

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00015 vom 17. Februar 2000**

ZH Verwaltungsgericht, 2000-02-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.1999.00015](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.1999.00015)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00015 du 17 février 2000

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00015 del 17 febbraio 2000

## **Regeste**

Submission | Vergabe eines Generalunternehmerauftrags für den Ausbau einer Abwasseranlage. Anwendbares Recht: Die Anlage fällt nicht in den Sektor Wasserversorgung gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB (E. 2). Unzulässigkeit von Schadenersatzbegehren im Rahmen der Beschwerde gegen den Vergabeentscheid (E. 3). Umfang der Begründungspflicht des Vergabeentscheids; Ergänzung einer ungenügenden Begründung im Beschwerdeverfahren (E. 4). Zeitpunkt des Vertragsschlusses: Die Bereinigung des Vertrags vor dem Zuschlag ist zulässig; der definitive Vertragsschluss darf jedoch erst nach Rechtskraft des Zuschlags erfolgen (E. 5). Obwohl Eignungs- und Zuschlagskriterien klar auseinander zu halten sind, braucht im offenen Vergabeverfahren kein selbständiger Entscheid über die Erfüllung der Eignungskriterien getroffen zu werden (E. 6). Ein in wesentlichen Punkten unvollständiges Angebot muss von der Teilnahme ausgeschlossen werden (E. 8b). Grundsätze bzgl. Varianten (E. 8c). Da die Beschwerdeführerin bzgl. Garantieleistungen eine Variante ohne gleichzeitige ausschreibungskonforme Grundofferte einreichte, war ihr Angebot nach der Ablehnung der Variante unvollständig (E. 9a). Unklarheiten der Offerte sind durch Einholen von schriftlichen oder mündlichen Erläuterungen zu bereinigen (E. 9b). Gibt ein Anbieter entgegen den Ausschreibungsunterlagen die zu verwendenden Produkte nicht an und behält er sich die Wahl der Produkte für einen späteren Zeitpunkt vor, so ist das Angebot unvollständig (E. 9c). Ist nach den Ausschreibungsunterlagen ein Pauschalpreis mit Vollständigkeitsklausel zu offerieren, so ist eine Beschränkung der Offerte auf Werkbestandteile gemäss Mengengerüst des Leistungsverzeichnisses nicht zulässig (E. 9f). Untergeordnete Mängel dürfen mit den einzelnen Anbietenden bereinigt werden, sofern damit keine Verhandlungen über die massgeblichen Leistungsinhalte geführt werden (E. 10a). Kostenfolgen beim Nachschieben von Gründen im Rechtsmittelverfahren (E. 11).

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Gegen den Entscheid einer Gemeindebehörde über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung. Für Vergaben im Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) ergibt sich dies aus § 3 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) in Verbindung mit Art. 15 IVöB. Für andere Vergaben hat der Regierungsrat mit § 1 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) gestützt auf § 2 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG die Bestimmungen des Beitrittsgesetzes und der Verordnung auf öffentliche Beschaffungen der Gemeinden anwendbar erklärt, soweit es

durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) verlangt wird. Gestützt darauf gelangt der in § 3 IVöB-BeitrittsG geregelte Rechtsschutz gegenüber allen nach dem vollständigen Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes ergangenen Vergabeentscheiden zur Anwendung (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 1; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist daher zulässig. Auf das Beschwerdeverfahren kommen die Bestimmungen der §§ 3 ff. IVöB-BeitrittsG, ergänzt durch die sinngemäss heranzuziehenden Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, zur Anwendung.

## **E. 2**

Die in Frage stehende Beschaffung wird vom Geltungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht erfasst. Der Bau der fraglichen Abwasseranlage fällt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht in den Sektor der Wasserversorgung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB. Der Anwendungsbereich der Bestimmungen über die Sektoren bestimmt sich anhand des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422) und wird für die Schweiz in dessen Anhang I, Annex 3, näher umschrieben (vgl. VGr, 16. April 1999, BEZ 1999 Nr. 14 E. 1b). Der in Annex 3, Ziff. 1 und Titel I umschriebene Sektor Wasserversorgung umfasst lediglich die Produktion, den Transport und die Verteilung von Trinkwasser; die Beseitigung von Abwasser fällt nicht darunter. Die Vergabestellen unterstehen den Bestimmungen über die Sektoren nur bei der Durchführung ihrer in die betreffenden Bereiche fallenden Tätigkeiten (Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB, 2. Satz); der Umstand, dass die Beschwerdegegnerin anderweitig auch in den Sektoren der Wasser- und Verkehrsversorgung tätig ist, ist daher ohne Bedeutung. Das auszuführende Projekt ist ferner nicht zu mehr als 50% durch den Bund oder den Kanton subventioniert. Gemäss den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Unterlagen betragen die Subventionen des Bundes 15% und jene des Kantons Zürich 10%; das Teilprojekt Düker Leutschenbach und Meteorwasserkanal wird vom Kanton zu 5% subventioniert (act. 43.34-43.36). Der strittige Auftrag fällt daher auch nach Art. 8 Abs. 2 IVöB nicht in den Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung. Der vom Regierungsrat mit Wirkung ab 1. Januar 1999 angeordnete Einbezug der Gemeinden in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung (RRB Nr. 1501 vom 1. Juli 1998; LS 720.111) war zur Zeit der Durchführung der strittigen Vergabe, die mit Ausnahme des Rechtsmittelverfahrens vollständig im Jahr 1998 abgewickelt wurde, noch nicht wirksam. Die Vergabe unterstand daher mit Bezug auf den Ablauf des Vergabeverfahrens und die materielle Behandlung der Angebote grundsätzlich noch den Bestimmungen der Submissionsverordnung der Stadt Zürich vom 20. Dezember 1989. Bei deren Anwendung waren jedoch die übergeordneten Vorschriften des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt zu beachten, und soweit die städtische Verordnung keine eigene genügende Regelung enthielt, waren gemäss § 1 Abs. 3 SubmV die Bestimmungen des IVöB-BeitrittsG und der kantonalen Submissionsverordnung heranzuziehen (VGr, 16. Juni 1999, VB.99.00008, E. 4).

