

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00424 vom 21. Dezember 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-12-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00424

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00424 du 21 décembre 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00424 del 21 dicembre 2023

Regeste

qSubmission | Vergabe von (Tief-)Bauleistungen: Erfüllung der Eignungskriterien durch die Zuschlagsempfängerin; Bewertung der Zuschlagskriterien. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung (E. 3.3). Die Anbietenden sind erstens verpflichtet, die Offerte wahrheitsgemäss auszufüllen (vgl. § 4a Abs. 1 lit. i aIVöB-BeitrittsG). Zweitens stellt ein Angebot eine verbindliche Vertragsofferte dar, mit der sich die Anbieterin – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich nach dem Ausgeführten darauf verlassen, dass eine Anbieterin den Vertragspflichten nachkommen wird, solange wie vorliegend keine konkreten gegenteiligen Hinweise bestehen (E. 4.2). Die Beurteilung des Erfahrungsnachweises als erbracht ist nicht zu beanstanden (E. 4.3). Ebenso wenig die Bewertung der Zuschlagskriterien, welche innerhalb des diesbezüglich grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörde liegt (E. 6). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Gemäss Art. 64 Abs. 1 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die revidierte IVöB trat am 1. Oktober 2023 in Kraft. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach bisheriges Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Für die Vergabe von Aufträgen gilt weiter die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

E. 2.1

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 i.V.m. § 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).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerinnen, welche das zweitgünstigste Angebot eingereicht haben, liegen mit 310 Punkten in der Gesamtrangierung auf dem dritten Platz hinter der Mitbeteiligten mit 317 Punkten und der mit 316 Punkten zweitplatzierten Anbieterin. Sie stellen einerseits den Nachweis der Eignung durch die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin infrage und verlangen deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren, auch deshalb, weil diese kein eigenes Angebot eingereicht und eine Variante offeriert habe. Andererseits machen sie geltend, die Vergabestelle habe das Beschaffungsrecht verletzt, indem sie mit den Beschwerdeführerinnen kein Unternehmengespräch geführt und ihnen nicht die Gelegenheit gegeben habe, ein Angebot für die gemäss der Variante der Mitbeteiligten geänderte Leistung einzureichen. Sodann beanstanden sie die Gleichbewertung ihres Angebots mit demjenigen der Mitbeteiligten im Zuschlagskriterium "Qualität der Referenzen und Schlüsselpersonen" sowie die Schlechterbewertung im Zuschlagskriterium "Baumethode, Bauzeit, Unterlagen". Schliesslich rügen sie ihr rechtliches Gehör als zufolge mangelhafter Begründung des Zuschlagsentscheids verletzt.

E. 2.3

Erweisen sich diese Rügen als berechtigt, hätte das Angebot der Beschwerdeführerinnen eine reelle Chance auf den Zuschlag. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Zunächst ist das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zu prüfen, die Beschwerdegegnerin habe den Zuschlagsentscheid unzureichend begründet und damit ihr rechtliches Gehör verletzt. Denn auch das Debriefing habe unzureichend Aufschluss über die Gründe gegeben und sie hätten vor Beschwerdeeinreichung keine Akteneinsicht erhalten.

E. 3.1

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonal massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h aIVöB). § 38 Abs. 2 aSubmV verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e aSubmV).

E. 3.1.1

Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite von Entscheiden Rechenschaft geben und diese in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 10 N. 25).

E. 3.1.2

Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 aSubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, auf die Beschwerdeantwort und damit auf die ergänzende Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

E. 3.2

Die den Beschwerdeführerinnen zugegangene Zuschlagsverfügung enthält keine § 38 Abs. 2 aSubmV genügende Begründung. Am 18. Juli 2023 wurde allerdings ein Debriefing durchgeführt, an welchem zwei Vertreter der Vergabebehörde zwei Vertretern der Beschwerdeführerinnen die Bewertung summarisch erläuterten. Anlässlich des Debriefings wurde das Dokument "Auswertung Submission Baumeister" an die Beschwerdeführerinnen abgegeben. Sodann erhielten die Beschwerdeführerinnen das Offertöffnungsprotokoll. Die Vergabebehörde hat ihren Entscheid sodann im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerinnen erhielten Gelegenheit, sich in der Replik zu diesen Ausführungen zu äussern. Im Rahmen des allgemeinen Replikrechts erfolgten sodann weitere ergänzende Ausführungen.

