

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2004.00304 vom 8. Dezember 2004**

ZH Verwaltungsgericht, 2004-12-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2004.00304](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2004.00304)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2004.00304 du 8 décembre 2004

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2004.00304 del 8 dicembre 2004

## **Regeste**

Submission | Innen- und Aussenüren aus Holz für ein Museum in Zürich (Erweiterungsbau und Instandsetzung): Vorbefassung und Nichtberücksichtigung des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Auch im Rahmen der Vorbereitung einer Submission führt nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters oder der mit ihm verbundenen Unternehmen. Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Projektierung und Ausschreibung bereitgestellt werden (z.B. Machbarkeitsstudien), müssen nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen führen. Wesentlich ist, dass die Mitarbeiter der Vergabestelle, welche in der Folge die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erstellen, in der Lage sind, die vorbereitenden Studien aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen, und diese nicht ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Ferner ist darauf zu achten, dass bei den Vorarbeiten anfallende Informationen auch den andern Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich gemacht werden (E. 3.3.2). Gutheissung und Rückweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie § 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung zur Anwendung.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin macht unter anderem geltend, die Mitbeteiligte müsse wegen Vorbefassung vom Verfahren ausgeschlossen werden. Andererseits geht die Beschwerdegegnerin davon aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerin eine wesentliche Voraussetzung nicht erfülle, weil sie nicht für alle Türgrössen die notwendigen Brandschutz-Zertifikate vorgelegt habe. Wenn die Auffassung der Beschwerdegegnerin zutrifft, kann das Angebot der Beschwerdeführerin im Prinzip nicht berücksichtigt werden. Sie wäre dann auch nicht legitimiert, die Vorbefassung der Mitbeteiligten zu beanstanden, da ihr deren Ausschluss keinen Vorteil verschaffen könnte (RB 1999 Nr. 19 = BEZ 2000 Nr. 8 E. 5; RB 2002 Nr. 42 = BEZ 2003 Nr. 12 E. 3a; je mit Hinweisen). Die beiden Fragen hängen jedoch zusammen. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin wurden die

Anforderungen betreffend Feuersicherheit, aufgrund deren ihr Angebot ausgeschlossen werden soll, unter Mitwirkung der mit der Mitbeteiligten verbundenen E AG aufgestellt. Die Ausschreibungsunterlagen seien auf die Produkte der Mitbeteiligten bzw. deren Tochter E AG zugeschnitten und die Mitbeteiligte sei überdies durch die frühzeitige Information bevorzugt worden. Unter diesen Umständen muss es der Beschwerdeführerin gestattet sein, eine unzulässige Mitwirkung der Mitbeteiligten bzw. der mit dieser verbundenen E AG bei der Ausarbeitung der Brandschutz-Anforderungen zu beanstanden.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin stützt den Vorwurf der Vorbefassung in erster Linie auf eine Information der Beschwerdegegnerin, welche in den Ausschreibungsunterlagen enthalten war: "E) Offerten zur Kostenermittlung Zur Erstellung des detaillierten Kostenvoranschlages wurde im Winter 2002 eine Richtofferte von folgenden Firmen/Unternehmungen eingeholt: E AG Danach wurden das Leistungsverzeichnis und die Planunterlagen durch den Architekten/Bauleitung/Fachingenieur überarbeitet und ergänzt. Somit liegt keine Vorbefassung im Sinne von Art. 5 der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vor." Bei dieser Formulierung ist allerdings nicht klar, auf welche Verordnungsbestimmung verwiesen wird. Eine Verordnung mit der erwähnten Bezeichnung besitzt der Kanton Zürich nicht; in der geltenden Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) wird der fragliche Sachverhalt in § 9 und § 16 Abs. 4 geregelt. Dieser Frage ist hier jedoch nicht weiter nachzugehen. In einem Schreiben der Bauleitung (F AG) an die Submittenten vom 8. April 2004 führte diese aus: "Auch von einer Vorbefassung durch die Firma E AG kann nicht die Rede sein, da alle Pläne vom Architekten gezeichnet und das Leistungsverzeichnis anschliessend durch unser Büro ohne Vorlage selber verfasst wurde." Die E AG ist eine Tochtergesellschaft der Mitbeteiligten. Die Verwaltungsräte der beiden Gesellschaften werden durch dieselben Personen gebildet, und ihre Geschäftsstellen befinden sich an derselben Adresse.