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin begehrt mit dem Eventualantrag Schadenersatz für ihre Aufwendungen im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren und dem vorliegenden Rechtsmittelverfahren. Auf dieses Begehren ist ■ unter Vorbehalt des Entscheids über eine

allfällige Parteientschädigung gemäss § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/6. September 1987 (VRG) ■ nicht einzutreten. Gemäss Art. 18 Abs. 2 IVöB stellt die Beschwerdeinstanz, wenn sich die Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid als begründet erweist und der Vertrag bereits abgeschlossen ist, lediglich fest, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist. Gestützt auf das Feststellungsurteil kann der Beschwerdeführer anschliessend von der Vergabebehörde Schadenersatz nach Massgabe von § 6 IVöB-BeitrittsG verlangen. Dieses Begehren ist nicht im Rahmen der Beschwerde gegen den Vergabeentscheid, sondern in einem separaten Verfahren zu stellen (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 2a; vgl. für das Bundesrecht Art. 34 und 35 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB]). Das Gesetz verweist dazu auf das für die jeweilige Vergabeinstanz anwendbare Haftpflichtrecht, in Situationen der vorliegenden Art somit auf das Gesetz über die Haftung des Staates und der Gemeinden sowie ihrer Behörden und Beamten vom 14. September 1969 (HaftungsG; vgl. Robert Wolf, Neues Submissionsrecht für Kantone und Gemeinden, PBG aktuell 1/1996, S. 5 ff., 16). Ein entsprechendes Begehren ist nach Rechtskraft des Feststellungsentscheids des Verwaltungsgerichts bei den in § 22 HaftungsG bezeichneten Behörden einzureichen. Wieweit die erwähnten Bestimmungen der Interkantonalen Vereinbarung und des Beitrittsgesetzes auf die vorliegend beurteilte Vergabe, die noch vor Ende 1998 abgewickelt wurde, bereits anwendbar sind, kann offen bleiben. Eine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für Ersatzansprüche der geltend gemachten Art ist auch ausserhalb des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen nicht gegeben.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht eine Verletzung ihres Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend, da sie trotz entsprechender Aufforderung keine schriftliche Begründung des angefochtenen Entscheids erhalten habe und ihr keine volle Akteneinsicht gewährt worden sei. Die Beschwerdegegnerin geht demgegenüber unter Berufung auf Art. 14 Ziff. 5 der städtischen Submissionsverordnung davon aus, dass sie nicht verpflichtet gewesen sei, die Gründe ihres Entscheids bekannt zu geben. Im Übrigen sei sie bereit gewesen, die Gründe mündlich zu erläutern. Die Beschwerdeführerin sei auch nicht berechtigt gewesen, von einzelnen Aktenstücken Kopien zu erhalten bzw. selber anzufertigen. a) Vergabeentscheide sind Verfügungen, die mit den Rechtsmitteln des kantonalen und des Bundesrechts angefochten werden können (BGE 125 II 86 E. 3b; VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 1d; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 41 N. 22). Das entspricht den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes, in dessen Anwendungsbereich Vergabeentscheide in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind und ein Rechtsmittel an eine unabhängige kantonale Instanz bestehen muss (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM; vgl. BGE 125 I 406 E. 2). Stellt der Zuschlag somit eine anfechtbare Verfügung dar, ist er als solche zu begründen. Die Begründungspflicht ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der in Art. 4 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (aBV) bzw. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) verankert ist (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 36); sie wird überdies in § 10 Abs. 2 VRG ausdrücklich festgehalten. Nach der Spezialvorschrift von § 33 SubmV ist die Vergabestelle zwar bei der Eröffnung des Entscheids nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Abs. 1); auf Gesuch eines Anbieters muss sie diesem jedoch die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt geben (Abs. 2; vgl. VGr AG, AGVE 1998, S. 425). In welchem Verhältnis diese Bestimmung zum Grundsatz gemäss § 10 Abs. 2 VRG steht und ob sie in der vorliegenden

Sache bereits anwendbar war, kann offen bleiben. Zumindest eine nachträgliche Begründung des Entscheids, wie sie die Beschwerdeführerin verlangt hatte, war nach beiden Vorschriften erforderlich. Wieweit sich ein Anspruch auf eine schriftliche Begründung bereits aus Art. 4 Abs. 1 aBV bzw. Art. 29 Abs. 2 BV ergibt, ist nicht eindeutig (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 44; Lorenz Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern 1998, S. 201 ff.). § 10 Abs. 2 VRG setzt jedoch eine schriftliche Begründung voraus (Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 44). Für § 33 Abs. 2 SubmV muss dasselbe gelten, da eine bloss mündliche Begründung des Vergabeentscheids die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens nicht zu gewährleisten vermöchte; aus dem gleichen Grund sind mündliche Erläuterungen, welche die Vergabestelle bei einem Anbieter einholt, schriftlich festzuhalten (§ 28 Abs. 2 SubmV). Eine schriftliche Begründung ist ferner erforderlich, um der Rechtsmittelinstanz die Überprüfung der Entscheidungsgründe zu ermöglichen. Im Anwendungsbereich des GATT/WTO-Übereinkommens verlangt dessen Art. XVIII Abs. 3 GPA ebenfalls, dass Angaben über die Zuschlagserteilung den teilnehmenden Anbietern auf ihr Ersuchen in schriftlicher Form mitgeteilt werden. Dass eine Vergabeinstanz ihren Entscheid vorgängig oder in Ergänzung zu den schriftlichen Entscheidungsgründen auch mündlich erläutert, ist zwar zulässig und angesichts der kurzen Beschwerdefrist oft zweckmässig; die mündlichen Erläuterungen vermögen die schriftliche Begründung jedoch nicht zu ersetzen. Die Beschwerdegegnerin hätte der Beschwerdeführerin somit auf deren ausdrückliches Gesuch hin eine schriftliche Begründung des Vergabeentscheids liefern müssen; durch ihre Weigerung hat sie den Anspruch der Beschwerdeführerin auf rechtliches Gehör verletzt. In der Folge hat die Beschwerdegegnerin ihren Entscheid jedoch im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet, und die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, in der Replik umfassend zu diesen Gründen Stellung zu nehmen. Damit wurde der Nachteil, der ihr aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, behoben und die Verletzung des Gehörsanspruchs geheilt (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 45; Kneubühler, S. 35 ff., 210 ff.). Die Gehörsverletzung ist damit für den Ausgang des Verfahrens nicht mehr von Bedeutung. b) Entsprechendes gilt für die beanstandeten Einschränkungen der Akteneinsicht. Die Beschwerdegegnerin hat im Beschwerdeverfahren die Unterlagen eingereicht, welche zur Beurteilung des angefochtenen Entscheids notwendig sind, und die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, zu diesen Stellung zu nehmen. Die von ihr beantragte Herausgabe weiterer Belege erweist sich aufgrund der nachfolgenden Erwägungen nicht als erforderlich; insbesondere die Edition zusätzlicher Offertunterlagen der Mitbeteiligten trüge zur Beurteilung der vorliegend relevanten Fragen nichts bei. Eine allfällige Verletzung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin ist damit auch in diesem Punkt geheilt.

## **E. 5**

a) Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts darf die Vergabeinstanz den Vertrag mit dem von ihr ausgewählten Anbieter schliessen, sobald sie nicht mehr damit rechnen muss, dass gegen ihren Entscheid eine Beschwerde erhoben oder einer eingegangenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird. Im Sinn einer einfach zu handhabenden Regel gilt dabei, dass die Behörde zum Abschluss des Vertrags befugt ist, sobald ihr vom Verwaltungsgericht eine Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt wird, ohne dass gleichzeitig eine ■ allenfalls vorläufige ■ Anordnung zur aufschiebenden Wirkung getroffen wird (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 2b). Diese Grundsätze waren mangels einer eigenen genügenden Regelung der städtischen Submissionsverordnung auch bei der vorliegend beurteilten Vergabe zu beachten (§ 1 Abs. 3 SubmV). Die

