

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00350 vom 6. August 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-08-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00350

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00350 du 6 août 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00350 del 6 agosto 2018

Regeste

Submission | Verbot von Abgebotsrunden; Verspätung der diesbezüglichen Rüge. Bewertung der Zuschlagskriterien; Offertbereinigung. Das Vorgehen der Vergabestelle, welches den Anbietenden eine weit offenstehende Überarbeitung ihrer Angebote auch in preislicher Hinsicht mit dem offensichtlichen Ziel der Kosteneinsparung ermöglichte, steht im klaren Widerspruch zum Verbot von Abgebotsrunden (E. 4.3.3). Die Beschwerdeführerin hätte jedoch die Obliegenheit gehabt, das Vorgehen frühzeitig zu beanstanden; sie durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde dessen Unrechtmässigkeit geltend machen (4.3.4). Die Begründung des Vergabeentscheids kann im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzt werden (E. 5.2). Bei Festlegung und Bewertung der Zuschlagskriterien verfügt die Vergabebehörde über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (E. 6.1). Soweit jedoch kein Grund für eine Schlechterbewertung der Beschwerdeführerin gegenüber der Mitbeteiligten ersichtlich ist, ist die Punktevergabe zu korrigieren (E. 6.4). Die Durchführung einer genügenden Offertbereinigung stellt vorliegend eine Rechtspflicht der Vergabebehörde dar; zwecks Vergleichbarkeit der Angebote waren hierbei Aufrechnungen vorzunehmen (E. 6.7). Bewertung des Zuschlagskriteriums "Jährlich wiederkehrende Kosten" (E. 6.8). Die Korrektur der Angebotsbewertung ändert nichts an der Rangfolge der Anbietenden (E. 6.9). Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Unterlieger- und Verursacherprinzip (E. 8). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

E AG,

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen 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 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9). Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des Zuschlagsentscheids und die Vergabe der Arbeiten an sie selbst bzw. die (teilweise) Wiederholung des Verfahrens. Würde sie mit ihren Rügen (teilweise) durchdringen, so

hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist ohne Weiteres zu bejahen.

E. 3.1

In formeller Hinsicht machte die Beschwerdeführerin geltend, der Zuschlag sei nicht an die Mitbeteiligte, sondern an eine falsche Firma in G erteilt worden. Die Zuschlagsverfügung sei somit rechtswidrig bzw. nichtig. Es trifft zu, dass in der Zuschlagsverfügung die Firma "E AG, G" aufgeführt ist. Wie bereits in der Präsidialverfügung vom 4. Juli 2018 festgehalten, hat die Mitbeteiligte ihren Sitz an der H-Strasse 01 in I. Diese Adresse entspricht ihren Angaben in der Offerte vom 16. April 2018, weshalb das Rubrum im Beschwerdeverfahren entsprechend angepasst wurde. Der in der Zuschlagsverfügung enthaltene unrichtige Zusatz "G" erweist sich klarerweise als Versehen, das letztlich nur die Adressierung betrifft. Solches führt nicht zur Annahme von Nichtigkeit oder zur Aufhebung der Zuschlagsverfügung.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin rügt weiter ein ungenügendes Offertöffnungsprotokoll. Es trifft zu, dass das Protokoll vom 17. April 2018 über die Öffnung der beiden überarbeiteten Angebote ein falsches Eingangsdatum trägt. Dieses Versehen rechtfertigt es angesichts der übrigen Umstände allerdings nicht, von einem derartigen Protokollmangel auszugehen, der die Aufhebung des Zuschlagsentscheids rechtfertigen würde. Die Beschwerdeführerin wertet die falsche Datierung der Offerteingänge namentlich als Indiz dafür, dass die Mitbeteiligte ihr Angebot verspätet eingereicht haben könnte (vgl. auch prozessualer Antrag 3 al. 1). Dazu ist zunächst festzuhalten, dass das Angebot der Mitbeteiligten vom 16. April 2018 datiert. Weiter fällt in Betracht, dass die Eingabefrist für die beiden verbliebenen Anbieterinnen ohne nähere zeitliche Einschränkung auf den 16. April 2018 festgelegt wurde (vgl. Beschluss des Gemeinderats Egg vom 20. März 2018), weshalb es nicht als auffällig erscheint, dass das Offertöffnungsprotokoll vom Folgetag (17. April 2018) datiert. Und vor allem liegt eine unterzeichnete Empfangsbestätigung des Gemeinbeschreibers bei den Akten, wonach die Unterlagen von der Mitbeteiligten am 16. April 2018 um 14.30 Uhr überbracht wurden. Es besteht kein begründeter Anlass, um an diesen Angaben zu zweifeln.

