

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00822 vom 13. März 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-03-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00822

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00822 du 13 mars 2013

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00822 del 13 marzo 2013

Regeste

Submission | Totalunternehmerauftrag für den Neubau eines Spitals inkl.

Finanzierungsoption. [Nach Eingang der Offerten beschloss der Beschwerdegegner, auf die offerierten Finanzierungen zu verzichten, da ihre Konditionen nicht besser waren, als er sie von den Kapitalgebern in eigenen Verhandlungen erhielt. In der Folge setzte er das Gewicht des Unterkriteriums "Finanzierungsangebot" auf 0 % und erteilte für dasselbe keine Noten.]

Der Verzicht des Beschwerdegegners auf die von vornherein als Option deklarierten Finanzierungen stellt keinen Teilabbruch des Verfahrens dar (E. 2.3). Da die Qualität der Finanzierungsoption als Zuschlagskriterium bezeichnet war, durfte der Beschwerdegegner nicht auf deren Bewertung verzichten; den Beschwerdeführerinnen ist daraus jedoch kein Nachteil entstanden (E. 2.4). Dass die Beschwerdeführerinnen zur Ermöglichung der angestrebten Finanzierungslösung wesentliche betriebliche und gestalterische Mängel des Gesamtprojekts bewusst in Kauf genommen hätten, erscheint wenig überzeugend und wäre jedenfalls Zeugnis einer schlechten Beurteilung der Gesamtaufgabe. Im Verzicht auf die Finanzierungsoption liegt keine Änderung des Vergabegegenstands, die eine nochmalige Ausschreibung erfordert hätte (E. 2.5). Die Anforderungen der Vergabeunterlagen sind realistischerweise so zu verstehen, dass die Anbieterinnen eine unter den gegebenen Marktverhältnissen mögliche Finanzierungsoption bereitzustellen haben. Selbst wenn keine der Finanzierungslösungen den Vergabebedingungen entspräche, würde dies nicht zwingend einen Abbruch und eine Wiederholung des Verfahrens erforderlich machen (E. 3). Die Einhaltung des vorgeschriebenen Kostendachs ist weder bei den Beschwerdeführerinnen noch bei der Mitbeteiligten gesichert, während dies bei einer weiteren Anbieterin der Fall sein dürfte. Für einen Verfahrensabbruch besteht schon aus diesem Grund kein Anlass. Ein Abbruch würde sich aber selbst dann nicht aufdrängen, wenn sämtliche der eingereichten Offerten von den Vergabebedingungen abweichen würden (E. 4.7.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). 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. Die Beschwerdeführerinnen sind aufgrund der erhobenen Rügen grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert. Das Gesuch betreffend

Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird mit dem heutigen Entscheid gegenstandslos.

E. 2.1

Nach den Vergabeunterlagen hatten die Anbieterinnen nebst der Offerte für den Totalunternehmer-Auftrag eine Offerte für eine Finanzierungsoption einzureichen. Diese Option wollte der Beschwerdegegner – losgelöst vom Totalunternehmer-Auftrag – nur bei Bedarf auslösen. Die Option war zwingend anzubieten und musste eine Finanzierungslösung umfassen, die sich auf die Gesamtinvestitionssumme des Totalunternehmer-Mandats, die Bereitstellung der entsprechenden Kredite über einen Zeithorizont von 25 Jahren ab Inbetriebnahme sowie auf die Vorfinanzierung der Planungsphasen und der Baurealisation bis zur Inbetriebnahme bezog (Programm, Ziff. 3.8). Die Form des optionalen Finanzierungsangebots war frei wählbar (Programm, S. 24). Die Attraktivität bzw. Qualität des Finanzierungsangebots wurde als Zuschlagskriterium festgelegt (Unterkriterium zum Zuschlagskriterium "Wirtschaftlichkeit", Programm, S. 26).

E. 2.2

Nach dem Eingang der Offerten beschloss der Beschwerdegegner, auf die von den Anbieterinnen offerierten Finanzierungen zu verzichten. Nach seinen Angaben stellte er fest, dass die Anbieterinnen entgegen seiner Erwartung keine günstigeren Konditionen anbieten konnten, als er sie von den Kapitalgebern in eigenen Verhandlungen erhielt, sodass die Optionen für ihn nicht attraktiv waren. In der Folge setzte er das Gewicht des Unterkriteriums "Finanzierungsangebot" bei der Bewertung der Offerten auf null Prozent und erteilte für dasselbe keine Noten. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, dieser "vorzeitige Verzicht" des Beschwerdegegners auf die Finanzierungsoption entspreche einem Teilabbruch des Verfahrens. Dieser führe dazu, dass entweder das Verfahren wiederholt oder zumindest den Anbietern Gelegenheit zur Optimierung ihrer Angebote ohne die Finanzierungsoption hätte geboten werden müssen.

