

B 7
Kantonale Gerichte
 Tribunaux cantonaux
 Tribunali cantionali

B 7 **1. Urteil vom 11. Juni 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau betreffend Submission**

Publikation eines kantonalen Urteils, das in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

Entscheid WBE.2015.70 vom 11. Juni 2015 des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau

KANTON AARGAU

Verwaltungsgericht

3. Kammer

WBE.2015.70

Urteil vom 11. Juni 2015

[Besetzung]

Beschwerdeführerin A. AG, [in Aargau]

gegen

Einwohnergemeinde Hendschiken, 5604 Hendschiken, handelnd durch den Gemeinderat

Beschwerdeverfahren betreffend Submission

Entscheid des Gemeinderats Hendschiken vom 26. Januar 2015

Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten:

A.

Die Einwohnergemeinde Hendschiken schrieb im Zusammenhang mit dem Neubau des Schulhauses (als Holzelementbau) den Auftrag für die GU-Gesamtausführung (ohne Abbruch des bestehenden Schulhauses und ohne Umgebungsarbeiten) im offenen Verfahren öffentlich aus. Die öffentliche Ausschreibung erfolgte u.a. im Amtsblatt des Kantons Aargau vom 24. Oktober 2014. Innert Eingabefrist gingen drei Angebote mit Eingabesummen zwischen Fr. 2'858'004.00 und Fr. 3'272'400.00 (inkl. MWSt) ein. Mit Beschluss vom 26. Januar 2015 erteilte der Gemeinderat Hendschiken den Zuschlag für die GU-Gesamtausführung der B. AG, in Y., zum Betrag von Fr. 3'041'788.00 (inkl. MWSt), der A. AG, in X., wurde die anderweitige Vergabe mit Schreiben vom 28. Januar 2015 durch Zustellung des gemeinderätlichen Protokollauszugs vom 26. Januar 2015 eröffnet.

[...]

[...]

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

I.

[Formelles]

II.

1.

Gemäss § 18 Abs. 1 SubmD erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sind insbesondere Qualität, Preis, Erfahrung, Innovation, Termin, Garantie- und Unterhaltsleistungen, Betriebs- und Unterhaltskosten, technischer Wert, Zweckmässigkeit, Ästhetik, Umweltverträglichkeit, Kundendienst, Ausbildung von Lehrlingen sowie gerechte Abwechslung und Verteilung (§18 Abs. 2 SubmD). In der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen sind die Zuschlagskriterien mit ihrer Gewichtung anzugeben; fehlen diese Angaben, gilt als Zuschlagskriterium der Preis; allfällige Teilkriterien sind mit ihrer Gewichtung anzugeben (§ 18 Abs. 3 SubmD). Bei der Auswahl und Gewichtung der einzelnen Kriterien steht der Vergabebehörde dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (vgl. vorne Erw. 1/3; Aargauische Gerichts- und Verwaltungsentscheide [AGVE] 1998, S. 384; 2002, S. 308; Entscheid des Verwaltungsgerichts [VGE] III/8 vom 12. Januar 2015 [WBE,2014.330], S. 4; ferner MATTHIAS HAUSER, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 2001, S. 1411; ELISABETH LANG, Die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBI] 103/2002, S. 469). Die Zuschlagskriterien müssen aber im Hinblick auf den konkret zu vergebenden Auftrag bestimmt werden (AGVE 2002, S. 308). Im Grundsatz unzulässig ist es daher, vergabefremde Kriterien heranzuziehen, d.h. Kriterien, die sich nicht auf die Wirtschaftlichkeit des Angebotes beziehen, bzw. sich nicht am Nutzen des konkreten Beschaffungsobjekts selbst messen lassen; dazu zählen namentlich regional-, Steuer- oder strukturpolitische Überlegungen (AGVE 1999, S. 296f ; 1999, S. 328; Baurecht 2000, S. 57 Nr. S10, S. 58 t Nrn. S12-17; VGE III/8 vom 12. Januar 2015 [WBE.2014.330], S. 41; PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/ Genf 2013, Rz. 872, 917 ff.; HAUSER, a.a.O., S. 1408; LANG, Die Praxis des Verwaltungs-

gericht des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, a.a.O., S. 469; PETER GAUCH/HUBERT STÖCKLI, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, S. 27 ff.).