Beschwerdegegnerin hat mit Stadtratsbeschluss vom 16. Dezember 1999 über die Vergebung der Arbeiten an die Mitbeteiligte entschieden und gleichentags den Vertrag mit dieser unterzeichnet. Erst am 23. Dezember 1999 wurde der Zuschlag danach den nicht berücksichtigten Anbietern mitgeteilt. Die Beschwerdeführerin beanstandet überdies, dass die Beschwerdegegnerin den Vertragstext bereits vor dem Stadtratsbeschluss mit der Mitbeteiligten bereinigt habe. ■ Die Beschwerdegegnerin weist demgegenüber darauf hin, dass die Bereinigung des Vertrags vor dem definitiven Entscheid über den Zuschlag erfolgen müssen; nach dem Zuschlag fehle der Vergabebehörde die notwendige Verhandlungsmacht, um die bei jedem Vertragsschluss erforderlichen Präzisierungen in ihrem Sinn zu erreichen. b) Das Vergabeverfahren muss gestützt auf die Ausschreibung und die Angebote zu einem eindeutigen Ergebnis führen, das den Abschluss des Vertrags ohne wesentliche Ergänzungen ermöglicht. Gegenstand und Umfang des Auftrags sind daher in der Ausschreibung bzw. den an die Interessenten abgegebenen Unterlagen (§ 16 Abs. 2 lit. c, d und f sowie § 17 Abs. 1 lit. b, f, g und j SubmV) klar zu umschreiben, und die Offerten der Anbieter müssen ebenso deutlich auf die ausgeschriebene Leistung Bezug nehmen. Um spätere Differenzen zu vermeiden, empfiehlt sich die Bekanntgabe der gesamten Vertragsbedingungen in den Ausschreibungsunterlagen. Bestehen nach Eingang der Angebote Unklarheiten über deren Inhalt, kann die Vergabeinstanz von den Anbietenden zusätzliche Erläuterungen verlangen (§ 28 SubmV); diese dürfen jedoch nicht dazu dienen, den Inhalt des zu vergebenden Auftrags oder des eingereichten Angebots nachträglich zu ändern (§ 29 SubmV; vgl. VGr, 15. Dezember 1998, BEZ 1999 Nr. 12 E. 2c, mit Hinweisen; VGr, 15. Dezember 1999, VB.99.00255, E. 4b). Sind nach dem Eingang der Angebote noch Detailfragen offen, die einer Regelung im definitiven Vertrag bedürfen, sind diese unter Beachtung der dargestellten Grundsätze zu bereinigen. Eine Bereinigung vor dem Zuschlag hat dabei den Vorteil, dass nachträglich keine unerwarteten Differenzen zutage treten; auch ist die Verhandlungsmacht der Behörde zur Lösung von Detailfragen zweifellos grösser, solange der Zuschlag nicht erteilt ist. Präzisierungen dieser Art sind daher zulässig, soweit sie nicht auf eine massgebliche Änderung des Auftrags bzw. des Angebots hinauslaufen (vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [EBRK], Baurecht 1998, S. 128 Nr. 339; kritisch Peter Gauch, Urteilsanmerkung, Baurecht 1998, S. 129). Dabei muss jedoch vermieden werden, dass Bereinigungsgespräche auf Vertragsinhalte übergreifen, bezüglich welcher keine Verhandlung zulässig ist, und der Gegenstand der Gespräche ist genau zu protokollieren (§ 28 Abs. 2 SubmV). Ob zur verbindlichen Festlegung des bereinigten Vertragsinhalts auch bereits vor dem Zuschlag die Unterzeichnung des Vertrags gestattet ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. Vorausgesetzt wäre auf jeden Fall ein ausdrücklicher Vorbehalt im Vertragstext, wonach die vertraglichen Verpflichtungen nur wirksam werden, wenn der Zuschlag in Rechtskraft erwächst oder einem gegen diesen erhobenen Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. c) Die Beschwerdegegnerin hat mit der Mitbeteiligten nicht nur den Inhalt des Vertrags bereinigt, sondern den Vertrag schon vor der Rechtskraft des Zuschlags definitiv abgeschlossen. Vorbehalten wurde lediglich die Genehmigung seitens des Stadtrats; mit deren Erteilung am 16. Dezember 1999 war der Vertrag nach übereinstimmender Auffassung der Parteien verbindlich zustande gekommen. Dieses Vorgehen war nach dem Gesagten nicht zulässig. Das Verwaltungsgericht hatte bisher nicht zu entscheiden, welche Rechtsfolgen ein im Widerspruch zu den genannten Regeln erfolgter vorzeitiger Abschluss des Beschaffungsvertrags zeitigt. Es wies jedoch darauf hin, dass nicht leichthin eine Ungültigkeit des abgeschlossenen Vertrags anzunehmen sei (VGr,

24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 2d; vgl. auch VGr, 24. November 1999, VB.98.00319, E. 10). Im vorliegenden Fall ist überdies zu beachten, dass die Bauarbeiten, die Gegenstand der Vergabe waren, inzwischen weit fortgeschritten sind und eine Rückabwicklung des Vertrags schon aus diesem Grund kaum mehr in Frage käme. Die Frage kann indessen auch hier offen bleiben, da die Beschwerde sich aufgrund der nachfolgenden Erwägungen als unbegründet erweist.

## E. 6

Die Beschwerdeführerin wirft der Vergabeinstanz vor, Eignungs- und Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise zu vermengen. Nach ihrer Auffassung hätte ihr Angebot, falls man ihr fehlende Eignung vorwerfen wollte, vor dem Zuschlag mit separater Entscheidung vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Nachdem dies nicht geschehen sei, seien die behaupteten Eignungsmängel beim Zuschlag nicht mehr zu berücksichtigen; dieser sei nunmehr allein aufgrund der Bewertung des Angebots, insbesondere des offerierten Preises, vorzunehmen. a) Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (vgl. Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes ■ Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 10). Gemäss § 22 SubmV betreffen sie insbesondere die finanzielle, wirtschaftliche, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit. Die Vergabebehörde legt die für den betreffenden Auftrag erforderlichen Eignungskriterien anhand objektiver Merkmale fest und bestimmt die zu erbringenden Nachweise (§ 22 SubmV). Dabei steht ihr, ebenso wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 3b), ein erheblicher Beurteilungsspielraum zur Verfügung. Die Eignungskriterien und die geforderten Nachweise sind in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (vgl. § 16 Abs. 3 lit. f und § 17 Abs. 1 lit. g SubmV). Zuschlagskriterien dienen der Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 31 SubmV). Sie werden von der Vergabebehörde ebenfalls entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (§ 17 Abs. 1 lit. i SubmV; vgl. VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 3b; VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 E. 5a). b) Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 26 Abs. 1 lit. a SubmV). Eine über das notwendige Mindestmass hinausgehende Eignung ist höchstens bei der Auswahl einer beschränkten Teilnehmerzahl im selektiven Verfahren (§ 10 Abs. 3 SubmV) von Bedeutung (vgl. VGr, 16. April 1999, BEZ 1999 Nr. 14 E. 4c). Demgegenüber handelt es sich bei den Zuschlagskriterien um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen. Eine schlechte Bewertung bei einem Kriterium führt ■ anders als bei den Eignungskriterien ■ nicht automatisch zum Ausschluss des Angebots, sondern kann durch gute Bewertungen bei den andern Kriterien ausgeglichen werden. Ob ein bestimmtes Merkmal als Eignungs- oder als Zuschlagskriterium behandelt wird, ergibt sich aus dessen Verwendung in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen. Auch bei dieser Zuordnung besteht eine gewisse Wahlfreiheit; so können ökologische Merkmale sowohl als Mindestanforderung an ein Produkt umschrieben sein, bei deren Fehlen ein Angebot nicht zugelassen wird, wie auch als Zuschlagskriterien, deren mehr oder weniger weit gehende Erfüllung bei der Auswahl des günstigsten Angebots zu berücksichtigen ist. Wieweit ein Merkmal, das zur

