

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-10-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00176

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00176 du 5 octobre 2012

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00176 del 5 ottobre 2012

Regeste

Submission | Vergabe von gärtnerischen Unterhaltsarbeiten: Eignung; Gleichbehandlung; Ausschluss eines Pauschalangebots; Lehrlingsausbildung. Die Beschwerdegegnerin hat bei der Eignungsprüfung einen grosszügigen Massstab angelegt. Dies ist vorliegend sachgerecht und jedenfalls nicht rechtsverletzend (E. 3). Zulässige Subventionen stellen keine vergaberechtlich unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen dar (E. 4). Das als Variante bezeichnete Pauschalangebot wurde von der Beschwerdegegnerin zu Recht nicht berücksichtigt. Unterschiedliche Vergütungsarten können nur zugelassen werden, wenn die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt sind, um die Vergleichbarkeit zu gewährleisten (E. 6.1). Die Beurteilung der Kriterien "Qualität der Firmenreferenzen", "Ausbildung und Referenzen Schlüsselpersonal" und "Ökologische Massnahmen und Qualitätssicherung" erweist sich als vertretbar (E. 7-9). Die Bewertungsmethode beim Kriterium "Ausbildung von Lernenden" erscheint problematisch, insbesondere weil die verwendete Punkteskala von jener bei den übrigen Kriterien abweicht. Die Beschwerdeführerin würde die Mitbeteiligte jedoch auch bei Anwendung einer anderen und jedenfalls zulässigen Bewertungsmethode nicht überholen (E. 10). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend wendet sich die

Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde sowohl gegen den Ausschluss ihres Pauschalangebots als auch gegen die Bewertung ihres Grundangebots, das bei richtiger Bewertung vor demjenigen der Mitbeteiligten rangieren müsse. Im Fall der Gutheissung hätte die Beschwerdeführerin damit realistische Chancen auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist.

E. 3

Referenzen der letzten 3 Jahre); - Ausreichende Leistungsfähigkeit zur Erfüllung des Auftrags (Nachweis: Personalliste); - Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Nachweis: Firmenprofil); - Bei Arbeitsgemeinschaften wird die Eignung in einer Gesamtbetrachtung geprüft. Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche ein Anbieter erfüllen muss, um zu gewährleisten, dass er zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage ist (RB 2000 Nr. 70 E. 6a = BEZ 2000 Nr. 25). Sie betreffen gemäss § 22 SubmV insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die Vergabebehörde legt die für den jeweiligen Auftrag erforderlichen Eignungskriterien anhand objektiver Merkmale fest und bestimmt die zu erbringenden Nachweise. Die Kriterien müssen sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen, weshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden dürfen, die im Hinblick auf die geforderte Leistung erforderlich sind. Innerhalb dieser Grenzen steht der Vergabebehörde bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB, § 50 Abs. 2 VRG).

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin begründet ihren Standpunkt im Wesentlichen damit, dass es sich bei der Mitbeteiligten nicht um ein Unternehmen der Gartenbaubranche handle. Hinter der Mitbeteiligten stehe vielmehr eine bäuerliche Selbsthilfeorganisation. Dementsprechend würden zur Leistungserbringung auch durchwegs Landwirte eingesetzt. Diese als branchenfremd zu qualifizierenden Mitarbeiter würden aber weder über die vorliegend erforderliche Grundausbildung noch über ausreichende einschlägige Erfahrung verfügen. Es überrasche daher nicht, wenn die Mitbeteiligte nur einen kleinen Auftrag mit vergleichbaren Arbeiten als Referenz anführen könne und nicht – wie verlangt – drei von der Art und dem Volumen her vergleichbare Aufträge. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, die Ausschreibung habe keine Einschränkung des Anbieterkreises auf reine Gartenbauunternehmen enthalten. Eine solche wäre angesichts der Auftragsumschreibung auch nicht gerechtfertigt gewesen, heisse es doch in Kapitel B1 der Besonderen Bedingungen der Ausschreibung: "Die Parkgestaltung soll in Anlehnung an den bestehenden und weiterhin beibehaltenen Landwirtschaftsbereich sowie an den nahen Zürichbergwald keinen urbanen, sondern einen landschaftlichen Charakter aufweisen. [...] Es geht also weniger um einen möglichst gärtnerisch-intensiven Unterhalt, sondern eher um eine 'naturgerechte' Pflege."

E. 3.1.1

Der Beschwerdegegnerin ist beizupflichten, dass diese Ausschreibungsvorgaben keine Grundlage für die von der Beschwerdeführerin verfochtene Beschränkung auf ausschliesslich im Gartenbau tätige Unternehmen bietet und dementsprechend der Einbezug von Anbietern insbesondere aus dem Landwirtschaftsbereich grundsätzlich durchaus als sachgerecht erscheint. Mithin bleibt zu prüfen, ob die betreffende Anbieterin den konkreten

Eignungsnachweis erbracht hat.

E. 3.1.2

Die Mitbeteiligte hat insgesamt acht Referenzobjekte bezeichnet. Davon bezieht sich laut der Auswertung der Beschwerdegegnerin nur ein "kleiner Auftrag" auf "vergleichbare Arbeiten". Dabei handelt es sich um das Referenzobjekt "Erstellung und Pflege von Grünflächen im F-Park G" mit einer jährlichen Auftragssumme von ca. Fr. 30'000.-. Die Beschwerdeführerin wendet diesbezüglich zwar ein, dass die betreffenden Arbeiten nicht der "naturgerechten Pflege" nach "ökologischen Grundsätzen" zuzuordnen sei. Der betreffende Einwand blieb indessen unsubstanziert und vermag daher das gegenteilige Auswertungsergebnis der Vergabestelle nicht infrage zu stellen. Die übrigen Referenzobjekte der Mitbeteiligten betreffen Umgebungsarbeiten bei Poststellen und diversen Grossliegenschaften, Rodungen und Grüngutverwertung, Häckseldienste sowie Grünraumaufträge bei den Gemeinden H und I. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend bemerkt, betrifft keine dieser Referenzen die Pflege einer naturnahen Parkanlage. Insgesamt decken sie aber eine breite Palette garten- und landschaftspflegerischer Arbeiten ab, wie sie auch im streitigen Auftrag anfallen, nämlich das "Mähen der Rasen- und Wiesenflächen, schneiden der Gehölzflächen, in Stand halten und säubern der chaussierten Flächen, sauber halten der Vegetationsflächen, Freihalten der Uferbereiche bei den Gewässern in grosser, weitläufiger Parkanlage mit sehr vielen Teilflächen". Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten trifft es sodann nicht zu, dass sämtliche dieser Referenzen dem "Kriterium des ähnlichen Umfangs nicht gerecht" würden; sechs der acht Referenzen erreichen das Auftragsvolumen bzw. übertreffen dieses sogar teilweise um ein Vielfaches. Die Beschwerdegegnerin vertritt den Standpunkt, damit habe die Mitbeteiligte insgesamt einen hinreichenden Eignungsnachweis erbracht. Dass diese Würdigung auf einem grosszügigen Massstab bei der Vergleichbarkeit der Arbeiten und beim kumulativen Nachweis eines entsprechenden Auftragsvolumens beruht, erweist sich vorliegend durchaus als vertretbar. Wie in Ziff. 20 der Ausschreibungsunterlagen ausgeführt, beinhaltet der ausgeschriebene Auftrag einen bedeutenden Anteil an Regiearbeiten, welche nur nach Absprache mit der Bauleitung an den regelmässigen, vierzehntäglichen Rundgängen ausgeführt werden dürfen. Angesichts dieser engen Führung seitens der Beschwerdegegnerin geht es bei der Anbietereignung weniger um die Übernahme einer Gesamtverantwortung als vielmehr um die weisungsgebundene Umsetzung einzelner Pflegemassnahmen und die dafür nötige wirtschaftliche und organisatorische Leistungsfähigkeit. Es erscheint daher durchaus sachgerecht, wenn die Beschwerdegegnerin bei ihrer Würdigung die Vergleichbarkeit nicht für jedes Referenzobjekt einzeln, sondern eher im Sinn einer Gesamtbetrachtung prüfte. Wie die Beschwerdegegnerin sodann nachvollziehbar darlegt, hätte eine striktere Handhabung der Eignungsvorgaben den Kreis der Anbietenden übermässig eingeschränkt und letztlich auch zum Ausschluss der Beschwerdeführerin geführt. Als bisherige Leistungserbringerin hat die Beschwerdeführerin mit dem Unterhalt der streitbetroffenen Parkanlage zwar zweifellos eine einschlägige Referenz geliefert. Von ihren übrigen Referenzen erreicht dagegen nur eine ein ähnliches Auftragsvolumen. Inhaltlich geht es dabei aber um eine Sportanlage, bei deren Pflege und Unterhalt der "landschaftliche Charakter" und die "naturgerechte Pflege" nicht im Vordergrund stehen dürften. Die verbleibenden drei Referenzen der Beschwerdeführerin liegen vom Auftragsvolumen her sodann allesamt nur im Bereich von Fr. 50'000.-. Dieser Referenzen betreffen wiederum eine Sportanlage und zwei Wohnüberbauungen. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin an die Mitbeteiligte, bis auf eine

