

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00460 vom 9. Februar 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-02-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00460

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00460 du 9 février 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00460 del 9 febbraio 2011

Regeste

Submission | Bindung der Vergabebehörde an einen Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts Weist das Verwaltungsgericht eine Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück, so sind gemäss § 64 Abs. 2 VRG im anschliessenden Verwaltungsverfahren vor der unteren Instanz neue tatsächliche Behauptungen und die Bezeichnung neuer Beweismittel zulässig. Dem neuen Entscheid ist jedoch die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, mit der die Rückweisung begründet wurde. Der Sachbereich, auf den sich neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel beziehen können, ergibt sich aus den Erwägungen des Rückweisungsentscheids; ist danach eine ergänzende Sachverhaltsermittlung nur bezüglich einzelner Streitpunkte erforderlich, müssen sich neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel an diesen Rahmen halten. Etwas Anderes kann nur gelten, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel auftauchen, die so erheblich sind, dass sie auch eine Revision bzw. im Bereich des Vergaberechts einen Widerruf des rechtskräftigen Zuschlags zu begründen vermöchten (E. 2). Aufgrund des Rückweisungsentscheids des Verwaltungsgerichts waren lediglich zwei Punkte neu zu beurteilen. Die Vergabebehörde hat jedoch auch in weiteren Punkten, die vom Rückweisungsentscheid nicht erfasst waren, Anpassungen der Bewertung vorgenommen, was nach dem Gesagten nicht zulässig ist. Gutheissung und Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin.

Erwägungen

E. 1

E AG,

E. 2

Die Beschwerdeführerin macht in erster Linie geltend, die Beschwerdegegnerin habe sich den verbindlichen Weisungen des Verwaltungsgerichts in dessen Rückweisungsentscheid vom 19. Mai 2010 widersetzt. Weist das Verwaltungsgericht eine Angelegenheit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück, so sind gemäss § 64 Abs. 2 VRG im anschliessenden Verwaltungsverfahren vor der unteren Instanz neue tatsächliche Behauptungen und die Bezeichnung neuer Beweismittel zulässig. Dem neuen Entscheid ist jedoch die rechtliche Beurteilung zugrunde zu legen, mit der die Rückweisung begründet wurde. Die Vorinstanz ist somit einerseits an die in der Begründung des Rückweisungsentscheids enthaltene rechtliche Beurteilung der Streitsache gebunden. Damit soll verhindert werden, dass über dieselbe rechtliche Streitfrage ein zweites Verfahren vor Verwaltungsgericht stattfindet (vgl. Kötz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 10). Dies steht im Einklang mit der neueren Rechtsprechung, wonach Rückweisungsentscheide – jedenfalls

soweit sie materielle Anordnungen enthalten, auf die im Dispositiv verwiesen wird – in Rechtskraft erwachsen und auch das Gericht binden, wenn gegen den neuen Entscheid der Vorinstanz wiederum eine Beschwerde erhoben wird (RB 2000 Nr. 13, VB.2000.00232, E. 3 = BEZ 2000 Nr. 54; vgl. VGr, 17. November 2010, SB.2010.00084, E. 1.1). Nicht ausgeschlossen ist dagegen, dass die Vorinstanz ihren neuen Entscheid auf zusätzliche Erwägungen stützt, die weder im aufgehobenen noch im rückweisenden Entscheid enthalten waren (Kölz/Bosshart/Röhl, a.a.O.). Neue tatsächliche Behauptungen und neue Beweismittel sind im Verwaltungsverfahren vor unterer Instanz zulässig. Der Sachbereich, auf den sich diese beziehen können, ergibt sich jedoch aus den Erwägungen des Rückweisungsentscheids; ist danach eine ergänzende Sachverhaltsermittlung nur bezüglich einzelner Streitpunkte erforderlich, müssen sich neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel an diesen Rahmen halten (RB 1983 Nr. 24; Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 11). Etwas Anderes kann nur gelten, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel auftauchen, die so erheblich sind, dass sie auch eine Revision (§ 86a lit. b VRG; vgl. Ulrich Meyer, in Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz, Basel 2008, Art. 107 N. 18) bzw. im Bereich des Vergaberechts einen Widerruf des rechtskräftigen Zuschlags (§ 36 SubmV; dazu VGr 21. Mai 2008, VB.2007.00540, BEZ 2008 Nr. 40, E. 3.8; RB 2005 Nr. 41 = BEZ 2005 Nr. 33, E. 3.4; VGr, 15. Dezember 1999, BEZ 2000 Nr. 8, E. 2 und 4) zu begründen vermöchten.

