

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00449 vom 9. April 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-04-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2007.00449

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00449 du 9 avril 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2007.00449 del 9 aprile 2008

Regeste

Submission | Umbau und Instandsetzung eines Altersheims (Baumeisterarbeiten): Ausschluss vom Verfahren, Bewertung der Zuschlagskriterien. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist mit Bezug auf die korrekte Bekanntgabe der Unterakkordanten nicht besser zu bewerten als dasjenige der Mitbeteiligten. Mit der Zulassung beider Angebote hat die Beschwerdegegnerin den Rahmen des ihr zustehenden Ermessens nicht überschritten und es kann ihr keine Ungleichbehandlung zulasten der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden (E. 2). Die Beschwerdegegnerin durfte von den vier für die Beschwerdeführerin eingeholten Referenzauskünften nur zwei als gut und zwei weitere als schlecht oder zumindest fragwürdig bewerten. Die Bewertung der Referenzen der Beschwerdeführerin mit nur vier von sechs möglichen Punkten erscheint als gerechtfertigt oder jedenfalls vertretbar (E. 5). Bewertung des Subkriteriums "Erfüllung der techn. Vorgaben/Anforderungen": Vorliegend steht der Umstand, dass die Leistungsfähigkeit der Anbieter bereits im Rahmen der Eignung zu prüfen war, einer Beachtung dieses Merkmals mit Blick auf die Qualität der Leistung nicht entgegen (E. 6.3). Anmerkung bezüglich Bewertung der Angebotspreise: Die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Benotung trägt der tatsächlichen Bedeutung der Preisunterschiede offensichtlich nicht Rechnung und entspricht damit nicht den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen (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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 zur Anwendung.

E. 2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen, weil sie in ihrem Angebot die Subunternehmungen, die sie bei der Ausführung des Auftrags beizuziehen gedenke, nicht mit Namen bezeichnet habe. Dies stelle eine Verletzung einer wesentlichen Formvorschrift im Sinn von § 28 lit. h

Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) dar. Überdies sei anzunehmen, dass die Mitbeteiligte noch weitere Arbeiten, insbesondere jene für den Metallbau, an Subunternehmer übertragen werde.

E. 2.1

Gemäss § 28 lit. h SubmV werden Anbietende von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formvorschriften verletzt haben, insbesondere auch durch Unvollständigkeit des Angebots. Diese Rechtsfolge ist allerdings nur adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt, denn ein überspitzter Formalismus ist zu vermeiden (RB 1999 Nr. 61 = ZBI 101/2000, S. 265 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6; RB 2006 Nr. 46 E. 3.2; VGr, 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.1, www.vgrzh.ch; Herbert Lang, *Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen*, ZBI 101/2000, S. 225 ff., 235; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 2. A., Band 1, Zürich 2007, N. 272 f.).

E. 2.2

Das Angebotsformular enthielt unter Ziffer 18.10 die folgende von den Anbietern auszufüllende Tabelle: 18.10 Subunternehmungen sind nachfolgend vollständig aufzuführen: Unternehmung Leistung

Betrag ca. CHF

.....
.....

..... Die Mitbeteiligte nannte als Leistungen "Abbruch" und "Gerüst" ohne Angabe eines Betrages. Unter der Rubrik "Unternehmung" schrieb sie bei beiden Leistungen "Bekanntgabe b. Werkvertrag". Diese Angabe, dass die als Unterakkordanten beizuziehenden Unternehmungen erst beim Abschluss des Werkvertrags bezeichnet werden sollen, wertet die Beschwerdeführerin als Unvollständigkeit des Angebots, die nach § 28 lit. h SubmV dessen Ausschluss nach sich ziehen müsse.

E. 2.3

Die Beschwerdegegnerin hält einen Ausschluss des Angebots für unverhältnismässig. Bei den Leistungen "Abbruch" und "Gerüst" handle es sich nur um untergeordnete Teile des Auftrags; die vorgängige Bekanntgabe der beizuziehenden Unterakkordanten sei vor allem in jenen Bereichen von Bedeutung, welche für die Qualität des Bauwerks wesentlich seien. Bei Abbrucharbeiten und beim Gerüstbau treffe dies nicht zu, und es sei daher in diesen Punkten vertretbar, die Namen der Unternehmer erst beim Vertragsschluss zu nennen. Dieser Standpunkt erscheint als vertretbar. Ungeklärt bleibt dabei jedoch der Einwand der Beschwerdeführerin, dass die Mitbeteiligte voraussichtlich auch die Metallbauarbeiten an einen Subunternehmer übertragen werde, ohne dies im Angebot deklariert zu haben. Zu diesem Vorwurf haben weder die Beschwerdegegnerin noch die Mitbeteiligte Stellung genommen. Andererseits hat aber auch die Beschwerdeführerin ihre Subunternehmer nicht einwandfrei deklariert. Drei als Unterakkordanten vorgesehene Unternehmungen hat sie zwar im Angebotsformular mit Namen bezeichnet, deren Namen jedoch die Einschränkung "Evtl." vorangestellt. Diese Einschränkung bezieht sich offenbar nicht allein auf die Frage, ob die Subunternehmer überhaupt beigezogen werden sollen, denn in ihren Rechtsschriften gibt die Beschwerdeführerin deutlich zu erkennen, dass sie eine Untervergabe z.B. mit Bezug auf den Metallbau als notwendig erachtet. Wenn sie mit dem vorangestellten "Evtl."