E. 3.3

Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt daher als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen; VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25).

E. 4

Die Beschwerdeführerinnen verlangen in mehrfacher Hinsicht den Ausschluss der Mitbeteiligten: Einerseits liege von dieser kein gültiges Angebot vor und andererseits fehle deren Eignung .

E. 4.1

Gemäss § 4a Abs. 1 aIVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr

erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a aIVöB-BeitrittsG) oder bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c aIVöB-BeitrittsG).

E. 4.1.1

Die Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Galli et al., Rz. 555). Die Vergabebehörde legt die für die jeweilige Beschaffung erforderlichen Eignungskriterien im Hinblick auf deren Besonderheiten fest, bestimmt die zu erbringenden Nachweise und gibt diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 22 aSubmV).

E. 4.1.2

Bei deren Festlegung und Anwendung steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift (Art. 16 Abs. 2 aIVöB; § 50 Abs. 2 VRG). Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

E. 4.2

Der Beschwerdegegner hatte in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "8.2 Es sind folgende Eignungskriterien zu erfüllen:" als zweites Lemma angeführt, die Anbietenden müssten mindestens 60 % der Auftragssumme selbst erbringen. Lieferungen würden dem Erbringer der jeweiligen Arbeitsleistung zugerechnet. Die entsprechenden Angaben hatten im Formular "Angaben zur Baustelle" zu erfolgen.

E. 4.2.1

Im Formular "Angaben zur Baustelle" bezeichnete sich die Mitbeteiligte selbst mit einem Leistungsanteil von 60 % der Auftragssumme als federführendes Unternehmen und die H AG mit 32 % als Subunternehmerin. Sodann sollten demgemäss Leistungen im Umfang von 8 % der Auftragssumme durch weitere Subunternehmen (mit Anteil < 10 %) erbracht werden. Die Mitbeteiligte hat die H AG versehentlich auf der Zeile für "ARGE Partnerunternehmen" aufgeführt, doch ergibt sich aus den übrigen Offertunterlagen ohne Weiteres, dass die Mitbeteiligte – entgegen den Beschwerdeführerinnen – alleinige Offerentin ist.

E. 4.2.2

Vorab ist dazu festzuhalten, dass die Mitbeteiligte erstens verpflichtet war, das Formular wahrheitsgemäss auszufüllen (VGr, 18. März 2021, VB.2020.00807, E. 4.3.3 m.w.H.; vgl. § 4a Abs. 1 lit. i aIVöB-BeitrittsG). Zweitens stellt ein Angebot eine verbindliche Vertragsofferte dar, mit der sich die Anbieterin – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung (BGr, 20. Januar 2014, 2C_346/2013, E. 1.3.3).

E. 4.2.3

Die Vergabestelle darf sich nach dem Ausgeführten darauf verlassen, dass eine Anbieterin den Vertragspflichten nachkommen wird, solange keine konkreten gegenteiligen Hinweise bestehen. Wenn die Vergabestelle vorliegend keine Anhaltspunkte für Zweifel an den Angaben der Mitbeteiligten sah, ist dies nicht zu beanstanden.

E. 4.2.3.1

So ergibt sich aus der im Formular "Angaben zur Baustelle" der Mitbeteiligten deklarierten Arbeitsaufteilung unter den beteiligten Unternehmen, dass der unterirdische Rohrvortrieb, die Rohrverlegung sowie die Belagsarbeiten und teilweise die Abschlüsse und Pflasterungen von Subunternehmen, der Kanalbau, die Grabarbeiten, die Foundationsschichten sowie die Betonarbeiten von der Mitbeteiligten ausgeführt werden sollen. Die Erbringung eines Leistungsanteils von 60 % der Auftragssumme durch die Mitbeteiligte erscheint mit Blick auf die zitierte Arbeitsaufteilung noch nachvollziehbar. Jedenfalls sind die genannten Angaben nicht geeignet, Zweifel an der Erfüllung dieses Eignungskriteriums zu wecken.

