Geschäftsnummer: **VB.2024.00402**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 19.12.2024
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Eine Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist am Bundesgericht noch hängig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:
BEWERTUNG DER ZUSCHLAGSKRITERIEN
ERMESSENSSPIELRAUM
RÜCKWEISUNGSENTSCHEID
ZUSCHLAGSKRITERIEN

Rechtsnormen:
Art. 56 Abs. III IVöB
Art. 56 Abs. IV IVöB
§ 50 VRG
§ 52 Abs. I VRG

Publikationen:
- keine -

Submission betreffend Arbeiten für eine Baugrube; Neubewertung der Zuschlagskriterien.

Der Beschwerdegegner formulierte in den Ausschreibungsunterlagen drei Zuschlagskriterien: ZK 1 – Preis, ZK 2 – Qualität (Unterkriterien ZK 2.1 – Referenzen und ZK 2.2 – Schlüsselpersonen) und ZK 3 – Nachhaltigkeit. Insgesamt erhielt die Mitbeteiligte 500 gewichtete Punkte, die Beschwerdeführerin 499,04 (E. 3.1 f.). Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erstellte der Beschwerdegegner eine detailliertere Vergleichsbewertung, worin die Mitbeteiligte 465,55 gewichtete Punkte und die Beschwerdeführerin deren 459 erzielte (E. 3.3).
In ihrer Replik rügt die Beschwerdeführerin, infolge der Akteneinsicht im Gerichtsverfahren habe sich ergeben, dass das Unterkriterium 2.1 – Referenzen mathematisch falsch bewertet worden sei; Rechtzeitigkeit der Rüge (E. 4.1). Die Vergabestelle hat die in den Fragebögen für die Referenzauskünfte erteilten Punkte nicht proportional in ihr Bewertungsschema transponiert; die Beschwerdeführerin – welche von den Referenzpersonen grossmehrheitlich die Maximalpunktzahl 10 erhielt – wurde hierdurch bei der Angebotsbewertung praktisch gleich bepunktet wie die Mitbeteiligte, die von den Referenzpersonen deutlich weniger Punkte erhielt. Dies war in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und ist vom Ermessensspielraum der Vergabebehörde nicht abgedeckt. Bei korrekter Bewertung des Unterkriteriums Referenzen erhält die Beschwerdeführerin insgesamt nach wie vor 499,04 gewichtete Punkte, die Mitbeteiligte neu nur noch 490. Bei der Vergleichsbewertung erzielt die Beschwerdeführerin nach wie vor 459 Punkte, die Mitbeteiligte 457,65 Punkte (E. 4.3 ff.).
Im Hinblick auf eine allfällige Neubewertung des

Unterkriteriums Referenzen bringt die Mitbeteiligte vor, dass diesfalls ihre Bewertung der ZK 2.2 und 3 ebenfalls zu korrigieren wäre, da sie bei diesen Kriterien zu schlecht bewertet worden sei (E. 5.1). Beim ZK 2.2 wiesen die Schlüsselpersonen der Mitbeteiligten längereBerufserfahrung, diejenigen der Beschwerdeführerin höhere Bildungsabschlüsse auf. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle beiden Parteien gerundet gleich viele Punkte erteilt hatte (E. 5.4). Mit Blick auf die exaktere Bepunktung in der Vergleichsbewertung sind die vorgenommenen Rundungen anzupassen. Beide Parteien erzielen je zehn gewichtete Punkte weniger (Beschwerdeführerin: 489,04, Mitbeteiligte: 480). Die Vergleichsbewertung bleibt unverändert (E. 5.5). Da die Beschwerdeführerin sowohl gemäss der ursprünglichen Bewertungsmethode wie auch in der Vergleichsbewertung mehr Punkte erzielt, kann die Frage nach der rechtlichen Relevanz der Vergleichsbewertung offengelassen werden (E. 5.6). Auch die – bei beiden Parteien praktisch gleich gute – Bewertung des ZK 3 – Nachhaltigkeit ist nicht zu beanstanden bzw. lag im Ermessen der Vergabebehörde (E. 5.8). Gutheissung und Rückweisung an die Vergabestelle zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2024.00402