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass aufgrund der engen Beziehungen zwischen der Mitbeteiligten und der E AG von einer Mitwirkung der Mitbeteiligten im Vorfeld der Ausschreibung auszugehen sei. Die gestützt auf die Richtofferte erstellten Ausschreibungsunterlagen mit den aussergewöhnlichen Massen seien auf die Produkte der E AG und damit auf das Angebot der Mitbeteiligten zugeschnitten. Unerheblich bleibe, ob in der Folge die Ausschreibungsunterlagen tatsächlich vom Architekten erstellt worden seien, denn angesichts der Komplexität der Materie sei es unumgänglich, dass sich dieser dabei in erheblichem Mass auf die Angaben der E AG habe stützen müssen. Überdies sei die Mitbeteiligte durch dieses Vorgehen auch insofern bevorzugt worden, als sie im Hinblick auf die geforderte Zertifizierung über einen zeitlichen Vorsprung verfügt habe. All dies stelle eine unzulässige Vorbefassung der Mitbeteiligten dar, weshalb diese vom Verfahren ausgeschlossen werden müsse. Die Beschwerdegegnerin führt dazu aus, dass der beauftragte Architekt vor der Ausschreibung mit der E AG über mögliche Ausführungen gesprochen habe, damit nicht unrealistische Produkte ausgeschrieben würden. Gestützt darauf seien Architekt und Bauherrschaft zum Schluss gelangt, dass diese Türen auch von andern Unternehmern angeboten werden könnten. Die Pläne seien in der Folge vom Architekten ohne Mitwirkung der E AG gezeichnet und das Leistungsverzeichnis von der Bauleitung verfasst worden. Die Mitbeteiligte habe daher keinen unzulässigen Informationsvorteil besessen; einen allfälligen Wissensvorsprung habe sie sich eher beim

Umbau des Kunsthouses aneignen können, wo sie ebenfalls grosse Brandschutztüren hergestellt habe. Schliesslich seien die Mitbeteiligte und die E AG zwei rechtlich unabhängige Unternehmen, von denen eines im Bereich Holzprodukte, das andere im Bereich Aluminiumprodukte tätig sei. Von einer unzulässigen Vorbefassung könne daher keine Rede sein.

### **E. 3.3.1**

Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieter auftreten. Das Verbot der Vorbefassung ergibt sich zum einen aus den Regeln über den Ausstand, die ausdrücklich auch für Personen gelten, die lediglich an der Vorbereitung einer Anordnung mitwirken (§ 5a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Als vergaberechtliche Grundlage sind sodann die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und 11 lit. a IVöB) zu beachten. Eine ausdrückliche Regelung enthalten schliesslich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und die daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 SubmV. Nach § 16 Abs. 4 SubmV darf die Vergabebehörde nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, die bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Nach § 9 SubmV dürfen sich andererseits Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen konnten, nicht mehr als Anbieter am Verfahren beteiligen. Der Ausschluss vom Verfahren erstreckt sich nicht nur auf die unmittelbar mit der Vorbereitung befassten Personen oder Unternehmungen, sondern auch auf solche, die mit ihnen eng verbunden sind, insbesondere sie beherrschen oder von ihnen beherrscht werden. Auch kommt es nicht darauf an, ob sich der vorbereitete Anbieter im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft hat, sondern es genügt bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils. Ob der Ausschluss unterbleiben darf, wenn die Behörde auf das Angebot eines vorbereiteten Anbieters nicht verzichten kann und die Gleichbehandlung mit andern Mitteln, insbesondere durch offene Information und ausreichende Fristen, sichergestellt wird, ist in Rechtsprechung und Lehre umstritten (vgl. zum Ganzen VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2002 Nr. 41 = ZBl 2003 S. 50 = BEZ 2002 Nr. 32 E. 2a und d; RB 2002 Nr. 43 = BEZ 2002 Nr. 30 und 31; RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; Daniela Lutz, Ausstand und Vorbefassung, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 45 ff.).