E. 4.1

Wie eingangs dargelegt, lagen die Beschwerdeführerin und Mitbeteiligte in der Gesamtbewertung der 2. Phase auf den Plätzen 1 und 2. Beide wurden mit Beschluss der Gemeinde Egg vom 20. März 2018 zur Überarbeitung ihrer Eingaben eingeladen. Dazu stützt sich die Beschwerdegegnerin auf die Ausschreibungsunterlagen, deren Programm unter dem Titel "8. Entschädigung, Weiterbearbeitung" Folgendes vorsah: "Die Veranstalterin behält sich das Recht vor, allenfalls maximal 2 Teilnehmer zu einer Überarbeitung einzuladen. Die Entschädigung wird vor Auftragserteilung festgelegt." Der Einladung zur Überarbeitung leisteten beide Unternehmen Folge und reichten jeweils ein geändertes Angebot ein. Diese beiden Angebote bildeten die Grundlage für die abschliessende Bewertung und für den Zuschlag an die Mitbeteiligte.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin rügt die Durchführung dieser Überarbeitungsrunde als rechtswidrig. Sie erblickt namentlich einen Verstoss gegen das Transparenzgebot, das Gleichheitsgebot und das Gebot zur Stabilität der Ausschreibung. Sie erblickt darin eine

versteckte Abgebotsrunde.

E. 4.3

Zunächst ist zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren mit den Rügen gegen die Durchführung der infrage stehenden Überarbeitungsrunde zuzulassen ist. Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin sind die Rügen verspätet.

E. 4.3.1

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc A, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (VGr, 3. April 2017, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 4.3.2

Vorliegend lässt sich wohl nicht sagen, dass ein offensichtlicher Mangel bereits in der Ausschreibung ersichtlich gewesen war. Diese Frage kann aber aus den nachfolgenden Erwägungen offengelassen werden.

E. 4.3.3

Die Beschwerdegegnerin hat die beiden bestplatzierten Anbieterinnen zu einer Überarbeitung ihrer Angebote eingeladen, die mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens nach der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen und der kantonalen Submissionsverordnung klarerweise nicht vereinbar war: Im Beschluss des Gemeinderats zur Einladung der beiden Beteiligten vom 20. März 2018 hielt der Gemeinderat fest, dass bei der Weiterbearbeitung "alle möglichen und vertretbaren Kosteneinsparungen, insbesondere bei der Turnhalle" geprüft werden sollen. Diese Formulierung überliess den beiden Anbieterinnen einen weiten, geradezu unlimitierten Spielraum zur Anpassung und Abänderung ihrer Angebote. Dasselbe vermittelte die Beschwerdegegnerin in den Unternehmergesprächen vom 16. März 2018 noch dezidiierter: Es sollten "alle möglichen Kosteneinsparungen" geprüft werden. Sodann erfolgten für beide Beteiligten zahlreiche, jeweils projektbezogene Hinweise auf Optimierungsmöglichkeiten (jeweils S. 2). Ein solches Vorgehen, das den Anbieterinnen eine weit offenstehende Überarbeitung ihrer Angebote auch in preislicher Hinsicht mit dem offensichtlichen Ziel der Kosteneinsparung ermöglicht, steht im klaren Widerspruch zum Verbot von Abgebotsrunden (Art. 11 lit. c IVöB; § 31 der kantonalen Submissionsverordnung vom

23. Juli 2003 ([SubmV]). Dies umso mehr angesichts des Umstands, dass den beiden verbliebenen Anbietenden die Offertkosten der jeweiligen Konkurrentin bereits bekannt waren. Abgesehen davon liegt es in der Natur der Sache, dass die Vergabebehörde bei Aufträgen wie dem vorliegenden projektbezogene und damit für die Anbieterinnen unterschiedliche Änderungen und Anpassungen der Projekte vorschlägt, welche sich ganz unterschiedlich auf die Offertkosten auswirken und im Widerspruch zum Transparenz- und Gleichheitsgebot stehen.

E. 4.3.4

Dass die Überarbeitungsrunde offensichtlich auf eine Preisreduktion zielte, musste der bau- und planungsrechtlich erfahrenen Beschwerdeführerin bereits nach dem Gespräch vom 16. März 2018 klar sein. Bei dieser Sachlage hätte sie mit Blick auf eine spätere Anfechtung der Überarbeitungsrunde die Obliegenheit gehabt, das Vorgehen der Beschwerdegegnerin frühzeitig zu beanstanden, spätestens jedenfalls mit der Einreichung ihres überarbeiteten Angebots. Sie durfte nicht abwarten, ob ihr Angebot in der Bewertung weiterhin auf dem 1. Platz rangieren würde und der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, um andernfalls mit Beschwerde die Unrechtmässigkeit der Überarbeitungsrunde geltend zu machen – dies verstösst gegen den Grundsatz von Treu und Glauben. Abgesehen davon ist nicht anzunehmen, dass die Beschwerdeführerin ihre Chancen in diesem Stadium des Submissionsverfahrens als Erstplatzierte der vorläufigen Bewertung dadurch kompromittiert hätte, dass sie gegenüber der Vergabestelle Vorbehalte zur Durchführung der Überarbeitungsrunde deponiert hätte. Die diesbezüglichen Rügen der Beschwerdeführerin sind nach dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht zuzulassen.

E. 5

Somit ist im Folgenden auf die Kritik der Beschwerdeführerin an der Bewertung der Angebote einzugehen und die Bewertung entsprechend zu überprüfen.

