

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00514 vom 1. November 2006**

ZH Verwaltungsgericht, 2006-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2005.00514](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2005.00514)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00514 du 1 novembre 2006

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2005.00514 del 1 novembre 2006

## **Regeste**

Submission | Vergabe von Ingenieurarbeiten für Sanierung Hallenbad: Voraussetzungen für Zulässigkeit einer Unternehmervariante. Grundsätzlich ist es zulässig, neben dem Grundangebot im Sinn einer Variante ein Angebot mit reduzierter Leistung zu unterbreiten. Falls diese Variante die Anforderungen der Ausschreibung reduziert, ist den anderen Anbietenden aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz Gelegenheit zu geben, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen. Die von der Mitbeteiligten eingereichte Variante beinhaltet die für die ausschreibungskonforme Ausführung der Sanierungsarbeiten erforderlichen Ingenieurleistungen, welche gegenüber dem ausführlicheren Grundangebot lediglich etwas reduziert sind; eine solche Variante ist ohne weiteres zulässig (E. 4.2, insbes. 4.2.4 f.). Die Erfahrung eines Anbietenden ist zumindest dann ein sachliches Kriterium für die Beurteilung der Qualität seiner Leistungen, wenn die an die Erfahrung gestellten Anforderungen durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind. Dies trifft im vorliegenden Fall zu (E. 5). In Bezug auf das Kriterium der Leistungsfähigkeit ist es sachlich vertretbar, wenn grösseren Anbietenden mit zahlreichen eigenen fachspezifischen Mitarbeitenden ein gewisser Vorzug eingeräumt wird. Der generellen Benachteiligung kleinerer Unternehmen wird durch die bloss 10%ige Gewichtung des Zuschlagskriteriums entgegengetreten (E. 6). Bei der Wahl des Vergabeverfahrens hat die Vergabebehörde im Rahmen der gesetzlich zulässigen Verfahrensarten freie Hand (E. 7). Die Lehrlingsausbildung ist als Zuschlagskriterium zulässig, solange dieses Kriterium nicht mit mehr als 10% des Totals aller Kriterien gewichtet wird, und ausländische Anbietende nicht benachteiligt werden (E. 7). Abweisung.

## **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 25. März 2001 (IVöB) sowie die § 2 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 2**

Nicht berücksichtigte Anbieter sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend hat der Beschwerdeführer die preislich günstigste Offerte eingereicht, sodass bei Gutheissung der Beschwerde eine Zuschlagserteilung an ihn in Betracht zu ziehen wäre. Seine Legitimation ist demzufolge zu bejahen.

### **E. 3**

Der Beschwerdeführer rügt vorab die mangelnde Begründung der Vergabe durch die Beschwerdegegnerin. Er macht geltend, er habe trotz Nachfragen weder eine ausführliche Begründung des Vergabeentscheids noch eine transparente Bewertungsmatrix erhalten. Sinngemäss macht er sodann eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts im Vergabeverfahren geltend. 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. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 36); sie wird überdies in § 10 Abs. 2 VRG ausdrücklich festgehalten. Nach den Spezialvorschriften von Art. 13 lit. h IVöB und § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) ist die Vergabestelle indessen bei der Eröffnung des Zuschlags lediglich zu einer summarischen Begründung verpflichtet; nur auf Gesuch eines Anbieters hin, hat sie diesem die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 38 Abs. 3 SubmV). Ob die Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit der Zuschlagseröffnung ihrer Begründungspflicht im vorliegenden Fall hinreichend nachkam, kann offen bleiben, da eine allfällige Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör jedenfalls durch die Ausführungen in der Beschwerdeantwort sowie durch die dem Beschwerdeführer eingeräumte Gelegenheit, mittels Replik zur Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, geheilt wurde (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a; Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 45). Eine allfällige Gehörsverletzung ist damit für den Ausgang des Verfahrens nicht mehr von Bedeutung. Soweit der Beschwerdeführer eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts im Vergabeverfahren rügt, ist festzuhalten, dass nach verwaltungsgerichtlicher Rechtsprechung im erstinstanzlichen Verfahren vor der Behörde, welche einen öffentlichen Auftrag vergibt, grundsätzlich kein Anspruch auf Akteneinsicht besteht (RB 2001 Nr. 5 = BEZ 2001 Nr. 56).