Urteil

der 1. Kammer

vom 19. Dezember 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

A AG,

vertreten durch RA B und RA C,

Beschwerdeführerin,

gegen

Kanton Zürich Baudirektion,

vertreten durch RA D und/oder RA E,

Beschwerdegegner,

und

F AG,

vertreten durch RA G und/oder RA H,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Hochbauamt des Kantons Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 4. März 2024 auf SIMAP ein offenes Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich betreffend Arbeiten für die Baugrube im Projekt Neubau FORUM UZH. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 16. April 2024 gingen drei gültige Angebote mit Preisen inkl. MWST zwischen Fr. 29'941'486.35 (Angebot der F AG) und Fr. 41'866'722.40 ein. Mit Verfügung vom 13. Juni 2024 erteilte das Hochbauamt den Zuschlag der F AG zum angeführten Preis. Auf dem zweiten Platz rangierte gemäss Bewertung der Vergabebehörde das Angebot der A AG.

II.

Die A AG gelangte dagegen mit Beschwerde vom 13. Juni 2024 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die angefochtene Verfügung aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen; eventuell sei die Sache zur Erteilung des Zuschlags an sie selbst an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde superprovisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen und den Vertragsschluss zu untersagen sowie Akteneinsicht und einen zweiten Schriftenwechsel (Gelegenheit zur Beschwerdeergänzung), alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Hochbauamts und der F AG.

Mit Präsidialverfügung vom 9. Juli 2024 wurde dem Beschwerdegegner ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt.

Mit Eingabe vom 26. Juli 2024 beantragte die F AG, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden könne, den Antrag betreffend aufschiebende Wirkung abzuweisen und der A AG keine Akteneinsicht zu gewähren respektive die Geschäftsgeheimnisse der F AG vertraulich zu behandeln; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der A AG. Das Hochbauamt beantragte mit Beschwerdeantwort vom 29. Juli 2024, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung bereits nach Zustellung der Beschwerdeantwort abzuweisen und die superprovisorisch gewährte aufschiebende Wirkung wieder zu entziehen. Die eingereichten Akten seien – sofern als vertraulich bezeichnet – vertraulich zu behandeln; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der A AG.

Mit Präsidialverfügung vom 30. Juli 2024 wurde dem Beschwerdegegner weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig wurde das Akteneinsichtsbegehren der A AG teilweise gutgeheissen. Mit Replikschrift vom 12. August 2024 hielt diese an ihren Anträgen fest und

ersuchte um weitergehende Akteneinsicht. Die F AG stellte mit Eingabe vom 19. August 2024 ein Akteneinsichtsbegehren, das mit Präsidialverfügung vom 22. August 2024 teilweise gutgeheissen wurde. In ihren Dupliken vom 2. respektive 5. September 2024 hielten das Hochbauamt und die F AG an ihren Anträgen fest. Mit Präsidialverfügung vom 11. September 2024 wurde das erneute Akteneinsichtsbegehren der A AG teilweise gutgeheissen. In ihrer Triplikschrift vom 26. September 2024 hielt diese an ihren Anträgen fest. Die F AG hielt mit Quadruplik vom 9. Oktober 2024 ebenfalls an ihren Anträgen fest, wie auch das Hochbauamt mit Eingabe vom 11. Oktober 2024. Hernach erfolgten keine weiteren Stellungnahmen.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 4. März 2024 zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

1.2 Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (lit. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

2.

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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

2.2 Gemäss Angebotsbewertung erzielte die Mitbeteiligte mit 500 Punkten die höchste Gesamtbewertung; das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert bei einem Rückstand von 0,96 Punkten auf Platz 2. Mit ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin in materieller Hinsicht eine unrichtige Bewertung der Zuschlagskriterien geltend. Dringt sie mit ihren Rügen durch, hat sie aufgrund des sehr geringen Rückstands in der

Gesamtbewertung eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist mithin zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1 Der Beschwerdegegner formulierte in den Ausschreibungsunterlagen drei Zuschlagskriterien: ZK 1 – Preis (Gewichtung 50 %), ZK 2 – Qualität (Unterkriterien ZK 2.1 Referenzen und ZK 2.2 Schlüsselpersonen – Gewichtung je 10 %) und ZK 3 – Nachhaltigkeit (Gewichtung 30 %).

