[AZA 0]
2P.222/1999/leb

II. ÖFFENTLICHRECHTLICHE ABTEILUNG
**********

2. März 2000

Es wirken mit: Bundesrichter Wurzburger, Präsident der II. öffentlichrechtlichen Abteilung, Bundesrichter Hartmann, Hungerbühler, Müller, Bundesrichterin Yersin und Gerichtsschreiber Häberli.

_____

In Sachen

Arbeitsgemeinschaft X._____, bestehend aus:
1. A._____ AG,
2. B._____ AG,
Beschwerdeführerinnen, beide vertreten durch Fürsprecher Dr. Christian Häuptli, Burghaldenstrasse 59, Lenzburg,

gegen

Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt, Beschwerdegegnerin, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Beat Ries, Bleichemattstrasse 43, Aarau,
Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 3. Kammer,

betreffend
Art. 4 aBV, Art. 2 ÜbBest. aBV (Submission), hat sich ergeben:

A.- Die Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt liess im kantonalen Amtsblatt vom 15. Dezember 1997 bzw. 19. Januar 1998 verschiedene Arbeiten betreffend den Neubau des Verwaltungsgebäudes des Aargauischen Versicherungsamtes (im selektiven Verfahren) ausschreiben. Im Rahmen dieser Submission vergab sie die "Elektroinstallationen Wohn-flügel" zum Preis von Fr. 755'000. – an die Arbeitsgemeinschaft A._____ AG,/B._____ AG (im Folgenden: ARGE X._____), während der Zuschlag für die "Elektroinstallationen Büroflügel" an die Arbeitsgemeinschaft C._____ AG/D. _____ AG/ E._____ AG (im Fol-genden: ARGE Y._____) ging, die dafür einen Preis von Fr. 1'940'000. – offeriert hatte (Beschluss vom 27. August 1998).

Gegen den Vergebungsentscheid betreffend die Elektroinstallationen im "Büroflügel" erhob die ARGE X._____ Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau. Dieses hiess die Beschwerde am 15. Dezember 1998 gut und hob den Zuschlag an die ARGE Y._____ auf, im Wesentlichen mit der Begründung, die Handhabung des Zuschlagskriteriums "Umwelt", die sich direkt auf den Zuschlag ausgewirkt habe, sei sachlich nicht haltbar.

B.-Mit Beschluss vom 26. Januar 1999 vergab die Gebäudeversicherungsanstalt die fraglichen Elektroinstallationen erneut an die ARGE Y._____ (Preis Fr. 1'769'535. –). Die Vergebung wurde der ARGE X._____ mit "Verfügung" vom 29. Januar 1999 mitgeteilt. Dagegen erhob die ARGE X._____ wiederum Beschwerde an das kantonale Verwaltungsgericht. Die ARGE Y._____ beteiligte sich nicht am Beschwerdeverfahren, obwohl ihr hiezu Gelegenheit geboten worden war. Mit Entscheid vom 28. Mai 1999 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.

C.- Hiergegen hat die ARGE X._____ am 13. August 1999 staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesge-

richt eingereicht mit dem Antrag, das Verwaltungsgerichtsurteil vom 28. Mai 1999 aufzuheben und die Rechtswidrigkeit der Vergabe vom 29. Januar 1999 festzustellen.

Die Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt beantragt, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell sie abzuweisen. Sie weist in ihrer Vernehmlassung darauf hin, dass der Vertrag mit der ARGE Y._____ inzwischen abgeschlossen worden sei. Das Verwaltungsgericht hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.- Der angefochtene Entscheid wurde am 24. Juni 1999 versandt und ging bei den Beschwerdeführerinnen nach deren eigenen Angaben am 28. Juni 1999 ein. Die am 13. August zur Post gegebene und beim Bundesgericht am 16. August 1999 eingegangene Beschwerde ist daher - unter Berücksichtigung der Sommergerichtsferien (Art. 34 Abs. 1 lit. b OG) - rechtzeitig. Entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin besteht kein Grund zur Annahme, dass die Vorschriften betreffend die Gerichtsferien über den Wortlaut von Art. 34 Abs. 2 OG hinaus immer dann nicht gelten sollen, wenn ein Verfahren aus irgendwelchen Gründen rasch durchzuführen ist. Art. 26 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 172. 056.1), wonach Art. 22a VwVG betreffend den Stillstand der Fristen auf das Vergabeverfahren nicht anwendbar ist, gilt für kanto-nale Submissionen nicht. Ebensowenig wurde eine entsprechende Regelung in das Bundesrechtspflegegesetz übernommen, das allein das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde regelt.