E. 5.1

Die Bewertung der Angebote erfolgte nach den für die 2. Phase mit Gewichtung vorgegebenen Zuschlagskriterien (genannt "Beurteilungskriterien"), nämlich: - (1) Erfüllung des Raumprogramms, Raumangebot, Ausstattung (20 %) - (2) Volumetrische Einordnung in die Gesamtanlage (10 %) - (3) Gestalterische Qualität, Materialien, Fassadengestaltung (20 %) - (4) Investitionskosten (40 %) - (5) jährlich wiederkehrende Kosten für Unterhalt, Energie, Reinigung etc. (10 %) In der für den Zuschlag massgeblichen Gesamtbewertung der Angebote gemäss Bericht des Beurteilungsgremiums vom 23. Mai 2018 erreichte die Beschwerdeführerin die Note 5,43 und die Mitbeteiligte die Note 5,53. Vor der Überarbeitungsrunde hatte noch das Angebot der Beschwerdeführerin auf Platz 1 rangiert (Note 5,22) und dasjenige der Mitbeteiligten auf Platz 2 mit der Note 4,93.

E. 5.2

Namentlich bezüglich der Qualitativen Zuschlagskriterien (ZK 1–3) macht die Beschwerdeführerin geltend, deren Bewertung sei ungenügend begründet.

E. 5.2.1

Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]) umfasst unter anderem den Anspruch auf angemessene Begründung eines Entscheids. Diesem Anspruch wird dann nachgekommen, wenn die Begründung so

abgefasst ist, dass sich der Betroffene über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft zu geben vermag und gegebenenfalls – in voller Kenntnis der Gründe – ein Rechtsmittel ergreifen kann. Dabei darf sich die entscheidende Behörde auf die wesentlichen Gesichtspunkte beschränken. Es müssen jedoch wenigstens kurz die Überlegungen genannt werden, von denen sich die Behörde hat leiten lassen und auf die sich ihr Entscheid stützt (BGE 136 I 229 E. 5.2; VGr, 15. Juni 2017, VB.2016.00605, E. 5.1; Alain Griffel, in: Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2014 [Kommentar VRG], § 28 N. 5, in Verbindung mit Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 25). Dabei kann die Vergabebehörde bei ihrem Entscheid auch nicht ohne Weiteres gemäss § 10 Abs. 1 lit. i SubmV auf die Empfehlung der Jury abstellen, sondern muss eigene Erwägungen anstellen und einen eigenen Entscheid treffen (VGr, 22. November 2006, VB.2005.00264, E. 5.6). Allerdings lässt es die gefestigte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung ihrer Entscheide noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (VGr, 8. September 2010, VB.2009.00393 E. 6, RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a, RB 2003 Nr. 56 = BEZ 2003 Nr. 50). Die ergänzenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort zur Bewertung der Angebote sind folglich zu berücksichtigen. Die Parteien verkennen im Übrigen nicht, dass es sich vorliegend um ein "gewöhnliches" Submissionsverfahren handelt, für welches die Bestimmungen des IVöB, des IVöB-Beitrittsgesetzes und der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) ohne Vorbehalte und nicht etwa Sonderbestimmungen zu den Architekturwettbewerben zur Anwendung gelangen.

E. 5.2.2

Die drei genannten Qualitativen Zuschlagskriterien (1. Erfüllung des Raumprogramms, Raumangebot, Ausstattung; 2. Volumetrische Einordnung in die Gesamtanlage; 3. Gestalterische Qualität, Materialien, Fassadengestaltung) sind jeweils nach zwei bzw. drei (wiederum gewichteten) Unterkriterien bewertet worden. Zu den daraus resultierenden acht Unterkriterien erfolgte in der Bewertungstabelle jeweils eine Bemerkung sowie eine Benotung. Die Bemerkungen stellen eine Kurzbegründung dar für die verteilten Noten bzw. für die Unterschiede in der Benotung. Zudem haben die beiden Projekte im Bericht des Beurteilungsgremiums eine ausführliche Beurteilung und schliesslich einen zusammenfassenden Vergleich erfahren. Schliesslich hat die Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort die Bewertung der Angebote ergänzend begründet. Unter Zusammenrechnung dieser verschiedenen Begründungselemente ist das Vorliegen einer prinzipiell mangelhaften Begründung – auch unter Berücksichtigung, dass vorliegend keine Sondernormen zur Anwendung gelangen – zu verneinen.

E. 5.3

Kommen keine Sondernormen zur Anwendung, so laufen die Rügen der Beschwerdeführerin zu besonderen Anforderungen an die Jurierung ins Leere. Die Beschwerdegegnerin hat die Zusammensetzung des Gremiums bereits im Programm vom 23. Oktober 2017 transparent kommuniziert. Welche Personen an welcher Sitzung oder Besichtigung dabei waren oder nicht (vgl. den prozessualen Antrag 3 al. 2), kann deshalb für die Rechtmässigkeit des vorliegenden Submissionsverfahrens nicht entscheidend sein. Ebenfalls nicht zu beanstanden ist, dass der abschliessende Jurybericht eine klare

Auffassung zur Qualität der Projekte äusserte.