3.2 Die Bewertung des ZK 1 – Preis ist nicht umstritten. Sie erfolgte durch Vergleich der Eingabesummen mittels einer linearen Formel und einer Preisspanne von 50 %. Die Mitbeteiligte offerierte zum Preis von Fr. 29'941'486.35 und erzielte 250 gewichtete Punkte (d. h. den maximalen Punktewert von 5); die Beschwerdeführerin offerierte zum Preis von Fr. 29'998'738.95 und erzielte 249,04 gewichtete Punkte (Punktewert 4,98).

Die Bewertung des ZK 2 – Qualität erfolgte beim Unterkriterium 2.1 – Referenzen anhand eines Fragebogens. Es wurden pro Anbieterin zwei Referenzauskünfte eingeholt und die Referenzpersonen konnten bei 18 Kategorien, zusammengefasst in vier Oberkategorien, zwischen 0 Punkten (schlecht), 2 Punkten (ungenügend), 4 Punkten (genügend), 6 Punkten (gut), 8 Punkten (sehr gut) und 10 Punkten (ausserordentlich) wählen. Der Beschwerdegegner stufte sämtliche Referenzauskünfte als "durchwegs sehr positiv" ein und erteilte der Beschwerdeführerin wie auch der Mitbeteiligten den maximalen Punktewert von 5 Punkten (50 gewichtete Punkte). Beim Unterkriterium 2.2 – Schlüsselpersonen erhielten beide Offertstellerinnen wiederum den maximalen Punktewert von 5 Punkten (50 gewichtete Punkte).

Bei der Bewertung des ZK 3 – Nachhaltigkeit wurden die (Bahn-)Transportkonzepte der Anbieterinnen anhand der Unterkriterien "Transportdistanzen", "Art des Transports (Bahntransport)" und "Verwertung (Materialwiederverwertung)" ausgewertet. Erneut erhielten die Mitbeteiligte wie auch die Beschwerdeführerin jeweils den maximalen Punktewert von 5 Punkten (150 gewichtete Punkte).

Insgesamt erhielt die Mitbeteiligte somit 500 gewichtete Punkte, die Beschwerdeführerin 499,04.

3.3 Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens erstellte der Beschwerdegegner eine detailliertere Vergleichsbewertung, worin auch die nichtpreislichen Kriterien auf zwei Dezimalstellen genau gerundet wurden anstatt wie bei der ursprünglichen Bewertung auf ganze Zahlen. Die Bewertung des Preiskriteriums blieb hierin gleich wie in der ursprünglichen Bewertung, beim Unterkriterium Referenzen erzielte die Mitbeteiligte 47,38 gewichtete Punkte und die Beschwerdeführerin 47,79 gewichtete Punkte; in der detaillierten Vergleichsbewertung des Unterkriteriums Schlüsselpersonen erzielte die Mitbeteiligte sodann 44,26 gewichtete Punkte und die Beschwerdeführerin 35,55. In der

Vergleichsbewertung des ZK 3 – Nachhaltigkeit erzielte die Mitbeteiligte 123,92 gewichtete Punke, die Beschwerdeführerin 126,61. In der Vergleichsbewertung erhielt die Mitbeteiligte somit insgesamt 465,55 gewichtete Punkte und die Beschwerdeführerin deren 459.

4.

4.1 In ihrer Replik rügt die Beschwerdeführerin, infolge der – mit Präsidialverfügung vom 30. Juli 2024 gewährten – Akteneinsicht habe sich ergeben, dass das Unterkriterium 2.1 – Referenzen mathematisch falsch bewertet worden sei. Da die (teilweise geschwärzten) Referenzbewertungen der Beschwerdeführerin erstmals zu diesem Zeitpunkt zur Kenntnis gebracht worden sind, erweist sich die erst replicando vorgetragene Rüge nicht als verspätet (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 52 N. 34).