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer beanstandet, dass die streitbetreffene Vergabe nicht an den günstigsten Anbieter erfolgte, sondern an die Mitbeteiligte, welche nur das zweitgünstigste Angebot unterbreitet habe. Er stellt sich auf den Standpunkt, es sei kein Grund für die höhere Offertsumme, insbesondere keine messbare Mehrleistung der Mitbeteiligten ersichtlich. Dieser Einwand ist unbegründet. Da die Angebote nicht nur nach dem vorliegend zu 50 % gewichteten Kriterium des Preises, sondern auch nach weiteren Zuschlagskriterien beurteilt werden, ist zum vornherein klar, dass bei der Auswertung nicht zwingend das preislich günstigste Angebot an erster Stelle rangieren muss. Dass die verschiedenen Angebote preislich variieren, liegt ausserdem in der Natur der Sache. Gerade bei einem Dienstleistungsauftrag wie dem vorliegenden basieren die verschiedenen

Angebote auf den unterschiedlichen Einschätzungen des konkret erforderlichen Arbeitsaufwandes durch die einzelnen Anbieter.

#### **E. 4.2**

Der Beschwerdeführer macht im Weiteren geltend, beim "Modell C AG", welches ihm unbekannt sei, müsse es sich um eine Unternehmervariante handeln, welche die Vergabebehörde verpflichtet hätte, die übrigen Anbieter zur Nachofferte einzuladen. Die Beschwerdegegnerin vertritt demgegenüber die Auffassung, beim Pauschalangebot der Mitbeteiligten resultierten keine Minderleistungen gegenüber den Vorgaben in der Ausschreibung. Es habe daher auch keine Veranlassung bestanden, die übrigen Anbieter zu einer Nachofferte einzuladen oder die Arbeit gar neu auszuschreiben.

##### **E. 4.2.1**

Die Ausschreibungsunterlagen der vorliegenden Vergabe enthalten hinsichtlich der Erstellung der Honorarofferte durch die Anbieter folgende Anforderungen: "2.6 Angebot Das Angebot muss aufgrund der detaillierten Honorarberechnung (integrierender Bestandteil des Angebots Pos. 3 <Einzureichende Unterlagen> nachvollziehbar sein. Die dem Angebot zugrunde liegenden Kostensätze bilden ebenfalls die Basis für die Verrechnung weitergehender Leistungen. (Erhöhung der Nettobausumme, Folgeaufträge). Das Angebot ist mit einem <Pauschalangebot> (Basis Nettobausumme gemäss Anhang 1 <Massnahmen/Kosten> zu ergänzen. Das Angebot ist gemäss Ziffer 3.2 zu gliedern. Eine Vergabe aufgrund des Pauschalangebots wird bevorzugt. [...] 3. Einzureichende Unterlagen: [...] 3.2 Detaillierte Honorarberechnung als Grundlage zum Angebot Aus der Honorarberechnung müssen die Kostenblöcke für die Leistungsphasen 1 bis 5 ersichtlich sein. Unter Beachtung der Kreditbewilligung durch den Suverän (Urnenabstimmung Woche 47, 2005) behält sich die Gemeinde Wald vor, den Auftrag zweistufig zu vergeben: Stufe 1: Phase 1 <Vorprojekt> Stufe 2: Phase 2 bis

##### **E. 4.2.2**

Die detaillierte Honorarberechnung des Beschwerdeführers basiert auf Art. 7 der SIA-Norm 108, der die Honorarberechnung nach Baukosten regelt. Die Berechnung des Beschwerdeführers folgt im Wesentlichen der in Art. 7.11 enthaltenen Tabelle, worin der durchschnittliche Zeitaufwand für die in Art. 4 der SIA-Norm 108 enthaltenen Grundleistungen auf die einzelnen Phasen und Teilphasen aufgeteilt wird. Zu bemerken ist, dass die vom Beschwerdeführer in seiner Berechnung bezeichneten "Phasen" nicht mit den Phasen bzw. Teilphasen übereinstimmen, wie sie in SIA-Norm 108 verwendet werden. Dies rührt offensichtlich daher, dass sich die in Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen aufgelisteten Teilleistungen (Vorprojekt, Projekt, Vorbereitung der Ausführung, Ausführung und Abschluss) sowie insbesondere die in Ziffer 3.2 der Ausschreibung bezeichneten "Phasen" mit der in SIA-Norm 108 vorgenommenen Gliederung der Leistungen in Phasen und Teilphasen nicht decken (vgl. SIA-Norm 108, Art. 3.2). Die vom Beschwerdeführer aufgelisteten, zu erbringenden Teilleistungen stimmen jedoch mit den in der Tabelle aufgelisteten Leistungen inhaltlich überein (vgl. Offerte des Beschwerdeführers). Gestützt auf diese Honorarberechnung, welche eine Honorarsumme von Fr. 148'000.- ergab, hat der Beschwerdeführer ein Pauschalangebot von Fr. 159'000.- unterbreitet. Die Honorarberechnung der Mitbeteiligten folgt dem in SIA-Norm 112 enthaltenen Leistungsmodell, welches für Neubau-, Umbau-, Erhaltungs- und Umnutzungsvorhaben im Hoch-, Tief- und Anlagenbau sowie für Freianlagen ausgelegt

