

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00171 vom 17. Mai 2010

ZH Verwaltungsgericht, 2010-05-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00171

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00171 du 17 mai 2010

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00171 del 17 maggio 2010

Regeste

Submission | Neubau eines Regenbeckens. Mängel des Offertöffnungsprotokolls, Frage der gleichwertigen Variante, Bewertung des Bezugs von Subunternehmen. Die Formvorschriften betreffend das Offertöffnungsprotokoll wurden mehrfach nicht eingehalten: Dem Protokoll lässt sich nur der Name einer anwesenden Person entnehmen und die Eingangsdaten fehlen. Sodann enthält es zwar die Angabe, dass die Mitbeteiligte eine Variante offeriert hat, nennt aber deren Preis nicht; der Projektleiter ergänzte das Protokoll nachträglich um die Angebotssumme der Variante der Mitbeteiligten. Ob die Beschwerde schon aufgrund dieser Mängel gutzuheissen wäre und ob die Variante der Mitbeteiligten verspätet eingereicht wurde, kann jedoch offen bleiben (E. 3). Die Variante der Mitbeteiligten betrifft den Baugrubenabschluss; statt der rückverankerten Rühlwände mit Stahlträgern und einer Ortsbetonausfachung, die im Amtsvorschlag vorgesehen ist, sieht die Variante Nagelwände mit Spritzbeton vor (E. 4.1). Anhand der vorliegenden Unterlagen kann nicht beurteilt werden, ob die Variante in Bezug auf Hochwasserschutz, aber auch allgemein auf die Sicherheit im Vergleich zum Amtsvorschlag gleichwertig ist (E. 4.1.5). Auch die erheblichen Hinweise für einen Verstoss gegen § 31 SubmV, der im offenen und selektiven Verfahren Verhandlungen zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts für unzulässig erklärt, können nicht abschliessend beurteilt werden (E. 4.2). Die Mitbeteiligte hat zwar neun mögliche Subunternehmen aufgeführt, führte jedoch aus, dass noch keine definitive Wahl unter den vorliegenden Angeboten getroffen worden sei. Damit fehlt bei ihrem Angebot die gemäss Ausschreibungsunterlagen verlangte abschliessende Liste der Subunternehmen. Ob die Mitbeteiligte unter diesen Umständen zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen, kann offen bleiben (E. 5.3). Jedenfalls lässt es sich nicht rechtfertigen, ihr unter dem Titel Anzahl und Grösse der Subunternehmer gleich viele Punkte wie der Beschwerdeführerin oder sogar mehr zuzusprechen, nachdem die Beschwerdeführerin eine abschliessende Liste mit vier Subunternehmen eingereicht hat (E. 5.4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2010.00171 Entscheid der 1. Kammer vom 17. Mai 2010 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz), Verwaltungsrichter Robert Wolf, Ersatzrichter Martin Bertschi, Gerichtssekretärin Tanja Kamber. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Stadt Winterthur, Beschwerdegegnerin, und C AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Mit Ausschreibung vom 23. Oktober 2009 eröffnete die Stadt Winterthur ein offenes Submissionsverfahren für den

Neubau des Regenbeckens D inklusive der Zu- und Ablaufkanäle. Es gingen zehn Grundangebote mit Angebotspreisen zwischen Fr. 2'180'982.27 und Fr. 2'887'927.42 (netto, inklusive MwSt.) ein. Zwei Unternehmen reichten zusätzlich eine Unternehmervariante ein, wovon eine aus technischen Gründen ausgeschlossen wurde. Mit Beschluss vom 17./24. März 2010 erging der Zuschlag an die C AG, Winterthur, für deren Unternehmervariante mit dem Angebotspreis von Fr. 2'188'668.20. Der Entscheid wurde den Teilnehmenden mit Schreiben vom 30. März 2010 eröffnet. II. Mit Beschwerde vom 12. April 2010 beantragte die A AG dem Verwaltungsgericht, die Verfügung der Stadt Winterthur sei aufzuheben und die Arbeiten seien an sie selber zu vergeben. Eventualiter sei die Sache zur erneuten Beurteilung an die Stadt Winterthur zurückzuweisen. Ferner sei der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen; dies alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Stadt Winterthur. Zur Begründung brachte die A AG im Wesentlichen vor, dass der Preis der Unternehmervariante der C AG ursprünglich nicht im Offertöffnungsprotokoll enthalten war und darin offensichtlich nachträglich handschriftlich ergänzt wurde. Sodann hätte die Stadt Winterthur die Unternehmervariante nicht berücksichtigen dürfen, ohne den anderen Anbietenden vorher Gelegenheit zur Ergänzung ihrer Angebote zu geben. Schliesslich sei die Beschwerdeführerin bei der Bewertung verschiedener Kriterien in rechtswidriger Weise benachteiligt worden. Die Stadt Winterthur beantragte in ihrer Beschwerdeantwort vom 3. Mai 2010, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Die aufschiebende Wirkung sei nicht zu erteilen; eventualiter sei die A AG zur Leistung von Sicherheiten für die Verfahrenskosten und mögliche Parteientschädigungen zu verpflichten. Die Kosten seien der A AG aufzuerlegen. Die mitbeteiligte C AG verzichtete stillschweigend auf Vernehmlassung. Am 14. Mai 2010 beantragte die Beschwerdeführerin die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels. Die Kammer zieht in Erwägung:

E. 1.1

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 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 1.2

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]). Die Beschwerdeführerin belegt in der Gesamtbewertung mit ihrem Angebot, welches das preislich günstigste ist, den zweiten Platz mit einem Punkt Rückstand auf die Mitbeteiligte und ist ohne Weiteres zu den vorgebrachten Rügen legitimiert.

E. 1.3

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Die Beschwerdegegnerin wendet gegen die Erteilung der aufschiebenden Wirkung im Wesentlichen ein, dass das fragliche Regenbecken auf dem Grundstück der Schule E zusammen mit dem Neubau eines Schulgebäudes der Schule E realisiert werden soll. Die Schule E wolle jedoch keine Bauverzögerung dulden, weshalb die Gefahr drohe, dass das Regenbecken nicht am vorgesehenen Standort verwirklicht werden könne und gänzlich neu projektiert werden müsse. Mit dem vorliegenden Entscheid, der innerhalb von zwei Wochen nach Eingang der Beschwerdeantwort ergeht und die Einhaltung der von der Beschwerdegegnerin angeführten Zeitplanung ermöglicht, wird das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Auch die Durchführung eines zweiten Schriftenwechsels ist nicht erforderlich.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin bemängelt, dass das Offertöffnungsprotokoll nachträglich handschriftlich ergänzt wurde, indem der Preis für die Variante der Mitbeteiligten nachgetragen wurde. Die Beschwerdeführerin wirft in diesem Zusammenhang die Frage eines Ausschlusses der Mitbeteiligten vom Verfahren auf. Im Übrigen beanstandet sie, dass ihr die spätere Protokolländerung erst auf Nachfrage hin mitgeteilt wurde.

E. 3.1.1

Gemäss § 27 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) werden die fristgerecht eingereichten Angebote durch mindestens zwei Vertreter der Vergabestelle geöffnet. Über die Öffnung wird ein Protokoll erstellt, in welchem mindestens die Namen der anwesenden Personen, die Namen der Anbietenden, die Eingangsdaten und die Preise der Angebote sowie allfälliger Angebotsvarianten oder Teilangebote festzuhalten sind (Abs. 3). Den Anbietenden wird spätestens nach dem Zuschlag auf Verlangen Einsicht in dieses Protokoll gewährt (Abs. 4). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Eveline Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., 1. Band, Zürich etc. 2007, Rz. 272).

E. 3.1.2

Im vorliegenden Fall lässt sich dem Offertöffnungsprotokoll vom 30. November 2009 – dem Tag, an dem um 16.00 Uhr die Frist für die Einreichung der Angebote ablief – nur der Name einer anwesenden Person entnehmen. Auch die Eingangsdaten fehlen. Sodann enthält das Protokoll zwar die Angabe, dass die Mitbeteiligte eine Variante offeriert hat, nennt aber deren Preis nicht. Im Unterschied dazu wird die Variante einer dritten Anbieterin samt dem Preis festgehalten. Gemäss einem handschriftlichen Vermerk ergänzte der Projektleiter – ohne Beizug einer zweiten Person – das Protokoll am 1. April 2010 um die Angebotssumme der Variante der Mitbeteiligten. Dem Aufbau des Protokolls und der Form des Nachtrags ist zu entnehmen, dass damit nicht etwa eine bereinigte Offertsumme in das Protokoll eingetragen werden sollte (wie es etwa das Muster eines Offertöffnungsprotokolls im kantonalen Handbuch für Vergabestellen, Nachführung 2007, S. 9–30, vor-

sieht), sondern dass damit der Eintrag bezüglich der nicht bereinigten Eingabe geändert werden sollte.