### **E. 3.3.2**

Nicht zu beanstanden ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 516). So kann einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Auftraggeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat. So wird z.B. bei der Erweiterung eines Spitalgebäudes auch der ursprüngliche Erbauer zum Angebot zugelassen, und bei der Neuausschreibung eines Dauerauftrags (etwa für die Kehrachtsammlung oder die Leistungen eines Gemeindegeometers) wird der bisherige Inhaber des Auftrags nicht wegen Vorbefassung ausgeschlossen. Auch im Rahmen der Vorbereitung einer Submission führt nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters oder der mit ihm verbundenen Unternehmen (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Zwar kommt es nach dem Gesagten nicht in Frage, dass interessierte Unternehmungen, die später als Anbieter an der Submission teilnehmen wollen, direkt oder indirekt an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitwirken. Dagegen müssen Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Projektierung und Ausschreibung bereitgestellt werden (z.B. Machbarkeitsstudien) nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen führen. Als wesentlicher Gesichtspunkt fällt dabei in Betracht, dass die Mitarbeiter der Vergabestelle, welche in der Folge die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erstellen, in der Lage sind, die vorbereitenden Studien aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen, und diese nicht ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Ferner ist darauf zu achten, dass bei den Vorarbeiten anfallende Informationen auch den andern Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich gemacht werden.

#### **E. 3.4**

Die Rüge der Vorbefassung ist, ebenso wie das Vorliegen von Ausstandsgründen, unverzüglich vorzubringen, sobald der Betroffene Kenntnis von den für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält. Ein Zuwarten im Wissen um solche Tatsachen führt grundsätzlich zum Verwirken der Rüge (VGr, 12. März 2003, VB.2002.00281, BEZ 2003 Nr. 27, E. 2b/bb; RB 2002 Nr. 11 = BEZ 2002 Nr. 30 E. 3). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin geltend, dass sie erst aufgrund des Vergabeentscheids und der geringen Zahl der beurteilten Angebote misstrauisch geworden sei und Nachforschungen zu den zwei fraglichen Unternehmungen (Mitbeteiligte und E AG) angestellt habe. Es könne nicht von ihr verlangt werden, dass sie die Angaben der Ausschreibungsunterlagen von vornherein auf mögliche Verbindungen zu andern Anbietern überprüfe. Diese Darstellung erscheint glaubhaft, und es kann der Beschwerdeführerin auch kein Vorwurf daraus gemacht werden, dass sie keine früheren Nachforschungen unternommen hat. Sie durfte grundsätzlich davon ausgehen, dass sich die Vergabestelle und die von ihr beigezogenen Personen korrekt verhielten. Die erst mit der Beschwerde erhobene Rüge der Vorbefassung ist daher zulässig.

#### **E. 3.5**

Die E AG, die für die Beschwerdegegnerin im Winter 2002 eine Richtofferte ausgearbeitet hat, ist eine Tochtergesellschaft der Mitbeteiligten. Die Geschäftsstellen der beiden Gesellschaften befinden sich, wie bereits erwähnt, an derselben Adresse, und ihre Verwaltungsräte werden durch dieselben Personen gebildet (vorn, E. 3.1). Bei dieser engen Verbindung müssen Mitwirkung und Vorwissen der E AG auch der Mitbeteiligten

zugerechnet werden. Dass es sich um zwei rechtlich unabhängige Unternehmungen handle, wie die Beschwerdegegnerin geltend macht, trifft beim Verhältnis von Mutter- und Tochtergesellschaft zweifellos nicht zu. Im Übrigen wäre dies nicht ausschlaggebend, da mit Blick auf die Vorbefassung auch eine enge wirtschaftliche Verbindung zu berücksichtigen ist (RB 2002 Nr. 42 = BEZ 2003 Nr. 12 E. 3d).

