

**Art. 29 Abs. 2 BV; Art. 3 und Art. 5 BGBM; Art. 2 und Art. 3 lit. f UWG; Art. 6 Abs. 1 EG BGBM; Art. 16 lit. c und lit. d sowie Art. 18 Ziff. 1 SubmV/Thayngen; Art. 8 Abs. 1 und Art. 46 Satz 1 VRG. Submission; Begründungspflicht; Ausschluss eines Unterangebots; Anwendung von Eignungs- und Zuschlagskriterien; Transparenz des Verfahrens; Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung der Anbieter** (Entscheid des Obergerichts Nr. 60/2003/16 vom 30. Januar 2004 i.S. X. AG)

Veröffentlichung im Amtsbericht.

*Ist der Vertrag bereits abgeschlossen, kann das Obergericht gegebenenfalls auch ohne entsprechenden Antrag des Beschwerdeführers die Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheids feststellen. Offengelassen, ob ein verfrüht abgeschlossener Vertrag unter Umständen nichtig sei (E. 1b).*

*Vergabeentscheide sind zu begründen. Eine Verletzung der Begründungspflicht kann im Beschwerdeverfahren geheilt werden (E. 2).*

*Der Ausschluss vom Verfahren muss nicht mit eigenständiger Verfügung eröffnet werden; über den Ausschluss kann auch erst im Rahmen des Zuschlags befunden werden (E. 3a).*

*Ein nicht mehr kostendeckendes Angebot ist nicht zwingend unlauter. Ein Unterangebot ist sodann generell nicht von vornherein unzulässig. Bei einem ungewöhnlich niedrigen Angebot ist vor einem allfälligen Ausschluss zunächst mit dem Anbieter Rücksprache zu nehmen (E. 3b und c).*

*Die Zuschlagskriterien können zwar auch Merkmale umfassen, die bereits bei der Eignung der Anbieter geprüft werden. Eine anhand der Eignungskriterien festgestellte Mehr-Eignung kann jedoch nicht ohne weiteres bei der Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden (E. 4b).*

*Die Eignungs- und Zuschlagskriterien sind zu Beginn des Verfahrens festzulegen und den Interessenten bekanntzugeben. Wird bei der Vergabe auf andere Kriterien abgestellt, so wird das Transparenzgebot und das Gebot eines fairen Wettbewerbs verletzt (E. 4d und e).*

*Ortsfremde Anbieter dürfen bei den Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht diskriminiert werden. Insbesondere darf die Länge des Anfahrtswegs nur ausnahmsweise berücksichtigt werden, wenn der Transport als solcher eine erhebliche Rolle spielt (E. 4e).*

Die Gemeinde Thayngen schrieb die Sanierungsarbeiten für ein Schulhaus öffentlich aus. Für eine Arbeitskategorie bewarben sich unter anderem die X. AG mit einem bereinigten Angebot von Fr. 64'559.35 und die Y. AG mit einem bereinigten Angebot von Fr. 71'330.25. Der Gemeinderat vergab die Arbeiten der Y. AG und schloss mit ihr sogleich den Werkvertrag ab. Eine hierauf erhobene Beschwerde der X. AG hiess das Obergericht gut; es stellte fest, dass der Vergabeentscheid bundesrechtswidrig sei.

*Aus den Erwägungen:*

1.– a) Die (revidierte) Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB, SHR 172.510, SR 172.056.5), die neu generell auch für die Vergabe von Aufträgen der Gemeinden gilt, ist auf den vorliegenden Fall noch nicht anwendbar ... Das Beschwerdeverfahren richtet sich somit ausschliesslich nach dem kantonalen Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 29. Juni 1998 (EG BGBM, SHR 172.500). ...

b) Der Gemeinderat hat den ... Werkvertrag mit der ausgewählten Anbieterin, der Y. AG, ... abgeschlossen. Die Beschwerde hat zwar prinzipiell keine aufschiebende Wirkung (Art. 4 Abs. 1 EG BGBM). Gemäss Rechtsprechung dürfte aber zumindest bis zum Ende der Beschwerdefrist grundsätzlich noch kein Vertrag abgeschlossen werden (*Robert Wolf*, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 2003, S. 17, mit Hinweisen; vgl. die ausdrückliche Regelung in Art. 14 Abs. 1 IVöB). Ob der verfrüht abgeschlossene Vertrag deswegen nichtig sei (vgl. zur insoweit uneinheitlichen Praxis *Wolf*, S. 17 f., mit Hinweisen), muss jedoch offenbleiben. Die fraglichen Arbeiten wurden mittlerweile bereits vollständig durchgeführt; sie können daher nicht mehr an eine andere Unternehmung vergeben werden. In dieser Situation kann das Obergericht, falls sich die Beschwerde als begründet erweist, lediglich noch feststellen, inwiefern die angefochtene Verfügung Bundesrecht verletzt (Art. 6 Abs. 1 EG BGBM). Dazu bedarf es nicht zunächst eines formellen entsprechenden Antrags der Beschwerdeführerin, ist doch das Obergericht ohnehin nicht an deren Antrag gebunden (vgl. Art. 7 EG BGBM i.V.m. Art. 46 Satz 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 [VRG, SHR 172.200]).