würden alle Referenzen " nur konventionell gärtnerisch gepflegte " Objekte betreffen, gilt demnach gleichermassen für die Beschwerdeführerin selbst.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin wendet ferner ein, die Tatsache, dass es sich bei der Mitbeteiligten um einen Personalverleih mit 60 bis 70 Temporärangestellten und 150 bis 250 angeschlossenen selbständigen Unternehmern handle, mache die Bewertung des Eignungskriteriums "Erfahrung des Anbieters mit vergleichbaren Arbeiten und ähnlichem Umfang" beliebig. Insbesondere sei es unzulässig, in diesem Fall die Eignung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zu prüfen. Die Beschwerdegegnerin bestreitet dies mit dem Einwand, die Mitbeteiligte werde den strittigen Auftrag nicht als Arbeitsgemeinschaft mit selbständigen Unternehmen ausführen, sondern mit eigenen Mitarbeitern und temporären Angestellten. Dementsprechend habe man die in den Ausschreibungsbedingungen für die Eignungsbeurteilung von Arbeitsgemeinschaften vorbehaltene Gesamtbetrachtung gar nicht anstellen müssen. Der beschwerdeführerische Einwand, dass der Mitbeteiligten Eignungsnachweise angerechnet würden, die nicht von ein und demselben Gärtnerteam ausgeführt wurden, ist damit aber keineswegs entkräftet. Vielmehr trifft es sehr wohl zu, dass die Eignungsbewertung insofern auf einer Gesamtbetrachtung beruht. Das bedeutet indes nicht, dass dieses Vorgehen unzulässig wäre, zumal das Argument der " Beliebigkeit " des Eignungsnachweises nicht nur mit Bezug auf die Organisationsstruktur der Mitbeteiligten, sondern grundsätzlich bei jeder grösseren Anbieterin im Raum steht. Die Firmenreferenzen belegen in diesen Fällen vorab die Leistungsfähigkeit der Organisation als solcher, wogegen die fachliche Eignung entscheidend von den eingesetzten Schlüsselpersonen abhängen wird, wie dies auch vorliegend der Fall ist. Die Beschwerdegegnerin hat bei der Eignungsprüfung bzw. dem in diesem Zusammenhang geforderten Erfahrungsnachweis zweifellos einen eher grosszügigen Massstab angelegt. Sie hat damit aber weder willkürlich noch ausserhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums gehandelt. Im Übrigen wurde dieser Punkt beim Zuschlagskriterium " Qualität Firmenreferenzen " und " Ausbildung und Referenzen Schlüsselpersonal " nochmals aufgegriffen und einer inhaltlichen Prüfung unterzogen.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht sodann geltend, das Angebot der Mitbeteiligten hätte auch deshalb nicht berücksichtigt werden dürfen, weil diese in einer den Wettbewerb verzerrenden und daher unzulässigen Weise von strukturbedingten Vorteilen profitiere. Als bäuerliche Selbsthilfeorganisation bzw. Vermittlerin von temporären Fachkräften aus der Landwirtschaft unterstehe die Mitbeteiligte nicht dem Branchenverband Jardin Suisse und dessen Gesamtarbeitsvertrag (GAV Grüne Branche). Dementsprechend sei sie auch nicht an die dortigen Mindestlöhne gebunden, was sich unmittelbar und entscheidend auf die finanziellen Spielräume bei der Offertstellung niederschläge. Tiefere Lohnkosten der Mitbeteiligten ergäben sich auch deshalb, weil Garten- und Landschaftsbaubetriebe ihre Angestellten obligatorisch bei der SUVA und zu höheren Prämien als in der Landwirtschaft gegen Unfall versichern müssten. Zudem müssten Garten- und Landschaftsbaubetriebe eine Arbeitssicherheitslösung gemäss EKAS-Richtlinien einhalten, was in der Landwirtschaft nicht der Fall sei. Auch bei der Abraumentsorgung hätten Landwirte Vorteile, da sie dies kostenlos auf dem eigenen Hof tun könnten, wogegen die Entsorgung für Garten- und Landschaftsbaubetriebe kostenpflichtig sei. Schliesslich profitiere die Mitbeteiligte vom kostengünstigeren Einsatz landwirtschaftlicher Maschinen (grüne Nummern), von

Steuerrückerstattungen für in der Landwirtschaft verbrauchte Treibstoffe sowie vom Umstand, dass die in der Landwirtschaft eingesetzten Maschinen keiner Russpartikelfilter bedürften.

E. 4.2

Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, die Mitbeteiligte sei als Personalverleihbetrieb zu qualifizieren, verfüge über eine eidgenössische Arbeitsverleihbewilligung und unterstehe seit dem 1. Januar 2012 dem allgemeinverbindlichen GAV für den Personalverleih. Dieser enthalte nicht nur eine Kollisionsregel, welche den Vorrang gegenüber dem nicht allgemeinverbindlich erklärten GAV Grüne Branche definiere, sondern auch höhere Mindestlöhne. Die Mitbeteiligte habe verbindlich zugesichert, dass nur fest angestellte Mitarbeiter sowie Mitarbeiter im Temporärverhältnis zum Einsatz kämen. Diese unterständen nicht nur dem Gesamtarbeitsvertrag, sondern seien auch allesamt bei der SUVA versichert. Auch bezüglich Arbeitssicherheitslösung erfülle die Mitbeteiligte die Vorgaben bezüglich EKAS-6508-Richtlinien mit einer Anschlussvereinbarung bei AgriTop. Sämtliche Temporärmitarbeiter verfügten über eine minimale Ausbildung im Bereich der Arbeitssicherheit. Jeder Mitarbeiter besitze einen persönlichen Sicherheitsausweis mit sämtlichen Weiterbildungsdaten. Mehrere Mitarbeiter verfügten über einen aktuellen AgriTop Trainerkurs und seien befugt, Mitarbeiter bezüglich Arbeitssicherheit weiterzubilden. Was die Entsorgung des Abraums betreffe, so betreibe die Mitbeteiligte in J eine Kompostieranlage, welche kontrolliert werde und über eine Betriebsbewilligung des AWEL verfüge. Grünabraum vom Irehelpark würde in dieser Anlage entsorgt zu einem Preis von Fr. 130.- pro Tonne exkl. MwSt. Von kostenloser Grüngutentsorgung in der Landwirtschaft könne nicht die Rede sein. Bestritten wird auch, dass landwirtschaftliche Maschinen mit grünen Nummernschildern zum Einsatz kämen. Wie die eingereichte Inventarliste belege, verfüge die Mitbeteiligte sehr wohl über einen eigenen Maschinenpark, für welchen sie als Aktiengesellschaft ohne eigenen Landwirtschaftsbetrieb von vornherein keine grünen Nummernschilder einlösen könne. Allenfalls von den Landwirten gemietete Maschinen würden sodann nur eingesetzt, wenn diese den Vorgaben entsprächen und weiss eingelöst seien. Die Rückerstattung von Treibstoffzöllen sei sodann auf die Bewirtschaftung eigener landwirtschaftlicher Nutzflächen beschränkt. Kein Landwirt erhalte Zollrückerstattungen auf Treibstoffe, die für kommunale Arbeiten verwendet würden. Im Übrigen könne die Mitbeteiligte belegen, dass sie selbst im Jahr 2011 Dieselöl für über Fr. 40'000.- ohne Verbilligung bzw. Rückerstattungsanspruch eingekauft habe. Was schliesslich die in Position 541.110 des Leistungsverzeichnisses verlangte Ausstattung von Baumaschinen mit Russpartikelfiltern betreffe, so liege auch hierfür eine entsprechende Verpflichtung der Mitbeteiligten vor.