somit die Identität der beizuziehenden Unternehmung offen lassen wollte, ist ihre Angabe kaum besser zu werten als jene der Mitbeteiligten, welche gar keine Namen nannte. Hinzu kommt, dass in Anbetracht der beschränkten Leistungsfähigkeit der Beschwerdeführerin eher unwahrscheinlich ist, dass sie alle übrigen Leistungen tatsächlich selber auszuführen vermöchte. Vielmehr ist anzunehmen, dass sie noch in weiteren Bereichen auf die Unterstützung anderer Unternehmungen bzw. Personen angewiesen wäre, die sie nicht als Subunternehmer deklariert hat (hinten, E. 6.2). Insgesamt ist daher das Angebot der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die korrekte Bekanntgabe der Unterakkordanten nicht besser zu bewerten als dasjenige der Mitbeteiligten. Die Beschwerdegegnerin wäre allenfalls berechtigt gewesen, beide Angebote vom Verfahren auszuschliessen. Mit der Zulassung beider Angebote hat sie jedoch den Rahmen des ihr zustehenden Ermessens nicht überschritten, und es kann ihr auch keine Ungleichbehandlung zulasten der Beschwerdeführerin vorgeworfen werden.

E. 3

Die Beschwerdegegnerin nannte in ihrem Angebotsformular die folgenden Zuschlagskriterien: "– Qualität > Referenzen des Anbieters und dessen Mitarbeiter für die vorgesehenen Arbeiten. > Nachweis über die Einhaltung der vorgesehenen Arbeiten > Ausgewiesene Qualität der vorgesehenen Materialien und der Ausführung – Günstigstes Angebot – Nachweis über Lehrlingsausbildung im eigenen Betrieb" Bei der Bewertung der Angebote durch die Beschwerdegegnerin wurden diese Kriterien wie folgt umgesetzt (Bewertungsblatt, auf die Bewertung des Kriteriums "Qualität von Alternativ-Vorschlägen" wurde nachträglich bei allen Anbietenden verzichtet):

Mitbeteiligte	Beschwerdeführerin
Punkte	Wert
6	180
4	120
6	60
6	0
5	25
6	240
6	60
530	505

Kriterien: Qualität (50 %) – Referenzen (30 %), Einhaltung von Terminvorgaben (10 %), Qualität von Alternativ- Vorschlägen (Prod./Mat.) (5 %), Erfüllung der techn. Vorgaben/ Anforderungen (5 %), Preis (40 %), Lernende (10 %), Gesamt (100 %)

Gegen die grundsätzliche Verwendung und Gewichtung der Kriterien werden keine Einwendungen erhoben. Die Beschwerdeführerin wendet sich jedoch gegen die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Bewertung bei den Kriterien "Referenzen" und "Erfüllung der techn. Vorgaben/Anforderungen".

E. 4

Der Vergabebehörde steht bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu (RB 1999 Nr. 67 = BEZ 1999 Nr. 35 = ZBI 2000, S. 589; VGr, 7. Juli 1999, ZBI 2000, S. 271 = BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG).

E. 5

Bei den Referenzen erhielt die Mitbeteiligte die Note 6 entsprechend 180 gewichteten Punkten, die Beschwerdeführerin die Note 4 entsprechend 120 Punkten. Die Beschwerdeführerin beanstandet diese Bewertung und macht geltend, dass ihr die Note 5 bzw. 150 Punkte hätten gegeben werden müssen.

