

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00136 vom 7. Juni 2000

ZH Verwaltungsgericht, 2000-06-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2000.00136

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00136 du 7 juin 2000

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00136 del 7 giugno 2000

Regeste

Submission | Vergabe von Stadttingenieurarbeiten Die spezialgesetzlich geregelte Submissionsbeschwerde steht nicht zur Verfügung, um damit Rügen ausserhalb des Vergaberechts vorzubringen (E. 3b). Es steht nicht im Belieben der Vergabeinstanz, das Vertragsverhältnis mit einzelnen Anbietenden auf unbestimmte Zeit fortzusetzen (E. 3c). Gegenstand und Umfang des Auftrags sind in der Publikation und in den Ausschreibungsunterlagen klar zu umschreiben; nötigenfalls können Präzisierungen im Rahmen von § 19 SubmV vorgenommen werden (E. 4b). Anforderungen der Begründungspflicht; Heilung allfälliger Mängel im Rechtsmittelverfahren (E. 5). Die Anbietenden brauchen nicht schon während des Vergabeverfahrens über sämtliche notwendigen personellen Ressourcen zu verfügen (E. 6b, 8b). Der bisherige Leistungserbringer darf nicht bevorzugt werden, weil er keiner Einarbeitungszeit bedarf (E. 7b). Ein Bewertungssystem muss auf alle Anbietenden gleich angewendet werden. Es ist bei mehrjährigen Dienstleistungsverträgen nicht zu beanstanden, dass der voraussichtliche Arbeitsaufwand teilweise auf Schätzungen und bisherigen Erfahrungswerten beruht (E. 9b)

Erwägungen

E. 1

Seit dem vollständigen Inkrafttreten des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt am 1. Juli 1998 können alle kantonalen und kommunalen Vergabeentscheide mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Ergänzt durch die sinngemäss heranzuziehenden Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB), kommen auf das Beschwerdeverfahren die Bestimmungen von §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

Die Gemeinden wurden vom Regierungsrat gestützt auf § 2 Abs. 2 IVöB-BeitrittsG mit Wirkung ab 1. Januar 1999 in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung einbezogen (RRB Nr. 1501 vom 1. Juli 1998; LS 720.111) und unterstehen damit in Bezug auf den Ablauf des Vergabeverfahrens und die materielle Behandlung der Angebote den Bestimmungen des kantonalen Rechts. Die angefochtene Vergabe ist daher nach diesen Regeln zu beurteilen.

E. 3

a) Die Beschwerdeführerin rügt unter anderem, mit der Vergabe eines langjährigen Auftrags habe der Stadtrat B seine Finanzbefugnisse bei weitem überschritten. Die

obsiegende Anbieterin werde für mindestens sieben Jahre mit den Stadttingenieurarbeiten betraut. Es könne davon ausgegangen werden, dass – wenn auch nicht formell – so doch tatsächlich ein Zusammenarbeitsvertrag von mindestens 10 bis 15 Jahren oder auch viel länger geplant sei. Demgemäss erhalte der Auftragswert eine Grösse von mehr als 10 Mio. Franken. Zwar könne der Stadtrat ein privates Ingenieurbüro mit den technischen Aufgaben des Bauamts beauftragen; dies gelte aber nur im Rahmen seiner Finanzkompetenzen und des Voranschlags. Die Beschwerdegegnerin vertritt demgegenüber die Ansicht, sie sei sowohl zur Auftragsvergabe als auch zur Bewilligung der dazu notwendigen Gelder befugt. Sie könne gemäss § 72 Abs. 2 der Gemeindeordnung vom 8. Juni 1986 ein privates Ingenieurbüro mit den technischen Aufgaben der Bauabteilung betrauen und die übertragenen Aufgaben im Rahmen des jährlichen Budgets finanzieren. b) Im Rahmen der Submissionsbeschwerde ist die Rüge der angeblich mangelnden Finanzkompetenz des Stadtrats nicht zulässig. Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens kann nur das sein, was auch Gegenstand der erstinstanzlichen Verfügung war oder hätte sein sollen (RB 1983 Nr. 5). Mit der Verfügung über den Zuschlag wird allein das öffentlichrechtliche Vergabeverfahren gemäss dem massgeblichen Recht abgeschlossen. Dagegen steht die Beschwerde ans Verwaltungsgericht zur Verfügung, mit der die Verletzung submissionsrechtlicher Vorschriften und Grundsätze gerügt werden kann (vgl. Art. 15 IVöB in Verbindung mit § 3 IVöB-BeitrittsG). Demgegenüber beschlagen die anfechtbaren Verfügungen der Vergabebehörde (vgl. § 4 IVöB-BeitrittsG) nicht die Regelung von Finanzkompetenzen, weshalb auf diesbezügliche Rügen nicht einzutreten ist. Bei der Submissionsbeschwerde handelt es sich um ein spezialgesetzlich vorgesehenes Rechtsmittel mit einem abgekürzten Instanzenzug; sie steht nicht zur Verfügung, um damit Rügen ausserhalb des Submissionsrechts vorzubringen. c) Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass es nicht im Belieben der Vergabeinstanz liegen kann, das Vertragsverhältnis mit einzelnen Anbieterinnen auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Dadurch könnte die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs für längere Zeit unterbunden werden (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. a IVöB; VGr, 19. Mai 1999, VB.98.00362/363). Bei der vorliegend strittigen Vergabe ist der erstmögliche Kündigungstermin - bei einer Kündigungsfrist von zwei Jahren - auf den 31. Dezember 2007 festgesetzt worden. Die Zeitspanne bis Ende 2007 erweist sich bei einer Vergabe wie der hier streitigen noch als sachgerecht. Die Beschwerdegegnerin ist jedoch gehalten, die Vertragsdauer entsprechend zu beschränken und für die ab 2008 anfallenden Stadttingenieurarbeiten ein erneutes Vergabeverfahren durchzuführen.

