

LU_GERICHTE V 08 367 vom 29. September 2009

LU Gerichte, 2009-09-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_08_367

FR: LU_GERICHTE V 08 367 du 29 septembre 2009

IT: LU_GERICHTE V 08 367 del 29 settembre 2009

Regeste

Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB; §§ 3 Abs. 1, 15, 25 Abs. 1, 26 Abs. 3, 30 öBG; §§ 8 Abs. 1 lit. f, 10 Abs. 2, 11 Abs. 1 öBV. Erwägungen zum Thema Haupt- und Unterkriterien. Erwägungen zur Angebotsbereinigung durch Vergabeinstanz zwecks Herstellung von Vergleichbarkeit. I.c. Zulässigkeit von vergleichsweise geringfügigen betragsmässigen Preisanpassungen in zwei untergeordneten Leistungspositionen, die umfangmässig eher Nebenposten der konkreten Vergabe waren und das Beschaffungsziel insgesamt nicht gefährdeten. Beurteilung auch vor dem Hintergrund, dass die konkrete Anbieterin (= Beschwerdeführerinnen) den ursprünglich beabsichtigten Ausschluss ihrer Offerte verhindern und ihr Angebot materiell bewertet haben wollte. Konkret: Aufrechnung eines symbolisch offerierten Preises für Unterwasserbeton, den die Beschwerdeführerinnen zwar nachträglich, aber immerhin selber bestimmen konnten, womit diesbezüglich ihr eindeutiger Wille feststand. Rechnerisches Weglassen einer Gebührenposition bei allen Angeboten, weil die Beschwerdeführerinnen eine Rückvergütung i.S. einer Negativposition offeriert und dazu einen Vorbehalt angebracht hatten. Unzulässige nachträgliche Angebotsanpassungen bzw. -verbesserungen durch Beschwerdeführerinnen. Überprüfung der konkreten Auswertung auf Rechtsfehler. Vollumfängliche Beschwerdeabweisung. | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 2

b) Die Beschwerdeführerinnen rügen ferner eine Verweigerung des Akteneinsichtsrechts und damit verbunden eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung vom 18.4.1999 [BV; SR 100]) sowie des Transparenzgebots (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB). Vor allem nach Erlass der Zuschlagsverfügung hätten sie sich vergeblich um integrale Akteneinsicht bemüht und nur eine "nichtssagende Übersichtstabelle" geliefert bekommen. aa) Im Submissionsverfahren wird die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten sowohl durch die einschlägigen kantonalen Erlasse als auch durch das Konkordat und das WTO-Abkommen garantiert (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 öBG; auch Art. 8 Abs. 1 lit. d des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16.12.1994 [BoeB; SR 172.056.1]); sie geniessen den Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Die durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien gewähren für das besonders geartete Verfahren der Submission - auch im Rechtsmittelstadium - grundsätzlich keinen Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten (vgl. § 25 Abs. 1 Satz 3 öBG; BG-Urteil 2P.226/2002 vom 20.2.2003, E. 2 mit Hinweisen, bestätigt mit BG-Urteilen 2P.173/2003 vom 9.12.2003, E. 2.5 und 2P.111/2003 vom 21.1.2004, E. 4.1.2; Urteil V 03 192 vom 19.4.2004, E. 2). Zwar ist die Rechtsprechung mit Bezug auf den Akteneinsichtsanspruch im Rechtsmittelverfahren nicht

einheitlich. Mehrheitlich wird aber eine Interessenabwägung zwischen den geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen einerseits und den Interessen an der Einsichtnahme andererseits befürwortet. Die Einsichtnahme in Konkurrenzofferten soll dabei zurückhaltend gewährt und dem Grundsatz der Vertraulichkeit das gebührende Gewicht beigemessen werden (zum Ganzen: Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 898 ff.; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts Zürich vom 18.12.2002 [VB.2001.00095], E. 3f). bb) Weiter ist zu bemerken, dass dem Begriff der Geschäftsgeheimnisse im Zusammenhang mit Vergabeverfahren ein weiter Sinn zuzumessen ist und insbesondere auch unternehmerisches Know-how in den Offertunterlagen sowie Details zur Preiskalkulation umfassen kann. In Betracht fallen auch Organisation, Produktionsmittel, Bezugsquellen, Absatzmöglichkeiten, Verteilkanäle, Kundenkreise und deren Bedürfnisstruktur, Betriebsgewinn, Gesamtumsatz, Eigenkapitalrentabilität, Cash Flow sowie die allgemeine Geschäftslage (vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., S. 429 Fn. 1878). Insofern sind Geheimhaltungsgründe nicht nur bezüglich der Konkurrenzofferte, sondern auch mit Bezug auf den Technischen Bericht und das Protokoll über das technische Bereinigungsgespräch zu bejahen. Die vom Beschwerdegegner eingereichten Unterlagen wurden den Beschwerdeführerinnen - mit Ausnahme des Konkurrenzangebots der Zuschlagsempfängerinnen samt technischem Bericht sowie mit Ausnahme des Protokolls über das technische Bereinigungsgespräch mit der ARGE A - zugestellt. Damit wäre eine allfällige vorgängige Gehörsverletzung geheilt. Auf ausdrückliche Anfrage des zuständigen Richters hat sich die erfolgreiche ARGE mit Bezug auf das Protokoll über das technische Bereinigungsgespräch einer - auch auszugsweisen - Einsichtnahme widersetzt. Sie begründete ihre Weigerung damit, dass sie dieses Protokoll als Bestandteil ihrer Offerte betrachte und eine Einsichtnahme in dasselbe ihre Geschäftsgeheimnisse tangieren würde. Im streitbetroffenen Protokoll wurde vom Projektleiter des Beschwerdegegners einleitend festgehalten, Zweck der Bereinigungsbesprechung sei, einige Details des Angebots zu klären und nicht etwa die Offerte respektive deren Preis zu verhandeln. Eine Sichtung des Protokolls durch das Gericht ergibt einerseits, dass diesem Zweck entsprochen wurde und andererseits, dass darin insbesondere auch Angaben zum unternehmerischen Know-how der Zuschlagsempfängerinnen enthalten sind. Ihr berechtigtes wirtschaftliches Interesse ist unter diesen Umständen höher zu werten als das Recht auf Einsichtnahme der Beschwerdeführerinnen, und es besteht kein Anlass, letzteren noch weitergehende Einsicht in Konkurrenzunterlagen zu gewähren. Dies zumal nicht erkennbar ist, inwiefern die Beschwerdeführerinnen in der Begründung ihrer Beschwerde dadurch behindert gewesen wären, und feststeht, dass sie über alle zur Beurteilung der Sache wesentlichen Angaben verfügten. c) Weiter wird beanstandet, die Vergabebehörde habe neue Subkriterien mit eigenständiger Bedeutung sowie einen Bewertungsraster angewandt, ohne diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. Auch sei das Preiskriterium mit mehreren Varianten bewertet worden. Der Beschwerdegegner habe dadurch das Transparenzgebot missachtet. aa) Die Ausschreibungsunterlagen müssen die Zuschlags- und Eignungskriterien einschliesslich aller sonstigen Gesichtspunkte, die bei der Beurteilung der Angebote berücksichtigt werden, enthalten (§§ 8 Abs. 1 lit. f und 10 Abs. 2 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen vom 7.12.1998 [öBV; SRL Nr. 734]). Grundsätzlich ist die Vergabebehörde mit Blick auf das Transparenzgebot weder verpflichtet, eine Beurteilungsmatrix im Voraus zu erstellen noch konkrete Unterkriterien im Voraus zu definieren und solches den Anbietern vorgängig bekannt zu geben (LGVE

