

BL_GERICHTE 810 2004 309 vom 2. Februar 2005

BL Gerichte, 2005-02-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bl_gerichte_810_2004_309

FR: BL_GERICHTE 810 2004 309 du 2 février 2005

IT: BL_GERICHTE 810 2004 309 del 2 febbraio 2005

Regeste

Bekanntgabe der Zuschlagskriterien, Subkriterien, Benotungsskala; Detaillierungsgrad der bekanntzugebenden Kriterien; in Zuschlagskriterien inhärente Subkriterien Alle Zuschlagskriterien müssen bereits im sozusagen abstrakten Stadium des Verfahrens festgelegt werden, solange die einzelnen Bewerber und deren Offerten noch nicht bekannt sind. Der Detaillierungsgrad dieser Kriterien ergibt sich aus den Erfordernissen, die das betreffende Projekt an den Unternehmer stellt.

Erwägungen

E. 1

a - c) (...)

E. 2

(...)

E. 3

(...)

E. 4

a) Die Beschwerdegegnerin formulierte im Amtsblatt des Kantons Basel-Landschaft Nr. 19 vom 6. Mai 2004 die Zuschlagskriterien für das fragliche Projekt folgendermassen: "Bereinigter Angebotspreis 40%, Schlüsselpersonal 35%, Firmenreferenzen 25%". In den Offertunterlagen auf S. 3/17 wurden die Zuschlagskriterien wie folgt definiert: " Kriterium 1. Preis Bewertung Teilkriterium 1.1 Bereinigtes Honorarangebot exklusive Nebenkosten 40% Kriterium 2. Nachweis der nötigen Kenntnisse und Erfahrung der Schlüsselpersonen 35% Teilkriterium 2.1. Erfahrung und Kenntnis im Wasserbau 20% Teilkriterium 2.2. Erfahrung und Kenntnis in Gewässerökologie/Landschaftsplanung 15% Kriterium 3. Firmenreferenzen 25% Teilkriterium 3.1 Vergleichbare Projekte im Wasserbau 15% Teilkriterium 3.2 Vergleichbare Projekte in Gewässerökologie/Landschaftsplanung 10% " Aus dem Beschlussprotokoll Nr. 1 Offenlegung Dorf- und Leibach der Gemeinde R. vom 31. März 2004, aus ihrer Begründung an die Beschwerdeführerin vom 27. Juli 2004 und ihrer Stellungnahme an das Kantonsgericht vom 4. Oktober 2004 geht hervor, dass die eingereichten Offerten nach den folgenden Vergabekriterien beurteilt wurden: " Angebotspreis: Günstigstes Angebot 5 Punkte, teuerstes Angebot 1 Punkt, übrige Angebote linear abgestuft. Schlüsselpersonal 2-3 identische Referenzobjekte 5 Punkte, 1 identisches Objekt 4 Punkte, ähnliche Objekte 2.5 Punkte Die Referenzobjekte sollten nicht älter als 10 Jahre sein. Firmenreferenzen 2-3 identische Referenzobjekte 5 Punkte, 1 identisches Objekt 4 Punkte, ähnliche Objekte 2.5 Punkte. Die Referenzobjekte sollten nicht älter als 10 Jahre sein." b) Die Beschwerdeführerin erläutert in ihrer Beschwerde, dass gute Kenntnisse im