4.2 Vergabebehörden verfügen bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Entscheid darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, 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). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 56 Abs. 4 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens sowie eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts (Art. 56 Abs. 3 IVöB; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a und b VRG).

4.3 Die Vergabestelle hat die Angaben der Referenzpersonen aus dem vorstehend in E. 3.2 erwähnten Fragebogen für die Bewertung des ZK 2.1 – Referenzen wie folgt transponiert:

- 0 Punkte (schlecht) → 1 Punkt in der Bewertung (sehr schlecht)
- 2 Punkte (ungenügend) → 2 Punkte in der Bewertung (ungenügend)
- 4 Punkte (genügend) → 3 Punkte in der Bewertung (genügend)
- 6 Punkte (gut) → 4 Punkte in der Bewertung (gut)
- 8 Punkte (sehr gut) → 5 Punkte in der Bewertung (sehr gut)
- 10 Punkte (ausserordentlich) → 5 Punkte in der Bewertung (sehr gut)

Diese Transponierung ergab bei der Beschwerdeführerin ein Mittel von 4,78 Punkten und bei der Mitbeteiligten ein Mittel von 4,74 Punkten. Dies wurde in der ursprünglichen Bewertung jeweils auf die Maximalpunktzahl 5 (d. h. 50 gewichtete Punkte) aufgerundet; aus der detaillierten Vergleichsbewertung sind die gewichteten Punkte von 47,79 (Beschwerdeführerin) respektive 47,38 (Mitbeteiligte) ersichtlich.

4.4 In ihrer Triplikschrift bringt die Beschwerdeführerin vor, die Transponierung sei willkürlich und rechtsungleich. Die Vergabestelle habe sämtliche anderen Zuschlagskriterien auf einer Skala von null bis fünf Punkten bewertet; es sei nicht nachvollziehbar, dass ausschliesslich beim Unterkriterium 2.1 – Referenzen im Fall einer mit schlecht bzw. null Punkten beurteilten Referenz dennoch ein Punkt vergeben werde und null Punkte somit gar nie erteilt würden. Ebenso wenig sei sachlich begründet, dass im Fall von als sehr gut (acht Punkte) wie auch von als ausserordentlich (zehn Punkte) beurteilten Referenzen bei der Bewertung gleichsam je fünf Punkte erteilt wurden. Die Vergabestelle hält dem entgegen, dass nicht die von den Referenzpersonen erteilten Punkte, sondern die Prädikate (z. B. "schlecht" oder "gut") ausschlaggebend sein sollen, zumal es Referenzpersonen gebe, die nie die Maximalnote vergeben. Entsprechendes macht auch die Mitbeteiligte geltend und bringt weiter vor, es verletze das Gleichbehandlungsgebot nicht, wenn die Maximalpunktzahl 5 bereits bei einer als sehr gut beurteilten Referenz erteilt werde.

4.5 Referenzauskünfte sind naturgemäss subjektiv geprägt; es ist nicht ausgeschlossen, dass manche Referenzpersonen nie die Maximalnote erteilen. Aus zwei gleichlautenden Auskünften kann jedoch abgeleitet werden, dass ihnen eine gewisse Objektivität zukommt (VGr, 2. Februar 2023, VB.2022.00719, E. 5.4; 20. Dezember 2006, VB.2006.00359, E. 6.2.1). Die Beschwerdeführerin hat von beiden Referenzpersonen grossmehrheitlich die Bewertung "10 Punkte – ausserordentlich" erhalten; die Mitbeteiligte erhielt von der ersten Referenzperson bei sämtlichen 18 abgefragten Kategorien entweder sechs oder acht Punkte (nie aber zehn Punkte), die zweite Referenzperson erteilte ihr jeweils sechs, acht oder zehn Punkte.