2004 II Nr. 10). Denn nach der Rechtsprechung haben sich Unterkriterien klar an den durch die Veröffentlichung vorgesehenen Rahmen zu halten und dürfen nicht über eine bloss Koncretisierung der Zuschlagskriterien hinausgehen. Massgeblich muss sein, dass für die Anbieterinnen erkennbar war, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind (BR 2003 S. 65 Nr. S41). Ist ein Beurteilungsschema im Zeitpunkt der Ausschreibung aber bereits erstellt und sind Unterkriterien konkret formuliert und sollen diese auf die betreffende Vergabe Anwendung finden, so ist den Anbieterinnen beides vorgängig offenzulegen (dazu: BG-Urteile 2P.299/2000 vom 24.8.2001, E. 2c und 4 und 2P.111/2003 vom 21.1.2004, E. 2.1.1 und 2.1.3). Gleich verhält es sich, wenn die Vergabebehörde ein Unterkriterium zur Anwendung bringen will, dessen Gehalt vom entsprechenden Hauptkriterium nicht mehr gedeckt ist. Unter- bzw. Teilkriterien brauchen nur dann nicht publiziert zu werden, wenn sie das Hauptkriterium lediglich konkretisieren und diesem inhärent sind. In jedem Fall gebietet der Transparenzgrundsatz, dass die Kriterien, so wie sie festgelegt worden sind, namentlich auch die angegebene Gewichtung, nach Abgabe der Offerten nicht entscheidend geändert werden (BG-Urteil 2P.172/2002 vom 10.3.2003, E. 2.3). bb) Laut den Besonderen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen waren die in Erwägung 2a bereits erwähnten Zuschlagskriterien "Preis", "Auftragsanalyse und Vorgehenskonzept (Technischer Bericht)" sowie "Klar strukturiertes und plausibles Bauprogramm mit Personaleinsatz" für die Vergabe massgebend. Gemäss Angebotsbewertung Variante "Lineare Preisabstufung 30 %" vom 4. November 2008 wurde das zweite Vergabekriterium anhand der Teilkriterien "Vollständig und detailliert", "Probleme erkannt" und "Vorgehenskonzept zweckmässig" beurteilt, wobei je Teilkriterium maximal 2 Punkte erzielbar waren. Das dritte Zuschlagskriterium wurde in die Teilkriterien "Vollständig und detailliert", "Termineinhaltung nachgewiesen" und "Einsatz von Personal und Maschinen zweckmässig" unterteilt und mit dem gleichen Punkteraster ausgewertet wie das zweite Zuschlagskriterium. Mit Ausnahme des Kriteriums "Maschineneinsatz" ist nicht ersichtlich, inwiefern es sich bei diesen verwendeten Unter- bzw. Teilkriterien um eigentliche Neu-Kriterien handeln würde, die sich nicht schon aus den bekannt gegebenen Hauptkriterien ableiten liessen. Dass die geforderten Angaben vollständig und möglichst detailliert zu sein brauchen, versteht sich von selbst. Ebenso hat eine Anbieterin ohne weiteres davon auszugehen, dass eine Auftraggeberin anhand der Auftragsanalyse und des Vorgehenskonzepts ihr Problemverständnis sowie die Zweckmässigkeit ihrer beabsichtigten Vorgehensweise beurteilen wird. Dass ein Bauprogramm unter anderem auch dem Nachweis der Termineinhaltung dient, ist ebenfalls nicht aussergewöhnlich. Zudem hätte den Beschwerdeführerinnen als ausgewiesenen Kennerinnen der Baubranche bewusst sein müssen, dass insbesondere bei derart komplexen, länger dauernden Grossprojekten die Einhaltung bestimmter Termine für eine Vergabeinstanz erfahrungsgemäss von wesentlicher Bedeutung ist (Stichwort wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel, vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB). Immerhin ist den Beschwerdeführerinnen zuzustimmen, dass die Formulierung des dritten Zuschlagskriteriums nicht unbedingt zu erkennen gab, dass der Maschineneinsatz im Zusammenhang mit dem Bauprogramm aufzuzeigen gewesen wäre. Offenbar sind auch noch drei weitere Anbieterinnen in diesem Zusammenhang Angaben über den Maschineneinsatz schuldig geblieben. Es darf jedoch nicht ausschliesslich auf die Zuschlagskriterien abgestellt werden, um zu erkennen, welche Aspekte für eine Bewertung wesentlich sind. Zu berücksichtigen sind in diesem Zusammenhang auch die weiteren Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen. Einschlägig ist in diesem Zusammenhang

Pos. 252 der Besonderen Bestimmungen Baumeisterarbeiten, wonach zusammen mit der Offerte ein Bauprogramm mit den wichtigsten Terminen inklusive Mannschafts- und Maschinenbestand in graphischer Darstellung und vorgeschlagener Bauablauf einzureichen waren. Daraus ergab sich der Zusammenhang zwischen Bauprogramm und Maschineneinsatz ausdrücklich. Zudem war der "Nachweis der notwendigen technischen und personellen Infrastruktur und Kapazität" auch unter den Eignungskriterien aufgeführt. Aufgrund dieser Umstände war zu erkennen, dass der Einsatz der Maschinen im Kontext mit dem Bauprogramm in die Bewertung einfließen würde. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, dass mit dem Maschineneinsatz ein vollkommen neues, nicht schon aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennbares Subkriterium geschaffen worden wäre. Der Beschwerdegegner macht zudem geltend, er habe schliesslich bei allen Angeboten auf die Bewertung des Unterkriteriums Maschineneinsatz verzichtet. Dies ist aufgrund der Aktenlage weder eindeutig verifizier- noch widerlegbar, kann hier jedoch offen bleiben (zum Ganzen: E. 5d/bb hiernach). cc) Es wird weder behauptet noch ist ersichtlich, dass der schliesslich angewandte Bewertungsraster im Zeitpunkt der Ausschreibung schon erstellt war. Der Beschwerdegegner war deshalb nicht zu dessen Bekanntgabe verpflichtet. Es trifft entgegen der Meinung der Beschwerdeführerinnen auch nicht zu, dass für alle Kriterien die gleiche Punktabstufung angewandt werden muss. Der Vergabeinstanz steht bei der Bewertung und Einstufung der verschiedenen Angebote ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, innerhalb dessen sie objektiv und für alle Beteiligten nachvollziehbar die Angebote prüfen und bewerten muss. Unter diesen Ermessensbereich muss zwangsläufig auch die Festlegung eines Bewertungsschemas und die konkrete Ausgestaltung einer Preiskurve fallen (BG-Urteil 2P.111/2003 vom 21.1.2004, E. 3.3; LGVE 2005 II Nr. 4 E. 6d). Es gibt denn auch eine Vielzahl von Möglichkeiten zur punktemässigen Bewertung der offerierten Preise. Denn eine für alle Beteiligten nachvollziehbare Bewertung der Angebote bedingt eben, dass die Vergabebehörde hinsichtlich der Erfüllung der Zuschlagskriterien entweder nach einem arithmetischen System Punkte verteilt oder verbale Qualifikationen erteilt. Dabei ist eine strenge Trennung zwischen abstraktem System und konkreter Bewertung kaum möglich. Dies ist jedoch hinzunehmen, und die Bewertung der Angebote kann so lange nicht beanstandet werden, als sich aus den Akten keine Anhaltspunkte für ein manipulatives Vorgehen der Vergabebehörde ergeben mit dem Ziel, einen ihr genehmen Bewerber zu bevorzugen. Die Vergabeinstanz handelt somit nur dann gesetzeswidrig, wenn sie bekannt gegebene Kriterien oder Subkriterien ausser Acht lässt, die Bedeutungsfolge umstellt, andere Gewichtungen vornimmt oder neue Kriterien berücksichtigt (BG-Urteil 2P.108/1998 vom 20.11.1998, E. 7c = Pra 1999 Nr. 105; LGVE 2000 II Nr. 13 E. 5c mit weiteren Hinweisen). Nimmt die Vergabeinstanz die Prüfung der Angebote anhand eines Bewertungs- oder Benotungssystems ("Beurteilungsmatrix") vor, ist dieses auf alle Angebote in gleicher Weise und nach gleichen Massstäben anzuwenden (AGVE 1998 S. 393 ff.). dd) Im vorliegenden Fall sind gemäss Aktenlage keine Anhaltspunkte für ein manipulatives Vorgehen des Beschwerdegegners ersichtlich. Nachdem die Bewertungsmatrix nicht vorgängig bekannt gegeben worden war, durfte der Beschwerdegegner diese im Rahmen der ausgeschriebenen Gewichtung für die Auswertung frei bestimmen. Dass die Vergabeinstanz das Preiskriterium zunächst mit der Preisdifferenz-Methode bewertete, mit Blick auf das Ergebnis aber schliesslich der Variante mit Preisspanne den Vorzug gab, unterstreicht die Sorgfältigkeit ihrer Auswertung. Denn der Preisunterschied zwischen den Beschwerdeführerinnen und den Zuschlagsempfängerinnen schlug sich mit der Variante