Wasserbau und in der Gewässerökologie wegen der grossen Komplexität der Gewässer und ihrer Vielzahl von bestimmenden Faktoren klar widerlegen würden, dass es identische Gewässer oder Gewässerobjekte gebe und somit der neu eingeführte Begriff von "identischen Referenzobjekten" in diesem Zusammenhang völlig ungeeignet sei. Zudem würden gute Kenntnisse im Wasserbau und in der Gewässerökologie auch widerlegen, dass das neue Kriterium der "Altersbegrenzung von Referenzobjekten" als ungerechtfertigt und somit für die Beurteilung ungeeignet sei. Es gebe verschiedene Projekte aus den 70-er Jahren, die für heutige Verhältnisse noch als "mustergültig" gelten und die aktuellen Mindestanforderungen immer noch übertreffen würden. Andererseits würden heute noch Projekte erstellt, die nicht dem Stand der Zeit entsprächen. Die Referenzobjekte würden in der Regel nicht nach dem Alter, sondern nach ihren hohen Lösungsanforderungen (hoher Kenntnisstand, grosse Komplexität, Vorbildcharakter, etc.) ausgewählt. Das Alter könne zudem auf eine lange Erfahrungszeit hinweisen. Als problematisch und ungerecht erachte sie auch die Ausgestaltung der Preiskurve. Die Preiskurve beginne beim tiefsten Preis und ende beim höchsten Preis (348%). Dadurch werde die Gewichtung des Preiskriteriums verzerrt. Weiter moniert sie, dass die Auftraggeberin nicht nur neue Kriterien oder Unterkriterien für die Beurteilung der Angebote verwendet habe, sondern die Kenntnisse und somit die Qualifikation der Schlüsselpersonen gar nicht berücksichtigt worden seien. Erfahrungen und Kenntnisse (Wissen) seien zwei verschiedene Anforderungsprofile, die nicht deckungsgleich sein müssten. Da die Auftraggeberin die Angebote für die Arbeitsvergabe aufgrund - von im Vergleich zu den bei der Ausschreibung bekannten Kriterien - neuer und veränderter Zuschlagskriterien bewertet habe, liege ein Verstoß gegen das Transparenzgebot und das Willkürverbot vor. c) Die Beschwerdegegnerin stellt sich in ihrer Vernehmlassung auf den Standpunkt, dass der Begriff "identische Referenzobjekte" nach allgemeiner Usanz verwendet werden könne. Auch wenn ein Fließgewässer seine - im Detail - eigenen Charakteristika aufweise, sei nach allgemeiner und anerkannter Praxis im Wasserbau und in der Gewässerökologie eine Klassierung nach Gleichartigkeit internationaler Standard. Vorliegend handle es sich um die Offenlegung eines eingedolten Baches kleiner bis mittlerer Grösse. In den letzten Jahren sei eine ansehnliche Zahl absolut vergleichbarer Bachrenaturierungen realisiert worden. Die Referenzpalette sei somit genügend breit, um in dieser Kategorie von identischen Referenzobjekten sprechen und ausgehen zu können. Auch sollte das Referenzobjekt - gerade im Hinblick auf Vergleichbarkeit resp. Identität - zeitlich nicht zu lange zurückliegen, da sich (u.a. durch den Preiszerfall im Baugewerbe) in den letzten Jahren nicht nur die Arbeitstechnik der Unternehmungen, sondern auch die ökologischfachlichen Anforderungen und zudem der Personalbestand verändert hätten. Referenzen von aktuellen Objekten würden deshalb höher gewichtet werden. Die Ausgestaltung der Preiskurve sei ebenfalls eine allgemein übliche und regelmässig angewendete Berechnungsmethode. Die Vergabekriterien seien den Offerenten nicht zugestellt worden, da es sich um logische und in Submissionsverfahren üblicherweise angewendete Kriterien handle. Die Vergabekriterien seien eine logische Auslegung der publizierten Zuschlagskriterien und könnten deshalb nicht als neue Begriffe bezeichnet werden. d) Im vorliegenden Fall stellen sich somit die Fragen, ob die publizierten Zuschlagskriterien und die Vergabekriterien gemäss Protokoll vom 31. März 2004 inhaltlich divergieren und ob die Beschwerdegegnerin letztgenannte Vergabekriterien den Offerenten mit den Ausschreibungsunterlagen hätte bekannt geben müssen. Damit ist zu beurteilen, ob eine Verletzung des Transparenzgebotes und Willkürverbotes vorliegt.