E. 4.3

Gemäss Art. 11 lit. e IVöB sind bei der Vergabe von Aufträgen die Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu beachten. Dementsprechend verlangt § 8 SubmV von der Vergabestelle, vertraglich sicherzustellen, dass die Anbietenden die geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen sowie die Gleichbehandlung von Frau und Mann einhalten (Abs. 1 lit. a) und Dritte, denen sie Aufträge weiterleiten, ebenfalls vertraglich auf diese Regeln verpflichten (Abs. 1 lit. b). Als Arbeitsbedingungen gelten die Vorschriften der Gesamt- und Normalarbeitsverträge und, wo solche fehlen, die orts- und berufsüblichen Vorschriften (Abs. 2).

E. 4.3.1

Der Vergabebehörde fällt demnach in erster Linie die Aufgabe zu, die Anbietenden vertraglich zur Einhaltung der geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen und zu deren Überbindung auf allfällige Subunternehmer zu verpflichten. Dieser Aufgabe ist die Beschwerdegegnerin vorliegend in Ziff. 8 der Ausschreibungsunterlagen nachgekommen, wo von den Anbietern eine ausdrückliche Verpflichtung zur Einhaltung der massgeblichen Gesamtarbeitsverträge verlangt wird. Die Mitbeteiligte hat sich in den Unternehmerangaben zu ihrem Angebot entsprechend verpflichtet. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten besteht unter diesen Umständen weder ein begründeter Zweifel an der Verbindlichkeit der von der Mitbeteiligten abgegebenen Zusicherung noch am erklärten Willen der Beschwerdegegnerin, diese auch durchzusetzen. Weitere Belege hierfür sind nicht erforderlich, insbesondere besteht keine Veranlassung, von der Mitbeteiligten Arbeitsverträge einzuverlangen, welche nach "Art und Umfang nachweisen könnten, dass die Mitbeteiligte tatsächlich eigene Angestellte beschäftigen" werde. Abgesehen vom Schlüsselpersonal, dessen verbindliche Nennung vorliegend keiner weiteren Nachweise bedarf, ist es ohne Weiteres zulässig, nötige betriebliche Aufstockungen erst bei Auftragserteilung vorzunehmen (vgl. VGr, 2. November 2000, VB.2000.00136, E. 6b und 8b). Dass die Mitbeteiligte als Personalvermittlerin im Bedarfsfall auf ausreichende Personalressourcen zurückgreifen kann, steht ausser Frage.

E. 4.3.2

Im Weiteren kann auch davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdegegnerin gegebenenfalls die Überbindung der geltenden Arbeitsschutzbestimmungen und Arbeitsbedingungen auf allfällige Subunternehmer durchsetzen wird. Die Beschwerdeführerin weist in diesem Zusammenhang indes zutreffend darauf hin, dass die überbundenen Arbeitsbedingungen nicht für den selbständigen Unternehmer selbst, sondern nur für dessen Angestellte gelten. Im Kern dreht sich der Streit denn auch um die Frage, ob bzw. inwieweit das Angebot der Mitbeteiligten auf dem Einsatz von selbständigen Landwirten im Werkvertragsverhältnis, sogenannten Freelancern, beruht. So blieb letztlich unbestritten, dass die "eigenen Angestellten" der Mitbeteiligten zu den regulären Bedingungen bei der SUVA versichert sind. Unbestritten blieb ferner, dass die Mitbeteiligte als AG ohne eigenen Landwirtschaftsbetrieb für den auf sie zugelassenen Maschinenpark keine grünen Nummernschilder lösen kann und keinen Anspruch auf Rückerstattung von Treibstoffzöllen hat. Gegen die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur Einhaltung der EKAS-Richtlinien seitens der Mitbeteiligten wendet die Beschwerdeführerin zwar ein, aus der eingereichten Bestätigung von AgriTop gehe nicht namentlich hervor, welche Mitarbeiter über eine entsprechende Sicherheitsausbildung verfügen. Es sei daher auch nicht ersichtlich, ob dies für das vorliegend zum Einsatz kommende Schlüsselpersonal der Fall sei. Mithin geht es angesichts der nachgereichten Bestätigung nicht mehr um die Frage, ob die Mitbeteiligte die EKAS-Richtlinien überhaupt einhält, sondern nur noch darum, ob einzelne Mitarbeiter die entsprechende Sicherheitsausbildung bereits abgeschlossen haben oder nicht. Inwiefern dieser Aspekt einen entscheidenden, weil "wettbewerbsverzerrenden" Vorteil bei den Lohnkosten zur Folge haben könnte, hat die Beschwerdeführerin nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich.

E. 4.4

Dass vorliegend selbständige Landwirte, sogenannte Freelancer, als Subunternehmer zum Einsatz kommen könnten, wird von der Beschwerdegegnerin nach Rücksprache mit der Mitbeteiligten ausgeschlossen. Die Beschwerdeführerin bezeichnet diese Aussage unter Verweis auf die Firmenstruktur der Mitbeteiligten, deren Internetauftritt und die Angaben im aktuellen Tarifverzeichnis als "schlicht lebensfremd".

E. 4.4.1

Organisation, Ausrüstung und sonstige Infrastruktur der Anbietenden sind nicht anhand von Angaben im Internet, sonstiger Publikationen oder nachträglicher Zusicherungen zu beurteilen. Massgeblich sind vielmehr die der Offerte zugrunde liegenden Angaben.