"Lineare Preisabstufung 30 %", mit einer angenommenen Preisspanne von 30 %, auch tatsächlich in einem Punkteunterschied zwischen den beiden erstplatzierten Anbieterinnen nieder (6 gegenüber 5.4 Punkten bzw. gewichtet 80 % gegenüber 72 %, vgl. Angebotsbewertung vom 4.11.2008). Bei der Variante mit Preisdifferenz hätten hingegen alle Angebote mit einem bis 5 % höheren Offertpreis die Maximalpunktzahl 6 erhalten, somit auch die Zuschlagsempfängerinnen mit einem um (nach erfolgter Bereinigung, vgl. dazu E. 3 hiernach) 3.1 % höheren Angebotspreis. Die Bewertungsmethode mit Preisspanne war somit für die Beschwerdeführerinnen gar vorteilhafter. Von einer Verletzung des Transparenzgebots kann in diesem Zusammenhang keine Rede sein, im Gegenteil: Die Verwendung eines an sich tauglichen Bewertungssystems entbindet die Vergabebehörde nicht davon, dessen Ergebnis im konkreten Fall auf seine Sachgerechtigkeit hin zu überprüfen (BG-Urteil 2C_412/2007 vom 4.12.2007, E. 3.3). Dass der Beschwerdegegner sich schliesslich für die Bewertungsvariante mit Preisspanne entschied, zeigt auf, dass er bemüht war, die bekannt gegebene Wichtigkeit des Preiskriteriums (Gewichtung 80 %) auch in der Auswertung zu spiegeln, was der Transparenz förderlich war. Ebenso wenig erscheint das Gleichbehandlungsprinzip (§ 3 Abs. 1 öBG) verletzt, weil alle Angebote anhand dieser Variante bewertet wurden. Ob eine andere Bewertungsmethode zweckmässiger gewesen wäre, braucht hier nicht beurteilt zu werden. Die Rechtsprechung schreibt kein bestimmtes Berechnungsmodell vor, und die Gerichte greifen nicht in die Ermessensausübung der Vergabestellen ein, solange diese auf zutreffenden rechtlichen und tatsächlichen Grundlagen beruht. Immerhin sei bemerkt, dass die Methode mit Preisspanne eine anerkannte Methode zur Bewertung des Preises ist (zum Ganzen: LGVE 2005 II Nr. 4 mit Hinweisen; auch: Denzler, Bewertung der Angebotspreise, in: BR 2004 Sonderheft zum Thema "Der Angebotspreis: Probleme und Lösungen", S. 11). Soweit die Beschwerdeführerinnen monieren, die Punkteverteilung zwischen dem Preiskriterium und den beiden übrigen, weichen Zuschlagskriterien sei nicht homogen, ist ihnen entgegenzuhalten, dass eine präzise lineare Punkteverteilung, unter Umständen mit Dezimalstellen, beim Preis mathematisch bedingt ist und die eingesetzten Teilkriterien bei den weichen Faktoren ebenfalls eine verhältnismässig feine Abstufung zulassen, obwohl der Bewertungsschlüssel in ganzen Punkten erfolgt. Zudem hat die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien anhand der publizierten Gewichtung bewertet und die Bewertungsmatrix, deren Festlegung wie erwähnt in ihrem Ermessen liegt, einheitlich auf alle Angebote angewandt. Anhaltspunkte für eine verfassungswidrige Übergewichtung der weichen Zuschlagskriterien, womit der Stellenwert des Preiskriteriums verfälscht würde, sind nach Lage der Akten weder erkennbar noch substantiiert dargetan. Dass die Beschwerdeführerinnen beim weichen Kriterium "Auftragsanalyse / Vorgehenskonzept" bedeutend schlechter abschnitten als die Zuschlagsempfängerinnen, haben sie letztlich selber zu vertreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen werfen dem Beschwerdegegner vor, er habe ihre Offerte in nicht nachvollziehbarer Weise und zu ihren Ungunsten verändert. Die Aufrechnungen bzw. Streichungen der Vergabeinstanz seien klar vergaberechtswidrig. Es sei jedem Anbietenden offen gelassen, welche Einheitspreise er einsetzen wolle. Der Beschwerdegegner vertritt den Standpunkt, die Beschwerdeführerinnen hätten in ihrem Angebot bei zwei Positionen Preise offeriert, die nicht gefragt bzw. nicht richtig gewesen seien, was die Vergleichbarkeit mit den Angeboten der übrigen Anbieterinnen verunmöglicht habe. Wären die fraglichen Positionen unverändert im Offertvergleich belassen worden, hätte dies zu einer

vergaberechtlich unzulässigen Bevorzugung der Beschwerdeführerinnen und entsprechenden Benachteiligung der andern Anbieterinnen geführt. a) Nach der Darstellung der Vergabeinstanz, die mit jener der Beschwerdeführerinnen in den wesentlichen Punkten übereinstimmt, zog die Vergabebehörde ursprünglich offenbar einen Ausschluss der Beschwerdeführerinnen wegen technischer Mängel und Unzulänglichkeiten in Betracht, worüber sie diese am 14. Oktober 2008 orientieren wollte. Die Beschwerdeführerinnen waren nicht einverstanden und hielten dafür, die Projektleitung der Vergabestelle habe ihre Offerte falsch interpretiert. Der Beschwerdegegner räumte ihnen darauf hin die Möglichkeit ein, ihre Offerte anlässlich eines technischen Bereinigungsgesprächs zu erläutern. Dieses fand am 29. Oktober 2008 statt. In der Folge wurde das Angebot der Beschwerdeführerinnen in der Angebotswertung belassen und rangierte in der Endauswertung hinter den Zuschlagsempfängerinnen auf Rang 2. Der Beschwerdegegner führt vernehmlassungsweise aus, auch am Bereinigungsgespräch vom 29. Oktober 2008 hätten die Beschwerdeführerinnen nicht nachweisen können, dass ihre Offerte alle technischen Vorgaben der Ausschreibung erfülle, was bei den qualitativen Kriterien entsprechend habe bewertet werden müssen. Nachdem offensichtlich kein - auch kein impliziter - Ausschluss erfolgte, kann offen bleiben, ob das Angebot der Beschwerdeführerinnen tatsächlich an ausschlussbegründenden Mängeln leidet. Soweit der Beschwerdegegner ausführt, die Bauherrschaft habe anstelle eines Ausschlusses eine Offertbereinigung durchgeführt und behalte sich vor, in einem nachfolgenden Verfahren auf diesen Entscheid zurückzukommen und einen Ausschluss zu verfügen, ist fraglich, ob ein solcher Vorbehalt im Beschwerdeverfahren überhaupt noch möglich ist (vgl. Urteil V 06 1 vom 21.2.2006, E. 3d). Dies kann hier indes schon deshalb offen bleiben, weil der Vertrag und damit das Vergabeverfahren als solches bereits abgeschlossen ist und ein Ausschluss hier ohnehin nicht mehr verfügt werden könnte. b) Strittig ist die Behandlung der Offertpositionen 213 / 335.112 bzw. 461.203 durch die Vergabeinstanz. Bei Position NPK 213 / 335.112 haben die Beschwerdeführerinnen für Aushubmaterial, das sie zwecks Rezyklierung offenbar verkaufen könnten, eine Negativposition im Betrag von Fr. -w.-- (Fr. -x.-- / m³) im Sinn einer Vergütung für den Beschwerdegegner eingesetzt und damit ihren Gesamtangebotspreis reduziert. In ihrem Technischen Bericht (TB) finden sich dazu unter Ziffer 8 folgende Bemerkungen: " Pos. 335.112: Gemäss den Ausschreibungsunterlagen fallen in dieser Position Kiessande an. Für Fluvialer Reusschotter müssen wir keine Deponiegebühr entrichten. Die ARGE ist in der Lage, dieses Material der Wiederverwendung zuzuführen, so dass wir Ihnen in dieser Position eine Rückerstattung anbieten können". Gemäss Leistungsverzeichnis wäre ein Einheitspreis für Deponiegebühren von Aushubmaterial im Unternehmerlager einzusetzen gewesen. Die Zuschlagsempfängerinnen haben dies gemacht (Fr. y.-- / m³) und demnach einen Positionsbetrag von Fr. z.-- eingesetzt. Ferner haben die Beschwerdeführerinnen bei Position NPK 213 / 461.203 für Unterwasserbeton CEM kg/m³min 200 für das Einbinden der Spundwände einen Einheitspreis von u Rp. / m³ und somit einen Positionspreis von total Fr. v.-- eingesetzt. In ihren Bemerkungen zum Angebot führten sie dazu aus: "Pos. 461.203: Unterwasserbeton mit einem Zementgehalt von 200 kg / m³ ist nicht ausführbar. Die ARGE hat in dieser Position deshalb den Betrag von u Rp. / m³ eingesetzt". Die Zuschlagsempfängerinnen hingegen haben gemäss Leistungsverzeichnis offeriert und basierend auf einem Einheitspreis von Fr. s.-- einen Positionsbetrag von Fr. t.-- errechnet. c) Anlässlich des Gesprächs betreffend Erläuterung des Angebots und technische Bereinigung vom 29. Oktober 2009 waren auch diese beiden Offertpositionen Gegenstand der