E. 4

a) Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Ausschreibungsunterlagen seien unklar gewesen, weshalb in der Folge die eingegangenen Offerten nicht miteinander vergleichbar gewesen seien. Die Auflistung der Leistungen, welche in einem Zuschlag zum Stundenhonorar inbegriffen sein sollen, nehme fast eine ganze Seite des Pflichtenhefts in Anspruch. Sie sei unendlich lang und sehr generell. Es bestehe die Gefahr, dass verschiedene Anbieterinnen je etwas anderes darunter verstünden. Der notwendige Aufwand sei – zumindest für eine unerfahrene Firma – überhaupt nicht kalkulierbar. Damit werde gegen die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung verstossen, weshalb die Vergabe zu kassieren sei. Die Beschwerdegegnerin hält fest, sie sei sich der Schwierigkeiten bei der Ausschreibung bewusst gewesen und habe sich darum bemüht, die Leistungen möglichst detailliert zu beschreiben. Die nachvollziehbare und detaillierte Auswertung zeige, dass die Angebote sehr wohl vergleichbar seien. b) aa) Ziel des

Vergabeverfahrens ist der Abschluss eines privatrechtlichen Vertrags mit der ausgewählten Anbieterin. Mit der Rechtskraft des Zuschlags, welcher das öffentlichrechtliche Verfahren der Vergabe abschliesst, müssen daher alle wesentlichen Elemente des künftigen Vertrags feststehen (RB 1998 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 12 = URP 1999, S. 165 = ZBl 101/2000, S. 255, auch zum Folgenden). Dazu gehören neben der Wahl des Vertragspartners insbesondere die zu erbringenden Leistungen und Gegenleistungen sowie allfällige wesentliche Nebenbestimmungen (vgl. Evelyne Clerc, *Le sort du contrat conclu en violation des règles sur les marchés publics*, AJP 1997, S. 807). Im Rahmen des Vertragsschlusses, welcher gestützt auf den Zuschlag erfolgt, dürfen grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen des vorgesehenen Vertragsinhalts mehr vorgenommen werden, da sonst die geforderte Transparenz des Vergabeverfahrens missachtet und damit die Gleichbehandlung der Anbietenden, welche dieses Verfahren zu gewährleisten hat, wieder in Frage gestellt würde (vgl. Clerc, S. 808). Um ein eindeutiges Ergebnis des Vergabeverfahrens zu erreichen, müssen Gegenstand und Umfang des Auftrags sowie dessen weitere Modalitäten in der Publikation und den an die Interessenten abgegebenen Ausschreibungsunterlagen (§ 16 Abs. 2 lit. c, d und f sowie § 17 Abs. 1 lit. b, f, g und j der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 [SubmV]) klar und deutlich umschrieben sein. Nötigenfalls können anschliessend im Rahmen von Auskünften der Vergabeinstanz (§ 19 SubmV) einzelne Elemente des vorgesehenen Auftrags präzisiert werden, wobei wesentliche Zusatzinformationen stets allen Interessenten gleichermassen mitzuteilen sind. Bestehen nach Einreichung 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. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen [EBRK], VPB 1998 Nr. 32 II E. 3b; Nicolas Michel, *Droit public de la construction*, Fribourg 1996, N. 1940 f., 1963 ff.). Auf der Grundlage dieser gegenseitigen Informationen muss im Zeitpunkt des Vergabeentscheids sowohl den Anbietenden wie der Vergabeinstanz bekannt sein, welchen Inhalt der künftige Vertrag im Fall eines Zuschlags für sie haben wird. bb) Im vorliegenden Fall ist diese Voraussetzung erfüllt. Gemäss dem Pflichtenheft vom 9. November 1999 sollte der Auftraggeberin, d.h. der Beschwerdegegnerin, periodisch und fallweise Rechnung gestellt werden. Mit Ausnahme der Arbeiten im Zusammenhang mit den Feuerungs- und Tankanlagen, der Gebindelager und Feuerwerksbewilligungen sowie des Bereichs des baulichen Zivilschutzes sei von Honorar-Stundenansätzen auszugehen, wobei sich deren Einstufung nach funktionalen Honorarkategorien zu richten habe (vgl. dazu Pflichtenheft Beilage 9 Ziff. 3.1-3.4, S. 42 ff.). Nebst dem zu offerierenden Stundenansatz, der nur für die Auftrags erledigung im engeren Sinn zur Anwendung gelange, könne zusätzlich ein prozentualer Zuschlag für alle "übrigen Arbeiten, Umtriebe und weiteren Aufwendungen" genannt werden. Diese "zuschlagsberechtigten" Tätigkeiten werden im Pflichtenheft in der Folge sehr detailliert umschrieben. Die Anbietenden konnten sich somit auf Grund des Pflichtenhefts genau darüber ins Bild setzen, welche Arbeiten nicht über eine Stundenabrechnung entschädigt werden, sondern bloss über einen (allfälligen) Zuschlag auf den Stundenansatz für die "Kernarbeiten" abzugelten sind. Verbliebene Unklarheiten seitens der Anbietenden wurden durch die Beschwerdegegnerin gemäss § 19 SubmV im Rahmen der Fragenbeantwortung ausgeräumt. In den eingegangenen Angeboten wurden je nach Anbieter, Vergabesegment und Mitarbeiterfunktion Zuschläge zwischen 0% und 30% offeriert. Die Rüge, dass die Ausschreibungsunterlagen unklar formuliert seien, erweist sich