Prüfung der Eignung herangezogen wird, zugleich auch als Zuschlagskriterium für die Bewertung des Angebots bezeichnet werden darf, ist umstritten (ablehnend Gauch/Stöckli, Ziff. 16.5 ff.; Hubert Stöckli, Baurecht 1999, S. 141 Nr. S26, S. 144 f. Nr. S40); die Frage braucht jedoch vorliegend nicht entschieden zu werden. c) Angesichts der unterschiedlichen Rechtsfolgen von Eignungskriterien (sowie andern Ausschlusskriterien) und Zuschlagskriterien sind die beiden Kategorien stets klar auseinander zu halten; das gilt nicht nur für das selektive Verfahren, bei welchem die Eignung der Anbieter aufgrund eines Teilnahmeantrags vorweg geprüft wird (§ 10 SubmV), sondern auch für die andern Verfahren, insbesondere das offene (vgl. Gauch/Stöckli, Ziff. 11.7). Die rechtliche Unterscheidung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien hat jedoch nicht zur Folge, dass über die ersteren in einem separaten Entscheid vorweg zu befinden ist. Im Gegensatz zum selektiven Verfahren (§ 10 SubmV) wird im offenen Verfahren kein selbständiger Entscheid über die Eignung der Anbieter getroffen. Entsprechendes gilt für die übrigen Ausschlussgründe gemäss § 26 SubmV; die Anbieter haben keinen Anspruch darauf, dass vorweg über einen allfälligen Ausschluss von der Teilnahme entschieden wird (vgl. EBRK, Baurecht 1998, S. 126 Nr. 334; a.M. Peter Gauch, Urteilsanmerkung, Baurecht 1998, S. 126 f., Ziff. 5). Ein solches Vorgehen würde in der Regel nur zu einer Verzögerung des Verfahrens führen, die weder im Interesse der Anbietenden noch der Vergabeinstanz liegt. Die Beschwerdeführerin kann daher aus dem Umstand, dass sie vor dem Entscheid über den Zuschlag nicht vom Verfahren ausgeschlossen wurde, nichts zu ihren Gunsten ableiten. d) Im Übrigen handelt es sich bei den Einwänden, welche die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin erhebt, nicht in erster Linie um Fragen der Eignung. Tatsächlich wurde die Eignung der Beschwerdeführerin nie grundsätzlich in Frage gestellt; beanstandet wird vielmehr, dass ihr Angebot in verschiedenen Belangen von den Vorgaben der Ausschreibung abweiche. Mängel dieser Art können ebenfalls zu einem Ausschluss vom Verfahren führen, müssen jedoch ebenso wenig in einem separaten Entscheid beurteilt werden.

#### **E. 7**

Die Stadt wirft der Beschwerdeführerin vor, mit ihrem Angebot in verschiedenen wesentlichen Fragen von den Vorgaben der Ausschreibung abgewichen zu sein. Sie erwähnt dabei insbesondere die folgenden Punkte (vgl. die Beschwerdeantwort, Ziff. 44): - Die Beschwerdeführerin habe die in der Ausschreibung geforderte Garantie in zwei zeitliche Phasen aufgeteilt und die Garantiesumme reduziert; - sie sei von den in der Ausschreibung vorgesehenen Produkten abgewichen und habe sich bei deren Auswahl volle Freiheit vorbehalten wollen; - sie habe die Wandstärke der Aussenwände der Betriebszentrale Glatt von 60 cm auf 30 cm reduziert; - sie habe die vorgeschriebene Dauer des Probetriebs reduziert und ihre Leistungen während desselben einschränken wollen; - die Koordination mit Nebenunternehmern und die Bearbeitung der Schnittstellen zu andern Teilen des Gesamtwerks seien im offerierten Preis nicht enthalten gewesen; - sie habe mit der Offerte keine Ersatzteilliste eingereicht; - sie habe einen datumsbezogenen Zahlungsplan eingereicht, obwohl ein leistungsbezogener verlangt gewesen sei; - sie sei mit ihrer Offerte vom Generalunternehmerprinzip abgewichen und habe damit nicht die volle Verantwortung für die Leistungserfüllung übernehmen wollen; - der offerierte Preis habe entgegen den Vorgaben auf einem Mengengerüst basiert, so dass alle nicht ausdrücklich umschriebenen Leistungen ausgeschlossen gewesen wären.

#### **E. 8**

Bei der Beurteilung der beanstandeten Abweichungen sind verschiedene rechtliche Gesichtspunkte auseinander zu halten: a) In einer Offerte enthaltene offensichtliche Fehler, wie Rechnungs- und Schreibfehler, sind zu berichtigen (§ 27 SubmV; vgl. Art. 11 der städtischen Verordnung). Ferner können Unklarheiten mittels schriftlichen oder mündlichen Erläuterungen behoben werden (§ 28 SubmV); dabei dürfen jedoch mit den Anbietern keine Verhandlungen über Preise oder Änderungen des Leistungsinhalts geführt werden (§ 29 SubmV; VGr, 15. Dezember 1998, BEZ 1999 Nr. 12 E. 2c; vgl. Art. 10 Ziff. 3 der städtischen Verordnung). b) Ein unvollständiges Angebot kann zu dessen Ausschluss von der Teilnahme führen. Für das kantonale Recht ergibt sich dies aus § 26 Abs. 1 lit. d SubmV, für die städtische Submissionsverordnung sinngemäss aus Art. 13 lit. a. Diese Rechtsfolge ist jedoch nur adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt. Nach § 26 SubmV sind Angebote ebenso wie auch nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen nur wegen wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen; das entspricht dem Verbot eines überspitzten Formalismus (VGr, 16. Juni 1999, BEZ 1999 Nr. 25 E. 6). Fehlen Teile des Angebots, so deckt dieses nicht die gesamte ausgeschriebene Leistung ab. Nach Art. 8 Ziff. 2 der städtischen Submissionsverordnung sind Teilangebote zwar zugelassen; in den Ausschreibungsunterlagen wurde diese Möglichkeit jedoch entsprechend den Anforderungen des zu vergebenden Auftrags ausdrücklich ausgeschlossen (act. 25, Teil A, Ziff. 2.3.8). Ist wie bei einem Teil der vorliegend strittigen Punkte unklar, ob die Umschreibung des Angebots tatsächlich eine Einschränkung gegenüber der ausgeschriebenen Leistung darstellt, ist diese Unklarheit nach den Grundsätzen der §§ 27-29 SubmV zu bereinigen. Ist das fehlende Element eines Angebots im Vergleich zum gesamten Auftrag von derart untergeordneter Bedeutung, dass ein Ausschluss von der Teilnahme unverhältnismässig wäre, wird dem Anbieter Gelegenheit gegeben, das Angebot im betreffenden Punkt zu ergänzen. Erweist sich das Angebot jedoch nach allenfalls erfolgter Bereinigung in einem wesentlichen Punkt als unvollständig, muss es von der Teilnahme ausgeschlossen werden. Denn ein Zuschlag an ein unvollständiges Angebot kommt nicht in Frage, und eine nachträgliche Ergänzung desselben liefe auf eine nach § 24 Abs. 1 und § 29 SubmV bzw. Art. 10 Ziff. 3 der städtischen Submissionsverordnung unzulässige Änderung des Leistungsinhalts hinaus. c) Eine Offerte kann Varianten zu der in der Ausschreibung umschriebenen Leistung enthalten. Nach Art. 8 Ziff. 1 der vorliegend noch anwendbaren Submissionsverordnung der Stadt Zürich sind Varianten ausdrücklich zugelassen. Im kantonalen Recht ist die Zulässigkeit von Varianten nicht ausdrücklich geregelt (vgl. VGr, 3. November 1999, BEZ 1999 Nr. 36 E. 3a.bb), doch spricht nichts dafür, sie generell auszuschliessen. Bei einer komplexen Vergabe wie der vorliegend zu beurteilenden wäre ein genereller Ausschluss von Varianten jedenfalls nicht gerechtfertigt, und die Beschwerdegegnerin hat denn auch die Möglichkeit von Abweichungen gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung ausdrücklich anerkannt (Ausschreibungsunterlagen, Teil A, Ziff. 2.6). Ein Sonderfall sind Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen, sondern eine Reduktion des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben; hierher gehören vorliegend z.B. die von der Beschwerdeführerin vorgeschlagenen Änderungen, die auf eine Verminderung der Wandstärke bzw. die Herabsetzung der Garantiesumme abzielen. Es erscheint zwar nicht gerechtfertigt, Varianten dieser Art von vornherein auszuschliessen, da sie der Behörde Gelegenheit geben, eine allenfalls diskutabile Vorgabe nochmals zu überprüfen. Gelangt die Behörde jedoch zum Schluss, dass die Anforderungen entsprechend der Variante zu redu-