wurde und für eine Anwendung im Verbund unter anderen mit der Honorarordnung SIA-Norm 108 konzipiert wurde (vgl. Erläuterungen zum SIA-Leistungsmodell, Norm SIA 112, S. 3). Die Mitbeteiligte hat die in der Ausschreibung geforderten Ingenieurleistungen Vorprojekt, Projekt, Vorbereitung der Ausführung, Ausführung und Abschluss der Gliederung der SIA-Normen 108 und 112 zugeordnet und die Honorarberechnung entsprechend aufgebaut (vgl. Offerte der Mitbeteiligten, Honorarberechnung). Gestützt auf die detaillierte Honorarberechnung unterbreitet die Mitbeteiligte ein Pauschalangebot von Fr. 215'000.-. Ihre Offerte enthält ausserdem eine weitere, von ihr selbst als "Variante gemäss Honorarmodell C AG" bezeichnete detaillierte Honorarberechnung sowie ein zweites darauf basierendes Pauschalangebot in der Höhe von Fr. 190'000.-. Die Vergabe erfolgte gestützt auf dieses zweite Pauschalangebot der Mitbeteiligten.

#### **E. 4.2.3**

Zu beurteilen ist im Folgenden die Frage, ob es sich beim zweiten Pauschalangebot der Mitbeteiligten um eine eigentliche Unternehmervariante handle, wie dies der Beschwerdeführer geltend macht. Von einer solchen wird nach der Rechtsprechung dann gesprochen, wenn eine Offerte vom Leistungsverzeichnis abweicht, d.h. den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht. In der Regel bestehen Unternehmervarianten darin, dass ein Anbieter eine andere technische Lösung vorschlägt als die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene. Eine Unternehmervariante liegt indessen auch dann vor, wenn ein Anbieter einzig eine gegenüber den Anforderungen der Ausschreibung reduzierte Leistung vorschlägt. Wenn ein Anbieter zur Auffassung gelangt, dass die Vergabestelle für den von ihr verfolgten Zweck zu hohe Anforderungen stelle, so ist es ihm erlaubt, auf diesen Umstand hinzuweisen und eine entsprechend reduzierte Leistung vorzuschlagen. Ob die Vergabestelle auf die Variante eintreten oder aber diese ablehnen will, liegt weitgehend in ihrem Ermessen. Bei dieser Art von Variante muss die Behörde jedoch, falls sie die Anforderungen der Ausschreibungen im Sinne der Variante reduziert, aus Gründen der Gleichbehandlung der Anbieter sowie der Transparenz des Vergabeverfahrens den anderen Anbietern Gelegenheit bieten, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen (RB 2004 Nr. 45 = BEZ 2004 Nr. 70; VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 8c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N. 370). Dies macht auch der Beschwerdeführer geltend, wenn er beanstandet, die Vergabestelle hätte den übrigen Anbietern die Gelegenheit zur Nachofferte einräumen müssen.

#### **E. 4.2.4**

Mit der Gelegenheit zur Anpassung der Konkurrenzofferten will die Rechtsprechung gewährleisten, dass die als Variante offerierte Minderleistung nicht zu einem Kostenvorteil gegenüber den Mitbewerbern ausgenützt werden kann. Diese Gefahr besteht allerdings dann nicht, wenn das Angebot, welches die Minderleistung enthält, so weit vor den Angeboten der Mitbewerber liegt, dass es selbst unter Aufrechnung der Preisdifferenz, die für eine volle Leistung zu veranschlagen wäre, noch seinen Vorsprung behält (wobei nicht nur auf den Preis, sondern auf die Gesamtbewertung aller Zuschlagskriterien zu achten ist; RB 2004 Nr. 45 = BEZ 2004 Nr. 70, auch zum Folgenden). Denn bei dieser Sachlage werden die Mitbewerber durch die Zulassung des Angebots mit der Minderleistung nicht benachteiligt. Eine solche Situation ist im vorliegenden Fall nicht gegeben. Sollte es sich bei dem zweiten und günstigeren Pauschalangebot der Mitbeteiligten tatsächlich um eine Variante, mit der sie eine Minderleistung gegenüber den Anforderungen in den

Vergabekriterien vorschlägt, handeln, hätte dies zu einer Benachteiligung der Mitbewerber geführt. Würde für die Mitbeteiligte nämlich der höhere der offerierten Pauschalpreise in die Gesamtbewertung einbezogen, so hätte dies Einfluss auf die Rangierung; die Mitbeteiligte wäre in diesem Fall hinter dem Beschwerdeführer nur Zweitklassierte. Die Beantwortung der Frage, ob die Vergabe gestützt auf das zweite Pauschalangebot der Mitbeteiligten rechtmässig war, ist damit entscheidend.