2.– a) Anfechtbare Verfügungen sind grundsätzlich zu begründen; das gilt insbesondere auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens (vgl. allgemein Art. 8 Abs. 1 VRG; für das Submissionsverfahren heute § 2 Abs. 1

der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511] i.V.m. Art. 37 Abs. 2 der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]; *Wolf*, ZBl 2003, S. 19, mit Hinweis). Dieses übergeordnete Rechtsprinzip geht der Bestimmung von Art. 20 Ziff. 4 Satz 3 der Submissionsverordnung der Gemeinde Thayngen vom 25. Februar 1999 (SubmV) vor, welche vorsieht, dass der Gemeinderat nicht verpflichtet sei, seine Entscheidungsgründe bekanntzugeben (vgl. § 3 Abs. 2 ViVöB).

Die Begründungspflicht ergibt sich im übrigen schon aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV, SR 101]). Ein Anspruch auf rechtliches Gehör und damit auf eine Begründung besteht immer dann, wenn ein Hoheitsakt unmittelbar die Rechtsstellung eines Einzelnen berührt. Dieser soll wissen, warum die Behörde zu seinem Nachteil entschieden hat. Ein Entscheid muss deshalb grundsätzlich so begründet sein, dass der Betroffene ihn gegebenenfalls sachgerecht anfechten kann. Dies ist nur möglich, wenn sowohl er wie auch die Rechtsmittelinstanz sich über die Tragweite des Entscheids ein Bild machen können. In diesem Sinn müssen wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde leiten liess und auf welche sich ihr Entscheid stützt (BGE 129 I 236 E. 3.2 mit Hinweisen).

Im Vergabeverfahren soll ein Anbieter aufgrund der Begründung feststellen können, ob sein Angebot (im Rahmen des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums) sachlich haltbar bewertet worden ist. Dazu muss er die Bewertung zumindest in den Grundzügen kennen. Die Informationen über Bewertung und Rangfolge der Angebote müssen jedoch nicht umfangreich oder gar umfassend sein; sie können vielmehr knapp und stichwortartig ausfallen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 18. Juni 1998, E. 2c/bb, ZBl 2000, S. 132).

*b)* Die Rechtsprechung lässt es in der Regel genügen, wenn die Vergabebehörde die Begründung ihres Entscheids in der Beschwerdeantwort nachreicht oder ergänzt und so ein Begründungsmangel letztlich geheilt wird. In diesem Fall ist der Beschwerdeführerin zur Wahrung des rechtlichen Gehörs auf jeden Fall nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (vgl. OGE vom 28. Juli 2000 i.S. C. AG, E. 2 mit Hinweisen, Amtsbericht 2000, S. 131; *Wolf*, S. 19 ff., mit weiteren Hinweisen).

Die Vergabemitteilung ... enthielt keine Begründung. In einer Faxmitteilung ... erklärte die Gemeinderatskanzlei, die Arbeiten seien aus geographischen Gründen an eine Unternehmung aus der unmittelbaren Umgebung vergeben worden. In der Beschwerdeantwort begründete der Gemeinderat den Vergabeentscheid damit, dass der bauleitende Architekt das Angebot der Be-

