

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00309 vom 28. März 2007

ZH Verwaltungsgericht, 2007-03-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2006.00309

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00309 du 28 mars 2007

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00309 del 28 marzo 2007

Regeste

Submission | Türen und Tore in Chromnickelstahl für einen Tunnel: Ausschluss wegen unvollständigem Grundangebot. E. 1: Zuständigkeit und anwendbares Recht. E. 2: Legitimation der Beschwerdeführerin. E. 3: Rüge betreffend Verletzung der Begründungspflicht. E. 4: Umfang der Vergabe und Streitgegenstand. E. 5: Abweichungen von den Vorgaben gemäss Ausschreibungsunterlagen: E. 5.1: Materialqualität der Toraussteifungen. E. 5.2: Typ der Türschliesser. E. 5.3: Qualität der Farbbeschichtung. E. 5.4: Ergebnis: Das Angebot der Beschwerdeführerin ist unvollständig. Die Mängel bzw. Abweichungen des Angebots der Beschwerdeführerin sind in ihrer Gesamtheit schwerwiegend und erfüllen den Ausschlussgrund gemäss § 28 lit. h SubmV. E. 6: Eine an sich zulässige Unternehmervariante ohne entsprechendes Grundangebot ist unvollständig und durfte vom Beschwerdegegner mangels jeglichen Nachweises der Gleichwertigkeit abgelehnt werden. E. 7: Die Angebotsbewertung, bei der eine Unternehmervariante mit einem Grundangebot verglichen wurde, taugt nicht als Entscheidungsgrundlage. Die Vergleichbarkeit der Angebote liesse sich nur dann herstellen, wenn die Vergabebehörde ihr Grundangebot aufgeben würde, was aber nicht der Fall ist. E. 8: Die Vorbringen gegen die Angebotsbewertung sind bei diesem Ergebnis nicht mehr zu prüfen. Abweisung der Beschwerde. E. 9: Kosten- und Entschädigungsfolgen. E. 10: Neue Rechtsmittelordnung auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen nach Inkrafttreten des BGG.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weiter gezogen 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie § 2 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende 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 ist die Beschwerdeführerin eine von lediglich zwei Anbieterinnen. Falls ihre Rügen begründet sind, hat sie demnach eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher grundsätzlich zu bejahen.

E. 3

Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Begründungspflicht. Demgegenüber vertritt der Beschwerdegegner den Standpunkt, die Beschwerdeführerin habe zwar mit Schreiben vom 27. Juli 2006 eine Begründung der Vergabe verlangt. In der Folge habe sie dann aber mitgeteilt, dass sie bereits Beschwerde erhoben habe und auf eine vorgängige Begründung verzichte. Die Einholung der Begründung bei der Vergabeinstanz sei indessen eine Obliegenheit der Beschwerdeführenden, deren Nichtbeachtung den Verlust des Rechts auf eine Substantiierung der Begründung im Rahmen einer Replik nach sich ziehen müsse. Der Entscheid über den Zuschlag bedarf einer ausreichenden Begründung (VGr, 9. Juli 2003, BEZ 2003 Nr. 36 E. 3b; 2. November 2000, VB.2000.00122, E. 3, www.vgrzh.ch; RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4; zu den Anforderungen an die Begründungstiefe vgl. VGr, 13. November 2002, VB.2001.00198, E. 3c, www.vgrzh.ch). Aufgrund der Sonderregeln des Vergaberechts ist zwar die Vergabestelle bei der Eröffnung des Zuschlags zunächst nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Art. 13 lit. h IVöB und § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]); auf Gesuch eines Anbieters hat sie jedoch die wesentlichen Gründe für dessen Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 38 Abs. 3 SubmV). Die Rechtsprechung lässt sodann zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung eines Vergabeentscheids noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a). Eine weitere Ergänzung im Rahmen eines vom Gericht angeordneten zweiten Schriftenwechsels ist dagegen grundsätzlich nicht zulässig (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, www.vgrzh.ch). Vorliegend hat der Beschwerdegegner in seinem Schreiben vom 26. Juli 2006 der Beschwerdeführerin den Entscheid über die Vergabe der Arbeiten an die Mitbeteiligte ohne nähere Begründung eröffnet. Mit Schreiben vom 27. Juli 2006 hat die Beschwerdeführerin vom Beschwerdegegner umgehend eine Begründung seines Entscheids verlangt. Dass sie in der Folge angeblich auf eine Begründung verzichtet habe, wird von der Beschwerdeführerin bestritten. Der Beschwerdegegner stützt seine gegenteilige Behauptung auf eine E-Mail vom 28. Juli 2006, worin ein Mitarbeiter des mit der Durchführung der Vergabe betrauten Ingenieurbüros sein Telefongespräch mit dem Geschäftsleiter der Beschwerdeführerin zusammenfasst. Demnach wurde der Beschwerdeführerin telefonisch "anerbten", den Entscheid "schriftlich oder in einem Gespräch zu erläutern". Daraufhin habe die Beschwerdeführerin erklärt, bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist seien alle involvierten Mitarbeiter ferienabwesend und zudem habe man die Beschwerde bereits eingereicht. Abschliessend hält der Verfasser der E-Mail fest: "Insofern erwartet A AG von uns keine Antwort. Weiteres wird via Verwaltungsgericht laufen." Was damit gemeint ist bzw. was genau die Beschwerdeführerin tatsächlich erwartete, ist unklar. Klar ist dagegen, was sie aus der Sicht des Beschwerdegegners erwarten durfte, nämlich die in der Duplik beschriebene Praxis des Tiefbauamts und weiterer Vergabestellen, "eine ausführliche Begründung des Vergabeentscheids erst mit der Beschwerdeantwort abzugeben". Ob sich die Beschwerdeführerin mit diesem Vorgehen ausdrücklich einverstanden erklärt hat, ist