4.6 In den Ausschreibungsunterlagen finden sich zur Beurteilung der Referenzen folgende Angaben: "Die Bewertung ergibt sich aus den Aussagen der Referenzpersonen. […] Bei der Bewertung der Referenzen werden alle in den Referenzanfrageformularen vorgenommenen Bewertungen berücksichtigt. Anschliessend wird zur Benotung des Zuschlagskriteriums ein arithmetischer Mittelwert berechnet." Auf dieser Formulierung ist der Beschwerdegegner zu behaften. In den Formularen für die Referenzauskünfte hat er eine Differenzierung vorgesehen zwischen den Referenzbewertungen "8 Punkte (sehr gut)" und "10 Punkte (ausserordentlich)", die zu berücksichtigen ist. Eine nichtproportionale Veränderung der Bewertungsskala, womit unter anderem null Punkte zu einem Punkt und insbesondere acht wie auch zehn Punkte zur gleichen Bewertung dieses Zuschlagskriteriums führen, war in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und ist vom Ermessensspielraum der Vergabebehörde nicht abgedeckt.

Vielmehr drängt sich aufgrund der Ausschreibungsunterlagen eine Berechnungsweise auf, bei der die von den Referenzpersonen erteilten Punkte nach Berechnung des arithmetischen Mittelwerts in ein lineares Bewertungsschema einfliessen. Das heisst, die von den Referenzpersonen bei den 18 Kategorien respektive 4 übergeordneten Kategorien (Qualität, Kosten, Fachkompetenz/Arbeitsweise und Termine) erteilten Punkte sind durch zwei zu

dividieren und ein Mittelwert aus den beiden Referenzen ist zu generieren; dieser Mittelwert stellt die zu erteilenden Punkte dar.

Die Beschwerdeführerin erzielte folgende Punkte:

Qualität: Referenz 1 – durchschnittlich 5 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 4,40 Pt.
Kosten: Referenz 1 – durchschnittlich 4,50 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 4,83 Pt.
Fachkompetenz: Referenz 1 – durchschnittlich 5 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 5 Pt.
Termine: Referenz 1 – durchschnittlich 4,75 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 4,75 Pt.

Mittelwert Referenz 1: 4,81 Pt.; Mittelwert Referenz 2: 4,75 Pt.
Mittelwert Referenz 1 und 2: 4,78 Pt.; gewichtete Punkte: 47,79

Die Mitbeteiligte erzielte folgende Punkte:

Qualität: Referenz 1 – durchschnittlich 3,40 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 4,60 Pt.
Kosten: Referenz 1 – durchschnittlich 3,50 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 3,50 Pt.
Fachkompetenz: Referenz 1 – durchschnittlich 4 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 4,33 Pt.
Termine: Referenz 1 – durchschnittlich 3,50 Pt.; Referenz 2 – durchschnittlich 4,75 Pt.

Mittelwert Referenz 1: 3,60 Pt.; Mittelwert Referenz 2: 4,75 Pt.
Mittelwert Referenz 1 und 2: 3,95 Pt.; gewichtete Punkte: 39,48

Folgt man der (unbestritten gebliebenen) Rundungsmethode des Beschwerdegegners, so erhält die Beschwerdeführerin bei korrekter Bewertungsweise aufgerundet 5 Punkte bzw. 50 gewichtete Punkte und die Mitbeteiligte aufgerundet 4 Punkte bzw. 40 gewichtete Punkte. Gemäss ursprünglicher Bewertung erhielte die Beschwerdeführerin demzufolge nach wie vor 499,04 Punkte, die Mitbeteiligte neu nur noch 490 Punkte. Bei der Vergleichsbewertung erzielte die Beschwerdeführerin nach wie vor 459 Punkte, die Mitbeteiligte 457,65 Punkte.

4.7 Als Zwischenfazit ist mithin festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin bei einer korrekten Punktevergabe beim Unterkriterium ZK 2.1 – Referenzen insgesamt mehr gewichtete Punkte erzielt als die Mitbeteiligte – und zwar sowohl unter Beibehaltung der ursprünglichen Berechnungsweise wie auch bei der detaillierten Vergleichsbewertung.

5.

5.1 Im Hinblick auf eine allfällige Neubewertung des Unterkriteriums ZK 2.1 – Referenzen bringt die Mitbeteiligte vor, dass diesfalls ihre Bewertung der ZK 2.2 und 3 ebenfalls zu korrigieren wäre, da sie bei diesen Kriterien zu schlecht bewertet worden sei.