Des Weiteren kommt der Vergabebehörde auch bei der Bewertung der einzelnen Angebote aufgrund der ausgewählten Zuschlagskriterien ein grosser Ermessensspielraum zu (AGVE 1998, S. 384; HAUSER, a.a.O., S. 1420 mit Hinweisen; LANG, a.a.O., S. 475). Das Verwaltungsgericht hat sich insbesondere bei der Überprüfung technischer und betrieblicher Aspekte, welche die Vergabebehörde aufgrund ihres Fachwissens besser beurteilen kann, Zurückhaltung aufzuerlegen (AGVE 1999, S. 328; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 11. August 1997, in: Bernische Verwaltungsrechtsprechung [BVR] 1998, S. 64). Indessen muss auch die Bewertung der Offerten in sachlich haltbarer und begründbarer Weise erfolgen, ansonsten der Vergabestelle eine Ermessensüberschreitung oder sogar ein Ermessensmissbrauch anzulasten ist (AGVE 2000, S. 336; 1998, S. 384; LANG, a.a.O., S. 475). Hingegen kann es nicht Sache des Verwaltungsgerichts sein, anstelle der Vergabebehörde eine eigene Bewertung vorzunehmen (VGE 111/8 vom 12. Januar 2015 [WBE.2014.330], S. 5; vgl. zum Ganzen auch BGE 125 II 98 f. sowie Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.222/1999], Erw. 2c).

Die Vergabestelle hat sich bei der Bewertung zudem an die festgelegten und bekannt gegebenen Zuschlags- und Teilkriterien zu halten. Es dürfen keine neuen Kriterien geschaffen oder herangezogen werden. Ebenso wenig dürfen bekannt gegebene Kriterien bei der Bewertung ausser Acht gelassen werden. Die Anbietenden dürfen darauf vertrauen, dass die Vergabestelle die üblichen Zuschlagskriterien - wie sie in § 18 Abs. 2 SubmD genannt sind - im herkömmlichen Sinn versteht. Andernfalls müssen sie bereits in den Ausschreibungsunterlagen möglichst detailliert umschrieben werden, damit die Anbietenden erkennen können, welchen Anforderung sie bzw. ihre Angebote genügen müssen (AGVE 2009, S. 201; 2002, S. 322 f.; 2001, S. 346).

2.

2.1.

Die öffentliche Ausschreibung der vorliegend streitigen Beschaffung nennt keine Zuschlagskriterien; Ziff. 3,4 verweist diesbezüglich auf die Ausschreibungsunterlagen (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 1, act, 1.1). In Ziff. 1.9 der Rahmenbedingungen für die Durchführung der Generalunternehmer-Submission (Beschwerdeantwortbeilagen 11.1 [Ordner 1], Register 1) wurden folgende Zuschlagskriterien festgelegt:

Kriterien		Teilkriterien
Qualität	40 %	0.60 Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle) 0.30 Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer 0.10 Erreichbarkeit (geographische Lage)
Preis	30 %	0.80 Angebotspreis (bereinigte Summe) 0.10 Detailangaben (ausgefüllte Einzelpositionen usw.) 0.10 Erfüllungsgarantie (Nachweis Garantieleistung)
Termin	15 %	0.80 Bauprogramm 0.20 Leistungsfähigkeit (materielle & personelle Kapazitäten)
Erfahrung	10 %	0.70 Referenzen (für gleichartige Bauwerke) 0.20 Qualifikation des Schlüsselpersonales 0.10 Projektbezogenes Organigramm
Lehrlinge	5 %	1.00 Lehrlingsausbildung im eigenen Betrieb

2.2.