unerheblich. Entscheidend ist, dass die besagte E-Mail keinen expliziten Verzicht der Beschwerdeführerin auf eine Begründung im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV belegt. Ein solcher stünde denn auch im Widerspruch zum deutlich bekundeten Anfechtungswillen der Beschwerdeführerin. Seine Entscheid hat der Beschwerdegegner jedenfalls erst in der Beschwerdeantwort vom 13. September 2006 begründet. Die Beschwerdeführerin konnte hierzu wie auch zu den Vergabeakten erstmals in der Replik umfassend Stellung nehmen. Die darin vorgebrachten Rügen sind damit nicht verspätet erhoben worden. Durch die der Beschwerdeführerin eingeräumte Gelegenheit, mittels Replik zu den Ausführungen in der Beschwerdeantwort Stellung zu nehmen, ist sodann auch eine allfällige vorgängige Gehörsverletzung geheilt worden und damit insoweit für den Ausgang des Verfahrens nicht mehr von Bedeutung (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a).

E. 4

Die streitige Vergabe umfasst die Lieferung von 24 Türen und 3 Toren mit Service- bzw. Fluchttüren für die "Zentrale Süd", 2 Türen für die "Zentrale Mitte", 17 Türen und 3 Toren mit Service- bzw. Fluchttüren für die "Zentrale Nord, 25 Türen im Tunnel- und Werkleitungskanalbereich, 68 Türen für die SOS-Nischen im Tunnel, 22 Fluchttüren an den begehbaren Querschlägen sowie 10 Toren mit Fluchttüren an den befahrbaren Querschlägen. Im Streit liegt vorab, ob das Angebot der Beschwerdeführerin in wesentlichen Punkten von den Ausschreibungsvorgaben abweicht und demzufolge gar kein vollständiges Grundangebot, sondern lediglich eine Unternehmervariante vorliegt. Nachdem das beschwerdeführerische Angebot nicht förmlich ausgeschlossen worden war, drehen sich die Parteivorbringen im Weiteren auch um die konkrete Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien.