somit als unbegründet. Von einem Verstoß gegen das Gebot zur Transparenz kann jedenfalls keine Rede sein. Hinzu kommt, dass sich die angeblichen Unklarheiten nicht auf die zu vergebenden Leistungen, sondern allein auf die Modalitäten der Abrechnung beziehen. Die zu erbringenden Leistungen wurden in den Beilagen 1-4 des Pflichtenhefts detailliert umschrieben und der voraussichtliche Arbeitsumfang konnte der Ausschreibung sowie den statistischen Angaben aus dem Jahr 1998 (Beilage 5 des Pflichtenhefts) entnommen werden. Nachdem bei der Beurteilung der Offerten hinsichtlich der Preise jeweils die gesamten Brutto- bzw. Nettoaufwandsentschädigungen der Anbietenden miteinander verglichen wurden, war letztlich nicht entscheidend, ob in allfälligen Zweifelsfällen eine Leistung über den Stundentarif oder über den prozentualen Zuschlag offeriert wurde. Die Beschwerdegegnerin entschied sich dafür, alle Segmente zusammen global an eine Anbieterin zu vergeben. Gemäss einer Nachberechnung aufgrund der Stundenansätze (inklusive Zuschlag) beträgt der jährliche Nettoaufwand gemäss Offerte der Beschwerdeführerin Fr. 823'450.-, derjenige gemäss Offerte der Mitbeteiligten Fr. 678'838.- (Schlussbericht über die Auswertung der Angebote vom 13. März 2000). Die Beschwerdeführerin hat somit insgesamt um rund Fr. 144'600.- bzw. 21,3% teurer offeriert als die Mitbeteiligte. Angesichts dieses deutlichen Preisunterschieds kann die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge nichts zu ihren Gunsten ableiten.

E. 5

a) Die Beschwerdeführerin rügt sodann, der Vergabeentscheid sei nicht oder nur ungenügend begründet worden. Die ihr übergebene "Zuschlagsbegründung" beschränke sich auf die Darstellung der formellen Abklärungen und auf die Feststellung, dass eine andere Anbieterin als günstiger eingeschätzt werde. Auf die Varianten werde überhaupt nicht eingegangen. Die unterlegenen Anbietenden hätten nicht erkennen können, welches die Hauptbegründung für die Nichtberücksichtigung sei. Es sei aufgrund der mangelhaften Begründung nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdeführerin bei der Wirtschaftlichkeit um drei Punkte schlechter bewertet werde als die Mitbeteiligte, die heute noch keine genügende Infrastruktur aufzuweisen vermöge. Überhaupt sei nicht klar, aufgrund welcher Überlegungen bei der Bewertung die Punkte verteilt worden seien. Der Zuschlag sei deshalb gemäss Praxis des Verwaltungsgerichts Aargau aus formellen Gründen aufzuheben. Es sei zwar richtig, dass zwischen den Parteien nach Einreichung der Beschwerde Gespräche stattgefunden hätten; damit sei die Beschwerdegegnerin aber erst nachträglich der Begründungspflicht nachgekommen. Für die Beschwerdeführerin hätte bereits aus der ersten Begründung ersichtlich sein müssen, ob die Nichtberücksichtigung sich auf stichhaltige Gründe stützen könne. Dies sei sachlich sowie bei den Kosten- und Entschädigungsfolgen zu berücksichtigen. Die Beschwerdegegnerin anerkennt, dass den nicht berücksichtigten Anbietenden lediglich eine Zuschlagsbegründung zugestellt worden sei, aus der nur die einzelnen Bewertungskriterien mit der jeweiligen Punktzahl hervorgegangen seien. Immerhin werde daraus deutlich, in welchen Punkten die Beschwerdeführerin um wieviel schlechter bewertet worden sei als die Mitbeteiligte. Der Zuschlag stütze sich auf eine detaillierte und nachvollziehbare Evaluation der Angebote, wozu eigens ein erfahrener Fachmann der Firma K beigezogen worden sei. Man habe der Beschwerdeführerin in zwei längeren Gesprächen die Gründe der Nichtberücksichtigung eingehend erläutert und sei damit hinsichtlich der Begründungspflicht weit über die Minimalanforderungen gemäss § 33 Abs. 2 SubmV hinausgegangen. Sodann stellt die Beschwerdegegnerin in Abrede, dass die Beschwerdeführerin überhaupt eine Variante eingereicht habe (Beschwerdeantwort S. 2). Das von der Beschwerdeführerin als "Variante"