2.- a) Nach der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichts waren kantonale Vergebungsentscheide grundsätzlich nicht mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar, weil ihnen der Charakter eines hoheitlichen Aktes im Sinne von Art. 84 OG abgeht. Da regelmässig kein rechtlich geschützter Anspruch auf den Zuschlag besteht, fehlte dem nicht berücksichtigten Bewerber zugleich die nach Art. 88 OG erforderliche Legitimation zur materiellen Anfechtung des Vergebungsentscheids (BGE 119 Ia 424 E. 3a S. 427, mit Hinweisen). Diese Rechtsprechung ist jedoch durch das Inkrafttreten des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (ÜoeB, SR 0.632. 231.422), der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVoeB, SR 172. 056.4; Beitritt des Kantons Aargau per 3. Juni 1997) sowie des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943. 02) überholt. Als Folge der veränderten Rechtslage sind Vergebungsentscheide nunmehr als mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbare Hoheitsakte zu betrachten, wobei der im Submissionsverfahren übergangene Bewerber nach Art. 88 OG zur Erhebung von formellen wie materiellen Rügen legitimiert ist (BGE
125 II 86 E. 3/4 S. 93 ff.; 125 I 406 E. 1 S. 408).

b) Im vorliegenden Fall ist der Vertrag mit der ARGE Y._____ nach der Darstellung der Beschwerdegegnerin bereits abgeschlossen worden; die Arbeiten sind im Gang. Das Rechtsmittel der staatsrechtlichen Beschwerde bleibt dennoch zulässig: Zwar wird die Gültigkeit dieses Vertrags durch die Gutheissung der Beschwerde eines Konkurrenten nicht berührt, doch behält der übergangene Bewerber insofern ein aktuelles praktisches Interesse am Verfahren, als das Bundesgericht aufgrund der speziellen Regelung von Art. 9 Abs. 3 BGBM in diesem Falle wenigstens die Bundesrechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen hat (vgl. auch Art. 18 Abs. 2 IVoeB), um dem Betroffenen die allfällige Geltendmachung von Schadenersatz zu ermöglichen (BGE 125 II 86 E. 5b S. 97 f.). Diese Regelung geht im Übrigen auch dem Grundsatz der kassatorischen Natur der staatsrechtlichen Beschwerde vor, gemäss dem grundsätzlich nur die Aufhebung des angefochtenen Entscheids verlangt werden kann (vgl. BGE 124 I 231 E. 1d S. 234 f.). Auf die Beschwerde ist daher auch insoweit einzutreten, als verlangt wird, es sei die Rechtswidrigkeit des Vergebungsentscheids festzustellen.

c) Während das Bundesgericht die Anwendung des kantonalen Submissionsrechts - in Frage steht hier das aargauische Submissionsdekret vom 26. November 1996 (SubmD) - nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür überprüfen kann, steht ihm bei der Beurteilung einer Konkordats- bzw. Staatsvertragsbeschwerde (Art. 84 Abs. 1 lit. b und lit. c OG) grundsätzlich freie Kognition zu. Das ändert aber nichts daran, dass der Submissionsbehörde bei öffentlichen Beschaffungen ein grosser Ermessensspielraum zukommt, den das Bundesgericht respektieren muss. Es hat sich im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nicht an die Stelle der Submis-

sionsbehörde zu setzen, sondern darf nur eingreifen, wenn diese ihr Ermessen überschritten oder missbraucht hat. Eine besondere Zurückhaltung hat es sich bei der Beurteilung der Offerten aufgrund der Zuschlagskriterien aufzuerlegen, da dies häufig besondere technische Kenntnisse voraussetzt, stets einen Vergleich mit den anderen Offerten verlangt und unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente enthält. Praktisch ist die Kognition des Bundesgerichts insoweit auf Willkür beschränkt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.).