E. 5

a) Art. 5 Abs. 2 BGBM, der seit dem 1. Juli 1996 in Kraft steht, schreibt den Behörden auf kantonaler und kommunaler Ebene vor, die Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich zu publizieren. Weiteres ist diesem Rahmengesetz nicht zu entnehmen. Hier ergibt sich die direkte Anwendbarkeit aus dem ausreichenden Konkretisierungsgrad, der im Übrigen von demjenigen vergleichbarer Normen des Landesrechts keineswegs übertroffen wird. Gemäss § 1 lit. a bis d BeG will der Kanton mit dem BeG das Verfahren von öffentlichen Vergaben regeln und transparent gestalten, den Wettbewerb stärken unter Berücksichtigung der eigenen volkswirtschaftlichen Bedürfnisse und Gegebenheiten, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel fördern und die Gleichbehandlung aller Anbietenden gewährleisten. Nach § 9 lit. a BeG muss das Verfahren transparent gestaltet sein, damit unter den Anbieterinnen und Anbietern ein wirksamer Wettbewerb stattfinden kann. § 22 Abs. 1 BeG statuiert, dass die Ausschreibungsunterlagen alle wesentlichen Angaben enthalten und die für den Zuschlag massgebenden Kriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung aufgeführt sein müssen. Gemäss § 12 BeV geben die Ausschreibungsunterlagen unter anderem mindestens die Eignungskriterien (lit. d), die mit dem Angebot zu erbringenden Nachweise (lit. e) und die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung und entsprechend ihrer Gewichtung (lit. m) an. b / aa Das Bundesgericht hat in seinem Leitentscheid vom 20. November 1998 in Sachen Groupement G2IR3 gegen Conseil communal de La Chaux-de-Fonds et al. (BGE 125 II 86 ff. = Die Praxis 7/8 1999 Nr. 105 S. 571 ff.) gestützt auf den dort anwendbaren Art. 13 lit. f der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 25. November 1994 und vor dem Hintergrund des Prinzips der Transparenz Regeln hinsichtlich der Verpflichtung der Vergabebehörde zur Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und ihrer Rangfolge oder relativen Bedeutung aufgestellt. Art. 13 lit. f IVöB besagt, dass die kantonalen Ausführungsbestimmungen geeignete Zuschlagskriterien beinhalten sollen, die den Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot gewährleisten. Dazu stellte das Bundesgericht zunächst klar, dass diese Vorschrift genügend genau sei, um direkt anwendbar zu sein (BGE 125 II 99 E. 7a). Die neue Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens verfolge insbesondere den wesentlichen Zweck, die Transparenz der Vergabeverfahren zu verbessern, um einen wirksamen Wettbewerb unter den Anbietern zu gewährleisten und eine sparsame Verwendung der öffentlichen Mittel zu ermöglichen. Die Transparenz sei eine unverzichtbare Bedingung zur Kontrolle der Rechtsbefolgung und der richtigen Abwicklung der Verfahren (BGE 125 II 100 f. E. 7c; zum Grundsatz der Transparenz vgl. auch Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N 218-222). Die Vergabebehörde sei daher - so das Bundesgericht weiter - verpflichtet, alle Zuschlagskriterien, die sie bei der Bewertung der Angebote berücksichtigen werde, zum Voraus und in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufzuzählen; zumindest sei die relative Wichtigkeit, die sie jedem der Kriterien beizumessen gedenke, deutlich zu präzisieren. Da die Formulierung des Art. 13 lit. f IVöB vage sei und den Vergabestellen folglich einen beträchtlichen Ermessensspielraum überlasse, bestehe ansonsten eine Gefahr der Ermessensüberschreitung oder des Ermessensmissbrauchs seitens des betreffenden öffentlichen Gemeinwesens (125 II 101 f. E. 7c). Weil das betreffende Gemeinwesen in casu die Zuschlagskriterien nicht in der Reihenfolge ihrer Bedeutung in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt und auch die entsprechenden Gewichtungen, die sie diesen Kriterien beizumessen beabsichtigte, nicht im Voraus angegeben hatte, kam das Bundesgericht zum Schluss, dass die Vergabeverfügung