E. 5.1

In den Ausschreibungsunterlagen war auf die Bedeutung der Referenzen als Zuschlagskriterium hingewiesen worden, und die Anbieterinnen hatten mit ihren Offerten entsprechende Referenzlisten eingereicht. Bei der Auswertung der Angebote liess die von der Beschwerdegegnerin mit dieser Aufgabe betraute D AG durch einen ihrer Mitarbeiter über jede der fraglichen Anbieterinnen vier telefonische Referenzen einholen, die schriftlich festgehalten wurden. Die Referenzauskünfte über die Mitbeteiligte fielen alle gut bis sehr gut aus. Von den über die Beschwerdeführerin eingeholten Auskünften fielen zwei gut aus (Pflegezentrum S und Wohnsiedlung T), die zwei andern dagegen mangelhaft: Beim Referenzobjekt Pflegeheim U wurde die Arbeit des Bauführers als "eher mangelhaft" bezeichnet, und das Gesamturteil mit den Worten festgehalten: "Weiterempfehlung mit Vorbehalt, Streitigkeiten beim Ausmass, fehlende Regieunterlagen". In der Beschwerdeantwort führt die Beschwerdegegnerin ergänzend aus, dass es damals mit der Beschwerdeführerin zu Streitigkeiten wegen der Regiearbeiten gekommen sei. Die Rapporte seien der Bauleitung grösstenteils nicht termingerecht oder gar nicht zur Unterschrift unterbreitet worden. Überdies habe die Beschwerdeführerin Regiearbeiten ausgeführt, für die gar kein Auftrag bestand und keine Zustimmung der Bauleitung eingeholt worden sei, und sie habe ohne Absprache mit der Bauleitung andere Masse eingesetzt. Der Bauleiter der Beschwerdeführerin sei gemäss Angaben des zuständigen Bauingenieurs in technischer und administrativer Hinsicht überfordert gewesen. Mit Bezug auf das Referenzobjekt Alters- und Pflegeheim V wollte die angefragte Referenzperson "über die Unternehmung und die Verantwortlichen auf der Baustelle ... keine Beurteilung und keine Empfehlung abgeben." Nach den Angaben der Beschwerdeantwort hat eine nochmalige Nachfrage durch die D AG ergeben, dass es damals zu Diskussionen mit der Beschwerdeführerin wegen der Kostenentwicklung gekommen sei. In der Beschwerdeantwort bringt die Beschwerdegegnerin überdies vor, frühere Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin zeigten ein ähnliches Bild, indem Regiearbeiten und Ausmasse regelmässig zu Diskussionen Anlass gegeben hätten. Sie nennt dazu Beispiele von zwei Bauprojekten, bei welchen der Beschwerdeführerin u.a. ungenügende Ausführungsqualität, Kostenüberschreitungen etc. vorgeworfen werden und die sie überdies mit schriftlichen Stellungnahmen der beteiligten Ingenieure bzw. Architekten dokumentiert.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin beanstandet die Art und Weise, wie die Beschwerdegegnerin die Referenzauskünfte eingeholt hat. Das Vorgehen zeige deutlich, dass der Projektleiter der Beschwerdegegnerin, A. Zimmermann, die Mitbeteiligte favorisiert und nach Möglichkeiten gesucht habe, um die Beschwerdeführerin nicht berücksichtigen zu müssen. Die von der Beschwerdegegnerin beauftragte D AG sei im Vergabeverfahren deren Hilfsperson und befolge verständlicherweise ihre Anweisungen. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin spricht jedoch nicht gegen die Korrektheit der Referenzauskünfte. Dass die Beschwerdegegnerin ein externes Büro mit der Auswertung beauftragte, ist nicht zu beanstanden. Gegen die beigezogenen Personen dürfen allerdings ebenso wenig Ausstandsgründe vorliegen wie gegen die Mitglieder und Mitarbeiter der entscheidenden

Behörde (§ 5a Abs. 1 VRG). Gegen die beigezogene D AG bringt die Beschwerdeführerin lediglich vor, dass diese durch die Beschwerdegegnerin als Auftraggeberin beeinflusst sei. Das wäre jedoch nur von Belang, wenn Zweifel an der Unparteilichkeit der aufseiten der Beschwerdegegnerin tätigen Mitarbeiter vorlägen. Den gegen den Projektleiter der Beschwerdegegnerin, A. Zimmermann, erhobenen Vorwurf der Parteilichkeit begründet die Beschwerdeführerin mit dem Hinweis, dass Personen, die während des Beschwerdeverfahrens wegen zusätzlicher Auskünfte angefragt worden seien, den Eindruck bekommen hätten, die Beschwerdegegnerin wolle negative Auskünfte erhalten. Die Beschwerdegegnerin begründet das nachträgliche Einholen zusätzlicher Auskünfte mit dem Hinweis, sie habe aufzeigen wollen, dass Mängel von der Art, wie sie in den Referenzen zu Tage traten, auch anderweitig in ihrer Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin aufgetreten seien. Bei der Auswertung der Angebote (gemeint: vor dem Zuschlag) habe sie jedoch keinerlei Einfluss darauf genommen, welcher Angestellte der D AG die Referenzauskünfte eingeholt habe und welche Referenzobjekte ausgewählt worden seien. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin war tatsächlich nicht unproblematisch, denn wenn nachträglich, im Rahmen eines Rechtsmittelverfahrens, zusätzliche Auskünfte eingeholt werden, stehen sich Beschwerdeführerin und Vergabestelle als Prozessgegner gegenüber, und in dieser Situation kann den beteiligten Personen nicht mehr dieselbe Unbefangenheit zugestanden werden wie bei der Prüfung der Angebote vor dem Zuschlag. Wieweit solche nachträglichen Auskünfte im Beschwerdeverfahren – wenn auch nur hilfsweise – berücksichtigt werden dürfen, braucht hier nicht entschieden zu werden, denn sie sind für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht von Belang. Andererseits lässt sich aus dem Vorgehen der Beschwerdegegnerin aber auch nicht ableiten, dass sie bzw. das von ihr beauftragte Büro anlässlich der Auswertung der Angebote, die vor dem Zuschlag durchgeführt wurde, einseitig nach für die Beschwerdeführerin ungünstigen Referenzen gesucht hätten. Die Beschwerdeführerin konnte denn auch keine anderen Anhaltspunkte für die behauptete Befangenheit des Projektleiters oder anderer für die Beschwerdegegnerin tätiger Personen nennen.