E. 3.1

In der ursprünglichen Beurteilung der Angebote durch die Beschwerdegegnerin, welche dem Vergabeentscheid vom 1. Dezember 2009 und damit auch dem ersten Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht zugrunde lag, hatten Beschwerdeführerin und Mitbeteiligte bei den einzelnen Zuschlagskriterien die folgenden Punktzahlen erhalten: Beschwerdeführerin Mitbeteiligte Preis 393 370 Baumethode, Bautechnik, Umweltschutz 15 35 Persönliche und organisatorische Eigenschaften 12 20 Termine 10 30 Lehrlingsausbildung

E. 3.2

Im Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2010 wurden drei von der Beschwerdeführerin erhobene Einwendungen, die sich auf die Benotung der Zuschlagskriterien auswirkten, als begründet anerkannt: – Bei der Bewertung der Angebotspreise erachtete das Gericht die von der Beschwerdegegnerin als Bewertungsskala verwendete Preisspanne von 100 % als deutlich zu hoch. Unter Anwendung einer maximal infrage kommenden Spanne von 50 % ergaben sich beim Zuschlagskriterium Preis die folgenden korrigierten Bewertungen: Beschwerdeführerin Mitbeteiligte Alte Bewertung 393 Punkte 370 Punkte Korrigierte Bewertung 386 Punkte 339 Punkte Dementsprechend vergrösserte sich der Vorsprung der Beschwerdeführerin auf die Mitbeteiligten beim Preiskriterium von 23 auf 47 Punkte (Entscheid vom 19. Mai 2010, E. 4.3). – Beim Kriterium "Baumethode, Bautechnik, Umweltschutz" bezeichnete das Gericht einen zulasten der Beschwerdeführerin unter dem Gesichtspunkt "Stabilisierung" vorgenommenen Abzug von 5 Punkten als fragwürdig. Aufgrund der von der Beschwerdegegnerin vorgebrachten widersprüchlichen Gründe für diesen Abzug bestanden "erhebliche Zweifel an der Begründetheit des bei der Beschwerdeführerin vorgenommenen Punkteabzugs", weshalb bei diesem Unterkriterium ein "Aufwertungspotenzial von maximal 5 Punkten" bestand (E. 5.2.3). Die genaue Punktzahl wurde somit nicht festgelegt, sodass der Beschwerdegegnerin ein Beurteilungsspielraum verblieb. – Beim selben

Kriterium "Baumethode, Bautechnik, Umweltschutz" wurde ferner ein Abzug von 5 Punkten, welchen die Beschwerdegegnerin mit Vorbehalten gegenüber den von der Beschwerdeführerin offerierten Kanalisationsrohren begründet hatte, als ungerechtfertigt bezeichnet (E. 5.3). Aufgrund dieser Korrekturen ergab sich für die Mitbeteiligten eine neue Gesamtpunktzahl von 434 und für die Beschwerdeführerin eine solche von 434-439 Punkten, je nach dem Ergebnis des "Aufwertungspotenzials" von maximal 5 Punkten bei der Frage der Stabilisierung. Das Gericht stellte daher fest, die Beschwerdeführerin könne die Mitbeteiligten in der Gesamtbewertung überholen. Die neue Bewertung der Angebotspreise hatte jedoch auch zur Folge, dass das Angebot einer weiteren Anbieterin, welche die preislich günstigste Offerte eingereicht hatte (ARGE I), auf den ersten Gesamtrang vorsties. Da diese Anbieterin sich nicht am Beschwerdeverfahren beteiligt hatte und auch nicht bekannt war, ob sie sich noch für den Auftrag interessierte, wies das Gericht die Sache zu neuem Entscheid an den Stadtrat zurück, "damit dieser eine neue Bewertung der Angebote gemäss den vorstehenden Erwägungen vornimmt und gestützt darauf einen neuen Entscheid trifft." Dabei führte es aus, der Zuschlag sei "nach dem Gesagten (...) voraussichtlich an die Anbieterin mit dem preislich tiefsten Angebot oder an die Beschwerdeführerin zu erteilen" (E. 9). Gemäss dem Dispositiv des Entscheids wurde die Sache "zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an den Stadtrat Opfikon zurückgewiesen".