gegen den Grundsatz der Transparenz verstosse (125 II 102 E. 7c). b/ bb) Nach diesem Bundesgerichtsentscheid wurde vereinzelt die Auffassung vertreten, aus den Erwägungen des zitierten Entscheides BGE 125 II 86 ff. folge, dass den Bewerbern die eigentliche Bewertungsmatrix, auf deren Grundlage die Beurteilung der Angebote erfolge, bekannt zu geben sei. Um eine rechtsgleiche, missbrauchsfreie und transparente Beurteilung der Angebote zu gewährleisten, müsse für die Bewerber im Voraus nachvollziehbar sein, wie aus den einzelnen Zuschlagskriterien die Gesamtbewertung ermittelt werde (Markus Metz, Spezielle Rechtsfragen des Vergabeverfahrens und des Rechtsschutzes, in: Referate zur Tagung „Rechtsfragen des öffentlichen Beschaffungswesen in den Kantonen“ des Schweizerischen Instituts für Verwaltungskurse, gehalten am 26. März 1999 im Ausbildungs- und Konferenzzentrum der UBS AG, Basel). Peter Galli hielt präzisierend fest, dass für die Vergabestelle die Benützung einer Beurteilungsmatrix nicht obligatorisch sei. Falls sie jedoch das Bedürfnis habe, zu den publizierten Zuschlagskriterien Unterkriterien zu formulieren oder etwa Gewichtungen der einzelnen Kriterien in Prozenten oder nach einem Punktesystem festzulegen, so habe die Vergabestelle diese nach dem Transparenzprinzip in Form einer Beurteilungsmatrix vorzunehmen, welche den Anbietern bekannt zu geben sei (Peter Galli, Zuschlagskriterien, Beurteilungsmatrix und Evaluationsbericht, in: BR 1999 S. 138). Auch die BRK verlangte in ihrem Entscheid vom 3. September 1999 (BRK 6/1999) für Beschaffungen des Bundes die Bekanntgabe einer allfälligen Beurteilungsmatrix: „Es ist Sache der Vergabestelle, sämtliche Kriterien, nach denen das konkrete Beschaffungsgeschäft vergeben werden soll, präzise und konkret zu umschreiben; diese schliessen auch die Bekanntgabe allfälliger Unterkriterien sowie der Beurteilungsmatrix an die Anbieter ein, soweit solche zusätzliche Hilfsmittel im konkreten Fall zur Anwendung gelangen“ (André Moser, a.a.O., S. 691). Wie die folgenden jüngeren Bundesgerichtsentscheide zeigen, wurde diese Auffassung bestätigt und weiterentwickelt. c) In seinem Entscheid vom 24. August 2001 (2P.299/2000 E. 2c) führt das Bundesgericht aus, dass es in Lehre und Praxis anerkannt sei, dass die Vergabebehörde nach dem Transparenzgebot nicht nur dazu verpflichtet sei, die entscheidenden Zuschlagskriterien zu nennen, sondern bei der Ausschreibung zudem die Massgeblichkeit der einzelnen Zuschlagskriterien nach ihrer Priorität, d.h. deren relative Gewichtung, bekannt zu geben. Aus dem Transparenzgebot würden sich zumindest folgende zwei Regeln ergeben: Wenn die Behörde für eine bestimmte auszuschreibende Arbeit schon konkrete Unterkriterien aufgestellt und ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen festgelegt habe und wenn sie für die Bewertung der Offerten grundsätzlich auch darauf abzustellen gedenke, müsse sie dies den Bewerbern zum Voraus bekannt geben. Es sei ihr sodann verwehrt, derart bekannt zu gebende Kriterien nach erfolgter Ausschreibung, insbesondere nach Eingang der Angebote, noch wesentlich abzuändern, so beispielsweise die festgelegten Prozentsätze nachträglich zu verschieben. Auch im Bundesgerichtsentscheid vom 10. März 2003 (2P.172/2002; in: BR 4/2003 S. 154 Nr. S40 und in: Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., Zürich 2004, S. 416; so auch im BGE vom 21. Januar 2004 [2P.111/2003] E. 2.1.2.) wird ausgeführt, dass Unterkriterien und deren Gewichtung den Anbietern ebenfalls vorgängig bekannt zu machen sind, sofern sie dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung schon bekannt seien. Weiter erklärt das Bundesgericht in diesem Entscheid, dass der Grundsatz der Transparenz es verbiete, nach dem Einreichen der Offerten die vorgängig erwähnte Auflistung der Zuschlagskriterien in wesentlichen Punkten abzuändern, namentlich den Prozentsatz der Gewichtung. Vorerwähnter Grundsatz verlange jedoch nicht die vorgängige Bekanntmachung der Unterkriterien, welche lediglich die