E. 4.4.2

Gemäss Ziff. 15 der Ausschreibungsunterlagen waren Arbeitsgemeinschaften/Subunternehmer zwar zugelassen, aber gleichzeitig auch als solche zu deklarieren. Es war anzugeben, "welche Firma welchen Anteil der Arbeiten übernimmt", sowie jeweils ein vollständiges "Firmenprofil" einzureichen, ansonsten das Angebot als unvollständig ausgeschlossen würde. Die Mitbeteiligte hat in ihrem Angebot unter dem Titel "Angaben zu ökologischen Massnahmen und zur Qualitätssicherung". Folgendes festgehalten: "Wird der E AG ein Los zugesprochen, so wird das Projekt von unserem Mitarbeiter im Grünbereich K in enger Zusammenarbeit mit den Stadtzürcher Landwirten L (er ist Pächter der Wiesenflächen) und mit M stattfinden. Beide Landwirte sind Mitglieder bei E und arbeiten im Werkvertrag für die E AG (Werkvertrag ist keine Arbeitsgemeinschaft, daher verzichten wir auf ein sep. Firmenprofil für M und N)." Entgegen der von der Mitbeteiligten zum Ausdruck gebrachten Meinung fällt jeglicher Beizug Dritter mittels Werkvertrag unter den Titel Arbeitsgemeinschaft/Subunternehmer und unterlag somit der Deklarationspflicht gemäss Ziff. 15 der Ausschreibungsunterlagen. Da es sich beim erwähnten M um die Schlüsselperson 2 (Stellvertretung der Hauptverantwortlichen Person vor Ort) der Mitbeteiligten handelt, finden sich zu seiner Person gleichwohl sämtliche Angaben betreffend "Profil" und Einsatzbereich. Für L fehlen weiter gehende Angaben, was die Beschwerdegegnerin aber offenbar nicht als relevanten Mangel gewertet hat. Dies ist im Ergebnis nicht zu beanstanden, da nicht ersichtlich ist, inwieweit die vorstehende Umschreibung seines Einsatzes und seines Hintergrunds noch einer wesentlichen Ergänzung bedürfte. Die formellen Anforderungen an die Deklaration der Subunternehmer erscheinen daher ausreichend erfüllt. Mithin basiert das Angebot der Mitbeteiligten – entgegen anders lautender Darstellungen – durchaus auf dem Beizug von (nur, aber immerhin) zwei selbständigen Landwirten.

E. 4.4.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, wenn ein selbständiger Subunternehmer bzw. hier ein Landwirt seine eigene Arbeitsleistung zu einem unter den Mindestlöhnen des massgeblichen Gesamtarbeitsvertrags liegenden Tarif anbiete, sei das "Lohndumping" und daher nicht zulässig. Vorab ist hierzu zu bemerken, dass eine Unterschreitung der Mindestlohnansätze bei der Entschädigung der sogenannten Freelancer vorliegend nicht dargetan wurde und im Übrigen auch nicht als wahrscheinlich erscheint. Eine solche Ungleichbehandlung von Leistungserbringern innerhalb desselben Gärtnerteams dürfte mit den Grundsätzen einer "Selbsthilfeorganisation" kaum vereinbar sein, zumal wenn sie auch noch zum Nachteil der eigenen Mitglieder erfolgt. Zur Durchsetzung des beschwerdeführerischen Standpunkts fehlt es aber auch an einer entsprechenden

gesetzlichen Grundlage. In diesem Zusammenhang ist auf die Rechtsprechung zu den sogenannten Unterangeboten zu verweisen. Selbst wenn ein Anbieter seine Leistungen zu einem sehr niedrigen, allenfalls sogar nicht kostendeckenden Preis offeriert, liegt allein darin noch kein Verstoß gegen die Zielsetzungen einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe oder gegen die Schranken des unlauteren Wettbewerbs (vgl. RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48 E. 3b–d, mit Hinweisen; Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 f., mit Hinweisen). Dementsprechend kann es auch einem selbständigen Landwirt nicht verwehrt sein, Entschädigungen zu akzeptieren, welche unter den für unselbständig Erwerbende geltenden Mindestlohnvorgaben liegen. Von unzulässigem Lohndumping kann insofern also nicht die Rede sein. Auch sonst ist nicht ersichtlich, worauf sich der beschwerdeführerische Vorwurf des unzulässigen Lohndumpings stützen könnte. Der Begriff "Lohndumping" ist weder rechtlich noch ökonomisch definiert. Er wird vor allem im Zusammenhang mit der Einführung von flankierenden Massnahmen zum freien Personenverkehr verwendet. Eine inhaltliche Regelung findet sich dementsprechend im Bundesgesetz vom 8. Oktober 1999 über die minimalen Arbeits- und Lohnbedingungen für in die Schweiz entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und flankierende Massnahmen (Entsendegesetz, EntsG, SR 823.20). Die dortigen Bestimmungen über die Minimallöhne bezwecken den Schutz der inländischen Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen vor Sozial- und Lohndumping durch aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmende. Der Bundesrat hat zudem am 2. März 2012 die Botschaft zum Bundesgesetz über die Anpassung der flankierenden Massnahmen zur Personenfreizügigkeit verabschiedet. Damit sollen Lücken im System der Sanktionen geschlossen werden, unter anderem sollen die Sanktionsmöglichkeiten zur Bekämpfung der Scheinselbständigkeit bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen verbessert werden. Schliesslich ist noch das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über Massnahmen zur Bekämpfung der Schwarzarbeit (BGSA, SR 822.41) zu erwähnen; soweit Lohndumping bei Unteraufträgen im Zusammenhang mit Schwarzarbeit erfolgt, ist die dortige Regelung anwendbar. Zu keinem der genannten Regelungsbereiche lässt sich vorliegend ein Bezug herstellen. Dementsprechend taugen sie auch nicht als Grundlage für den beschwerdeführerischen Standpunkt. Ob sich die Forderung der Beschwerdeführerin nach Mindestlohnvorgaben für Selbständige allenfalls im Rahmen der Ausschreibungsvorgaben verbindlich umsetzen liesse, kann sodann offenbleiben, da die Ausschreibungsunterlagen vorliegend keine entsprechende Bestimmung enthalten.

E. 4.5

Zur Frage der Grüngutentsorgung hat die Mitbeteiligte in ihrem Angebot Folgendes ausgeführt: "Das Grüngut wird im Werdhölzli oder auf unserer eigenen Kompostieranlage in J verarbeitet". Die vertragliche Umsetzung und spätere Durchsetzung dieser Zusicherung obliegt der Beschwerdegegnerin und steht letztlich ausser Zweifel. Mithin kann insofern auch nicht auf einen wettbewerbsverzerrenden Vorteil der Mitbeteiligten geschlossen werden.

E. 4.6

Umstritten ist schliesslich noch, ob die Mitbeteiligte zur Auftragserfüllung Maschinen mit grünen Nummernschildern zum Einsatz bringen wird und ob die Baumaschinen entsprechend den Vorgaben mit Russpartikelfiltern ausgestattet sind. Die Beschwerdegegnerin verweist in diesem Zusammenhang auf eine nachträgliche