#### **E. 4.2.5**

Grundsätzlich ist es zulässig, neben dem Grundangebot im Sinne einer Variante ein Angebot mit reduzierter Leistung zu unterbreiten (RB 2004 Nr. 45 = BEZ 2004 Nr. 70). Im vorliegenden Fall ist die Vergabebehörde auf das zweite Pauschalangebot der Mitbeteiligten eingetreten. Sie ist jedoch offensichtlich nicht davon ausgegangen, dass die Mitbeteiligte darin eine Minderleistung offeriere, sondern hat die Variante lediglich als zweiten Berechnungsvorschlag angesehen. Wie den handschriftlichen Erläuterungen der Vergabebehörde in der Offerte der Mitbeteiligten entnommen werden kann, hat sich diese im Rahmen der Offertauswertung die "Variante" von der Mitbeteiligten erläutern lassen. Dabei hat die Mitbeteiligte offensichtlich dargelegt, dass das zweite Pauschalangebot keine Minderleistungen für den Auftraggeber zur Folge habe, sondern lediglich als Ergänzung oder Konkretisierung des ersten Pauschalangebots anzusehen sei (vgl. Deckblatt sowie S. 3 der Honorarberechnung der Offerte der Mitbeteiligten). In Übereinstimmung mit dem Beschwerdeführer ist festzustellen, dass auf den ersten Blick in der Tat der Eindruck entsteht, die zweite Berechnung der Mitbeteiligten nach dem "Modell C AG" könne eine Minderleistung beinhalten. Dies nicht nur, weil die Mitbeteiligte zwei Berechnungen und auch zwei Pauschalangebote unterbreitet hat, sondern auch weil sie selber von "reduzierter Erarbeitungstiefe" spricht. Bei genauerem Vergleich der beiden Berechnungen ergibt sich jedoch ein anderes Ergebnis: Die erste Berechnung, im Folgenden mit "theoretische Berechnung" bezeichnet, umfasst sämtliche im Leistungsbeschrieb der SIA-Norm 108, welcher auf das Leistungsmodell SIA-Norm 112 abgestimmt ist, für die entsprechenden Phasen vorgesehenen Grundleistungen sowie besonders zu vereinbarenden Leistungen (vgl. SIA-Norm 108, Art. 4). Demgegenüber verzichtet die zweite Berechnung, im Folgenden mit "Modell C AG" bezeichnet, in der Projektierungsphase beim Vorprojekt (Ziff. 31) auf die Teilleistungen "Projektkonzepte" (Ziff. 312.2) und "Lösungsmöglichkeiten" (Ziff. 312.3) sowie beim Bauprojekt (Ziff. 32) auf "Ausführungsvarianten und Bewertung" (Ziff. 322.2). Dadurch reduziert sich das Honorar bei der Phase Vorprojekt von Fr. 22'000.- auf 11'000.- bzw. bei der Phase Bauprojekt von Fr. 45'000.- auf Fr. 22'000.-. Im Übrigen sind die beiden Berechnungen identisch.

#### **E. 4.2.6**

Das Modell C AG verzichtet damit zwar auf einige wenige im Katalog von Art. 4 SIA-Norm 108 vorgesehene Teilleistungen, beinhaltet damit jedoch keine gegenüber den Anforderungen der Ausschreibung reduzierte Leistung: So detailliert werden die geforderten Ingenieurleistungen in den Ausschreibungsunterlagen gar nicht beschrieben. Der Leistungsbeschrieb der SIA-Norm 108, auf welchen die Ausschreibung verweist, unterscheidet zwischen Grundleistungen und besonders zu vereinbarenden Leistungen und weist ausserdem darauf hin, dass es sich nicht um eine Checkliste handle, sondern die zu erbringenden Leistungen im Einzelfall überprüft und den Anforderungen angepasst werden müssten. Der Leistungsbeschrieb lässt damit bis zu einem gewissen Grade offen, welche Leistungen im Rahmen einer konkreten Vergabe erforderlich sind (vgl. Art. 4 SIA-Norm