E. 5

Das vergebende Gemeinwesen ist bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung grundsätzlich frei (RB 2001 Nr. 47 E. 2c; RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15 E. 4b). Ob es eine grössere oder kleinere Anlage beschaffen will und ob diese hohen oder bloss mittleren Qualitätsansprüchen genügen soll, ist für das Vergaberecht nicht von Belang. Die Vergabestelle darf aber bei der Spezifikation ihrer Vorgaben grundsätzlich nicht nur ein einziges Produkt oder Fabrikat vorschreiben, sondern muss mit dem Hinweis "oder gleichwertig" zum Ausdruck bringen, dass auch andere Produkte zulässig sind, wobei der Anbieter, der ein anderes Produkt offeriert, die Gleichwertigkeit der technischen Spezifikationen des von ihm offerierten Produkts nachzuweisen hat (§ 16 SubmV; RB 2001 Nr. 47 E. 2d). Der Beschwerdegegner wirft der Beschwerdeführerin vor, dass sie in drei Bereichen von den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen abgewichen sei. Es handle sich dabei einerseits um die Materialqualität von Teilen der Chromnickelstahl-tore gemäss Positionen 6.3 und 6.7 der Technischen Spezifikation. Sodann verwende die Beschwerdeführerin durchwegs Türschliesser vom Typ Dorma TS 83 anstelle des jeweils verlangten Typs Dorma TS 93, und schliesslich offeriere sie für die farbbeschichteten Türen eine Pulverbeschichtung anstelle der verlangten Nasslackierung.

E. 5.1

In den Ausschreibungsunterlagen wurde die Materialqualität der Chromnickelstahl-türen mit den Werkstoffnummern 1.4571 oder 1.4404 vorgegeben. Diese Vorgaben werden von der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Tore gemäss Positionen 6.3 und 6.7 der Technischen Spezifikation nicht durchwegs eingehalten. Zwar werden die äusseren Abdeckbleche in der

geforderten Qualität 1.4571 ausgeführt. Für die innere Aussteifungskonstruktion offeriert die Beschwerdeführerin indessen rostfreie Profilstahlrohre in der Qualität 1.4401.

E. 5.1.1

Die Beschwerdeführerin wendet hierzu vorab ein, Positionsnummer 3.2.1 der Ausschreibungsunterlagen bzw. die dortige Materialvorgabe beziehe sich lediglich auf die Türen. Bei den Toren werde dagegen ausdrücklich unterschieden zwischen Rahmen, Tür und Aussteifungskonstruktion. – Aus diesem Umstand kann die Beschwerdeführerin indessen nichts zu ihren Gunsten ableiten. An der zitierten Stelle wird nämlich sowohl für Rahmen, Tür und Aussteifungskonstruktion uneingeschränkt auf Positionsnummer 3.2.1 und damit wiederum auf die Werkstoffnummern 1.4571 oder 1.4404 verwiesen. Der entsprechende Verweis findet sich sodann bei sämtlichen weiteren Türen und Toren, also auch bei den Toren gemäss Positionsnummern 6.3 und 6.7. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin die Vorgaben ursprünglich offenbar auch in diesem Sinn verstanden, führt sie doch in ihrer Offerte aus, "dass die rostfreien Profilstahlrohre Typ 'Forster', welche wir für die innere Aussteifungskonstruktion verwenden, nicht wie ausgeschrieben in 1.4571 erhältlich sind, sondern in 1.4401".