3.- Die Beschwerdeführerinnen sehen eine Verletzung von Art. XII und XIII Ziff. 4 ÜoeB darin, dass die Submissionsbehörde die Kriterien, welche für die Vergabe massgebend waren, nicht zum Voraus festgelegt und insbesondere die prozentuale Gewichtung der einzelnen Kriterien nicht bekanntgegeben habe.

a) Indessen hätten die Beschwerdeführerinnen die Möglichkeit gehabt, die Ausschreibung des Auftrags gesondert anzufechten, wenn sie der Auffassung waren, die Ausschreibungsunterlagen, zu denen auch die Angabe der Zuschlagskriterien gehört, seien ungenügend. Die Ausschreibung gilt als anfechtbare Verfügung (§ 37 Abs. 2 lit. b SubmD, § 33 lit. b der Vergaberichtlinien zur IVoeB [VRoeB]). Konnte aber die Ausschreibung selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zurückgekommen werden. Es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er die von ihm als ungenügend erachtete Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte (BGE 125 I 203; bezüglich der analogen Regelung im Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB; SR 172. 056.1]vgl. die bundesrätliche Botschaft zu den für die Ratifizierung der GATT/WTO-Übereinkommen [Uruguay-Runde]notwendigen Rechtsanpassungen [GATT-Botschaft 2]in BBl 1994 IV 1200; VPB 63/1999 Nr. 16 S. 153 f. E. 4; 62/1998 Nr. 80 S. 801 f. E. 2a; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, S. 154 Rz. 503).

b) Im Übrigen wäre die Rüge unbegründet, wobei dahingestellt bleiben kann, ob das GATT/WTO-Übereinkommen auf die streitige Submission überhaupt anwendbar ist. Die Zuschlagskriterien wurden in den Ausschreibungsunterlagen sehr wohl bekannt gegeben, was die Beschwerdeführerinnen an sich auch einräumen. Dabei war gemäss § 18 Abs. 3 SubmD davon auszugehen, dass sie in der Reihenfolge ihrer Bedeutung aufgeführt wurden; eine gleichlautende Vorschrift findet sich in § 14 Abs. 1 lit. i VRoeB. Die Beschwerdeführerinnen sind zwar der Auffassung, diese Regel gelte hier nicht, weil die Submission dem GATT/WTO-Übereinkommen unterstehe. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, wäre indessen nicht einzusehen, inwiefern das GATT/WTO-Übereinkommen - das keine Vorschriften darüber enthält, in welcher Weise die Zuschlagskriterien bekannt zu geben sind - einer derartigen, mehr Transparenz schaffenden Regel entgegenstehen würde. Die Bekanntgabe einer (allfälligen) prozentualen Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien bereits in der Ausschreibung ist weder im GATT/WTO-Übereinkommen noch in der Interkantonalen Vereinbarung noch im kantonalen Submissionsdekret vorgeschrieben. Insbesondere lässt sich eine entsprechende Verpflichtung nicht aus Art. XII Ziff. 2 lit. h ÜoeB ableiten, wonach die Vergabeunterlagen die Kriterien für den Zuschlag einschliesslich aller Gesichtspunkte zu enthalten haben, die bei der Beurteilung der Angebote in Betracht zu ziehen sind (ausgenommen den Preis). Auch das Bundesgericht hat in seiner neusten Rechtsprechung für ausreichend erachtet, dass die Zuschlagskriterien in der Ausschreibung in der Reihenfolge ihrer Bedeutung wiedergegeben werden (BGE 125 II 86 E. 7c S. 100 ff.). Demnach liegt hier eine Verletzung des GATT/WTO-Übereinkommens so oder anders nicht vor.