zieren sind, muss auch den andern Anbietern Gelegenheit gegeben werden, ihre Offerten mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen. Dieses Vorgehen, das der Regelung der Submissionsverordnung für wichtige Auskünfte vor der Eingabe der Angebote (§ 19 Abs. 2 SubmV) entspricht, gewährleistet die Gleichbehandlung der Anbieter und die Transparenz des Vergabeverfahrens. Fraglich ist schliesslich, ob eine Variante auch ohne gleichzeitige Grundofferte zugelassen werden kann (vgl. Gauch/Stöckli, Ziff. 19.3; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 288). Soweit dies zugelassen wird, hat die Eingabe einer Variante ohne gleichzeitige Grundofferte zur Folge, dass im Fall des Nichteintretens auf die Variante keine vollständige Offerte vorliegt und das Angebot aus diesem Grund ausser Betracht fällt (vorstehend, lit. b). Vorliegend müssen aufgrund der Umschreibung, mit welcher die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit von begründeten Abweichungen gegenüber den Vorgaben der Ausschreibung anerkannt hat (Ausschreibungsunterlagen, Teil A, Ziff. 2.6), zumindest geringfügige Varianten auch dann zugelassen werden, wenn sie nicht von einer der Ausschreibung entsprechenden Grundofferte begleitet sind. Im Übrigen braucht die Frage hier nicht entschieden zu werden.

## **E. 9**

Die gegenüber der Offerte der Beschwerdeführerin erhobenen Beanstandungen sind anhand dieser Grundsätze zu prüfen. a) Nach den Ausschreibungsunterlagen hat der Unternehmer zur Sicherstellung seiner vertraglichen und ausservertraglichen Verpflichtungen gegenüber der Bauherrschaft eine Sicherheit (Erfüllungsgarantie) in der Höhe von 2 Mio. Franken zu leisten, die erst erlischt, wenn das ganze Bauwerk abgenommen ist und allfällige Mängel behoben sind (Ziff. 3.3.5 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A; in act. 25). Für die Zeit nach der Abnahme hat er ferner eine Sicherheit für Werkmängel (Mängelgarantie) im Betrag von 2 Mio. Franken während mindestens fünf Jahren zu stellen (Ziff. 3.4.3 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A). Die Beschwerdeführerin offerierte gemäss ihren Anmerkungen zum Angebot (Beilage E zur Offerte; act. 6.5) für die 2. Phase der Bauzeit nach dem 1. Meilenstein lediglich eine reduzierte Erfüllungsgarantie in der Höhe von 0,5 Mio. Franken (Ziff. E1.3). Ferner teilte sie die Garantiefrist für Mängel in zwei Phasen auf, wobei sie die Garantie für Arbeiten aus der Bauphase 1 auf fünf Jahre ab Ende dieser Bauphase beschränkte (Ziff. E1.2). Diese Beschränkung der Garantieleistungen stellt eine wesentliche Abweichung von den Vorgaben der Ausschreibung dar. Die Beschwerdeführerin begründet diese in der Replik damit, dass die modifizierte Sicherheit besser auf die tatsächlichen Risiken abgestimmt sei. Auch habe es sich dabei lediglich um einen Vorschlag gehandelt. Die Beschwerdeführerin war nach dem Gesagten berechtigt, mit ihrem Angebot eine Variante zur vorgeschriebenen Sicherheitsleistung einzureichen. Sie hat diese jedoch nicht als Alternative neben einer ausschreibungskonformen Grundofferte vorgeschlagen, sondern ihr Angebot auf die von ihr definierte Garantie beschränkt. Das ergibt sich sowohl aus der Formulierung in Beilage E zur Offerte wie auch aus dem Umstand, dass sie keinen Preis für die höheren Kosten einer der Ausschreibung entsprechenden Garantie genannt hat. Ob eine derartige Variante zu einem wesentlichen Element der ausgeschriebenen Leistung ohne gleichzeitige Abgabe einer Grundofferte überhaupt zulässig war, ist nach dem Gesagten fraglich (vgl. E. 8c), kann jedoch offen bleiben. Die Vergabestelle war befugt, den Umfang des Auftrags und damit auch die als notwendig erachteten Sicherheiten nach pflichtgemäsem Ermessen festzulegen, und die vorliegend geforderten Garantien waren nicht ungewöhnlich. Die Beschwerdegegnerin war daher berechtigt, die offerierte beschränkte Garantie abzulehnen. Da die