E. 5.4

Nicht substantiiert sind die im Zusammenhang mit der Bewertung deponierten Ausführungen zu zwei verschiedenen Kostenvergleichsdokumenten. Es wird nicht näher aufgezeigt, aus welchen Abweichungen zwischen den beiden Dokumenten auf eine unrechtmässige Bewertung zu schliessen wäre. Zur Bereinigung der Kosten ist im Rahmen des Zuschlagskriteriums Investitionskosten zurückzukommen (vgl. unten E. 6.7.1–8); weitere Auskünfte der Vergabebehörde über allfällige interne Kostenvergleichsdokumente (vgl. prozessualer Antrag 3 al. 4) sind für die Überprüfung der Kosten entbehrlich.

E. 5.5

Die Beschwerdeführerin beanstandet im Hinblick auf die Bewertung sodann die Besichtigung von Referenzobjekten durch die Jury, obschon eine solche Besichtigung im Programm nicht vorgesehen gewesen sei. Auch wenn die Besichtigung von Referenzobjekten im ausgeschriebenen Programm nicht vorgesehen war, so ist nicht ersichtlich, dass dieses Hilfsmittel für die Beurteilung der Angebote unzulässig sein sollte. Die Besichtigung der Referenzobjekte kann dem Beurteilungsgremium durchaus hilfreich und damit zweckmässig sein, um sich ein griffigeres Bild von den offerierten Projekten zu machen. Eine in den Vorgaben nicht vorgesehene Bewertung der Referenzobjekte als Zuschlagskriterium erfolgte nicht. Das Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Abgesehen davon gilt auch hier, dass die Rüge nach Treu und Glauben als verspätet erscheint. Es war für die Beschwerdeführerin ohne Weiteres ersichtlich, dass sie nur nachträglich zur Nennung von Referenzobjekten aufgefordert wurde und dass eine Besichtigung derselben vorgenommen werden sollte. Auch daran hat sie sich ohne Vorbehalte beteiligt.

E. 6

Die Beschwerdeführerin macht bezüglich der verschiedenen einzelnen Zuschlags- und Unterkriterien eine unrichtige oder nicht nachvollziehbare Bewertung geltend. Sie geht davon aus, dass ihr Angebot bei korrekter Bewertung vor demjenigen der Mitbeteiligten auf dem 1. Platz rangieren würde.

E. 6.1

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 SubmV). Die Vergabebehörde verfügt bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sind die Gemeinden als Vergabestellen zwar an die einschlägigen Submissionsvorschriften gebunden, verfügen dabei aber eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit. Das gilt namentlich bei der Festlegung des Verfahrens, der Zuschlagskriterien und schliesslich beim Zuschlag selber (BGE 143 II 553 E. 6.3.2, mit Hinweisen). In diesen Beurteilungsspielraum greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 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). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

E. 6.2

Die qualitative Bewertung der Angebote erfolgte in der Schlussrunde getrennt nach dem Teilprojekt Schulhauserweiterung und dem Teilprojekt Turnhalle. Die Beschwerdeführerin erachtet dies als problematisch, weil eine solche Trennung bei der vorherigen Bewertung nicht erfolgt sei. Inwieweit solche Änderungen im Verlauf eines Submissionsverfahrens zulässig sind, braucht hier nicht vertieft abgeklärt zu werden: Zum einen macht eine differenzierte Beurteilung, wie sie hier in der Schlussrunde vorgenommen wurde, grundsätzlich Sinn. Zum anderen bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass sich dies zum Nachteil der Beschwerdeführerin ausgewirkt hätte; Entsprechendes wird denn auch nicht geltend gemacht. Das Vorgehen der Vergabebehörde ist insoweit nicht zu beanstanden. Auch ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin unzulässige Mehrfachbewertungen vorgenommen hätte. Dass eine Eigenschaft des angebotenen Produkts unter verschiedenen Kriterien gewürdigt wird, stellt keine Rechtsverletzung dar.

E. 6.3

Zuschlagskriterium 1, Unterkriterium 1 Raumprogramm/Erfüllung der Raumprogramme gemäss Ausschreibungsunterlagen: Die Mitbeteiligte erhielt für Turnhalle und Schulhaus je die Maximalnote 6,0. Die Beschwerdeführerin erhielt für die Turnhalle die Note 5,75 und für das Schulhaus die Note 6,0 mit der Bemerkung "Halle fehlt Reinigungsraum und Hallenwart". Die Beschwerde weist darauf hin, dass sie die entsprechenden Räume kombiniert vorgesehen habe, weshalb ihr ebenfalls die Note 6,0 zustehe. Die Beschwerdegegnerin räumt in ihrer Antwort das Vorhandensein der Räume ein, führt jedoch aus, das Projekt der Beschwerdeführerin sehe einen gefangenen Raum ohne Tageslicht vor, was den Anforderungen an eine natürliche Belichtung widerspreche. Dieser Begründung wird mit der Replik nicht näher widersprochen und macht den Abzug um eine Viertelpunkte nachvollziehbar.