Zusicherung der Mitbeteiligten, dass sie selber über einen eigenen, nicht landwirtschaftlich eingelösten Maschinenbestand verfüge und, soweit dieser für den streitigen Auftrag nicht ausreiche, nur Maschinen und Gerätschaft mit weissen Nummernschildern zugemietet würden. Auch in diesem Zusammenhang ist auf die Angaben der Mitbeteiligten in ihrem Angebot zurückzugreifen. Dort heisst es: "Wir arbeiten hauptsächlich mit Landwirtschaftlichen Maschinen und verfügen über die ideale Mechanisierung für die geforderten Unterhaltsarbeiten. Wird Grosstechnik eingesetzt wie Bagger, Shredder, Teleskoplader oder Kranen, sind diese mit Partikelfilter ausgestattet." Vorab kann festgestellt werden, dass eine verbindliche und durchsetzbare Erklärung zur Einhaltung der Vorgaben betreffend Russpartikelfilter vorliegt. Die gegenteilige Befürchtung der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet. Ob sich die Bezeichnung "Landwirtschaftliche Maschinen" nur auf deren hauptsächlichlichen Einsatzzweck oder auch auf ihre Registrierung (grüne Nummern) bezieht, ist unklar. Mit der Beschwerdegegnerin kann aber ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die Mitbeteiligte, soweit sie über einen eigenen, regulär eingelösten Bestand an Maschinen und Gerätschaft verfügt, auch auf diesen zurückgreifen wird. Ob bzw. inwieweit dieser Maschinen- und Gerätebestand der Mitbeteiligten gemäss nachgereichter Inventarliste für den streitigen Auftrag als geeignet und ausreichend zu werten ist, ist umstritten. Diese Frage kann indes offengelassen werden, da es ohne Weiteres zulässig ist, allenfalls nötige betriebliche Aufstockungen erst bei Auftragserteilung vorzunehmen (vgl. hierzu E. 4.3.1). Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, hat die Mitbeteiligte ihr gegenüber erklärt, soweit sie ihren Maschinenpark auf Mietbasis ergänze, würden nur Maschinen mit weissen Nummernschildern zugemietet. Die Beschwerdeführerin zweifelt nicht nur an der vertraglichen Umsetzung dieser Zusicherung durch die Vergabestelle, sondern auch an der korrekten Durchsetzung einer entsprechenden Auflage. Viel naheliegender sei es doch, dass die Landwirte auf ihren eigenen Maschinen- und Geräte-Pool zurückgreifen werden. Wie begründet diese Befürchtung ist, mag dahingestellt bleiben, da in diesem Zusammenhang ohnehin nicht auf eine Wettbewerbsverzerrung geschlossen werden könnte. Wie eingangs festgestellt wurde (E. 3.1.1), ist der strittige Auftrag so angelegt, dass neben den Garten- und Landschaftsbaubetrieben grundsätzlich auch Anbieter mit landwirtschaftlichem Hintergrund zur Leistungserbringung geeignet sein können. Die dafür massgeblichen Vorgaben einer naturnahen Landschaftspflege "in Anlehnung an den bestehenden und weiterhin beibehaltenen Landwirtschaftsbereich" belegen gleichzeitig aber auch, wie ungewöhnlich dieser Beschaffungsgegenstand und demzufolge auch die konkrete Konkurrenzsituation sind. Dass Leistungserbringer aus verschiedenen Branchen gleichermassen qualifiziert sind, dürfte eher selten der Fall sein und ist in den meisten Fällen wohl eher als wettbewerbsfördernd denn als -verzerrend zu werten. Zwar handelt es sich bei der Landwirtschaft bekanntlich um einen subventionierten Wirtschaftsbereich. Die Subventionierungsinstrumente sind indes weitestgehend betriebs- und bewirtschaftungsbezogen. Falls sich daraus dennoch "strukturelle" Vorteile für die Preisbildung im freien Markt ergeben sollten, ist nicht anzunehmen, dass diese über das Mass hinausgehen, wie es auch innerhalb einer Branche aufgrund unterschiedlicher betrieblicher Strukturen (Betriebsgrösse, Altersstruktur des Mitarbeiterbestands etc.) der Fall sein kann.

E. 4.7

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass zulässige Subventionen keine vergaberechtlich unzulässigen Wettbewerbsverzerrungen darstellen. Zulässige Subventionen und ähnliche

Vergünstigungen beeinflussen den Markt zwar zweifellos, doch liegt darin nicht von vornherein eine unzulässige Wettbewerbsverzerrung (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, N. 1392 ff.). Die Marktbeeinflussung ist in diesem Fall vom Staat gewollt, und es wäre widersprüchlich, wenn der gewährte Vorteil den subventionierten Betrieben wieder entzogen würde, indem sie von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen würden. Das Vergaberecht nimmt den Markt grundsätzlich so hin, wie er tatsächlich ist (Beyeler, N. 1389 und N. 1393 f). Das entspricht auch der Rechtsprechung der EU-Organen sowie den Regeln der WTO bei der Anwendung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA; vgl. Sue Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, Den Haag etc. 2003, S. 248). Der unter Berufung auf Art. 1 Abs. 3 lit. b sowie Art. 11 lit. a und lit. b IVöB erhobene Vorwurf der rechtsverletzenden Wettbewerbsverzerrung erweist sich nach dem Gesagten als unbegründet.

E. 5

Nach § 33 Abs. 1 SubmV erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 33 Abs. 2 SubmV) zur Anwendung kommt – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt. Dabei steht ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, wie auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei (VGr, 7. Juli 1999, ZBl 2000, S. 271 = BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Vorliegend wurden in Ziffer 13 der Submissionsbedingungen folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung bekannt gegeben: 1. Preis (Einheitspreise, Regieansätze, Rabatt auf Material-/Maschinenpreisen, Plausibilität) 50 % 2. Qualität Firmenreferenzen 20 % 3. Ausbildung und Referenzen Schlüsselpersonen 15 % 4. Ausbildung von Lernenden 10 % 5. Ökologische Massnahmen und Qualitätssicherung 5 % Der Auswertung wurde sodann eine Bewertungsskala zugrunde gelegt, die von 0 (schwach) bis 4 (sehr gut) Punkten reicht und – beim Preiskriterium – Dezimalstellen im einstelligen Bereich verwendet.

E. 6

Die von der Beschwerdeführerin gegen die Preisbewertung erhobenen Einwände richten sich nicht gegen die Bewertung ihres Grundangebots, sondern ausschliesslich gegen den Ausschluss ihres Pauschalangebots. Die Beschwerdeführerin hat neben ihrem Grundangebot von Fr. 267'153.30 als einzige Anbieterin alternativ ein Pauschalangebot über Fr. 215'000.- eingereicht. Neben der reinen Preisangabe beschränkt sich das Pauschalangebot auf folgende Begründung: "Gemäss unserer jahrzehntelangen Erfahrung im Bereich Grünflächenpflege im Irchelpark der Universität Zürich und auf Grund unserer

genauen Kostenkontrolle und Nachkalkulation offerieren wir Ihnen eine Pauschale, welche auf der Ausschreibung und Bedingungen Ihrer Submission basiert." Die Vergabestelle hat das Pauschalangebot nicht in die Bewertung einbezogen und dies im Mitteilungsschreiben vom 7. März 2012 folgendermassen begründet: " Angesichts des hohen Regieanteils sind Pauschalangebote nicht im Sinne der Bauherrschaft. Zudem ist die Vergleichbarkeit mit den anderen Angeboten nicht gegeben " . Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, der generelle Ausschluss von Pauschalangeboten sei in den Submissionsbedingungen nicht statuiert worden und daher auch nicht zulässig. Die Berufung auf den hohen Regieanteil sei in zweifacher Hinsicht nicht nachvollziehbar. Zum einen sei der Regieanteil gemessen am bisherigen Vertrag massiv überhöht. Diese Erhöhung sei aus ihrer Sicht als bisherige Leistungserbringerin nicht nachvollziehbar und sei daher als Verstoß gegen das Transparenzgebot zu werten. Zum andern verkenne die Beschwerdegegnerin, dass Pauschalangebote auch auf der Grundlage eines hohen Regieanteils im Einzelfall durchaus im Interesse der Bauherrschaft liegen könnten. Durch die Nichtberücksichtigung der Pauschalvariante bzw. das bloße Abstellen auf Einheitspreise würden zudem die Anbieter aus dem Garten- und Landschaftsbaugewerbe diskriminiert, da ihnen so jede Möglichkeit genommen werde, den strukturbedingten und wettbewerbsverzerrenden Kostenvorteil der Mitbeteiligten zu unterbieten.