E. 2.3

Der Entscheid des Beschwerdegegners, auf die offerierten Finanzierungen zu verzichten, stellte keinen Teilabbruch des Verfahrens dar. Die Finanzierung war von vornherein als Option deklariert, die der Beschwerdegegner nur bei Bedarf auszulösen gedachte, und er traf den Entscheid nicht vorzeitig, sondern nach dem Eingang der Offerten. Auf den internen Ablauf der Entscheidungsfindung kam es dabei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht an. Der Entscheid kam im Übrigen, soweit aus den Unterlagen ersichtlich, durchaus korrekt zustande. Bei der Auswertung der Offerten durch das Beurteilungsgremium stellte das mit der Vorprüfung der Finanzierung betraute Team fest: "Alle eingereichten Finanzierungsangebote stellen unverbindliche, allgemein gehaltene Richtofferten dar. Zudem konnte kein TU-Team die [...] geforderte 25 Jahre Laufzeit anbieten. [...] Schliesslich ist festzuhalten, dass die präsentierten Lösungen nicht über das hinausgehen, was dem Spital K von den Banken in den eigenen Verhandlungen angeboten wurde". Gestützt darauf setzte das Beurteilungsgremium in seinem Bericht vom 16. November 2012 das Gewicht der Zuschlagskriterien für die Finanzierungsoption auf 0 %, "weil die eingereichten Finanzierungsoptionen allgemein gehalten wurden und deshalb nicht bewertet werden konnten". Dass der Beschwerdegegner die angebotenen Finanzierungen nicht in Anspruch nimmt, teilte er den Anbieterinnen gemäss Darstellung der Beschwerdeführerinnen kurz nach dem Zuschlag mit. In diesem Vorgehen ist kein

"vorzeitiger Verzicht" erkennbar .

E. 2.4

Berechtigt ist hingegen der Einwand der Beschwerdeführerinnen, dass es unter diesen Umständen nicht zulässig war, auf die Bewertung des Unterkriteriums "Finanzierungsangebot" zu verzichten und dessen Gewichtung auf null Prozent zu setzen. Da die Qualität der Finanzierungsoption als Zuschlagskriterium bezeichnet war, war sie auch als solches zu bewerten. Die ausgearbeiteten Offerten waren für den Beschwerdegegner auch keineswegs wertlos, sondern dienten ihm als Grundlage für den Entscheid, seine eigenen Finanzierungsmöglichkeiten weiter zu verfolgen. Aus der unterlassenen Bewertung des Unterkriteriums ist den Beschwerdeführerinnen jedoch kein Nachteil erwachsen. Wie die Auswertung der Angebote zeigt, hätte ihnen diese Bewertung auch bei optimalem Ergebnis nicht zum Obsiegen ihres Angebots verhelfen können.

E. 2.4.1

Mit den Vergabeunterlagen wurden die folgenden Zuschlagskriterien bekannt gegeben (Programm, S. 25 f.): "Funktionalität/Betrieb (40%) Insbesondere: Funktion/Betrieb: ... (8 Unterkriterien) ... Innovation: ... (2 Unterkriterien) ... Architektur und städtebauliche Eingliederung (30%) Insbesondere: Situation: ... (3 Unterkriterien) ... Gestaltung: ... (4 Unterkriterien) ... Flexibilität/Systemtrennung: ... (4 Unterkriterien) ... Wirtschaftlichkeit (30%) Insbesondere: – Kostendach resp. Unterschreitung Kostendach – Kosten für ausgewiesene Optionen (nur bei Realisierungsabsicht) – Nachtragskonditionen – Minimale Unterhaltskosten (Gebäude- und Gebäudebetriebsinfrastruktur) – Betriebskosten (Logistik und Spitalbetrieb) – Nachhaltigkeit der energetischen und ökologischen Lösungen – Projektorganisation pro Phase gemäss Projekthandbuch inkl. Schlüsselpersonen und Referenzen Finanzierungangebot: – Attraktivität Finanzierungangebot als Option – rechtliche Risiken/Konsequenzen"

E. 2.4.2

Bei der Auswertung benotete der Beschwerdegegner die vier Angebote anhand der Zuschlagskriterien wie folgt: Projekt 1 Beschwer. Projekt

E. 2.4.3

Die Finanzierungsoption stellte, wie in den Vergabeunterlagen vorgesehen, nur eines von mehreren Unterkriterien des mit 30 % gewichteten Kriteriums "Wirtschaftlichkeit" dar. Daneben befanden sich andere bedeutende Unterkriterien wie insbesondere die Unterhalts- und Betriebskosten, denen zweifellos erhebliches Gewicht zukommt. Der Beschwerdegegner will dem Unterkriterium "Finanzierungsangebot" gemäss seiner Beschwerdeantwort ein hypothetisches Gewicht von allenfalls 2 oder 5 Prozent zubilligen. Die Beschwerdeführerinnen erheben keine Einwände gegen eine Gewichtung mit 5 % (Beschwerdeschrift N. 45). Selbst wenn dem Unterkriterium jedoch ein Gewicht von 10 % zugeordnet wird und man überdies von der (eher unrealistischen; vgl. hinten E. 3.2.3) Annahme ausgeht, dass die Beschwerdeführerinnen bei diesem Unterkriterium die maximale Bewertung, alle andern Anbieterinnen dagegen null Punkte erhalten hätten, würde dies bei Weitem nicht ausreichen, um den Rückstand der Beschwerdeführerinnen auf die Mitbeteiligte, der in der Gesamtwertung 82 Punkte beträgt, wettzumachen. Da die Beschwerdeführerinnen gegen die Benotung der übrigen Zuschlagskriterien keine Einwände erheben, könnte ihnen auch ein optimales Resultat beim Unterkriterium "Finanzierungsangebot" nicht zum Zuschlag verhelfen.