schwerdeführerin als "nicht sauber" betrachtet habe, weil sie das verlangte Material (...) zu einem unter dem Einkaufspreis liegenden Preis eingesetzt habe. Wer ein solches Angebot einreiche, handle unlauter. Für die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin seien demnach – entgegen der unter Zeitdruck abgegebenen Faxmitteilung der Gemeinderatskanzlei ... – nicht primär "geographische Gründe" massgeblich gewesen; vielmehr sei die Beschwerdeführerin vom Wettbewerb ausgeschlossen worden. Die Beschwerdegegnerin habe daher auf eine Eignungsprüfung der Beschwerdeführerin verzichten können. Ein Zuschlag an sie hätte ohnehin nur dann nahegelegen, wenn sie durch frühere Leistungen empfohlen gewesen wäre; ihre Leistungsfähigkeit und die Gewähr für termingerechte Erfüllung seien aber weder dem bauleitenden Architekten noch dem Gemeinderat bekannt gewesen. Überdies könne eine Firma aus der Region Schaffhausen Garantie- und Serviceleistungen mit bedeutend weniger (Zeit-)Aufwand erfüllen. Selbst wenn die Beschwerdeführerin im Wettbewerb verblieben wäre, hätten somit ausreichende Gründe bestanden, den Zuschlag einem Mitbewerber zu erteilen.

Mit der nachgeschobenen Begründung des Gemeinderats und dem eingereichten Sitzungsprotokoll ist der Begründungsmangel letztlich geheilt, so dass nicht schon wegen Verletzung der Begründungspflicht bzw. des diesbezüglichen Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin der Vergabeentscheid als rechtswidrig zu betrachten ist. ...

3.– a) Gemäss Art. 16 SubmV sind unter anderem Angebote vom Wettbewerb auszuschliessen, die sich offensichtlich als Unterangebote erweisen (lit. c) oder Merkmale ungenügender Erfahrung und Sachkenntnisse oder des unlauteren Wettbewerbs aufweisen (lit. d).

Der Ausschluss vom Verfahren muss einem Anbieter nach der Rechtsprechung nicht mit einer eigenständigen Verfügung eröffnet werden. Dies gilt nicht nur beim Ausschluss wegen Nichterfüllens der Eignungskriterien, sondern auch beim Ausschluss wegen inhaltlicher Mängel der eingereichten Offerte. Es steht der vergebenden Behörde frei, im Rahmen des Zuschlags über den Ausschluss zu befinden. In solchen Fällen impliziert die Zuschlagsverfügung den Ausschluss. Dem nicht berücksichtigten Anbieter entsteht dadurch kein Rechtsnachteil, kann er doch mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung auch geltend machen, er sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Mai 2002, E. 4a, mit Hinweisen, BEZ 2002 Nr. 52).

b) Der Gemeinderat macht geltend, die Beschwerdeführerin sei in erster Linie vom Wettbewerb ausgeschlossen worden, weil sie "Merkmale ungenügender Erfahrung und Sachkenntnisse oder des unlauteren Wettbewerbs" aufgewiesen habe (Art. 16 lit. d SubmV).

Woraus sich konkrete Anhaltspunkte für eine allfällige ungenügende Erfahrung oder ungenügende Sachkenntnisse der Beschwerdeführerin ableiten liessen, hat der Gemeinderat nicht dargetan; es ist auch nicht ersichtlich. Dass die Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin dem Architekten und dem Gemeinderat nicht bekannt sein mochte, stellt jedenfalls kein solches Merkmal dar.

Ein nicht mehr kostendeckendes Angebot ist sodann als solches – entgegen der Auffassung des Gemeinderats – nicht zwingend unlauter. Die Gründe für ein solches Angebot können vielfältig und durchaus lauter sein; es sollen beispielsweise Überkapazitäten überbrückt, Fixkosten gedeckt oder Arbeitsplätze erhalten werden (*Galli/Moser/Lang*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, S. 265, Rz. 541, mit Hinweisen). Unlauter handelt bei Tiefpreisen grundsätzlich erst, wer ausgewählte Waren, Werke oder Leistungen wiederholt unter Einstandspreisen anbietet, diese Angebote in der Werbung besonders hervorhebt und damit den Kunden über die eigene oder die Leistungsfähigkeit von Mitbewerbern täuscht (Art. 3 lit. f des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 [UWG, SR 241]). Dieser Tatbestand ist aber bei einzelfallbezogenen (Unter-)Angeboten bei Submissionen prinzipiell nicht erfüllt; ein verpönter Verstoss gegen Treu und Glauben (vgl. die Generalklausel von Art. 2 UWG) stünde im Einzelfall erst dann zur Diskussion, wenn er besonders intensiv wäre oder wenn der Anbieter die Preisdifferenz mit illegalen Mitteln decken würde (vgl. *Galli/Lehmann/Rechsteiner*, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 210 f., Rz. 725 f., mit Hinweisen). Dass hier ein solcher Spezialfall vorläge, tut aber der Gemeinderat nicht dar (vgl. im übrigen auch unten, lit. c).

c) Der Gemeinderat macht sodann geltend, die Offerte der Beschwerdeführerin habe sich – "jedenfalls teilweise" – als offensichtliches Unterangebot erwiesen (Art. 16 lit. c SubmV).