E. 5.3

Mit Bezug auf das Referenzobjekt Pflegeheim U anerkennt die Beschwerdeführerin sinngemäss die Beanstandungen bezüglich des damals eingesetzten Bauführers. Dieser habe nach jenem Auftrag ersetzt werden müssen und sei bei anderen Objekten der Beschwerdegegnerin nicht mehr zum Einsatz gelangt. Die Beschwerdegegnerin habe dies jedoch gewusst und hätte daher nicht auf die damals zu Tage getretenen Mängel abstellen dürfen. Die Beschwerdeführerin hat das Pflegeheim U in der eingereichten Liste selber als Referenzobjekt genannt. Wenn der damalige Bauführer nicht geeignet war, hätte sie dies auch als Erste erkennen und ihn ablösen müssen. Wenn sie ihn für die fragliche Arbeit dennoch einsetzte, kann sie sich hinterher nicht darüber beklagen, dass sie dafür eine schlechte Referenz erhielt. Richtig ist zwar, dass auf einen früheren Mangel nicht mehr abzustellen ist, wenn feststeht, dass dieser inzwischen behoben wurde. Dieser Nachweis kann zum Beispiel mit entsprechenden Referenzen aus neuerer Zeit geführt werden; mit der Nennung der alten Referenzen kann dies aber nicht erreicht werden. Die Beschwerdeführerin hat auf ihrer ersten Referenzliste ("Referenzliste Objektbezogen") acht Objekte aus den Jahren 1998-2006 genannt. Die Beschwerdegegnerin wählte drei dieser Objekte (Jahre 2003/2004, 2005, 2005/2006) sowie ein weiteres aus der zusätzlichen Referenzliste "Bauten in Betrieb", Objekt Wohnsiedlung T, 2006/2007) für die Nachfrage aus. Eine willkürliche Bevorzugung älterer Objekte kann ihr nicht vorgeworfen werden. Die

Beschwerdegegnerin hat ihre ursprüngliche Referenzauskunft bei dem von der Beschwerdeführerin als Auskunftsperson genannten Bauleiter (Herr Kellenberger) eingeholt. Dass sie nachträglich, im Lauf des Beschwerdeverfahrens, noch weitere Beteiligte befragte, welche seitens der Beschwerdeführerin beanstandet werden, war für den Entscheid nicht mehr relevant. Die Auskünfte fielen im Übrigen in allen Fällen ähnlich negativ aus.

E. 5.4

Beim Referenzobjekt Alters- und Pflegeheim V macht die Beschwerdeführerin geltend, dass diese Referenz eigentlich gar nicht bewertet werden könne. Wie in der Referenzauskunft erwähnt, seien diese Arbeiten unter erschwerten Umständen ausgeführt worden, weil das Altersheim bewohnt gewesen sei. Was die beanstandete Kostenentwicklung anbelange, so seien die Mehrforderungen der Beschwerdeführerin letztlich praktisch vollständig erfüllt worden, weil man eingesehen habe, dass bei der Planung Fehler gemacht worden seien.

E. 5.4.1

Dazu ist zunächst wiederum anzumerken, dass sich dieses Objekt auf der acht Bauten umfassenden ersten Referenzliste der Beschwerdeführerin befand ("Referenzliste Objektbezogen"). Wenn sie es für eine Bewertung ungeeignet hielt, hätte sie es nicht auf dieser Liste aufführen müssen. Die Beschwerdegegnerin hat ihre erste Referenzauskunft auch in diesem Fall bei dem von der Beschwerdeführerin als Auskunftsperson genannten Bauleiter (Herr Suter) eingeholt. Dieser hatte allerdings zunächst nur erklärt, dass er über die Beschwerdeführerin und deren Verantwortliche auf der Baustelle keine Beurteilung und keine Empfehlung abgeben wolle; von wem die zusätzlichen Auskünfte betreffend Diskussionen über die Kostenentwicklung stammten, welche die Beschwerdegegnerin bei ihrer nochmaligen Nachfrage erhielt, geht aus der Beschwerdeantwort nicht hervor. Dass die Kostenentwicklung zu Auseinandersetzungen führte, wird aber auch von der Beschwerdeführerin anerkannt. Mit Bezug auf diese Auseinandersetzungen macht die Beschwerdegegnerin geltend, die Mehrforderungen der Beschwerdeführerin seien schliesslich nur deswegen erfüllt worden, weil Bauvorhaben aus ökonomischen Gründen rasch abgeschlossen werden müssten und eine Einigung im Rahmen von Verhandlungen einem gerichtlichen Verfahren in der Regel vorzuziehen sei. Dies bedeute aber keineswegs, dass die Leistungen der Beschwerdeführerin unbestritten gewesen seien. Auch die von der Beschwerdeführerin behaupteten Planungsfehler würden seitens der Bauleitung nicht anerkannt. – In ihrer Triplik bestritt die Beschwerdeführerin weiterhin, dass sie damals ungerechtfertigte Forderungen gestellt habe. Dass die Beschwerdegegnerin diese nur aus ökonomischen Gründen erfüllt habe, treffe nicht zu; die öffentliche Hand bezahle nichts, was sie nicht zahlen müsse.

