

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00104 vom 24. Oktober 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-10-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00104

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00104 du 24 octobre 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00104 del 24 ottobre 2008

Regeste

Submission | Tiefbau- und Belagsarbeiten im Zusammenhang mit der Sanierung einer Aussensportanlage: Beschwerdelegitimation; unzulässige Produktspezifikation in den Ausschreibungsunterlagen; Frage der Vorbefassung. Zur Submissionsbeschwerde ist nur legitimiert, wer bei deren Gutheissung eine realistische Chance auf den Zuschlag hat, weil er mit der angestrebten Bewertungskorrektur alle vor ihm platzierten Anbieter überholen kann. Dies beinhaltet, dass die anderen Angebote bei einer Neuvergabe nach wie vor zum Vergleich stehen (E. 3.2). Die Vergabestelle darf bei der Spezifikation ihrer Vorgaben grundsätzlich nicht ein Produkt oder Fabrikat vorschreiben. Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten sind nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, und sofern in den Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertig" einbezogen werden (E. 6). Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Nicht zu beanstanden ist hingegen ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt (E. 9). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

B AG,

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 haben die Beschwerdeführerinnen das betragsmässig tiefste Angebot eingereicht. Ihre Beschwerden richten sich gegen den Ausschluss dieses Angebots vom Verfahren. Falls die betreffenden Rügen begründet sind, haben die Beschwerdeführerinnen eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher grundsätzlich zu bejahen.

E. 3

Mit Verfügung vom 11. April 2008 hat die Vergabebehörde ihren Entscheid vom 11. Februar 2008 in Wiedererwägung gezogen, d.h. sie hat den Zuschlag gegenüber der Mitbeteiligten 1 widerrufen und neu an die Mitbeteiligte 2 erteilt. Zur Begründung führt der Beschwerdegegner aus, die Mitbeteiligte 1 habe zwar alle Unterlagen inklusive Referenzangaben korrekt eingereicht, die Vergabebehörde habe diese indes nicht richtig gewürdigt. Vielmehr sei sie aus heute nicht mehr nachvollziehbaren Gründen davon ausgegangen, dass das für die Tiefbauarbeiten zuständige ARGE-Mitglied über die verlangte Erfahrung verfüge, was indes nicht der Realität entspreche. Nachdem der Beschwerdegegner seinen Irrtum bemerkt habe, sei die Mitbeteiligte 1 mangels Eignung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen und der Zuschlag gestützt auf § 36 in Verbindung mit § 28 lit. a der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) widerrufen worden. Der Zuschlag sei daraufhin an die zuvor zweitplatzierte Mitbeteiligte 2 gegangen. Die Beschwerdeführerinnen wenden dagegen ein, zum einen seien die von Gesetz und Rechtsprechung definierten Voraussetzungen für einen Widerruf des Zuschlags vorliegend nicht erfüllt. Zum anderen könne ein neuer Zuschlag nur an Anbieter erfolgen, die den ursprünglichen Zuschlagsentscheid angefochten hätten.

E. 3.1

Nachdem es sich bei den Beschwerdeführerinnen nicht um die ursprünglichen Zuschlagsempfängerinnen handelt, sind sie durch den Widerruf des an die Mitbeteiligte 1 ergangenen Zuschlags nicht beschwert und somit in dieser Frage auch nicht beschwerdelegitimiert. Beschwer sind sie dagegen durch die Neuvergabe des Zuschlags an die Mitbeteiligte 2. Dies jedoch auch nur, wenn der Ausschluss ihrer Offerte sich als nicht rechtmässig erweist. Aufgrund des Widerrufs der Zuschlagsverfügung vom 11. Februar 2008 ist das Beschwerdeverfahren VB.2008.00104 infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben. Dem Umstand, dass der Beschwerdegegner die Gegenstandslosigkeit verursacht hat, ist im Rahmen der Regelung der Nebenfolgen Rechnung zu tragen (vgl. E. 10).

E. 3.2

Die Beschwerdeführerinnen vertreten den Standpunkt, werde ein Zuschlagsentscheid angefochten, könne ein neuer Zuschlag nur an Anbieter erfolgen, die den ursprünglichen Zuschlagsentscheid angefochten haben. Gegenüber den übrigen Anbietern, die auf eine Anfechtung verzichtet haben, werde der Zuschlagsentscheid nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts rechtskräftig (VGr, 6. April 2001, VB.2000.00068, www.vgrzh.ch). Da die Mitbeteiligte 2 den ursprünglichen Zuschlagsentscheid nicht angefochten habe, sei der Zuschlag an sie schon deshalb gar nicht mehr möglich. Entgegen der beschwerdeführerischen Ausführungen entspricht ihr Standpunkt nicht der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung. Im zitierten Entscheid VB.2000.00068 vom 6. April 2001 heisst es zwar, es kämen nur die Beschwerdeführenden als Zuschlagsempfänger in Frage. – Diese Aussage stütze sich indes nicht auf grundsätzliche Überlegungen zur Rechtskraftwirkung des Zuschlags, sondern auf die Tatsache, dass die Beschwerdeführenden in jenem Fall gemäss Offertauswertung auf dem 2. Platz hinter der ausgeschlossenen ursprünglichen Zuschlagsempfängerin rangierten. Die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts basiert denn auch vielmehr auf dem gegenteiligen Standpunkt, dass nämlich mit der Aufhebung des Zuschlags dessen Rechtswirkungen auch gegenüber den übrigen Anbietern entfallen und deren Angebote daher bei der Neuvergabe wiederum berücksichtigt werden (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – eine

Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 27). Wie der Beschwerdegegner zutreffend bemerkt, ist die Frage, welche Anbieter nach einer Beschwerdegutheissung am weiteren Vergabeverfahren teilnehmen können, auch im Zusammenhang mit der Legitimationsfrage zu sehen. Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist zur Beschwerde nur legitimiert, wer bei deren Gutheissung eine realistische Chance auf den Zuschlag hat, weil er mit der angestrebten Bewertungskorrektur alle vor ihm platzierten Anbieter überholen kann. Das beinhaltet auch die Aussage, dass diese anderen Angebote bei einer Neuvergabe nach wie vor zum Vergleich stehen. Andernfalls hätte jeder auch noch so weit hinten rangierende Bewerber eine Chance auf den Zuschlag und damit ein aktuelles Rechtsschutzinteresse (Wolf, S. 12). Diese Ausweitung der Beschwerdebefugnis könnte dann wiederum dazu führen, dass ein Anbieter mit einem ausgesprochen schlechten Preis/Leistungs-Verhältnis berücksichtigt werden müsste, wenn er als einziger Beschwerde führt und nachweist, dass das Angebot des ursprünglichen Zuschlagsempfängers einen klaren Mangel aufweist (Wolf, S. 27); eine Konsequenz, die mit Sinn und Zweck des Vergaberechts nur schwerlich zu vereinbaren wäre. Die Frage braucht indes vorliegend nicht abschliessend beantwortet zu werden, da die Aufhebung des Zuschlags vom 11. Februar 2008 nicht als Folge der Beschwerdeführung zu sehen ist, sondern unabhängig davon durch Widerruf des Zuschlags seitens der Vergabebehörde erfolgte. Der Widerruf beseitigt die Rechtskraft des Zuschlags aber in jedem Fall generell und nicht nur gegenüber einzelnen Verfahrensbeteiligten (VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068 E. 3.3; 13. September 2006, VB.2006.00175, E. 4.1, www.vgrzh.ch). Nachdem der Beschwerdegegner das Vergabeverfahren mit dem Widerruf nicht abbrechen wollte, hat er den Zuschlag sodann folgerichtig an die verbleibende Anbieterin mit dem zweithöchsten Resultat vergeben. Die Rechtsstellung der Beschwerdeführerinnen hat dadurch keine wesentliche Änderung erfahren; hinsichtlich der vorrangigen Frage nach der Rechtmässigkeit ihres Verfahrensausschlusses werden sie durch den zweiten Vergabeentscheid nicht zusätzlich beschwert.

E. 4.1

Gemäss dem Allgemeinen Projektbeschrieb (ohne nähere Angaben beziehen sich Aktenzitate jeweils auf die Verfahrensnummer VB.2008.00104) wurde die streitbetroffene Aussensportanlage der Schule H in R samt der 400-Meter-Rennbahn 1977 erstellt. Mitte der Achtziger Jahre wurde der nördliche Hartplatz (Hartplatz 2) erneuert. Seither wurden keine grösseren Änderungen mehr vorgenommen. Infolge abnützungsbedingter Schäden sind heute sämtliche Beläge sanierungsbedürftig. Im oberen Teil der Anlage mit der Rundbahn und den Hartplätzen 1 und 2 sollen die bestehenden Beläge durch sickerfähige Beläge ersetzt werden. Der untere, westliche Teil der Anlage mit den Hartplätzen 3 und 4 wird dagegen wiederum mit einem wasserundurchlässigen Belag ausgestattet. Bei der Aussensportanlage der Schule H in R handelt es sich um eine Schulsportanlage, welche schulische und regionale, nicht aber nationale Wettkampfanforderungen erfüllen "und vor allem für Trainingszwecke geeignet sein muss". Bezüglich Farbgebung ist vorgesehen, die Aktivzonen rot und die Nebenzonen grau zu gestalten. Abschliessend wird sodann festgehalten, dass der Schadstoffgehalt der bestehenden Beläge eine den einschlägigen Vorschriften entsprechende Sonderabfallentsorgung erforderlich mache. Im Leistungsverzeichnis verlangt der Beschwerdegegner unter Position 152.100 für die Rundbahn sowie die Hartplätze 1 + 2 einen "durchlässigen Belag RUB TAN WD1/DIMPLE oder gleichwertig", wobei für die Aktivzonen ein roter Belag (Position 152.101) und für die Nebenzonen ein grauer Belag (Position 152.102) zu offerieren war.

Für die Hartplätze 3 und 4 lautet die Vorgabe in Position 152.200 auf einen "undurchlässigen Belag RUB TAN Dominator oder gleichwertig". RUB TAN ist eine im schweizerischen Markenregister eingetragene Marke der Mitbeteiligten 2.