Die Auswertung der eingegangenen Angebote erfolgte nach dem folgenden Punktesystem (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 5, act. 5.1):

Kriterien	%	Anteil	Pkt.	Aussage und Feinaufteilung
Qualität	40 %	0.60	24	Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle) 14 Firma, Auftritt 4 Nachweise, Bescheinigungen 4 Projekt, Sicherheit, Garantie 2 Baustellenorganisation
		0.30	12	Aussage Subunternehmer & vorg. Unternehmer 6 Angaben Subunternehmer 3 vorgeschlagene Subunternehmer 1 Bausumme vorgeschlagene Subunternehmer 1 benachbarte Subunternehmer 1 Bausumme benachbarte Subunternehmer

		0.10	4	Erreichbarkeit (geographische Lage) 2 Distanz (Autokilometer) 2 Zeit (Fahrzeiten mit dem Auto)
Preis	30 %	0.80	24	Angebotspreis (bereinigte Summe) 22 Angebotspreis 1 Anmerkungen Gü 1 Zahlungsplan
		0.10	3	Detailangaben (ausgefüllte Einzelpositionen usw.)
		0.10	3	Erfüllungsgarantie (Nachweis Garantieleistungen)
Termin	15 %	0.80	12	Bauprogramm 1 Vergabe 1 Baubeginn 10 Bezug
		0.20	3	Leistungsfähigkeit (materielle & personelle Kapazitäten)
Erfahrung	10 %	0.70	7	Referenzen (für gleichartige Bauwerke)
		0.20	2	Qualifikation des Schlüsselpersonales
		0.10	1	Projektbezogenes Organigramm
Lehrlinge	5 %	1.00	5	Lehrlingsausbildung im eigenen Betrieb
	100 %		100	Punkte

2.3.

Es wurden die folgenden unbereinigten Preisangebote (inkl. MWSt) eingereicht (Protokoll über die Offertöffnung vom 6. Januar 2015 [Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 1]):

Beschwerdeführerin	Fr. 2'858'004.00
Zuschlagsempfängerin	Fr. 3'089'777.00
weitere Anbieterin	Fr. 3'272'400.00

Aufgrund der Offertbereinigung ergaben sich folgende Angebotssummen (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 2-4, Register 5, act. 5.2, Register 7, act. 7.1):

Beschwerdeführerin	Fr. 2'896'884.00	(100,00%)
Zuschlagsempfängerin	Fr. 3'041'788.00	(105.00 %)
weitere Anbieterin	Fr. 3'250'260.00	(112,20%)

2.4.

Die beiden streitbetroffenen Angebote wurden gestützt auf das unter Erw. 2.2 dargestellte Punktesystem wie folgt bewertet (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 5, act. 5.2 und Register 6):

Zuschlagskriterium	Anbieter	Zuschlagsempfängerin	Beschwerdeführerin
Qualität 40 % (40.0 Pkte.)		34.0	25.0
Qualitätssicherung 0.60 (24 Pkte.)		24.0	18.0
Firma, Auftritt		14.0	10.0
Nachweise, Bescheinigungen		4.0	3.0
Projekt / Sicherheit / Garantie		4.0	3.0
Baustelleninstallation		2.0	2.0
Aussage Subunternehmer (0.30) (12 Pkte.)		7.5	4.0
Angaben Subunternehmer		4.0	3.0
vorgeschlagene Subunternehmer		1.0	0.5
Bausumme vorgeschlagene Subunternehmer		1.0	0.0
benachbarte Subunternehmer		0.5	0.5

Bausumme benachbarte Subunternehmer	1.0	0.0
Erreichbarkeit (Lage) (0.10) (4 Pkte.)	2.5	3.0
Distanz (Autokilometer)	1.0	1.5
Zeit (Fahrzeiten mit Auto)	1.5	1.5
Preis 30 % (30.0 Pkte.)	25.0	30.0
Angebotspreis (0.80) (24 Pkte.)	19.0	24.0
Angebotspreis (bereinigte Summe)	17.5	22.0
Angebotspreis (Eingabesumme)		
Anmerkungen GU	1.0	1.0
Zahlungsplan / Zahlungszeiten	0.5	1.0
Detailangaben (Einzelpos.) (0,10) (3 Pkte.)	3.0	3.0
Erfüllungsgarantie (0,10) (3 Pkte.)	3.0	3.0
Termin 15 % (15.0 Pkte)	14.5	13.0
Bauprogramm (0.80) (12 Pkte.)	11.5	12.0
Vergabe	0.5	1.0
Baubeginn	1.0	1.0
Bezug	10.0	10.0
Leistungsfähigkeit (Mat.&Pers.)(0.20)(3Pkte.)	3.0	1.0
Erfahrung 10 % (10.0 Pkte.)	9.5	6.5
Referenzen (0.70) (7 Pkte.)	7.0	5.0
Schulbauten / Kindergarten	7.0	
Qual. Schlüsselpersonal (0.20) (2Pkte.)	1.5	1.0
Projektbez. Organigramm (0.10) (1 Pkt.)	1.0	0.5
Lehrlinge 5 % (5Pkte.)	2.5	5.0
Lehrlingsausbildung in GU-Betrieb (1.00) (5 Pkte.)	2.5	5.0
Total	85.5	79.5