E. 5.1.2

Weiter macht die Beschwerdeführerin geltend, bei den offerierten Toren würden einzig in einem Bereich (Aussteifung) Halbfabrikate aus Chromnickelstahl (Forsterprofile) mit Materialqualität 1.4401 verwendet. Es handle sich dabei nur um das "Skelett" der Tore. Die Bleche darüber seien selbstverständlich in der Materialqualität 1.4571 oder 1.4404 offeriert. Gemessen am ganzen Auftrag nehme dieser Bereich nur ein sehr kleines Volumen ein. Diese wärmegetrennten Profile seien in anderer Qualität gar nicht erhältlich. Auch sei das Material in keiner Weise minderwertig, sondern werde gerade im Tunnelbau als Standardprodukt verwendet. – Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, das Material 1.4401 sei zwar qualitativ nicht minderwertig, jedoch in der Verarbeitung viel schwieriger, da äusserst heikel zu schweissen. Es bestehe eine grosse Gefahr, dass sich beim Schweissen Karbid bilde, was zu Versprödung mit entsprechender Festigkeitseinbusse führe und die interkristalline Korrosionsgefahr signifikant erhöhe. Diese Problematik sei bei der Abnahme nicht immer ersichtlich, da die geschweissten Tür- und Torrahmen durch die angebrachten Tür- und Torblätter zum grössten Teil abgedeckt würden und Mängel auch erst nach Ablauf der Garantiezeit auftreten könnten. Beim Eintreten dieser Korrosion müssten die Tore mit erheblichen Kostenfolgen ersetzt werden. Die angeblich erhöhte Korrosionsgefahr samt entsprechendem Kostenrisiko wird von der Beschwerdeführerin unter Verweis auf eine E-Mail ihrer Lieferantin bestritten. Ob die Aussagen dieser Lieferantin tatsächlich geeignet sind, die uneingeschränkte Gleichwertigkeit der zur Diskussion stehenden Werkstoffe zu belegen, kann offen bleiben. Die Beschwerdeführerin ist in diesem Punkt von den klaren Materialvorgaben gemäss Ausschreibung abgewichen. Sowohl gestützt auf § 16 Abs. 3 SubmV als auch gemäss den Ausschreibungsbestimmungen hätte sie folglich mit der Offerte die Gleichwertigkeit ihres Angebots beweisen bzw. einen entsprechenden "Qualitäts- und Eignungsnachweis" erbringen müssen. Dieser Nachweis kann im Rechtsmittelvermittelverfahren nicht mehr nachgeholt werden. In der Offerte hat die Beschwerdeführerin hierzu lediglich ausgeführt, die fraglichen Profile seien in anderer Qualität gar nicht erhältlich. Nachdem die Mitbewerberinnen keine entsprechende Einschränkung machten, gilt dies aber offenbar nicht generell, sondern nur für die von der Beschwerdeführerin bevorzugten Halbfabrikate

ihrer Lieferantin (Forster). Angaben zur Gleichwertigkeit der Werkstoffe wären daher durchaus angebracht gewesen. Dies umso mehr, als die vom Beschwerdegegner angeführten Risiken nicht von vornherein unbegründet und in letzter Konsequenz auch als erheblich erscheinen, zumal der Mangel sämtliche 16 Tore betrifft. Gemessen an der Zahl von 158 Türen mag dieser Anteil auf den ersten Blick gering erscheinen. Ein Kostenvergleich zeigt jedoch ein anderes Gewichtsverhältnis; so entfallen im Angebot der Beschwerdeführerin immerhin knapp die Hälfte der aufgeführten "Material-, Herstell- und Montagekosten" auf diese 16 Tore. Mithin kann ohne Rechtsverletzung festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin insofern die gestellten Anforderungen in einem wesentlichen Punkt nicht erfüllt hat.