E. 3.1.3

Die nachträgliche Korrektur offensichtlicher Fehler im Offertöffnungsprotokoll wäre selbst dann problematisch, wenn die Vorgaben von § 27 Abs. 3 (in Verbindung mit Abs. 2) SubmV eingehalten wären. Zudem hätte die Ergänzung des bereits bekannt gegebenen Protokolls den Anbietern gestützt auf das Transparenzgebot im Vergabeverfahren mitgeteilt werden müssen.

E. 3.1.4

Im vorliegenden Fall wurden die Formvorschriften von § 27 Abs. 3 SubmV mehrfach nicht eingehalten. Die Beschwerdegegnerin vermag keine einleuchtende Erklärung für die Formmängel zu liefern, namentlich nicht dafür, dass der Preis der Variante der Mitbeteiligten ursprünglich nicht im Protokoll enthalten war und vom Projektleiter – der anscheinend allein handelte – nachgetragen wurde. Nicht nachvollziehbar ist, wenn die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass die Preise für Ausführungsvarianten im Offertöffnungsprotokoll anzugeben sind. Sodann macht sie geltend, dass es sich um ein unbereinigtes Protokoll handle, das bezüglich der in elektronischer Form eingereichten Angebote automatisch erstellt und allen Anbietenden zugesandt worden sei. Dies erklärt jedoch nicht, weshalb es den Preis der Variante der Mitbeteiligten nicht aufführt. Unklar bleibt auch, weshalb die direkt betroffene Mitbeteiligte in der Folge – wenn man auf die Angaben der Beschwerdegegnerin abstellt – die Unvollständigkeit des ihr ebenfalls zugestellten Offertöffnungsprotokolls nicht beanstandet hat. Es ist fraglich, ob die Beschwerde nicht schon aufgrund dieser Mängel gutzuheissen wäre.

E. 3.1.5

Weil auf dem Protokoll in der ursprünglichen Fassung die Variante der Mitbeteiligten ohne Nennung des Angebotspreises aufgeführt ist und die nachträgliche Korrektur nicht gemäss den Formvorschriften von § 27 Abs. 3 SubmV vorgenommen wurde, kann nicht als belegt gelten, dass die Angebotsvariante der Mitbeteiligten gemäss den Vorgaben von § 24 Abs. 1 und 4 SubmV innerhalb der Frist – das heisst, am 30. November 2009 vor 16.00 Uhr – vollständig eingereicht wurde (vgl. VGr, 2. September 2002, VB.2002.00056, E. 4a, www.vgrzh.ch). Zweifel hieran ergeben sich zudem daraus, dass zwar die Variante der Mitbeteiligten auf den 30. November 2009 datiert ist, der dazu gehörende technische Bericht jedoch auf den 1. Dezember 2009. Nicht aussagekräftig ist, dass die Offertsumme gemäss handschriftlichem Eintrag des Projektleiters auf der Offerte – ebenso wie jene der Hauptofferte der Mitbeteiligten sowie der Offerte der Beschwerdeführerin – am 2. Dezember 2009 kontrolliert wurde. Es kann hier jedoch offenbleiben, ob die Variante verspätet eingereicht wurde, da die Beschwerde aus anderen Gründen gutzuheissen ist (vgl. E. 4).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Anbietenden hätten Gelegenheit erhalten müssen, ihre Angebote mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts in der Variante der Mitbeteiligten zu ergänzen. Da dies unterblieben sei, sei die Variante der Mitbeteiligten "auszuklammern". Die Beschwerdegegnerin führt dagegen aus, dass die fragliche Unternehmervariante keine Reduktion oder Erweiterung des Leistungsinhalts, sondern nur eine schnellere und effizientere Ausführung enthalte. Solche Ausführungsvarianten, die zu einem funktional gleichwertigen Ergebnis führten, müssten

den Konkurrierenden nicht offengelegt werden. Das eigentliche Bauprojekt, das Regenbecken, werde nicht berührt. Die Variante der Mitbeteiligten betrifft den Baugrubenabschluss; statt der rückverankerten Rühlwände mit Stahlträgern und einer Ortsbetonausfachung, die im Amtsvorschlag vorgesehen ist, sieht die Variante Nagelwände mit Spritzbeton vor.