E. 6.1

Den Anbietern steht es grundsätzlich frei, neben einem Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, eine Variante einzureichen. Dass Varianten zulässig sein müssen, ergibt sich bereits aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Der Vergabestelle können aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden, die kostensparender oder technisch ausgereifter sind als der eigene Amtsvorschlag (VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 8c; vgl. zum Ganzen Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Zürich etc. 2007, N. 472 f.). Vorliegend wurden Unternehmervarianten in Ziff. 14 Abs. 2 der Submissionsbedingungen denn auch ausdrücklich für zulässig erklärt. Dagegen ist die Frage, ob auch ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus, insbesondere ein Pauschalpreis zusätzlich zum Grundangebot, nach Einheitspreisen vorgeschlagen werden kann, in Lehre und Rechtsprechung umstritten. Bejahend äusserte sich – unter dem Regime der bis am 31. Dezember 2009 geltenden Fassung von Art. 22 VöB – etwa die Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen (Entscheid vom 7. November 1997, VPB 62/1998 Nr. 32 II E. 3a, S. 267 f. = Baurecht 4/98, S. 126 Nr. 335 E. 5; ebenso: Peter Rechsteiner, Kurzbeitrag in BR 2/2001, S. 60, unter Hinweis auf die deutsche Lehre; derselbe, Ermittlung der Angebotspreise, in: Sonderheft Vergaberecht, BR 2004, S. 19, unentschieden: Urteilsanmerkung Peter Gauch, BR 4/98, S. 126 f. zu Nrn. 334–336 E. 4). Auf Bundesebene wurde die Frage mit Inkrafttreten von Art. 22a VöB am 1. Januar 2010 ausdrücklich dahingehend beantwortet, dass unterschiedliche Preisarten nicht als Varianten gelten (Art. 22a Abs. 2 Satz 2 VöB). Im Erläuternden Bericht des eidgenössischen Finanzdepartements vom 1. Januar 2010 wurde dazu ausgeführt, eine Variante müsse immer auch eine leistungsbezogene, inhaltliche Abweichung von den Ausschreibungsbedingungen enthalten. Eine andere Preisart stelle daher keine Variante dar, sondern sei als ausschreibungswidriges Angebot zu qualifizieren (Erläuternder Bericht zur Änderung der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB] vom 1. Januar 2010, S. 15, publiziert auf www.efd.admin.ch). In diese Richtung deutet die Tendenz auch

auf kantonaler Ebene (vgl. etwa Verwaltungsgericht des Kantons Aargau, 20. Oktober 2003, AGVE 2003, S. 278 ff., E. 3b; gegen die Zulässigkeit von Vergütungsvarianten auch Martin Beyeler, BR 2007, S. 40 ff.; Roland Hürlimann, Unternehmensvarianten – Risiken und Problembereiche, in: BR 1996, S. 3 ff, S. 4; Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes – Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 19.1; Daniela Lutz, Varianten – Chance oder schwer kalkulierbares Risiko?, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich etc. 2012, S. 325 ff., N. 21 und N. 42). Das Verwaltungsgericht hat sich stets kritisch geäußert und festgehalten, dass ein Pauschal- bzw. Globalpreisangebot als Variante zum geforderten Angebot nach Einheitspreisen bei fehlender Vergleichbarkeit mit einem Einheitspreisangebot und angesichts von Missbrauchsmöglichkeiten nicht zu berücksichtigen sei (VGr, 8. Oktober 2003, VB.2003.00091, E. 2.1; 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 3.3–3.5 = RB 2003 Nr. 58 [Regeste] = BEZ 2004 Nr. 16, auch zum Folgenden; 12. September 2007, VB.2007.00123, E. 3.4; vgl. auch Andreas Bass, Verschieben von Einheitspreisen in eine Pauschalposition; Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 23). Selbst wo eine Vergabestelle Pauschalangebote ausdrücklich zugelassen hatte, wurde Kritik geäußert, wenn die Pauschalen aufgrund mangelhafter Vorgaben der Behörde nicht vergleichbar waren (VGr, 26. März 2008, VB.2007.00458). Als problematisch wurde insbesondere erachtet, dass die Preisbestimmung bei den verschiedenen Preisarten nach ganz anderen Grundsätzen erfolgt. Pauschal- und Einheitspreisangebote sind damit nicht oder höchstens bedingt miteinander vergleichbar. Weicht beispielsweise die im Leistungsverzeichnis zu den einzelnen Leistungen angenommene Menge von der für die geschuldete Einheitspreisvergütung massgeblichen tatsächlichen Menge ab, so kann ein höheres Einheitspreisangebot preislich günstiger sein als ein tieferes Pauschalangebot. Umgekehrt kann ein höherer Pauschalpreis günstiger sein als ein Angebot mit Einheitspreisen und zusätzlich separat zu entschädigenden Regiearbeiten. Unterschiedliche Vergütungsarten können folglich nur zugelassen werden, wenn die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt worden sind, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten (VGr, 19. Mai 2010, VB.2009.00668, E. 7.3; vgl. auch VGr, 14. Juni 2006, VB.2005.00525, E. 5).

E. 6.2

Vorliegend wurde die Möglichkeit zur Einreichung von Pauschalangeboten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und es wurden damit auch keine Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit zur Amtsvorgabe gesetzt. Die Beschwerdeführerin erachtet dies vorliegend auch nicht als notwendig. Da der bisherige Leistungskatalog von 2004 inhaltlich unverändert übernommen worden sei, habe die Beschwerdegegnerin Risiken und Vorteile der Pauschalpreisvariante anhand früherer Erfahrungswerte sehr wohl einschätzen können. Die Pauschalofferte beruhe auf eben diesen Erfahrungswerten. Aufgrund ihrer 28-jährigen Erfahrung mit der Anlage Irchelpark im Allgemeinen und ihrer achtjährigen Tätigkeit in Bezug auf das Los 01 im Besonderen erachte die Beschwerdeführerin einzelne Stunden- und Mengenvorgaben im Devis als eindeutig zu hoch. So basiere ihr Pauschalangebot auf einer um 879 Stunden tieferen Aufwandschätzung zu Leistungsposition 321.901 (Löhne/Einheitsstundensatz). Auch bezüglich der Leistungsposition 331.001 (Materialien/Lägeron-Kies) rechne sie mit Mindermengen im Umfang von 40 m³. Desgleichen bei der Position 641.912, wo sie davon ausgehe, dass zum Unterhalt der Finnenbahn statt 110 m³ nur 80 m³ Rindenschnitzel erforderlich seien. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sprechen diese nachträglichen Erläuterungen keineswegs für die Vergleichbarkeit ihrer

Pauschale mit den Einheitspreisangeboten. Sie belegen letztlich nur den Informationsvorsprung der Beschwerdeführerin. Entscheidend für die Vergleichbarkeit ist, dass erkennbar wird, wo und wie die Einsparungen erreicht werden sollen. Dies war vorliegend nicht der Fall. Das Pauschalangebot enthält hierzu keine konkreten Aussagen. Ohne entsprechende Angaben war es für die Beschwerdegegnerin aber nicht erkennbar, dass sich das Konzept des Pauschalangebots nur insofern vom Grundangebot unterscheidet, als drei Posten herausgegriffen und anhand tieferer Aufwandschätzungen " pauschaliert " wurden. Diese erst im Beschwerdeverfahren gelieferten Erläuterungen sind nicht nur verspätet, sondern offenbaren darüber hinaus auch die fehlende Attraktivität des Pauschalangebots. Muss nämlich davon ausgegangen werden, dass die Aufwandschätzung in den Ausschreibungsvorgaben viel zu hoch ist, besteht für die Vergabebehörde erst recht keine Veranlassung, diese Einsparaussicht mit der Wahl eines Pauschalangebots von vornherein einzuschränken. Es kann der Beschwerdeführerin auch nicht gefolgt werden, wenn sie der Beschwerdegegnerin mit Bezug auf den hohen Regieanteil in den Angebotsvorgaben mangelnde Transparenz vorwirft. Insbesondere hat sie nicht dargelegt und ist auch nicht ersichtlich, inwiefern es in diesem Zusammenhang eine Rolle spielt, ob die Einheitspreise basierend auf einem grösseren oder auf einem kleineren Volumen erhoben werden. Demgegenüber ist es durchaus nachvollziehbar, wenn die Beschwerdegegnerin ausführt, eine Standortbestimmung habe ergeben, dass ein gesteigertes Bedürfnis nach Flexibilität bestehe, welchem man mittels eines hohen Regieanteils Rechnung tragen wolle. Damit liegt sie jedenfalls innerhalb des weiten Ermessensspielraums, über den die Vergabebehörden bei der Definition des Vergabegegenstands verfügen. Offensichtlich ist, dass die Beschwerdeführerin von ihrem Informationsvorsprung als bisherige Auftragnehmerin profitieren will. Dies lässt sich mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung der Anbieterinnen und Anbieter (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB) nicht vereinbaren. Wäre die Höhe des Regieanteils in den Ausschreibungsvorgaben tatsächlich entscheidend, dürfte dies nicht nur der bisherigen Leistungserbringen aufgrund ihres Wissensvorsprungs zum Vorteil gereichen, sondern es müsste allen Anbietern gegenüber eine einheitliche Korrektur erfolgen. Fehl geht schliesslich der Einwand, mit dem Ausschluss des Pauschalangebots werde der Beschwerdeführerin die Möglichkeit genommen, den wettbewerbsverzerrenden Kostenvorteilen der Mitbeteiligten entgegenzutreten und wirtschaftlich zu offerieren. Dass ein betragsmässig tieferes Pauschalangebot nicht zwingend wirtschaftlicher ist als ein höheres Einheitspreisangebot, wurde schon ausgeführt (E. 6.1). Desgleichen wurde der Vorwurf der Wettbewerbsverzerrung bereits behandelt und verworfen (E. 4).