E. 2.5

Anzumerken ist, dass auch ein eigentlicher Teilabbruch des Vergabeverfahrens, d. h. ein Verzicht auf die Finanzierungsoption vor Eingabe der Angebote, verbunden mit einem Verzicht auf deren Bewertung bei den Zuschlagskriterien, zulässig gewesen wäre. Ob den Anbieterinnen in diesem Fall mehr Zeit hätte eingeräumt werden müssen, um ihre Angebote zu überarbeiten, kann offenbleiben, erscheint aber immerhin fraglich, da es sich bei der anzubietenden Finanzierung von vornherein um eine blosser Option für die Vergabebehörde handelte, die zudem nur einen beschränkten Zusammenhang mit der Projektierungsaufgabe aufwies. Die Beschwerdeführerinnen machen allerdings geltend, das Erfordernis einer Finanzierungsoption habe ihre Projektierung einschneidend beeinflusst. Sie hätten das Bauvorhaben darauf ausgerichtet, die Finanzierungskosten möglichst gering zu halten, indem sie insbesondere das Spital und das Parkhaus baulich getrennt und als separate Projekte behandelt hätten. Dadurch sei es ihnen gelungen, die Bauzeit für das Spital zu verkürzen und dessen Ertrag für die Finanzierung heranzuziehen (zu Details hinten, E. 4.2). Mit der Replik zeigen sie Projektierungsvarianten auf, welche ihnen bei der Zusammenlegung von Spital und Parkhaus zur Verfügung gestanden hätten. Nach ihrer Darstellung hätten sie mit diesen Varianten bessere Lösungen hinsichtlich Architektur, Funktionalität und Betrieb erzielen können (Replik vom 19. Februar 2013, N. 41 ff., 69, 71). Diese Ausführungen erscheinen reichlich realitätsfremd. Die von den Beschwerdeführerinnen angestrebten Einsparungen betreffen wenige Prozent der Gesamtkosten und sind zudem mit erheblichen Unsicherheiten behaftet (vgl. hinten E. 4.5). Dass sie zur Erreichung dieses Ziels wesentliche (auch von ihnen anerkannte) betriebliche und gestalterische Mängel des Gesamtprojekts bewusst in Kauf genommen haben, erscheint wenig überzeugend und wäre jedenfalls Zeugnis einer schlechten Beurteilung der Gesamtaufgabe. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen hätte der Verzicht auf die Finanzierungsoption auch keine Änderung des Vergabegegenstands von solcher Bedeutung dargestellt, dass sie eine nochmalige Ausschreibung erfordert hätte. Ohnehin wären die Beschwerdeführerinnen, die ja Gelegenheit hatten, am Verfahren teilzunehmen, zu diesem Einwand kaum legitimiert (vgl. zur analogen Fragestellung bei der Durchführung eines Einladungsverfahrens VGr, 11. September 2003, VB.2003.00116, E. 2).

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen machen des Weiteren geltend, die Mitbeteiligte habe mit grosser Wahrscheinlichkeit überhaupt keine ausreichende Finanzierungsoption eingereicht, da ihre Finanzierung nicht wie verlangt auf 25 Jahre, sondern nur auf 10 Jahre ausgerichtet sei. Diese Frage sei vom Gericht auch anhand jener Unterlagen zu überprüfen, in welche die Beschwerdeführerinnen keine Einsicht erhalten hätten. Bei ungenügender Dauer der Finanzierung sei die Mitbeteiligte wegen Unvollständigkeit ihres Angebots vom Verfahren auszuschliessen, da eine Finanzierungsoption gemäss den Vergabeunterlagen zwingend angeboten werden müssen.

E. 3.1

Nach den Vergabeunterlagen war eine Finanzierungslösung gefordert, welche die Bereitstellung entsprechender Kredite über einen Zeithorizont von 25 Jahren ab Inbetriebnahme sowie die Vorfinanzierung der Planungsphasen und der Baurealisation bis zur Inbetriebnahme umfasst (Programm, Ziff. 3.8). In der Beschwerdeantwort führte der Beschwerdegegner aus, die von der Mitbeteiligten offerierte Lösung sehe eine feste Laufzeit von maximal 10 Jahren und eine Verlängerungsoption von bis zu 25 Jahren vor (

Beschwerdeantwort vom 18. Januar 2013 , N. 77). Die Beschwerdeführerinnen schliessen daraus, dass die Mitbeteiligte die Anforderung einer auf 25 Jahre ausgerichteten Finanzierung im Gegensatz zu ihrem eigenen Angebot, das eine Kreditlaufzeit von 25 Jahren (mit während 10 Jahren fixierten Konditionen) vorsehe, nicht erfülle.