E. 4.2.3.2

Der Beschwerdegegner hat dieses Kriterium seinen Ausführungen zufolge aufgestellt, um sicherzustellen, dass der Hauptteil der Arbeiten durch die Anbieterin eigenständig ausgeführt wird. Somit sei die Anbieterin mehrheitlich mit eigenem Personal vor Ort, welches die Verantwortung bei der Baustellenführung übernehme und als Ansprechpartner zur Verfügung stehe. Dass dies mit dem Angebot der Mitbeteiligten gewährleistet ist, ergibt sich aus der Baustellen- und Projektorganisation, worin ihr eigenes Personal aufgeführt wird. Um die Einhaltung des deklarierten Anteils an Eigenleistung sicherzustellen, soll vorliegend nach Angaben der Vergabebehörde das Formular "Angaben zur Baustelle" in den Werkvertrag übernommen werden.

E. 4.2.3.3

Weiter führte die Vergabestelle in ihrer Beschwerdeantwort nachvollziehbar aus, die Überprüfung der Angaben der Anbietenden bezüglich Anteile der Eigen- bzw. Subunternehmerleistungen gestalte sich in der Praxis als nicht einfach, da oftmals nicht jede Position im Leistungsverzeichnis als Ganzes dem Haupt- oder Subunternehmer respektive den ARGE-Partnern zugeordnet werden könne. Dies sei zum Beispiel vorliegend bei der Erstellung der Baugrube der Fall. Diesbezüglich lässt sich den Beschwerdeantworten übereinstimmend entnehmen, dass jeweils zwei Spezialtiefbauarbeiten durch ein Subunternehmen und die übrigen Arbeiten durch die Mitbeteiligte selbst ausgeführt würden.

E. 4.2.3.4

Diese Ausführungen zeigen, dass die Vergabebehörde die Angaben in der Offerte der Mitbeteiligten einer Plausibilitätsprüfung unterzogen hat und sich der Problematik angesichts der Bezeichnung der Leistungserbringung auf 60 % und 40 % bewusst war. Daran vermögen auch die Ausführungen der Beschwerdeführerinnen zu den Anteilen der verlangten Arbeiten am gesamten Auftragsvolumen nichts zu ändern. So haben – wie der Beschwerdegegner ausführt – alle Anbieterinnen beispielsweise die Arbeiten für den Vortrieb mit unterschiedlichen Prozentanteilen angegeben.

E. 4.2.4

Zusammengefasst lag die Beurteilung der Vorgabe der Eigenleistung von mindestens 60 % der Auftragssumme gestützt auf die Angaben in der Offerte als von der Mitbeteiligten erfüllt im diesbezüglich grossen Ermessensspielraum der Vergabebehörde. Damit erweist sich das Vorbringen, die Mitbeteiligte würde nicht die erforderliche Eigenleistung erbringen und sei daher aus dem Verfahren auszuschliessen, als unberechtigt.

E. 4.3

Weiter hatte der Beschwerdegegner in den Ausschreibungsunterlagen unter dem Titel "8.2 Es sind folgende Eignungskriterien zu erfüllen:" als viertes Lemma Erfahrung mit der Realisierung von Objekten in vergleichbarem Umfang und Umfeld verlangt. Über die Erbringung vergleichbarer Leistungen (Werkleitungsbau-, Kanalbau, Bauwerke Ortbeton, Rohrvortrieb im Microtunneling-Verfahren) war, möglichst aus den letzten fünf Jahren, ein Nachweis zu erbringen. Diese Minimalerfahrung konnte von den beteiligten Unternehmen als Ganzes nachgewiesen werden. Allerdings mussten sich die Referenzen auf den jeweiligen vorgesehenen Aufgabenbereich des Anbietenden bzw. Subunternehmens beziehen. Der Nachweis war gemäss Ziff. 11.2 "Referenzen und Schlüsselpersonen" der Ausschreibungsunterlagen zu erbringen. Unter "11.2.1 Referenzobjekte" wurde verlangt, für alle beteiligten Unternehmen und massgeblich beteiligten Subunternehmen (> 10 %) mindestens je drei, maximal je fünf Referenzobjekte, schwergewichtig auf die letzten fünf Jahre bezogen, anzugeben. Die Referenzen müssten mit dem ausgeschriebenen Projekt hinsichtlich des Objektcharakters (technische Verfahren, Bauvolumen, Komplexität, Organisationsstruktur, Terminprogramm etc.) vergleichbar sein und möglichst auf die vorgesehenen Schlüsselpersonen bezogen sein. Es folgten die Anforderungen an die Angaben zu den Referenzobjekten.