E. 6.3

Die Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Nichtberücksichtigung ihres Pauschalangebots erweisen sich demnach als unbegründet.

E. 7

Die Ausschreibung nennt als zweites Zuschlagskriterium die Qualität der Firmenreferenzen. Sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte haben je eine Referenzliste eingereicht. Während die Mitbeteiligte dafür 3 Punkte erhielt, erzielte die Beschwerdeführerin die Maximalpunktzahl 4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Bewertung der Mitbeteiligten mit 3 Punkten entsprechend der Bewertung " gut " sei ungerechtfertigt hoch. Wie aus dem Bewertungsbogen hervorgehe, könne die Mitbeteiligte nur einen einzigen kleinen Auftrag mit vergleichbaren Arbeiten vorweisen. Sie hätte unter

diesen Umständen höchstens mit einem " genügend " bzw. 2 Punkten bewertet werden dürfen.

E. 7.1

Wie vorstehend unter dem Titel der Eignung ausgeführt (vgl. E. 3.1), erweist es sich vorliegend als vertretbar, dass die Beschwerdegegnerin die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte nicht ausschliesslich objektweise, sondern im Sinn eines Gesamtnachweises für die verschiedenen im Aufgabenbeschrieb aufgeführten Pflegemassnahmen prüfte. Gleichermassen vertretbar erscheint es, auch bei der qualitativen Referenzbewertung den Begriff der "vergleichbaren Arbeiten" dahingehend auszulegen, dass zwar möglichst viele der ausgeschriebenen Pflegemassnahmen nachgewiesen werden müssen, aber nicht zwingend alle in jeder einzelnen Referenz.

E. 7.2

Von den acht Referenzobjekten der Mitbeteiligten hat die Beschwerdegegnerin die drei Referenzen eingeholt, die von öffentlichen Auftraggeberinnen stammen. Darin wurde der Mitbeteiligten jeweils eine gute Arbeitsqualität attestiert. Bei den Referenzobjekten handelt es sich zum einen um das vom Auftragsvolumen her kleinere, aber ansonsten insgesamt vergleichbare Referenzobjekt "Erstellung und Pflege von Grünflächen im F-Park G", zum anderen um Grünraumaufträge bei den Gemeinden H und I. Die übrigen Referenzobjekte der Mitbeteiligten betreffen Umgebungsarbeiten bei Poststellen und diversen Grossliegenschaften, Rodungen und Grüngutverwertung sowie Häckseldienste. Mit Bezug auf die damit abgedeckt Palette von Pflegemassnahmen kann dieser Referenzumfang ohne Weiteres als gut gewertet werden (vgl. hierzu auch E. 3.1.2). Der Entscheid der Beschwerdegegnerin, die Referenzen prioritär bei öffentlichen Auftraggeberinnen einzuholen, auch wenn es sich in zwei Fällen um gleich gelagerte Aufträge handelt, erscheint vertretbar. Insgesamt erweist sich die Bewertung "gut" für die Firmenreferenzen der Mitbeteiligten als nachvollziehbar und jedenfalls vertretbar; dies auch im Verhältnis zur Beschwerdeführerin, die als bisherige Leistungserbringerin eine sehr gute Referenz vorweisen kann und dafür auch die Bestnote erhielt. Von den restlichen vier Referenzobjekten der Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin deren zwei eingeholt. Beide betreffen die Pflege von Sportflächen und umfassen demnach auch nur ein eingeschränktes Spektrum an "einschlägigen" Pflegemassnahmen. Inhaltlich vermögen sie ebenfalls keinen grösseren Bewertungsabstand unter den Kontrahentinnen zu begründen, da sie genau wie diejenigen der Mitbeteiligten von "zufrieden" bis "sehr zufrieden" reichen.

E. 8

Beim Zuschlagskriterium " Ausbildung und Referenzen Schlüsselpersonal " haben sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte die maximale Bewertung mit 4 Punkten erzielt. Auch diese Bewertung der Mitbeteiligten erachtet die Beschwerdeführerin als nicht sachgerecht. Bei den Mitarbeitern der Mitbeteiligten handle es sich vorwiegend um " branchenfremde " Landwirte, welche keinerlei Erfahrungen mit derart umfassenden und naturnahen Grünanlagen vorweisen könnten. Weder erscheine der Verweis auf " Erfahrung mit Ökoflächen " als bewertungsfähig, noch schaffe die berufliche Qualifikation eines " Agrokaufmanns " oder eines " Umweltingenieurs " für die zu erfüllenden Aufgaben einen Mehrwert. Keiner der Beschäftigten der Mitbeteiligten verfüge über ähnliche Kompetenzen, was die Pflege und Bewirtschaftung einer vergleichbaren Anlage anbelange, wie die Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerin. Dementsprechend hätte die Mitbeteiligte um

0,5 bis 1 Punkt schlechter bewertet werden müssen. Dem ist mit der Beschwerdegegnerin entgegenzuhalten, dass die Erfahrungen und Referenzen der Schlüsselpersonen nicht abstrakt, sondern mit Blick auf die ausgeschriebenen Arbeiten zu prüfen waren. Entsprechend dem betont landwirtschaftlichen Charakter des Auftrags ist die langjährige Berufserfahrung diplomierter Landwirte nicht per se schlechter zu bewerten als diejenige von Garten- und Landschaftsbauern. Hinzu kommt vorliegend, dass die Schlüsselperson 1 über Referenzen im Gartenunterhalt verfügt und auch die Zusatzausbildung der Schlüsselperson 3 als Umwelt Ingenieur FH Wädenswil im Bereich der naturnahen und umweltgerechten Landschaftspflege sehr wohl einen konkreten Mehrwert verspricht. Die Schlüsselperson 2 verfügt sodann über eine Ausbildung als Baumwart, was mit Blick auf die ausgeschriebene Gehölzpflege vorteilhaft erscheint, und kann mit der Bewirtschaftung von über 30 Hektaren Ökofläche auf der Zürcher Allmend eine durchaus vergleichbare Referenz vorweisen. Demgemäss erweist sich die sehr gute Bewertung der Mitbeteiligten bei diesem Kriterium als nachvollziehbar und sachgerecht. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Fehl geht insbesondere ihr Einwand, sie übe den strittigen Auftrag schon seit 1984 ohne Beanstandungen aus, was sich in einer gegenüber den Mitbewerbern höheren Bewertung auswirken müsse. Eine solche einseitige Bevorzugung der bisherigen Leistungserbringerin wäre unzulässig und würde einer gerichtlichen Überprüfung nicht standhalten.

E. 9

Beim Zuschlagskriterium " Ökologische Massnahmen und Qualitätssicherung" haben beide Kontrahentinnen jeweils mit drei Punkten die Bewertung " gut " erzielt. Die Beschwerdeführerin verwahrt sich auch in diesem Punkt gegen die Gleichwertigkeit der Mitbeteiligten.