E. 3.2

Die dem Gericht vorliegenden Finanzierungsoptionen der Beschwerdeführerinnen und der Mitbeteiligten weisen folgende Merkmale auf:

E. 3.2.1

Das Finanzierungsangebot der Beschwerdeführerinnen besteht im Wesentlichen aus einer vom 20. August 2012 datierten Erläuterung der vorgesehenen Finanzierungsweise durch die der Beschwerdeführerinnen sowie einem Exposé der Bank I mit Begleitschreiben vom 16. August 2012, welches Ausgangslage und Randbedingungen einer möglichen Finanzierung darlegt. Das Exposé verweist auf zahlreiche noch offene Fragen und endet mit einem "Disclaimer", gemäss welchem "diese Präsentation [...] ausschliesslich Diskussionszwecken" dient. "Sie konstituiert keine Zusage betreffend Arrangierung, Festübernahme oder Bereitstellung einer Finanzierung und stellt keine rechtliche, steuerrechtliche, finanzielle oder anderweitige Beratung dar [...]." Das Finanzierungsangebot der Mitbeteiligten enthält ein Schreiben der Bank J vom 16. August 2012, welches ebenfalls auf noch zu prüfende Fragen hinweist und mögliche Konditionen einer Finanzierung erörtert. Eine verbindliche Zusicherung ist auch in diesem Schreiben nicht enthalten. Die Optionen beider Parteien enthalten somit keine eigentlichen Finanzierungs- Angebote . Es handelt sich im Wesentlichen um Studien über allfällige Finanzierungsmöglichkeiten, denen keine rechtliche Verbindlichkeit zukommt.

E. 3.2.2

Mit Bezug auf die Dauer der Finanzierung sprechen die Beschwerdeführerinnen in ihrem Finanzierungsangebot vom 20. August 2012 von einer "Amortisation [...] auf 25 Jahre und einer Laufzeit der Finanzierung von bis zu 10 Jahren (inkl. Bauphase)". Sie verweisen dabei auf das beigelegte Finanzierungskonzept der Bank I. Diese teilt in ihrem Begleitschreiben vom 16. August 2012 mit, "dass wir zuversichtlich sind, im Zusammenhang mit dem Projekt [...] eine Finanzierung im Umfang von max. CHF 215 Mio. mit einer Laufzeit von bis zu 10 Jahren (inkl. Bauphase) auf einer best effort Basis arrangieren zu können [...]." Auch im zugehörigen Exposé spricht die Bank I von einer Laufzeit von max. 10 Jahren inklusive Bauphase (S. 5). Unter Bezugnahme auf die in den Vergabeunterlagen verlangte Laufzeit von 25 Jahren (zuzüglich Bauphase) erklärt sie: "Die in den Ausschreibungsunterlagen angedachte Finanzierungsstruktur mit entsprechender Laufzeit ist im aktuellen Marktumfeld aus unserer Sicht nicht realisierbar" (S. 9). Der dem Angebot der Mitbeteiligten zugrunde liegende Vorschlag der Bank J vom 16. August 2012 verlangt als Voraussetzung für eine Beteiligung an der Finanzierung ebenfalls "eine wesentlich kürzere Laufzeit (5 bis 8 Jahre, maximal 10 Jahre) mit entsprechenden Amortisationszahlungen sowie entsprechenden Sicherheiten [...] ". Die Bank fügt bei: "Allfällige Verlängerungsoptionen könnten unter dem Vorbehalt der Anpassung an die dannzumaligen Verhältnisse auf dem Kapitalmarkt bis insgesamt maximal 25 Jahren geprüft werden."

E. 3.2.3

Die Finanzierungsoptionen der Beschwerdeführerinnen und der Mitbeteiligten sind damit sowohl hinsichtlich der vorgesehenen Laufzeiten wie auch der fehlenden Verbindlichkeit durchaus vergleichbar und vermögen den ursprünglichen Erwartungen des Beschwerdegegners beide nicht voll zu entsprechen. Über eine Ungleichbehandlung können sich die Beschwerdeführerinnen diesbezüglich nicht beklagen. Auch die zwei weiteren, nicht am Beschwerdeverfahren beteiligten Anbieterinnen waren im Übrigen nicht in der Lage, verbindliche Finanzierungszusagen zu den vom Beschwerdegegner vorgesehenen Konditionen bereitzustellen. Das entspricht der erwähnten Einschätzung des Beurteilungsgremiums in seinem Bericht vom 16. November 2012.

E. 3.3

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen führt dies nicht dazu, dass das Angebot der Mitbeteiligten – oder alle Angebote – wegen Unvollständigkeit vom Verfahren ausgeschlossen werden müssten. Die Anforderungen der Vergabeunterlagen sind realistischerweise so zu verstehen, dass die Anbieterinnen eine Finanzierungsoption bereitzustellen hatten, welche unter den gegebenen Verhältnissen möglich war. Das entspricht auch den Antworten des Beschwerdegegners auf die im Vergabeverfahren gestellten Fragen. So bestätigte er, dass ein Finanzierungskonzept, das entgegen den Anforderungen der Vergabebedingungen zusätzliche Sicherheiten voraussetze, keinen Ausschluss vom Verfahren zur Folge hätte. Auf eine Frage betreffend Finanzierungen, die "nur eine marktübliche Bindungsfrist" hätten, antwortete er, dass das Finanzierungsangebot "ein höchstmögliches Mass an Genauigkeit und Verbindlichkeit" aufweisen solle. In anderem Zusammenhang erklärte er, die Ausgestaltung der Finanzierungsoption solle sich "nach den Möglichkeiten des jeweiligen Totalunternehmers richten"; er werde die eingereichten Optionen dann miteinander vergleichen. Die Qualität der vorgeschlagenen Finanzierung war somit beim entsprechenden Zuschlagskriterium zu bewerten. Zuschlagskriterien sind relative Kriterien, die ein Angebot in mehr oder weniger hohem Mass auszeichnen; eine schlechte Bewertung bei einem Zuschlagskriterium führt – anders als bei den Eignungskriterien – nicht automatisch zum Ausschluss des Angebots (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E.6 = RB 2000 Nr. 70; 12. Januar 2011, VB.2010.00568, E. 5.5). Anzumerken bleibt, dass selbst dann, wenn keines der eingereichten Angebote den Anforderungen der Vergabebedingungen entspräche, nicht zwingend ein Abbruch und eine Wiederholung des Verfahrens erforderlich wäre (vgl. hinten E. 4.7.2).