E. 4.1.1

Eine Unternehmervariante liegt nach Praxis und Lehre vor, wenn eine Offerte vom Leistungsverzeichnis abweicht, d.h. den Ausschreibungsunterlagen nicht entspricht (VGr, 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3, www.vgrzh.ch). Erscheinungsformen sind etwa Projekt- und Ausführungsvarianten. Erstere sehen die Werkausführung mit einer Projektierung vor, die von den ausgeschriebenen Planunterlagen ganz oder teilweise abweicht, Letztere eine Ausführung, deren Art und Weise den Ausschreibungsunterlagen (z.B. in Bezug auf die Baumethode, die Konstruktionsart oder die Reihenfolge der Arbeiten) nicht entspricht (Roland Hürlimann, Unternehmervarianten – Risiken und Problembereiche, BR 1996, S. 3 ff., 3 f.).

E. 4.1.2

Varianten sind grundsätzlich statthaft (vgl. § 13 lit. d SubmV). Im vorliegenden Fall lässt die Ausschreibung sie ausdrücklich zu. Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen, sondern eine Reduktion des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben, sind zwar nicht vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Gelangt die Behörde jedoch zum Schluss, dass die Anforderungen entsprechend der Variante zu reduzieren sind, muss auch den anderen Anbietenden Gelegenheit gegeben werden, ihre Offerten mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen. Dieses Vorgehen entspricht § 17 Abs. 2 SubmV, wonach wichtige Auskünfte vor der Eingabe der Angebote allen Anbietenden zugleich zu erteilen sind, und gewährleistet die Gleichbehandlung der Anbietenden und die Transparenz des Vergabeverfahrens (VGr, 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.3; 20. Juli 2004, VB.2004.00006, E. 2.2.2 [Leitsatz: RB 2004 Nr. 45] = BEZ 2004 Nr. 70; 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 8c [alle unter www.vgrzh.ch]; Galli/Moser/Lang/Clerc, Rz. 479 f.; kritisch etwa Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Zürich etc. 2009, Rz. 426 ff. mit weiteren Hinweisen).

E. 4.1.3

Sollte die Beschwerdegegnerin davon ausgehen, dass sich die zur Zulässigkeit von Varianten entwickelte Praxis nur auf Projektvarianten bezieht, könnte ihr nicht gefolgt werden (vgl. sinngemäss auch VGr, 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 4.2.5 f., www.vgrzh.ch). Es kann nicht erheblich sein, ob eine Minderleistung die zu erstellende Baute oder die Ausführungsweise betrifft, da in beiden Fällen die Gleichbehandlung der Anbietenden infrage steht. Der Leistungsinhalt einer Ausschreibung von Bauarbeiten kann nicht mit dem Bauwerk gleichgesetzt werden; dieses ist gewissermassen das Ergebnis der Leistung, aber nicht die Leistung selber. Andernfalls würde sinngemäss die Vorgehensweise bei der Ausführung insgesamt für unmassgeblich erklärt. Den berechtigten privaten Interessen, die von der Beschwerdegegnerin ins Feld geführt werden – es handelt sich namentlich um die Wahrung von Geschäftsgeheimnissen und das Urheberrecht – kann durch die Ausgestaltung der Gelegenheit zur Ergänzung der Offerten Rechnung getragen werden.

E. 4.1.4

Nicht zu den eigentlichen Varianten sollen allerdings Offertvorschläge gehören, mit denen lediglich eine abweichende Konstruktion der Baustelleninstallation vorgeschlagen wird; dies wird damit begründet, dass Projektierung, Erstellung und Unterhalt dieser Leistungen ohnehin in den Verantwortungsbereich des Bauunternehmens fielen (Hürlimann, S. 4). Selbst wenn dies grundsätzlich zutreffen sollte, so ist doch im vorliegenden Fall von einer eigentlichen Ausführungsvariante auszugehen, da die Rühlwand als Baugrubensicherung in den Ausschreibungsunterlagen – und nicht nur im Leistungsverzeichnis – ausdrücklich vorgesehen wird: Sowohl Ziff. 3.1 der Ausschreibung als auch Ziff. 3.2 der objektbedingten besonderen Bestimmungen vom 23. Oktober 2009 sehen die Baugrubensicherung durch eine gebohrte bzw. rückversicherte Rühlwand vor.