E. 4.2

Wie der Beschwerdegegner ausführt, hat er den von den Beschwerdeführerinnen zu Position 152.200 für die Hartplätze 3 + 4 angebotenen undurchlässigen Belag Conipur SW als gleichwertig anerkannt. Den von den Beschwerdeführerinnen zu Position 152.100 für die Rundbahn sowie die Hartplätze 1 + 2 angebotenen durchlässigen Belag Conipur SP hat der Beschwerdegegner dagegen nur für die Rundbahn, nicht auch für die Hartplätze 1 + 2, als gleichwertig eingestuft. Er begründet dies damit, dass auf diesen Hartplätzen hauptsächlich Ballsportarten betrieben würden. Ein spritzbeschichteter Belag wie der von den Beschwerdeführerinnen angebotene Conipur SP, sei dafür ungeeignet, da die Abnutzung zu intensiv sei und die Bälle unkontrolliert aufspringen würden. Deshalb sei im Leistungsverzeichnis für die Produktvorgabe auch ein Granulatschüttbelag (RUB TAN WD1/DIMPLE) gewählt worden. Das massiv günstigere Angebot der Beschwerdeführerinnen vermöge die Ungleichwertigkeit des angebotenen Belags nicht zu kompensieren, was zum Verfahrensausschluss geführt habe.

E. 5

Die Beschwerdeführerinnen rügen, dass der Beschwerdegegner in den Ausschreibungsunterlagen jeweils ein bestimmtes Produkt der Mitbeteiligten 2 mit dem Zusatz "oder gleichwertig" vorgegeben habe. Sie machen geltend, soweit dem Hinweis auf die Walo-Rub-Tan-Beläge die Bedeutung einer technischen Spezifikation zukomme, verstosse das Vergabeverfahren und damit auch der Zuschlagsentscheid gegen § 16 Abs. 2 SubmV. Dem hält der Beschwerdegegner zunächst entgegen, diese Rüge erweise sich als verspätet. Es werde zwar nicht bestritten, dass die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere die Eignungskriterien, nicht selbständig mit Beschwerde angefochten werden können bzw. mangels Anfechtung nicht in Rechtskraft erwachsen. Soweit die Beschwerdeführerinnen die Nennung einer Handelsmarke als rechtswidrig rügen, wären sie indes aufgrund von Treu und Glauben verpflichtet gewesen, dies bei der Vergabebehörde ausserhalb eines Rechtsmittelverfahrens frühzeitig zu beanstanden. Der Beschwerdegegner verkennt, dass vorliegend nicht nur die Produktvorgabe als solches kritisiert wird. Die Beschwerdeführerinnen machen darüber hinaus auch geltend, aus der Produktvorgabe würden Leistungsspezifikationen abgeleitet, die aus der sonstigen Leistungsbeschreibung nicht hervorgehen würden und deren einschränkende Bedeutung für die Beurteilung der Gleichwertigkeit anderer Produkte auch nicht vorhersehbar gewesen sei. Dieser Einwand konnte auch nach Treu und Glauben erst im Rechtsmittelverfahren vorgebracht werden und ist somit nicht verspätet erfolgt.

E. 6

Das vergebende Gemeinwesen ist bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung weitgehend frei. Die Vergabestelle darf aber bei der Spezifikation ihrer Vorgaben grundsätzlich nicht nur ein einziges Produkt oder Fabrikat vorschreiben. Gemäss § 16 Abs. 2 SubmV sind Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des

Beschaffungsbedarfs gibt, und sofern in den Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertig" einbezogen werden. Vorliegend wurden die Rundbahn und die Hartplätze 1 + 2 in einer Leistungsposition (R 152.100) zusammengefasst. Der ausgeschriebene Belag sollte sich demnach sowohl für die Leichtathletiknutzung als auch für den allgemeinen Sportbetrieb, inklusive Ballsport (Handball, Basketball und Tennis), eignen und neben den allgemeinen Trainingszwecken auch den schulischen und regionalen Wettkampfanforderungen genügen. Für die ausschreibungsrelevanten technischen Spezifikationen verweist das Angebot sodann auf die Umschreibung im Leistungsverzeichnis. Dort heisst es, für die Rundbahn und die Hartplätze 1 + 2 werde ein "durchlässiger Belag RUB TAN WD1/DIMPLE oder gleichwertig" (Position 152.100) verlangt. Abgesehen von der Eigenschaft "durchlässig" handelt es sich dabei um eine rein produktbezogene Umschreibung der gewünschten Leistung. Dies ist – wie gesagt – nur zulässig, wenn es sonst keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung gibt (§ 16 Abs. 2 SubmV). Wie die Beschwerdeführerinnen ausführen und sich auch aus der vom Beschwerdegegner angeführten Empfehlung 104, Freianlagen-Ausführung, der Eidgenössischen Sportschule Magglingen von 1991 (ESSM-Empfehlung) ergibt, sind bei Belägen für Aussensportanlagen verschiedene technische Spezifikationen möglich. So kann nicht nur zwischen wasserdurchlässigen und wasserundurchlässigen Belägen unterschieden werden, sondern beispielsweise auch zwischen ein-, zwei- und mehrschichtigen Belägen oder zwischen Granulatbelägen mit (mechanisch) geschütteter Oberfläche und solchen mit Strukturspritzbeschichtung. Hinzu kommen auch noch mögliche Spezifikationen zum gewünschten Granulat.