E. 5.4.2

Aus dieser Darstellung der Parteien wird immerhin deutlich, dass die von der Beschwerdeführerin gestellten Mehrforderungen zu Auseinandersetzungen führten. Sodann ist gerichtsnotorisch, dass solche Differenzen in der Regel gütlich beigelegt werden; auf eine inhaltliche Anerkennung der Forderungen kann daraus nicht geschlossen werden. Andererseits ist damit auch nicht belegt, dass die Ansprüche der Beschwerdeführerin unbegründet waren. Sie haben aber offensichtlich zu Belastungen in der Abwicklung des Auftrags geführt, die auch seitens der Bauleitung als unerfreulich gewertet wurden. Die Weigerung des Bauleiters, eine Beurteilung oder Empfehlung für die Beschwerdeführerin

abzugeben, ist in diesem Zusammenhang zweifellos nicht als positive Würdigung ihrer Leistungen zu verstehen. Wenn die Beschwerdeführerin das fragliche Objekt dennoch auf ihre Referenzliste gesetzt und den betreffenden Bauleiter als Auskunftsperson genannt hat, muss sie sich diese Beurteilung auch als Referenz anrechnen lassen. Dass diese unzutreffend sei, hat sie nicht belegt.

E. 5.5

Aufgrund des Gesagten kann der Beschwerdegegnerin, wenn sie von den vier für die Beschwerdeführerin eingeholten Referenzauskünften nur zwei als gut und zwei weitere als schlecht oder zumindest fragwürdig bewertete, keine Überschreitung des ihr zustehenden Ermessens vorgeworfen werden. Infolgedessen erscheint auch die Bewertung der Referenzen der Beschwerdeführerin mit nur vier von sechs möglichen Punkten als gerechtfertigt oder jedenfalls vertretbar.

E. 6.1

Beim Subkriterium "Erfüllung der techn. Vorgaben/Anforderungen" (Gewichtung 5 %) erteilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin nur fünf von sechs möglichen Punkten, weil diese lediglich über ca. 25 Beschäftigte verfüge und daher für die Ausführung des Auftrags – auch im Bereich der konventionellen Baumeisterarbeiten – auf Subunternehmer angewiesen sei. Demgegenüber beschäftige die Mitbeteiligte ca. 300 Mitarbeiter und sei daher in der Lage, die konventionellen Baumeisterarbeiten ohne Subunternehmer auszuführen, abgesehen evtl. von speziellen Fräs- und Bohrarbeiten oder der Herstellung vorfabrizierter Betonstützen. Bei der Erteilung des Auftrags an die Mitbeteiligte könne die Beschwerdegegnerin daher darauf vertrauen, dass trotz der hohen Bausumme und der kurzen zur Verfügung stehenden Bauzeit stets eine ausreichende Anzahl Fachkräfte einsetzbar sei. Die Beschwerdeführerin erreiche dagegen den für das Bauvorhaben erforderlichen Personalbestand nicht oder nur sehr knapp. Sie werde deshalb – zumal angesichts der Tatsache, dass Baumeister in der Regel mehrere Aufträge zugleich zu erledigen hätten – auf Unterakkordanten und den Einsatz zusätzlicher, heute noch unbekannter Arbeitskräfte angewiesen sein. Die Beschwerdeführerin macht geltend, für die Ausführung konventioneller Baumeisterarbeiten benötige auch sie keine Subunternehmer; dies werde durch die ihrer Offerte beigelegte Aufstellung über den vorgesehenen Personaleinsatz belegt. Andererseits müsse ein Unternehmen von der Grösse der Mitbeteiligten gleichzeitig zahlreiche Baustellen unterhalten, um ihr Geschäft erfolgreich zu betreiben, und es sei daher keineswegs sichergestellt, dass sie für eine zusätzliche Baustelle nur eigenes Personal einsetzen könne. Die unterschiedliche Bewertung der beiden Anbieterinnen stelle daher eine rechtsungleiche Behandlung dar. Überdies sei die "Leistungsfähigkeit für das vorgesehene Bauvolumen" schon als Eignungskriterium geprüft worden. Wenn gegenüber der Beschwerdeführerin diesbezüglich Vorbehalte bestanden hätten, hätte sie vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen; nachdem dies nicht geschehen sei, könne ihr dieser Punkt bei der Bewertung der Offerten nicht mehr entgegengehalten werden.