E. 5.2

Ferner beanstandet der Beschwerdegegner, dass die Beschwerdeführerin durchwegs Türschliesser vom Typ Dorma TS 83 anstelle des in den Ausschreibungsunterlagen jeweils verlangten Typs Dorma TS 93 offeriert. Damit erziele sie einerseits einen erheblichen Kostenvorteil gegenüber der Mitbeteiligten. Andererseits falle aber negativ ins Gewicht, dass die verantwortlichen Ingenieure das System TS 83 für den Tunneleinsatz als zu schwach konzipiert und somit den Anforderungen nicht genügend erachteten. Hinzu komme, dass der Typ TS 83 ein wartungsintensives Hebelgestänge aufweise, was mit erhöhten Folgekosten verbunden sei. Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, nach ihrer Erfahrung sei der Türschliesser Dorma TS 83 im Tunnelbau wesentlich geeigneter als der ausgeschriebene Schliesser TS 93. Die Händlerin dieser Türschliesser empfehle für den Tunnelbau gerade auch wegen der Korrosionsbeständigkeit den Türschliesser TS 83. Auch stelle die Gleitschiene des Typs TS 93 im schweren Tunnelbetrieb einen wesentlichen Qualitätsnachteil (Verschmutzungsgefahr und dadurch Beeinträchtigung der Funktion) gegenüber dem Kniehebel des Typs TS 83 dar. Der vom Beschwerdegegner behauptete Kostenvorteil sei zudem nicht erheblich, sondern eher gering. Im Übrigen habe die Beschwerdeführerin extra nachgefragt, ob wirklich das System TS 93 gefordert sei, was der Beschwerdegegner ausdrücklich verneint habe. Hätte der Beschwerdegegner am Typ TS 93 festgehalten, hätte die Beschwerdeführerin auch diesen angeboten, obwohl dies nach ihrer Ansicht die schlechtere Lösung wäre. Vorab zum letztgenannten Einwand: Die von der Beschwerdeführerin gestellte Frage lautete: "Können anstelle der vorgegebenen Türschliesser Dorma TS 93 auch andere gleichwertige Produkte verwendet werden?" Worauf die Vergabestelle antwortete: "Ja, es dürfen auch andere gleichwertige Produkte eingesetzt werden, sofern diese für den vorgesehenen Einsatz geeignet und nach EN 1154 geprüft sind und die nötige Schliesskraft für erhöhte Druckbelastungen erfüllen." Damit ist der Wechsel zum Türschliesser TS 83 nicht ausdrücklich gestattet worden. Der Beschwerdegegner hat zwar nicht zwingend am Produkt TS 93 festgehalten aber sehr wohl an einem gleichwertigen Produkt. Dabei hat er auch klar zum Ausdruck gebracht, dass er die Gleichwertigkeit insbesondere im Bereich "Schliesskraft für erhöhte Druckentlastungen" gewährleisten will. Dass der Beschwerdegegner diesem Aspekt ein massgebliches Gewicht beimisst, ist nicht zu beanstanden, leuchtet es doch ohne weiteres ein, dass diesbezüglich im Tunnelbetrieb höchste Ansprüche gestellt werden. Den entsprechenden Nachweis ist die Beschwerdeführerin wiederum schuldig geblieben bzw. letztlich hat sie gar nicht bestritten, dass das Schliesssystem TS 93 diesbezüglich höheren Ansprüchen genügt als das System TS 83. Mithin erfüllt ihre Offerte insofern die gestellten Anforderungen nicht. Ob das Schliesssystem TS 83 unter anderen Gesichtspunkten gleichwertig oder gar vorteilhaft wäre, kann dahin gestellt bleiben. Das Erfordernis, dass

auf jeden Fall ein Angebot einzureichen ist, welches die in den Submissionsunterlagen verlangten Systemanforderungen erfüllt, gilt unabhängig davon, ob die vorgeschlagene Variante gegenüber dem mit der Submission verlangten Angebot Vorteile technischer und/oder finanzieller Art aufweist. Nachdem die festgestellte Abweichung von den Ausschreibungsvorgaben sämtliche Türen und Tore mit Ausnahme der "einflügeligen Abschlusstür zum Abluftkanal" betrifft, ist sie auch als wesentlich zu werten.

E. 5.3

Im Weiteren wird der Beschwerdeführerin angelastet, dass sie für die farbbeschichteten Türen eine Pulverbeschichtung anstelle der verlangten Nasslackierung offeriere.

E. 5.3.1

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, in den Ausschreibungsunterlagen sei die Vorgabe "Nasslackierung" nicht ausdrücklich statuiert worden. Der Beschwerdegegner leite diese technische Spezifikation einzig aus den von ihm genannten Produktbeispielen ab, die alle aus dem Bereich Nasslackierung stammten. Da die Beschwerdeführerin in sämtlichen bisherigen Aufträgen für den Beschwerdegegner immer Pulverbeschichtungen angeboten habe, sei sie davon ausgegangen, dass auch hier ohne weiteres Pulverbeschichtungen angeboten werden könnten. Wären Nasslackierungen ein zwingendes Erfordernis gewesen, hätte der Beschwerdegegner dies in der Ausschreibung auch so bezeichnen müssen und nicht lediglich Nasslackierungsprodukte als Beispiele nennen dürfen. Diese Argumentation der Beschwerdeführerin erweist sich als nicht stichhaltig. Die Vorgabe "Nasslackierung" stützt sich entgegen ihrer Darstellung nicht nur auf die Produktbeispiele in Positionsnummer 3.2.2.1 der Technischen Spezifikation, sondern wird auch darüber hinaus ausdrücklich statuiert. So heisst es in Positionsnummer 3.2.1: "Sofern die Türen farbbeschichtet gefordert werden, ist werkseitig eine Grundierung und ein Deckanstrich (Nasslackierung) anzubringen."