### **E. 3.6**

Die Besonderheit des vorliegenden Auftrags liegt darin, dass feuerfeste Türen in besonders grossen Ausmassen verlangt werden, welche offenbar bei keinem der Anbieter standardmässig im Angebot sind. Die Beschwerdeführerin sieht eine Bevorzugung der Mitbeteiligten darin, dass die Ausschreibungsunterlagen mit den aussergewöhnlichen Massen auf die Produkte der Mitbeteiligten bzw. deren Tochter E AG zugeschnitten seien. Sie rügt damit sinngemäss nicht nur eine Vorbefassung der Mitbeteiligten, sondern auch eine diskriminierende Festlegung technischer Spezifikationen (§ 16 Abs. 1–3 SubmV). Ferner sei die Mitbeteiligte durch dieses Vorgehen auch insofern bevorzugt worden, als sie im Hinblick auf die geforderte Zertifizierung einen zeitlichen Vorsprung erhalten habe.

#### **E. 3.6.1**

Die Tatsache, dass bei der Projektierung ungewöhnlich grosse Türen vorgesehen wurden, stellt für sich allein noch keine unzulässige Bevorzugung eines Anbieters dar. Soweit Türen mit diesen Dimensionen aus architektonischen Überlegungen erforderlich sind, muss deren Beschaffung selbst dann zulässig sein, wenn tatsächlich nur ein Anbieter zur Herstellung in der Lage ist. Das Verbot diskriminierender Anforderungen richtet sich nicht gegen die Vergabe ungewöhnlicher Aufträge, sondern will nur verhindern, dass unnötige oder unwesentliche Anforderungen zur Bevorzugung bzw. Diskriminierung einzelner Anbieter führen. Insofern ist eine Beschaffung, die wirklich ausserordentliche Ziele verfolgt, vergaberechtlich weniger problematisch als die Festlegung spezieller Anforderungen bei untergeordneten technischen Details. Im Übrigen bestreitet auch die Beschwerdeführerin nicht, dass es möglich ist, feuerfeste Türen mit den geforderten Massen herzustellen; sie geht vielmehr davon aus, dass auch sie diese rechtzeitig liefern kann. Problematisch ist lediglich der zeitliche und finanzielle Aufwand, der mit dem Testen und der Zertifizierung dieser Türen verbunden ist. Andererseits führt auch die Mitbeteiligte Türen dieser Grössen offenbar nicht in ihrem üblichen Angebot; sie musste ebenfalls zusätzliche Test- und Zertifizierungsverfahren durchführen. Aus der Tatsache, dass bei der Projektierung ungewöhnliche Dimensionen der Türen vorgesehen wurden, ergibt sich daher, soweit ersichtlich, keine Diskriminierung einzelner Anbieterinnen.

#### **E. 3.6.2**

Ein klarer Vorteil ergab sich für die Mitbeteiligte hingegen aus dem Umstand, dass sie frühzeitig über die Anforderungen der Beschwerdegegnerin orientiert war. Wie die Parteien im Beschwerdeverfahren übereinstimmend feststellten, sind die Test- und Zertifizierungsverfahren, mit denen die Feuerfestigkeit der Türen geprüft und bestätigt wird, sehr zeitaufwändig. Bei Türen, die wesentlich grösser sind als bereits zertifizierte, müssen diese Verfahren erneut durchlaufen werden. Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin beziffern die Verfahrensdauer übereinstimmend auf mehrere Monate. Nach den Angaben der Beschwerdegegnerin dauert ein erster Brandversuch je nach Prüfinstitut zwei bis fünf Monate, jeder weitere Versuch benötigt wiederum eine Vorlaufzeit von rund einem Monat, und es sei im Voraus nicht klar, wie viele Versuche