E. 6.1

Unter Verweis auf einen Prüfungsbericht des Instituts für Sportbodentechnik führt der Beschwerdegegner aus, beim ausgeschriebenen RUB TAN WD1/DIMPLE handle es sich um einen einschichtigen Granulatschüttbelag mit einer geschütteten Verschleisschicht aus EPDM-Granulat. Das bedeute, dass dementsprechend auch ein "Granulatschüttbelag mit einer geschütteten Verschleisschicht oder gleichwertig" ausgeschrieben gewesen sei. Für die Vergabebehörde habe von Anfang an festgestanden, dass sie unter der Position 152.100 des Leistungsverzeichnisses nur Granulatschüttbeläge akzeptieren wolle bzw. dass sie strukturspritzbeschichtete Beläge generell und von vornherein als nicht gleichwertig einstufe. Im Rahmen der Vorevaluation hätten sich nämlich sowohl die Auftraggeber (Baudirektion und Hochbauamt) als auch die Nutzer (KZU) von den Vorzügen eines Belages Granulatschüttbelags wie RUB TAN WD1/DIMPLE für Schul- und Trainingszwecke überzeugt. Man habe gemeinsam entschieden, dass der neue Belag für die Aussensportanlage KZU die gleiche Funktionalität aufweisen müsse. Demgegenüber sei anhand von Mustern beurteilt worden, dass ein strukturspritzbeschichteter Belag, wie der von den Beschwerdeführerinnen offerierte Conipur SP, im Vergleich dazu minderwertig und auch die Verletzungsgefahr (Hautschürfungen) grösser sei. Der Beschwerdegegner erklärt damit selbst, dass der Produktvorgabe die Bedeutung einer technischen Spezifikation zukam und er es dabei bewenden liess, obwohl eine klare und präzise Umschreibung des Beschaffungsbedarfs anhand produktunabhängiger Spezifikationen ohne weiteres möglich gewesen wäre. Die Verwendung von Handelsnamen und Typenbezeichnungen war vorliegend somit nicht gerechtfertigt.

E. 6.2

Das gewählte Vorgehen hatte überdies zur Folge, dass für die Anbieter nicht erkennbar war, welches die aus Sicht der Vergabestelle relevanten Leistungsanforderungen waren. Zwar verlangt der Beschwerdegegner von den Anbietern in Ziffer 21 der Ausschreibungsunterlagen "Nachweise über technische Kennwerte, Eignung für Sporttraining und Wettkampf, Belagsstärke, Kraftabbau, Standardverformung, Gleitreibungswert, E-Modul, Bruchdehnung" ihrer Produkte. Ob bzw. welche Mindestanforderungen für diese Qualitätsmerkmale gelten, geht aus den Ausschreibungsunterlagen indes nicht hervor. Dass ein Konkurrenzprodukt sämtliche Merkmale und Eigenschaften des Referenzprodukts im gleichen Ausmass wie dieses erfülle, durfte jedenfalls nicht erwartet werden. Es blieb denn auch unklar, welche Produktmerkmale lediglich erwünscht, nicht unverzichtbar waren und dementsprechend als (relative) Zuschlagskriterien gelten sollten und welche dagegen als (absolute) technische Anforderungen zwingend vorhanden sein mussten.

E. 6.3

Daran vermag auch der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Verweis auf die im Anhang abgegebene Liste relevanter Vorschriften und Normen nichts zu ändern. Auf besagter Liste wird einleitend festgehalten, "beim Angebot und der Ausführung der Arbeiten [seien] die aktuellen einschlägigen Empfehlungen, Vorschriften und Normen insbesondere der massgebenden Sportverbände zu beachten". Sodann werden folgende Normen aufgelistet: "- Regeln der IAAF (International Association of Athletics Federations) - Handbuch für Leichtathletikanlagen. SLV, 1997 - Norm 101d Freianlagen, Herausgeber Schweizer Baudokumentation BHO/J 00100, 11/93 - Empfehlung 104d, Freianlagen - Ausführung, Herausgeber Schweizer Baudokumentation 1991 - 6 Seiten) - Richtlinie 105d, Sportböden- Richtlinie für die Umweltverträglichkeit von elastischen Kunststoffbelägen auf Freianlagen (3/97), Herausgeber ESSM - 106d Sportböden - Sanierung von Kunststoffbelägen in Freianlagen (11/92), Herausgeber ESSM - 831d, Verzeichnis der Normen, Empfehlungen, Anleitungen für Sportanlagen, (10/97), Herausgeber ESSM - Entsprechende DIN- und CEN-Normen" Es ist die vorrangige Aufgabe der Vergabebehörde, die grundsätzlichen Leistungsanforderungen verständlich und klar zu umschreiben. Ein Verweis auf im Anhang erwähnte und/oder abgegebene Normen vermag solch konkrete Vorgaben höchstens ausnahmsweise zu ersetzen, vorausgesetzt die massgebenden Normen sind klar eingegrenzt und die darin enthaltenen Vorgaben sind eindeutig. Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Normenfülle ist gross und, wie die von den Streitparteien herausgegriffenen Beispiele zeigen, inhaltlich keineswegs eindeutig.