Eine Korrektur der Bewertung der Mitbeteiligten beim Unterkriterium 2.2 – Schlüsselpersonen und beim Zuschlagskriterium 3 – Nachhaltigkeit erübrigt sich grundsätzlich, da sie diesbezüglich – zumindest in der ursprünglichen, grundsätzlich massgeblichen (s. u. E. 5.6) Bewertung – jeweils ohnehin die Maximalpunktzahl erzielte.

Es ist jedoch der Vollständigkeit halber in der Folge darauf einzugehen, ob die Beschwerdeführerin, die ebenfalls die Maximalpunktzahl erzielte, zu grosszügig bewertet worden ist.

5.2 Bei der Bewertung des Unterkriteriums ZK 2.2 – Schlüsselpersonen wurde, anders als bei der Beurteilung des ZK 2.1 – Referenzen, kein Referenzabfrageformular verwendet. Vielmehr wurden die von den Offertstellerinnen selbst ausgefüllten Formulare "Schlüsselpersonen" ausgewertet. Die vorstehend in E. 4.5 f. im Zusammenhang mit dem ZK 2.1 – Referenzen dargestellten Gründe, warum Bewertungen von externen Referenzpersonen von der Vergabestelle nicht umgedeutet werden dürfen, sind somit im Zusammenhang mit dem Unterkriterium 2.2 unbeachtlich.

5.3 In den Ausschreibungsunterlagen finden sich zur Beurteilung der Schlüsselpersonen folgende Angaben: "Es werden zwei Referenzarbeiten und die Berufserfahrungsjahre der für die Bauaufgabe eingeplanten Schlüsselpersonen und deren Stellvertretung bewertet. Die Referenzen pro Schlüsselperson und deren Stellvertretung erhalten mehr Punkte – je besser sie in Grösse und Komplexität den ausgeschriebenen Arbeiten entsprechen. Je mehr Berufserfahrungsjahre die Schlüsselperson und die Stellvertretung im ausgeschriebenen Gewerk vorweisen können, umso mehr Punkte werden vergeben." In den auszufüllenden Formularen wurden sodann zusätzlich Angaben zu den Bildungsabschlüssen der Schlüsselpersonen verlangt.

5.4 Der Beschwerdegegner macht diesbezüglich geltend, dass die Schlüsselpersonen beider Parteien durchweg sehr positiv zu bewerten gewesen seien, zumal die Schlüsselpersonen allesamt sehr umfangreiche Berufserfahrung ausgewiesen hätten und die angeführten Referenzprojekte mit dem ausgeschriebenen Auftrag in Bezug auf Grösse und Komplexität vergleichbar gewesen seien. Daher sei beiden Anbieterinnen die Maximalpunktzahl erteilt worden.

Aus den genannten Formularen und den weiteren Vergabeakten ergibt sich, dass die Referenzprojekte Auftragswerte zwischen Fr. 5 Mio. und Fr. 55 Mio. aufwiesen und sehr komplexe Arbeiten beinhalteten (Baugrubensicherungsmassnahmen, Verankerungen, Baugrubenaushub von belastetem und unbelastetem Material, Altlastensanierung, Arbeiten an innerstädtischen Lagen). Die angeführten Schlüsselpersonen wiesen allesamt umfangreiche Berufserfahrung zwischen 7 und 29 Jahren auf, wobei diejenigen der Mitbeteiligten über längere Berufserfahrung, diejenigen der Beschwerdeführerin über höhere Bildungsabschlüsse verfügten (15/17; 15/5.1 und 15/6.1, Formulare "Schlüsselpersonen"). Die Erteilung der gleichen auf ganze Zahlen gerundeten Punktzahl für beide Anbieterinnen ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden und lag grundsätzlich im Ermessen der Vergabebehörde. Es bleibt somit bei der vorstehend in E. 4.6 genannten Differenz von 9,04 Punkten zugunsten der Beschwerdeführerin (zur Vergleichsbewertung s. sogleich unten).