Beschwerdeführerin keine ausschreibungskonforme Grundofferte eingereicht hatte, war ihr Angebot nach der Ablehnung der Variante in einem wesentlichen Punkt unvollständig. Die Beschwerdegegnerin war auch nicht verpflichtet, der Beschwerdeführerin Gelegenheit zu einer diesbezüglichen Ergänzung des Angebots zu geben. Bei der vorgenommenen Garantiebeschränkung handelte es sich weder um eine Unklarheit, die mittels Erläuterungen hätte behoben werden müssen (§ 28 SubmV), noch war sie von derart untergeordneter Bedeutung, dass es unverhältnismässig wäre, ihretwegen einen Ausschluss von der Teilnahme anzuordnen (vorn E. 8b). Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Mitbeteiligte in ihrem Angebot ebenfalls eine Beschränkung der Garantiefrist ■ nämlich für die Stollenfahrzeuge ■ vorgesehen habe. Dieser Sachverhalt ist jedoch mit dem vorliegend beurteilten nicht vergleichbar. Bei den Stollenfahrzeugen handelt es sich um Mobilien, bezüglich welcher sich die Frage, ob sie der gleichen Garantie unterstehen wie das Werk als Ganzes, berechtigterweise stellte. Überdies war diese Abweichung im Gegensatz zu der von der Beschwerdeführerin verantworteten von derart untergeordneter Bedeutung, dass sich ein Ausschluss vom Verfahren tatsächlich nicht gerechtfertigt hätte. Eine rechtswidrige Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin liegt daher nicht vor. b) Für die Zeit nach der Inbetriebsetzung des Werks sehen die Ausschreibungsunterlagen einen sechsmonatigen Probetrieb vor, während dessen das Werk in der Obhut des Generalunternehmers bleibt und, in Zusammenarbeit mit dem Bauherrn und dem künftigen Betreiber, durch ihn betrieben wird (Ziff. 3.4.2 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A; in act. 25). Die Beschwerdeführerin schlug in ihren Anmerkungen zum Angebot eine Organisation des Probetriebs in der Weise vor, dass sie während vier Monaten einen Ingenieur vor Ort sowie weitere Fachpersonen auf Abruf zur Verfügung stelle, während von Seiten der Auftraggeberin das Personal der Anlage Glatt kostenlos mitwirke und den Probetrieb unterstütze (Beilage E zur Offerte, Ziff. E6; act. 6.5). Die Beschwerdegegnerin beanstandet, dass der Probetrieb um zwei Monate gekürzt worden sei und die Beschwerdeführerin einen Teil ihrer Aufgabe auf Personal der Betreiberin überwälze. Die Beschwerdeführerin bezeichnet das Einsetzen einer Frist von bloss vier Monaten in ihrer Beilage E als Irrtum. Dass es sich um einen solchen gehandelt habe, konnte die Beschwerdegegnerin freilich nicht erkennen; aufgrund der von der Beschwerdeführerin anderweitig vorgenommenen Änderungen der Auftragsbedingungen musste sie eher annehmen, dass auch in diesem Punkt eine Einschränkung beabsichtigt sei. Die Beschwerdeführerin hatte jedoch ihre Anmerkung ausdrücklich als Vorschlag bezeichnet; dass sie in ihrem Angebot den vorgesehenen Personaleinsatz präziserte, war im Hinblick auf die in den Vorgaben der Ausschreibung erwähnte Zusammenarbeit durchaus sachgerecht. Unter diesen Umständen durfte die Behörde nicht ohne Rückfrage bei der Anbieterin davon ausgehen, dass mit der vorgeschlagenen Organisation zugleich eine Einschränkung des Leistungsangebots beabsichtigt sei. In diesem Punkt wäre daher eine Bereinigung des Angebots durch Einholen einer schriftlichen oder mündlichen Erläuterung (§ 28 SubmV) am Platz gewesen. c) Das Leistungsverzeichnis (Vorgaben für die Offertstellung, Teil C; in act. 25) enthält zahlreiche Hinweise auf bestimmte Produkte oder Lieferanten. Diese sind zumeist mit dem Zusatz "oder gleichwertig" versehen, und in den speziellen Bedingungen des Leistungsverzeichnisses wird darauf hingewiesen, dass derartige Produkteempfehlungen stellvertretend auch für gleichwertige Fabrikate oder Firmen gelten, soweit diesbezüglich im Qualitätshandbuch keine Einschränkung vorgesehen sei (Ziff. 1.2 am Ende). In den Vorgaben für die Offertstellung, Teil A, wird verlangt, dass mit dem Angebot eine allfällige Liste mit Produkte-Alternativ-Vorschlägen

eingereicht werde (Ziff. 2.6). Die Beschwerdeführerin reichte keine derartige Liste ein, sondern hielt in ihren Anmerkungen zum Angebot fest: "Wir behalten uns vor, die in der Offerte vorgeschriebenen Produkte durch andere, gleichwertige zu ersetzen"; ausgenommen von diesem Vorbehalt waren einzelne Produktkategorien (Beilage E zur Offerte, Ziff. E3; act. 6.5). Die Beschwerdegegnerin geht davon aus, dass die Beschwerdeführerin sich damit die freie Wahl der Produkte habe vorbehalten wollen; demgegenüber macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Produktewahl in jedem Fall der Zustimmung der Beschwerdegegnerin bedürft hätte und dieser daher kein Nachteil erwachsen wäre. Bei den im Leistungsverzeichnis bezeichneten Produkten handelt es sich um Maschinen und Bauteile von erheblicher Bedeutung. Die Wahl dieser Produkte dem Gutdünken der einen oder andern Partei nach Abschluss des Vertrags vorzubehalten, kam ernsthaft nicht in Frage; die Behörde musste die Produkte kennen, um die Einhaltung der geforderten Qualitätsstandards überprüfen zu können, und der Beschwerdeführerin war es ohne Kenntnis der Produkte nicht möglich, eine seriöse Preiskalkulation vorzunehmen. Es ist denn auch schwer ersichtlich, welches der Sinn des von der Beschwerdeführerin angebrachten Vorbehalts gewesen wäre, wenn sie die Wahl der Produkte schliesslich doch wieder der Beschwerdegegnerin überlassen hätte. Die Beschwerdegegnerin durfte den Vorbehalt daher so verstehen, dass die Anbieterin sich die Wahl der Produkte für einen späteren Zeitpunkt vorbehalten wollte. Damit das Vergabeverfahren zu einem eindeutigen Ergebnis führt, das den Abschluss eines Vertrags ohne wesentliche Ergänzungen ermöglicht, müssen Gegenstand und Umfang des Auftrags aus der Ausschreibung und den Angeboten klar hervorgehen (vorn E. 5b). Eine Offerte, die wesentliche Elemente der angebotenen Leistung offen lässt, genügt dieser Anforderung nicht. Dieser Mangel konnte auch nicht durch Erläuterungen im Sinn von § 28 SubmV behoben werden, denn eine diesbezügliche Ergänzung der Offerte wäre notgedrungen auf eine nachträgliche Änderung wesentlicher Elemente des Leistungsinhalts hinausgelaufen, was nach § 24 Abs. 1 und § 29 SubmV nicht zulässig ist. Es geht nicht an, dass ein Anbieter ein preislich attraktives, aber inhaltlich ungenügend bestimmtes Angebot einreicht, um auf diesem Weg in Verhandlungen mit der Vergabebehörde zu treten (vgl. VGr, 15. Dezember 1999, VB.99.00255, E. 4b). Das Angebot der Beschwerdeführerin war daher auch in diesem wesentlichen Punkt unvollständig. d) Die ausgeschriebene Leistung umfasst eine Erstausrüstung an Ersatz- und Verschleissteilen für eine Betriebszeit von zwei Jahren. Ein erster Entwurf der Ersatzteilliste war mit dem Angebot abzugeben (Ziff. 3.4.6 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A; in act. 25). Die Beschwerdeführerin reichte mit ihrer Offerte keine Ersatzteilliste ein, was sie als Versehen bezeichnet. Dieser Mangel stellte angesichts der Tatsache, dass ohnehin nur ein erster Entwurf der Liste verlangt war, keine Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift im Sinn von § 26 Abs. 1 lit. d SubmV dar. Die Beschwerdegegnerin gab denn auch den beiden Mitbewerberinnen, die ebenfalls keine bzw. nur eine sehr summarische Liste der Ersatz- und Verschleissteile abgegeben hatten, Gelegenheit zum Nachreichen bzw. Ergänzen der Liste (vgl. die Briefe der Beschwerdegegnerin vom 22. September 1998; act. 24.13 und 24.14). Konsequenterweise durfte der Mangel auch der Beschwerdeführerin nicht zur Last gelegt werden. e) Mit dem Angebot war ein Zahlungsplan einzureichen, dessen Termine sich nach dem vom Unternehmer ebenfalls vorzulegenden Terminplan der Bauarbeiten zu richten hatten (Ziff. 2.6 und 3.5.1 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A; in act. 25). Der von der Beschwerdeführerin eingereichte Zahlungsplan enthielt die gleichen Daten wie ihr Terminplan, umschrieb diese jedoch nicht unter Bezugnahme auf die jeweiligen Fixpunkte des