vorgeschlagene Abrechnungssystem weiche von den Rahmenbedingungen ab, welche die Stadt B aufgrund ihrer langjährigen Erfahrungen mit übertragenen öffentlichen Aufgaben aufgestellt habe, weshalb der Vorschlag nicht in die Bewertung einbezogen werden können. Ausserdem habe die Beschwerdeführerin anlässlich ihrer Präsentation vom 10. Februar 2000 zugesichert, sich bezüglich des Abrechnungswesens an die Vorgaben der Auftraggeberin zu halten. b) Die Begründungspflicht ergibt sich aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör, der in Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV) verankert ist (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 10 N. 36); sie wird überdies in § 10 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) ausdrücklich festgehalten. Nach den Spezialvorschriften von Art. 13 lit. h IVöB und § 33 SubmV ist die Vergabestelle indessen bei der Eröffnung des Zuschlags lediglich zu einer kurzen Begründung bzw. zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (§ 33 Abs. 1 SubmV); nur auf Gesuch eines Anbieters hat sie diesem die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 33 Abs. 2 SubmV; vgl. VGr AG, AGVE 1998, S. 425). Ob die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Zuschlagseröffnung ihrer Begründungspflicht hinreichend nachkam, kann in diesem Verfahren offen bleiben, da eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör jedenfalls durch die im Anschluss an die Beschwerdeerhebung stattgefundenen Gespräche unter den Parteien und die im Rahmen der Beschwerdeantwort nachgereichte Begründung sowie die den Beschwerdeführenden eingeräumte Gelegenheit, mittels Replik zur Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, geheilt wurde (Kölz/Bosshart/ Röhl, § 10 N. 45). Die Beschwerdeführerin anerkennt, dass die Beschwerdegegnerin ihrer Begründungspflicht nachträglich nachgekommen sei (Replikschrift S. 4). Eine allfällige Gehörsverletzung ist damit für den Ausgang des Verfahrens nicht mehr von Bedeutung (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 4a). c) Nach dem bei der Vergabe von Bundesaufträgen massgebenden Art. 22 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (VoeB) steht es den Anbietenden ausdrücklich frei, "zusätzlich zum Gesamtangebot Angebote für Varianten einzureichen", die inhaltlich von der Ausschreibung und damit vom so genannten Amtsvorschlag abweichen (Satz 1). Die Auftraggeberin kann diese Möglichkeit in der Ausschreibung jedoch beschränken oder ausschliessen (Satz 2). Eine entsprechende Bestimmung fehlt in der Submissionsverordnung, doch bestimmte hier Ziffer 5.2 des Pflichtenhefts, dass die Offerte "Varianten (separat, als solche bezeichnet und innert gleicher Frist)" enthalten könne. Die Beschwerdeführerin war damit ausdrücklich berechtigt, zusätzlich zur Grundofferte eine Variante einzureichen. Es kann offen bleiben, ob das von der Beschwerdeführerin zusätzlich vorgeschlagene Abrechnungssystem überhaupt eine Variante darstellt. Jedenfalls legte die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort (S. 2) dar, weshalb der Vorschlag unberücksichtigt blieb. Sofern hinsichtlich von unberücksichtigten Varianten überhaupt eine Begründungspflicht besteht (was hier ebenfalls offen bleiben kann), ist ein allfälliger diesbezüglicher Mangel dadurch jedenfalls geheilt. Weitere Erwägungen zu den Varianten erübrigen sich, nachdem die Beschwerdeführerin ausdrücklich nicht geltend macht, die Varianten hätten berücksichtigt werden müssen (Replik S. 4).

E. 6

a) aa) Die Beschwerdeführerin rügt sodann eine Verletzung des submissionsrechtlichen Gleichbehandlungsgebots. Einer im Stadtanzeiger wiedergegebenen Aussage des