E. 6.2

Beschwerdeführerin und Mitbeteiligte machten in ihren Angeboten die folgenden Angaben zur "Zahl der Beschäftigten im Bereich, welcher für die Bearbeitung des ausgeschriebenen Auftrags wesentlich ist" (Formular "Angaben zur Unternehmung"): Mitbeteiligte Beschwerde- führerin Mit höherer Fachausbildung

40	2 – 4 Mit Fachausbildung	
132	8 – 12 Hilfskräfte	
55	8 – 12 Lernende 19	2
Total	246	20 – 30 In ihrem

Dokument "Einsatzplan, Kapazität" (Beilage zum Angebot) bezifferte die Beschwerdeführerin den für den Auftrag vorgesehenen Personaleinsatz wie folgt:

Projektleiter		1 Bauführer (je nach Ausmassintensität)
Arbeitsintensität)		1 – 2 Poliere (je nach Arbeitsintensität)
Arbeitsintensität)		1 – 2 Vorarbeiter (je nach Arbeitsintensität)
Arbeitsintensität)	12 – 20	3 – 5 Maurer und Bauarbeiter (je nach Arbeitsintensität)
Total		18 – 30 Die

Feststellung der Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerdeführerin bestenfalls knapp über das für den Auftrag erforderliche Personal verfügt, trifft somit durchaus zu. Ihre ungenauen Angaben über die Zahl der Mitarbeiter mit einem Spielraum zwischen 20 und 30 Personen legen sodann die Vermutung nahe, dass sie ihren Personalbestand flexibel an den jeweiligen Auftrag anzupassen gedenkt, sei dies durch den Beizug von Unterakkordanten oder von zusätzlichen Arbeitnehmern. Beides wäre für die Auftraggeberin mit Risiken bezüglich Qualität und Termineinhaltung verbunden. Hinzu kommt, dass die Beschwerdeführerin zweifellos nicht ihre ganze Geschäftstätigkeit auf den vorliegend strittigen Auftrag ausrichten wird, sondern darauf angewiesen ist, noch andere Arbeiten zu übernehmen; etwas Anderes wäre mit dem wirtschaftlichen Betrieb einer derartigen Unternehmung nicht vereinbar. Es erscheint daher als unwahrscheinlich, dass sie den vorliegenden Auftrag termingerecht auszuführen vermöchte, ohne in erheblichem Mass Subunternehmer beizuziehen. In ihrem Angebot sah sie den Beizug von Subunternehmern lediglich für die Leistungen Betonbau/-fräsen, Gerüst und Stahlbau mit einem Volumen von insgesamt ca. Fr. 160'000.- vor. Dieser Anteil, der weniger als 10% der Gesamtleistung ausmacht, wird indessen kaum ausreichen, um ihre beschränkten Kapazitäten zu ergänzen; es ist vielmehr nahe liegend, dass sie, wie die Beschwerdegegnerin vermutet, auch Teile der konventionellen Baumeisterarbeiten an andere Unternehmungen wird vergeben müssen. Zwar wird, wie die Beschwerdeführerin zu Recht geltend macht, auch die Mitbeteiligte gleichzeitig mehrere Baustellen unterhalten müssen. Eine grössere Unternehmung besitzt jedoch mit Bezug auf den Einsatz des Personals naturgemäss eine grössere Flexibilität. Demgegenüber ist es der Beschwerdeführerin – wie das Beispiel des Bauführers auf der Baustelle U gezeigt hat – nur beschränkt möglich, kurzfristig auf akute Personalprobleme zu reagieren. Dass diese Ungewissheiten mit einer um eine Stufe ungünstigeren Bewertung in die Benotung eingeflossen sind, erscheint ohne weiteres als gerechtfertigt.

E. 6.3

Die Ausschreibungsunterlagen nannten als Eignungskriterium unter anderem die "Leistungsfähigkeit für das vorgesehene Bauvolumen". Die Beschwerdeführerin schliesst aus dem Umstand, dass sie für geeignet befunden und nicht vom Verfahren ausgeschlossen wurde, derselbe Punkt könne ihr nun bei der Bewertung der Offerten nicht mehr entgegen gehalten werden. Der Beschwerdeführerin ist insofern beizupflichten, als Eignungs- und Zuschlagskriterien wegen ihrer unterschiedlichen Rechtsfolgen klar auseinander zu halten sind. Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche ein Anbieter erfüllen muss, um zu gewährleisten, dass er zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage ist, wogegen Zuschlagskriterien zur Bewertung des Preis-/Leistungsverhältnisses im Hinblick

auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen. Das schliesst indessen nicht aus, dass Merkmale eines Angebots, die bereits für die Eignung der Anbieter von Bedeutung sind, überdies auch als Zuschlagskriterien verwendet werden (RB 2002 Nr. 48 E. 2d = BEZ 2003 Nr. 13; RB 2004 Nr. 42 = BEZ 2004 Nr. 13 E. 3.3; vgl.

Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 380 ff.). Vorliegend steht daher der Umstand, dass die Leistungsfähigkeit der Anbieter bereits im Rahmen der Eignung zu prüfen war, einer Beachtung dieses Merkmals mit Blick auf die Qualität der Leistung nicht entgegen. Die Beschwerdegegnerin hat der Beschwerdeführerin nicht die Fähigkeit abgesprochen, den fraglichen Auftrag – allenfalls unter Beizug zusätzlicher Arbeitskräfte – tatsächlich auszuführen, sieht im Einsatz kurzfristig zugezogenen Personals jedoch ein Risiko für die Ausführungsqualität. Darin ist kein Widerspruch zu erkennen.