108). Es ist Sache des Anbieters, die für ein konkretes Bauvorhaben seiner Ansicht nach erforderlichen Leistungen im Detail zu definieren und in die Honorarberechnung einzubeziehen. Dass der Leistungskatalog bei einem Neubauvorhaben dabei anders aussehen wird als bei einem Umbau- oder Sanierungsvorhaben, liegt auf der Hand. Das Modell C AG enthält die wesentlichen Grundleistungen des Leistungsbeschreibs von SIA-Norm 108 und verzichtet lediglich auf einige Teilleistungen, die mit Ausnahme der Teilleistung "Projektkonzepte" als "besonders zu vereinbarend" gelten. Es beinhaltet damit zwei Honorarvorschläge und überlässt der Vergabestelle etwa die Wahl, ob sie mit einem Vorprojekt zufrieden sei oder aber die Erstellung zusätzlicher Projektvarianten verlange. Das Modell C AG weicht damit nicht von den Anforderungen der Ausschreibung im Sinne einer Minderleistung ab. Es liegt auch keine gegenüber den Ausschreibungsunterlagen "reduzierte Erarbeitungstiefe" vor. Es beinhaltet lediglich die nach Auffassung der Mitbeteiligten für die ausschreibungskonforme Ausführung des Sanierungsvorhabens minimal erforderlichen Ingenieurleistungen, welche gegenüber der ersten, ausführlicheren Variante etwas reduziert sind. Im Übrigen ist es auch in keiner Weise erstellt, dass die fraglichen Teilleistungen, auf welche die Mitbeteiligte verzichtet, im Angebot der Beschwerdeführerin enthalten wären; denn sie hat die offerierten Leistungen nie in dieser detaillierten Weise aufgegliedert. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Vergabebehörde das Modell C AG zu Recht nicht als Unternehmervariante im eigentlichen Sinne betrachtet hat und demzufolge auch nicht verpflichtet war, den übrigen Anbietern Gelegenheit einzuräumen, ihre Angebote zu überarbeiten. Dass der im Angebot enthaltene zweite Angebotspreis nach der Erläuterung gestützt auf § 30 SubmV nachträglich auf dem Deckblatt vermerkt wurde, wird nicht bemängelt und ist auch nicht zu beanstanden.

#### **E. 4.3**

Damit ergibt sich, dass die Vergabe gestützt auf das "Modell C AG" der Mitbeteiligten entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers rechtmässig ist.

#### **E. 5**

<Projekt bis Abschlussphase>." Hinsichtlich der geforderten Ingenieurleistungen verweist Anhang 3 der Ausschreibungsunterlagen auf die Honorarordnung SIA-Norm 108 und verlangt die Teilleistungen Vorprojekt, Projekt, Vorbereitung der Ausführung, Ausführung und Abschluss. Gegenstand der vorliegenden Submission sind diese Ingenieurleistungen für die Arbeitsgattungen Architektur, Bauphysik/Wärmedämmung, Heizung, Lüftung, Sanitär, Schwimmbadtechnik sowie Elektroinstallationen bei der Sanierung von Eingangspartie, Gebäudehülle, Schwimmhalle sowie Haustechnik.

#### **E. 5.1**

Der Beschwerdeführer bemängelt im Weiteren die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Erfahrung in vergleichbaren Projekten". Er macht dabei im Wesentlichen geltend, die Vergabebehörde habe keinerlei Referenzauskünfte eingeholt, was einen Verfahrensfehler darstelle. Es sei nämlich zu befürchten, dass die in der Referenzliste aufgelisteten Projekte nicht gleichwertig bewertet worden seien. So habe die Vergabebehörde unberücksichtigt gelassen, dass der Beschwerdeführer über eine sehr hohe Kompetenz verfüge, um die lokalen Planer und Handwerker kostenoptimiert durch den Umbauprozess zu führen. Es seien die Quellen der Vergabebehörde für die Bewertung der Referenzen zu überprüfen und die vom Beschwerdeführer angegebenen Referenzen einzuholen und zu bewerten.