Stadtschreibers sei zu entnehmen, dass die ausgewählte Mitbeteiligte bereit sei, Personal von der Beschwerdeführerin zu übernehmen. Offenbar hätten bei der Mitbeteiligten im Zeitpunkt des Zuschlags (in Bezug auf die personelle Kapazität) noch Defizite bestanden, die erst durch die Übernahme von Personal der Beschwerdeführerin ausgeglichen werden könnten. Die Notwendigkeit der Aufstockung werde von der Mitbeteiligten ausdrücklich anerkannt. Indem die Beschwerdegegnerin die Qualität der Beschwerdeführerin im Zeitpunkt der Offertstellung mit derjenigen der Mitbeteiligten in ein bis eineinhalb Jahren verglichen habe, sei der Grundsatz der Gleichbehandlung verletzt worden. Auch sei im Zeitpunkt des Zuschlags der Übertritt von Personal in keiner Weise festgestanden. Die Berücksichtigung eines zukünftigen Qualitätsmerkmals gestützt auf allfällige mögliche Annahmen sei unzulässig. Auch sei zu vermuten, dass mit der Mitbeteiligten bereits vor Erteilung des Zuschlags unzulässige Gespräche über die Übernahme von Personal geführt worden seien. bb) Die Beschwerdegegnerin weist darauf hin, dass im Zeitpunkt des Zuschlags – abgesehen von der Beschwerdeführerin, welche bisher mit den Stadttingenieurarbeiten betraut war – keine Anbieterin über so viel freie Kapazität verfügt habe, um die zu vergebenden Leistungen zusätzlich zu den laufenden Aufträgen zu erledigen. Darum gehe es aber gar nicht. Entscheidend sei, dass das Schlüsselpersonal der Mitbeteiligten die Eignungs- und Zuschlagskriterien am besten erfülle. Die Mitbeteiligte habe überzeugend aufgezeigt, dass sie – ohne Personal der Beschwerdeführerin – über die personelle Kapazität verfügen werde, sobald der Auftrag tatsächlich zu laufen beginne. Das Angebot, eventuell Personal der Beschwerdeführerin zu übernehmen, sei ein Entgegenkommen zur Linderung von Härtefällen. Als solches seien auch die Äusserungen des Stadtschreibers im genannten Pressebericht zu verstehen. Würde man der Ansicht der Beschwerdeführerin zustimmen, dass alle Anbietenden im Zeitpunkt des Zuschlags über die notwendigen personellen Ressourcen verfügen müssten, würde ausser der Beschwerdeführerin kein Anbieter für die Stadttingenieurarbeiten in Frage kommen. cc) Die Mitbeteiligte hält in ihren Stellungnahmen vom 28. April bzw. 26. Juni 2000 fest, während des Vergabeverfahrens habe sie weder mit der Beschwerdegegnerin Gespräche über allfällige Personalübernahmen geführt, noch sei damals etwas derartiges überhaupt zur Diskussion gestanden. Erst nach schriftlicher Eröffnung des Zuschlags habe sie sich dahingehend geäussert, sie sei für Lösungen offen, um allfälligen Härtefällen bei den Mitarbeitern der Beschwerdeführerin zu begegnen. Konkrete Zusagen seien nicht gemacht worden. Eine mögliche Personalübernahme sei mithin erst nach Eröffnung des Zuschlags zum Thema geworden. Sie verfüge selber über die nötigen qualifizierten Mitarbeiter, um den ausgeschriebenen Auftrag ausführen zu können; bei den im Anhang zur Offerte bezeichneten Schlüsselpositionen handle es sich nicht um Mitarbeiter der Beschwerdeführerin. Immerhin sei es in Anbetracht der Grösse des Auftrags möglich, dass sie sich noch personell verstärken müsse, um die Projektleiter (Schlüsselpositionen) optimal unterstützen zu können. Es sei aus verschiedenen Gründen gar nicht möglich, bereits ein Jahr vor Beginn der zu vergebenden Arbeiten im Rahmen des Offertverfahrens über die Schlüsselpositionen hinaus das ganze Team in allen Funktionen definitiv zu bestimmen. Dies sei weder in der Ausschreibung verlangt worden, noch habe eine diesbezügliche Nachbesserung der Offerte stattgefunden. b) aa) Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbieter gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 6a, auch zum Folgenden; 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). 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). - Das Vergabeverfahren soll die Gleichbehandlung aller Anbietenden gewährleisten (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB). Demgemäss sind hinsichtlich der Eignungskriterien an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen. 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 (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 6b). Vorliegend sah das Pflichtenheft unter anderem "angemessene (personelle) Kapazitäten" als Eignungskriterium vor (Pflichtenheft S. 14). Die Mitbeteiligte hielt in ihrer Offerte fest, bei Übernahme der Stadtingenieurarbeiten der Stadt B müssten teilweise zusätzliche personelle Kapazitäten geschaffen werden, was aber aufgrund des vorgesehenen Zeitplans kein Problem darstellen werde. Schon heute sei sie in der Lage, die Schlüsselpositionen zu besetzen. Die zusätzlichen Kapazitäten könnten mit eigenen personellen Ressourcen und dank der vertraglichen Zusammenarbeit mit X, Gemeindeingenieur von Y, welcher im Fall einer Auftragserteilung bei ihr angestellt würde, rechtzeitig bereitgestellt werden. Die Beschwerdegegnerin durfte somit ohne weiteres davon ausgehen, die Anforderungen hinsichtlich der Kapazitäten seien bei der Mitbeteiligten erfüllt. Sie konnte von den Anbietenden nicht verlangen, schon während des Vergabeverfahrens über sämtliche notwendigen personellen Ressourcen zu verfügen. Vor der Zuschlagseröffnung war es für die Offerenten noch völlig offen, ob und allenfalls in welchem Umfang sie den Zuschlag erhalten würden. Vielmehr durfte die Beschwerdegegnerin die Prüfung auf die sog. Schlüsselpositionen sowie darauf beschränken, ob die Anbietenden in der Lage waren, bis zum Beginn der ausgeschriebenen Leistung die notwendigen Kapazitäten - betriebsintern oder durch die Übernahme von zusätzlichem Personal - zu schaffen. Dass die Beschwerdeführerin schon während des Submissionsverfahrens über die notwendigen personellen Kapazitäten verfügte, ist nach den erwähnten Grundsätzen ohne Bedeutung. Ausschlaggebend ist allein, dass beide Anbieterinnen das genannte Eignungskriterium erfüllen. Von einer Ungleichbehandlung der Anbietenden kann somit keine Rede sein. Soweit die personellen Kapazitäten unter dem Titel "Terminrisiken, Verfügbarkeit, Kundendienst" auch hinsichtlich der Zuschlagskriterien von Bedeutung sind, würde eine etwas andere Bewertung an der Totalpunktzahl ohnehin nur geringfügig etwas verschieben und an der Platzierung der Anbietenden jedenfalls nichts ändern. bb) 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. RB 1998 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 12 = URP 1999, S. 165 = ZBl 101/2000, S. 255; RB 1999 Nr. 72 = BEZ 2000 Nr. 6). Zur Bereinigung von Detailfragen sind auch Präzisierungen zulässig, soweit sie nicht auf eine massgebliche Änderung des Auftrags bzw. des Angebots hinauslaufen (vgl. 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). - Vorliegend stützt sich die Vermutung der Beschwerdeführerin, wonach entgegen diesen Grundsätzen unzulässige Gespräche zwischen der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten geführt worden seien, allein auf den genannten Pressebericht im Stadtanzeiger. Die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte haben indessen diese Vermutung in ihren Stellungnahmen glaubhaft entkräftet. Weitere Indizien konnte die Beschwerdeführerin, die auf Grund ihrer prozessualen Mitwirkungspflicht zur Substanziierung des rechtserheblichen Sachverhalts gehalten wäre (Kölz/Bosshart/Röhl, § 7 N. 59 ff., § 60 N. 3), nicht vorbringen und sind auch nicht ersichtlich. Für eine unzulässige Nachbesserung der Offerte der Mitbeteiligten liegen jedenfalls keine stichhaltigen Anhaltspunkte vor.

