

VII. Submissionen

27 Zuschlagskriterien; Preisgewichtung, Qualität

- Grundsätze zur Preisgewichtung; eine Gewichtung des Preises mit 22 % für eine durchschnittlich komplexe Beschaffung ist zu tief (Erw. 3.2 und 3.3).
- Unzulässige Betterbewertung von Angeboten, die lokale Subunternehmer berücksichtigen, beim Zuschlagskriterium "Qualität" (Erw. 4.3.).

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 11. Juni 2015 in Sachen A. AG gegen Einwohnergemeinde B. (WBE.2015.70).

Aus den Erwägungen

3.2.

Dem Zuschlagskriterium "Preis" kommt zwar nicht grundsätzlich ein höheres Gewicht zu als den übrigen Kriterien (PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 879). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts darf die Gewichtung des Preises allerdings auch bei komplexen Beschaffungen 20 % nicht unterschreiten, ansonsten der Grundsatz, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll, seines Gehalts entleert werde (BGE 129 II 313 ff., 327). Das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden hat in einem Urteil vom 14. März 2014 festgehalten, dem Preis komme bei der Mehrzahl der öffentlichen Arbeitsvergaben "in markanter Weise das Hauptgewicht zu". Es könne dabei als allgemeine Faustregel gesagt werden, dass dem Preis umso höheres Gewicht zuzuerkennen sei, je einfacher der Schwierigkeitsgrad der Auftragerfüllung sei. Bei Aufgaben mittlerer Komplexität solle die Gewichtung des Preises in

der Regel nicht weniger als 50 % betragen (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden vom 18. März 2014 [U 14 9], Erw. 2 mit Hinweis). Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat erklärt, der Preis dürfe bei einer Vergabe, deren Gegenstand nicht als überdurchschnittlich komplex bezeichnet werden könne, nicht nur mit 20 % gewichtet werden (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2011 [VB.2010.00568], Erw. 5.5; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 8. September 2010 [VB.2009.00393], Erw. 4.2).

3.3.

Vorliegend geht es um die Vergabe eines Generalunternehmerauftrags für die Erstellung eines neuen Schulhauses. Vorgesehen ist ein zweigeschossiger Neubau. In den Rahmenbedingungen ist unter Ziff. 1.3 folgender zusammenfassender Projektbeschreibung enthalten:

"Ein exakt gesetzter neuer zweigeschossiger Neubau ersetzt das bestehende Schulhaus aus den 60-er Jahren.

Das einfach organisierte Unterstufenschulhaus mit 4 Klassenzimmern und Gruppenräumen wird durch eine zweigeschossige Halle erschlossen, welche auch für kleine Veranstaltungen und als Aula dienen.

An das bestehende Untergeschoss von Gebäude 377 wird seitlich ein neuer UG-Bereich angefügt. Rohbau im Untergeschoss in Stahlbeton. Innenwände im UG in Kalksandstein. Der zweigeschossige Neubau wird auf die bestehende/neue UG-Decke bzw. Fundamentplatte in einer Holzelementbauweise erstellt."

In Ziff. 1.4 der Rahmenbedingungen wird unter dem Titel "Zielsetzungen und Aufgabenstellung" festgehalten, dass das Gebäude als neues und zeitgemässes Schulhaus ab Oktober 2015 genutzt werden soll und mit moderner, effizienter Infrastruktur und Haustechnik ausgerüstet sein werde. Das Bauwerk sei als Minergiegebäude geplant. Das Bauwerk werde "innert kurzer Bauzeit und unter Kostendruck" erstellt. Trotzdem müsse es die funktionalen und ästhetischen Ansprüche des Bauherrn vollauf befriedigen. Die Innovation bestehe darin, durch geschickte Konzepte, Detaillierung und Materialisierung diese Ziele zu erreichen. Gemäss Ziff. 1.5 der Rahmenbedingungen haben die Angebote die komplette bezugsbereite und mängelfreie

Anlage zu beinhalten sowie die Kostenvorgaben und Termine zu bestätigen.

Der detaillierte Projektbeschrieb ergibt sich aus Teil 02 ("Projekt") der Ausschreibungsunterlagen.

Aufgrund der Ausschreibungsunterlagen ist beim vorliegenden Generalunternehmerauftrag von einer durchschnittlich komplexen Beschaffung auszugehen. Aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Erstellung des Schulhausneubaus in Holzelementbauweise für den Generalunternehmer mit ausserordentlichen Schwierigkeiten (z.B. ungewöhnlich problematische Baugrundverhältnisse) verbunden wäre. Auch von Seiten der Vergabestelle wird nichts Derartiges vorgebracht. Für eine gewisse Komplexität der Aufgabe sprechen höchstens der bestehende Termin- und Kostendruck, wobei sich gerade letzterer aber nicht als Argument für eine tiefe Preisgewichtung anführen lässt. Im Gegenteil. Vor diesem Hintergrund ist die Gewichtung des bereinigten Angebotspreises mit lediglich 22 % als mit dem Grundsatz, dass der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen ist, nicht zu vereinbaren. Dem bereinigten Angebotspreis hätte im vorliegenden Fall vielmehr ein Gewicht von mindestens 50 % zukommen müssen, zumal gemäss Vergabestelle die kostengünstige Realisierung des Vorhabens ein wesentliches Ziel der Vergabe des GU-Auftrags ist.