Diskussion. Die Vergabeinstanz hielt zu Kap. 213 fest: "Pos. 335.112. Die Bauherrschaft nimmt zur Kenntnis, dass die Anbieterin das Aushubmaterial als wieder verwendbaren Kiessand beurteilt. Trifft es somit zu, dass die Anbieterin diese Entschädigung in jedem Falle bezahlt, auch wenn die Materialqualität effektiv nicht den Erwartungen der Anbieterin entsprechen würde? Andernfalls müsste diese Position im Offertvergleich entfallen, weil die übrigen Anbieter in dieser Pos. im Sinne der Ausschreibung den Preis für auf die Deponie zu führendes Material eingesetzt haben. Das könnte grössere Auswirkungen auf die zu vergleichenden Offertsummen haben". Die Beschwerdeführerinnen antworteten, ihr Angebot basiere auf den Submissionsunterlagen, insbesondere auf dem geologischen Bericht. Sie seien der Meinung, dass mindestens ein Teil des Vorteils einer Rückvergütung, wie in ihrem Angebot berücksichtigt, zum Beispiel max. 50 % der von der Bauherrschaft erwähnten Fr. r.--, in einem Preisvergleich in Rechnung gestellt werden dürfe. Damit haben sie die Bezahlung der offerierten Rückvergütung aber gerade nicht vorbehaltlos garantiert, sondern sich hinter dem geologischen Bericht versteckt. Auch in ihren Rechtsschriften führen sie hierzu aus, es müsse mit höchster Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass ein erheblicher Teil des Aushubmaterials gemäss dem geologischen Bericht zum Vorschein kommen werde und die Vergütung von der erwarteten Qualität abhängig sei. Bei Abweichungen der tatsächlichen Qualität des Materials gegenüber der ausgeschriebenen Qualität sei die Grundlage des offerierten Einheitspreises nicht mehr dieselbe, sodass eine Beststellungsänderung vorliege. Der Beschwerdegegner habe im Leistungsverzeichnis bei der Qualität des Aushubmaterials verschiedene Qualitäten vorgesehen, indem er die Gebühr für Holz, Fels und unverschmutztes Aushubmaterial unterschieden habe. Daraus hätten die Beschwerdeführerinnen ableiten können, dass sämtliche möglichen Qualitäten von Aushubmaterial definiert seien. Im Nachhinein habe der Beschwerdegegner versucht, fehlende Qualitäten zu definieren, indem er sie gezwungen habe, unter unverschmutztem Aushubmaterial sämtliches mögliches Aushubmaterial, also z.B. auch Inertstoffmaterial oder vernässtes oder verschlammtes Material zu verstehen. Weil der Normpositionenkatalog 213 vorsehe, für solches Material Leistungspositionen zu definieren, was der Beschwerdegegner aber nicht getan habe, hätten sie unter unverschmutztem Aushubmaterial nicht sämtliches Material verstehen müssen. Dazu ist den Beschwerdeführerinnen entgegenzuhalten, dass sie anhand des konkreten Leistungsverzeichnisses zu offerieren und ihre Offerte nicht an einem hypothetischen, wenn auch allenfalls sachgerechteren Leistungsverzeichnis auszurichten haben. Denn die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen und damit auch die Definition der Leistungspositionen liegt in der Kompetenz und im Ermessen der vergebenden Instanz. Der Einwand der Beschwerdeführerinnen, sie hätten im Nachhinein unter unverschmutztem Aushubmaterial plötzlich sämtliches mögliches Aushubmaterial verstehen müssen, erweist sich insofern als nicht stichhaltig. Gerade ihr Vorbehalt bezüglich Qualität des Aushubmaterials macht deutlich, dass sie die strittige Leistungsposition durchaus im Sinn des Beschwerdegegners verstanden haben. Hinsichtlich Betonposition hat die Vergabeinstanz am Bereinigungsgespräch die Beschwerdeführerinnen gefragt, welcher Preis für einen möglichen anderen Beton statt desjenigen mit einem Zementgehalt von 200 kg / m³ einzusetzen sei, weil die ausgezogenen Arbeiten ja ausgeführt werden müssten. Die Beschwerdeführerinnen gaben zur Antwort, der Preis für Unterwasserbeton mit CEM kg / m³ 350 betrage Fr. q.-- / m³.

E. 4

a) Gemäss § 11 Abs. 1 öBV haben die Anbieterinnen ihre Angebote schriftlich, vollständig, in verschlossenem Umschlag, unterzeichnet und fristgerecht in deutscher oder einer der verlangten Sprachen einzureichen. Unvollständige Angebote oder solche, bei welchen die Anbieterinnen von den Bedingungen in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sind oder Vorbehalte zu einzelnen von der Vergabebehörde aufgestellten Regeln erklärt haben, kommen relativ häufig vor. Grundsätzlich ist solchen Angeboten gegenüber im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und in Nachachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes die Anwendung eines strengen Massstabs am Platz. Die strenge Haltung gilt insbesondere auch hinsichtlich der Vollständigkeit des Angebots und dessen Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen. Denn die Gleichbehandlung kann nur gewährleistet werden, wenn die in Frage stehenden Angebote vergleichbar sind. Dies ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die Vergleichbarkeit durch die einseitige Abänderung aufgehoben oder beeinträchtigt ist. Solche Angebote können vom Verfahren ausgeschlossen werden, sofern die Abweichungen von den ausgeschriebenen Vorgaben nicht unwesentlich sind (§ 16 Abs. 1 und 2 lit. a öBG). Denn das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Verbot des überspitzten Formalismus sind auch in diesem Zusammenhang zu beachten. Gleiches muss gelten, wenn eine Anbieterin etwas offeriert, das gemäss Ausschreibungsunterlagen nicht gefordert wurde. In der Praxis wurde z.B. eine eigenmächtige Verkürzung einer vorgegebenen Garantiefrist von zwei Jahren auf ein Jahr als wesentlicher Mangel bezeichnet. Würden solche Angebote (mit Ausnahme der hier nicht interessierenden Varianten) berücksichtigt, hätte dies eine Wettbewerbsbenachteiligung der übrigen Anbieterinnen und somit eine Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zur Folge, der zu den tragenden Prinzipien des Beschaffungsrechts gehört (LGVE 2001 II Nr. 15 E. 5b; Urteil V 04 19 vom 19.3.2004, E. 3 mit Hinweisen). Nur wenn die Mängel von absolut untergeordneter Bedeutung sind, ein absichtliches oder fahrlässiges Vorgehen des Anbieters auszuschliessen ist oder dieses zumindest entschuldbar erscheint und die Beseitigung des Mangels ohne weiteres und ohne Beeinträchtigung eines fairen Wettbewerbs erfolgen kann, verbieten das Verhältnismässigkeitsprinzip und der Grundsatz von Treu und Glauben einen Ausschluss aus dem Wettbewerb. In diesem Kontext sei erwähnt, dass Projekt- oder Ausführungsvarianten im vorliegenden Fall nicht erlaubt waren. b) Das Problem formfehlerhafter Offerten ist im Übrigen im Zusammenhang mit der Offertbereinigung sowie dem Einholen von Erläuterungen bei den Anbietern zu sehen (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 287 - 289). Die eingehenden Angebote sind zunächst auf die Erfüllung von Grundanforderungen hin zu prüfen. Grundsätzlich ist von der Unveränderbarkeit der Angebote nach deren Einreichung bei der Vergabestelle auszugehen. Verhandlungen mit allen oder mit einzelnen Anbieterinnen über Preise, Preisnachlässe oder damit zusammenhängende Änderungen des Leistungsinhalts sowie Abgebotsrunden sind unzulässig (§ 15 Abs. 2 öBG; vgl. auch Art. 11 lit. c IVöB). Allerdings statuiert auch das Luzerner Vergaberecht, dass bei technisch komplexen oder andern hochwertigen Beschaffungen, bei beschränkten Marktverhältnissen oder noch offenem Leistungsumfang Verhandlungen ausnahmsweise gestattet sind (§ 15 Abs. 3 öBG) und dass offensichtliche Rechenfehler von der Vergabebehörde selber berichtigt werden dürfen (§ 26 Abs. 3 öBG). Die Offerten müssen von der Vergabebehörde unter Umständen auch (soweit nötig) in technischer und rechnerischer Hinsicht bereinigt werden, damit sie objektiv vergleichbar und für die weitere Prüfung anhand der Zuschlagskriterien zwecks Zuschlagserteilung bereit sind (vgl. dazu die Regelung im Bundesvergaberecht: Art. 25 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11.12.1995 [SR 172.056.11]). Die Durchführung