nötig seien. Das darauf folgende Zertifizierungsverfahren dauere in der Regel zwei bis drei Monate (Beschwerdeantwort, Ziff. 3). Die Beschwerdegegnerin begründet denn auch die Zurückweisung des Angebots der Beschwerdeführerin in erster Linie damit, dass diese nicht in der Lage gewesen sei (und auch heute nicht sei), die geforderten Zertifikate für die grössten Türen rechtzeitig beizubringen; ein weiteres Zuwarten bis zum Abschluss des von der Beschwerdeführerin eingeleiteten Prüfungsverfahrens sei angesichts der Dringlichkeit der Beschaffung unzumutbar. Das strittige Beschaffungsvorhaben wurde am 5. März 2004 publiziert, und die Offerten mussten am 14. April 2004 eingereicht werden. Diese Zeitspanne von wenig mehr als einem Monat reichte offensichtlich nicht aus, um Türen mit Dimensionen, welche die Anbieter bislang nicht in ihrem Sortiment geführt hatten, zertifizieren zu lassen. Auch die Mitbeteiligte hatte das kurz nach dem Eingabetermin nachgereichte Brandschutz-Zertifikat vom 16. April 2004 für ihre grössten Türen nicht innert dieser Frist erlangt. Aus dem Zertifikat geht vielmehr hervor, dass es auf einem Prüfbericht vom 22. August 2003 mit Ergänzung vom 3. März 2004 sowie auf einer gutachtlichen Stellungnahme vom 13. November 2003 beruht. Mit Blick auf die lange Dauer des Prüfungs- und Zertifizierungsverfahrens war die frühzeitige Kenntnis der Tatsache, dass bei dieser Beschaffung übergrosse Türen mit hohen feuerpolizeilichen Anforderungen verlangt wurden, offensichtlich ein grosser Vorteil. Nach den Angaben der Ausschreibungsunterlagen hat die E AG für die Beschwerdegegnerin im Winter 2002 eine Richtofferte ausgearbeitet, und das von ihr damals erworbene Wissen ist der Mitbeteiligten nach dem Gesagten anzurechnen (vorn, E. 3.5). Es ist zwar nicht im Einzelnen bekannt, welche Kenntnisse die Mitbeteiligte bzw. ihre Tochtergesellschaft damals erlangt haben. Der Hinweis der Beschwerdegegnerin, wonach der beauftragte Architekt mit der E AG über mögliche Ausführungen gesprochen habe, damit keine unrealistischen Produkte ausgeschrieben würden, lässt jedoch vermuten, dass dabei insbesondere die Dimensionen der feuerfesten Türen erörtert wurden, denn diese machten ja die Besonderheit der ausgeschriebenen Produkte aus, deren Realisierbarkeit zu klären war. Auch die frühzeitige Einleitung des Prüf- und Zertifizierungsverfahrens für Türen mit Übergrössen durch die Mitbeteiligte weist in diese Richtung. Durch diese Umstände wird jedenfalls in hohem Mass der Anschein erweckt, dass die Mitbeteiligte früher als ihre Mitbewerber über die Besonderheiten der Vergabe Bescheid wusste.

### **E. 3.6.3**

Unter diesen Umständen musste die Ausarbeitung einer Richtofferte nicht zwingend zur Vorbefassung und zum Ausschluss der Mitbeteiligten führen. Die Mitbeteiligte wirkte nicht an der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen mit, sondern lieferte lediglich Grundlagen für dieselben, und die mit der Projektierung betrauten Fachleute waren hier zweifellos in der Lage, die erhaltenen Informationen aufgrund eigener Kenntnisse sachlich zu würdigen (E. 3.3). Die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen technischen Anforderungen können denn auch nicht als diskriminierend bezeichnet werden (E. 3.6.1). Zu beanstanden ist dagegen, dass die Beschwerdegegnerin die Informationen, die der Mitbeteiligten im Vorfeld zugeflossen waren, nicht frühzeitig und umfassend an die übrigen Anbieter weitergegeben hat (E. 3.3). Aus dieser Unterlassung resultierte ein zeitlicher Vorsprung der Mitbeteiligten, welcher es dieser offenbar ermöglichte, die notwendigen Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren für übergrosse Türen frühzeitig in die Wege zu leiten. Bei dieser Sachlage ist es nicht notwendig, die Mitbeteiligte als vorbefasst vom Verfahren auszuschliessen. Dagegen darf der Beschwerdeführerin aus dem späten Erhalt der Informationen kein Nachteil im Vergabeverfahren entstehen. Ihr Angebot darf daher

nicht schon deshalb ausgeschlossen werden, weil sie die geforderten Zertifikate nicht frühzeitig einreichen konnte.