E. 6.4

Die Stellungnahme der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort konnte den Eindruck erwecken, die Beschwerdeführerin sei in erster Linie wegen des gemäss ihrem Angebot vorgesehenen Beizugs von drei Subunternehmern schlechter bewertet worden. Erst in der Duplik stellte sie dies eindeutig klar, worauf die Beschwerdeführerin mit ihrer Eingabe vom 18. Februar 2008 Gelegenheit hatte, dazu Stellung zu nehmen. Dem Umstand, dass der Beschwerdeführerin dadurch unnötiger Aufwand bei der Ausarbeitung ihrer Rechtsschriften entstanden ist, ist bei der Verlegung der Parteikosten Rechnung zu tragen.

E. 7

Anzumerken ist schliesslich, dass die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Bewertung der Angebotspreise nicht den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen entspricht.

E. 7.1

Die Preise der 12 Angebote (11 Anbietende, wovon einer mit zusätzlicher Variante) wurden von der Beschwerdegegnerin mit 1 – 6 Punkten bewertet (vgl. die bereinigten Eingabesummen und das Bewertungsblatt): Angebot

Preis	Prozent	Punkte 1	Beschwerdeführerin	2 177
322	100.0	6 2	Mitbeteiligte	2 264 771
104.0	5 3	Anbieter (Variante)	2 329 150	107.0
Anbieter		2 366 915	108.7	3 5
Anbieter		2 376 311	109.1	3 6
Anbieter		2 396 286	110.1	3 7
Anbieter		2 495 153	114.6	3 8
Anbieter		2 521 964	115.8	3 9
Anbieter		2 558 024	117.5	2 10
Anbieter		2 755 573	126.6	2 11
Anbieter		2 768 150	127.1	2 12
Anbieter		3 050 141	140.1	1

Wie die Tabelle zeigt, hat die Beschwerdegegnerin dabei nur ganze Punkte – ohne Zwischenabstufungen – vergeben. Das entsprach ihrem Bewertungsschema für die qualitativen Kriterien, welches Benotungen mit 1 ("unbrauchbar") bis 6 ("hervorragend") enthält. Für die Preisbewertung sah das Bewertungsschema zudem vor, dass eine Abweichung von 0 – 2 % (gemeint offenbar: vom günstigsten Preis) mit 6 Punkten bewertet werde. Für grössere Abweichungen war keine Skala vorgesehen, und eine solche lässt sich auch aus den vorgenommenen Bewertungen

nicht ableiten.

E. 7.2

Der Vergabestelle steht bei der Bewertung der Angebotspreise – ebenso wie bei den andern Zuschlagskriterien – ein Ermessensspielraum zu. In diesen greift das Verwaltungsgericht, dem wie oben bereits dargelegt keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht nicht ein; zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (vgl. oben, E. 4). Die Bewertung muss der Gewichtung des Kriteriums "Preis" Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (VGr, 18. Dezember 2002, BEZ 2003 Nr. 13 E. 3g und 4b, mit Hinweisen). Das bedeutet insbesondere, dass auch beim Kriterium "Preis" die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (RB 2006 Nr. 47 = BEZ 2006 Nr. 36 E. 4; VGr, 21. April 2004, ZBl 105/2004, S. 382, E. 2.2; 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4b, www.vgrzh.ch; RB 2002 Nr. 52 = BEZ 2003 Nr. 13 E. 4b; VGr, 28. Oktober 2002, BEZ 2003 Nr. 14 E. 4c; vgl. zum Ganzen auch Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20). Ferner geht es nicht an, eine gestufte und überdies nicht lineare Bewertung zu verwenden, die zu einem Auseinanderklaffen von effektiver Preisdifferenz und Benotung führt (RB 2006 Nr. 47 = BEZ 2006 Nr. 36 E. 4.3).

E. 7.3

Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin die tiefste Bewertung (1 Punkt) beim teuersten Angebot angesetzt, das mit Fr. 3'050'141.30 rund 40 % über dem günstigsten liegt. Eine tiefere Bewertung mit 0 Punkten war – wie auch bei den anderen Kriterien – nicht vorgesehen. Diese Festlegung des "Nullpunktes" auf 1 ist beizubehalten, obwohl sie die rechnerische Bewertung erschwert, da sonst das Gewicht des Preises im Verhältnis zu den andern Kriterien verschoben würde. Als Grundlage der Bewertung hat die Beschwerdegegnerin damit die effektive Preisspanne der eingegangenen Angebote von rund 40 % herangezogen. Für einen Auftrag dieser Art kann dies als realistischer Wert betrachtet werden. Bewertet man die Angebote anhand dieser Preisspanne proportional mit den Noten 1 bis 6, ergibt sich folgendes Bild:

Prozent	Punkte	Anbieter	Preis	Prozent	Punkte	Anbieter
100.0	1	Beschwerdeführerin	2 177 322	100.0	6	Anbieter
104.0	2	Mitbeteiligte	2 264 771	5.5 3		Anbieter
107.0		(Variante)	2 329 150	5.1 4		Anbieter
108.7			366 915	4.9 5		Anbieter
110.1	4.9 6	Anbieter	109.1	2 396 286	110.1	4.7
114.6		7 Anbieter	2 495 153	114.6	4.2 8	
115.8		Anbieter	2 521 964	115.8	4.0 9	
117.5		Anbieter	2 558 024	117.5	3.8 10	
126.6		Anbieter	2 755 573	126.6	2.7 11	
127.1		Anbieter	2 768 150	127.1	2.6 12	
140.1		Anbieter	3 050 141	140.1	1	Wie die Tabelle zeigt,

weicht die proportionale Bewertung der Preise erheblich von derjenigen der Beschwerdegegnerin ab, indem die Noten der günstigeren Anbieter näher zusammenrücken, wogegen die drei teuersten Angebote deutlich schlechtere Noten erhalten. Die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Benotung trägt der tatsächlichen Bedeutung der Preisunterschiede offensichtlich nicht Rechnung. Die Mitbeteiligte müsste somit nicht nur 5, sondern 5.5 Punkte erhalten, was aufgrund der Gewichtung des Preiskriteriums mit 40 % gemäss der

Auswertungsmethode der Beschwerdegegnerin 220 Punkte ergäbe. Selbst wenn die massgebliche Preisspanne mit nur 30 % angenommen würde, erhielte die Mitbeteiligte noch 5.3 Punkte bzw. einen gewichteten Betrag von 212. Damit erzielte sie in der Gesamtbewertung 550 bzw. mindestens 542 Punkte. Mit diesem Ergebnis läge sie selbst dann noch vor der Beschwerdeführerin, wenn die von dieser beanstandete Bewertung der Referenzen und der technischen Vorgaben/Anforderungen in ihrem Sinn korrigiert werden müsste.

E. 7.4

Die Tabelle zeigt ferner, dass die Anbieterinnen 4, 5 und 6, die nach der Bewertung der Beschwerdegegnerin beim Preiskriterium nur je die Note 3 erzielten, bei der zutreffenden proportionalen Bewertung die Noten 4.9 bzw. 4.7 erhalten müssten. Aufgrund der Gewichtung mit 40 % ergäbe dies 196 bzw. 188 Punkte. Da diese Anbieterinnen bei den qualitativen Kriterien und der Lehrlingsausbildung dieselben Maximalnoten wie die Mitbeteiligte erhielten (insgesamt ohne das Preiskriterium 330 Punkte), würden sie in der Gesamtbewertung 526 bzw. 518 Punkte erzielen und damit noch vor der Beschwerdeführerin rangieren.

E. 7.5

Die Bewertung der Angebotspreise wurde im Beschwerdeverfahren nicht erörtert, und die Beschwerdeführerin hatte daher keinen Anlass, dazu Stellung zu nehmen. Überdies kannte die Beschwerdeführerin die bereinigten Preise und die Bewertung der übrigen Anbietenden nicht, denn anlässlich ihrer Akteneinsicht wurden auf den entsprechenden Dokumenten die Angaben, welche sich auf nicht am Beschwerdeverfahren beteiligte Anbieter bezogen, abgedeckt. Um ihr rechtliches Gehör in diesen Punkten zu wahren, müsste ihr daher die Möglichkeit zu einer Stellungnahme geboten werden. Da die vorstehenden Erwägungen zur Preisbewertung jedoch für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend sind, kann auf eine solche Anhörung verzichtet werden.

E. 8

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin zu auferlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Überdies wäre die Beschwerdeführerin grundsätzlich zu einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Nachdem die Beschwerdegegnerin jedoch mit teilweise unklaren und verspätet vorgebrachten Angaben zusätzlichen Aufwand der Beschwerdeführerin verursacht hat, ist auf die Zuspreehung einer Parteientschädigung zu verzichten.

E. 9

Der Auftragswert der vorliegend strittigen Vergabe beträgt rund Fr. 2'200'000.-. Für die Schwellenwerte gemäss Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) ist jedoch bei Bauaufträgen der Gesamtwert aller Hoch- und Tiefbauarbeiten massgebend (Art. 7 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen ; vgl. Art. 7 Abs. 2 IVöB). Der Stadtrat Zürich hat für den Umbau des Altersheims Wildbach gemäss Medienmitteilung vom 3. November 2006 einen Objektkredit von 11 Millionen Franken bewilligt. Dieser Betrag liegt über dem massgeblichen Schwellenwert (vgl. Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 30. November 2006 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2007; SR 172.056.12), und die Stadt ist denn auch bei der

Ausschreibung des Auftrags davon ausgegangen, dass dieser dem GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (SR 0.632.231.422) unterstehe. Gegen den vorliegenden Entscheid kann daher, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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