E. 4

Die Beschwerdeführerinnen wenden überdies ein, dass die von der Mitbeteiligten vorgesehene Finanzierung offenbar nicht alle durch den Bau entstehenden Kosten berücksichtige, weshalb mit ihrem Finanzierungsangebot nicht die gesamten Baukosten gedeckt seien. Aus demselben Grund halte die Mitbeteiligte das in den Vergabeunterlagen festgelegte Kostendach von Fr. 215 Mio. nicht ein. Auch aus diesen Gründen müsse sie vom Verfahren ausgeschlossen werden.

E. 4.1

und 4.3) . Ohne den Einbezug von Betriebserträgen und Ersparnissen bei den Sanierungsmassnahmen vermag das Angebot der Beschwerdeführerinnen das Kostendach gemäss den Vergabeunterlagen klarerweise nicht einzuhalten, da ihre Kosten schon ohne Baukreditzinsen nur knapp unter Fr. 215 Mio. liegen. Ihr Projekt ist denn auch das teuerste

aller vier Offerten (Bericht des Beurteilungsgremiums vom 16. November 2012, S. 46). Die Beschwerdeführerinnen haben dies erkannt, weisen jedoch darauf hin, dass der Beschwerdegegner im Rahmen der Fragebeantwortung eine Überschreitung des Kostendachs unter bestimmten Voraussetzungen zugestanden habe: "Grundsätzlich ist das Kostendach einzuhalten. Falls innovative Lösungen die jährlich wiederkehrenden Betriebskosten nachweislich und nachhaltig senken, kann damit in einer einfachen Investitionsrechnung auch die Begründung für eine allfällige Kostendachüberschreitung geliefert werden. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass im Businessplan ohnehin schon mit einer Effizienzsteigerung bei den Betriebsabläufen resp. Kosteneinsparungen von 3 % gerechnet wird (auch mit konventionellen Konzepten). Die im Businessplan berücksichtigten Kosteneinsparungen dürfen nicht doppelt gezählt werden." Bei einer derart erweiterten wirtschaftlichen Betrachtung dürfte es zulässig sein, Kostenvorteile, wie sie von den Beschwerdeführerinnen genannt werden, zu berücksichtigen; die vom Beschwerdegegner erhobenen Einwände in Bezug auf das Ausmass der Ersparnisse sind an dieser Stelle nicht näher zu prüfen. Allerdings wären diesen Vorteilen konsequenterweise auch allfällige wirtschaftliche Nachteile gegenüberzustellen, die sich daraus ergeben, dass die Beschwerdeführerinnen ihr Projekt auf eine möglichst weitgehende Reduktion der Finanzierungskosten ausrichteten. Wie sie selber ausführen, konnten sie aus diesem Grund keine optimale Lösungen hinsichtlich Funktionalität und Betrieb realisieren (vorn E. 2.5), was zu wirtschaftlichen Einbussen führen kann. Hierin liegt eine weitere Unsicherheit der Kalkulation der Beschwerdeführerinnen.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerinnen führen aus, dass unter dem vorgeschriebenen Kostendach von Fr. 215 Mio., welches auch dem Gesamtbetrag der zu offerierenden Finanzierungslösung entspreche, nicht nur die eigentlichen Baukosten, sondern ebenso die Vorfinanzierung der Planungsphase und der Baurealisierung Platz finden müssten. Diesem Umstand hätten sie bei der Planung besondere Aufmerksamkeit geschenkt und ihr Projekt darauf ausgerichtet, diese "Bauzwischenfinanzierungskosten" gering zu halten bzw. gar nicht entstehen zu lassen. Das sei ihnen gelungen, indem sie das Spital und das Parkhaus baulich getrennt und als separate Projekte behandelt hätten. Dadurch könne die Bauzeit für das Spital verkürzt und dessen Ertrag für die Zwischenfinanzierung herangezogen werden. Gemäss ihrem Projekt sei die Fertigstellung des Spitalbaus bereits Mitte 2016, nicht erst 2018 wie vom Beschwerdegegner verlangt, vorgesehen. Das Parkhaus würde dagegen erst im September 2017 fertiggestellt. Die Beschwerdeführerinnen gehen davon aus, dass die Zwischenfinanzierungskosten in den Offerten der andern Anbieterinnen wahrscheinlich nicht auf realistische Weise eingerechnet seien. Diese Anbieterinnen hätten somit weder das Kostendach eingehalten noch eine ausreichende Finanzierung offeriert. So habe die Mitbeteiligte nach Angaben des Beschwerdegegners zwar eine Reserve zum Kostendach von Fr. 4,5 Mio. ausgewiesen (Beschwerdeantwort, N. 59 und 85). Für die Zwischenfinanzierungskosten müsse jedoch beim Projekt der Mitbeteiligten, welches nicht wie dasjenige der Beschwerdeführerinnen auf diese Problematik hin optimiert sei, mit einem Betrag von Fr.