4.- Die Beschwerdeführerinnen machen ferner geltend, die Vergabebehörde habe nicht nur die konkrete Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien erst nach der Offertöffnung festgelegt, sondern nach dem ersten Verwaltungsgerichtsentscheid und der Aufhebung des ursprünglichen Zuschlags für die noch verbliebenen zwei Anbieter exklusiv eine neue, von der ursprünglichen abweichende Beurteilungsmatrix gebildet. Damit habe sie gegen das GATT/WTO-Übereinkommen sowie gegen Art. 4 aBV und § 22 KV/AG verstossen. Sofern das kantonale Submissionsdekret eine solche Lösung zulassen würde, wäre dies mit übergeordnetem Bundesrecht (der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und dem Binnenmarktgesetz)nichtvereinbar.

a) War die Umschreibung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung genügend, wie soeben dargelegt wor-

den ist, so ist es an sich nicht zu beanstanden, wenn das System der Bewertung der einzelnen Kriterien im konkreten Fall erst nachträglich, bei der Beurteilung der eingegangenen Offerten, festgelegt wurde. Für die Rechtsmittelbehörde kann es nur darauf ankommen, ob der Vergebungsentscheid im Ergebnis den zum Voraus bekannt gegebenen Kriterien entspricht.

b) Die Besonderheit des vorliegenden Falls liegt darin, dass die ursprüngliche Beurteilungsmatrix nach der Aufhebung des Zuschlags durch das Verwaltungsgericht abgeändert worden ist. Beim ersten Vergebungsentscheid bewertete die Vergabebehörde die prozentual gewichteten Zuschlagskriterien mit Punkten. Anschliessend dividierte sie den offerierten Preis durch die Gesamtpunktzahl, wobei der daraus resultierende Quotient (Franken pro Wertungspunkt) für den Zuschlag massgebend war. Im zweiten Verfahren bewertete die Vergabebehörde den offerierten Preis neu ebenfalls mit Punkten, wobei sie ihn als Zuschlagskriterium mit zehn Prozent gewichtete. Die Gewichtung zweier anderer Faktoren (”frühere Arbeiten” und ”Termine”) reduzierte sie entsprechend um je fünf Prozent. Diese Änderungen wurden vorgenommen, obwohl das Verwaltungsgericht in seinem Entscheid vom 15. Dezember 1998 konkret nur die Handhabung des Kriteriums ”Umwelt” beanstandet hatte.

c) Im angefochtenen Entscheid führt das Verwaltungsgericht hierzu aus, konsequenterweise hätte es den Zuschlag mit der Gutheissung vom 15. Dezember 1998 selbst erteilen müssen (wozu es nach § 37 Abs. 4 SubmD befugt gewesen wäre), wenn es die Vergabebehörde an deren erste Beurteilungsmatrix hätte binden wollen. Eine entsprechende Absicht habe aber dem damaligen Entscheid gerade nicht zugrunde gelegen. Dies entspreche denn auch der Praxis des Verwaltungsgerichts, wonach im Falle einer Gutheissung regelmässig nur der Zuschlag aufgehoben werde, ohne eine verbindliche Anweisung bezüglich der Auftragsvergabe zu erteilen. Daran ändere nichts, dass das Beurteilungssystem an sich im ersten Beschwerdeverfahren nicht angefochten gewesen sei. In zwei dieselbe Vergabe betreffenden Parallelverfahren sei im Übrigen seitens des Verwaltungsgerichts bemängelt worden, dass die Vergabestelle den Preis im Sinne einer Verhältniszahl berücksichtigt habe, deren Sinn und Aussagekraft unklar bleibe. Insofern führe die Neugewich-tung dazu, dass die Bedeutung des Preises der Reihenfolge der Kriterien in der Ausschreibung besser angepasst werde. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen habe damit für die Vergabestelle durchaus rechtsgenüglicher
Anlass bestanden, die Beurteilungsmatrix abzuändern.