E. 6.3.1

Der Beschwerdegegner beruft sich auf die ESSM-Empfehlung 104 aus dem Jahr 1991. Dort würden für Hartplätze, auf denen Ballsportarten wie Handball, Tennis und Basketball gespielt werden, ein- oder zweischichtige Granulatschüttbeläge als geeignet erklärt. Für Handball und Tennis werde ein strukturspritzbeschichteter Belag, wie von den Beschwerdeführerinnen angeboten, nicht einmal als möglich eingestuft. Das trifft zu. Andererseits wird ein strukturspritzbeschichteter Belag für Leichtathletikbahnen, Basketballplätze und im Bereich "Schule, Freizeit" auch für den "Kombiplatz-Spiel + Leichtathletik" als möglich eingestuft. Vorliegend geht es sodann nicht um reine Tennis- oder Handballplätze, sondern um eine kombinierte Schulsportnutzung. Dass die Beschwerdeführerinnen daher davon ausgingen, dafür könnten bzw. müssten in einzelnen Bereichen auch gewisse qualitative Abstriche in Kauf genommen werden, ist

nachvollziehbar. Bei der zitierten ESSM-Empfehlung fällt im Übrigen auch auf, dass strukturspritzbeschichtete Beläge auch für Leichtathletikbahnen lediglich als "möglich" und nicht einmal als "geeignet", geschweige denn als "sehr geeignet" eingestuft werden. Angesichts der unbestrittenen Verbreitung dieser Belagsart erstaunt dies doch einigermaßen. Die von den Beschwerdeführerinnen geäusserten Zweifel an der Aktualität der aus dem Jahr 1991 datierenden Empfehlung erscheinen denn auch nicht völlig unbegründet. Dem Beschwerdegegner kann aber immerhin insoweit gefolgt werden, dass eine auf die ESSM-Empfehlung gestützte qualitative Bewertung klar zu Ungunsten eines strukturspritzbeschichteten Belags ausfällt. Dagegen kann daraus nicht ohne weiteres geschlossen werden, ein strukturspritzbeschichteter Belag werde gar nicht erst zum Vergleich zugelassen.

E. 6.3.2

Im Weiteren berufen sich die Parteien auch auf die ebenfalls aufgelisteten DIN- und CEN-Normen, namentlich auf die Norm DIN EN 14877 vom Juli 2006 bzw. deren Anhang A. Dort werden die Hauptanwendungsbereiche für schüttbeschichtete und für strukturspritzbeschichtete Beläge genannt. Für schüttbeschichtete Beläge sind dies "Mehrzweck-Anlagen, Tennisplätze, Lauf- und Anlaufbahnen [Schulsport und kombinierte Anlagen]" und für Strukturspritzbeläge: "Leichtathletiklaufbahnen und -anlaufbahnen, allgemeiner Sportbetrieb". Auch aus dieser Aufzählung muss entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten nicht geschlossen werden, für eine hauptsächlich dem Schulsport dienende Anlage, bestehend aus einer Leichtathletikbahn und zwei Hartplätzen, sei ein Strukturspritzbelag von vornherein auszuschliessen. Dass auf den Hartplätzen neben anderen Ballsportarten auch Tennis gespielt werden soll, heisst wie gesagt nicht, dass dafür zwingend die gleichen Anforderungen wie an einen reinen Tennisplatz gestellt werden. Zusammenfassend handelt es sich bei der vom Beschwerdegegner gewählten Umschreibung des Beschaffungsbedarfs somit um eine unzulässige Produktspezifikation im Sinn von § 16 Abs. 2 SubmV, welche überdies zu Unklarheiten bezüglich der relevanten Leistungsanforderungen führte. Nachdem diese ungenügende Transparenz der Ausschreibung für den Ausschluss des beschwerdeführerischen Angebots kausal war, erweist sich ihr Ausschluss demgemäss als nicht rechtmässig.

E. 7

Damit bleibt die Frage zu klären, ob die vom Beschwerdegegner zu Position 152.100 des Leistungsverzeichnisses verfochtene Beschränkung auf "Granulatschüttbelag mit einer geschütteten Verschleisschicht aus EPDM-Granulat oder gleichwertig" vor dem Diskriminierungsverbot standhält. Wenn ja, dürfte den Beschwerdeführerinnen aus der unklaren Leistungsbeschreibung kein Nachteil erwachsen und wäre ihnen daher Gelegenheit zu geben, ihr Angebot entsprechend zu ergänzen. Dieses Vorgehen erübrigt sich, wenn sich die umstrittene Einschränkung dagegen als nicht haltbar erweist.