E. 4.3.1

Die Mitbeteiligte hat in ihrer Offerte als Erfahrungsnachweis für die ausgeschriebenen Arbeiten fünf Referenzprojekte genannt (Projekte I, J, K, L sowie M). Bis auf eines (L, 2016) wurden die genannten Referenzprojekte innerhalb der letzten fünf Jahre ausgeführt. Sodann handelte es sich dabei um innerstädtische Projekte oder solche mit beengten Platzverhältnissen. Die Projekte beinhalteten die ausgeschriebenen Arbeiten; zwei davon insbesondere auch Microtunneling. Ferner waren sie auf die vorgesehenen Schlüsselpersonen bezogen und wurde das Microtunneling mit demselben Subunternehmen, H AG, realisiert. Auch wenn die Bausummen wesentlich tiefer waren, ist die Beurteilung der Mitbeteiligten als geeignet auf dieser Grundlage nicht zu beanstanden.

E. 4.3.2

Für den Nachweis der Erfahrung der Subunternehmerin H AG im Microtunneling wurden in der Offerte der Mitbeteiligten drei Referenzobjekte genannt: N, O und P, welche alle innerhalb der letzten fünf Jahre realisiert worden waren. Deren örtliche Gegebenheiten erforderten sowohl Arbeiten unter beengten Platzverhältnissen als auch an setzungsempfindlichen Böden und mit Grundwasservorkommen. Obwohl der Anteil an Rohrvortrieb teilweise geringer war, ist nicht zu beanstanden, wenn der Beschwerdegegner auch die Eignung der Subunternehmerin als gegeben erachtete.

E. 5.1

Als weiteren Punkt monieren die Beschwerdeführerinnen, der Zuschlag sei für eine Terminvariante erteilt worden, ohne dass zusätzlich eine Amtsvariante vorgelegen hätte. Sie leiten dies daraus ab, dass die Mitbeteiligte eine gegenüber der Ausschreibung kürzere

Bauzeit offeriert habe, welche zu einer besseren Bewertung im Zuschlagskriterium "Baumethode, Bauzeit, Unterlagen" geführt hätte. Sodann leiten sie daraus eine Vergaberechtsverletzung ab, da mit ihnen kein Unternehmergespräch geführt worden sei, bei welchem sie ebenfalls eine kürzere Bauzeit hätten offerieren können .

E. 5.2

Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 aIVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Galli et al., Rz. 662).

E. 5.3

Was die Einreichung von Varianten betrifft, fehlt der Submissionsverordnung – abgesehen davon, dass sie in § 13 lit. d und § 27 Abs. 2 aSubmV im Zusammenhang mit der Ausschreibung bzw. der Offertöffnung erwähnt werden – eine explizite Regelung. Den Ausschreibungsunterlagen zufolge war vorliegend n eben dem zwingend einzureichenden Globalangebot auch eine "Terminvariante global" möglich. Für letztere bestand ein separates Feld für die Preiszusammenstellung und es konnte angekreuzt werden, ob ein alternativer Baubeginn oder ein alternatives Bauprogramm offeriert wird (Ziff. 5.2.2). Allfällige Varianten nach Vorschlag der Anbietenden waren als besondere Beilage einzureichen. Sie mussten so weit bearbeitet und dokumentiert sein, dass anhand der eingereichten Unterlagen eine technische Beurteilung abschliessend möglich ist (Ziff. 11.3).

E. 5.4

Die Mitbeteiligte hat ein (Global-)Angebot eingereicht, welches dem Amtsvorschlag entspricht. Sie hat lediglich ein eigenes, verkürztes Bauprogramm mit einem früheren Bauende eingereicht, welches jedoch den vorgegebenen Zeitrahmen des Rahmenbauprogramms einhält. Die Kürzung betrifft sodann den November (Bauende Oktober 2025, inkl. Deckbeläge), sodass aufgrund der Witterungsabhängigkeit bei Belagsarbeiten ohnehin von vornherein unklar ist, ob die Kürzung überhaupt umsetzbar sein wird. Überdies hat sie das für eine globale Terminvariante vorgesehene Feld leer gelassen. Auch eine Variante "nach Vorschlag der Anbietenden" hat sie ihrem Angebot nicht beigelegt. Dass sich die Kürzung von einem Monat (bei 20 Monaten Bauzeit) in irgendeiner Hinsicht auf den Angebotspreis ausgewirkt hätte, ist schliesslich nicht ersichtlich. Damit erweist sich die erste Rüge der Beschwerdeführerinnen als unberechtigt.