E. 5.3.2

Der Beschwerdegegner begründet diese technische Spezifikation damit, dass die Pulverbeschichtung zwar billiger, aber wegen der grösseren Poren qualitativ schlechter als eine Nasslackierung sei. Einerseits sei sie dadurch anfälliger für Korrosionsschäden, und andererseits sei die Farbschicht härter, weshalb leichter und mehr Farb-Abplatzer (Farbschäden) als bei einer Nasslackierung entstünden. Die Eignung der Pulverbeschichtung bei einer vorausgesetzten Lebensdauer von dreissig Jahren im aggressiven "Tunnelklima" sei daher äussert fraglich. – Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, nach ihrer Ansicht und derjenigen der Herstellerin und Farbenspezialistin IGP sei die Pulverbeschichtung im Tunnelbau wesentlich besser geeignet als die Nasslackierung. Der Umstand, dass zu dieser Frage unterschiedliche Fachmeinungen existieren, spricht nicht ohne weiteres für die Gleichwertigkeit der beiden Oberflächenbehandlungsmethoden, sondern vielmehr dafür, dass diese durchaus unterschiedliche Eigenschaften mit entsprechenden Vor- und Nachteilen aufweisen. Die Beschwerdeführerin hätte denn auch wiederum bereits in ihrer Offerte begründete Ausführungen zur Gleichwertigkeit ihres Angebots machen müssen. Dieses Versäumnis kann sie im Beschwerdeverfahren, wie erwähnt, nicht nachholen. Wenn der Beschwerdegegner unter diesen Umständen und mit der vorstehenden Begründung zum Schluss gelangte, die Eigenschaften einer Pulverbeschichtung würden nicht denjenigen der ausgeschriebenen Nasslackierung entsprechen, so war das nicht rechtsverletzend. Ob eine Pulverbeschichtung die Bedürfnisse

des Beschwerdegegners ebenfalls erfüllen würde, kann offen bleiben, denn es ist, wie gesagt, nicht Sache der Rechtsmittelinstanzen, sondern der vergebenden Instanz, vor der Umschreibung von Gegenstand und Umfang eines öffentlichen Auftrages eine sachgerechte Bedürfnisabklärung vorzunehmen (RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15).

E. 5.4

Das Angebot der Beschwerdeführerin entspricht demnach in den vorstehend behandelten Punkten nicht den Ausschreibungsvorgaben und ist insofern unvollständig. Ein solches Angebot berechtigt gemäss § 28 lit. h SubmV – ausser bei untergeordneten Mängeln (RB 1999 Nr. 61 = ZBI 101/2000, S. 265 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6) – zum Ausschluss eines Anbieters von der Teilnahme. Wie vorstehend ausgeführt (E. 5.1 und 5.2), sind die Abweichungen bzw. Mängel vorliegend nicht mehr bloss von untergeordneter Natur, sondern erweisen sich teilweise für sich allein, jedenfalls sicher aber in ihrer Gesamtheit als schwerwiegend. Mithin sind die Voraussetzungen für einen Ausschluss der Beschwerdeführerin gemäss § 28 lit. h SubmV erfüllt.