E. 7

a) Die Beschwerdeführerin rügt ferner, die Angaben im Pflichtenheft seien insofern falsch, als darin festgehalten werde, der bisherige Hauptauftragnehmer (d.h. die Beschwerdeführerin) werde die bereits begonnenen Arbeiten bis zum Beginn der neuen Amtsperiode im Frühjahr 2000 (richtig: 2002) weiterführen, und den Anbietenden werde eine rollende und damit günstige Einarbeitungsfrist von mehr als einem Jahr gewährt. Damit werde der Grundsatz der Transparenz verletzt. Richtig sei, dass der bisherige Vertrag mit der Beschwerdeführerin per 31. Dezember 2000 gekündigt worden sei. Die Beschwerdeführerin sei – abgesehen von zwei zusätzlichen Aufträgen, die auch über den genannten Zeitpunkt hinaus wahrgenommen würden – in keiner Weise verpflichtet, darüber hinaus noch Leistungen zu erbringen. Die Anbietenden seien demzufolge von falschen Voraussetzungen ausgegangen. Werde der Zuschlag jemand anderem als der Beschwerdeführerin erteilt, müssten vor Auftragsantritt beträchtliche Vorleistungen erbracht werden, was (gegenüber den Offerten) erhebliche Kostensteigerungen zur Folge hätte. Der Umstand, dass allein die Beschwerdeführerin ab 1. Januar 2001 die Dienstleistungen voll erbringen könne, hätte bei der Beurteilung durch eine höhere Punktzahl angemessen berücksichtigt werden müssen. Die Beschwerdegegnerin hält fest, von Seiten der Beschwerdeführerin sei bisher nie in Frage gestellt worden, die am 31. Dezember 2000 begonnenen Arbeiten bis zum Beginn der neuen Amtsperiode im Frühjahr 2002 – wie im Pflichtenheft vorgesehen – weiter zu führen. Ungeachtet des Auslaufens des Vertrags habe die Beschwerdeführerin von der Stadt B am 24. August 1999 und am 21. März 2000 Aufträge entgegen genommen, in denen sie ausdrücklich die Verpflichtung eingegangen sei, über den 31. Dezember 2000 für die Beschwerdegegnerin tätig zu sein. Sodann habe das Pflichtenheft nicht dahingehend verstanden werden müssen oder dürfen, dass die Anbietenden auf eine Einarbeitung durch die Beschwerdeführerin zählen könnten. Es sei bloss darauf hingewiesen worden, dass ein Teil der Aufträge in den ersten zwei Jahren noch durch die bisherige Auftragnehmerin wahrgenommen würde. b) aa) Gemäss Pflichtenheft ist vorgesehen, dass "der bisherige (Haupt-)Auftragnehmer die am 31. Dezember 2000 bereits begonnenen Arbeiten (Projekte, Geschäftsfälle etc.) bis zum Beginn der neuen Amtsperiode im Frühjahr 2002 weiterführt". Inwieweit dies der Fall ist bzw. die Beschwerdeführerin dazu verpflichtet werden kann, ist indessen für die strittige Vergabe ohne Bedeutung, zumal sich die Offerten allein am geschätzten Arbeitsumfang gemäss Ausschreibung und Pflichtenheft (S. 9) sowie an den statistischen Informationen (Pflichtenheft Beilage 5) zu orientieren hatten; inwieweit diese Arbeiten allenfalls durch die bisherige Leistungserbringerin (= Beschwerdeführerin) erledigt würden, wurde in den