E. 4.3

Aufgrund der Vergabeunterlagen waren die Baukreditzinsen in die Berechnung der Gesamtkosten einzubeziehen. Die Anbieter hatten ihre Totalunternehmer-Offerte anhand einer Vorlage des Beschwerdegegners zu erstellen, welche den Aufwand gemäss dem

Spitalbau-Kostenplan SKP (Schweizer Norm SN 506 504) darstellt (vgl. Programm, S. 23; einzureichendes Dokument 36a). Nach dieser Vorlage waren Baukreditzinsen und Bankspesen unter der Position SKP 542 in die Gesamtkosten einzurechnen. Die so errechneten Gesamtkosten sind auch für das Kostendach massgeblich. Der Beschwerdegegner hat dies in den Antworten auf die Fragen B03 und 152 bestätigt, indem er ausführte, dass die Baufinanzierungskosten der Planungs- und Realisierungsphasen unter das Kostendach von Fr. 215 Mio. fallen. Sowohl die Beschwerdeführerinnen wie auch die Mitbeteiligte reichten mit ihren Offerten entsprechend gegliederte Unterlagen ein. Bei der Auswertung der Angebote ging das Beurteilungsgremium dann aber offenbar davon aus, dass die Baukreditzinsen nicht in die Gesamtkosten einzurechnen seien. Da "einzelne Teams die Baukreditzinsen in den Kosten erfasst" hätten, korrigierte es zur Wahrung der Vergleichbarkeit alle Angebote dahingehend, dass sie die Baukreditzinsen nicht berücksichtigten. Auf dieser Grundlage stellte das Gremium fest, dass das Kostendach von Fr. 215 Mio. von allen Teams eingehalten werde. In den nachstehenden Erwägungen werden die Kostenrechnungen der Beschwerdeführerinnen und der Mitbeteiligten daraufhin überprüft, ob sie das Kostendach entsprechend den Vorgaben der Vergabeunterlagen – in Abweichung von der Auffassung des Beurteilungsgremiums – unter Einrechnung der Baukreditzinsen einhalten. Die Kostenberechnung der Beschwerdeführerinnen sah unter dem Posten SKP 542 einen Betrag von Fr. 143'982 vor. Auf die Rückfrage des Beschwerdegegners, ob dieser Betrag für die gesamten Baukreditzinsen ausreiche oder ob diese im Angebot nicht enthalten seien, antworteten die Beschwerdeführerinnen am 8. Oktober 2012: "Bei den unter SKP 542 kalkulierten Baukreditzinsen handelt es sich nur um die Baufinanzierungskosten in der Planungsphase bis zur Erteilung der Baubewilligung, da diese Kosten in dem Finanzierungsangebot unserer Banken nicht beinhaltet sind. Die weiteren Baufinanzierungskosten sind in unserer Offerte nicht eingerechnet. Gemäss unserer Analyse des übergebenen Businessplans können die laufenden Finanzierungskosten durch das Spital K (wie in Anlage 40 optionales Finanzierungsangebot beschrieben) ohne weiteres durch den positiven Cash Flow gedeckt werden, so dass durch die Bietergemeinschaft hierfür keine weiteren Baufinanzierungskosten eingerechnet wurden. Das abgegebene Finanzierungsangebot unserer Banken berücksichtigt diesen Sachverhalt." Im erwähnten Finanzierungsangebot gemäss "Anlage 40" erläuterten die Beschwerdeführerinnen ihr Konzept im Wesentlichen wie folgt: Durch die gewählte Trennung von Spital und Parkhaus liessen sich die Finanzierungskosten reduzieren, weil die Finanzierung für das Parkhaus erst später bereitgestellt werden müsse und für dasselbe – als Objekt mit geringerem Risikoprofil – günstigere Konditionen erzielbar seien. Ferner würden durch die sehr kurze Bauzeit (Inbetriebnahme des Neubaus per 1. Juli 2016) einerseits die Baukosten reduziert und andererseits Sparmöglichkeiten eröffnet, indem ein Teil der für das alte Spital bis Ende 2018 vorgesehenen Sanierungskosten wegfallen. Die Mitbeteiligte setzte in der Position SKP 542 überhaupt keinen Betrag ein. Im Begleitbrief vom 20. August 2012 zur Offerte wies sie darauf hin, dass sie für die Baukreditzinsen ein Budget in der Höhe von Fr. 4 Mio. ermittelt habe, dieses jedoch in der Offerte nicht enthalten sei, weil die Zahlung direkt mit der Bank und nicht über sie als Anbieterin abgewickelt werde. Auf entsprechende Nachfrage des Beschwerdegegners erklärte sie mit Schreiben vom 12. Oktober 2012: "Der von uns angegebene Wert, CHF 4 Mio., dient nur als Budget und ist nicht in unseren Baukosten integriert, da wir davon ausgehen, dass Sie die Zahlung direkt mit Ihrer Bank abwickeln werden [...]. Der Sinn der Budgetangabe ist aufzuweisen, dass wir mit unseren Baukosten und dem Wert der Baukreditzinsen Ihr

Gesamtbudget von CHF 215 Mio. auch einhalten."