E. 4.1.5

Somit wäre grundsätzlich zu prüfen, ob die Variante der Mitbeteiligten eine gleichwertige Leistung enthält. Die Beschwerdegegnerin nahm eine zusätzliche technische Prüfung vor, wie sich aus den technischen Berichten der Mitbeteiligten vom 14. Dezember 2009 und vom 22. Januar 2010 ergibt; in einer Stellungnahme vom 19. April 2010 führt der projektierende und bauleitende Ingenieur aus, dass die Variante "eine flexible und effiziente Bauweise bei gleich bleibendem Qualitätsanspruch" vorsehe, die "erwiesenermassen" zu einem erwünschten Zeitgewinn führe. Immerhin ergeben sich aus den Akten Zweifel an der Aussage, die Qualität der Variante sei gleichwertig. Handschriftliche – teils schwer leserliche – Notizen in der Angebotsvariante, die vermutlich von der Bauleitung stammen, halten nämlich fest: "Rühlwandträger Kanal F zwingend!", und zu "Aussteifungen und Longarinen": "Ecke Kanal F zwingend!". Entsprechend schlägt denn auch die Mitbeteiligte in ihrem technischen Bericht vom 22. Januar 2010 für die "Seite Kanal F" eine "[k]onstruktive Lösung" vor, wonach wegen des Hochwasserschutzes in diesem Bereich "ähnlich der ursprünglichen Lösung eine Rühlwand erstellt" werde. Anhand der vorliegenden Unterlagen kann die Frage nicht beantwortet werden, ob die Variante – etwa in Bezug auf den Hochwasserschutz, aber auch allgemein auf die Sicherheit – im Vergleich zum Amtsvorschlag gleichwertig ist. Weitere Abklärungen erübrigen sich jedoch, da die Beschwerde – wie erwähnt – aus anderen Gründen gutzuheissen ist.

E. 4.2

Im Zusammenhang mit dieser nachträglichen Änderung der Angebotsvariante ist im Übrigen Folgendes anzumerken: Es fällt auf, dass der ursprüngliche Angebotspreis von Fr. 193'398.50 für Baugrubenabschlüsse und Aussteifungen beibehalten wurde (für das Vorgehen gemäss Amtsvorschlag hatte die Mitbeteiligte in ihrem Grundangebot Fr. 471'526.10 eingesetzt [Positionen 162 und 164]). Im Begleitschreiben zum erwähnten technischen Bericht vom 22. Januar 2010, in dem sie sich auch für ein "nette[s] Gespräch" bedankt, bietet die Mitbeteiligte an, den Baugrubenabschluss zum Preis zu erstellen, der in der Variante genannt wird, obwohl nun auf der Seite des F-Kanals – "ähnlich der" im Amtsvorschlag enthaltenen Lösung und abweichend von der Variante – doch wieder eine Rühlwand vorgesehen ist. Der Preis für den Baugrubenabschluss gemäss Variante wird nun ausdrücklich als Pauschalpreis (brutto, ohne MwSt.) bezeichnet; die für die einzelnen Positionen eingesetzten Beträge kämen nicht zur Anwendung. Ein entsprechender handschriftlicher Nachtrag, der wohl wiederum von der Bauleitung stammt, findet sich denn auch in der Angebotsvariante. Es liegen damit erhebliche Hinweise für einen Verstoss gegen § 31 SubmV vor, der im offenen und im selektiven Verfahren Verhandlungen

zwischen der Vergabestelle und den Anbietenden über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts für unzulässig erklärt. Diese Frage kann jedoch nicht abschliessend beurteilt werden, ohne der Beschwerdegegnerin nochmals Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Angesichts der Dringlichkeit der vorliegenden Vergabe und da die Beschwerde ohnehin gutzuheissen ist, kann auf diese verfahrensmässigen Weiterungen verzichtet werden.

E. 5

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin einzelne Punkte der Bewertung.

E. 5.1

Als Zuschlagskriterien wurden bezeichnet: Gesamtpreis (Gewichtung zu 50 %), Fachkompetenz (20 %), Referenzen (10 %), Kapazität (10 %) und Lehrlinge (10 %). Die Beschwerdeführerin, deren Angebot mit Fr. 2'180'982.27 preislich am günstigsten ist, erhielt insgesamt 88.55 Punkte, die Mitbeteiligte für ihre Variante mit einem Preis von Fr. 2'188'668.20 insgesamt 89.55 Punkte. Die Beschwerdeführerin bemängelt die Punktevergabe bei den Kriterien Fachkompetenz und Kapazität.