Der Begriff des Unterangebots wird in der Submissionsverordnung nicht definiert. Nach traditioneller Umschreibung liegt ein Unterangebot vor, wenn ein Anbieter seine Leistung zu einem Preis anbietet, der unter den Gestehungskosten liegt (sogenannter Verlustpreis; *Galli/Moser/Lang*, S. 261, Rz. 536, mit Hinweisen). Dies ist jedoch heute im Hinblick auf die Zulassung zum Wettbewerb flexibel zu handhaben, kann es doch – wie erwähnt (oben, lit. b) – vielfältige und durchaus lautere Gründe für ein solches Angebot geben. Nach heutigem Vergaberecht erscheint daher ein Angebot, dessen Preis unter Kalkulation eines Verlusts zustande gekommen ist, nicht von vornherein als unzulässig. Ist – wie hier – kein eigentliches unlauteres Vorgehen dargetan, so ist vielmehr entscheidend, ob die Teilnahmebedingungen dennoch eingehalten und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können. Erweckt ein

ungewöhnlich niedriges Angebot entsprechende Zweifel, so hat die Vergabebehörde vor einem allfälligen Ausschluss im Sinne des rechtlichen Gehörs regelmässig eine konkrete Rückfrage vorzunehmen. Ein Anbieter darf grundsätzlich nicht wegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots vom Verfahren ausgeschlossen werden, ohne dass er Gelegenheit erhalten hat, die Seriosität seines Angebots darzutun (*Herbert Lang*, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000, S. 239 f., mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall beruft sich der Gemeinderat auf eine einzelne Position, bei welcher die Beschwerdeführerin unter dem Einkaufspreis offeriert habe ... Im Rahmen des gesamten Angebots erscheint diese Position als eher ungeordnet; angesichts dessen kann das Gesamtangebot der Beschwerdeführerin nicht ohne weiteres als "offensichtliches" Unterangebot betrachtet werden. Dies räumt der Gemeinderat sinngemäss selber ein, wenn er das Angebot nur "jedenfalls teilweise" als solches Unterangebot bezeichnet.

In dieser Situation war ein direkter Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin mit der Begründung eines offensichtlichen Unterangebots nicht gerechtfertigt. Der Gemeinderat hätte vielmehr zumindest noch bei der Beschwerdeführerin rückfragen müssen; dies erst recht, wenn er ... tatsächlich befürchtet haben sollte, der Beschwerdeführerin sei es nicht möglich, mit dem offerierten Preis die gewünschte Qualität zu gewährleisten.

d) Soweit daher die Vergabebehörde die Verweigerung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin mit dem Ausschluss von deren Angebot vom Vergabeverfahren begründet, hat sie damit nach dem Gesagten zumindest den diesbezüglichen Gehörsanspruch der Beschwerdeführerin und insoweit Bundes(verfassungs)recht verletzt.

4.– a) Der Gemeinderat hat zwar erklärt, er habe angesichts der eindeutigen Ausschlussgründe auf eine Eignungsprüfung der Beschwerdeführerin verzichten dürfen. Er hat aber – gleichsam als Eventualbegründung – noch ausgeführt, das Angebot der Y. AG sei mit Blick auf die Leistungsfähigkeit und die allfälligen Garantie- und Serviceleistungen ohnehin höherwertig gewesen; es hätten daher bei einem Verbleiben der Beschwerdeführerin im Wettbewerb ausreichende Gründe bestanden, den Zuschlag der Y. AG zu erteilen.

Nachträglich ... hat der Gemeinderat noch geltend gemacht, Einschränkungen des Marktzugangs für ortsfremde Anbieter seien aus gewissen Gründen zulässig. Insbesondere sei die Berücksichtigung von Anfahrts- und Transportwegen aus dem Blickwinkel des Umweltschutzes ein zulässiges Kriterium; vorliegend handle es sich aber um eine erhebliche örtliche Distanz. Auch könne die persönliche Fachkompetenz des Anbieters, welche bei der Y. AG durch Referenzen bekannt gewesen sei, berücksichtigt werden. Unter Be-

rücksichtigung aller Aspekte habe die Y. AG das wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet.

b) Die Vergebung darf nur an solche Bewerber erfolgen, welche ein wirtschaftlich günstiges Angebot, die nötige beruflich-fachliche Qualifikation und Leistungsfähigkeit aufweisen und Gewähr für termingerechte Erfüllung sowie Garantie- und Serviceleistungen bieten (Art. 18 Ziff. 1 SubmV).