E. 7.1

Die Beschwerdeführerinnen machen hierzu geltend, ihres Wissens sei der als Referenzbelag genannte RUB TAN WD1/DIMPLE der einzige ein schichtige Granulatschüttbelag ohne Strukturspritzbeschichtung, der für Leichtathletikbahnen verwendet werde. Zwar gebe es daneben auch andere einschichtige Granulatschüttbeläge ohne Strukturspritzbeschichtung. Diese seien aber entweder für Leichtathletikbahnen wenig geeignet oder es handle sich dabei um hochwertigere mehr schichtige Beläge. Der Ausschluss von

strukturspritzbeschichteten Belägen würde daher dazu führen, dass zum RUB TAN WD1/DIMPLE keine echte Alternative offeriert werden könnte. Da RUB TAN ausschliesslich von der Mitbeteiligten 2 vertrieben werde, wären die übrigen Anbieter in wettbewerbswidriger Weise praktisch ausgeschlossen.

E. 7.2

Der Beschwerdegegner bestreitet demgegenüber, dass der Referenzbelag der einzige Belag ohne Strukturspritzbeschichtung sei, der für Leichtathletikbahnen verwendet werde. So seien denn auch – u.a. gestützt auf die ESSM-Empfehlung – diverse von anderen Anbietern offerierte Beläge als gleichwertig und geeignet anerkannt worden. In seiner Duplik nennt der Beschwerdegegner sodann folgende von ihm als dem Referenzprodukt gleichwertig eingestufte einschichtige Granulatschüttbeläge anderer Anbieter: den Conipur EPDM und den Porplastic EP Court. Dass diverse offerierte Beläge als gleichwertig beurteilt worden seien, muss wohl relativiert werden, da nur sieben Angebote vorlagen, wovon zwei auf den von der Mitbeteiligten 2 vertriebenen RUB-TAN-Produkten basieren und zwei wegen fehlender Gleichwertigkeit der Beläge ausgeschlossen wurden. Tatsächlich hat der Beschwerdegegner also nur drei andere Produkte als gleichwertig eingestuft. Dabei handelt es sich aber jeweils nicht um die beiden vorstehend genannten einschichtigen Granulatschüttbeläge Conipur EPDM und Porplastic EP Court, sondern um die Produkte "WD1S/SP, Qualifl., 14", "Conipur 2S" und die von der Mitbeteiligten 1 offerierten Produkte "Porplastic EP perfect" (für die roten Aktivzonen) und "25, Porplastic, 15" (für die grauen Nebenzonen). Zum ersten Produkt "WD1S/SP, Qualifl., 14" finden sich keine weiteren Angaben in den Akten. Es lässt sich daher nicht sagen, um was für eine Art Belag es sich dabei handelt. Der Belag Conipur 2S ist laut Prüfungsbericht ein zweischichtiger Granulatschüttbelag und zählt daher laut den Beschwerdeführerinnen zu den hochwertigeren Belägen. Bei dem von der Mitbeteiligten 1 zu Position 152.101 des Leistungsverzeichnisses (rote Aktivzonen) offerierten Belag "Porplastic EP perfect" handelt es sich gemäss ihrer eigenen Offertangaben (inklusive Prüfungsbericht der Materialprüfungsanstalt der Universität Stuttgart) um einen "2-schichtigen Kunststoffbelag, Unterschicht aus reinem EPDM, 12 mm, Oberschicht Struktur-Spritzbeschichtung EPDM 1 mm, Totalstärke 13 mm". Der Zuschlag ging somit ursprünglich an eine Anbieterin, welche für die verschleissintensiven Aktivzonen der Hartplätze 1 + 2 einen strukturspritzbeschichteten Belag offerierte. Der Zuschlag an die Mitbeteiligte 1 wurde zwar widerrufen und diese nachträglich ausgeschlossen. Der Ausschluss wurde indes nicht damit begründet, die Gleichwertigkeit ihrer Produkte habe nachträglich verneint werden müssen. Die Widersprüchlichkeit der beschwerdegegnerischen Argumentation ist eklatant. Es geht nicht an, die eine Offerte einzig deshalb auszuschliessen, weil darin für die Hartplätze 1 + 2 strukturspritzbeschichtete Beläge offeriert werden, welche für die vorgesehene Ballsportnutzung angeblich nicht geeignet sind, wenn andererseits die erste Wahl auf eine weitere Offerte eben diesen Inhalts fällt. Vor diesem Hintergrund erscheint ein genereller Ausschluss strukturspritzbeschichteter Beläge in Position 152.100 des Leistungsverzeichnisses als sachlich nicht begründet und demgemäss als rechtlich nicht haltbar.