E. 6

Der Beschwerdegegner macht ferner geltend, beim Angebot der Beschwerdeführerin handle es sich um eine Unternehmervariante ohne entsprechendes Grundangebot. Dass er diese Variante ablehne bzw. ablehnen dürfe, bedeute ebenfalls den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen waren Unternehmervarianten ausdrücklich als zulässig erklärt worden. Gefordert wurde aber unter anderem, dass Varianten als solche klar zu kennzeichnen, ausreichend zu umschreiben und mit einem vollständigen Leistungsverzeichnis bzw. Grundangebot zu versehen seien. Überdies wurde der Nachweis verlangt, dass sie hinsichtlich Nutzung, Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit ein insgesamt gleichwertiges Bauwerk gewährleisten. Den Unternehmern war es im vorliegenden Vergabeverfahren demnach freigestellt, eine Variante zu den von der Auftraggeberin verlangten Anforderungen zu unterbreiten (VGr, 3. November 1999, BEZ 1999 Nr. 36 E. 3a/bb). Beschränkt sich ein Unternehmer indessen auf das Angebot einer Variante, so hat er ein unvollständiges Angebot eingereicht, welches nach geltender Vergabepaxis zum Ausschluss des betreffenden Anbieters führt, sofern die Variante abgelehnt wird (vgl. VGr, 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.1; VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00212, E. 4a; beide unter www.vgrzh.ch). Der Beschwerdegegner lehnt die Angebotsvariante der Beschwerdeführerin erklärermassen ab. Er begründet dies damit, dass sie weder hinsichtlich Nutzung noch Gebrauchstauglichkeit oder Sicherheit gleichwertig sei. Dieser Entscheid ist nicht zu beanstanden. Es steht grundsätzlich im freien Ermessen der Vergabebehörde, ob sie eine Variante ablehnen will, und überdies wurde bereits in den vorstehenden Erwägungen zu den einzelnen Abweichungen (E. 5.1–5.3) ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin jeglichen Nachweis zur Gleichwertigkeit ihrer Angebotsvariante schuldig geblieben ist. Mit der Ablehnung der Variante bleibt es somit beim unvollständigen Grundangebot und dem Ausschlussgrund gemäss § 28 lit. h SubmV.

E. 7

Der Ausschluss vom Verfahren muss einem Anbieter nicht mit einer eigenständigen Verfügung eröffnet werden. Dies gilt nicht nur beim Ausschluss infolge Nichterfüllen der Eignungskriterien (vgl. RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 6c), sondern auch beim Ausschluss infolge Mängeln bzw. Unvollständigkeit der eingereichten Offerte. Es steht der vergebenden Behörde frei, im Rahmen des Zuschlags über den Ausschluss zu befinden. In

solchen Fällen impliziert die Zuschlagsverfügung den Ausschluss (vgl. EBRK, 7. November 1997, Baurecht 4/1998, S. 126, Nr. 335 E. 3; 8. Februar 2000, Baurecht 4/2000, S. 124, Nr. S30). Dem nicht berücksichtigten Anbieter entsteht dadurch kein Rechtsnachteil, kann er doch mit der Anfechtung der Zuschlagsverfügung auch geltend machen, er sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden (VGr, 24. Mai 2002, BEZ 2002 Nr. 52 E. 4a). Der Beschwerdegegner hat seinen Vergabeentscheid zwar in erster Linie mit der Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien begründet. Gleichzeitig erklärt er aber, er erachte die erwähnten Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen als derart gravierend, dass eine Vergabe auf dieser Grundlage für ihn nicht in Frage komme. Das lässt darauf schliessen, dass er auf einen formellen Ausschluss nur deshalb verzichtete, weil er auch mit seiner abschlägigen Angebotsbewertung zum vermeintlich gleichen Ergebnis kam. Die Angebotsbewertung taugt indessen nicht als Entscheidungsgrundlage, wenn dabei nicht Gleiches mit Gleichem verglichen wurde, sondern eben eine Unternehmervariante mit dem Grundangebot. Dies bemerkt auch der Beschwerdegegner, wenn er ausführt, die festgestellten Abweichungen führten zu günstigeren Herstellungskosten, verschlechterten aber die Qualität der Türen und Tore schwerwiegend. Die tieferen Herstellungskosten ermöglichten der Beschwerdeführerin erst ein so günstiges Angebot einzureichen, was wiederum zu ihrem grossen Punktevorsprung gegenüber der Mitbeteiligten beim Preiskriterium geführt habe. Das heisse, dass die Preisbewertung gemäss Offertauswertung mangels effektiver Vergleichbarkeit der Angebote so nicht haltbar sei. Die Vergleichbarkeit der Angebote lässt sich zwar allenfalls nachträglich herstellen, jedoch nur, wenn die Vergabebehörde ihr Grundangebot aufgibt und die Unternehmervariante als massgeblich erklärt. In einem solchen Fall müsste sie auch den übrigen Anbietern Gelegenheit bieten, 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). Der umgekehrte Fall, dass die Variante nachträglich dem Grundangebot "angepasst" würde, ist von vornherein ausgeschlossen, da dies einer unzulässigen nachträglichen Angebotsänderung gleichkäme. Will die Vergabebehörde, wie vorliegend, nicht von ihren Ausschreibungsvorgaben abweichen, scheidet daher die Variante infolge der fehlenden Vergleichbarkeit aus.