d) Mit dieser Begründung setzen sich die Beschwerdeführerinnen nicht in einer den Anforderungen von Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügenden Weise auseinander (vgl. BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.). Insbesondere begründen sie nicht näher, weshalb die Vergabebehörde aufgrund des ersten Entscheids des Verwaltungsgerichts nur noch die Möglichkeit gehabt hätte, den Zuschlag ihnen zu erteilen. Sie legen auch nicht hinreichend dar, aus welchen Gründen es der Vergabebehörde verwehrt gewesen sein sollte, die Vergebung nach der Aufhebung des ersten Vergebungsentscheids insgesamt neu vorzunehmen, auch wenn das Verwaltungsgericht im ersten Rechtsgang an sich nur die Bewertung des Kriteriums ”Umwelt” beanstandet hatte. Der generelle Hinweis auf den Grundsatz der Transparenz bzw. den in Art. 22 KV/AG enthaltenen Anspruch auf faire Behandlung reicht hiefür nicht aus. Im Übrigen hatte das Verwaltungsgericht bereits in seinem ersten Entscheid auf die beiden das gleiche Bauprojekt betreffenden Parallelverfahren hingewiesen, in denen es bezüglich der Handhabung des Kriteriums ”Preis” Bedenken äusserte. Von daher gesehen erweist es sich als vertretbar, wenn die Vergabebehörde versuchte, diesem Kriterium auf geeignetere Weise Rechnung zu tragen, und deshalb
insoweit die ursprüngliche Beurteilungsmatrix abänderte. Inwiefern dadurch der Vertrauensgrundsatz verletzt worden sein soll, wie in der Beschwerde gerügt wird, ist nicht erkennbar, zumal die Beschwerdeführerinnen nicht behaupten, sie hätten im Anschluss an den ersten Vergebungsentscheid und gestützt auf die dort angewendete Beurteilungsmatrix nicht wieder rückgängig zu machende Dispositionen getroffen. Durch die der Praxis der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (vgl. VPB 62/1998 Nr. 80 S. 804 f. E. 3c) entsprechende Beschränkung des Verfahrens auf die zwei verbleibenden Anbieter wurden die Beschwerdeführerinnen schliesslich nicht benachteiligt.

5.-Die Handhabung der Zuschlagskriterien, die das Bundesgericht nach dem Gesagten nur unter dem Gesichtspunkt der Willkür prüfen kann (vgl. E. 2c), beanstanden die Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht; sie erwähnen einzig beiläufig, dass sie bezüglich des Kriteriums ”Termine” im zweiten Verfahren tiefer bewertet worden seien als im ersten. Dieser Gesichtspunkt war jedoch gemäss der nicht angefochtenen Darstellung des

Verwaltungsgerichts für den erneuten Zuschlag an die ARGE Y._____ nicht wesentlich (vgl. E. 5a/bb und E. 5c des angefochtenen Entscheids); entscheidend hiefür war vielmehr, dass der Faktor "Preis" nunmehr lediglich mit zehn Prozent gewichtet wurde. Deshalb änderte sich am Ergebnis der Submission trotz der neuen Bewertung des Faktors "Umwelt" nichts. Dagegen wird in der Beschwerde nichts vorgebracht. Insbesondere wird nicht behauptet, diese Gewichtung sei mit den Ausschreibungsunterlagen, wo das Kriterium "Preis" erst an vierter Stelle aufgeführt war, nicht vereinbar.

6.- Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet, soweit darauf eingetreten werden kann.

Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Kosten den Beschwerdeführerinnen aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1, Art. 153 und Art. 153a OG). Die Aargauische Gebäudeversicherungsanstalt hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 159 Abs. 2 Satz 2 OG, analog; vgl. dazu Jean- François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire, Bd. V, Bern 1992, N 3 zu Art. 159).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.- Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.- Die Gerichtsgebühr von Fr. 10'000. – wird den Beschwerdeführerinnen unter solidarischer Haftbarkeit auferlegt.

3.- Dieses Urteil wird den Parteien sowie dem Verwaltungsgericht, 3. Kammer, des Kantons Aargau schriftlich mitgeteilt.

_____

Lausanne, 2. März 2000

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung
des SCHWEIZERISCHEN BUNDESGERICHTS
Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: