

## 3.2.

Der Gemeinderat hat in der Folge bei der B. AG eine Offerte für einen Traktor eingeholt und diesem Angebot schliesslich den Zuschlag erteilt, sich also für eine freihändige Vergabe entschieden. Da sich bereits aufgrund der beim Beschwerdeführer eingeholten Richtofferten gezeigt hat, dass die Kosten der beabsichtigten Beschaffung den Schwellenwert von Fr. 150'000.--, der ein Einladungsverfahren notwendig macht, nicht erreichen, mithin eine freihändige Vergabe (im Sinne einer Direktvergabe) rechtlich ohne Weiteres zulässig war und die Vergabe überdies auch nicht den (materiellen) Vorschriften des SubmD untersteht (§ 5 Abs. 1 lit. d SubmD), lässt sich der Zuschlag an die B. AG nicht als vergaberechtswidrig beanstanden. Wie schon erwähnt, ist es nicht Sache des Verwaltungsgerichts zu prüfen, ob die Gemeindebehörde durch ihr Verhalten allenfalls gegen die vorvertragliche Treuepflicht (culpa in contrahendo) gegenüber dem Beschwerdeführer verstossen hat.

**38 Varianten (§ 16 SubmD).**

- **Anforderungen an Varianten (Erw. 2.1).**
- **Indem die Vergabebehörde vorliegend die Unternehmervariante berücksichtigt hat, hat sie nicht gegen das ihr zustehende Ermessen verstossen (Erw. 2.2).**
- **Es ist Sache des Anbieters, seine Unternehmervariante so detailliert auszuarbeiten und ausgereift zu formulieren, dass allfällige Kostenvorteile bzw. entstehende Mehrkosten für die Vergabestelle klar ersichtlich sind. Dies schliesst es jedoch nicht aus, dass die Vergabebehörde ihrerseits im Rahmen der Bereinigung der Angebote die (zulässigen) Unternehmervarianten einer vertieften Prüfung unterzieht (Erw. 2.3).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 4. Kammer, vom 6. Juli 2006 in Sachen J. gegen das Departement Bau, Verkehr und Umwelt.

*Aus den Erwägungen*

2.

2.1.

Den Anbietenden steht es frei, Offerten für Varianten und Teilangebote einzureichen (§ 16 Abs. 1 SubmD). Die Vergabestelle bezeichnet in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen an Varianten und Teilangebote (§ 16 Abs. 2 SubmD). Das Angebot einer Variante ist ungültig, wenn damit nicht eine Offerte für das Grundangebot eingereicht wird (§ 16 Abs. 3 SubmD in der hier anwendbaren bis zum 31. Dezember 2005 geltenden Fassung [siehe § 42 lit. a SubmD]).

2.1.1.

In der Baubranche wird als Variante üblicherweise jeder Offertvorschlag bezeichnet, der inhaltlich von der ausgeschriebenen Bauleistung abweicht. Bei der Projektvariante offeriert ein Unternehmer die Werkausführung mit einer Projektierung, die von den ausgeschriebenen Planunterlagen ganz oder teilweise abweicht. Bei einer Ausführungsvariante bietet ein Unternehmer die Ausführung in einer Art und Weise an, die sich von den Ausschreibungsunterlagen (z.B. bezüglich Baumethode, Konstruktionsart, Reihenfolge der Arbeiten) unterscheidet (siehe Roland Hürlimann, Unternehmervarianten - Risiken und Problembereiche, in: BR 1996, S. 3 f.; AGVE 2001, S. 337 mit Hinweisen). Beim Entscheid, ob sie einer Variante den Zuschlag erteilen oder auf der von ihr erarbeiteten Amtslösung beharren will, kommt der Vergabestelle ein grosser Ermessensspielraum zu, und sie ist nicht verpflichtet, irgendwelche mit der Variante verbundenen Risiken in Kauf zu nehmen (AGVE 2001, S. 339 mit Hinweis).

2.1.2.

Nicht unproblematisch ist im Einzelfall die Abgrenzung, ob überhaupt noch eine Variante (des Grundangebots) oder etwas völlig anderes angeboten wird. Auch wird die Vergleichbarkeit der Angebote zunehmend erschwert, je weiter sich eine Variante vom Grundangebot bzw. vom Leistungsverzeichnis entfernt. Aus § 15 Abs. 3 IVöB ergibt sich, dass die Variante dem Amtsvorschlag be-

züglich der technischen Spezifikationen gleichwertig sein sollte, wobei die Gleichwertigkeit von der Anbieterin oder vom Anbieter zu beweisen ist (Entscheid des Verwaltungsgerichts Zug vom 24. September 1998, in: BR 2000, S. 62; AGVE 2001, S. 338 f.).

Ein Sonderfall sind Varianten, die nicht der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung dienen bzw. eine andere technische Lösung vorschlagen, sondern einzig eine Reduktion des ausgeschriebenen Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben (z.B. Reduktion einer Wandstärke). Solche Varianten sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich grundsätzlich ebenfalls zulässig, da sie der Vergabebehörde Gelegenheit geben, eine allenfalls diskutable Vorgabe nochmals zu überprüfen. Gelangt die Behörde jedoch zum Schluss, dass die Anforderungen entsprechend der Variante zu reduzieren sind, muss auch den andern Anbietern Gelegenheit gegeben werden, ihre Offerten im Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Februar 2000 [VB.1999.00015], Erw. 8c; Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Juli 2004 [VB.2004.00006], Erw. 2.2.2). Mit der Gelegenheit zur Anpassung der Konkurrenzofferten soll gewährleistet werden, dass die als Variante offerierte Minderleistung nicht zu einem Kostenvorteil gegenüber den Mitbewerbern ausgenützt werden kann. Diese Gefahr besteht allerdings dann nicht, wenn das Angebot, welches die Minderleistung enthält, so weit vor den Angeboten der Mitbewerber liegt, dass es selbst unter Aufrechnung der Preisdifferenz, die für eine volle Leistung zu veranschlagen wäre, noch seinen Vorsprung behält. Denn bei dieser Sachlage werden die Mitbewerber durch die Zulassung des Angebots mit der Minderleistung nicht benachteiligt (erwähnter Entscheid vom 20. Juli 2004, Erw. 2.2.2).

## 2.2.

### 2.2.1.

Die Ausschreibungsunterlagen enthalten unter dem Titel „Eingabe des Angebots“ folgende Vorschriften:

„Auf Verlangen der Bauherrschaft gelten folgende Bestimmungen:

- Die Leistungsverzeichnisse sind unverändert auszufüllen. Es werden keinerlei Abänderungen in Bezug auf vorgegebene Masse und Materialien akzeptiert. Unbegründete Abänderungen der Ausschreibung führen zum Ausschluss des Wettbewerbes.
- Unternehmervarianten sind mit ausführlichem Beschrieb (unter Verwendung derselben Positionsnummern wie in der Vorgabe) und mit Planunterlagen (Grundriss und Ansichten) einzureichen. Es genügt nicht auf einem beigelegten Katalog und eine darin enthaltene Produktebenennung hinzuweisen!“

Im Sinne von § 16 Abs. 2 SubmD hat die Vergabebehörde somit in den Ausschreibungsunterlagen in der zweitgenannten Bestimmung ihre Mindestanforderungen an die Varianten näher umschrieben. Hingegen bezieht sich die erste Bestimmung, wonach die Leistungsverzeichnisse unverändert auszufüllen seien und keinerlei Abänderungen in Bezug auf vorgegebene Masse und Materialien akzeptiert würden, klarerweise nur auf die Amtslösung. Dem von der Beschwerdeführerin vertretenen Standpunkt, sämtliche Vorgaben von Materialien und Massen seien auch von den Unternehmervarianten zwingend einzuhalten gewesen, kann nicht gefolgt werden. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten keine Anhaltspunkte für eine derartige einschränkende Interpretation. Eine solche Auslegung stünde im Übrigen auch im Widerspruch zu Sinn und Zweck von Varianten, mit denen der Anbieter gerade bewusst von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses abweicht und der Vergabestelle einen Alternativvorschlag unterbreitet. Anders verhält es sich bei Rahmenbedingungen für Varianten, welche die Vergabebehörde ausdrücklich als zwingend einzuhalten vorgibt (z.B. Vorgabe oder Ausschluss bestimmter Materialien auch für Varianten).

Der in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Ausführungsbeschrieb hält in Ziff. 15 fest, dass die Leistungsverzeichnisse unverändert auszufüllen seien. Allfällige Bemerkungen, Vorbehalte, konstruktive Änderungen und Ergänzungen seien vom Bewerber in besonderer Beilage anzubringen. Auch der Ausführungsbeschrieb enthält keine Vorgaben, die auch von Varianten zwingend erfüllt sein müssen bzw. einzuhalten sind.

## 2.2.2.

Die Zuschlagsempfängerin hat ihre Variante (Angebot II) zusätzlich zum vollständig und korrekt ausgefüllten Leistungsverzeichnis für das Grundangebot eingereicht. Die Variante erweist sich im Hinblick auf § 16 Abs. 3 SubmD somit als gültig. Ebenfalls erfüllt sind die von der Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen an die Varianten gestellten Anforderungen.

## 2.2.3.

Als Unternehmervariante (Angebot II) bietet die Y. AG ein Standardprodukt des deutschen Laborherstellers Z. an. Dieses Angebot weicht unbestrittenermassen in verschiedenen Punkten von den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses ab. So trifft etwa die Vermutung der Beschwerdeführerin zu, dass teilweise die Lieferung von beschichteten (und nicht von belegten) Möbeln (Schränkfronten, Sichtseiten) vorgesehen ist. Ebenfalls werden für die Tablare 19 mm (statt 22 mm) starke, mit Aluminiumkanten verstärkte Spanplatten geliefert. An Stelle einer VE-Glas Blattabdeckung ist die Lieferung einer mit Ceradur beschichteten Abdeckung vorgesehen. Bei den Unterbauten und Schränken bestehen Abweichungen bei der Farbgebung der Fronten und Sichtseiten sowie des Sockels, bei der Stärke der Tablare und bei der Materialisation der Tablare, der Griffleisten und des Sockels. Weitere Abweichungen ergeben sich hinsichtlich des (Unter-)Lieferanten der Glasschiebefronten, in Bezug auf die Stärke der Blattabdeckung aus Kunstharz und Polypropylen sowie hinsichtlich der Materialisation der Blattabdeckung aus VE-Glas (siehe obige Ausführungen) und der Korpusseiten. Die Variante weicht bei der Beleuchtung, hinsichtlich der Metallteile und der Becken und bei der Materialisation und der Lage des Armaturenbands von der Amtsvariante ab.

Derartige Abweichungen von der Amtslösung sind indessen typisch für eine Variante und erscheinen als durchaus zulässig. Insgesamt ist die vorliegende Unternehmervariante als eigenständiger Lösungsvorschlag der Y. AG für die von der Vergabebehörde ausgeschriebene Laboreinrichtung zu beurteilen und nicht als eine bloße Reduktion des ausgeschriebenen Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht. Es lässt sich auch nicht sagen, die Zu-

schlagsempfängerin habe mit der Variante in Bezug auf Umfang und Qualität etwas völlig anderes offeriert, als die Vergabestelle ausgeschrieben hat, weshalb die Variante hätte als submissionswidrig ausgeschlossen werden müssen. Wie bereits festgehalten, enthalten die Ausschreibungsunterlagen entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine auch von Varianten zwingend zu erfüllende Anforderungen. Im Übrigen ist festzuhalten, dass es auch der Beschwerdeführerin offen stand, mit einer Variante ihre Chancen im Wettbewerb zu erhöhen.

#### 2.2.4.

Die Vergabebehörde hat im vorliegenden Fall vom Fachplaner eine Stellungnahme zur Variante der Y. AG eingeholt. Darin werden zwar gewisse Vorbehalte (Farbgebung; Fragezeichen bezüglich Vollauszug und Einzugsdämpfung) angebracht; insbesondere wird daraufhin gewiesen, dass es sich um ein Standardprodukt handle. In Bezug auf den markanten Preisunterschied wird festgehalten, dieser gehe darauf zurück, dass die Firma Z. zum Teil andere Produkte einsetze oder diese in grösseren Mengen zu besseren Konditionen einkaufen könne, wobei diese durchwegs dem heutigen Laboreinrichtungsstandard entsprechen und die nötigen Normen erfüllen würden. Seitens des Fachplaners ist als Referenzobjekt das von der Firma Z. im Sommer 2004 eingerichtete Labor der Kantonsschule S. besichtigt worden. Dabei zeigte sich eine saubere Verarbeitung der Materialien, die eingesetzten Armaturen (Produkt IIa) erschienen einwandfrei und die Qualität in Ordnung. Die befragte Kontaktperson zeigte sich sehr zufrieden mit der Einrichtung. Am 28. Oktober 2005 besichtigte auch eine Delegation der Kantonsschule X. zusammen mit Vertretern der Vergabebehörde und dem Generalplaner das Referenzobjekt in S. und kam - in Kenntnis der Differenzen der Unternehmervariante zur ausgeschriebenen Amtslösung - zum Schluss, dass das Labor den Ansprüchen voll und ganz entspreche. Schliesslich wurden von der Y. AG im Rahmen der Bereinigung der Angebote für die Variante nachträglich Materialmuster und der Nachweis verlangt, dass keine toxischen Stoffe (in den Spanplatten und in anderen Materialien) ausdünsten oder sich verflüchtigen.

Wie bereits ausgeführt, steht der Vergabestelle bei der Frage, ob sie eine Unternehmervariante berücksichtigen will oder nicht, ein grosser Ermessensspielraum zu (siehe vorne Erw. 2.1.1). Dies gilt namentlich in auch in Bezug auf die Frage der Gleichwertigkeit (nicht Gleichheit oder Identität) der vorgeschlagenen Variante mit der ausgeschriebenen Amtslösung. Im vorliegenden Fall hat sich die Vergabestelle bzw. der von ihr beigezogene Fachplaner mit der Unternehmervariante der Y. AG und deren Vor- und Nachteilen im Vergleich zum Hauptangebot eingehend auseinandergesetzt und die damit verbundenen Risiken überprüft. Sie ist aufgrund der Prüfung zum Schluss gelangt, dass auch die Variante die gestellten Anforderungen in Bezug auf die Qualität und Gebrauchstauglichkeit der zu beschaffenden Laboreinrichtung in durchaus ausreichendem Mass erfüllt. Das Verwaltungsgericht hat sich insbesondere bei der Überprüfung technischer und betrieblicher Aspekte, welche die Vergabebehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, Zurückhaltung aufzuerlegen. Es kann nicht Sache des Verwaltungsgerichts, dem keine Ermessenskontrolle zusteht, sein, diesbezüglich an Stelle der Vergabebehörde eine eigene Beurteilung vorzunehmen. Die Abweichungen in der Unternehmervariante begründen jedenfalls keine derartigen Differenzen zu den Leistungsanforderungen, wie sie das Grundangebot umschreibt, dass die Gleichwertigkeit zu verneinen und eine Berücksichtigung der Variante daher ausgeschlossen ist. Es trifft zwar zu, dass die Unternehmervariante in erheblichem Mass kostengünstiger ist als die eingereichten Hauptangebote. Dies hat seine Ursache indessen nicht einer ungenügenden Qualität der offerierten Einrichtung, sondern vor allem im Umstand, dass es sich weitgehend um ein Standard- bzw. Serienprodukt handelt.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Vergabebehörde als massgebende Zuschlagskriterien einzig den Preis (mit einem Gewicht von 95 %) und die Lehrlingsausbildung (mit einem Gewicht von 5 %) festgelegt hat. Die Qualität ist hingegen kein Zuschlagskriterium. Aufgrund der hohen Gewichtung des Preises ist davon auszugehen, dass der Kostenfaktor der vorliegenden Beschaffung für die Vergabestelle von erheblicher Bedeutung ist. Dies war aufgrund der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien in den Ausschrei-

bungsunterlagen auch für die Anbietenden erkennbar (und wird im Übrigen auch von der Beschwerdeführerin anerkannt). Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin möglicherweise eine qualitativ hochwertigere Lösung (siehe Beilagen 1 bis 4 zu den Bemerkungen) angeboten hat als die Zuschlagsempfängerin in ihrem berücksichtigten Angebot, kann die Beschwerdeführerin daher letztlich nichts zu ihren Gunsten herleiten.

### 2.3.

#### 2.3.1.

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, dass die Zuschlagsempfängerin den Nachweis für die Gleichwertigkeit der Variante spätestens bis zum Zeitpunkt des Eingabetermins hätte erbringen müssen. Dies sei nicht der Fall gewesen. Vielmehr habe die Vergabebehörde die Gleichwertigkeit erst aufgrund des von ihr eingeholten Gutachten bejaht; dies stelle eine unzulässige Begünstigung der Zuschlagsempfängerin dar. Eine unzulässige Begünstigung sei auch darin zu sehen, dass es die Vergabestelle der Zuschlagsempfängerin ermöglicht habe, den Nachweis zu erbringen, dass keine toxischen Stoffe ausdünsteten oder sich verflüchtigten. Eine unzulässige Bevorzugung der Zuschlagsempfängerin bedeute auch die Berücksichtigung der Laboreinrichtung in der Kantonsschule S. durch Vertreter der Vergabestelle und der Kantonsschule X.