publizierten Zuschlagskriterien konkretisieren, diesen jedoch bereits inhärent seien. Ob die Unterkriterien den publizierten Zuschlagskriterien inhärent seien, ergebe sich aus den Gesamtumständen des entsprechenden Auftrages, namentlich aus der Gesamtheit der Ausschreibungsunterlagen. Im Bundesgerichtsentscheid vom 28. Januar 2004 (2P.231/2003 E. 2.3, vgl. dazu KGE VV, Nr. 65 vom 2. April 2003 i.S. H. AG [2002/309]) wird erläutert, dass aus dem Transparenzgebot weder von der Lehre noch von der Praxis eine allgemeine Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe von detaillierten Benotungsskalen abgeleitet worden sei. Einzig dann, wenn die Vergabebehörde bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung ein Schema mit festen prozentualen Gewichtungen (konkret) formuliert und festgelegt habe, das sie für die Bewertung der Offerten auch anzuwenden gedenke, müsse sie dieses im Voraus publizieren (so auch Verwaltungsgerichtsentscheid des Kantons Waadt vom 26. Januar 2000 [GE 99/0135], erwähnt in: Stöckli, a.a.O., S. 422). d) Aufgrund der dargelegten einschlägigen Gesetzesbestimmungen sowie gestützt auf die Rechtsprechung und Lehre ist somit im Einzelnen zunächst erforderlich, dass alle Zuschlagskriterien bereits im sozusagen abstrakten Stadium des Verfahrens festgelegt werden, solange die einzelnen Bewerber und deren Offerten noch nicht bekannt sind. Der Detaillierungsgrad dieser Kriterien ergibt sich aus den Erfordernissen, die das betreffende Projekt an den Unternehmer stellt. Im Interesse der Rechtssicherheit und der Transparenz ist es geboten, dass die Zuschlagskriterien für die konkrete Vergabe unter Einschluss ihrer Gewichtung und allfälliger Subkriterien bereits in den Ausschreibungsunterlagen präzise definiert werden. Da sich der Auftraggeber über seine Beschaffungsbedürfnisse ohnehin schon vor der Ausschreibung im Klaren sein muss, dürften diese Erfordernisse keine grösseren Probleme aufwerfen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 23 Ziff. 11.2, Fn. 89; vgl. zum Zusammenhang von Ermessensspielraum des Auftraggebers und Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien Renate Scherrer-Jost, Öffentliches Beschaffungswesen, in: Koller/Müller/Rhinow/Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Basel 1999, S. 29, N 54; VGE Nr. 155 vom 5. September 2001 i.S. M.S. und C.S. [2001/114] E. 5a, VGE Nr. 250/251 vom 5. Dezember 2001 i.S. L. I. AG [2001/246 und 2001/252] E. 5b, 5c, 6a und 6b sowie KGE VV Nr. 10 vom 15. Januar 2003 i.S. A. AG [2002/327] E. 7a und Nr. 61 vom 26. März 2003 i.S. I. B. [2002/269] E. 5). Neben den Zuschlagskriterien sind auch die Unterkriterien und deren Gewichtung und damit die Bewertungsmatrix den Anbietern vorgängig bekannt zu geben, sofern sie dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung schon bekannt sind. Nicht vorgängig bekannt gemacht werden müssen jedoch Unterkriterien, welche lediglich die publizierten Zuschlagskriterien konkretisieren, diesen also bereits inhärent sind. Weiter wird nicht verlangt, dass die detaillierten Benotungsskalen im Voraus bekannt gegeben werden müssen. Diesbezüglich ist noch darauf hinzuweisen, dass die Bewertungs- oder auch Beurteilungsmatrix nicht mit der Benotungsskala verwechselt werden darf. In der Praxis wird das Gesamtsystem von Zuschlags- und Unterkriterien samt der festgelegten Gewichtung für jedes Kriterium Beurteilungsmatrix genannt (Peter Galli/ André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, N 399; KGE VV Nr. 65 vom 2. April 2003 i.S. H. AG [2002/309] E. 3.d). Dies entspricht auch dem Verständnis kantonaler Gerichte (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts Waadt vom 4. Juni 2002 E. 3 b/bb, in: Galli/Moser/Lang, a.a.O. N 450 und unter www.simap.ch). Es gilt somit der Grundsatz, dass alles Zuschlagsrelevante zum Voraus mit der Ausschreibung festgelegt und den Offerenten zur Kenntnis gebracht werden soll. Die Spielregeln dürfen danach nicht mehr geändert werden, damit Gewähr für eine willkürfreie

Vergabe im öffentlichen Beschaffungswesen besteht (vgl. Gauch/Stöckli, a.a.O., S. 24, Ziff. 11.3). Eine Vergabebehörde handelt rechtswidrig, wenn sie den Zuschlagsentscheid nicht (ausschliesslich) aufgrund der bekannt gegebenen Zuschlags- bzw. Subkriterien und des ebenso vorgängig bekannt gegebenen (relativen) Gewichts eines jeden Kriteriums fällt (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 404). e) Gleichzeitig ist zu betonen, dass die Vergabebehörde bei der Auswertung und Bewertung der eingegangenen Offerten notwendigerweise einen auf Fachkenntnis beruhenden Beurteilungsspielraum auszufüllen hat, in den das Gericht nicht eingreifen kann (vgl. dazu Francesco D.A. Bertossa, *Der Beurteilungsspielraum*, Bern 1984, insbesondere S. 83 ff.; René Rhinow, *Vom Ermessen im Verwaltungsrecht: eine Einladung zum Nach- und Umdenken* [2. Teil], recht 1983 S. 88 f.). Auch diese Wertungen ("Benotungen") müssen in der Begründung des Vergabeentscheids möglichst transparent gemacht werden (zur Begründungspflicht bei Vergabeverfügungen vgl. den Entscheid des Verwaltungsgerichts Aargau vom 18. Juni 1998, in: BR 1999 S. 58 f. S14). Dieser Einschränkung der Beurteilungsbefugnis der Rechtsmittelbehörde ist Rechnung zu tragen. Ein wirksamer Rechtsschutz ist daher stark von einem im beschriebenen Sinne formalisierten - und damit eben der gerichtlichen Kontrolle zugänglichen - Verfahren abhängig. Streng formalisierte Anforderungen an die Definition der Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung fördern die Justiziabilität eines Vergabeentscheides.