Offerten nicht berücksichtigt. Somit spielt es für die Beurteilung der Offerten keine Rolle, ob und inwieweit die Beschwerdeführerin ihre Leistungen per 31. Dezember 2000 einstellt. Die Beschwerdeführerin anerkennt sodann, dass ihr die erwähnten Aufträge vom 24. August 1999 und vom 21. März 2000 erteilt wurden und diese von ihr auch dann einzuhalten sind, wenn sie in zeitlicher Hinsicht über den 31. Dezember 2000 hinaus andauern. Ob diese Aufträge im Rahmen des "Grundvertrags" oder separat und zusätzlich erteilt wurden, spielt keine entscheidende Rolle. Jedenfalls ist es nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin im Pflichtenheft ausführt, die Aufträge gemäss Submission würden "ab 1. Januar 2001 beginnen, kontinuierlich zunehmen und ab ca. Frühjahr 2002 den vollen Umfang erreichen". bb) Die vorliegende Submission erfolgte im Rahmen einer umfassenden Behörden- und Verwaltungsreorganisation. Ihr Ziel ist unter anderem die Abstimmung auf die neue Organisation und insbesondere die Neufestlegung der Schnittstellen (Pflichtenheft S. 4). Es fragt sich somit, inwieweit die Beschwerdeführerin überhaupt davon profitieren könnte, dass sie schon bisher mit den Stadtingenieurarbeiten betraut war. Abgesehen davon ist es nicht Sinn und Zweck des Vergabeverfahrens, die bisherigen Leistungserbringer zu bevorzugen, weil sie – sofern ihnen der Zuschlag (wiederum) erteilt wird – naturgemäss keiner Einarbeitungszeit bedürfen, sondern einfach im gewohnten Rahmen ihre bisherigen Arbeiten weiterführen können. Dem bisherigen Leistungserbringer dürfen keine Vorteile gewährt werden, die anderen Anbietern verwehrt sind (Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 194). Durch eine solche Bevorzugung würden das Gebot der Gleichbehandlung aller Anbietenden sowie die Pflicht zu einer unparteiischen Vergabe verletzt (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB). Dass die im Vergabeverfahren obsiegende Anbieterin nicht übermässig lange mit ihrer Einarbeitung beschäftigt ist, wird bereits durch die vorgenommene Eignungsprüfung gewährleistet. Wer das nötige fachspezifische "Rüstzeug" mitbringt, wird innert angemessener Frist in die neuen Aufgaben eingearbeitet sein. Der Problematik kann sodann – wie vorliegend – durch eine angemessen lange Vertragsdauer Rechnung getragen werden; je länger die ausgeschriebenen Leistungen von demselben Anbieter erbracht werden, um so weniger fällt die notwendige Einarbeitungszeit ins Gewicht. Die Beschwerde ist somit auch in diesem Punkt unbegründet.

E. 8

a) In der Replik vom 31. Mai 2000 stellt die Beschwerdeführerin in Frage, ob das Angebot der Mitbeteiligten überhaupt gültig sei. X, der gemäss Offerte der Mitbeteiligten eine Schlüsselposition einnehme, sei Partner des Ingenieurbüros Z in Y. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Pflichtenheft S. 6) sei jedoch die Bildung von Arbeitsgemeinschaften ausdrücklich ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin stellt deshalb den Eventualantrag, der Zuschlag an die Mitbeteiligte sei wegen unzulässigem Angebot (Arbeitsgemeinschaft) aufzuheben und der Zuschlag sei der Beschwerdeführerin zu erteilen. Die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte entgegneten hierzu in ihren Dupliktschriften, es liege keine unzulässige Arbeitsgemeinschaft vor. Schon in der Offerte der Mitbeteiligten sei ausdrücklich zugesichert worden, dass X im Fall einer Auftragserteilung bei dieser angestellt würde. b) Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (Pflichtenheft S. 6 Ziff. 2.4) war die Bildung von Arbeitsgemeinschaften nicht möglich. Zulässig war indessen der Beizug weiterer Fachleute und Spezialisten; diese mussten in der Offerte offen gelegt werden und galten gegenüber der Auftraggeberin als Angestellte der Anbieterin oder als Subunternehmer. Indem die Mitbeteiligte in der Offerte zusicherte, die Schlüsselperson X im Fall der Zuschlagserteilung einzustellen, hat sie die Vorgaben gemäss

Pflichtenheft offensichtlich erfüllt. Wie bereits in Erwägung 6b.aa ausgeführt durfte die Beschwerdegegnerin von den Anbietenden nicht verlangen, schon während des Vergabeverfahrens über sämtliche notwendigen personellen Ressourcen zu verfügen. Analoges muss hinsichtlich der verpönten Arbeitsgemeinschaften gelten. Sinn dieser Bestimmung ist, dass gegenüber der Stadt B nur ein alleiniger Vertragspartner (Generalplaner) als verantwortliche Ansprechstelle auftritt (vgl. Pflichtenheft S. 6 Ziff. 2.4). Dieser Zweck wird mit der beabsichtigten Einstellung von X erreicht. Würde diese Schlüsselperson im Übrigen nicht eingestellt, gälte sie gegenüber der Stadt B als Subunternehmerin, was gemäss Pflichtenheft ebenfalls zulässig wäre. Die Beschwerde erweist sich somit auch insofern als unbegründet.