#### **E. 5.2**

Die vorliegende Ausschreibung nennt als zweites Zuschlagskriterium die Erfahrung des Anbieters in vergleichbaren Projekten, welche mit 30 % gewichtet wird (vgl. Ausschreibung). Unter den einzureichenden Unterlagen werden "Referenzprojekte mit Erläuterungen zu den ausgeführten Tätigkeiten" genannt (Ausschreibung, S. 6). Sowohl der Beschwerdeführer als auch die Mitbeteiligten haben je eine Referenzliste eingereicht. Während die Offerte der Mitbeteiligten hinsichtlich der Erfahrung in vergleichbaren Projekten mit sechs Punkten benotet wurde, erhielt diejenige des Beschwerdeführers lediglich vier Punkte. Zur Begründung dieser Benotung führt die Beschwerdegegnerin an, die Referenzliste zeige, dass der Beschwerdeführer zwar ein Spezialist im Teilbereich Badewassertechnik sei, jedoch über keinerlei Erfahrungen als Gesamtprojektverantwortlicher für einen ähnlich gelagerten Auftrag, bei welchem das Schwergewicht auf der Gebäudehüllensanierung liege, verfüge.

### **E. 5.3**

Dass die einschlägige Erfahrung eines Anbieters ein sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität seiner Leistungen ist, wurde von der Rechtsprechung wiederholt bestätigt. Dies gilt zumindest dann, wenn die an die Erfahrung gestellten Anforderungen durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind (vgl. VGr, 1. September 2003, VB.2003.00181, E. 2c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Dass dies bei einem Dienstleistungsauftrag wie dem vorliegenden der Fall ist, liegt auf der Hand und wird durch den Beschwerdeführer auch nicht in Frage gestellt. Was die Bewertung der eingereichten Referenzlisten anbelangt, so ist davon auszugehen, dass der Vergabebehörde dabei ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, in welchen das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Die Ausübung des der Vergabebehörde bei der Bewertung des Unterkriteriums "Referenzen" zustehenden Ermessens setzt allerdings voraus, dass die betreffenden Auskünfte eingeholt und dokumentiert werden, ansonsten der Behörde die tatsächlichen Grundlagen für ihren Ermessensentscheid fehlen (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 4.2., [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Ausserdem ist es unerlässlich, dass mündlich eingeholte Referenzauskünfte durch die Vergabestelle schriftlich festgehalten werden; andernfalls dürfen sie nicht berücksichtigt werden (RB 2003 Nr. 2 = BEZ 2004 Nr. 15).

### **E. 5.4**

Wie den Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur Begründung der vorliegend strittigen Benotung entnommen werden kann, ging es der Vergabestelle beim vorliegenden Zuschlagskriterium lediglich um die Beurteilung der Frage, wie viele ähnlich gelagerte Aufträge die entsprechende Anbieterfirma bereits ausgeführt habe. Sie wollte unter diesem Zuschlagskriterium offensichtlich nur die Erfahrung in quantitativer Hinsicht und nicht die Qualität der erbrachten Dienstleistung oder die fachliche Erfahrung von Schlüsselpersonen der Anbieterfirmen im Einzelnen prüfen. Allgemeine qualitative Aspekte wurden bereits bei der Prüfung der Zulassung der Anbieter zum Vergabeverfahren unter dem Eignungskriterium "Referenzen" geklärt; weitere qualitative Anforderungen wollte die Vergabestelle ausserdem unter den Erfahrungskriterien Leistungsfähigkeit und technisches Vorgehen prüfen. Dementsprechend verlangte die Vergabebehörde in der Ausschreibung auch ausdrücklich eine Liste mit den ausgeführten Referenzprojekten, welche durch "Erläuterungen der Anbieter zu den konkret ausgeführten Tätigkeiten" ergänzt werden sollte. Dass unter diesen Umständen die Einholung von mündlichen Auskünften zwingend erforderlich gewesen wäre, um das entsprechende Zuschlagskriterium sachgerecht bewerten zu können, kann nicht gesagt werden. Dass hinsichtlich einzelner Anbieter oder