E. 6

a) Vorliegendenfalls divergieren die spätestens am 31. März 2004 (vgl. Beschlussprotokoll Nr. 1 Offenlegung Dorf- und Leibach der Gemeinde R.) von der Beschwerdegegnerin festgelegte und den Bewerbern nicht bekannt gegebene Beurteilungsmatrix und die den Bewerbern bekannt gegebenen Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen. Die Beschwerdegegnerin führt zwar aus, es handle sich bei den Vergabekriterien gemäss Beschlussprotokoll um logische und in Submissionsverfahren üblicherweise angewendete Kriterien, weshalb sie den Offerenten nicht mitgeteilt worden seien. Damit macht sie sinngemäss geltend, dass diese Vergabekriterien lediglich die publizierten Zuschlagskriterien konkretisieren würden und diesen bereits inhärent seien. Es stellt sich folglich nicht nur die Frage, was den Anbietern in welchem Zeitpunkt bekannt zu geben war, sondern auch, inwiefern Subkriterien notwendig waren sowie ob die Vergabekriterien gemäss Beschlussprotokoll den Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibungsunterlagen inhärent waren und somit, wie die Anbieter die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verstehen durften. b) Die Lehre und Rechtsprechung erläutert, dass für den Fall, dass sich eine bestimmte Anforderung der Vergabebehörde an den Beschaffungsgegenstand nicht deutlich aus den festgelegten Zuschlagskriterien ergibt, diese verpflichtet ist, diesbezüglich durch Formulierung entsprechender Subkriterien für die notwendige Klarheit zu sorgen (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 399, mit weiteren Hinweisen). Ausserdem dürfen die Anbieter darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die ausgewählten Beurteilungskriterien nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch versteht. Gegebenenfalls muss die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen ein bestimmtes Kriterium (Zuschlags- oder Subkriterium) näher umschreiben, damit die Anbieter erkennen können, welchen Anforderungen ihre Angebote entsprechen müssen. Die Anwendung des (im Zivilrecht entwickelten) Vertrauensprinzips ist zu unterstützen. Im Interesse der Fairness und der Transparenz und mithin der Gleichbehandlung der Anbieter kann es notwendig sein, Unterkriterien zu schaffen und die geplante Anwendung des Kriteriums zu präzisieren (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz.405 f., mit weiteren Hinweisen, vgl. auch Urteilsabwägung

5.d). Nur wenn diese notwendigen Subkriterien bereits in der Ausschreibung enthalten sind, kann die Möglichkeit einer nachträglichen Verzerrung des Gehalts oder der Rangfolge der einzelnen Kriterien vermieden werden (vgl. Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz.446, wo die diesbezügliche Praxis des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft dargestellt wird).