Bauablaufs, sondern als feste Termine. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass ein derart datumsbezogener anstatt leistungsbezogener Terminplan nicht den Anforderungen entsprochen habe. Die Forderung der Beschwerdegegnerin nach einem leistungsbezogenen Terminplan war zweifellos sachgerecht, ging jedoch aus den Ausschreibungsunterlagen nicht deutlich hervor. Offenbar sind auch die beiden Mitanbieterinnen dem gleichen Missverständnis erlegen; die Beschwerdegegnerin beanstandete auch diesen gegenüber, dass ihr Zahlungsplan nicht leistungsbezogen sei, und forderte sie mit Schreiben vom 22. September 1998 auf, einen entsprechend angepassten Plan einzureichen (act. 24.13 und 24.14). Derselbe Umstand darf daher auch der Beschwerdeführerin nicht zum Nachteil gereichen. f) aa) Ziffer 3.2.1 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A (in act. 25), enthielt unter dem Titel "Werkpreis" die folgende Bestimmung: "Das Werk besteht aus allen im Grundfliessbild dargestellten und unter Ziffer 1.3, Seite 4 aufgeführten Bauten und Anlagen in ihrer Gesamtheit als funktionstüchtiges, bezüglich Qualität den Erwartungen der Bauherrschaft entsprechendes und in die Nachbaranlagen eingebundenes und mit diesen funktionierendes Ganzes. Der Unternehmer offeriert die Werkerstellung als Generalunternehmer zu einem Werkpreis. Dieser umfasst alle für das Werk erforderlichen Leistungen ... insbesondere auch dann, wenn diese nicht ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen erwähnt sind." Gemäss Ziffer 3.3.1 der Vorgaben für die Offertstellung, Teil A, war der Unternehmer ferner verpflichtet, sämtliche Bauprojektvorgaben zu überprüfen, Berechnungen selber vorzunehmen und, wo notwendig, sinnvoll zu optimieren. Demgegenüber hielt die Beschwerdeführerin in ihrer Beilage E zur Offerte (act. 6.5), Ziff. E2, fest: "Unser Offertpreis beruht auf dem Mengengerüst aus den Vorgaben zur Offertstellung der STE vom Juni 1998. Die Überprüfung unsererseits ist erfolgt. Im Baubeschrieb resp. in den Plänen nicht enthaltene Arbeiten, Materialien und dergleichen wie z.B. § Kanalsohle aus Hartbeton § spezielle Abdichtungen § Werkleitungstrasse innerhalb Areal Glatt § Aussenbeleuchtung u. dgl. sind im Gesamtpreis nicht enthalten. .... Sollte sich aufgrund von Beststellungsänderungen dieses Mengengerüst erhöhen, wäre eine Anpassung unseres Werkpreises erforderlich." Die Beschwerdegegnerin macht geltend, die Ausrichtung der Offerte auf ein Mengengerüst habe zur Folge, dass alles, was in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich umschrieben werde, nicht im Preis enthalten sei. Mit den Ausschreibungsunterlagen sei jedoch genau das Gegenteil verlangt worden. bb) Aufgrund der Ausschreibungsunterlagen waren die Anbieter aufgefordert, die Übernahme der gesamten Werkerstellung zu einem Festpreis zu offerieren. Dieser war als Pauschale festzulegen, der keine Teuerungsanpassung zuliess (vgl. die Briefe der Beschwerdegegnerin an die beiden Mitbietenden vom 22. September 1998; act. 24.13 und 24.14). Es handelte sich damit gemäss der im Werkvertragsrecht üblichen Terminologie um einen Pauschalpreis (vgl. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 4. A., Zürich 1996, Nr. 900 ff.). Durch die Abrede eines Pauschalpreises wird zwar die Vergütung pauschaliert; was der Anbieter zum vereinbarten Preis leisten muss, ergibt sich jedoch erst aus der Umschreibung des Werks (Gauch, Nr. 905 f.). Um diesbezügliche Unsicherheiten zu vermeiden, verwandte die Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsunterlagen eine sogenannte Vollständigkeitsklausel, gemäss welcher der Pauschalpreis alle Leistungen abdeckt, die zur vertragsgemässen Ausführung des Werks erforderlich sind, auch wenn diese im Leistungsverzeichnis nicht speziell erwähnt werden (vgl. Gauch, Nr. 909). Aufgrund dessen durften Bestandteile des Werks, die zu dessen Funktionieren erforderlich sind, nicht aus dem Angebot ausgeschlossen werden. Dagegen waren Abgrenzungen bezüglich des äusseren Umfangs des Werks oder betreffend Anlageteile, die allenfalls bloss wünschbar waren und aus dem

