich geeigneten Anbietern und Anbieterinnen können aber Unterschiede bestehen, die allenfalls in die Wertung einbezogen werden dürfen; insoweit ist auch im Einladungsverfahren eine Eignungsprüfung zulässig (vgl. *Galli/Moser/Lang*, S. 138 f., Rz. 310, mit Hinweis; vgl. auch *Galli/Lehmann/Rechsteiner*, S. 117, Rz. 369, wonach die Eignung der Anbieterinnen und Anbieter grundsätzlich in jedem Vergabeverfahren zu prüfen sei).

Eine solche liegt speziell bei einem Auftrag, bei welchem es – wie hier – klarerweise nicht um weitgehend standardisierte Güter geht, durchaus nahe.

Das Tiefbauamt hat denn auch in seiner Vergleichstabelle vom 16. Oktober 2003 eine Position "Qualität + Erfahrung" aufgeführt. Diese wurde bei der C. AG in den Teilbereichen "Naturgefahren" und "Hochwasser" nur aufgrund des – nachträglichen und insoweit unzulässigen (vgl. oben, lit. b) – Bezugs der D. AG als "hoch" bewertet; ohne diesen Bezug wäre sie als "niedrig" bewertet worden. Das Tiefbauamt ist somit davon ausgegangen, die C. AG allein sei mit Blick auf die Qualität und Erfahrung für den Auftrag deutlich weniger gut geeignet als die Arbeitsgemeinschaft der Beschwerdeführerinnen. Da die Fachkompetenz und die Referenzen in den "Angaben zur Offertstellung" als massgebliche Kriterien angesprochen worden waren, hätte dies aber – entgegen der nunmehr vertretenen Auffassung von Regierungsrat und Tiefbauamt – letztlich durchaus berücksichtigt werden dürfen und müssen (vgl. auch *Galli/Moser/Lang*, S. 138, Rz. 307, mit Hinweis, wonach dann, wenn keine Eignungskriterien bekanntgegeben worden sind, höchstens – aber immerhin – "sehr allgemeine objektive und überprüfbare Kriterien" herangezogen werden könnten).

d) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das nachträglich geänderte, insoweit nicht innert der Eingabefrist eingereichte Angebot der C. AG nicht hätte berücksichtigt werden dürfen (vgl. Art. 27 lit. h VRöB). Da das (zweimal) geänderte Angebot nach ausdrücklichen Angaben der C. AG das ursprüngliche Angebot ersetzte, muss dieses sodann – wie erwähnt (oben, lit. b) – als zurückgezogen gelten, so dass nicht damit argumentiert werden kann, bei Ausschluss des geänderten Angebots hätte statt dessen das ursprüngliche Angebot berücksichtigt werden müssen. Im übrigen wäre beim ursprünglichen Angebot – noch ohne erfahrene Unterakkordantin – die festgestellte Mindereignung der C. AG im Rahmen der Fachkompetenz und Erfahrung zu beachten gewesen, sei es direkt als Ausschlussgrund (vgl. Art. 27 lit. a VRöB; *Galli/Moser/Lang*, S. 134, Rz. 296) oder aber als in den "Angaben zur Offertstellung" erwähntes, mitentscheidendes Zuschlagskriterium.

Der Regierungsrat hat demnach mit dem angefochtenen Vergabeentscheid gegen die einschlägigen Verfahrensvorschriften verstossen und dabei das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot sowie im Ergebnis das Gebot eines fairen Wettbewerbs verletzt. Die Beschwerde erweist sich somit als grundsätzlich begründet.

e) Ein allfälliger Vertragsschluss mit der berücksichtigten Anbieterin hätte dem Obergericht mitgeteilt werden müssen (Art. 14 Abs. 2 IVöB). Dies ist bisher nicht geschehen; es ist daher davon auszugehen, dass der Vertrag noch nicht abgeschlossen worden ist. Das Obergericht kann somit nunmehr

die Aufhebung des Vergabeentscheids beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Vergabebehörde mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen (Art. 18 Abs. 1 IVöB).

Da aufgrund der Vergabeakten mit den Beschwerdeführerinnen keine eigentlichen Nachverhandlungen geführt worden sind, welche – wie bei der C. AG – zu einem nachträglich unzulässig veränderten Angebot geführt hätten (...), wäre ein Zuschlag an sie grundsätzlich möglich. Angesichts dessen, dass aufgrund der Dauer des Verfahrens insbesondere der Terminplan zu überprüfen sein dürfte und den geänderten Verhältnissen allenfalls mit ergänzenden Nebenbestimmungen oder vertraglichen Regelungen Rechnung zu tragen ist, erscheint eine direkte Vergabe durch das Obergericht nicht als angezeigt. Im übrigen ist das Tiefbauamt während des Vergabeverfahrens offenbar zur Auffassung gelangt, der eingeschlagene Weg – ohne Konkretisierung der massgeblichen Kriterien insbesondere auch bezüglich ihrer Gewichtung – sei zumindest unbefriedigend; es hat die Frage eines allfälligen Abbruchs oder einer Neuauflage des Verfahrens aufgeworfen. Der Auftraggeber oder die Auftraggeberin kann denn auch aus wichtigen Gründen das Verfahren abbrechen oder wiederholen (Art. 36 Abs. 1 VRöB [welche Bestimmung eine nicht abschliessende Aufzählung möglicher wichtiger Gründe enthält]). Ob dies im vorliegenden Fall gerechtfertigt wäre, muss mit Blick darauf, dass dies im vorliegenden Verfahren nicht Prozessgegenstand war, einstweilen dem Entscheid der Vergabebehörde vorbehalten bleiben. Diese wird insbesondere bei einer allfälligen Wiederholung des Verfahrens die einschlägigen Verfahrensgrundsätze einzuhalten haben.

Stehen demnach der Vergabebehörde verschiedene Möglichkeiten offen, so ist der angefochtene Vergabeentscheid aufzuheben, und die Sache ist ohne verbindliche Anordnungen zurückzuweisen.