#### **E. 4**

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass die Türen der Beschwerdeführerin den Anforderungen betreffend Brandschutz nicht genügten und schon aus diesem Grund nicht berücksichtigt werden könnten.

##### **E. 4.1**

Die Anforderungen an den Brandschutz wurden in den Ausschreibungsunterlagen wie folgt umschrieben (Leistungsverzeichnis, Pos. R 019): "Türen und Wände mit Brandschutzanforderungen müssen VKF geprüft sein und müssen über ein entsprechendes Zertifikat, Prüfbericht oder eine objektbezogene Bewilligung verfügen. Die Brandschutzanforderungen müssen den Richtlinien der Feuerpolizei sowie der Schutz und Rettung (SRZ) der Stadt Zürich entsprechen. Die entsprechenden Nachweise sind vom Unternehmer einzuholen." Die Beschwerdegegnerin führt aus, dass von der Feuerpolizei zwingend Brandschutz-Zertifikate der Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen (VKF) verlangt würden. Abklärungen hätten ergeben, dass vorliegend keine objektbezogenen Bewilligungen (Ausnahmebewilligungen anstelle des VKF-Zertifikats) möglich seien. Ohne VKF-Zertifikate würden die Türen daher von der Feuerpolizei nicht abgenommen. Die Beschwerdeführerin habe zwar einen Prüfbericht des Brandschutzzentrums G in Deutschland vom 23. April 2004 eingereicht, gemäss welchem eine erfolgreiche Brandprüfung an einer Tür mit dem Durchgangsmass  $2,0 \times 2,95$  m (Breite  $\times$  Höhe) durchgeführt worden sei. Es seien jedoch insgesamt acht Türen mit grösseren Massen ( $2,96 \times 2,515$  m bis  $2,96 \times 3,74$  m) ausgeschrieben worden, die durch das geprüfte Mass nicht abgedeckt seien. Zudem handle es sich beim eingereichten Beleg lediglich um ein Bestätigungsschreiben der Prüfanstalt in Deutschland, nicht um das in der Ausschreibung geforderte Zertifikat der VKF. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass beinahe alle von ihr angebotenen Türen durch Zertifikate oder ergänzende Gutachten abgedeckt seien. Die geprüfte Tür habe einen Feuerwiderstand von 45 Min. statt der geforderten 30 Min. erreicht, weshalb die Prüfung nach den anwendbaren Bestimmungen auch für grössere Masse bis 15 % der Höhe und 15 % der Breite bzw. 20 % der Fläche gültig sei (vgl. die europäische Norm EN 1634-1:2000). Überdies habe die Tür trotz des Durchgangsmasses von 2,0 m tatsächlich eine Breite von 3,0 m aufgewiesen, so dass auch dieses Mass abgedeckt sei. Die Erstellung des VKF-Zertifikats sei nur noch eine Formsache. Nicht durch diese Dokumente gedeckt sei eine einzige Tür mit den Massen  $2,89 \times 3,665$  m, deren Brandsicherheit jedoch durch ein Gutachten belegt werden könne. Dieses sei beim Brandschutzzentrum G in Deutschland bereits in Auftrag gegeben, und auf den Zeitpunkt der Ausführung hin könnten alle VKF-Zertifikate vorgelegt werden. Mit der Replik legte die Beschwerdeführerin sodann zwei Schreiben des Brandschutzzentrums G in Deutschland vom 29. Juli und 14. September 2004 vor, mit welchen dieses die Erstellung einer gutachtlichen Stellungnahme für eine maximale Türelementgrösse von  $2,96 \times 3,74$  m bestätigt. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin werden jedoch mit den eingereichten Unterlagen nicht alle Anforderungen gemäss den Ausschreibungsunterlagen erfüllt. So ist aus den Belegen nicht ersichtlich, dass die geprüfte Tür statt 2,0 m tatsächlich 3,0 m breit gewesen sei. Auch stellen die mit der Replik eingereichten Schreiben des Brandschutzzentrums G in Deutschland ein entsprechendes Gutachten nur in Aussicht, enthalten dieses aber noch nicht. Und schliesslich liegen für die beanstandeten Türen mit

Übermassen auch keine VKF-Zertifikate vor; ob die VKF die Zertifizierungen erteilt, steht daher noch nicht fest, und bis zu ihrem Entscheid wird nochmals einige Zeit vergehen.