2.5.

Die Beschwerdeführerin rügt eine unzulässige Abänderung und Ergänzung der angekündigten Zuschlagskriterien und eine unrechtmässige Bewertung ihres Angebots. Es seien nicht in den Rahmenbedingungen angekündigte Kriterien bewertet worden. Beim Kriterium „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ hätte der Aspekt „Firma, Auftritt“ nicht bewertet werden dürfen, da er mit der Qualitätssicherung nichts zu tun habe, nicht angekündigt worden und auch nicht leistungsrelevant sei. Auch die Aspekte „Nachweise, Bescheinigungen“, „Sicherheit“ und „Garantie“ seien nicht angekündigt worden und somit nicht rechtmässig. Dasselbe gelte für die bei der Bewertung erfolgte Unterteilung des Kriteriums „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 2 f.). Bei ihrem Angebot seien zudem bei verschiedenen Kriterien („Firma, Auftritt“, „Nachweise, Bescheinigungen“, „Projekt/Sicherheit/Garantie“, „Angaben Subunternehmer“) nicht nachvollziehbare und nicht gerechtfertigte Abzüge gemacht worden; hier müssten ihr 9 weitere Punkte erteilt werden. Mit den Kriterien „Vorgeschlagene Subunternehmer“ und „Bausumme vorgeschlagene Subunternehmer“ seien faktisch Direktvergaben zugunsten der von der Gemeinde vorgeschlagenen Subunternehmer erfolgt, was nicht rechtmässig sei. Diese Kriterien seien daher zu streichen. Die Kriterien „benachbarte Subunternehmer“ und „Bausumme benachbarter Subunternehmer“ verstiesse gegen den Binnenmarkt, die Gleichbehandlung und die Wirtschaftlichkeit und seien ebenfalls zu streichen. Auch das Kriterium der Erreich-

barkeit sei diskriminierend und zu streichen. Zu überprüfen sei überdies, ob der Preis nicht zu wenig streng beurteilt worden sei (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 3 ff.; vgl. auch Replik, S. 2 ff.).

Demgegenüber ist die Vergabestelle der Ansicht, die Gemeinde habe die Bewertung gemäss den allen Submissionsteilnehmenden in gleicher Weise bekannten Rahmenbedingungen/Kriterien und unter Einhaltung der Vorgaben des SubmD vorgenommen (Beschwerdeantwort, S. 4; Eingabe vom 2. April 2015).

3.

3.1.

Die Gewichtung des Zuschlagskriteriums „Preis“ beträgt gemäss den Ausschreibungsunterlagen lediglich 30 %. Dem bereinigten Angebotspreis kommt sogar ein Gewicht von nur 22 % zu, denn unter dem Zuschlagskriterium „Preis“ wurden auch noch weitere mehr oder minder kostenrelevante Gesichtspunkte wie Zahlungsplan/Zahlungszeiten, Detailangaben zu Einzelpositionen oder die Erfüllungsgarantie bewertet (vgl. Erw. 2 oben). Die Bewertung der bereinigten Angebotspreise erfolgte linear, wobei das preislich günstigste Angebot die Maximalpunktzahl von 22 Punkten erhielt und das teuerste Angebot noch die halbe Punktzahl, d.h. 11 Punkte (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act. 6.1).

3.2.

Dem Zuschlagskriterium „Preis“ kommt zwar nicht grundsätzlich ein höheres Gewicht zu als den übrigen

Kriterien (GALLI/MOSERE/LANG/STEINER, a.a.O., 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 Auftragserfüllung 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 Projektbeschrieb enthalten (Beschwerdeantwortbeilagen 11.1 [Ordner 1], Register 1):

„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 (Beschwerdeantwortbeilagen 11.1 [Ordner 1], Register 2).

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 (vgl. deren Eingabe vom 2. April 2015). 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.

Nicht zu beanstanden ist demgegenüber die von der Vergabestelle zur Anwendung gebrachte Preisbewertungsmethode, nach welcher das teuerste bereinigte Angebot, das lediglich rund 12 % über dem preisgünstigsten liegt, noch die halbe Punktzahl erhalten hat (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act. 6.1).

3.5.

Gestützt auf die vorstehenden Ausführungen wird im Übrigen dem bereinigten Angebotspreis ein Gewicht von 50 % (anstelle von nur 22 %) zugemessen. Die restlichen preisrelevanten Kriterien (Anmerkungen GU, Zahlungsplan/Zahlungszeiten, Detailangaben und Erfüllungsgarantie) sind unbestritten. Damit ergibt sich aufgrund der von der Vergabestelle gewählten und nicht zu beanstandenden Preisbewertungsmethode die folgende angepasste Preisbewertung (in Punkten):

Anbieter	Beschwerdeführerin	Zuschlagsempfängerin
Zuschlagskriterium Preis		
bereinigter Angebotspreis	50	39.75
Anmerkungen GU	1	1
Zahlungsplan/Zahlungszeiten	1	0.5
Detailangaben	3	3

Erfüllungsgarantie	3	3
Total Preis	58	47.25

Somit resultiert beim Preis ein Vorsprung der Beschwerdeführerin von neu 10.75 Punkten statt 5 Punkten.

4.

4.1.

Das ebenfalls streitige Zuschlagskriterium „Qualität“ ist in den Rahmenbedingungen in die drei Subkriterien „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“, „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ sowie „Erreichbarkeit (geographische Lage)“ unterteilt worden (vgl. Erw. 2.1). Für die Bewertung wurden diese Subkriterien noch weiter unterteilt. So wurden unter dem Subkriterium „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ Kriterien wie „Firma, Auftritt“, „Nachweise, Bescheinigungen“, „Projekt, Sicherheit, Garantie“ und „Baustellenorganisation“ beurteilt, Bewertungsgesichtspunkte für das Subkriterium „Firma“ bzw. „Firma, Auftritt“ waren „Qualitätssicherung für ein schlüsselfertiges Schulhaus in Holzelementbauweise“, „Erfahrung als GU im Holzelementbau und Marktbekanntheit“, „Dokumentation, Portrait und detaillierte Angaben der Firma bzw. Partnerfirma“, „Aussagen zu Qualität, Kundendienst und Garantieleistungen“. Unter „Projekt, Sicherheit, Garantie“ wurden „Objektspezifische Aussagen und Erfüllung der Qualitätsansprüche“, „Aussagen zum Projektablauf Effizienz und Know-how“ sowie „Aussagen zur Baustellenorganisation und Arbeitssicherheit vor Ort“ betrachtet. Unter dem Subkriterium „Aussage Subunternehmer & vorg. Unternehmer“ wurde beurteilt, ob und in welchem Umfang im Angebot für die Arbeitsgattungen bereits Subunternehmer benannt (definiert) wurden, ob vorgeschlagene Subunternehmer (gemäss Liste der Gemeinde) und benachbarte Subunternehmer berücksichtigt wurden, zusätzlich jeweils unter Berücksichtigung der Bausumme der betreffenden Arbeitsgattung. Beim Subkriterium „Erreichbarkeit (geographische Lage)“ wurden die Distanz (Autokilometer) und die Zeit (Fahrzeit mit Auto) bewertet (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordnung 3], Register 6, act. 6.1).

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Vergabestelle habe beim Zuschlagskriterium „Qualität“ Kriterien bewertet, die nicht in den Rahmenbedingungen enthalten gewesen und somit nicht angekündigt worden seien. Dies gelte insbesondere für die Kriterien „Firma, Auftritt“, „Nachweise, Bescheinigungen“, „Projekt/Sicherheit/Garantie“ sowie für die verschiedenen unter „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Subunternehmer“ bewerteten Kriterien. Letztere seien überdies binnenmarktwidrig und widersprächen der Gleichbehandlung. Der Aspekt „Firma, Auftritt“ betreffe sodann das Image und habe mit Qualitätssicherung nichts zu tun. Das Kriterium „Erreichbarkeit“ schliesslich widerspreche ebenfalls dem Binnenmarkt und der Gleichbehandlung. Mit dessen Aufteilung in „Distanz (Autokilometer)“ und „Zeit (Fahrzeiten mit Auto)“ werde zudem zweimal das Gleiche bewertet (Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 2 ff.; Replik, S. 2).

4.2.

Kriterien, die einen Bezug zu einem bestimmten Ort haben, sind dann zulässig, wenn für die konkrete Beschaffung ein schnelles Intervenieren des beauftragten Unternehmens erforderlich ist, wie dies etwa bei Unterhaltsverträgen für Liftanlagen oder gewissen Informatikanlagen der Fall sein kann (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 922 mit Hinweis). Nicht nachzuvollziehen ist hingegen, inwieweit zwischen der "Erreichbarkeit (geographische Lage)" und der "Qualität" der angebotenen GU-Leistung im vorliegenden Fall ein sachlicher Zusammenhang bestehen soll. Die Erreichbarkeit oder wohl eher die Präsenz des Unternehmers bzw. der Bauleitung und des Personals vor Ort auf der Baustelle hängt nicht von der örtlichen Distanz zwischen Firmensitz und Baustelle ab, sondern ist vorab eine organisatorische Frage. Inwiefern ein näher am Bauort gelegener Firmensitz auch eine bessere Erreichbarkeit oder gar eine bessere Qualität bedeuten soll, ist nicht ersichtlich. Hinzu kommt, dass eine solche unterschiedliche Bewertung aufgrund der geographischen Lage gegen das Bundesgesetz über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, BGBM) vom 6. Oktober 1995 (SR 943.02) verstösst, wie die Beschwerdeführerin zu Recht vorbringt. Zutreffend ist auch deren Einwand, durch die Unterteilung in „Distanz (Autokilometer)“ und „Zeit (Fahrzeiten mit Auto)“ werde zweimal dasselbe bewertet. Das Teilkriterium „Erreichbarkeit (geographische Lage)“ ist damit im vorliegenden Fall als solches klar unzulässig und muss deshalb bei der Bewertung ausser Acht fallen. Bei der Beschwerdeführerin sind damit 3 Punkte und bei der Zuschlagsempfängerin 2.5 Punkte aus der Bewertung zu streichen.

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 (siehe Erw. 2.1). 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 (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordnung 3], Register 6, act. 6.1). Die Ausschreibungsunterlagen enthielten entsprechend eine umfangreiche Liste von möglichen Subunternehmern für die einzelnen Arbeitsgattun-

gen. Dabei handelt es sich vorwiegend um lokale bzw. regionale Unternehmungen (Beilage 6 zum Eingabeformular für die Generalunternehmerofferte [Beschwerdeantwortbeilagen 11.1, Ordner 1, Register 3]). 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 benachbarter 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 entartende 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 (vgl. Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act 6.1). 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.

4.4.

Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass bereits die angepasste Preisbewertung sowie die Streichung der Teilkriterien „Erreichbarkeit“ und „Aussage Subunternehmer & vorgeschlagene Unternehmer“ beim Zuschlagskriterium „Qualität“ bei der Gesamtbewertung dazu führt, dass die Beschwerdeführerin neu vor der bisherigen Zuschlagsempfängerin auf den ersten Rang zu liegen kommt, selbst wenn sich sämtliche weiteren von ihr erhobenen Rügen als unbegründet erweisen würden. Die Beschwerdeführerin weist aufgrund der angepassten Bewertung beim Zuschlagskriterium Preis einen Vorsprung von 10.75 Punkten auf. Beim neu auf die „Qualitätssicherung“ beschränkten Zuschlagskriterium „Qualität“ hat sie einen Rückstand von 6 Punkten. Der aus der Bewertung dieser beiden Zuschlagskriterien resultierende Vorsprung von 4,75 Punkten der Beschwerdeführerin wird durch die zugunsten der Zuschlagsempfängerin ausgefallene Bewertung bei den Zuschlagskriterien „Termin“ (14,5 bzw. 13) und „Erfahrung“ (9,5 bzw. 6,5) nicht vollständig kompensiert, zumal die Gewichtung dieser Kriterien reduziert werden müsste, um das Gesamtgewicht der Zuschlagskriterien von 100 % beizubehalten. Entsprechend würden die bei der Bewertung dieser Kriterien erzielten Punkte bei beiden Anbieterinnen noch etwas niedriger ausfallen. Beim Zuschlagskriterium „Lehrlinge“ schliesslich hat die Beschwerdeführerin das Punktemaximum erreicht, die Zuschlagsempfängerin hingegen nur die halbe Punktzahl.

4.5.

Vor diesem Hintergrund erübrigt es sich, auf die weiteren gegen die Zuschlagskriterien bzw. die einzelnen Subkriterien sowie gegen die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin gerichteten Rügen näher einzugehen, zumal es sich hier zum Teil auch um Ermessensfragen handelt. Immerhin ist der Beschwerdeführerin darin beizupflichten, dass sich die einzelnen bewerteten Aspekte den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien teilweise nur schwer oder gar nicht zuordnen lassen. So wurde etwa unter dem Teilkriterium „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ in erster Linie die „Firma“, aufgeteilt in die Aspekte „Firma, Auftritt“ und „Nachweise, Bescheinigungen“ beurteilt. Die Beurteilung von „Firma, Auftritt“ erfolgte aufgrund folgender Bewertungspunkte (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act 6.1):

- Qualitätssicherheit für ein schlüsselfertiges Schulhaus in Holzelementbauweise
- Erfahrung als GU im Holzelementbau und Marktbekanntheit
- Dokumentation, Portrait und detaillierte Angaben der Firma bzw. Partnerfirma
- Aussagen zu Qualität, Kundendienst und Garantieleistungen

Für die „Nachweise, Bescheinigungen“ galten die folgenden Bewertungsgesichtspunkte (Beschwerdeantwortbeilagen 11.3 [Ordner 3], Register 6, act 6.1):

- ISO-Zertifizierung, Hochbaupartnerschaften oder weitere Fachverbände

- Versicherungsnachweise, weitere Dokumente und Bestätigungen wie Betreibungen, Zahlungen, Pensionskassen usw.

Die Qualitätssicherung wird üblicherweise als Bestandteil des Qualitätsmanagements verstanden und umfasst alle organisatorischen und technischen Massnahmen, die vorbereitend, begleitend und prüfend der Schaffung und Erhaltung einer definierten Qualität eines Produkts oder einer Dienstleistung dienen. Der Begriff der Qualitätssicherung wird insbesondere im Zusammenhang mit dem Qualitätsmanagementsystem eines Unternehmens sowie der Zertifizierungen nach ISO 9000 verwendet. Vor diesem Hintergrund sind die von der Vergabestelle darunter beurteilten Gesichtspunkte zumindest teilweise, jedenfalls soweit sie den „Auftritt“ betreffen (z.B. Marktbekanntheit, Dokumentationen, Portrait), eher ungewöhnlich. Ihr Bezug zur Qualitätssicherung des Unternehmens (im herkömmlichen Sinn) ist, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt (Replik, S. 2 f.), nicht ersichtlich. Zu erwarten wäre hier aufgrund des Wortlautes der Ausschreibung – „Qualitätssicherung (Firma, Projekt & Baustelle)“ - vielmehr die Beurteilung von Aspekten wie das Vorhandensein eines Qualitätsmanagementsystems (z.B. nach ISO 9001 oder firmeneigen) sowie von konkrete Angaben zur projekt- und baustellenbezogenen Qualitätssicherung. Die ISO-Zertifizierung ist vorliegend immerhin bei den „Nachweisen, Bescheinigungen“ berücksichtigt worden.