#### 2.3.2.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es Sache des Anbieters, seine Unternehmervariante so detailliert auszuarbeiten und ausgereift zu formulieren, dass allfällige Kostenvorteile bzw. entstehende Mehrkosten für die Vergabestelle klar ersichtlich sind. Es kann nicht ihre Aufgabe sein, unvollständig eingereichte Unternehmervarianten selbst so weit entwickeln zu müssen, bis die Kostenvorteile bzw. -nachteile in Zahlenform zum Ausdruck kommen (AGVE 2001, S. 339 mit Hinweis). Es ist auch Sache des Anbieters, die Gleichwertigkeit der Variante mit der Amtslösung nachzuweisen. Die Folgen der Nichtbeweisbarkeit von Tatsachen bzw. der nicht ohne übermässigen Aufwand zu führenden Beweise hat zu tragen, wer eine Variante einreicht (AGVE 2001, S. 338). Dies schliesst es selbstverständlich nicht aus, dass die Vergabebehörde ihrerseits im



Rahmen der Bereinigung der Angebote (§ 17 SubmD) die (zulässigen) Unternehmervarianten - auch im Hinblick auf das Herstellen der Vergleichbarkeit sowie auf das mit der Berücksichtigung einer Variante möglicherweise verbundene erhöhte Risiko - einer vertieften Prüfung unterzieht. Grundsätzlich erscheint es auch zulässig, dass sich die Vergabebehörde die Unternehmervariante vom betreffenden Anbieter noch näher erläutern lässt und allfällige Unklarheiten und offene Fragen klärt. Auch die Besichtigung eines entsprechenden Referenzobjekts kann sich hier aufdrängen. Ebenso kann sich der Beizug einer Fachinstanz zur Beurteilung der Variante als zweckmässig erweisen.

### 2.3.3.

Die Zuschlagsempfängerin hat - wie von der Vergabestelle in den Ausschreibungsunterlagen verlangt - eine auf den Positionen des Leistungsverzeichnisses basierende, vollständig ausgearbeitete Unternehmervariante (mit entsprechender Dokumentation) eingereicht. Damit hat sie den an eine Variante gestellten Anforderungen Genüge getan. Die Vergabestelle hat die gültige und für den Zuschlag grundsätzlich in Betracht kommende Variante in der Folge von einem unabhängigen externen Fachplaner (A. AG) fachlich prüfen und mit dem Angebot der Beschwerdeführerin (der preisgünstigsten Amtslösung) vergleichen lassen. Besichtigt wurde mit der Kantonsschule S. sodann eine der Variante entsprechende Referenzeinrichtung. Schliesslich wurde von der Beschwerdeführerin noch der Nachweis verlangt, dass das verwendete Material keine toxischen Stoffe ausdünstet. In den Ausschreibungsunterlagen waren derartige Nachweise weder für das Hauptangebot noch für allfällige Unternehmervarianten verlangt worden. Die Zuschlagsempfängerin hatte daher keine Veranlassung, entsprechende Bestätigungen ihrer Lieferantenfirmen bereits ihren beiden Angeboten beizulegen. Es ist durchaus nachvollziehbar, dass die Vergabestelle die entsprechenden Belege im Rahmen der Bereinigung von der Zuschlagsempfängerin für das günstigere Variantenangebot einforderte. Um eine nachträgliche Änderung des Angebots handelt es sich hierbei entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht.

Die im Vergleich zu den Amtslösungen vertieften Abklärungen bezüglich der Variante (Qualität der Einrichtung, Schadstoffe) waren angesichts der Tatsache, dass die Berücksichtigung einer Variante für die Vergabestelle regelmässig, namentlich wenn es sich um ein deutlich preisgünstigeres Alternativangebot handelt, mit einem erhöhten Risiko bezüglich vorhandener Qualität der Materialien und der Verarbeitung verbunden ist, durchaus sachlich gerechtfertigt und geboten. Es handelt sich hierbei um eine verschärfte sachliche Überprüfung und entgegen der Beschwerdeführerin nicht um eine unzulässige Bevorzugung der Zuschlagsempfängerin gegenüber den Offerenten der Amtslösung. Das Vorgehen der Vergabebehörde ist daher sachgerecht und nicht zu beanstanden.

### 39 Legitimation Dritter.

- **Legitimation im Falle einer Drittbeschwerde zugunsten des Verfüngsadressaten (Erw. I/3).**
- **Ausstand eines Gemeinderats, der von Amtes wegen Präsident der Forstbetriebskommission Y. ist und dessen Forstbetrieb Y. für den Flurstrassenunterhalt seiner Einwohnergemeinde ein Angebot eingereicht hat (Erw. II/4.1).**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Januar 2006 in Sachen A und B gegen den Gemeinderat X.

### *Aus den Erwägungen*

- I.
- 1.-2. (...)
- 3.
- 3.1.

Der Gemeinderat bestreitet die Beschwerdelegitimation des Beschwerdeführers 1. Da er nicht zum Kreis der zur Offertabgabe eingeladenen gehöre, sei er weder am Verfahren beteiligt noch von den angefochtenen Verfügungen betroffen.