4. 4.1 Aufgrund des Entscheids vom 19. Mai 2010 hatte der Stadtrat somit 2 Punkte neu zu beurteilen: – Zunächst war zu klären, ob die ARGE I ihr Angebot aufrecht erhielt, sodass dieses in die neue Auswertung hätte einbezogen werden müssen.

– Sodann war zu prüfen, in welchem Umfang bei der Frage der Stabilisierung ein Punkteabzug zulasten der Beschwerdeführerin gerechtfertigt war.

4.2 Die ARGE I erklärte auf entsprechende Anfrage, dass sie von einer Verlängerung der Gültigkeit ihrer Offerte absehe, da ihr zurzeit die Kapazität fehle, um den Auftrag auszuführen. Aufgrund dieser Absage nahm die Beschwerdegegnerin eine Neubewertung der Angebotspreise vor, bei welcher sie nunmehr den Preis der Beschwerdeführerin als günstigsten einsetzte und mit dem Maximum von 400 Punkten benotete; der Offertpreis der Mitbeteiligten erhielt dabei neu 354 Punkte. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass durch diese Neuberechnung die im Rückweisungsentscheid festgestellte Differenz von 47 Punkten beim Preiskriterium auf 46 Punkte reduziert werde. Die im Entscheid vom 19. Mai 2010 festgelegte Bewertungsmethode führte damals – bei einer Berechnung auf zwei Kommastellen – zu 386,89 Punkten für die Beschwerdeführerin und 339,64 Punkten für die Mitbeteiligten, mithin zu einer Differenz von 47,25 Punkten. Mit der neuen Berechnung, welche das Angebot der Beschwerdeführerin an die erste Stelle setzt, erhält dieses 400,00 und dasjenige der Mitbeteiligten 353,52 Punkte, womit die Differenz noch 46,48 Punkte beträgt. Der Unterschied beruht entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort nicht auf einer Rundungsdifferenz, sondern ist darauf zurückzuführen, dass die Basisgrösse der Berechnung (d.h. das tiefste Angebot) durch den Wegfall der günstigsten Offerte der ARGE I um 1,65 % erhöht wurde, sodass im Vergleich dazu der Preisunterschied der verbleibenden Angebote entsprechend geringer erscheint. Ob das Vorgehen der Beschwerdegegnerin, nach dem Rückzug eines Angebots während des hängigen Vergabeverfahrens eine Neubewertung der Angebotspreise vorzunehmen, gerechtfertigt war, kann dahingestellt bleiben, da der Beschwerdeentscheid nicht davon abhängt. Dass die Beschwerdegegnerin die Benotung der Mitbeteiligten von 353,52 auf 354 Punkte gerundet hat, ist jedenfalls nicht zu beanstanden.