E. 5.5

Zum zweiten Vorbringen ist festzuhalten, dass es den Beschwerdeführerinnen freigestanden hatte, eine Terminvariante mit einem alternativen Bauprogramm zu offerieren oder – wie die Mitbeteiligte – innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens gemäss Rahmenbauprogramm die Bauabläufe zu optimieren und ein eigenes, detaillierteres Bauprogramm mit ihrem Globalangebot einzureichen. Abgesehen davon wäre ein Unternehmergespräch, bei dem eine kürzere Bauzeit hätte offeriert werden können, wie es die Beschwerdeführerinnen fordern, einer unzulässigen Angebotsänderung gleichgekommen. Angebote dürfen nach Ablauf der Eingabefrist – offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler ausgenommen –

nicht mehr geändert werden, ansonsten ein Verstoß gegen das Vergaberecht vorliegt (§ 24 Abs. 4 und § 29 Abs. 2 aSubmV; vgl. auch VGr, 7. Juni 2018, VB.2018.00183, E. 4.1 und 4.2). Damit erweist sich auch dieses Vorbringen als unberechtigt.

E. 6

Weiter beanstanden die Beschwerdeführerinnen die Bewertung der Angebote in mehrfacher Hinsicht als rechtsfehlerhaft: Die Vergabebehörde habe nicht publizierte Kriterien angewandt und sich von sachfremden Gründen leiten lassen. Sie moniert die Gleichbewertung ihres Angebots mit demjenigen der Mitbeteiligten im Zuschlagskriterium "Qualität der Referenzen und Schlüsselpersonen" sowie die Schlechterbewertung ihres Angebots gegenüber demjenigen der Mitbeteiligten im Zuschlagskriterium "Baumethode, Bauzeit, Unterlagen" als sachlich nicht gerechtfertigt.

E. 6.1

Zuschlagskriterien dienen der Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 aSubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 aSubmV). Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (BGE 141 II 14 E. 8.3; Galli et al., Rz. 564). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 aIVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB; 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

Vorliegend definierte die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien gemäss Ziffer 12 der Ausschreibungsunterlagen wie folgt: Qualität der Referenzen und Schlüsselpersonen (40 %) - Qualität der Referenzen: Geprüft werden die ausdrücklich genannten Referenzen gemäss Ziff. 11.2.1. Zudem können stadtinterne Referenzen des TAZ (sofern vorhanden) miteingezogen werden. Es wird eine Gesamtbeurteilung der Referenzen aller beteiligten Unternehmen vorgenommen, wobei der Anteil der jeweiligen Unternehmen am Auftrag entsprechend berücksichtigt wird. - Zu erwartende Leistungen der Schlüsselpersonen aufgrund der internen Referenzen des TAZ (sofern vorhanden) und der ausdrücklich genannten Referenzen sowie der Qualifikation, Erfahrung und Verfügbarkeit gemäss Ziff. 11.2.2 (Technische Leitung, Bauführer, Poliere). Bei den Polieren wird der Nachweis für den erfolgreichen Abschluss des Lehrgangs «Qualität im Kanalbau – Praxiswissen für Bauausführende», welcher vom Baumeisterverband angeboten wird, bei der Bewertung berücksichtigt. Preis: Höhe und Art (Globale) des Angebotspreises (40 %) Baumethode, Bauzeit, Unterlagen (20 %) - Attraktivität der Baumethoden, allfällige innovative Baumethoden oder Lösungsansätze und Einsatz von Geräten, welche die Immissionen

(Lärm, Staub usw.) auf die Bevölkerung reduzieren (dieses Kriterium wird nur bei entsprechenden Angebotsinhalten bewertet). - Bauzeit (alternatives Bauprogramm, optimal kurze Bauzeit). (Dieses Kriterium wird nur bei Eingabe von Terminvarianten bewertet und falls die örtlichen Gegebenheiten, die projektspezifischen Randbedingungen sowie die resultierenden Auswirkungen auf die Bevölkerung und den Verkehrsablauf Abweichungen vom in der Submission vorgegebenen Bauprogramm zulassen.) - Qualität der abgegebenen Unterlagen (Inhalt, Vollständigkeit, Übersichtlichkeit, Stringenz etc.).