E. 8

Der Hauptantrag der Beschwerdeführerinnen lautet auf Erteilung des Zuschlags, eventuell auf Rückweisung zur Zuschlagserteilung. Zur Begründung führen sie aus, ihr Angebot sei zwar bislang bei der Bewertung nicht berücksichtigt worden. – Die Sache müsste daher

grundsätzlich zur Bewertung auch des beschwerdeführerischen Angebots an die Vorinstanz zurückgewiesen werden. Hievon könne jedoch im vorliegenden Fall abgesehen werden. Gemäss Offertöffnungsprotokoll liege ihr Angebot rund Fr. 420'000.- oder 34 % unter demjenigen der Mitbeteiligten 2. Gemäss dem vom Beschwerdegegner eingereichten Bewertungsschema bedeute diese Preisdifferenz, dass ihr Angebot beim Preis um mindestens vier ungewichtete bzw. 240 gewichtete Punkte vor dem Angebot der Mitbeteiligten 2 liege. Diese Differenz könne mit den übrigen Zuschlagskriterien nicht mehr kompensiert werden, da dort höchstens 200 gewichtete Punkte vergeben würden. Der Beschwerdegegner wendet dagegen ein, die enorme Preisdifferenz erkläre sich nicht nur mit den günstigeren Belagspreisen, sondern auch mit der massiv günstigeren Entsorgungsvariante, die bisher nicht zur Debatte gestanden habe. Den Beschwerdeführerinnen ist zwar beizupflichten, dass Ihr Angebot wegen der grossen Preisdifferenz bei einer Bewertung anhand der Zuschlagskriterien nicht zu schlagen wäre. Der Beschwerdegegner weist aber zu Recht darauf hin, dass er bislang keine Veranlassung hatte, das Angebot der Beschwerdeführerinnen auf das Vorliegen allfälliger anderer Ausschlussgründe hin zu überprüfen. Hierzu muss er im Rahmen der Rückweisung Gelegenheit erhalten. Demzufolge ist die Beschwerde lediglich teilweise gutzuheissen und der Vergabeentscheid des Beschwerdegegners vom 11. April 2008 betreffend den Ausschluss der Beschwerdeführerinnen und den Zuschlag an die Mitbeteiligte 2 aufzuheben.

E. 9

Die Beschwerdeführerinnen machen überdies geltend, die Mitbeteiligte 2 sei wegen unzulässiger Vorbefassung vom Verfahren auszuschliessen. Dieser Frage wäre nicht mehr nachzugehen, wenn feststehen würde, dass definitiv keine Gründe für einen Ausschluss der Beschwerdeführerinnen vorliegen. Diesfalls kämen ohnehin nur noch die Beschwerdeführerinnen als Zuschlagsempfänger in Frage. Anders verhält es sich aber, falls deren Angebot aus einem anderen Grund neuerlich vom Verfahren ausgeschlossen werden sollte. Da davon auszugehen ist, dass der Beschwerdegegner den Zuschlag dann wiederum der Mitbeteiligten 2 erteilen würde, ist der gegen letztere erhobene Vorwurf der Vorbefassung nachfolgend zu prüfen.

E. 9.1

Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieter auftreten. Das Verbot der Vorbefassung ergibt sich zum einen aus den Regeln über den Ausstand, die ausdrücklich auch für Personen gelten, die lediglich an der Vorbereitung einer Anordnung mitwirken (§ 5a VRG). Als vergaberechtliche Grundlage sind sodann die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB) zu beachten. Eine

ausdrückliche Regelung enthalten schliesslich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und die daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 SubmV. Nach § 16 Abs. 4 SubmV darf die Vergabebehörde nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Nach § 9 SubmV dürfen sich andererseits Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen könnten, nicht mehr als Anbieter am Verfahren beteiligen. Dabei kommt es nicht darauf an, dass sich der vorbefasste Anbieter im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft hat, sondern es genügt bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils.

E. 9.2

Nicht zu beanstanden ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, www.vgrzh.ch; RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 682). So kann einem Anbieter nicht verwehrt werden, Vorwissen auszunützen, das er sich durch frühere Arbeiten für denselben Arbeitgeber – allenfalls sogar am selben Objekt – erworben hat. So wird z.B. bei der Erweiterung eines Spitalgebäudes auch der ursprüngliche Erbauer zum Angebot zugelassen, und bei der Neuausschreibung eines Dauerauftrags wird der ursprüngliche Inhaber des Auftrags nicht wegen Vorbefassung ausgeschlossen (VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.2, www.vgrzh.ch, auch zum Folgenden). Auch im Rahmen der Vorbereitung einer Submission führt nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, www.vgrzh.ch). Zwar kommt nach dem Gesagten nicht in Frage, dass interessierte Unternehmen, die später als Anbieter an der Submission teilnehmen wollen, direkt oder indirekt an der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen mitwirken. Dagegen müssen Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Projektierung und Ausschreibung bereitgestellt werden (z.B. Machbarkeitsstudien) nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen führen. Als wesentlicher Gesichtspunkt fällt dabei in Betracht, dass die Mitarbeiter der Vergabestelle, welche in der Folge die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erstellen, in der Lage sind, die vorbereitenden Studien aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen, und diese nicht ungeprüft in die Ausschreibung einfliessen lassen. Ferner ist darauf zu achten, dass bei den Vorarbeiten anfallende Informationen auch den andern Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich gemacht werden.