Dabei 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. 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*).

Es ist zulässig, bei den Zuschlagskriterien zur Bewertung der voraussichtlichen künftigen Leistung Elemente beizuziehen, die auch für die Eignung der Anbieter von Bedeutung sein können, d.h. die Zuschlagskriterien so festzulegen, dass sie auch Merkmale umfassen, die bereits bei der Eignung geprüft werden. Dagegen ist es – jedenfalls wenn es nicht um einen komplexen Dienstleistungsauftrag geht, bei welchem die Fachkompetenz bzw. die Qualifikation des Anbieters eine grosse Rolle spielt (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 4. November 1999, E. 2b, mit Hinweisen, AGVE 1999, S. 329 f.) – grundsätzlich nicht zulässig, eine anhand der Eignungskriterien festgestellte "Mehr-Eignung" ohne weiteres in die Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots einfliessen zu lassen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 18. Dezember 2002, E. 2d, mit Hinweisen, BEZ 2003 Nr. 13).

c) Bei der Vergabe, d.h. insbesondere auch im Zusammenhang mit der Anwendung der Eignungs- und Zuschlagskriterien, ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter einzuhalten (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, AGVE 1997, S. 348 f., mit Hinweisen).

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*, S. 61, Rz. 194).

d) Kantone und Gemeinden sowie andere Träger kantonaler und kommunaler Aufgaben sorgen dafür, dass die Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten sowie die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich publiziert werden (Art. 5 Abs. 2 Satz 1 BGBM).

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 (Entscheidung 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). Dies entspricht einem allgemein gültigen Rechtsgrundsatz, der auch ohne ausdrückliche Vorschrift zu beachten ist (vgl. BGE 125 II 101 E. 7c mit Hinweisen). Dass Art. 18 Ziff. 1 SubmV generell darauf hinweist, dass für den Zuschlag gewisse Kriterien erfüllt sein müssen, kann die erforderliche Konkretisierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien bei der Ausschreibung nicht ersetzen.

Die vorgängige Bekanntgabe hat einen mehrfachen Zweck: Erstens zwingt sie die Vergabeseite, sich über den anstehenden Beschaffungsbedarf spätestens mit der Ausschreibung (bzw. den Ausschreibungsunterlagen) klar zu werden. Zweitens offerieren Anbieter bedarfsgerechter, wenn sie wissen, welchen Merkmalen der ausgeschriebenen Leistung die Auftraggeberin welchen Wert beimisst. Drittens schützt die vorgängige Bekanntgabe die Anbieter vor vergabeseitiger Manipulation, die sonst etwa darin bestünde, zum Schaden der übrigen Anbieter die Bewertungskriterien der gerade favorisierten Offerte anzupassen. Und viertens ermöglicht erst sie eine wirksame gerichtliche Nachkontrolle auch von Vergabeentscheidungen (*Hubert Stöckli*, Bundesgericht und Vergaberecht, BR 2002, S. 8; vgl. auch *Galli/Moser/Lang*, S. 207, Rz. 445; je mit Hinweisen).



e) Der Gemeinderat macht nicht geltend – und es ist auch aus den Akten nicht ersichtlich (...) –, dass in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen konkrete Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien bekanntgegeben worden seien.

Wenn der Gemeinderat dennoch bei der Vergabe nicht nur auf den Preis, sondern – wenigstens für den Fall, dass die Beschwerdeführerin im Wettbewerb verblieben wäre – entscheidend auf bestimmte andere Kriterien abstellen will, deren Bedeutung den Anbietern nicht zum voraus mitgeteilt worden ist, so verletzt er damit das Transparenzgebot und das Gebot eines fairen Wettbewerbs. Zumindest dann, wenn – wie hier – mit der Ausschreibung überhaupt keine Eignungs- und Zuschlagskriterien bekanntgegeben worden sind, dann aber beim Zuschlag doch gewisse solche Kriterien den Ausschlag geben, ist der darin liegende schwere Verfahrensmangel bei der Beschwerde gegen den Vergabeentscheid noch zu berücksichtigen, auch wenn grundsätzlich schon die Ausschreibung hätte angefochten werden können (vgl. Art. 2 Abs. 4 lit. a EG BGBM; *Wolf*, S. 5 f., 8 ff.; *Galli/Moser/Lang*, S. 213, Rz. 461; je mit Hinweisen).