E. 6.3

Die Bewertung der eingereichten Angebote führte bei den beiden prozessbeteiligten Anbieterinnen zu folgendem Ergebnis: Beschwerdeführerinnen Mitbeteiligte ZK1: Referenzen (40 %) Firma (20 %) Schlüsselpersonen (20 %) 120 60 60 120 60 60 ZK2: Angebotspreis (40 %) (Preisspanne 150 %) 20'607'915.16 140 21'416'133.65 127 ZK3: Technische Kriterien (20 %) Baumethode und Bauzeit (10 %) Qualität der Unterlagen (10 %) 50 20 30 70 30 40 Total 310 317

E. 6.4

Die Annahme der Beschwerdeführerinnen, es sei das Claim-Management (Nachtrags-Management) in die Bewertung eingeflossen, hat ihren Ursprung im Debriefing-Gespräch und scheint in einem Missverständnis zu gründen. Dazu führte die Vergabebehörde erklärend aus, im Debriefing habe sie auf die positiven Referenzauskünfte verwiesen. Auch habe sie mitgeteilt, dass einige Referenzpersonen Rückmeldungen über ein hohes und langanhaltendes Claim-Management gegeben hätten. Sie habe diese zur Kenntnis genommen, bei der Bewertung jedoch nicht berücksichtigt. Davon ist auszugehen. Doch selbst wenn Rückmeldungen bezüglich Claim-Management (negativ) in die Bewertung der grundsätzlich positiven Rückmeldungen eingeflossen wären, wäre kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich, wonach über die Referenzobjekte "Erkundigungen" (ohne genauere Inhaltsangabe) eingeholt werden konnten.

E. 6.5

Weiter monieren die Beschwerdeführerinnen eine fehlende Differenzierung bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums 1 "Qualität der Referenzen und Schlüsselpersonen", in welchem beide prozessbeteiligten Anbieterinnen je 60 (total 120) Punkten erzielten. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, es gäbe keine sachlichen Gründe, ihre Referenzen nicht mit der Maximalnote zu bewerten (mit je 80, total 160 Punkten) bzw. gleich zu bewerten wie diejenigen der Mitbeteiligten.

E. 6.5.1

Bewertungsgrundlage beim Zuschlagskriterium 1 "Qualität der Referenzen und Schlüsselpersonen" bildeten die bereits als Eignungsnachweis einverlangten Referenzen gemäss Ziff. 11.2.1 der Ausschreibungsunterlagen. Demgemäss hatten die Anbieterinnen für alle beteiligten Unternehmen und massgeblich beteiligten Subunternehmen (> 10 %) mindestens je drei, maximal je fünf Referenzobjekte, schwergewichtig auf die letzten fünf Jahre bezogen, anzugeben. Die Referenzen müssten mit dem ausgeschriebenen Projekt hinsichtlich des Objektcharakters (technische Verfahren, Bauvolumen, Komplexität, Organisationsstruktur, Terminprogramm etc.) vergleichbar sein und möglichst auf die vorgesehenen Schlüsselpersonen bezogen sein (vgl. E. 4.3).

E. 6.5.2

Die Mitbeteiligte hat in ihrer Offerte fünf eigene Referenzen sowie drei Referenzen für ihre Subunternehmerin angegeben (vgl. E. 4.3.1 f.). Für die beiden ARGE-Partner der Beschwerdeführerinnen wurden in der Offerte je fünf Referenzobjekte genannt, für die beiden Subunternehmen deren drei bzw. vier.