einer genügenden Offertbereinigung ist gar eine Rechtspflicht der Vergabestelle (Galli/Moser/Lang/Clerc, a.a.O., Rz. 417 und 440). Die Bereinigung darf aber nicht zu einer inhaltlichen Änderung der Angebote führen; diese sind vielmehr so, wie sie im Zeitpunkt der Offertöffnung vorliegen, und nicht wie sie sein könnten oder sollten, zu prüfen und zu bewerten (vgl. Galli/Lehmann/Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 403 f., auch Rz. 382). c) Vorweg ist zu betonen, dass hier die Preisanpassungen nicht in den zunächst als ausschlussbegründend erachteten Punkten erfolgten, sondern Leistungspositionen betrafen, die umfangmässig eher als Nebenposten der vorliegenden Vergabe zu bezeichnen sind. Es handelt sich bei den beiden strittigen Bereinigungen um Korrekturen in zwei untergeordneten, dem Leistungsverzeichnis konkret zu entnehmenden Preispositionen, und die Anpassungen betreffen nicht den Bereich des Vorgehenskonzepts bzw. der Auftragsanalyse, deren technische Unzulänglichkeiten ursächlich gewesen sein sollen für die ursprüngliche Ausschlussabsicht des Beschwerdegegners. Insofern ist die hier gegebene Sachlage nicht vergleichbar mit jener, die dem Urteil V 06 1 vom 21. Februar 2006 (E. 3d/bb) zugrunde lag, wo beträchtliche Preisanpassungen erfolgten, um zwei grundlegend unterschiedliche Lösungskonzepte vergleichbar zu machen. Ausserdem handelt es sich hier um rein rechnerische Korrekturen zur Herstellung von Vergleichbarkeit der Gesamtofferten und nicht um eine eigentliche Reduktion des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht. Weiter ist festzustellen, dass die Beschwerdeführerinnen offenbar als einzige bei der Betonposition die ausgeschriebene Qualität des Betons als nicht ausführbar erachtet haben, weil laut Auswertungsübersicht "Eignungskriterien, Vollständigkeit Angebot, Angebotspreis" bei allen andern Angeboten diesbezüglich keine Korrekturen gemacht worden sind. Hingegen hatten offenbar zwei weitere Anbieterinnen die Gebührenposition mit Fr. 0.-- offeriert, weil bei diesen Angeboten im Rahmen der Korrekturen zur Vergleichbarmachung Beträge weder aufgerechnet noch abgezogen wurden. d/aa) zu Offertposition 213 / 461.203: Selbst wenn berücksichtigt wird, dass die Beschwerdeführerinnen den Einheitspreis für den Unterwasserbeton nach der Offertöffnung und somit in Kenntnis der übrigen Offertsummen bestimmten, was mit Blick auf die vergaberechtlichen Grundsätze heikel erscheint, erweckt diese rechnerische Bereinigung insgesamt zum vornherein weniger Bedenken als die Bereinigung der Gebührenposition. Denn mit der eingeholten Erläuterung stand der Wille der Beschwerdeführerinnen bezüglich Höhe dieser Einheitspreisposition eindeutig fest. Die Beschwerdeführerinnen konnten den Einheitspreis der Betonposition selber bestimmen und erklärten sich damit auch mit der Aufrechnung des entsprechenden - bezogen auf den Gesamtwert überdies verhältnismässig geringen - Positions Betrags einverstanden. So wurde ihr diesbezüglich bloss symbolisches Angebot ohne grossen Aufwand auch in dieser Position vergleichbarer mit den übrigen Angeboten, was letztlich der Gleichbehandlung der Anbieterinnen förderlich war. Es wird nicht geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich, dass der symbolisch offerierte Einheitspreis kalkulatorisch in eine Festpreisposition umgelagert und damit eine unzulässige Leistungsvermischung vorgenommen worden wäre (vgl. LGVE 2004 II Nr. 8). Somit ist diese rechnerische Korrektur auch aus der Sicht der Mitkonkurrenten nicht zu beanstanden. bb) zu Offertposition 213 / 335.112: Im Rahmen seiner rechnerischen Bereinigungen hat sich der Beschwerdegegner schliesslich entschlossen, die Gebührenposition bei allen Angeboten ausser Acht zu lassen, mithin so zu behandeln, als ob die Position nicht im Leistungsverzeichnis enthalten gewesen wäre. Dies führte bei den Beschwerdeführerinnen zu einer Aufrechnung ihrer offerierten Rückvergütung im Betrag von Fr. -w.--, im Ergebnis also zu einer Verteuerung ihres

Gesamtangebots. Bei den andern Angeboten, insbesondere jenem der Zuschlagsempfängerinnen, war die offerierte Deponiegebühr zur Gewährleistung der Gleichbehandlung folgerichtig vom Gesamtpreis abzuziehen, was zu einem preisgünstigeren Gesamtangebot geführt hat. Auch wenn die Beschwerdeführerinnen mit dieser Vorgehensweise nicht einverstanden waren, ist sie mit Blick auf deren Zweck, die Vergleichbarkeit der Angebote in dieser Leistungsposition herzustellen, grundsätzlich nicht zu beanstanden. Als unzulässige Abgebotsrunde kann die Bereinigung schon deshalb nicht gelten, weil gerade keine Verhandlungen über den Preis der betreffenden Offertposition geführt wurden. Mit der rechnerischen Streichung der betreffenden Einzelposition bei sämtlichen Anbieterinnen handelte die Vergabeinstanz im Ergebnis nachvollziehbar und sachgerecht, weil sie nur so vernünftig und ohne grossen Aufwand eine vergaberechtlich unzulässige Bevorteilung der Beschwerdeführerinnen unter entsprechender Benachteiligung der übrigen - ausschreibungskonform offerierenden - Anbieterinnen verhindern konnte. Jedenfalls ist die von den Beschwerdeführerinnen bevorzugte, nachträgliche Anpassung der Höhe des "Rückvergütungsbetrags" als vergaberechtlich verpöntes Vorgehen abzulehnen und stand damit für den Beschwerdegegner von vornherein zu Recht nicht zur Diskussion. Zwar darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass die Anbieterinnen einzelne Positionen rechnerisch sehr unterschiedlich beurteilen können (interne Kalkulationsfreiheit) und insofern nicht direkt miteinander vergleichbar sind. Es ist aber nicht anzunehmen und wird auch nicht behauptet, die erfolgte Bereinigung wäre für die Beschwerdeführerinnen Anlass gewesen, ihre gesamte Kalkulation neu zu gestalten. Denn der gesamte Korrekturbetrag machte - bezogen auf die offerierte Gesamtsumme der Beschwerdeführerinnen - weniger als 2 % aus. Es handelte sich somit um eine vergleichsweise geringfügige betragsmässige Korrektur in einer - gemessen am gesamten Leistungsverzeichnis - untergeordneten Leistungsposition, die das Beschaffungsziel insgesamt nicht gefährdete und für die Erfüllung des Auftrags insofern von untergeordneter Bedeutung war. Gleiches kann im Übrigen auch für die Bereinigung der Betonposition gesagt werden. Aufgrund dieser Grössenverhältnisse konnte durch das bloss rechnerische Weglassen der betreffenden Gebührenposition weder der direkte Offertvergleich verzerrt noch sonst wie der Wettbewerb verfälscht werden. Daran ändert nichts, dass die Gebührenposition offenbar wesentlicher Offertbestandteil des Angebots der Beschwerdeführerinnen war. Nachdem die Beschwerdeführerinnen sich diesen Preisvorteil aber ohne garantierte Zusage der Rückvergütung schaffen wollten, spricht genau die Tragweite dieses Offertbestandteils für eine rechnerische Bereinigung zwecks Vergleichbarmachung. e) Obwohl die vom Beschwerdegegner vorgenommenen Bereinigungen mit Blick auf die Gleichbehandlung der Anbieterinnen und der Fairness des Auswahlverfahrens als heikel zu bezeichnen sind, bewegten sie sich hier unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des vorliegenden Falles noch innerhalb des ihm zustehenden Ermessens. Dies, zumal weder Anhaltspunkte für ein manipulatives Vorgehen der Vergabeinstanz erkennbar sind, noch substantiiert behauptet werden. Offerte und Offertbeilagen müssen für die Vergabeinstanz klar und nachvollziehbar sein. Dies war im Angebot der Beschwerdeführerinnen bei den beiden umstrittenen Positionen offenkundig nicht der Fall. Allfällige damit verbundene Nachteile haben sie deshalb grundsätzlich selber zu vertreten. Indem die Beschwerdeführerinnen die "Rückvergütung" nicht vorbehaltlos garantierten, sondern von einer bestimmten, erwarteten Qualität abhängig machten, die sich so nicht aus den Ausschreibungsunterlagen und insbesondere nicht aus dem Geologisch-Geotechnischen Gutachten ergab, und sie beim Unterwasserbeton nur einen