Klarerweise unzulässig ist die Bewertung von Versicherungsnachweisen, weiteren Dokumenten und Bestätigungen wie Betreibungen, Zahlungen, Pensionskassen etc. im Rahmen der Zuschlagskriterien. Sind solche Unterlagen von der Vergabestelle klar verlangt worden - was hier allerdings nicht der Fall war - und fehlen sie im Angebot, so erweist sich das Angebot als unvollständig und der Anbieter ist grundsätzlich von der Vergabe auszuschliessen, es sei denn, der Ausschluss wäre unverhältnismässig, weil die geforderten Unterlagen lediglich versehentlich nicht beigelegt wurden.

5.

Das Verwaltungsgericht kann gemäss § 27 Abs. 1 SubmD die Zuschlagsverfügung aufheben und die Beschwerdesache mit oder ohne verbindliche Anordnungen an die Vergabestelle zurückweisen. Aus dem Gesetzeswortlaut geht indes nicht klar hervor, ob das Verwaltungsgericht die Rückweisung mit der Anordnung verbinden darf, einem bestimmten Anbieter den Zuschlag zu erteilen. Bei der Beratung von § 27 SubmD in der Kommission des Grossen Rates wurde zu dieser Frage ausgeführt, aufgrund des Wortlautes sei eine solche Anordnung „im Prinzip ausgeschlossen“ (Protokoll der grossrätlichen Kommission vom 4. September 1996, S. 25 [Votum Pfisterer]). Angesichts des erheblichen Ermessensspielraums, welcher der Vergabestelle bei der Zuschlagserteilung zukommt, wird das Verwaltungsgericht, dem nur eine Rechts-, aber keine Ermessenskontrolle zusteht (§ 25 Abs. 3 SubmD), höchstens in

Ausnahmefällen, in denen die Vergabestelle aufgrund der besonderen Umstände des Falles kein Ermessen mehr hat, verbindliche Anweisungen bezüglich des Zuschlags erteilen (AGVE 1997, S. 360).

Im vorliegenden Fall verzichtet die Vergabestelle jedoch auf eine Ausübung des ihr im Fall der Rückweisung allfällig zukommenden Ermessens, indem sie ausdrücklich eine Zuschlagserteilung durch das Verwaltungsgericht beantragt (Eingabe vom 2. April 2015). Die Zuschlagsempfängerin hat sich am vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht beteiligt und keine Anträge gestellt (vgl. vorne lit. B.4). Auch insofern steht einer ausnahmsweisen direkten Zuschlagserteilung durch das Verwaltungsgericht nichts entgegen.

6.

Zusammenfassend ist die Beschwerde gutzuheissen und der an die B. erteilte Zuschlag ist aufzuheben. Dem Antrag der Vergabestelle entsprechend ist der Zuschlag neu an die Beschwerdeführerin zu erteilen.

III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gehen die Verfahrenskosten zu Lasten der Staatskasse (§ 31 Abs. 2 VRPG), nachdem der Vergabestelle (welcher Parteistellung zukommt, § 13 Abs. 2 lit. e VRPG) nicht vorgeworfen werden kann, sie hätte schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden (§ 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Parteikosten sind keine zu ersetzen (§ 32 Abs. 2 und § 29 VRPG).

Das Verwaltungsgericht erkennt:

1.

1.1.

In Gutheissung der Beschwerde wird der an die B. AG erteilte Zuschlag vom 26. Januar 2015 aufgehoben.

1.2.

Der Zuschlag für den Generalunternehmerauftrag Neubau Schulhaus in Holzelementbauweise wird an die A. AG zum Preis von Fr. 2'896'884.00 (inkl. MWSt) erteilt,

2.

Die verwaltungsgerichtlichen Verfahrenskosten gehen zu Lasten des Staates.

3.

Es werden keine Parteikosten ersetzt.

Zustellung an:

- die Beschwerdeführerin
- die Einwohnergemeinde Hendschiken (Gemeinderat)
- die Wettbewerbskommission (WEKO)

[Rechtmittelbelehrung]