E. 9.1

Mit Bezug auf die ökologischen Massnahmen führt die Beschwerdeführerin aus, dass sie bei ihrem Geräte- und Maschinenbestand weitgehend umweltfreundliche Treibstoffe einsetze. Ihre Baumaschinen seien sodann allesamt vorschriftsgemäss mit Russpartikelfiltern ausgerüstet, die Fahrzeuge auf freiwilliger Basis ebenfalls. Nur schon die Tatsache, dass Landwirtschaftsmaschinen, wie sie die Mitbeteiligte einsetzen werde, keines Russpartikelfilters bedürften, mache die gleiche Bewertung unter diesem Titel problematisch. Hierzu ist auf die vorstehende Erwägung 4.6 zu verweisen, wo bereits festgestellt wurde, dass die Mitbeteiligte in ihrem Angebot die Einhaltung der Vorgaben betreffend Russpartikelfilter zusichert. Der beschwerdeführerische Einwand erweist sich damit als unbegründet. Ansonsten ist weder substantiiert dargetan noch ersichtlich, was unter dem Titel Ökologie gegen die gleichermassen gute Bewertung der Mitbeteiligten sprechen würde.

E. 9.2

Zur Bewertung unter dem Titel Qualitätssicherung wendet die Beschwerdeführerin ein, dieser Aspekt werde bei ihr seit Jahren, beispielsweise anlässlich von fünf jährlichen Informationsveranstaltungen für die Mitarbeiter, zuverlässig gewährleistet. Auch habe sie im Zusammenhang mit ihrer bisherigen Auftragserfüllung im Irchelpark ein spezielles Rapportsystem entwickelt, das die Beschwerdegegnerin daraufhin für alle verbundenen Unternehmen zum Standard erhoben habe. Die maximale Bewertung wäre folglich auch in diesem Bereich angezeigt gewesen. Es seien keine Massnahmen denkbar, welche die

Beschwerdeführerin für die Erreichung der Maximalpunktzahl noch hätte ergreifen können. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, die Beschwerdeführerin verfüge über keine ISO-Zertifizierung und strebe diese offenbar auch nicht an. Sie unterhalte ein " unternehmenseigenes Qualitäts-System " , welches mit 3 von 4 möglichen Punkten als gut bewertet worden sei. Wenn die Beschwerdeführerin diese Bewertung als ungerechtfertigt rüge, verkenne sie, dass ein " unternehmenseigenes Qualitätssystem " keine gleich grosse Gewähr für ein taugliches Qualitätsmanagement biete wie eine externe Überprüfung im Rahmen einer ISO-Zertifizierung. Dieser sachgerechten und zutreffenden Erwiderung bleibt nichts hinzuzufügen. Auch die Beschwerdeführerin hat dagegen keinen substantiierten Widerspruch erhoben. Ihre weiteren Ausführungen richten sich einzig noch gegen die Bewertung der Mitbeteiligten. Hierzu hat die Beschwerdegegnerin ausgeführt, die Mitbeteiligte befinde sich nachweislich in einem eingeleiteten Zertifizierungsprozess ISO 9001 (Qualitätsmanagement) und ISO 14001 (Umweltmanagement). Gemäss dem für die Zertifizierung zuständigen Unternehmen soll diese bis spätestens September 2012 erfolgt sein. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die zwischenzeitlich abgeschlossene und nachgereichte Zertifizierung habe im Zeitpunkt der Offertstellung nicht vorgelegen und dürfe daher bei der Bewertung überhaupt nicht berücksichtigt werden. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Berücksichtigung eines bereits eingeleiteten Zertifizierungsprozesses ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Der Beschwerdegegnerin kann sodann auch nicht vorgeworfen werden, sie habe dem noch offenen Ausgang des Zertifizierungsverfahrens nicht angemessen Rechnung getragen. Wie aus ihren Ausführungen zur Bewertung der Beschwerdeführerin hervorgeht, hätte eine abgeschlossene Zertifizierung zur Bewertung mit " sehr gut " geführt. Dementsprechend erscheint es vertretbar, wenn eine auf absehbare Zeit in Aussicht stehende Doppelzertifizierung (Qualitäts- und Umweltmanagement) immerhin noch mit " gut " bewertet wurde.

E. 10

Beim Zuschlagskriterium " Ausbildung von Lernenden " erzielten sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte 2 Punkte. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, da sie einen deutlich höheren Lehrlingsanteil vorweisen könne, erweise sich diese Bewertung als nicht haltbar. Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass die ermittelte Lehrlingsquote der Beschwerdeführerin mit 9,26 % klar über derjenigen der Mitbeteiligten mit 6,45 % liege. Sie habe indes eine abgestufte Bewertungsskala verwendet. Demnach sei für einen Lehrlingsanteil bis 4,9 % ein Punkt vergeben worden. Eine Lehrlingsquote zwischen 5,0 und 9,9 % habe 2 Punkte ergeben, eine solche zwischen 10 % und 14,9 % 3 Punkte und eine solche ab 15 % 4 Punkte. Diese Abstufung entspreche der gängigen Praxis, auch wenn dies im Einzelfall bei nahe zusammenliegenden Quoten zu unterschiedlichen Punkten führen könne.

E. 10.1

Die von der Beschwerdegegnerin gewählte Bewertungsmethode erscheint problematisch, insbesondere weil die verwendete Punkteskala, im Gegensatz zu allen anderen Kriterien, nicht von 0 bis 4 Punkte, sondern nur von 1 bis 4 Punkte reichte. Es kann indessen offenbleiben, ob diese Skalierung rechtsverletzend ist. Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, würde eine jedenfalls zulässige Bewertungsmethode ebenfalls eine tiefere Gesamtpunktzahl für die Beschwerdeführerin ergeben.

E. 10.2

Bei einer linearen Skala, welche die tatsächlichen Unterschiede am genauesten darzustellen vermag (vgl. VGr, 27. Juni 2012, VB.2012.00001, E. 4.2 mit Hinweisen), bildet der Lehrlingsanteil der Anbieterin 7, der mit 27,3 % am höchsten ist, die massgebliche Bezugsgrösse. Grundlage zur Bestimmung der korrekten Mitarbeiterzahlen bei der Beschwerdeführerin sind deren Angaben im Angebot, wo ein Mitarbeiterbestand von 56, davon 5 Lehrlinge, deklariert wird. Demnach ist sowohl die Quotenangabe der Beschwerdeführerin als auch jene der Beschwerdegegnerin falsch. Die der Beschwerdeführerin anzurechnende Lehrlingsquote beträgt 8,9 %. Dies ergibt – wenn für den Lehrlingsanteil von 27,3 % die Maximalnote 4 vergeben wird – noch eine Punktzahl von 1,3. Damit würde sich das Ergebnis beim Zuschlagskriterium "Ausbildung von Lernenden" für die Beschwerdeführerin um 0,7 Punkte reduzieren, was zu einem entsprechend tieferen Gesamtpunktestand von 33,4 statt 34,1 führen würde. Wie vorstehend in den Erwägungen 6 bis 9 aufgezeigt, ergeben sich bei den anderen vier Zuschlagskriterien keine Korrekturen an der Bewertung; die Mitbeteiligte erreicht mit diesen vier Einzelbewertungen bereits ein Total von 33,5 Punkten. Damit bleibt die Beschwerdeführerin, selbst wenn der Mitbeteiligten – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – keine Lehrlinge angerechnet werden könnten und ihr damit in diesem Kriterium null Punkte zu vergeben wären, knapp hinter der Mitbeteiligten zurück.

E. 11

Zusammenfassend erweist sich Beschwerde als unbegründet, was zu ihrer Abweisung führt. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort weitgehend nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Angemessen sind Fr. 2'000.-.

E. 12

Da der Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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