symbolischen Preis offerierten, war die Preisbildung für die Vergabebehörde in diesen Positionen nicht transparent und letztlich die entsprechenden Preise gar nicht bestimmbar (vgl. LGVE 1999 II Nr. 15 E. 4c). Der Beschwerdegegner bemerkt daher zu Recht, dass die Berechenbarkeit der späteren Vertragserfüllung bezüglich der Gebührenposition nicht gegeben war, weil im Falle anderer Aushubqualität mit Nachforderungen der Beschwerdeführerinnen hätte gerechnet werden müssen. Mit ihrem Vorbehalt haben die Beschwerdeführerinnen selber das Gebot der Transparenz verletzt. Nachdem der Beschwerdegegner - aus welchen Gründen auch immer - von einem Ausschluss der Beschwerdeführerinnen abgesehen hatte, blieb ihm unter den konkreten Umständen nichts anderes übrig, als die beiden Leistungspositionen rechnerisch vergleichbar zu machen, wenn er die Offerte im Wettbewerb belassen und mit andern Offerten zuverlässig vergleichen wollte, was das eindeutige Ansinnen der Beschwerdeführerinnen war. Mithin erscheinen ihre diesbezüglichen Einwände unter dem Aspekt von Treu und Glauben befremdend. Dass sich die Herstellung der Vergleichbarkeit im Endergebnis zu ihren Ungunsten ausgewirkt hat, ist jedenfalls nicht den hier wohl heiklen, aber angesichts aller Umstände noch im Ermessen des Beschwerdegegners liegenden Korrekturen zuzuschreiben. f) Die Beschwerdeführerinnen sind schliesslich der Ansicht, wenn die Gebührenposition als nicht existent betrachtet werde, müssten folgerichtig alle Leistungspositionen, die den Abtransport des Aushubmaterials betreffen, ebenfalls rechnerisch gestrichen werden. Diese Auffassung ist unzutreffend. Die Transportpositionen wurden von allen Anbieterinnen, notabene auch den Beschwerdeführerinnen, ausschreibungskonform offeriert und sind somit vergleichbar. Selbst bei rezyklierbarem Aushubmaterial müsste vorgängig ein Abtransport erfolgen. Die Nichtberücksichtigung der Gebührenposition durch die Vergabeinstanz im Rahmen der Bereinigung erfolgte überdies rein rechnerisch und nicht im Sinn einer effektiven Reduktion des Leistungsinhalts, weshalb auch die entsprechend offerierten Transportpositionen im Offertvergleich belassen werden konnten. Im Übrigen ergäbe sich selbst bei dem von den Beschwerdeführerinnen beantragten Vorgehen für diese insofern kein Vorteil, als die Zuschlagsempfängerinnen bei dieser Position einen höheren Einheitspreis offeriert hatten, was - verglichen mit den Beschwerdeführerinnen - beim siegreichen Angebot richtigerweise zu einem höheren Abzug vom Gesamtpreis und damit einer noch geringeren Preisdifferenz zu den Beschwerdeführerinnen führen würde. g) Nach dem Gesagten erweisen sich die erfolgten rechnerischen Bereinigungen zur Herstellung der Vergleichbarkeit aller Angebote mit Blick auf die gesamten Umstände des Verfahrens als nachvollziehbar und sachgerecht. Damit sind die weiteren Rügen der Beschwerdeführerinnen, welche die konkrete Auswertung betreffen, zu prüfen.

E. 5

Die Beschwerdeführerinnen wurden bei den beiden andern Zuschlagskriterien "Auftragsanalyse, Vorgehenskonzept" sowie "Bauprogramm, Personaleinsatz" deutlich schlechter bewertet als die Zuschlagsempfängerinnen (Angebotsbewertung Variante "Lineare Preisabstufung 30 %). Sie machen geltend, der Beschwerdegegner habe ihr Vorgehenskonzept teilweise falsch interpretiert und die am Erläuterungsgespräch vom 29. Oktober 2008 erfolgten "Bereinigungen" nicht in die Wertung einfließen lassen. Im Übrigen seien die Fehlinterpretationen seitens der Beschwerdeführerinnen den unklar formulierten und missverständlichen Ausschreibungsunterlagen zuzuschreiben. Der Beschwerdegegner argumentiert, die Beschwerdeführerinnen hätten entgegen ihrer Darstellung die technischen Mängel und Unzulänglichkeiten ihres Angebots auch am

technischen Bereinigungsgespräch nicht ausräumen können, was zur entsprechenden Bewertung geführt habe. a) Aus den Rechtsschriften und insbesondere dem Protokoll des Erläuterungsgesprächs ergibt sich, dass die Beschwerdeführerinnen letztlich bei den meisten strittigen Punkten ohne preisliche Anpassungen auf ihre ursprünglich offerierten Vorgehensvorschläge oder Vorbehalte verzichtet und Zugeständnisse an die vom Beschwerdegegner ausgeschriebene Ausführungsweise gemacht haben. Die Beschwerdeführerinnen scheinen zu verkennen, dass diese Änderungen und Ergänzungen beim Vorgehenskonzept den Rahmen technischer Erläuterungen sprengen und einer nachträglichen Angebotsänderung bzw. -verbesserung gleichkommen (§ 15 Abs. 2 öBG), was mit den vergaberechtlichen Prinzipien nicht vereinbar ist. Eine nachträgliche Anpassung des Angebots in einer solchen Vielzahl von nicht bloss untergeordneten Vorgaben überschreitet die Grenzen der zulässigen Offertbereinigung, weil sie deutlich mehr als technische Einzelheiten zum Gegenstand haben. Die Vergabebehörde hat daher zu Recht das ursprünglich eingereichte Vorgehenskonzept bewertet und die Anpassungen und Zugeständnisse der Beschwerdeführerinnen im Rahmen des Erläuterungsgesprächs für die Auswertung weitgehend unbeachtet gelassen. Denn wie bereits ausgeführt sind Angebote so, wie sie sind und nicht so, wie sie sein könnten oder sollten, zu bewerten. Insofern sind sämtliche Ausführungen der Parteien im Zusammenhang mit dem modifizierten Vorgehens- bzw. Ausführungskonzept der Beschwerdeführerinnen im Folgenden nicht weiter beachtlich. Schon angesichts der verschiedenen Offertanpassungen seitens der Beschwerdeführerinnen im Sinn der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses erweist sich die Kritik mit Bezug auf angeblich unklar formulierte Ausschreibungsunterlagen als blosser Schutzbehauptung. Im Übrigen wäre es den Beschwerdeführerinnen im Offertstadium unbenommen gewesen, allfällige Unklarheiten mittels Nachfrage beim Beschwerdegegner auszuräumen, zumal gemäss Ausschreibungsunterlagen eine schriftliche Auskunftserteilung ausdrücklich vorgesehen war, aber offensichtlich nicht zu vielen Fragen veranlasst hatte. b) Wie eingangs bereits ausgeführt wurde (E. 2c/cc), steht der Vergabeinstanz bei der Bewertung und Einstufung der verschiedenen Angebote ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, in den das Gericht - ausser bei eigentlichen Rechtsfehlern (vgl. § 30 öBG) - nicht einzugreifen hat, sofern sich die Vergabebehörde an die massgeblichen Bewertungskriterien hält (Urteil V 00 1 vom 28.9.2000, E. 5a; LGVE 1999 II Nr. 13; Galli/Lehmann/Rechsteiner, a.a.O., Rz. 467 und 475; BRK vom 9.8.1998, in: BR 1998 S. 125, Anm. zu Nrn. 332 und 333). c) Die Beschwerdeführerinnen haben beim Kriterium "Auftragsanalyse, Vorgehenskonzept" von insgesamt möglichen 6 bloss 2 Punkte erhalten. Laut den Bemerkungen zur Punkteverteilung vom 3. November 2008 haben die Beschwerdeführerinnen im Gegensatz zur erfolgreichen ARGE die Probleme nur teilweise erkannt, das Bewusstsein für die Grundwasserproblematik komme nicht zum Ausdruck, Erschütterungen durch Baupisten hätten Folgen für Anrainergrundstücke und der Seilbagger verursache Emissionen. Das Vorgehenskonzept wurde im Wesentlichen wegen der geplanten Dammschüttungen oberwasserseitig, zufolge der Ausbaggerung mit Schleppkübel und des Einsatzes eines Seilbaggers sowie zufolge von Bohrungen für Stirnwehrverstärkung ab Wehrbock als unzweckmässig beurteilt und gar mit 0 Punkten bewertet. Demgegenüber hätten die Zuschlagsempfängerinnen die Probleme erkannt und die Vorgaben der Bauherrschaft übernommen. Deren Vorgehenskonzept gab zu keinen Bemerkungen Anlass, weshalb sie bei allen Teilkriterien das Punktemaximum erzielten. aa) Die Beschwerdeführerinnen halten dafür, sie hätten die Dammschüttung/Baupiste im Oberwasser immer nur als Idee betrachtet und daher im Installationsplan gestrichelt