E. 6.4

Zuschlagskriterium 1, Unterkriterium 3, Ausstattung/Nutzbarkeit/Möblierbarkeit der Räume, Nutzbarkeit bezogen auf das Layout (Lage der Räume): Die Mitbeteiligte erhielt für Turnhalle und Schulhaus je die Maximalnote 6,0. Die Beschwerdeführerin erhielt für die Turnhalle die Note 5,0 und für das Schulhaus die Note 4,5 mit der Bemerkung "Anordnung und Nutzbarkeit erfüllt. Turnhalle 2-geschossig mit zwei Eingängen". Beim Angebot der Mitbeteiligten wurde "Gute Erfüllung aller Kriterien" vermerkt. Die Beschwerdeführerin vermag keine plausible Begründung für die bessere Benotung zu erkennen. In der Tat ist eine solche nicht nachvollziehbar, zumal die Beschwerdegegnerin in ihrer Antwort diesbezüglich keine ergänzenden Argumente vorbringt. Ist demnach kein einleuchtender Grund für die Besserbewertung des Angebots der Mitbeteiligten ersichtlich, so erscheint die Besserbewertung als unhaltbar. Der Beschwerdeführerin ist ebenfalls die Maximalnote 6,0 zu erteilen, was gewichtet 0,60 statt 0,48 ergibt. Dadurch erhöht sich die Note der Beschwerdeführerin für das Zuschlagskriterium 1 um 0,12 auf neu 4,78, woraus gewichtet insgesamt 0,96 statt bisher 0,93 Punkte resultieren.

E. 6.5

Zuschlagskriterium 2, Unterkriterium 1 Einordnung der gesetzten Volumen/Einordnung in Bezug auf die Schulanlage (Ausraumgestaltung, Höhenlage), Einordnung in Bezug auf das Umfeld (Nachbarliegenschaften, Höhenlagen): Die Mitbeteiligte erhielt für die Turnhalle die Note 5,5 und für das Schulhaus die Note 5,0 (Gesamt 5,25). Die Beschwerdeführerin

erhielt für die Turnhalle die Note 5,0 und für das Schulhaus die Note 5,5 (Gesamt ebenfalls 5,25) mit der Bemerkung "Zentraler Platz auf Höhe best. Schulanlage. Schulhaus und Turnhalle nahezu Nachbarliegenschaften". Nach Meinung der Beschwerdeführerin ist es nicht gerechtfertigt, ihrem Angebot hier eine tiefere Note zu vergeben als in der früheren Bewertung vom 10. März 2018. Tatsächlich hat das Angebot der Beschwerdeführerin in der früheren Bewertung noch die Maximalnote 6,0 erhalten. Zu Recht wendet die Beschwerdegegnerin allerdings ein, dass eine Bindung an die damals vergebene Note nicht besteht. Es fragt sich daher, ob das Projekt der Beschwerdeführerin in Bezug auf die Einordnung tatsächlich rundum überzeugt oder ob eine tiefere Note, wie sie dem Angebot vergeben wurde, plausibel ist. Dazu wird im Beurteilungsbericht vom 23. Mai 2018 erwähnt, dass die topografischen Anschlüsse an die Bestandesbauten nicht in allen Teilen überzeugen würden; zudem würde die Architektur eine ganz andere Sprache sprechen als die Neubauten, sodass nicht ein rundum überzeugendes Ensemble entstehe. Mit der Beschwerdeantwort ergänzt die Beschwerdegegnerin, dass auch der Bezug zu den Nachbarliegenschaften etwas schlechter zu bewerten sei, weil die Baukörper höher und massiver in Erscheinung treten würden als diejenigen der Mitbeteiligten. Diese Ausführungen sind nachvollziehbar und werden von der Beschwerdeführerin letztlich nicht näher infrage gestellt. Insgesamt erscheint die Vergabe der Gesamtnote 5,25 an die Beschwerdeführerin in diesem Unterkriterium als haltbar.

E. 6.6

Zuschlagskriterium 3 Gestalterische Qualität, Materialien, Fassadengestaltung: Die Parteien sind sich einig, dass dieses Kriterium zu hoch gewichtet wurde, da die drei Unterkriterien zusammen 110 % statt 100 % ausmachen. Gemäss übereinstimmender und zutreffender Auffassung hat dies allerdings nur eine marginale Auswirkung auf die Benotung: Folgt man der Berechnung der Beschwerdeführerin, so verkleinert sich deswegen ihr Notenrückstand auf die Mitbeteiligte in diesem Zuschlagskriterium um 0,022 Punkte bzw. gewichtet (20 %) um lediglich 0,004 Punkte.

E. 6.7

Zuschlagskriterium 4 Investitionskosten (Preis): Die Beschwerdeführerin rügt diesbezüglich, dass die Beschwerdegegnerin in der 1. und der 2. Bewertungsmatrix nicht die gleiche Preisformel verwendet habe. Dadurch werde das Transparenzgebot verletzt. Die Beschwerdeführerin räumt allerdings selbst ein, dass sich dies vorliegend – wenn auch aus purem Zufall – zwar wenig, aber doch im Nachkommabereich ausgewirkt habe (S. 33). Die Beschwerdegegnerin führte aus, dass die Verwendung der (neuen) Preisbewertungsformel nicht den geringsten Einfluss auf die Noten- und Punkteverteilung habe. Mit der Replik unterlässt es die Beschwerdeführerin, einen Einfluss auf die Notenvergabe zu substantiieren.