4.3 Bei der Frage der Stabilisierung reduzierte die Beschwerdegegnerin den zulasten der Beschwerdeführerin

vorgenommenen Abzug von 5 auf 2 Punkte. An diesem reduzierten Abzug hält sie fest, weil mit der offenen Stabilisierung Landflächen privater Eigentümer beansprucht werden müssten, was bei den andern Anbietern und bei den Mitbeteiligten ausgeschlossen sei (Beschwerdeantwort, Ziff. 32). Auch dies liegt im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens und ist nicht zu beanstanden. Aufgrund dieser Neubewertung ergeben sich für das Zuschlagskriterium "Baumethode, Bautechnik, Umweltschutz" neu 23 Punkte: Vom Maximum von 40 Punkten erfolgt zunächst ein Abzug von 15 Punkten unter dem Titel "Bauausführung"; dieser wurde mit dem Entscheid vom 19. Mai 2010 als gerechtfertigt anerkannt (E. 5.1.3). Hinzu kommt der neu auf 2 Punkte festgelegte Abzug unter dem Titel "Stabilisierung". Bei unveränderten Werten der übrigen Zuschlagskriterien resultieren daraus die folgenden Gesamtpunktzahlen: Beschwerdeführerin Mitbeteiligte Preis 400 354 Baumethode, Bautechnik, Umweltschutz 23 35 Persönliche und organisatorische Eigenschaften

E. 10

Gesamt 436 465

E. 12

20 Termine 10 30 Lehrlingsausbildung 6 10 Gesamt 451 449 Damit liegt das Angebot der Beschwerdeführerin vor jenem der Mitbeteiligten an erster Stelle. 4.4 4.4.1 Die Beschwerdegegnerin hat jedoch auch in weiteren Punkten, die vom Rückweisungsentscheid des Verwaltungsgerichts nicht erfasst waren, Anpassungen der Bewertung vorgenommen:

- Beim Unterkriterium "Bauausführung" erhöhte sie zulasten der Beschwerdeführerin den bisherigen Abzug von 15 Punkten auf neu 17 Punkte (Beschwerdeantwort, Ziff. 33).
- Beim Unterkriterium "Material" war beim Angebot der Mitbeteiligten bisher ein Abzug von 5 Punkten berechnet worden. Dieser Abzug wurde zugunsten der Mitbeteiligten auf 2 Punkte reduziert (Beschwerdeantwort, Ziff. 34).
- Beim Zuschlagskriterium Lehrlingsausbildung wurde die Benotung der Beschwerdeführerin von 6 auf 8 Punkte erhöht. Im Beschwerdeverfahren macht die Beschwerdegegnerin jedoch geltend, die Erhöhung sei unzutreffend und die Bewertung wieder auf 6 Punkte zurückzustufen (Beschwerdeantwort, Ziff. 16 ff.). Eine derartige Neubeurteilung von Punkten, die mit dem Gegenstand des Rückweisungsentscheides nichts zu tun haben, ist nach dem Gesagten nicht zulässig (vorn, E. 2). Die Beschwerdegegnerin kann die Rückweisung nicht zum Anlass nehmen, ihren ursprünglichen Entscheid in jeder Hinsicht neu zu überprüfen.

4.4.2 Bei den geltend gemachten Änderungsgründen handelt es sich auch nicht um nachträglich entdeckte Tatsachen von solcher Tragweite, dass sie eine Revision bzw. Änderung eines formell rechtskräftigen Entscheides rechtfertigen würden:

- Den erhöhten Abzug beim Unterkriterium "Bauausführung" begründet die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort mit den aufgetretenen Verzögerungen und ihren Bedenken, "dass aufgrund der notwendigen Beschleunigungsmassnahmen weitere, bisher nicht berücksichtigte Probleme auftreten können". Die eingetretenen Verzögerungen sind jedoch dem Vorgehen der Beschwerdegegnerin, nicht der Beschwerdeführerin, anzulasten und können nicht zum Nachteil der letzteren in die Bewertung eingebracht werden. In der Duplik ergänzt die Beschwerdegegnerin die Begründung dahin gehend, dass eine andere Anbieterin, die bei diesem Kriterium noch schlechter beurteilt worden sei, ihr Angebot zurückgezogen habe. Neu müsse daher das Angebot der Beschwerdeführerin in diesem Punkt als schlechtestes gelten, was einen grösseren Abzug rechtfertige. Dem ist – abgesehen davon, dass die Begründung des Vergabeentscheids nicht mit der Duplik erneut

geändert werden kann – entgegenzuhalten, dass ein Quervergleich der Angebote bei der Bewertung der qualitativen Kriterien zwar zweifellos sinnvoll ist, ein Angebot jedoch nicht bloss deshalb schlechter benotet werden darf, weil ein anderes, noch schlechteres, wegfällt.