E. 4.4

Aufgrund dieser Angaben ist die Einhaltung des Kostendachs, gemessen an den strengeren Vorgaben der Vergabeunterlagen, entgegen der Auffassung des Beurteilungsgremiums bei beiden Anbieterinnen nicht gesichert. Die Berechnung der Beschwerdeführerinnen ist unter anderem mit folgenden Unsicherheiten behaftet: – Für die Finanzierung der Parkierungsanlage gemäss dem von den Beschwerdeführerinnen vorgesehenen "Investorenmodell" besteht keine verbindliche Zusage. Der in Aussicht genommene Investor signalisiert in einer sehr allgemein gehaltenen Erklärung vom 15. August 2012 lediglich sein "Grundsatzinteresse". Hinzu kommen die bereits erwähnten Ungewissheiten des allgemeinen Finanzierungskonzepts (vorn E. 3.2.1 ff.). – Der Cash Flow des Spitals, den die Beschwerdeführerinnen zur Finanzierung heranziehen wollen, kann nur geschätzt werden. Die daraus resultierende Ungewissheit erhöht sich zusätzlich, falls die Ertragskraft des Spitals in den ersten Betriebsjahren wegen fehlender Parkplätze vermindert ist. – Entsprechendes gilt für die Einsparungen durch wegfallende Sanierungsmassnahmen im alten Spital. Diese werden vom Beschwerdegegner im Übrigen bestritten, weil es sich bei den nach 2014 geplanten Investitionen um solche in IT, Ausstattung und Mobiliar handle, die auch im Neubau weiter nutzbar seien. Der Einwand ist hier, da für das Gesamtergebnis nicht relevant, nicht weiter zu prüfen. – Eine Unsicherheit besteht ferner in der angestrebten sehr kurzen Bauzeit, welche vom Beschwerdegegner in Zweifel gezogen wird. Die finanziellen Auswirkungen einer verzögerten Fertigstellung liessen sich jedoch ganz oder teilweise durch die im Vertragsentwurf vorgesehenen Konventionalstrafen kompensieren (Vorlage TU-Vertrag, Dok. Z20, Ziff. 3.3). Den Berechnungen der Mitbeteiligten haften ebenfalls die allgemeinen Unsicherheiten an, die sich daraus ergeben, dass die Verzinsung der Fremdmittel – ebenso wie bei den Beschwerdeführerinnen – von Konditionen der beteiligten Bank en abhängig sind , für die zwar Anhaltspunkte, aber keine verbindlichen Zusagen bestehen. Hinzu kommt, dass die Mitbeteiligte bei der Berechnung der Baukreditzinsen annimmt, 50 % der Kosten seien durch Eigenmittel mit einer deutlich tieferen Verzinsung gedeckt. Ob diese Annahme den Intentionen des Beschwerdegegners entsprach, erscheint fraglich. Die Beschwerdeführerinnen weisen überdies zu Recht darauf hin, dass die Zwischenfinanzierungskosten der Anbieterinnen sich von vornherein nicht genau bestimmen lassen, wenn der Beschwerdegegner eine eigene Finanzierung vorsieht , da sie in diesem Fall von den Konditionen abhängig sind, die der Beschwerdegegner von seinen Kreditgebern erhält. Den Beschwerdeführerinnen kann allerdings nicht gefolgt werden, wenn sie daraus schliessen, der Beschwerdegegner müsse nun die Baukreditkosten aller Projekte anhand seiner eigenen – offenbar noch gar nicht feststehenden – Konditionen genauer prüfen. Es ist vielmehr zu akzeptieren, dass in diesem Umstand eine Unschärfe liegt, die sich mit vernünftigem Aufwand nicht beseitigen lässt . Für das Gesamtergebnis ist diese von geringer Bedeutung.

E. 4.5

Mit Bezug auf die Einhaltung des Kostendachs weisen somit beide Angebote, dasjenige der Beschwerdeführerinnen ebenso wie dasjenige der Mitbeteiligten, Unsicherheiten auf. Dabei sind die Unsicherheiten auf Seiten der Beschwerdeführerinnen nicht etwa geringer. Zulasten der Beschwerdeführerinnen kommt hinzu, dass ihre Berechnungsweise, welche Erträge des Spitalbetriebs und Kostenersparnisse der Sanierungsmassnahmen in die Gesamtkosten des Spitalbaus einbezieht, im Widerspruch zum Bewertungskonzept der

Vergabeunterlagen steht . Die genannten Erträge und Ersparnisse hängen mit dem Bau nicht unmittelbar zusammen, sind im Kostenplan gemäss Vorlage des Beschwerdegegners nicht enthalten und haben damit keine Auswirkungen auf das Kostendach, wie es vom Beschwerdegegner definiert wurde (vorn E.

E. 4.6

Nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen muss das Angebot der Mitbeteiligten, falls es das Kostendach nicht einhält, vom Verfahren ausgeschlossen werden. Sofern alle Angebote das Kostendach überschreiten, ist nach ihrer Meinung das Vergabeverfahren abzubrechen und zu wiederholen.