E. 6.7.1

Die Beschwerdegegnerin hat beim Angebot der Mitbeteiligten im Rahmen der Preisbereinigung verschiedene als optional bezeichnete Beträge zur Angebotssumme hinzugerechnet. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Bereinigung um den Betrag von Fr. 590'304.- sei unvollständig. Die massgeblichen Kosten für das Angebot der Mitbeteiligten seien höher zu veranschlagen. Nach Meinung der Beschwerdeführerin ergeben sich Hinweise, dass nicht alle notwendigen Beträge einberechnet worden seien. So habe die Mitbeteiligte zum Beispiel die "BKP 17 Spezielle Foundation/Baugrubensicherung"

mit einem Fantasiepreis ausgefüllt. Die Beschwerdeführerin verlangte deshalb mit der Beschwerde Auskunft über die Art und Höhe der Aufrechnung von Leistungen bei den Angeboten der Mitbeteiligten sowie darüber, welche internen Kostenvergleichsdokumente vorhanden seien und was daraus hervorgehe (vgl. auch prozessualer Antrag 3 al. 3 und 4). Mit der Replik erwartet die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang weitere Erklärungen. Die Beschwerdegegnerin führte aus, dass zur Herstellung der Vergleichbarkeit der Angebote eine Erhöhung des Gesamtpreises um ca. Fr. 590'000.- erfolgt sei. Für eine Aufrechnung weiterer Kosten bestehe kein Anlass. Für die von der Beschwerdeführerin beanstandete Position "BKP 17 Spezielle Foundation/Baugrubensicherung" machte die Beschwerdegegnerin bezüglich der erheblichen Preisdifferenz zwischen den Angeboten von Beschwerdeführerin und Mitbeteiligter in der Folge plausible Ausführungen, denen mit der Replik nichts Näheres entgegengesetzt wurde. Da die Beschwerdeführerin mangels Einsichtsgewährung in die vertraulichen Akten keine näheren Ausführungen zur Offerte bzw. zur deren Bereinigung machen kann, ist diese im Folgenden auch ohne substantiierte Rügen einer Prüfung zu unterziehen. Dabei ist auf die Akten und die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur Bereinigung abzustellen. Es besteht kein Anlass, von der Beschwerdegegnerin Auskunft zu verlangen (vgl. prozessualer Antrag 3 al. 3).

E. 6.7.2

Die Durchführung einer genügenden Offertbereinigung stellt in solchen Fällen eine Rechtspflicht der Vergabebehörde dar (Galli/Moser/Lang/A, S. 289, Rz. 664 f.). Es ist deshalb namentlich zu prüfen, ob im Angebot der Mitbeteiligten gewisse als "Optionen" bezeichnete Positionen zu Unrecht nicht aufgerechnet worden sind. Die Mitbeteiligte hat in ihrem Leistungsverzeichnis vom 16. April 2018 in mehreren Positionen (insgesamt deren 20, nämlich 10 für das Schulhaus und 10 für die Turnhalle) Mehrpreise für "Optionen" angeboten. Diese sogenannten Optionen entsprachen zu einem erheblichen Teil den Vorgaben der Vergabebehörde und sind dementsprechend dem Angebot der Mitbeteiligten aufgerechnet worden (vgl. Kostenvergleich vom 15. Mai 2018, rechte Halbspalte in der Spalte Schulhaus sowie Spalte Bemerkungen). In den Positionen 272, 283 und 285 (Schulhaus), 239 und 244 (Turnhalle) sowie in Position 4 (Umgebung Schulhaus) sind die Optionen, soweit ersichtlich, hingegen nicht aufgerechnet worden. Es ist im Folgenden zu prüfen, ob dies als zulässig zu erachten ist.

E. 6.7.3

Zu Position 272 Schulhaus (S. 16) offerierte die Mitbeteiligte neben der Fluchttreppe optional eine Metalltreppe vom Erdgeschoss ins 2. Obergeschoss. Es ist nicht ersichtlich, dass eine solche Treppe vorgegeben wäre. Es ist deshalb zulässig, die entsprechenden optionalen Kosten ausser Acht zu lassen.

E. 6.7.4

Zu Position 283 Schulhaus (S. 20) offerierte die Mitbeteiligte die Deckenverkleidungen grundsätzlich ohne Holztäferung. Als Option zu einem Mehrpreis von Fr. 78'400.- offerierte sie Holztäferung in allen Klassenzimmern. Die Holztäferung entspricht der Vorgabe im Baubeschrieb Schulhaus vom 23. Oktober 2017, wonach – abgesehen vom Untergeschoss – alle Räume mit Holztäferungen auszustatten sind. Indessen ergibt sich aus dem Angebot der Beschwerdeführerin, dass diese für die Schulhauserweiterung ebenfalls keine Holztäferdecken vorsieht (vgl. Streichung in ihrem Angebot vom 16. April 2018). Vor

diesem Hintergrund erscheint es als zulässig, dass die optionale Position Holztäferdecken der Mitbeteiligten beim Schulhaus (im Gegensatz zum Projekt Turnhalle) nicht aufgerechnet wurde.