3.4.-3.5. (...)

4.

4.1.-4.2. (...)

4.3.

Gemäss § 11 Abs. 1 SubmD muss bei der Vergabe eines Auftrags an ein General- oder Totalunternehmen jedes an der Ausführung beteiligte Subunternehmen die Bedingungen gemäss den §§ 3 und 10 SubmD erfüllen. Vergaben an General- oder Totalunternehmen können mit der Auflage verbunden werden, sich bei der Weitervergabe an die Vorschriften des SubmD zu halten. Die Vergabestelle kann "die Bekanntgabe der Namen und den Sitz aller an der Ausführung des Auftrags beteiligten Subunternehmen verlangen" (§ 11 Abs. 2 SubmD).

Im vorliegenden Fall hat die Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen der Generalunternehmer-Submission das Teilkriterium "Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer" als Bestandteil des Zuschlagskriteriums "Qualität" definiert. Der Vergabestelle ging es hier darum, "ortsansässige Unternehmen und Personen (Steuerzahler, Gewerbe, Angestellte usw.) aus dem Dorf oder der näheren Umgebung im Vergabeprozess" mitberücksichtigen zu können. Die Ausschreibungsunterlagen enthielten entsprechend eine umfangreiche Liste von möglichen Subunternehmern für die einzelnen Arbeitsgattungen. Dabei handelt es sich vorwiegend um lokale bzw. regionale Unternehmungen. In der Beilage 7 zum Eingabeformular hatten die Anbieter die Subunternehmer aufzulisten. Grundsätzlich muss es zulässig sein, dass die Auftraggeberin im (sachlich) begründeten Einzelfall einen vom Anbieter genannten Subunternehmer zurückweisen kann. Sodann kann die Vergabestelle auch bestimmte Leistungen explizit vom Angebot für den Gesamtauftrag ausnehmen und den Anbietenden diesbezüglich einen von ihr selbst bestimmten bzw. durch eine korrekte "Vorsubmission" ermittelten Subunternehmer (und dessen Offerte) vorgeben. Dies ist möglich, wenn der betreffende Subunternehmerauftrag entweder direkt (freihändig) vergeben werden kann oder der vorgegebene Subunternehmer bereits vorgängig in einem ordentlichen Submissionsverfahren (z.B. Einladungsverfahren) ermittelt worden ist. In diesem engen Rahmen besteht die Möglichkeit, in der Generalunternehmer-Submission lokale Subunternehmer vorzugeben.

Vorliegend hat die Vergabestelle in der Ausschreibung weder klar verlangt, dass die Subunternehmer in der Offerte zu benennen sind, noch hat sie einzelne – aufgrund einer rechtmässigen Vorsubmission bestimmte – Subunternehmer verbindlich vorgegeben. Sie hat sich vielmehr darauf beschränkt, den Anbietern in den Ausschreibungsunterlagen eine Reihe möglicher (bzw. von ihr gewünschter) Subunternehmer zu benennen. Diejenigen GU-Angebote, welche diese Auswahl möglichst umfassend berücksichtigt haben, wurden beim Teilkriterium "Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer" dann besser bewertet. Die Bewertung der Aspekte "benachbarte Subunternehmer" und der "Bausumme benach-

barter Subunternehmer" beim Teilkriterium "Aussage Subunternehmer & vorg. Unternehmer" ist klarerweise unzulässig. Zum einen ist ein sachlicher Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium "Qualität" nicht ersichtlich; zum anderen ist der Einbezug solcher Aspekte, die ausschliesslich der Förderung bzw. Bevorzugung des lokalen und regionalen Gewerbes dienen, in die Bewertung klarerweise binnenmarktgesetzwidrig. Fragwürdig erscheint es aber auch, unter dem Zuschlagskriterium "Qualität" zu bewerten, ob und in welchem Umfang im Angebot für die Arbeitsgattungen bereits Subunternehmer benannt (definiert) wurden. Eine solche Bewertung würde nur dann Sinn machen, wenn die von den vorgeschlagenen Subunternehmern zu erwartende Qualität (z.B. aufgrund deren Erfahrung, Referenzen) auch näher geprüft und beurteilt worden wäre. Dies war vorliegend nicht der Fall. Bewertet wurde lediglich, ob und in welchem Umfang die Subunternehmer für die einzelnen Arbeitsgattungen bereits bestimmt worden waren. Es scheint damit gerechtfertigt, das Teilkriterium "Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer" für die Bewertung ausser Acht zu lassen. Bei der Beschwerdeführerin sind damit 4 Punkte und bei der Zuschlagsempfängerin 7.5 Punkte aus der Bewertung zu streichen.

28 Beschwerdebefugnis

Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft, die als einfache Gesellschaft auftritt, müssen gegen einen Ausschluss gemeinsam Beschwerde führen. Wird die Beschwerde nicht rechtzeitig im Namen aller Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft erhoben, ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 22. Oktober 2015 in Sachen A. GmbH gegen B. AG (WBE.2015.337).