E. 4.6.1

Gemäss dem Bericht des Beurteilungsgremiums vom 16. November 2012 hat eine nicht am Beschwerdeverfahren beteiligte Anbieterin ein Projekt mit deutlich tieferen Investitionskosten offeriert. Bei diesem Projekt, das im vorliegenden Verfahren allerdings nicht näher überprüft werden kann, dürfte die Einhaltung des Kostendachs auch unter Einbezug der Baukreditkosten problemlos möglich sein. Für einen Abbruch des Verfahrens besteht schon aus diesem Grund kein Anlass. Sodann sind die Beschwerdeführerinnen auch nicht legitimiert, den Ausschluss der Mitbeteiligten zu verlangen, denn dieser würde ihnen keinen Nutzen bringen, sondern lediglich dazu führen, dass die Anbieterin mit dem günstigeren Projekt zum Zug käme.

E. 4.6.2

Abbruch und Wiederholung des Verfahrens wären jedoch entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen auch dann nicht notwendig, wenn das Kostendach bei allen Projekten überschritten wäre. Wird in einem Vergabeverfahren kein Angebot eingereicht, das die festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen gemäss Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen erfüllt, so kann die Vergabestelle das Verfahren abbrechen (§ 37 Abs 1 lit. a SubmV) und allenfalls wiederholen (§ 37 Abs. 2 SubmV). Diese Regel gibt der Behörde die Möglichkeit, bei einem Vergabeverfahren mit unbefriedigendem Ergebnis nach einer andern Lösung – allenfalls in einem erneuten Verfahren mit geänderten Randbedingungen – zu suchen. Sie verpflichtet sie jedoch nicht dazu, jedes Verfahren, dessen Angebote in irgendeiner Weise von den Vergabebedingungen abweichen, zwingend abzubrechen. Der Abbruch eines Verfahrens mag dann unumgänglich sein, wenn die Angebote derart weit von den Vorgaben abweichen, dass ein aussagekräftiger Vergleich anhand der vorgegebenen Kriterien nicht mehr möglich ist. Auch darf die Weiterführung des Verfahrens nicht dazu verwendet werden, einzelne Anbieter gegenüber andern zu bevorzugen. Im Übrigen steht der Behörde jedoch beim Entscheid über den Abbruch ein weiter Ermessensspielraum zur Verfügung. Sodann ist auch beim Abbruch eines Verfahrens nicht in jedem Fall eine Wiederholung desselben erforderlich. Die Vergabestelle hat stattdessen die Möglichkeit, den Auftrag freihändig zu vergeben (§ 10 Abs. 1 lit. b SubmV), sofern sie einen Auftragnehmer findet, der die Anforderungen der ursprünglichen Ausschreibung im Wesentlichen erfüllt (Art. XV Ziff. 1 lit. a GPA; vgl. Robert Wolf, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 127 ff., N. 20). Vorliegend bewirken die allfälligen Überschreitungen des Kostendachs keine gravierende Abweichung von den Vorgaben. Beim Angebot der Mitbeteiligten könnte die Überschreitung, falls ihre Annahme von 50 % Eigenkapital als unzulässig taxiert wird , im Bereich von rund 2 % liegen. Das Angebot der

Beschwerdeführerinnen ist diesbezüglich schwerer einzuschätzen, doch dürfte die Abweichung auch bei ihnen nicht wesentlich weiter gehen. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen ist sodann, wie bereits erwähnt, in Bezug auf die Einhaltung des Kostendachs auch nicht weniger problematisch als jenes der Mitbeteiligten; von einer Ungleichbehandlung zu ihren Lasten kann keine Rede sein. Der Entscheid des Beschwerdegegners, das Verfahren nicht abubrechen, sondern einen Zuschlag zu erteilen, ist unter diesen Umständen nicht zu beanstanden.

E. 5

Schliesslich monieren die Beschwerdeführerinnen, die Finanzierung des Neubaus, die der Beschwerdegegner nun selber bereitzustellen habe, nachdem er auf die Optionen verzichte, sei nicht gesichert. Sie bezweifeln, dass das Projekt der Mitbeteiligten finanzierbar sei und vermuten überdies, dass dieses beim Beschwerdegegner zu erhöhten internen Kosten führe. Ihre diesbezüglichen Ausführungen (Beschwerdeschrift, N. 92 ff., 98 ff.; Replik N. 72–89, 98 ff.) sind indessen, soweit sie sich nicht erneut mit den Kosten der Zwischenfinanzierung, der Einhaltung des Kostendachs und der Bewertung der Finanzierungsoption als Zuschlagskriterium auseinandersetzen, kaum nachvollziehbar und zeigen nicht auf, inwiefern die Rechtmässigkeit des Zuschlags infrage gestellt wäre.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig. Nach § 3 Abs. 3 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 23. August 2010 (GebV VGr) beträgt die Gerichtsgebühr bei Verfahren ohne bestimmbareren Streitwert in der Regel Fr. 1'000.- bis 50'000.-. Vorliegend erscheint angesichts des sehr hohen Streitinteresses einerseits und des mittelhohen Zeitaufwands andererseits (vgl. § 2 GebV VGr) eine Gebühr von Fr. 40'000.- angemessen. Sodann ist der Mitbeteiligten eine angemessene Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.- zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Dem Beschwerdegegner steht in analoger Anwendung von § 17 Abs. 3 VRG keine Parteientschädigung zu; auch war er ohnehin verpflichtet, den Beschwerdeführerinnen eine Begründung seines Entscheids zu liefern.

E. 7

Der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags erreicht die massgeblichen Schwellenwerte gemäss Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) in Verbindung mit Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013, weshalb gegen dieses Urteil, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zulässig ist. Andernfalls steht dagegen 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.