insbesondere hinsichtlich der Mitbeteiligten entsprechende mündliche Referenzen zu den in der Referenzliste bezeichneten Objekten eingeholt worden wären, ist nicht ersichtlich und wird auch nicht behauptet. Der vom Beschwerdeführer eingereichten Referenzliste kann entnommen werden, dass dieser über eine reichhaltige Erfahrung in der Beratung und Konzeptplanung von Anlagen insbesondere im Bereich Wellness und Wasserkunst verfügt. Ausserdem umfasst die Erfahrung des Beschwerdeführers die Planung bädertechnischer Anlagen von Hallen- und Freibädern. Als zutreffend erweist sich indessen auch die in der Offertauswertung festgehaltene Feststellung der Beschwerdegegnerin, dass der Beschwerdeführer bisher ausschliesslich für – insbesondere die Badewassertechnik betreffende – Teilprojekte verantwortlich war, jedoch noch nie die Sanierung eines Hallen- oder Freibads als Gesamtprojektverantwortlicher betreute. Demgegenüber enthält die Referenzliste der Mitbeteiligten vier Projekte (davon zwei grosse Gesamtansierungsprojekte), bei welchen sie über ein Generalplanermandat verfügte und damit die Verantwortung für sämtliche anfallenden Planungsleistungen aus allen Fachdisziplinen übernahm. Dass die Vergabebehörde die Referenzliste der Mitbeteiligten unter diesen Umständen höher bewertete als diejenige des Beschwerdeführers, erscheint vertretbar, zumal das Schwergewicht bei der vorliegenden Vergabe nicht auf der Sanierung der Badetechnik, sondern auf der Renovation der Gebäulichkeiten und damit nicht nur auf dem Fachbereich der Bädertechnik liegt (vgl. Ausschreibungsunterlagen, Schätzung der honorarberechtigten Kosten). Damit erweisen sich die Einwände des Beschwerdeführers hinsichtlich der Benotung des Kriteriums Erfahrung als unbegründet.

#### **E. 6.1**

Der Beschwerdeführer wendet sich ausserdem gegen die Bewertung des zu 10 % gewichteten Kriteriums Leistungsfähigkeit (firmeneigene fachspezifische Mitarbeiter), bei welchem die Offerte des Beschwerdeführers mit vier Punkten, diejenige der Mitbeteiligten hingegen mit fünf Punkten benotet wurde. Er macht diesbezüglich im Wesentlichen geltend, er habe sein Team durch lokal erfahrene Baufachleute und vier renommierte Fachberater von nationaler Qualifikation verstärkt. Eine derartige Konzentration von Fachwissen könne innerhalb einer Firma ohne Unterstützung von aussen gar nicht vorhanden sein. Ausserdem sei die lokale Nähe der Subunternehmer zum Bauprojekt ein Vorteil. Die Vergabestelle habe es unterlassen, die Qualifikation der einzelnen Schlüsselpersonen der beigezogenen Firmen zu verifizieren. Ebenfalls nicht nachgeprüft habe sie die persönlichen Erfolgsausweise des Beschwerdeführers bei der Führung von Gesamtteamaufgaben. Ausserdem habe er selber in Erfahrung gebracht, dass die Mitbeteiligte jeweils verdeckt ebenfalls Subunternehmer beiziehe. Des Weiteren stellt der Beschwerdeführer auch die Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums Leistungsfähigkeit als solche in Frage, macht er doch zumindest sinngemäss geltend, es sei willkürlich, eine grössere Unternehmung, welche mehr Eigenleistungen erbringen könne, einer kleineren generell vorzuziehen, nur weil diese auf den Beizug von Subunternehmern angewiesen sei. Die Beschwerdegegnerin stellt sich auf den Standpunkt, die Ausschreibungsunterlagen liessen zwar den Beizug von Subunternehmern zu. Der Vergabebehörde sei jedoch bekannt, dass die Schnittstellenproblematik mit zunehmender Anzahl von Subunternehmern wachse, was sich erfahrungsgemäss negativ auf ein Projekt auswirken könne. Mit dem Kriterium Leistungsfähigkeit verbunden mit dem zusätzlichen Hinweis "firmeneigene fachspezifische Mitarbeiter" solle daher dem Verhältnis Eigenleistung/Fremdleistungen mit einer Gewichtung von 10 % Rechnung getragen werden.

## **E. 6.2**

Die Vergabebehörde hat bei der Benotung des Kriteriums Leistungsfähigkeit bei allen Anbietern die Sachbereiche, welche von Mitarbeitern "in Haus" betreut werden können denjenigen Aufgaben gegenübergestellt, welche an Subunternehmer übertragen werden sollen. Beim Beschwerdeführer können drei Sachbereiche "in Haus" bearbeitet werden (Projektleitung, Bädertechnik, Sanitär), während fünf Zuständigkeitsbereiche Subunternehmern übertragen werden sollen (Physik, Statik, HLK, Elektro und Architektur). Demgegenüber ist die Mitbeteiligte in der Lage, fünf Sachbereiche (Projektleitung, Bädertechnik, Physik, Statik und Architektur, mit zusätzlicher externer Beratung bei Physik und Architektur) betriebsintern abzudecken, während lediglich die Bereiche HLK und Elektro an Subunternehmer weitergeleitet werden sollen. Diese Gegenüberstellung ist grundsätzlich unbestritten und vermag die unterschiedliche Benotung der Angebote zu rechtfertigen.