E. 5.2

Die Vergabebehörde verfügt sowohl bei der Festlegung der Zuschlagskriterien, die für eine bestimmte Beschaffung massgeblich sind, als auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, über einen erheblichen Beurteilungsspielraum. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Über- oder Unterschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG; VGr, 10. Februar 2010, VB.2009.00623, E. 3, www.vgrzh.ch).

E. 5.3.1

Streitig ist die Punktevergabe insbesondere mit Bezug auf die Subunternehmen. Laut Ziff. 1.8 der objektbedingten besonderen Bestimmungen waren die Subunternehmen "im Rahmen der Offerte verbindlich anzugeben"; bei unvollständigen Angaben über die vorgesehenen Subunternehmen konnte die Offerte ausgeschlossen werden. Die Mitbeteiligte listete in ihrer Angebotsvariante zwar neun mögliche Subunternehmen auf, führte jedoch aus, dass noch keine definitive Wahl unter den vorliegenden, gleichwertigen Angeboten getroffen worden sei, und fügte an, dass nach Möglichkeit Winterthurer Unternehmungen berücksichtigt würden und auf Wünsche der Bauherrschaft allenfalls noch eingegangen werden könne. Ihre Liste der möglichen Subunternehmen kann demnach nicht als abschliessend verstanden werden.

E. 5.3.2

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 = ZBl 101/2000, S. 265 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6; RB 2006 Nr. 46 E. 3.2; VGr, 27. Januar 2010, VB.2009.00635, E. 2.1, www.vgrzh.ch; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235; Galli et al., Rz. 272 f.).

E. 5.3.3

Das Verwaltungsgericht hat es als vertretbar bezeichnet, dass eine Vergabebehörde eine Anbieterin nicht ausschloss, welche die für untergeordnete Leistungen vorgesehenen Subunternehmen erst bei Abschluss des Werkvertrags bezeichnen wollte und in der Offerte keine entsprechenden Angaben machte (VGr, 9. April 2008, VB.2007.00449, E. 2, www.vgrzh.ch). Im vorliegenden Fall betrifft der Einsatz von Subunternehmen nicht nur völlig untergeordnete Leistungen, wie sich auch aus der Gewichtung der Anzahl, der Auswahl und des Einsatzes der Subunternehmen durch die Beschwerdegegnerin ergibt. Ein Ausschluss der Variante der Mitbeteiligten wäre daher jedenfalls zulässig gewesen. Ob die Mitbeteiligte unter diesen Umständen zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen, muss hier nicht abschliessend beantwortet werden, wie sich aus dem Folgenden ergibt.

E. 5.4

Beim Zuschlagskriterium "Kapazität" erreicht die Beschwerdeführerin 6 und die Mitbeteiligte 9 von 10 möglichen Punkten. Während in Bezug auf den Einsatz der Ressourcen ("Anzahl Mitarbeiter", "Personal", "Geräte", "Distanz Werkhof") beide die maximale Punktzahl erreichten, gehen die Unterschiede auf die Unterkategorie "Sicherstellung der Termine, Subunternehmer" zurück.

E. 5.4.1

Unter dem Titel "Anzahl Subunternehmer" wurden maximal 2 Punkte vergeben, je nachdem, wie viele Subunternehmen für "Baugrubenabschluss, Aushub, Transport, Belag" eingesetzt werden sollten. Sollten bis zu zwei Subunternehmen beigezogen werden, so wurden 2 Punkte erteilt; für drei Subunternehmen wurde ein Punkt vergeben, ab vier Subunternehmen kein Punkt mehr. Diese Berücksichtigung der Anzahl der Subunternehmen erscheint mit Blick auf die notwendige Koordination zulässig. Die Beschwerdeführerin erhielt keinen Punkt. Dies ist gemäss der Auswertungstabelle unzutreffend, da die Beschwerdeführerin zwar insgesamt vier Subunternehmen einsetzen will, in Bezug auf die genannten Arbeiten jedoch nur drei. Damit hätte ihr unter "Anzahl Subunternehmer" ein Punkt zugesprochen werden müssen. Einen Punkt erhielt auch die Mitbeteiligte, obwohl sie sich bezüglich der Subunternehmen nicht festlegt. Da sie den Aushub selber vornehmen will und demnach naheliegt, dass sie in den genannten vier Bereichen höchstens drei Subunternehmen einsetzen würde, kann dies als recht grosszügig, aber gerade noch haltbar bezeichnet werden.