#### **E. 4.2**

Angebote sind grundsätzlich in dem Stand zu beurteilen, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden. Vorbehalten sind nachträgliche Korrekturen offensichtlicher Rechnungs- und Schreibfehler (§ 29 Abs. 2 SubmV) sowie Erläuterungen im Sinn von § 30 SubmV. Im Rahmen von Erläuterungen kann die Behörde auch zusätzliche Belege oder Bestätigungen einverlangen; dieses Vorgehen dient jedoch nicht dazu, ein klar ungenügendes Angebot nachträglich zu ergänzen (VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 3c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.6, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Für die Beurteilung massgeblich ist schliesslich der Stand der Unterlagen, wie er sich nach der Bereinigung der Angebote, zum Zeitpunkt des behördlichen Vergabeentscheids, darstellt. Auch das Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht kann – trotz der grundsätzlichen Zulassung neuer Beweismittel und Tatsachenvorbringen gemäss § 52 VRG – nicht dazu benützt werden, eine zur Zeit des Vergabeentscheids ungenügende Offerte zu ergänzen (VGr, 13. April 2000, VB.1999.00348, E. 5.c.bb, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Die Beschwerdeführerin hat verschiedene Unterlagen, mit denen sie die Feuerfestigkeit der angebotenen Türen belegen will, erst nach dem Eingabetermin für die Offerte, zum Teil sogar erst im Beschwerdeverfahren, vorgelegt. Damit entsprach ihre Offerte weder bei der Einreichung noch zum Zeitpunkt des Vergabeentscheids den Ausschreibungsunterlagen. Eine nachträgliche Überprüfung anhand der neuen Belege ist hier jedoch ausnahmsweise zulässig, weil sich gezeigt hat, dass die notwendigen Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren für übergrosse Türen in der zur Verfügung stehenden Zeit nicht durchgeführt werden konnten, und weil überdies davon ausgegangen werden muss, dass auch die Mitbeteiligte die Voraussetzungen nur dank ihrer vorzeitigen Kenntnis der Anforderungen zu erfüllen vermochte (vorn, E. 3.6.2). Unter diesen Umständen darf das Angebot der Beschwerdeführerin nicht wegen des Fehlens der Zertifikate zurückgewiesen werden, bevor sie Gelegenheit erhalten hat, die Zertifikate innert einer angemessenen Frist nachzureichen.

#### **E. 5**

Das Angebot der Beschwerdeführerin wurde von der Beschwerdegegnerin aufgrund der Zuschlagskriterien wesentlich schlechter bewertet als dasjenige der Mitbeteiligten. In der Gesamtbewertung erhielt die Mitbeteiligte 70, die Beschwerdeführerin nur 44 Punkte. Wird auf dieses Resultat abgestellt, kommt das Angebot der Beschwerdeführerin auch dann nicht zum Zug, wenn sie alle erforderlichen Zertifikate rechtzeitig beibringen kann. Die Beschwerdeführerin wendet jedoch ein, dass die Bewertung für sie nicht nachvollziehbar sei, da die Beschwerdegegnerin diese nicht begründet habe. Überdies seien die in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien weder in eine Reihenfolge gesetzt noch gewichtet worden, wie dies nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts erforderlich sei.

#### **E. 5.1**

In den Offertunterlagen wurden die Zuschlagskriterien wie folgt bekannt gegeben: "17. Zuschlagskriterien: – Vergleichbare Referenzobjekte der letzten 3 Jahre – Qualität der gewählten Materialien – Preis-/Leistungsverhältnis (inkl. Wartungskosten) – Termingarantie und Leistungskapazität" Diese Aufzählung enthält entgegen der

Beanstandung der Beschwerdeführerin eine Reihenfolge. Die Beschwerdegegnerin hat die Kriterien bei der Auswertung der Angebote auch in dieser Reihenfolge gewichtet, indem sie den drei ersten Kriterien ein Gewicht von je 30 %, dem letzten ein solches von 10 % beimass. Damit ist den Anforderungen, welche die Rechtsprechung an die Bekanntgabe und Gewichtung der Zuschlagskriterien stellt (RB 2002 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13 E. 3; VGr, 4. Juni 2003, VB.2002.00383, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)), Genüge getan.