E. 9

a) Die weiteren Rügen der Beschwerdeführerin betreffen die Bewertung der Zuschlagskriterien hinsichtlich der Verfügbarkeit von Schlüsselpersonen, welche unter dem Titel "Terminrisiken, Verfügbarkeit, Kundendienst" bewertet wurde, sowie hinsichtlich der ISO 9001-Zertifizierung, die unter dem Titel "Qualitätsmanagement" von Bedeutung war. Sie sind nicht geeignet, in der Gesamtbewertung etwas an der Rangliste zu ändern. Die Mitbeteiligte erhielt insgesamt 87, die Beschwerdeführerin 74 Punkte. Bei der Beurteilung der Verfügbarkeit könnte die Beschwerdeführerin, die mit der Note 2,2 (Höchstnote: 3) bzw. mit 3,7 (von max. 5) Punkten bewertet wurde, höchstens 1,3 zusätzliche Punkte erhalten. Hinsichtlich des Qualitätsmanagements erhielt die Beschwerdeführerin die Note 1,75 (Höchstnote: 3), was zu einer Punktzahl von 4,7 (von maximal 8) führte. Es ist indessen nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin diesbezüglich schlechter bewertet wurde als die Mitbeteiligte, zumal für erstere eine ISO-9001-Zertifizierung erst ab 2001 geplant ist, wohingegen der letzteren bereits im Dezember 1998 ein derartiges Zertifikat ausgestellt wurde. Der Hinweis, dass der Vertragsbeginn erst auf Anfang 2001 festgesetzt ist, vermag daran nichts zu ändern. Ähnlich wie bei den Schlüsselpositionen die bisherige Berufserfahrung von Bedeutung ist, kann es auch eine Rolle spielen, wie lange die Anbietenden bereits ISO-zertifiziert sind. Dies gilt nicht nur unter dem Aspekt der Eignung (vgl. dazu VGr, 7. Juni 2000, BEZ 2000 Nr. 45 E. 3d), sondern ebenso bei der Beurteilung der (entsprechend bekannt gegebenen) Zuschlagskriterien. b) aa) Die Beschwerdeführerin beanstandet nicht, dass der Preis bei der Bewertung der Angebote mit 50% gewichtet wurde (vgl. Replik S. 6). Sie rügt aber, die Bewertung sei nicht nachvollziehbar und auch in den Gesprächen zwischen ihr und der Beschwerdegegnerin nicht näher erläutert worden. Es seien Schätzungen gemacht worden, die sich auf unsichere Angaben und Entwicklungen stützten. Demzufolge seien die Angebote nur schwerlich miteinander vergleichbar und würden die Gebote der Transparenz und der Nichtdiskriminierung verletzt. bb) Hinsichtlich der konkreten Bewertung der Angebote ist darauf hinzuweisen, dass der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zusteht, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Immerhin hat die Bewertung der Offerten in sachlich haltbarer Weise zu erfolgen, ansonsten der Vergabebehörde eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens anzulasten wäre. Ein Bewertungs- oder Benotungssystem muss auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote gleich angewendet werden (§ 27 Abs. 1 SubmV; VGr AG, AGVE 1998, S. 393 E. c; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, AJP 2000, S. 691 f.). - Vorliegend wurden hinsichtlich des streitigen Zuschlagskriteriums "Honoraransätze/Preis/Kosten" die Gesamtpreise durch kategorienweises Ausmultiplizieren der Stundenansätze (inklusive Zuschlag) mit dem geschätzten Arbeitsumfang pro Mitarbeiter berechnet. Auch die Anbietenden waren

gehalten, in ihrer Offerte den jährlichen Gesamtaufwand in den einzelnen Segmenten anzugeben (Pflichtenheft Beilage 9, Ziff. 3.1-3.4, S. 42 ff.); allerdings waren für die Bewertung nicht diese Gesamtschätzungen durch die Anbietenden, sondern allein die von der Vergabebehörde (korrekt) vorgenommene Berechnung nach Stundenansätzen (inklusive Zuschlag) und Einsatz massgebend. Dieses Vorgehen erscheint sachgerecht und ist nicht zu beanstanden. Dass sowohl der voraussichtliche Arbeitsaufwand gemäss Ausschreibung wie auch der prozentuale Einsatz der vorgesehenen Mitarbeiter gemäss den Offerten teilweise auf Schätzungen, bisherigen Erfahrungswerten und statistischen Informationen beruhen, lässt sich bei der Vergabe von mehrjährigen Dienstleistungsaufträgen kaum vermeiden. Der geschätzte jährliche Arbeitsaufwand wurde bereits mit der Ausschreibung bekannt gegeben, weshalb von einer Verletzung des Transparenzgebots keine Rede sein kann. Überhaupt fehlen konkrete Anhaltspunkte, dass die Beschwerdegegnerin bei der Gewichtung oder bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Honoraransätze/ Preis/Kosten" ihr Ermessen überschritten oder missbraucht haben könnte. Eine Überprüfung des Schlussberichts über die Auswertung der Angebote vom 13. März 2000 sowie der eingereichten Offerten der Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerin zeigt vielmehr, dass das Bewertungssystem auf beide Angebote einheitlich angewendet und damit dem Grundsatz der Gleichbehandlung Rechnung getragen wurde. Auch diese Rüge erweist sich somit als unbegründet.

E. 10

Zusammenfassend ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. - Nachdem die Beschwerdeführerin mit ihrer Replik vom 31. Mai 2000 an ihrer Beschwerde vollumfänglich festhielt, besteht kein Anlass, im Rahmen der Kosten- und Entschädigungsfolgen auf allfällige Mängel bei der (ersten) Zuschlagsbegründung Rücksicht zu nehmen. In der Lehre wird zwar die Auffassung vertreten, dass die nachträgliche Heilung einer Gehörsverletzung durch das Nachschieben von Gründen den betroffenen Beschwerdeführer nicht benachteiligen darf; diesem seien daher keine Verfahrenskosten zu auferlegen und er sei überdies für seinen Prozessaufwand zu entschädigen (Lorenz Kneubühler, Die Begründungspflicht, Bern 1998, 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 Durchführung der erwähnten Gespräche zwischen den Parteien, in welchen die Gründe der Nichtberücksichtigung erläutert wurden, sowie nach Kenntnis der Beschwerdeantwort an seinem Rechtsmittel festhält. Anders verhält es sich nur dann, 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 (VGr, 7. Juni 2000, BEZ 2000 Nr. 45 E. 2b). Die Kosten sind daher entsprechend dem Ausgang des Verfahrens der Beschwerdeführerin zu auferlegen. Eine Parteientschädigung steht ihr nicht zu. Die Voraussetzungen einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin und an die Mitbeteiligte sind nicht erfüllt. Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. ...

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