Leistungsverzeichnis nicht hervorgingen, nicht von vornherein gegenstandslos. Sie konnten umso weniger vernachlässigt werden, als das Werk, welches den Gegenstand der Vergabe bildet, nur einen Teil der gesamten Abwasseranlage darstellt und für das Funktionieren derselben auch die bereits erstellten und von Nebenunternehmern zu erstellenden Anlageteile von Bedeutung sind. Insofern kann der Umfang des Werks, auf das sich der Pauschalpreis bezieht, nicht aus der Vollständigkeitsklausel der Offertvorgaben abgeleitet werden. Aufgrund dieser Ausgangslage war eine Beschränkung der Offerte auf Werkbestandteile, die sich aus dem Mengengerüst des Leistungsverzeichnisses ergaben, zweifellos nicht zulässig. Die von der Beschwerdeführerin genannten Beispiele betrafen jedoch zum Teil den äusseren Umfang des Werks (z.B. Aussenbeleuchtung), in Bezug auf welchen eine Präzisierung unter Umständen sinnvoll sein konnte. Diese Präzisierung hätte freilich in erster Linie durch entsprechende Anfragen vor Eingabe der Offerte (§ 19 SubmV) erfolgen müssen. Ob es dennoch gerechtfertigt gewesen wäre, die Tragweite des von der Beschwerdeführerin angebrachten Vorbehalts mittels einer Erläuterung gemäss § 28 SubmV genauer zu ermitteln, ist daher fraglich. Die Frage braucht jedoch nicht weiter geprüft zu werden, da das Angebot bereits aus andern Gründen nicht zugelassen werden konnte. g) Das Angebot der Beschwerdeführerin war somit zumindest in zwei wesentlichen Punkten unvollständig: Es enthielt eine erhebliche Einschränkung der von der Beschwerdegegnerin verlangten Garantie und legte die zum Einsatz gelangenden Produkte nicht fest (E. 9a und 9c). In weiteren Punkten, so bezüglich der Dauer des Probetriebs und der Umschreibung der geforderten Vergütung, ist die Vereinbarkeit des Angebots mit den Ausschreibungsunterlagen sehr fraglich. Die festgestellten Mängel stellen nach dem Gesagten eine wesentliche Verletzung von Formvorschriften dar und führen zum Ausschluss des Angebots (Art. 13 lit. a der städtischen Submissionsverordnung; § 26 Abs. 1 lit. d SubmV). Auf die zusätzlichen Beanstandungen, welche die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin erhoben hat und die sich aufgrund der vorliegenden Unterlagen zum Teil nicht schlüssig beurteilen lassen, braucht nicht weiter eingegangen zu werden.

#### **E. 10**

a) Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Beschwerdegegnerin mit den beiden andern Anbieterinnen in Verhandlungen getreten sei und diesen Gelegenheit geboten habe, die in deren Angeboten vorhandenen Mängel zu beheben. Aus Gründen der Gleichbehandlung hätte daher auch ihr die Möglichkeit zur Ergänzung bzw. Korrektur ihrer Offerte gegeben werden müssen. Die Beschwerdegegnerin wies die beiden Mitanbieterinnen mit Briefen vom 22. September 1998 auf verschiedene Punkte hin, in welchen deren Offerten nicht den Vorgaben entsprachen, und forderte sie auf, diese Mängel zu beheben. Dabei handelte es sich jedoch durchwegs um Fragen, die aufgrund der Vorgaben der Ausschreibung einer Klärung bedurften oder die im Verhältnis zur Bedeutung des gesamten Auftrags von untergeordneter Bedeutung waren wie die bereits erwähnten Anpassungen des Zahlungsplans, die Ersatzteilliste und die Garantiefrist für das Stollenfahrzeug. Weitere Fragen betrafen den Ausschluss des Teuerungsausgleichs im Werkpreis, der aus den Ausschreibungsunterlagen nicht deutlich hervorging, fehlende Teile der Kalkulationsgrundlagen, Unstimmigkeiten der Preiskalkulation für das Stollenfahrzeug und dessen Führungsschiene, den Zeitpunkt des Baubeginns, die Bezeichnung einzelner Fachleute auf Seiten des Werknehmers, Fragen zur internen Kompetenzregelung und zur Schulung des Betriebspersonals sowie die Kosten der Sanierung der bestehenden Becken. Der zuletzt genannte Punkt betraf einen Vorbehalt in der Offerte der Mitbeteiligten, wonach diese den Aufwand für die Sanierung der bestehenden Becken ohne weitere

Untersuchungen nur mit einer Genauigkeit von +/- 30% angeben konnte und daher lediglich einen Budgetbetrag vorsah. Auf eine entsprechende Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin gab sie dann einen festen Preis von Fr. 1'500'000. an, was zu einer Reduktion der Gesamtpreissumme führte. Derartige Korrekturen und Präzisierungen lassen sich im Rahmen einer umfangreichen und komplexen Vergabe wie der vorliegenden nie völlig vermeiden. Wenn die Beschwerdegegnerin den beiden Mitbewerberinnen Gelegenheit gab, ihre Angebote diesbezüglich zu korrigieren, war dies daher nicht zu beanstanden. Die angesprochenen Mängel waren durchwegs von untergeordneter Art und mit der in wesentlichen Punkten unvollständigen Offerte der Beschwerdeführerin nicht vergleichbar. Dass die Beschwerdeführerin im Gegensatz zu den Mitbewerberinnen nicht dazu aufgefordert wurde, die Mängel ihres Angebots zu beheben, stellte daher keine rechtsungleiche Behandlung dar. Die Beschwerdegegnerin hat im Übrigen, soweit sich dies aus den vorliegenden Angaben und Unterlagen ersehen lässt, mit den beiden Mitanbieterinnen keine Verhandlungen über die massgeblichen Leistungsinhalte geführt. Erst nachdem der interne Antrag für den Zuschlag an die Mitbeteiligte vorlag, wurde der definitive Vertrag mit dieser bereinigt. b) Nicht mehr zu prüfen ist der von der Beschwerdegegnerin nachträglich vorgebrachte Einwand, dass es sich beim Angebot der Beschwerdeführerin um ein unzulässiges Unterangebot gehandelt habe. Unter welchen Umständen ein sogenanntes Unterangebot überhaupt zum Ausschluss vom Verfahren führen kann, braucht hier nicht entschieden zu werden (vgl. dazu VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 4). c) Die von der Beschwerdeführerin beanstandete Bevorzugung der Mitbeteiligten bei der Vergabe eines Zusatzauftrags für den Düker Leutschenbach ist Gegenstand eines separaten Beschwerdeverfahrens (VB.99.00106 mit Entscheid vom heutigen Datum).

#### **E. 11**

Die Beschwerde ist somit abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Nachdem die Beschwerdegegnerin den angefochtenen Entscheid vor dem Eingang der Beschwerde nicht ausreichend begründet hatte, sondern erst mit der Beschwerdeantwort im vorliegenden Verfahren eine den Anforderungen des rechtlichen Gehörs genügende Begründung nachgebracht hat, stellt sich die Frage, wieweit diesem Umstand beim Entscheid über die Kostenfolgen Rechnung zu tragen ist. In der Lehre wird die Auffassung vertreten, dass die nachträgliche Heilung einer Gehörsverletzung durch das Nachschieben von Gründen im Rechtsmittelverfahren den betroffenen Beschwerdeführer nicht benachteiligen darf; diesem seien daher keine Verfahrenskosten zu auferlegen und er sei überdies für seinen Prozessaufwand zu entschädigen (Kneubühler, S. 228, 230; vgl. auch Kölz/Bosshart/Röhl, § 13 N. 20). Diese Rechtsfolge ist jedoch nicht gerechtfertigt, wenn der Beschwerdeführende, wie im vorliegenden Fall, nach Kenntnis der Beschwerdeantwort und der mit dieser vorgebrachten Entscheidungsgründe an seinem Rechtsmittel festhält. Anders mag es sich verhalten, wenn ein Anbieter, der vor Erhebung der Beschwerde trotz entsprechendem Begehren keine Begründung erhalten hat, seine Beschwerde nach Einsicht in die Beschwerdeantwort der Vergabestelle zurückzieht. Wie diese Situation zu beurteilen wäre, kann hier offen bleiben. Die Kosten sind daher entsprechend dem Ausgang des Verfahrens der Beschwerdeführerin zu auferlegen. Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. ...