– Die zugunsten der Mitbeteiligten vorgenommene Höherbewertung beim Unterkriterium "Material" wird von der Beschwerdegegnerin wie folgt begründet: Der ursprüngliche Abzug von 5 Punkten sei darauf zurückzuführen, dass sie davon ausgegangen sei, die Mitbeteiligten würden zur Grabenauffüllung nur stabilisiertes Material verwenden. Bei der nochmaligen Durchsicht der Offerte habe sich aber gezeigt, dass bei dieser Bewertung ein Fehler unterlaufen sei. Unter Hinweis auf verschiedene Positionen der Offerte (Kapitel 221, Pos. 200.230; Kapitel 237, Pos. 811) gelangt die Beschwerdegegnerin zum Schluss, dass die Mitbeteiligten nicht vorgesehen hätten, die Gräben nur mit stabilisierendem Aushub aufzufüllen; vielmehr solle auch eine wasserdurchlässige Kiesschicht eingebaut werden. Der Abzug von 5 Punkten erweise sich daher als nicht gerechtfertigt und werde auf 2 Punkte reduziert. Die Neubewertung müsse zulässig sein, weil das Unterkriterium "Material" auch bei der Beschwerdeführerin neu bewertet werde. Diesen Ausführungen kann nicht gefolgt werden. Der Rückweisungsentscheid gab keinen Anlass, bei den Mitbeteiligten eine Neubewertung des Unterkriteriums Material vorzunehmen. Auch bei der Beschwerdeführerin war eine erneute Prüfung dieses Punktes nicht erforderlich, da dieser bereits im Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2010 abschliessend beurteilt worden war. Die Gesichtspunkte, die heute für eine bessere Benotung der Mitbeteiligten angeführt werden, haben auch keinen Zusammenhang mit der Qualität der Kanalisationsrohre, welche von der Beschwerdegegnerin für den Punkteabzug bei der Beschwerdeführerin angeführt worden war. Vielmehr handelt es sich bei den neu zugunsten der Mitbeteiligten vorgebrachten Gründen um Elemente, wie sie bei einer Vergabe dieser Art in grosser Zahl in die Bewertung einfliessen. Im Ergebnis wurde mit der neuen Benotung lediglich eine Neubewertung dieses Teilaspekts vorgenommen. Dafür bleibt im beschränkten Rahmen des vorliegenden, durch die Rückweisung veranlassten Verfahrens kein Raum. Die Beschwerdegegnerin weist zwar zutreffend darauf hin, dass sie ihren neuen Entscheid auf zusätzliche Erwägungen stützen darf, die weder im aufgehobenen noch im rückweisenden Entscheid enthalten waren (unter Hinweis auf Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 10). Auch diese müssen sich jedoch im Rahmen des Verfahrensgegenstandes halten, wie er durch die Rückweisung gegeben ist. Wieweit die vorgebrachten Gründe bei einer unbeschränkten Überprüfung allenfalls zu anerkennen wären, braucht nicht weiter geklärt zu werden.

– Eine Neuurteilung des Kriteriums Lehrlingsausbildung war aufgrund der Rückweisung ebenfalls nicht vorzunehmen. Im Ergebnis ist damit die von der Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren vertretene Rückstufung auf die ursprüngliche Benotung von 6 Punkten zutreffend. Da die von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen nachträglichen Änderungen der Offertbewertung nicht zulässig sind, bleibt es somit beim genannten Gesamtergebnis von 451 Punkten für die Beschwerdeführerin und 449 Punkten für die Mitbeteiligte.

5. Die Beschwerdegegnerin macht in der Beschwerdeantwort neu geltend, das Angebot der Beschwerdeführerin müsse vom Verfahren ausgeschlossen werden. Einerseits habe die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte falsche Auskünfte erteilt, andererseits habe sie in unzulässiger Weise auf das Vergabeverfahren Einfluss genommen.