E. 9.3

Die Mitbeteiligte 2 hat im Jahr 2001 einen Kostenvoranschlag für die Sanierung der streitbetroffenen Aussensportanlage ausgearbeitet. Dieser umfasste auch eine Materialprüfung der bestehenden Kunststoffbeläge und eine darauf basierende "Entsorgungsofferte". Der Beschwerdegegner spricht dem Kostenvoranschlag aus dem Jahr 2001 mit Bezug auf das aktuelle Submissionsverfahren jegliche Relevanz ab. Die Bedürfnisse und Wünsche sowohl der nutzenden Schule H als auch des Beschwerdegegners als Bauherr hätten in der Zwischenzeit geändert. Die geplante Sanierung sei in den letzten

Jahren ohne Wissen der Mitbeteiligten 2 wesentlich ergänzt worden. Aus dem vor sieben Jahren angefertigten Kostenvoranschlag resultiere für diese daher kein Wettbewerbsvorteil oder Wissensvorsprung, der eine unzulässige Vorbefassung begründen könnte. An der Vorbereitung des im Juli 2007 begonnenen Submissionsverfahrens sei die Mitbeteiligte 2 sodann weder beteiligt gewesen, noch habe sie für dieses Verfahren Kostenvoranschläge erstellt. Die Ausschreibungsunterlagen seien vom Beschwerdegegner zusammen mit der Fachplanerin I AG angefertigt worden. Inwiefern sich die projektbezogenen Grundlagen für einen Kostenvoranschlag seit dem Jahr 2001 wesentlich geändert haben, wird vom Beschwerdegegner nicht substantiiert dargelegt und ist daher auch nicht nachvollziehbar. Der Frage kommt indes keine weitere Bedeutung zu, da andererseits auch nichts darauf hindeutet, dass den übrigen Anbietern nicht sämtliche damals erhobenen und heute noch aktuellen Erkenntnisse und Informationen zur Verfügung gestellt worden wären. Vielmehr wurden ihnen mit den Produktverweisen im Leistungsbeschrieb jeweils sogar die von der Mitbeteiligten im Kostenvoranschlag 2001 offerierten Produkte offengelegt. Dass die Mitbeteiligte 2 in ihrer aktuellen Offerte zum Teil selber von diesen Produktvorgaben abweicht, belegt sodann vorab die Wandelbarkeit von Einschätzungen und nicht den von den Beschwerdeführerinnen vermuteten Wissensvorsprung aus dem Jahr 2001.

E. 9.4

Die Beschwerdeführerinnen sehen eine Bevorzugung der Mitbeteiligten 2 denn auch primär darin, dass in den Ausschreibungsunterlagen ausschliesslich auf deren Produkte verwiesen werde und die Ausschreibungsbedingungen regelmässig im Sinne der Mitbeteiligten 2 interpretiert würden. Insoweit deckt sich die Rüge der Vorbefassung mit dem Vorwurf der diskriminierenden Festlegung technischer Spezifikationen (§ 16 Abs. 1-3 SubmV). Nachdem die umstrittene Einschränkung der Produktpalette mit dem vorliegenden Entscheid aufgehoben wird, erweisen sich die diesbezüglichen Einwände somit als gegenstandslos.

E. 9.5

Im Weiteren weisen die Beschwerdeführerinnen unter dem Titel Vorbefassung auch darauf hin, dass die Mitbeteiligte 2 schon verschiedentlich mit den vom Beschwerdegegner für die vorliegende Vergabe hinzugezogenen Fachplanern zusammengearbeitet habe. – Vermag – wie vorstehend ausgeführt (E. 9.2) – die frühere erfolgreiche Tätigkeit für die Vergabebehörde für sich allein noch keine unzulässige Vorbefassung zu begründen, so gilt dies erst recht für die frühere Zusammenarbeit mit nicht einmal direkt an der Zuschlagserteilung beteiligten Beratern. Etwas anderes wäre es, wenn zwischen der Beraterfirma und der betreffenden Anbieterin eine enge persönliche, rechtliche oder wirtschaftliche Verbindung bestehen würde. Vorliegend sind indes keinerlei Anzeichen für eine über die branchenübliche gelegentliche Zusammenarbeit hinausgehende Verbindung zwischen der Mitbeteiligten 2 und der vom Beschwerdegegner beigezogenen Beraterfirma ersichtlich. Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass die Ausarbeitung des Kostenvoranschlags 2001 für sich allein nicht zum Ausschluss der Mitbeteiligten 2 führt. Die Mitbeteiligte 2 wirkte nicht an der Vorbereitung der Ausschreibungsunterlagen mit, sondern lieferte höchstens Grundlagen für dieselbe, wobei die mit der Projektierung betrauten Fachleute hier zweifellos in der Lage waren, die erhaltenen Informationen aufgrund eigener Kenntnisse sachlich zu würdigen.

E. 10

Auch wenn die Beschwerde nur teilweise gutzuheissen ist (vgl. E. 8), ist doch von einem überwiegenden Obsiegen der Beschwerdeführerinnen auszugehen und rechtfertigt es sich daher, dem Beschwerdegegner die gesamten Verfahrenskosten aufzuerlegen, zumal dieser auch die Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens VB.2008.104 verursacht hat (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Aus den gleichen Gründen hat er die Beschwerdeführerinnen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Angesichts dessen, dass die beiden Beschwerdeschriften inhaltlich in weiten Teilen übereinstimmen, erweist sich eine Parteientschädigung für beide Verfahren von insgesamt Fr. 2'500.- als angemessen.

E. 11

Da der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Bauauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 113 BGG).

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