c) Die Beurteilungsmatrix bzw. die Vergabekriterien gemäss Beschlussprotokoll vom 31. März 2004 sehen vor, dass z.B. die Erfahrung und Kenntnis der Schlüsselpersonen lediglich über die Anzahl der identischen oder ähnlichen Referenzobjekte beurteilt wird und z.B. andere Bewertungsmöglichkeiten wie Ausbildung und andere Leistungsausweise irrelevant sind. Des Weiteren sieht die Beurteilungsmatrix gemäss Beschlussprotokoll vor, dass sowohl bezüglich Erfahrung und Kenntnis der Schlüsselpersonen (Projektteam) und Firmenreferenzen lediglich diejenigen Objekte in die Bewertung miteinflussen, die nicht älter als 10 Jahre sind. Inwieweit solche Kriterien sachlich gerechtfertigt sind, muss hier nicht behandelt werden, da die Beschwerde - wie zu zeigen sein wird - bereits aus anderen Gründen gutzuheissen ist. Tatsache ist, dass solche Subkriterien, wie die Nichtberücksichtigung von Objekten eines gewissen Alters, und solche Vergabekriterien, wie z.B. dass Erfahrung und Kenntnis der Schlüsselpersonen lediglich über die Anzahl der Referenzobjekte festgelegt wird, in keiner Weise lediglich eine inhärente Konkretisierung der publizierten Zuschlagskriterien darstellen. Die Offerenten konnten und mussten im Sinne des Transparenzgebots - aber auch des allgemein geltenden Vertrauensschutzes - in keiner Weise damit rechnen, dass die Teilkriterien Erfahrung und Kenntnis im Wasserbau bzw. in Gewässerökologie/Landschaftsplanung das Unterkriterium bzw. die Einschränkung enthalten würden, dass Objekte, die älter als 10 Jahre sind, als Ausweis für die Erfahrung und Kenntnisse einer Schlüsselperson nicht taugen würden. Ebenso wenig mussten sie damit rechnen, dass lediglich die Anzahl Referenzobjekte der Schlüsselpersonen für die Bewertung der Erfahrung und Kenntnis massgeblich sein würden. Weiter mussten die Offerenten auch nicht damit rechnen, dass Referenzobjekte, die älter als 10 Jahre sind, als Referenzobjekte keine Bedeutung haben würden. Die nicht bekannt gegebene Bewertungsmatrix enthält somit wesentliche Kriterien, die sich nicht mit den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien decken. Dabei kann hier angemerkt werden, dass die Beurteilungsmatrix gemäss Beschlussprotokoll auch Elemente enthält, die als Benotungsskalen qualifiziert werden können, und somit gemäss Rechtsprechung nicht im Voraus bekannt zu geben sind. d) Die Vergabestelle hat somit erstens eine bei der Ausschreibung bestehende Beurteilungsmatrix - die nicht nur einen im Vergleich zu den Zuschlagskriterien gemäss Ausschreibung inhärenten Inhalt hatte - den Anbietern nicht bekannt gegeben und zweitens bei der Beurteilung der Angebote Subkriterien angewendet, die zwar der nicht bekannt gegebenen Beurteilungsmatrix, jedoch nicht den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien entsprachen. Dabei handelt es sich um Subkriterien bzw. Präzisierungen und Konkretisierungen, mit denen nach dem allgemeinen Sprachgebrauch und dem Vertrauensgrundsatz nicht gerechnet werden konnte. Damit hat die Vergabestelle das Transparenzgebot und das Vertrauensprinzip in rechtswidriger Weise verletzt. e) Da die Pflicht zur vorgängigen Bekanntgabe aller für den Zuschlagsentscheid massgebenden Kriterien und deren Gewichtung formeller Natur ist, ist der angefochtene Entscheid bei Verletzung dieser Regelung grundsätzlich auch dann aufzuheben, wenn eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung fehlt bzw. nicht dargetan ist (Galli/Moser/Lang, a.a.O., Rz. 400). Folglich ist die Beschwerde gutzuheissen und der Zuschlag aufzuheben. An dieser Stelle sei erwähnt, dass ein Referenzobjekt Ökologie (Firmenreferenz und Projektteam) der Beschwerdeführerin, nämlich das Projekt

"Orisbachumlegung um das Industrieareal der Firma Knoll AG" aus dem alleinigen Grund oder zumindest als Teilgrund nicht berücksichtigt wurde, weil es 1986 bis 1988 durchgeführt wurde (vgl. Randbemerkung "alt" von Seiten der Beschwerdegegnerin in der Offerte der Beschwerdeführerin, S. 8/15 und 12/15). Somit erscheint vorliegendenfalls auch eine Kausalbeziehung zwischen Verfahrensfehler und Zuschlagserteilung durchaus möglich.

E. 7

a) Die Beschwerdeführerin rügt den Begriff der "identischen Gewässer", da es keine identischen Gewässer bzw. Gewässerobjekte gebe. Diesbezüglich vertritt das Kantonsgericht die Auffassung, dass aus dem Gesamtzusammenhang und den Unterlagen ersichtlich ist, dass mit identischen Objekten vergleichbare Objekte gemeint sind und der monierte Begriff nach dem allgemeinen Sprachgebrauch in diesem Sinne zu verstehen ist. b / aa) Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass die Ausgestaltung der Preiskurve als problematisch erscheine. Dadurch, dass die Preiskurve beim tiefsten Preis beginne und beim höchsten Preis ende, werde die Gewichtung des Preiskriteriums verzerrt. Die Beschwerdegegnerin entgegnet diesem Vorwurf, es handle sich hierbei um eine allgemein übliche und regelmässig angewendete Berechnungsmethode. b/ bb) Zur Bewertung der Zuschlagskriterien ist grundsätzlich festzuhalten, dass die Vergabestelle einen grossen Ermessensspielraum hat, solange die Punkteverteilung sachlich gerechtfertigt ist. Die Punkteberechnung beim Kriterium "Preis" lässt sich auf verschiedene Arten verwirklichen. Eine Bewertungsvariante ist die Interpolation der eingereichten Angebote in der Bandbreite des höchsten und tiefsten Angebotes (vgl. KGE VV vom 3. November 2004 i.S. J. S. AG [81004196] E. 5; KGE VV Nr. 95 vom 29. Mai 2002 i.S. C. A. AG [2000/323] E. 7c) oder die Interpolation ohne Berücksichtigung des günstigsten und teuersten Angebotes (vgl. BGE i.S. X vom 18. Oktober 2001 [2P.153/2001] E. 4). Eine weitere Möglichkeit ist die Bewertung des günstigsten Angebotes mit der maximalen Punktzahl und die Bewertung von Angeboten mit Preisen von mehr als 50% über dem günstigsten Angebot mit null Punkten (vgl. Ernst P. Emmenegger, Bau- und Umweltschutzdirektion, ABC des Beschaffungswesens im Kanton Basel-Landschaft [Beschaffungsfibel] vom 3. Mai 2000, S. 44; KGE VV vom 3. November 2004 i.S. J. S. AG [81004196] E. 5; KGE VV Nr. 95 vom 29. Mai 2002 i.S. C. A. AG [2000/323] E. 7c). Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin den günstigsten Preis mit der maximalen Punktzahl und das höchste Angebot mit der minimalen Punktezahl bewertet und die dazwischen liegenden Angebote linear interpoliert. Damit handelt es sich bei der angewendeten Preiskurve um eine gängige Methode. Das Kantonsgericht verneint eine Rechtsverletzung (vgl. zur Ausgestaltung der Preiskurve den BGE vom 21.1.2004 [2P.111/2003] E. 3, auszugsweise wiedergegeben in: BR 2004 S. 66 S22).