5.1 5.1.1 Die Beschwerdegegnerin wirft der Beschwerdeführerin vor, sie habe in den "Angaben zur Unternehmung" ihrer Offerte vorgegeben, 15 Auszubildende zu beschäftigen. Aus dem Firmenprofil des gleichzeitig eingereichten Technischen Berichts sei jedoch hervorgegangen, dass dabei die Lehrlinge

von zwei Firmen, nämlich der A AG (4 Lehrlinge) und der A AG (11 Lehrlinge) zusammengerechnet worden seien. Aus diesem Grund habe man bei der Bewertung der Offerte ursprünglich nur die 4 Lehrlinge der A AG berücksichtigt, woraus die Benotung mit 6 Punkten resultiert habe. Im Lauf der zweiten Offertprüfung sei dann der Verwaltungsratspräsident der A AG an den beauftragten Ingenieur gelangt und habe geltend gemacht, die Beschäftigten beider Unternehmungen seien zusammenzuzählen. Dieser Auffassung sei die Beschwerdegegnerin zunächst gefolgt, was zur neuen Benotung des Kriteriums Lehrlingsausbildung mit 8 Punkten geführt habe. Die Korrektur erweise sich jedoch heute als falsch, da es sich um zwei getrennte Unternehmungen handle, die auch nicht gemeinsam Mitglieder der Bietergemeinschaft seien. Die falschen Unternehmensangaben in der Offerte müssten zum Ausschluss der Anbieterin wegen falscher Auskünfte gemäss § 28 lit. a SubmV (richtig: § 28 lit. b SubmV) führen. Hinzu komme, dass in der Offerte ebenso wie auch in den Rechtsschriften stets nur von der A AG die Rede sei, obschon eine AG mit dieser Firmenbezeichnung gar nicht existiere. In Wirklichkeit bestünden zwei Unternehmungen unter den Firmen "A AG" und "A AG". Die dadurch verursachte Unschärfe wolle die Beschwerdeführerin offenbar benützen, um nach Bedarf mehr Lehrlinge und mehr Fachpersonal auszuweisen, als sie effektiv besitze. Auch darin sei ein wesentlicher Mangel der Offerte zu sehen, welcher den Ausschluss zur Folge haben müsse.

5.1.2 Aus einem Angebot muss zweifelsfrei hervorgehen, welche Unternehmung bzw. Unternehmungen als Anbieter auftreten. Die Identität einer Anbieterin ist nicht nur für die Zuordnung von Personal, Ressourcen und Referenzen von Bedeutung, sondern auch für weitere Aspekte der Leistungsfähigkeit wie Kapitalbasis und ISO-Zertifizierungen, ferner für Haftung, Versicherungsdeckung, Nachweise betreffend Arbeitsbedingungen, Sozialversicherungen und Weiteres. Der Beschwerdegegnerin ist darin zuzustimmen, dass die Ähnlichkeit von zwei Firmenbezeichnungen durch eine Anbieterin nicht dazu verwendet werden darf, sich wahlweise auf die Verhältnisse der einen oder andern Firma zu berufen; auch diesbezüglich haben die Anbieter Klarheit zu schaffen. Die Beschwerdeführerin verwandte in ihrer Offerte durchwegs die Bezeichnung A AG, allerdings stets in Verbindung mit der Adresse in L. Damit benützte sie zwar eine unzutreffende Firmenbezeichnung; ein Irrtum über die Identität der Anbieterin konnte jedoch nicht entstehen. In den "Angaben zur Unternehmung" ihrer Offerte nannte die Beschwerdeführerin bei den Beschäftigten verschiedener Ausbildungsstufen offensichtlich die Gesamtzahlen aus beiden A AG-Unternehmungen, wie sich aus den Personalangaben im Technischen Bericht ohne Weiteres ergibt. Im Technischen Bericht ist das Personal beider Gesellschaften separat nach Funktionen dargestellt, und es wird ersichtlich, dass die A AG 4 Lehrlinge, die A AG 11 Lehrlinge beschäftigt. Die Sachbearbeiter der Beschwerdegegnerin haben dies bei der ersten Beurteilung, wie sie selber ausführt, zutreffend erkannt und bei der Benotung des Zuschlagskriteriums Lehrlingsausbildung die kleinere Zahl zugrunde gelegt; eine Täuschung wurde somit nicht verursacht. Die Offerte der Beschwerdeführerin war in den genannten Punkten zweifellos mangelhaft. Die Mängel wurden aber offensichtlich schon bei der ersten Beurteilung erkannt und von der Beschwerdegegnerin nicht als schwerwiegend taxiert. Sie können daher nicht nachträglich herangezogen werden, um einen Ausschluss der Beschwerdeführerin zu begründen, zumal die genannten Punkte nicht den Bereich betreffen, der aufgrund der Rückweisung neu zu überprüfen war. Die Mängel waren auch nicht so schwerwiegend, dass sie eine Revision bzw. Änderung des Entscheids ausserhalb dieses Bereichs rechtfertigen würden. Wieweit bei der Bewertung eines Angebots Personal und Ressourcen einer wirtschaftlich