E. 5.4.2

Unter dem Titel "Grösse Subunternehmer" wurden aufgrund einer sogenannten individuellen Beurteilung ebenfalls maximal 2 Punkte vergeben. Nähere Angaben finden sich weder in der Auswertungstabelle noch in der Beschwerdeantwort. Hier erhielt die Beschwerdeführerin einen Punkt, die Mitbeteiligte das Maximum von 2 Punkten. Diese Bewertung ist nicht nachvollziehbar. Insbesondere ist unerfindlich, wie die Grösse der Subunternehmen der Mitbeteiligten beurteilt werden konnte, obwohl sich die Mitbeteiligte noch gar nicht auf bestimmte Subunternehmen festgelegt hat. Eine Begründung lässt sich auch der Beschwerdeantwort nicht entnehmen. Die Punkteverteilung bei diesem Unterkriterium muss als willkürlich bezeichnet werden.

E. 5.4.3

Ein letzter Punkt wurde unter dem Titel "Sicherstellung der Termine, Subunternehmer" für "Massnahmen" vergeben. Gemeint ist laut der Auswertungstabelle: "Organigramm Baustelle oder PQM". Weshalb die Mitbeteiligte diesen Punkt erhalten hat, die Beschwerdeführerin jedoch nicht, wird nicht ohne Weiteres klar; die Beschwerdeantwort äussert sich dazu nicht näher. Soweit ersichtlich, kündigen sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte an, gegebenenfalls ein projektbezogenes Qualitätsmanagement zu erstellen. Ein Organigramm der Baustelle hat keine der beiden Anbieterinnen eingereicht. Allerdings macht die Mitbeteiligte in ihrem technischen Bericht weit konkretere und umfassendere Angaben zum Bauvorgang und zum Bauprogramm, worauf sich die Vergabe dieses Punktes an sie wohl stützen könnte.

E. 5.4.4

Zusammenfassend lässt es sich nicht rechtfertigen, der Mitbeteiligten unter den Titeln "Anzahl" und "Grösse Subunternehmer" gleich viele Punkte wie der Beschwerdeführerin oder sogar mehr zuzusprechen. Die Punktevergabe bei diesen beiden Unterkriterien sprengt den Ermessensspielraum der Beschwerdegegnerin und ist rechtsverletzend. Die Beschwerdeführerin hätte unter "Anzahl Subunternehmer" einen Punkt mehr erhalten müssen, während der Mitbeteiligten unter "Grösse Subunternehmer" keine Punkte hätten zugesprochen werden dürfen. Damit liegt die Beschwerdeführerin in der Gesamtbewertung nicht mehr einen Punkt hinter der Mitbeteiligten, sondern zwei Punkte vor dieser; entsprechend ist ihr der Zuschlag zu erteilen. Es liegt nicht der – von der Beschwerdegegnerin angeführte – Fall zweier gleichauf liegender Angebote vor, aus denen die Vergabebehörde gemäss der Praxis nach ihrem Ermessen wählen kann (VGr, 5. Dezember 2007, VB.2007.00326, E. 4.1, www.vgrzh.ch, mit weiteren Hinweisen). Im Übrigen käme eine Vergabe an die Mitbeteiligte ohnehin nicht infrage, bevor nicht die möglichen Ausschlussgründe im Einzelnen geprüft worden wären.

E. 5.5

Ob die übrigen Beanstandungen in Bezug auf die Punktevergabe berechtigt sind, ist unter diesen Umständen nicht mehr entscheidend.

E. 5.5.1

Beim Zuschlagskriterium "Fachkompetenz" wurde der Mitbeteiligten unter "Auswahl und Einsatz Subunternehmer" für "Transport kurze Wege" im Gegensatz zur Beschwerdeführerin der betreffende Punkt zugesprochen. Die Beschwerdeführerin macht eine unzulässige Benachteiligung ortsfremder Anbietender geltend. Laut der Beschwerdegegnerin dürfen die Transportwege berücksichtigt werden, da die schweren Maschinen zum Einsatzort gebracht und bei einem Ausfall zeitgerecht ersetzt werden müssten. Die Anfahrtswege der von der Beschwerdeführerin für den Aushub und den Baugrubenabschluss eingesetzten Subunternehmen betragen rund 12 bzw. 46 km, während die Mitbeteiligte bzw. das Subunternehmen, das diese möglicherweise für den Baugrubenabschluss einsetzen will, Anfahrtswege von rund 7 bzw. 21 km zu bewältigen haben. Die Verwendung des Anfahrtswegs als Zuschlagskriterium stellt eine Beschränkung des Marktzugangs auswärtiger Anbietender dar, die gemäss Art. 3 in Verbindung mit Art. 5 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM) nur zulässig ist, wenn sie zur Wahrung überwiegender öffentlicher Interessen unerlässlich und überdies verhältnismässig ist (Art. 3 Abs. 1 lit. b und c BGBM). Ein kurzer Anfahrtsweg kann z.B. dann als sachlich gerechtfertigtes Kriterium gelten, wenn für den fraglichen Auftrag ein Pikettdienst mit