eingezeichnet. Sie können daraus indes nichts zu ihren Gunsten ableiten, denn gestützt auf das offen gehaltene Kriterium "Vorgehenskonzept" waren eben - freilich innerhalb der Vorgaben des Leistungsverzeichnisses - Vorgehensideen und -vorschläge zu unterbreiten, um diese nachher einer Zweckmässigkeitsbeurteilung unterziehen und entsprechend bewerten zu können. Zudem ist den Beschwerdeführerinnen entgegenzuhalten, dass sie im Technischen Bericht zu Bauablauf und Logistik unter Punkt 3.1.1 ausdrücklich angegeben haben, dass ein Vorgehen kalkuliert sei, "nach dem sich der Bagger mit Reussmaterial einen Damm/Baupiste schüttet, von dem/der er die Aushubarbeiten auf das Sollniveau ausführen kann. Wo die Reichweite nicht ausreicht, können Schwimmbatterien eingesetzt werden, ...". Auf diese kalkulierte und somit offerierte Vorgehensidee musste und durfte der Beschwerdegegner in seiner Bewertung abstellen. Er erachtete die Dammschüttungen im Oberwasser als Bau- und Transportpisten wegen der damit verbundenen unzulässigen Verengung des Abflussquerschnitts als nicht geeignet und auch nicht vergleichbar mit den von den Zuschlagsempfängerinnen vorgeschlagenen Materiallagern längs der Fliessrichtung. Dass dem Risiko Hochwasser massgebliches Gewicht zukommen würde, ergab sich schon aus den Ausschreibungsunterlagen. Danach waren alle Bauzustände so zu dimensionieren, dass die Überflutungsgefahr ausserhalb der Baustelle nicht erhöht wird. Die Beschwerdeführerinnen halten in der Replik erstmals fest, ihr Konzept habe darin bestanden, mit dem aus dem Aushub gewonnenen Material eine Baupiste als Standplatz für das Aushubgerät zu schaffen. Immerhin haben sie aber die Feststellung der Vergabeinstanz am Bereinigungsgespräch, wonach das Angebot auf Dammschüttungen als Arbeitsflächen und Transportpisten in der Reuss basiere, weder bestritten noch korrigiert. Mit Blick darauf erscheinen diese nachträglichen Erklärungsversuche konstruiert. Laut den Ausführungen des Beschwerdegegners wären indes auch in diesem Fall Dammschüttungen als Baupisten ausgeführt worden, die zu unzulässigen Verengungen des Abflussquerschnitts geführt hätten. bb) Der Beschwerdegegner begründet die schlechtere Bewertung der Beschwerdeführerinnen auch damit, dass sie beispielsweise nicht erkannt hätten, dass in der städtischen Umgebung dieser Baustelle Installationen, Geräteinsatz und Bauvorgänge so zu wählen seien, dass Lärmeinwirkungen möglichst beschränkt blieben. Der von den Beschwerdeführerinnen vorgesehene Materialtransport mit Lastwagen auf Baupisten im Flussbett anstelle von Schiffstransporten und der vorgesehene Einsatz von Seilbaggern mit Verbrennungsmotor am Mühlenplatz statt eines elektrischen Hochbaukrans hätten sich daher als ungeeignet erwiesen. Mit Blick auf die Vorgaben in den Submissionsunterlagen, wonach zur Vermeidung des Baulärms emissionsbegrenzende Massnahmen unabhängig von der bestehenden Umweltbelastung so weit zu treffen sind, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist und lärmintensive Arbeiten auf ein Minimum zu beschränken sind, wird die tiefere Bewertung plausibel. Auch sei die Problematik des gespannten unteren Grundwasserträgers, der bei unsachgemäsem Vorgehen zu hydraulischen Grundbrüchen mit fatalen Auswirkungen auf die Grundwasserstände und demzufolge auf das Setzungsverhalten der benachbarten Bauten führen könne, nicht erkannt worden. Insgesamt betrachtet seien die Beschwerdeführerinnen in mehreren Bereichen von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen und hätten Vorgänge zu Grunde gelegt, die so nicht hätten akzeptiert werden können, weil sie gefährlich oder nicht umweltverträglich seien oder weil sie die Qualität der Bauleistungen beeinträchtigt hätten. Was die Beschwerdeführerinnen dagegen mit ihren zum Teil nur pauschal gehaltenen Bestreitungen vorbringen, führt zu keiner andern Beurteilung. Die Grundbruchgefahr wurde entgegen ihrer anderslautenden Behauptung nicht ausführlich

behandelt, sondern mit einem einzigen Wort erwähnt. Dass sich im näheren Umfeld denkmalgeschützte Bauten befinden, hätte den ortsansässigen Beschwerdeführerinnen auch ohne entsprechende Hinweise in den Submissionsunterlagen ohne weiteres bekannt sein müssen. Es ist auch nicht zu beanstanden, dass die Idee einer Dammschüttung im Bereich Zöpfli (als Zugang zur 3. Hilfsbrücke) aufgrund möglicher Erschütterungsgefahr, die von den Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht substantiiert widerlegt wird, schlechter bewertet wurde. Immerhin wurde in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich Erschütterungen und Erschütterungseinwirkungen ausdrücklich auf die entsprechende Schweizer Norm SN 640 312 (VSS) verwiesen und festgehalten, dass die Empfindlichkeitsstufe "erhöhte Empfindlichkeit" gelte. Auch soweit die Beschwerdeführerinnen argumentieren, sie hätten die vom Projektverfasser aufgezeigten 5 Bauphasen ihrer Offerte zu Grunde gelegt, was für deren Zweckmässigkeit spreche und somit die Maximalnote verdiene, können sie nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar übernahmen sie damit den ausgeschriebenen Konzeptrahmen, womit aber noch nichts ausgesagt ist über die Ausgestaltung der konkreten Arbeitsabläufe innerhalb der einzelnen Phasen. Es mag zutreffen, dass die Beschwerdeführerinnen eine ihrer Ansicht nach vertretbare, valable Vorgehensvariante offeriert haben. Dies hinderte die Vergabeinstanz freilich nicht, ein anderes, ihrer fachkundigen Beurteilung nach insgesamt zweckmässigeres Angebot besser zu bewerten. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang die Gesamtsicht, das Vorgehenskonzept als Ganzes, und nicht der Umstand, dass möglicherweise auch einzelne Vorgehensvorschläge der Zuschlagsempfängerinnen als nicht machbar beurteilt werden mussten. Jedenfalls zeigt auch ein Blick auf das Protokoll des technischen Bereinigungsgesprächs mit der ARGE A, dass dieses Gespräch plangemäss weitgehend der Klärung und Erläuterung technischer Einzelheiten des fraglichen Angebots diene und nicht wie bei den Beschwerdeführerinnen mehrfache Angebotsanpassungen und -änderungen vorgenommen wurden. Vor dem Hintergrund der insgesamt sachlich begründeten Darstellung des Beschwerdegegners zur Zweckmässigkeit des Vorgehenskonzepts der Beschwerdeführerinnen erscheint auch der Punktabzug beim Teilkriterium "Probleme erkannt" ohne weiteres als sachgerecht. cc) Gestützt auf diese Ausführungen und der bei fachtechnischen Beurteilungen praxisgemäss zu übenden Zurückhaltung kann es nicht dem Gericht obliegen, hier in das Bewertungsermessen der Vergabeinstanz einzugreifen, zumal keine Anhaltspunkte für eigentliche Ermessensfehler auszumachen sind. Jedenfalls ist nicht einzusehen, weshalb die Beschwerdeführerinnen gemäss Bereinigungsgespräch auf die Dammschüttungen im Oberwasser und auf die Ausbaggerung mit Schleppekübel verzichtet und weitere Zugeständnisse an die ausgeschriebene Leistung gemacht haben, wenn ihr Vorgehenskonzept insgesamt mindestens ebenso zweckmässig gewesen wäre wie das erfolgreiche Angebot. d) Beim Zuschlagskriterium "Bauprogramm, Personaleinsatz" erhielten die Beschwerdeführerinnen total 3 von maximal 6 Punkten (1 Punkt pro Teilkriterium), somit gewichtet 5 % statt 10 % wie die maximal bewerteten Zuschlagsempfängerinnen. Die Beschwerdeführerinnen betonen, die Termine des Bauprogramms entsprächen jenen des Bauprogramms und gälten somit als eingehalten und nachgewiesen. Eine grössere Detaillierung hätte in den Ausschreibungsunterlagen verlangt werden müssen. Der Nachweis zur Termineinhaltung sei durch die Leistungsannahmen erfolgt. Als neu eingeführtes Kriterium habe der Maschineneinsatz gar nicht bewertet werden dürfen, sodass der entsprechende Punktabzug nicht rechtmässig sei. Ausserdem stehe es im Gutdünken einer Anbieterin, wie sie den Personaleinsatz angebe. Soweit die Beschwerdeführerinnen auch in diesem Zusammenhang geltend machen wollen, beim