E. 8

a) Zusammenfassend ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin gegen das Transparenzprinzip verstossen hat, indem sie die im Zeitpunkt der Ausschreibung bereits bestehende Bewertungsmatrix, die im Vergleich zu den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien neue Subkriterien und wesentliche Konkretisierungen enthielt, den Bewerbern nicht mitgeteilt hat. Die Beschwerde ist deshalb gutzuheissen und der Zuschlag aufzuheben. Beschliesst das Gericht die Aufhebung des Zuschlages, so kann es gemäss § 30 Abs. 4 BeG in der Sache selbst entscheiden oder die Sache an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anweisungen zurückweisen. Ein reformatorischer Beschwerdeentscheid

kann dann getroffen werden, wenn der Sachverhalt vollständig ist und sofern nur (noch) eine beschwerdeführende Partei für den Zuschlag in Frage kommt (vgl. Moser, a.a.O., S. 686). Da vorliegend aufgrund der Ausschreibung, die Zuschlagskriterien enthielt, die nicht den angewendeten Kriterien entsprachen, die Offerte der Beschwerdeführerin nicht mit derjenigen der Beigeladenen verglichen werden kann, ist die Streitsache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Diese wird das Submissionsverfahren unter der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen neu auszuschreiben haben, wobei eine öffentliche Ausschreibung im Amtsblatt nicht erforderlich ist, da nur diese zwei Parteien offerieren können. Da die anderen Teilnehmer der in Frage stehenden Submission den erfolgten Zuschlag nicht angefochten und sich mit ihm abgefunden haben, sind diese nicht mehr mit einzubeziehen (vgl. Entscheidung der BRK vom 29. April 1998, in: Verwaltungspraxis der Bundesbehörden 1998 IV S. 804; Entscheidung der BRK vom 4. Februar 1999, in: BR 4/2000 S. 126, AJP 6/2000 S. 686; Wolf, a.a.O., S. 27). Die Durchführung einer erneuten öffentlichen Ausschreibung, bei welcher sämtliche Submittenten neu offerieren können, hat das Kantonsgericht bisher nur in Betracht gezogen, wenn der Transparenzgrundsatz in eklatanter Weise verletzt wurde und die Zielsetzung des modernen Vergabeverfahrens, die öffentlichen Mittel wirtschaftlich einzusetzen, eine Neuausschreibung nahe legte (vgl. VGE Nr. 120/121 vom 4. Juli 2001 [2001/21, 2001/25]; mit Verweis auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts Thurgau vom 28. April 1999, in: Thurgauische Verwaltungsrechtspflege 1999 S. 145). Dies kann im vorliegenden Fall verneint werden. b) Im Rahmen dieser erneuten Ausschreibung unter der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen hat die Beschwerdegegnerin die Zuschlagskriterien "Schlüsselpersonal 35%" und "Firmenreferenzen 25%" und die jeweiligen Teilkriterien "Erfahrung und Kenntnis im Wasserbau 20% bzw. in Gewässerökologie/Landschaftsplanung 15%" sowie die Teilkriterien "vergleichbare Projekte im Wasserbau 15% bzw. in Gewässerökologie/Landschaftsplanung 10%" zu definieren und zu präzisieren und demzufolge klare sachgerechte Unterkriterien aufzustellen und entsprechend dieser formulierten und bekannt gegebenen Bewertungsmatrix die aufgrund der erneuten Ausschreibung von der Beschwerdeführerin und der Beigeladenen eingereichten Angebote zu bewerten. KGE VV vom 2. Februar 2005 i.S. B. + A. AG (810 04 309)/DIE

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.