verbundenen Unternehmung allenfalls berücksichtigt werden dürfen, braucht unter diesen Umständen nicht weiter geklärt zu werden. Jedoch ist die Bezeichnung der Beschwerdeführerin im Rubrum des vorliegenden Entscheids zu berichtigen. 5.2 Den Vorwurf der unzulässigen Einflussnahme auf das Vergabeverfahren begründet die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort damit, dass der Verwaltungsratspräsident der Beschwerdeführerin sich am 27. Juli 2010 telefonisch und per Fax an den von der Gemeinde mit der Auswertung der Angebote beauftragten Ingenieur gewandt und unaufgefordert Referenzen betreffend einen Polier nachgereicht habe. Ferner habe sich der Verwaltungsratspräsident mit einem Schreiben vom 9. August 2010 an den Stadtpräsidenten und den Bauvorstand gewandt und die übrigen Stadträte mit einer Kopie bedient. In dem Schreiben werde auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts hingewiesen und das beauftragte Ingenieurbüro diskreditiert; so werde behauptet, es sei bisher unterlassen worden, Referenzauskünfte einzuholen, und die Führungskräfte der Beschwerdeführerin seien um ein Vielfaches besser qualifiziert als der sie bewertende Ingenieur. Die Beschwerdegegnerin beruft sich in diesem Zusammenhang auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts, in welchem dieses ausgeführt hatte, dass die Durchführung eines ungestörten Entscheidverfahrens durch die Vergabebehörde von grosser Bedeutung sei. Ob ein Anbieter, der sich in die Eignungs- und Offertprüfung der Vergabebehörde einmischt, unter gewissen Umständen von der Teilnahme ausgeschlossen werden kann oder muss, liess das Gericht jedoch offen, da die damals beurteilte Intervention einer Anbieterin als gerechtfertigt beurteilt wurde (VGr, 6. April 2001, VB.2000.00353, = RB 2001 Nr. 48, BEZ 2001 Nr. 25, E. 4c/bb). Es stellte vielmehr fest, dass ein Anbieter, der die Vergabebehörde in sachlich gerechtfertigter Weise auf die problematische wirtschaftliche Lage eines Mitbewerbers aufmerksam macht, deswegen nicht von der Teilnahme ausgeschlossen werden darf. Die beiden Schreiben der Beschwerdeführerin enthielten Tatsachenbehauptungen und Beweismittel zu Punkten, die nicht Gegenstand der Rückweisung und somit in jenem Stadium des Verfahrens nicht mehr relevant waren. Inhalt und Zeitpunkt des Vorgehens waren insofern nicht sachgerecht, und ungewöhnlich war auch die Art, wie der Vertreter der Beschwerdeführerin sich persönlich an die Stadträte wandte. Die beiden Schreiben waren jedoch in korrektem Ton gehalten; sie enthielten keine Herabminderung von Konkurrenten, und von einer Drohung kann beim Hinweis auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts nicht gesprochen werden. Zu berücksichtigen ist sodann, dass durch das Vorgehen der Beschwerdegegnerin tatsächlich die Befürchtung entstehen konnte, dass sie eine unparteiische Beurteilung der Angebote vermissen lasse. Dadurch wurde das Verhalten der Beschwerdeführerin wohl nicht gerechtfertigt, aber doch verständlich. Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin im angefochtenen Entscheid auch keinen Ausschluss der Beschwerdeführerin verfügt, obschon ihr die fraglichen Vorgänge bekannt waren; der Einwand wurde erst im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht vorgebracht, was darauf schliessen lässt, dass sie die versuchte Einflussnahme zunächst nicht als schwerwiegend beurteilt hat. Unter diesen Umständen kann im Vorgehen der Beschwerdeführerin kein ausreichender Grund erblickt werden, sie vom Verfahren auszuschliessen. Wieweit Beeinflussungs- oder Druckversuche in bestimmten Fällen als Ausschlussgrund infrage kommen, braucht auch hier nicht abschliessend beurteilt zu werden. 6. Die Mitbeteiligten verlangen ebenfalls den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren. Nach den Erwägungen des Verwaltungsgerichts habe das Bauprogramm der Beschwerdeführerin eine Variante dargestellt, die von der Vergabebehörde zulässigerweise abgelehnt werden durfte. Ein