Insbesondere geht der Gemeinderat im vorliegenden Fall – im Rahmen einer verpönten Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien – letztlich mitentscheidend von einer "Mehr-Eignung" der Y. AG aus (vgl. oben, lit. b); dies im übrigen, ohne dass den Anbietern und damit auch der Beschwerdeführerin bei der Ausschreibung Gelegenheit geboten worden wäre, ihre beruflich-fachliche Qualifikation und Leistungsfähigkeit zu belegen. Stellt aber die Vergabebehörde von sich aus bei der berücksichtigten Anbieterin auf Referenzen ab, die nicht im Vergabeverfahren erhoben worden sind, sondern auf ihren Insiderkenntnissen beruhen, und stellt sie dagegen die Eignung der Beschwerdeführerin in Frage, ohne ihr die Möglichkeit eingeräumt zu haben, beispielsweise eine Referenzliste einzureichen, so verstösst sie damit gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Es geht jedenfalls nicht an, ohne vorherige Bekanntgabe eines im Ergebnis als massgeblich betrachteten Eignungskriteriums die erforderliche fachliche Qualifikation einer Anbieterin mit dem blossen Hinweis zu verneinen, deren Leistungsfähigkeit sei nicht bekannt.

Der Gemeinderat hat insbesondere auch den langen Anfahrtsweg der Beschwerdeführerin als negativ angesprochen. Dass dieser Umstand ein relevantes Zuschlagskriterium sei, sahen aber die Ausschreibungsunterlagen nicht vor, so dass er grundsätzlich auch nicht berücksichtigt werden darf. Das Abstellen auf die Anfahrtswege, die ein Anbieter von seinem auswärtigen Geschäftsstandort bis zum Einsatzort zurücklegen muss, ist im übrigen unter dem Aspekt der Gleichbehandlung höchst problematisch, da dieses Kriterium eine direkte Benachteiligung der weiter entfernt gelegenen Anbieter mit sich bringt. Würde generell auf die Länge der Anfahrtswege abgestellt, so würde

damit der vom Binnenmarktgesetz angestrebte freie und gleichberechtigte Zugang zum Markt auf dem gesamten Gebiet der Schweiz (vgl. Art. 1–3 BGBM) weitgehend verunmöglicht. Auch mit Bezug auf die Eignungskriterien dürfen ortsfremde Anbieterinnen und Anbieter nicht diskriminiert werden (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000, E. 4b/aa, mit Hinweisen, BEZ 2000 Nr. 27). Zwar sind für sie aus Gründen des Umweltschutzes gewisse Beschränkungen des Marktzugangs zulässig (Art. 3 Abs. 1 lit. b i.V.m. Abs. 2 lit. b BGBM). Doch müsste dabei der Transport als solcher eine erhebliche Rolle spielen; es müsste z.B. im Rahmen einer Dienstleistung eine Vielzahl von Fahrten über eine längere Zeitspanne durchgeführt werden, oder es müsste in grossem Masse Material mit Lastwagen über weite Strecken transportiert werden (vgl. BGE vom 31. Mai 2000, E. 4a, ZBl 2001, S. 317; *Galli/Moser/Lang*, S. 204 ff., Rz. 437 ff.; je mit Hinweisen). Davon kann bei den in Frage stehenden Arbeiten wohl nicht die Rede sein. Der Anfahrtsweg kann im vorliegenden Fall insbesondere auch im Zusammenhang mit allfälligen Garantieleistungen nicht entscheidend sein.

f) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Gemeinderat mit der Eventualbegründung des Vergabeentscheids das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot sowie das Gebot eines fairen Wettbewerbs verletzt und damit letztlich auch eine wirksame gerichtliche Nachkontrolle verhindert hat. Seine generellen Ausführungen darüber, welche Kriterien gegebenenfalls berücksichtigt werden könnten, gehen angesichts dessen, dass er hier auf die vorgängige Festlegung und Bekanntgabe konkreter Eignungs- und Zuschlagskriterien überhaupt verzichtet und erst im Nachhinein die eingereichten Angebote an spezifischen, einzelfallbezogenen Kriterien messen will, an der Sache vorbei.

5.– Hat demnach der Gemeinderat wesentliche Verfahrensgrundsätze missachtet (vgl. oben, E. 3d und 4f), so erweist sich der angefochtene Entscheid als bundesrechtswidrig; dies ist formell festzustellen. Die Beschwerde ist in diesem Sinn gutzuheissen.