E. 6.7.5

Zu Position 4 BKP 021 Schulhaus (S. 25) offerierte die Mitbeteiligte optional zu einem Mehrpreis von Fr. 80'500.- neue Spielgeräte und dergleichen. Allerdings hat die Mitbeteiligte Ähnliches und teilweise offensichtlich dasselbe (Klettergerüst, Sandkasten) unter BKP 423 zu einem Preis von Fr. 149'073.65 (S. 24) offeriert. Es rechtfertigt sich daher, als optionalen Preis eine etwas reduzierte Summe von Fr. 70'000.- aufzurechnen.

E. 6.7.6

Zu Position 239 Turnhalle (S. 12) offerierte die Mitbeteiligte optional eine Brandmeldeanlage, welche nach den Richtlinien nicht notwendig sei. Das Angebot der Beschwerdeführerin vermerkt seinerseits keine Brandmeldeanlage: Ihr Konzept Elektroanlagen erwähnt unter BKP 235.6/235.7 zwar verschiedene im Preis inbegriffene Arbeiten im Zusammenhang mit Alarmierung und Evakuation; die Erstellung einer Brandmeldeanlage wird nicht namentlich erwähnt. Auch das Angebot der Mitbeteiligten umfasst ein Informationssystem mit Notfallauslösung über Mikrofon etc. Der Verzicht auf die Aufrechnung der Kosten für die Erstellung einer Brandmeldeanlage ist nachvollziehbar.

E. 6.7.7

Zu Position 244 Turnhalle (S. 13) offerierte die Mitbeteiligte optional eine Lüftungsanlage für die Halle. Zu dieser Position verlangten die Vorgaben der Beschwerdegegnerin eine Lüftungsanlage lediglich für Garderoben bzw. Duschanlagen; für die Halle war eine mechanische Lüftung (Verdrängungslüftung) verlangt. Ohne Option verzeichnete die Mitbeteiligte für die Position 244 den Betrag Fr. 125'640.-, wobei aufgrund der Formulierung der Eindruck erweckt wird, dass sich dies nur auf die Lüftungsanlage der Garderobe/Duschen bezieht, nicht aber auf die Turnhalle. Damit hätte es die Mitbeteiligte unterlassen, für die Halle überhaupt eine Lüftung anzubieten. Davon ausgehend, erscheint das Angebot der Mitbeteiligten hier als nicht vollständig, weshalb es sich aufdrängt, für die Vergleichbarkeit der beiden Angebote der Mitbeteiligten in der Position 244 denselben Betrag anzurechnen wie der Beschwerdeführerin, also Fr. 161'192.-. Damit ist das Angebot der Mitbeteiligten in der Position 244 zwecks Bereinigung um Fr. 35'552.- zu erhöhen. Geht man davon aus, dass es für Position 244 an einem Grundangebot fehlt, so kann sich ferner die Frage nach einem Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten stellen. Angesichts der Unklarheit über den Umfang des Angebots und des im Vergleich zur gesamten Angebotssumme geringen Betrags wäre ein Ausschluss allerdings unverhältnismässig: Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem bei Unvollständigkeit des Angebots der Fall (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwar ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (vgl. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). Des Weiteren muss die Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden.

Weicht ein Angebot von den Ausschreibungsunterlagen ab, so muss die Abweichung für die Rechtfertigung eines Ausschlusses von einer gewissen Schwere bzw. nicht unwesentlich sein (Galli/Moser/ Lang/A, S. 209 f. Rz. 471). Die Vorinstanz hat somit zu Recht von einem Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten abgesehen. In diesem Zusammenhang bleibt noch Folgendes anzumerken: Wie gesehen hat die Mitbeteiligte in verschiedenen Positionen das geforderte Produkt zusätzlich zu einer Grundleistung als Option angeboten; darin liegt letztlich nur der Vorschlag für eine Einsparungsmöglichkeit; auf ein fehlendes Grundangebot, das zum Ausschluss führen würde, kann daraus entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht geschlossen werden.

E. 6.7.8

Zusammenfassend ergibt die Überprüfung der Bereinigung des Angebots der Mitbeteiligten, dass dieses in zwei zusätzlichen Positionen um total Fr. 105'552.- zu erhöhen ist. Daraus resultiert für die Bewertung ein Preis von Fr. 20'856'728.-. Für die Beschwerdeführerin bleibt die Angebotssumme unverändert bei Fr. 19'978'350.-. Gemäss der ursprünglichen und von der Beschwerdeführerin propagierten Preisbewertungsformel (Note 6 für den günstigsten Anbieter; Abzug von einer Note pro Fr. 1 Mio. teureres Angebot) ergibt sich damit folgendes Ergebnis: Das Angebot der Beschwerdeführerin erhält unverändert die Maximalnote 6. Für das nun um Fr. 878'378.- teurere Angebot erhält die Mitbeteiligte die Note 5,12 (statt bisher 5,23). Gewichtet resultieren damit für die Beschwerdeführerin unverändert 2,40 Punkte und für die Mitbeteiligte neu noch 2,05 statt 2,09 Punkte.