E. 6.5.3

Zur Bewertung des ersten Zuschlagskriteriums führte die Vergabebehörde aus, insgesamt hätten unter dem Aspekt der Firmenreferenzen sowohl die Mitbeteiligte als auch die Beschwerdeführerinnen mit der Ausführung verschiedener Arbeitsgattungen überzeugen können. Deren Referenzobjekte hätten gezeigt, dass sie bezüglich Spezialtiefbau, Bauen in setzungsempfindlichen Böden, Ortsbetonbau, aber auch im konventionellen Kanal- und Strassenbau bis hin zu komplexen Projekten versiert seien. Zu den von der Mitbeteiligten eingereichten Referenzen führte die Vergabebehörde im Wesentlichen weiter aus, es handle sich bei sämtlichen Referenzprojekten um innerstädtische Projekte oder solche mit engen Platzverhältnissen. Die Referenzprojekte M und X seien mitten in einem Wohnquartier umgesetzt worden und unmittelbar neben einem Schulhaus. Bei den Referenzprojekten I und J habe es sich um ausserordentlich komplexe Baustellen gehandelt. Für die Subunternehmerin seien für das Microtunneling drei hinsichtlich Komplexität und örtlichen Gegebenheiten passende Referenzen aus den letzten fünf Jahren genannt worden (Projekte N, O, P). Dass der Anteil Rohrvortrieb verglichen mit den ausgeschriebenen Arbeiten kleiner gewesen sei, sei in der Bewertung (negativ) berücksichtigt worden. Sodann habe die Mitbeteiligte keine Referenz zum Marciavanti-Vortrieb eingereicht, das Vorgehen jedoch im technischen Bericht beschrieben. Beim Marciavanti-Vortrieb handle es sich um ein älteres Verfahren, welches nicht mehr häufig zur Anwendung gelange. Die von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Referenzen zum Marciavanti-Vortrieb (Projekte Q und R) seien über fünf Jahre alt. Sodann hätten bei den Referenzprojekten S, T und U keine innerstädtischen Verhältnisse vorgelegen. Die Platzverhältnisse dieser Baustellen seien entschieden grosszügiger gewesen. Auch die Referenzen V und W hätten sich nicht inmitten eines Wohnquartiers befunden. Damit seien die Referenzen der Beschwerdeführerinnen in ihren Umständen und Auswirkungen auf die Umgebung nicht ausreichend mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar. Die Erfahrung mit Arbeiten unter innerstädtischen Verhältnissen und im Bereich von Wohnsiedlungen sei für die Vergabebehörde entscheidend.

E. 6.5.4

Angesichts der engen Platzverhältnisse und der Lage inmitten eines Wohnquartiers beim ausgeschriebenen Projekt ist es naheliegend und sachlich gerechtfertigt, dies bei der Bewertung der Referenzen schwergewichtig zu berücksichtigen und Referenzobjekte mit innerstädtischen Verhältnissen besser zu bewerten. Der von der Vergabestelle bei der Bewertung der Referenzen der Beschwerdeführerinnen vorgenommene Punkteabzug erweist sich als gerechtfertigt. Was dessen Höhe betrifft, erscheint er im Vergleich zu demjenigen bei den Referenzen der Mitbeteiligten ohne Weiteres als verhältnismässig. So befanden sich die Referenzobjekte der Beschwerdeführerinnen – im Gegensatz zu denjenigen der Mitbeteiligten – nicht in Wohnquartieren, hingegen konnten sie zwei Referenzen zum Marciavanti-Vortrieb vorweisen. Mit dem Verweis auf die Bausummen vermögen die Beschwerdeführerinnen nichts zu ihren Gunsten abzuleiten; diese bewegen sich bei beiden Anbieterinnen innerhalb einer grossen Bandbreite. Die (Gleich-)Bewertung

der Firmenreferenzen der Mitbeteiligten und der Beschwerdeführerinnen lag damit ohne Weiteres im grossen Ermessensspielraum der Vergabebehörde.

E. 6.5.5

Zur Bewertung der Referenzen zu den Schlüsselpersonen führte die Vergabebehörde aus, die beiden Bauführer der Mitbeteiligten würden Erfahrungen von 27 bzw. 12 Jahren aufweisen. Der Bauführer für den Vortrieb der Subunternehmung verfüge über 22 Jahre Berufserfahrung; ebenso der Schildfahrer. Der Baustellenchef der Beschwerdeführerinnen habe mutmasslich 12 Jahre Erfahrung in dieser Funktion (Abschluss 2011) und der Bauführer für Tief- und Strassenbau 35 Jahre, wobei deren Referenzen mehrheitlich nicht innerstädtisch seien. Diesen nachvollziehbaren Ausführungen halten die Beschwerdeführerinnen nichts Substanziertes entgegen. Beide Anbieterinnen verfügen über sehr erfahrenes Fachpersonal. Die Gleichbewertung der Schlüsselpersonen ist nicht zu beanstanden.