E. 8

Dass die Beschwerdeführerin das preislich günstigste – allerdings nur beschränkt vergleichbare – Angebot eingereicht hat, ist infolge des Vorliegens eines Ausschlussgrunds ebenso bedeutungslos wie ihr fachlicher Leistungsausweis und die allfällige Begründetheit ihrer übrigen Einwände gegen die Angebotsbewertung anhand der Zuschlagskriterien. Auf die entsprechenden Parteivorbringen ist daher nicht weiter einzugehen. Der Zuschlag an die von der Beschwerdegegnerin ausgewählte Anbieterin war demnach gerechtfertigt. Die Beschwerde ist abzuweisen.

E. 9

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG); eine Parteienschädigung steht ihr von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen hat sie den Beschwerdegegner für dessen Umtriebe im Beschwerdeverfahren, die den üblichen Verwaltungsaufwand klar übersteigen, angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG; § 12 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997). Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu

berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeantwort lediglich die von ihm ohnehin geschuldete Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat; in Betracht fällt daher nur der Aufwand, der ihm mit der Ausarbeitung der Duplik entstanden ist. Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-.

E. 10

Letztinstanzliche kantonale Entscheide in Angelegenheiten des öffentlichen Rechts können grundsätzlich mit der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht weitergezogen werden (Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG, SR 173.110]). Gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen ist die Beschwerde jedoch gemäss Art. 83 lit. f BGG unzulässig, "1. wenn der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BoeB] oder des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nicht erreicht, 2. wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt". Die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten steht somit nur zur Verfügung, wenn der geschätzte Auftragswert den massgebenden Schwellenwert des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen bzw. des bilateralen Abkommens mit der Europäischen Gemeinschaft erreicht und sich zudem eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; andernfalls kann nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Ob die zwei genannten Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen, war zwar zunächst umstritten. Aufgrund der Sprachlogik wie auch der Entstehungsgeschichte ist jedoch davon auszugehen, dass nur das gemeinsame Vorliegen beider Erfordernisse den Beschwerdeweg öffnet (vgl. Heinz Aemisegger, Der Beschwerdegang in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 103 ff., 138; Peter Karlen, Das neue Bundesgerichtsgesetz, Basel 2006, S. 50; Hansjörg Seiler/Nicolas von Werdt/Andreas Güngerich, Bundesgerichtsgesetz [BGG], Handkommentar, Bern 2007, Art. 83 N. 50; Robert Wolf, Die neue Rechtsmittelordnung im Bund, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2006, S. 13; a.M. Rainer J. Schweizer, Die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach dem neuen Bundesgerichtsgesetz, in: Bernhard Ehrenzeller/Rainer J. Schweizer [Hrsg.], Die Reorganisation der Bundesrechtspflege – Neuerungen und Auswirkungen in der Praxis, St. Gallen 2006, S. 211 ff., 221, 224). Vorliegend beläuft sich der Wert des vergebenen Einzelauftrages auf Fr. 2'737'935.80. Im Anwendungsbereich des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen und des bilateralen Abkommens ist jedoch bei Bauaufträgen der Wert des gesamten Bauwerkes massgebend (Art. 7 Abs. 2 BoeB; vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB), hier also die Bausumme des Tunnelbauwerks, welche den für Bauaufträge geltenden Schwellenwert von Fr. 9'575'000.- (Art. 1 der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007; SR 172.056.12) bei weitem übersteigt. Wollte man die Lieferung und Montage der hier zu beschaffenden Türen als separaten Lieferauftrag verstehen, so würde der für diese Auftragsart geltende Schwellenwert von Fr. 248'950.- ebenfalls deutlich überschritten. Gegen den vorliegenden Entscheid kann demnach die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten erhoben werden, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Ist dies nicht der Fall, kann die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden. Demgemäss

entscheidet die Kammer:

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