Maschineneinsatz seien gestützt auf das Bereinigungsgespräch Anpassungen vorgenommen worden, die fälschlicherweise nicht in die Wertung eingeflossen seien, gilt - abgesehen davon, dass der Maschineneinsatz gar nicht bewertet worden sein soll - das bereits Ausgeführte zu den unzulässigen nachträglichen Angebotsänderungen (E. 5a hiervor). aa) Gestützt auf die Aktenlage ist mit dem Beschwerdegegner festzuhalten, dass die Beschwerdeführerinnen im Wesentlichen das von der Projektverfasserin erarbeitete Grobterminprogramm übernommen und selber keine Detaillierungen vorgenommen haben, die auf eine Auseinandersetzung mit den Bauabläufen in technischer und zeitlicher Hinsicht hingewiesen hätten. Die erfolgreiche ARGE hingegen hat für jede Bauphase ein detailliertes, ausformuliertes Bauprogramm mit konkretem Einbezug des Mitteleinsatzes (Personal / Inventar) eingereicht und damit den Bauablauf konkretisiert. Die Vergabeinstanz erachtete die ausführliche Umschreibung der Bauphasen in Worten als detaillierter als den graphischen Übersichtsplan der Beschwerdeführerinnen. Dies ist mit Blick auf ihre Fach- und Sachkenntnis und angesichts ihres grossen Ermessensspielraums nicht zu beanstanden und erscheint auch vor dem Hintergrund der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen, ein "klar strukturiertes und plausibles Bauprogramm mit den wichtigsten Terminen und vorgeschlagener Bauablauf" einzureichen, als gerechtfertigt. bb) Die Beschwerdeführerinnen gaben am Bereinigungsgespräch an, die Termine seien anhand der Leistungsannahmen für die ausgeschriebenen Arbeiten überprüft worden und die im Bauprogramm angegebenen Termine würden garantiert. Diese Angaben genügten der Vergabebehörde anscheinend nicht. Sie erachtete die Termineinhaltung als nur teilweise nachgewiesen, weil die Beschwerdeführerinnen das Terminprogramm übernommen hätten, ohne Dokumente oder Nachweise einzureichen, welche die tatsächliche Überprüfung der Terminvorgaben belegt hätten. Diese Bewertung erscheint - auch angesichts des grossen Ermessens der Vergabeinstanz - nicht in allen Teilen nachvollziehbar. Sie kann wohl entscheiden, welche terminlichen Garantien ihr wichtig sind und ob diese Garantien gestützt auf die eingereichten Unterlagen glaubhaft erscheinen. Hier sind aber bezüglich Garantien zur Termineinhaltung nach Lage der Akten keine nennenswerten Unterschiede zu erkennen zwischen dem Angebot der erfolgreichen ARGE und jenem der Beschwerdeführerinnen. Der Beschwerdegegner begründet die schlechtere Bewertung auch mit den rudimentären Angaben zum Personaleinsatz, die keine Rückschlüsse auf dessen Zweckmässigkeit ermöglicht hätten. Dass die Beschwerdeführerinnen bezüglich Personal nur den Kernbestand angeführt haben, bestätigen sie in ihrer Replik ausdrücklich selber. Es sei fraglich, den Personalbestand bei einem solchen Bauvorhaben in einem grösseren Detaillierungsgrad als 4 bis 5 Mann anzugeben. Dies zu beurteilen liegt jedoch nicht an ihnen, soweit die Vergabeinstanz wie hier gemäss klar formuliertem Zuschlagskriterium entsprechende Angaben verlangt. Dem Organigramm Baustelle der Beschwerdeführerinnen ist zu entnehmen, dass es sich bei diesen Angaben zum Betriebspersonal um Mittelwerte exklusive Subunternehmer handelt. Demgegenüber wurden beide Teilkriterien (Termineinhaltung und Personaleinsatz) bei den Zuschlagsempfängerinnen ohne Einschränkungen als erfüllt betrachtet, was die höhere Bewertung zur Folge hatte. Die Vergabeinstanz macht geltend, die Zweckmässigkeit des Maschineneinsatzes sei schliesslich bei allen Anbieterinnen nicht bewertet worden. Gestützt auf die dem Gericht vorliegenden Akten kann diese Argumentation weder verifiziert noch widerlegt werden. Immerhin erscheint es in diesem Zusammenhang etwas fragwürdig, dass anlässlich des Bereinigungsgesprächs mit den Beschwerdeführerinnen noch eine umgehende Nachreichung des Maschineneinsatzes in graphischer Darstellung verlangt wurde. Auch auf

der definitiven Angebotsbewertung vom 4. November 2008 und in den dazugehörigen Bemerkungen zur Punkteverteilung vom 3. November 2008 ist der Maschineneinsatz unter den Teilkriterien noch aufgeführt. Es kann unter diesen Umständen nicht ganz ausgeschlossen werden, dass die Frage des Maschineneinsatzes in die Bewertung eingeflossen ist. Dies auch deshalb, weil gestützt auf die Unterlagen bei den Angaben zum Personaleinsatz zwischen den Beschwerdeführerinnen und der erfolgreichen ARGE keine wesentlichen Unterschiede feststellbar sind. So haben beide in den Organigrammen zur Baustelle je Arbeitsgattung die jeweilige Funktion der Schlüsselpersonen aufgeführt und dazu auch personenbezogene Referenzen bzw. Mitarbeiterprofile eingereicht. Letztlich kann die Frage jedoch dahin stehen. Auch wenn die Beschwerdeführerinnen bei den Teilkriterien "Termineinhaltung" und "Personaleinsatz" besser bewertet und wie die Zuschlagsempfängerinnen je das Punktemaximum erhalten hätten, belegten sie in der Endrangierung lediglich den zweiten Platz. Sie hätten diesfalls beim letzten Zuschlagskriterium insgesamt 5 Punkte, somit gewichtet 8 %, erzielt, was ein Bewertungstotal von 91 % gegenüber 92 % der erfolgreichen ARGE ergeben hätte. e) Zusammenfassend ergibt sich, dass sich die Angebotsbewertung der Vergabeinstanz als nachvollziehbar und sachgerecht erweist und mit Blick auf den grossen Ermessensspielraum des Beschwerdegegners daher insgesamt nicht zu beanstanden ist. Und selbst wenn die Beschwerdeführerinnen bei den beiden Teilkriterien "Termineinhaltung" und "Personaleinsatz" gleich wie die Zuschlagsempfängerinnen mit der Maximalpunktzahl benotet worden wären, änderte sich am Vergabeergebnis nichts.

E. 6

a) Nach dem Gesagten dringen die Beschwerdeführerinnen mit ihren Rügen nicht durch. Die Zuschlagsverfügung ist daher im Ergebnis als rechtmässig zu bezeichnen und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vollumfänglich abzuweisen. (...) b) (Kostenfolgen)

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