E. 6.8

Zuschlagskriterium 5 Jährlich wiederkehrende Kosten für Unterhalt, Energie, Reinigung etc.: Das Angebot der Mitbeteiligten erzielte hier insgesamt die Note 5,25, das Angebot der Beschwerdeführerin die Note 4,75. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin handelt es sich hierbei um ein unzulässiges Kriterium, da die Anbietenden wissen müssten, worauf sich die Bewertung ihrer Angebote stützen wird. Dass nicht nur die Anschaffungskosten, sondern auch die längerfristigen wirtschaftlichen Auswirkungen beachtet werden, entspricht den Zielsetzungen des Vergaberechts (Art. 1 Abs. 3 IVöB; VGr, 28. September 2011, VB.2010.00708, E. 5.2 mit Hinweisen). Sollen die längerfristigen finanziellen Konsequenzen einer Beschaffung soweit möglich bereits zum Vergabezeitpunkt auch zahlenmässig erfasst werden, stellt dies allerdings hohe Ansprüche an die Transparenz des Verfahrens, da die Anbietenden wissen müssen, worauf sich die Bewertung ihrer Angebote stützen wird (VGr, 18. Januar 2018, VB.2017.00496, E. 4.4.2). Indessen verlangt das Transparenzgebot nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen (vgl. VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2 mit Hinweisen). Die Anbieterinnen waren mit den Ausschreibungsunterlagen in keiner Weise aufgefordert worden, zu den jährlich wiederkehrenden Kosten Angaben zu machen. Damit lag es für die Anbieterfirmen auf der Hand, dass hier eine Bewertung aufgrund der Beschaffenheit der jeweiligen Projekte erfolgen würde. Die Vergabebehörde hat die Angebote einerseits anhand des Unterkriteriums Unterhalt/Reinigung und andererseits anhand des Unterkriteriums Energie bewertet bzw. benotet. Dies ist nachvollziehbar und widerspricht dem Transparenzgebot nicht. Die entsprechenden Noten, ergänzt durch plausible Ausführungen in der Beschwerdeantwort, sind nicht unhaltbar. Problematisch kann die Berücksichtigung von jährlichen Investitionskosten etwa dann sein, wenn die Vergabebehörde unbesehen auf

verlangte Angaben der Anbietenden zu den jährlich wiederkehrenden Kosten abstellt, ohne dass diese Unterhaltskosten Bestandteil der Vergabe und damit des Vertrags sind; in solchen Fällen besteht die Gefahr, dass die Anbietenden als wiederkehrende Kosten zu tiefe Beträge angeben, welche für die Berücksichtigung eine vertiefte Plausibilitätsprüfung voraussetzen. Davon kann vorliegend keine Rede sein.

E. 6.9

Somit ergibt sich zusammenfassend, dass die Bewertung der Angebote in zwei Punkten zu korrigieren ist. Im Zuschlagskriterium 1 erhält das Angebot der Beschwerdeführerin neu 0,96 statt bisher 0,93 Punkte, was zu einer Aufbesserung ihrer Gesamtnote um 0,03 auf 5,46 führt. Sodann führt die Notenreduktion um 0,04 im Zuschlagskriterium Investitionskosten für das Angebot der Mitbeteiligten zur neuen Gesamtnote 5,49. Damit verbleibt das Angebot der Mitbeteiligten, wenn auch knapp, vor demjenigen der Beschwerdeführerin. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 7

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 8.1

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65 Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können einem Beteiligten die Kosten, die er durch Verletzung von Verfahrensvorschriften verursacht, ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. dazu Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59).

E. 8.2

Wie sich aus den Ausführungen zur Sache ergibt, hat die Beschwerdegegnerin die Vorschriften des Vergabeverfahrens mit der Durchführung einer auf Kostensenkung ausgerichteten Überarbeitungsrunde klarerweise verletzt. Damit hat sie nach allgemeiner Lebenserfahrung entscheidend zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde beigetragen. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens lediglich zu $\frac{1}{4}$ der unterliegenden Beschwerdeführerin und zu $\frac{3}{4}$ der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Analog dazu ist die Beschwerdegegnerin zur Zahlung einer reduzierten Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten, da in der vorliegenden Sache der Beizug einer Rechtsvertretung ohne Weiteres gerechtfertigt war (vgl. § 17 Abs. 2 lit. a VRG; Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 25 ff.). Als reduzierte Parteientschädigung erscheint ein Betrag von Fr. 6'000.- als angemessen.

E. 9

Der geschätzte Auftragswert von rund Fr. 20 Mio. übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert bei Weitem (Art. 1 der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]). Gegen diesen Entscheid ist daher 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht 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.