kurzen Reaktionszeiten notwendig ist. Selbst in diesem Fall muss jedoch die Verhältnismässigkeit, insbesondere mit Bezug auf die Dauer der Reaktionszeit und die Gewichtung des Kriteriums, gewahrt bleiben (VGr, 28. Juni 2006, VB.2006.00220, E. 7, www.vgrzh.ch; vgl. auch zum Anfahrtsweg als mit dem Umweltschutz begründetes Zuschlagskriterium VGr, 12. November 2008, VB.2007.00388, E. 3.2.2, www.vgrzh.ch, mit zahlreichen weiteren Hinweisen). Das Verwaltungsgericht hat offengelassen, ob ein geringfügiger Punkteabzug für eine um 10 bis 15 Minuten längere Anfahrtszeit zulässig ist, um die Koordination der Bauarbeiten zu gewährleisten (VGr, 20. Dezember 2006, VB.2006.00362, E. 4.2.2 [nicht publiziert]). Die Frage braucht auch hier nicht beantwortet zu werden. Wenn das Kriterium grundsätzlich zulässig sein sollte, würde es im vorliegenden Fall jedenfalls nicht unverhältnismässig stark gewichtet, da für kurze Transportwege ein einziger Punkt (gewichtet: 1.25 Punkte von insgesamt 100, wovon 50 auf den Preis entfallen) vergeben wurde. Fragwürdig erscheint dagegen die Berücksichtigung der Transportwege unter dem Zuschlagskriterium "Fachkompetenz"; zumindest diskutabel wirkt die Begründung der Beschwerdegegnerin, die Transportwege seien relevant, da die Flexibilität, die aufgrund der besonderen Umstände erforderlich sei, gegebenenfalls den zeitgerechten Ersatz der schweren Maschinen verlange. Schliesslich ist der Vergleich der Anfahrtswege im konkreten Fall auch insofern problematisch, als sich die Mitbeteiligte – wie erwähnt – noch gar nicht auf bestimmte Subunternehmen festgelegt hat.

E. 5.5.2

Unbegründet sind die übrigen zum Zuschlagskriterium "Fachkompetenz" vorgebrachten Beanstandungen. Für Ausbildung und Berufserfahrung von Bauführer und Polier wurde je ein Punkt vergeben, für ihre Referenzen insgesamt 3 Punkte. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ist es überzeugend, dass hier nicht die anderweitig bereits berücksichtigten Referenzen der Anbietenden nochmals gewichtet wurden, sondern die Kompetenz und die Referenzen der Schlüsselpersonen. Dass dem Bauführer und dem Polier der Beschwerdeführerin für ihre Referenzen nur je 2 von 3 möglichen Punkten vergeben wurden, begründet die Beschwerdegegnerin damit, dass sie hauptsächlich im Hochbau tätig gewesen seien. Mit dieser Bewertung überschreitet sie ihr Ermessen nicht. Weiter ist streitig, ob dem Polier der Beschwerdeführerin trotz seiner mittlerweile über vierjährigen Berufserfahrung in dieser Funktion der entsprechende Punkt ganz verweigert werden durfte. Dies erscheint insofern bedenklich, als auch halbe Punkte vergeben wurden. Da er die Berufserfahrung als Polier allerdings namentlich im Hochbau erworben hat, kann jedoch die Bewertung angesichts des Ermessensspielraums der Vergabebehörde noch als vertretbar gelten.

E. 6

Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Aus Rücksicht auf allenfalls erforderliche Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen ist der Zuschlag jedoch nicht mit dem Beschwerdeentscheid zu treffen, sondern die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, BEZ 2002 Nr. 33).

E. 7

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zur Bezahlung einer Parteientschädigung von Fr. 1'000.- an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2

VRG).

E. 8

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Bauarbeiten den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 11. Dezember 2009 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das erste Semester des Jahres 2010; 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 BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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