## **E. 5.2**

Die Beschwerdegegnerin begründete den Vergabeentscheid in der Mitteilung an die nicht berücksichtigten Anbieterinnen einzig mit dem Hinweis "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien". In der Beschwerdeantwort ergänzte sie diese Begründung nur unwesentlich. So wies sie darauf hin, dass die Türen nicht nur feuerpolizeilichen, sondern auch hohen sicherheitstechnischen Anforderungen genügen müssten. Sie erläuterte aber nicht, inwiefern die Türen der Beschwerdeführerin diese Anforderungen nicht erfüllten. Als wichtigstes Zuschlagskriterium bezeichnete sie sodann den Nachweis von vergleichbaren Referenzobjekten der letzten drei Jahre. Zur Begründung der schlechteren Benotung der Beschwerdeführerin bei diesem Kriterium verwies sie jedoch lediglich auf das Fehlen der Zertifikate für einen Teil der Türen der Beschwerdeführerin. Dieser Umstand darf nach dem Gesagten nicht berücksichtigt werden, bevor die Beschwerdeführerin ausreichend Zeit erhalten hat, um die fehlenden Zertifikate nachzubringen, und die Beschwerdegegnerin hat die Frage der VKF-Zulassung ohnehin bereits unter dem Kriterium "Qualität der gewählten Materialien" als Unterkriterium berücksichtigt. Die spärlichen Hinweise vermögen die Unterschiede in der Notengebung zwischen Mitbeteiligter und Beschwerdeführerin somit nicht zu erklären. Den Anforderungen an eine ausreichende Begründung des Vergabeentscheids (VGr, 9. Juli 2003, BEZ 2003 Nr. 36 E. 3b, mit Hinweisen) genügen sie offensichtlich nicht. In der Duplik ergänzte die Beschwerdegegnerin die Begründung dahingehend, dass die von der Beschwerdeführerin genannten Referenzobjekte den Vorgaben entweder bezüglich Grösse und Aussehen oder bezüglich Brandschutzanforderungen nicht entsprochen hätten. Zudem seien die Sicherheitsklassenvorgaben nicht dokumentiert worden. Beide Einwände werden jedoch nicht näher konkretisiert. Im Übrigen kann die Begründung des Vergabeentscheids grundsätzlich nicht mit der Duplik nochmals ergänzt werden (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); 9. Juli 2003, BEZ 2003 Nr. 36 E. 3b), und Gründe, welche dies ausnahmsweise als zulässig erscheinen liessen, liegen hier nicht vor. Das Eingehen auf neu in der Duplik vorgebrachte Argumente müsste überdies zur Durchführung eines weiteren Schriftenwechsels führen, um der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Äusserung zu geben. Dies würde zu einer zusätzlichen Verzögerung, aber dennoch nicht unbedingt zu einem definitiven Entscheid führen.

## **E. 6**

Der angefochtene Vergabeentscheid ist somit in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben und die Sache zu neuem Entscheid an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Sie wird bei der neuen Beurteilung prüfen müssen, ob die Beschwerdeführerin die notwendigen Nachweise betreffend Brandschutz nach Einräumung einer angemessenen Frist erfüllen kann, und sodann aufgrund der Zuschlagskriterien neu über den Zuschlag entscheiden. Sofern bereits ohne den Gesichtspunkt der Brandsicherheit – aufgrund der übrigen Zuschlagskriterien – feststeht, dass das Angebot der Mitbeteiligten besser abschneidet, kann die Beschwerdegegnerin den neuen Entscheid auch treffen, ohne das Nachreichen der

Zertifikate abzuwarten. Es ist aber in jedem Fall eine klare und nachvollziehbare Begründung erforderlich.

#### **E. 7**

Dem Ausgang des Verfahrens gemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Sie hat die Beschwerdeführerin überdies für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erweisen sich Fr. 3'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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