## **E. 6.3**

Dass der Beizug von mehreren Subunternehmern mit gewissen Risiken für die effiziente Durchführung eines Bauvorhabens verbunden sein kann, wie dies die Beschwerdegegnerin geltend macht, ist nachvollziehbar, da sich grössere Anforderungen an die Koordination durch den Projektleiter stellen. Es ist daher gerade im Falle eines planerischen Dienstleistungsauftrages sachlich vertretbar, wenn einem grösseren Anbieter mit zahlreichen eigenen fachspezifischen Mitarbeitern unter diesem Aspekt ein gewisser Vorzug eingeräumt wird. Der generellen Benachteiligung kleinerer Unternehmen im Vergabeverfahren wird durch die bloss

## **E. 10**

%ige Gewichtung des Zuschlagskriteriums entgegengetreten. Nichts daran zu ändern vermag der Umstand, dass auch der Beizug eines kleineren Betriebes, welcher mit qualifizierten lokalen Subunternehmern zusammenarbeitet, Vorteile bieten kann etwa hinsichtlich besserer Kenntnisse der örtlichen Verhältnisse etc. Die Wahl des Zuschlagskriteriums kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers auf jeden Fall weder als willkürlich noch als ausserhalb des Ermessensspielraums der Vergabebehörde liegend bezeichnet werden. 7. 7.1 Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer die beiden je zu 5 % gewichteten Zuschlagskriterien "Beschreibung des technischen Vorgehens" sowie "Ausbildungsplätze". Er macht diesbezüglich zunächst geltend, die Offertvorlage sei ungewöhnlich. Ein zweistufiges Verfahren mit Präqualifikation wäre zu bevorzugen gewesen. Hinsichtlich der Ausbildungsplätze bringt der Beschwerdeführer im Wesentlichen vor, sein Unternehmen sei eine der wenigen in der Bäderbranche, welche einen Ausbildungsplatz für Haustechnikplaner Fachrichtung Sanitär anbieten könne. Obwohl diese Ausbildungsstelle dieses Jahr nicht habe besetzt werden können, sei eine maximale Benotung gerechtfertigt, zumal auch bei den Fachfirmen der Subplaner zur Zeit vier Lehrlinge beschäftigt seien. 7.2 Hinsichtlich dieser Einwände ist vorzuschicken, dass der Beschwerdeführer selbst dann, wenn sein Angebot bei beiden Kriterien die Maximalnote Sechs bekäme, nicht vor der Mitbeteiligten rangieren würde, sondern höchstens die gleiche Punktzahl erreichen könnte. Der Vergabeentscheid stünde in diesem Fall im Ermessen der Vergabebehörde und würde vom Gericht nur mit Zurückhaltung überprüft. Die Einwände erweisen sich jedoch auch in materieller Hinsicht als unbegründet. Bei der Wahl des Vergabeverfahrens hat die Vergabebehörde im Rahmen der gesetzlich zulässigen Verfahrensarten freie Hand. Dass das gewählte Einladungsverfahren nicht zulässig wäre,

macht der Beschwerdeführer zu Recht nicht geltend. Was die Ausbildungsplätze anbelangt, so ist grundsätzlich unbestritten, dass die Lehrlingsausbildung zulässigerweise als Zuschlagskriterium dienen kann, solange das Kriterium nicht mit mehr als 10 % des Total aller Zuschlagskriterien gewichtet wird und ausländische Anbieter nicht benachteiligt werden (RB 2003 Nr. 52 = BEZ 2003 Nr. 38, auch zum Folgenden). Wie der Beschwerdeführer selber einräumt, ist die in seinem Betrieb vorhandene Lehrstelle nicht besetzt. Lehrstellen, welche nicht besetzt sind und über deren Besetzung keine konkreten Angaben vorliegen, werden bei der Benotung des Kriteriums aber nicht berücksichtigt. Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers hat die Vergabestelle vorliegend auch Ausbildungsplätze bei den Subunternehmern berücksichtigt, jedoch nur dann, wenn es sich um solche im Planungsbereich handelt. Die Beschwerdegegnerin stellt sich dabei auf den Standpunkt, dies sei vorliegend gerechtfertigt, da es sich um einen Planungsauftrag handle. Die Frage nach der Zulässigkeit dieser Einschränkung kann indessen offen bleiben. 8. Zusammenfassend erweisen sich die Einwände des Beschwerdeführers als unbegründet. Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens dem Beschwerdeführer aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 VRG in Verbindung mit § 70 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihm unter diesen Umständen von vornherein nicht zu (vgl. § 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer:

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