E. 6.6

Schliesslich beanstanden die Beschwerdeführerinnen die Bewertung des Zuschlagskriteriums 3 mit den Unterkriterien Baumethode und Bauzeit (10 %) sowie Unterlagen (10 %) als rechtsfehlerhaft. Es sei für sie nicht nachvollziehbar, weshalb sie nicht die Maximalbewertung oder wenigstens dieselbe wie die Mitbeteiligte erhalten habe, nachdem sie gemäss Debriefing "sehr gute Dossiers" eingereicht hätte. Die Mitbeteiligte hat in beiden Unterkriterien je 10 Punkte mehr erhalten (vgl. E. 6.3).

E. 6.6.1

Zur Begründung dieses Unterschieds beim Bewertungsergebnis im Unterkriterium Qualität der Unterlagen führte die Vergabebehörde aus, die Mitbeteiligte hätte eine übersichtliche und klare Darstellung einer gut durchdachten Baustellenorganisation (Einteilung der verschiedenen Arbeitsgattungen) eingereicht, was positiv berücksichtigt worden sei. Technische Berichte hätten beide Anbieterinnen eingereicht. Was die Unterlagen der Beschwerdeführerinnen angehe, hätten die Referenzobjekte der ARGE-Partnerin 1 – obwohl ausdrücklich verlangt – für die Schlüsselpersonen keine Kontaktangaben für die Referenzpersonen enthalten. Beim erst seit 2022 für diese tätigen Baustellenchef sei sodann nicht ersichtlich gewesen, in welcher Funktion er bei den Referenzobjekten seines bisherigen Arbeitgebers tätig gewesen sei. Die Beschwerdeführerinnen hielten diesen nachvollziehbaren Ausführungen nichts entgegen. Das Bewertungsergebnis wurde schlüssig begründet und lag im Ermessensspielraum der Vergabebehörde.

E. 6.6.2

Was das Unterkriterium Baumethode und Bauzeit angeht, führte die Vergabebehörde aus, die Mitbeteiligte hätte verschiedene Bauabläufe optimiert und/oder anders kombiniert, wodurch sie in der Lage sei, besonders effizient zu bauen, was unter dem Aspekt der Baumethode positiv ins Gewicht gefallen sei. Weiter habe sie das Angebot der Mitbeteiligten aufgrund des grösseren Personalbestands besser bewertet, da dies im innerstädtischen Bereich mit vielen Anwohnern und Publikumsverkehr entscheidend sei, um die Baustellensicherheit und -sauberkeit zu gewährleisten. Einen zusätzlichen positiven Ausschlag bezüglich Baumethode habe der innovative Vorschlag der Mitbeteiligten gegeben, die CO₂-Emissionen der Baustelle kompensieren zu lassen. Mit diesen Ausführungen hat die Vergabebehörde die bessere Bewertung nachvollziehbar begründet. Auch wenn die Beschwerdeführerinnen in ihrem technischen Bericht auf die

Herausforderungen eingegangen seien und Lösungen dargestellt haben mögen, vermag dies die Betterbewertung des Angebots der Mitbeteiligten nicht infrage zu stellen. Die allenfalls kürzere Bauzeit ist schliesslich entgegen den Beschwerdeführerinnen nicht in die Bewertung eingeflossen.

E. 7

Zusammengefasst erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 8

Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführerinnen kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihnen von vornherein keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen sind sie zu einer Entschädigung an den Beschwerdegegner zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass dieser mit der Beschwerdeantwort teilweise nur die ihm obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Ebenso haben die Beschwerdeführerinnen die Mitbeteiligte für deren Aufwendungen zu entschädigen. Für die Erstattung ihrer Stellungnahme vom 18. August 2023 erweist sich eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5'000.- als angemessen.

E. 9

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). Gegen dieses Urteil 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, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

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