Bauprogramm entsprechend den Vorgaben der Vergabestelle habe demnach nicht vorgelegen, weshalb das Grundangebot – wie das Gericht feststelle – unvollständig bzw. mangelhaft gewesen sei (Entscheid vom 19. Mai 2010, E. 5.1). Das Fehlen eines Grundangebots wie auch die Unvollständigkeit bzw. Mangelhaftigkeit des Angebots müssten gemäss § 28 lit. h SubmV zu dessen Ausschluss führen. Vom Fehlen eines Grundangebots war hier einzig mit Bezug auf das Bauprogramm die Rede. Die Beschwerdegegnerin wertete diesen Mangel in ihrem ersten Entscheid nicht als Ausschlussgrund, sondern nahm ihn zum Anlass für eine schlechtere Bewertung beim Kriterium Bauausführung. Dieses Vorgehen wurde mit dem Entscheid des Verwaltungsgerichts vom 19. Mai 2010 bestätigt und ist heute nicht mehr Gegenstand des Beschwerdeverfahrens. Ob der Mangel auch einen Ausschluss der Beschwerdeführerin gerechtfertigt hätte, ist daher nicht mehr zu beurteilen. 7. Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und der angefochtene Entscheid des Stadtrates Opfikon aufzuheben. Entgegen der üblichen Praxis des Verwaltungsgerichts ist der Zuschlag an die Beschwerdeführerin hier direkt vorzunehmen und auf eine nochmalige Rückweisung zu verzichten, damit keine weiteren Verzögerungen entstehen. 8. Ausgangsgemäss werden die unterliegenden Parteien kostenpflichtig; die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin und den Mitbeteiligten, die sich mit eigenen Anträgen am Verfahren beteiligt haben, je zur Hälfte auferlegt (§ 65a in Verbindung mit §§ 13 f. VRG). Der Beschwerdeführerin ist überdies eine Parteientschädigung zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG). Entgegen der Regel von § 17 Abs. 3 VRG sind nicht allein die Mitbeteiligten, sondern auch die Beschwerdegegnerin hälftig zur Zahlung zu verpflichten, da die Gemeinde bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags auch eigene Interessen wahrnimmt (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 49). 9. Seit dem Entscheid des Verwaltungsgerichts im vorangegangenen Beschwerdeverfahren wurden die im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwerte angepasst (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 11. Juni 2010 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011; SR 172.056.12), sodass heute der Wert des strittigen Auftrags – unter Berücksichtigung der Offerte der Mitbeteiligten – den Schwellenwert für Bauwerke übersteigt. Gegen den vorliegenden Entscheid kann daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG). Ist diese Voraussetzung nicht erfüllt, kann die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden.

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