5.5 Aus der Vergleichsbewertung ist eine gegenüber der ursprünglichen Bewertung deutlich schlechtere Punktzahl der Beschwerdeführerin ersichtlich (35,55 gewichtete Punkte gegenüber 44,26 gewichteten Punkten der Mitbeteiligten). Mit Blick auf die unterschiedliche Berufserfahrung der Schlüsselpersonen lag es im Ermessen der Vergabebehörde, der Beschwerdeführerin beim Unterkriterium "Berufserfahrung" drei Punkte, der Mitbeteiligten fünf Punkte zu erteilen. Auch unter Zugrundelegung dieser niedrigeren Bewertung erzielt die Beschwerdeführerin in der Vergleichsbewertung insgesamt immer noch mehr Punkte als die Mitbeteiligte (nach wie vor 459 Punkte gegenüber 457,65 Punkten, s. oben E. 4.6). Rundet man die in der Vergleichsbewertung erteilten Punkte gemäss der ursprünglichen Bewertung auf ganze Zahlen, so sind der Beschwerdeführerin wie der Mitbeteiligten je 4 Punkte (bzw. 40 gewichtete Punkte) zu erteilen, was zu einer Gesamtsumme von 489,04 Punkten (Beschwerdeführerin) respektive 480 Punkten (Mitbeteiligte) führt.

5.6 Offengelassen werden kann vor diesem Hintergrund die grundsätzliche Frage nach der rechtlichen Relevanz einer im Rahmen des Beschwerdeverfahrens nachgereichten Vergleichsbewertung, da die Beschwerdeführerin bei beiden Bewertungsarten mehr Punkte erzielt. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabebehörde nach der verwaltungsgerichtlichen Praxis die Begründung des Zuschlagsentscheids im Rahmen der Beantwortung einer Submissionsbeschwerde zwar in der Regel noch ergänzen kann (VGr, 28. September 2011, VB.2010.00708, E. 2.1 mit Hinweisen). In diesem Rahmen muss beim Vorliegen eines Fehlers in der ursprünglichen Begründung auch eine substituierende Begründung zulässig sein (VGr, 21. November 2012, VB.2012.00153, E. 3.4; 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 10.1). Ist die ursprüngliche Bewertung eines Zuschlagskriteriums allerdings *nicht* fehlerhaft, so wäre es zumindest fraglich, inwieweit die Vergabestelle den Zuschlag durch Abänderung der Unterkriterien und Bewertungsweisen nachträglich noch rechtfertigen könnte. Vorliegend weist der Beschwerdegegner allerdings ausdrücklich darauf hin, dass er die Vergleichsbewertung ohnehin nicht als Ersatz der ursprünglichen Bewertung verstanden haben möchte.

5.7 Im Zusammenhang mit dem Zuschlagskriterium ZK 3 – Nachhaltigkeit finden sich in den Ausschreibungsunterlagen folgende Angaben: "Zur objektiven Bewertung des Transport- und Bahntransportkonzepts werden folgende Kriterien zugrunde gelegt:

- Bewertet werden Transportdistanzen ab Baustelle zur Bahnverladestation
- Bewertet werden Transportdistanzen ab Baustelle zur Wiederverwertung
- Bewertet werden Transportdistanzen ab Baustelle zur Entsorgungsstelle
- Transportdistanzen von Bahnverladestation zur Wiederverwertung
- Transportdistanzen von Bahnverladestation zur Entsorgungsstelle

[…] Bei der Bewertung der Distanzen erhalten diejenigen mit der kürzeren Distanz die (höhere) Punktzahl. Bei der Bewertung der Art des Transports erhalten diejenigen mit dem

Bahntransport die (höhere) Punktzahl und bei der Art der Verwertung erhalten diejenigen mit der grösseren Menge in der Materialverwertung die (höhere) Punktzahl."

5.8 Der Beschwerdegegner bringt vor, die Prüfung der eingereichten Konzepte habe gezeigt, dass diejenigen der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten im Hinblick auf die Bepunktung insgesamt gleichwertig seien. Dieser Bewertung ist zuzustimmen: Eines der Angebote wies sich durch kürzere Transportdistanzen aus, das andere durch einen grösseren Anteil an wiederverwertetem Material; bei der Art des Transports schnitten beide Offerten sehr gut ab. Beide Angebote erzielten in der Folge die Maximalpunktzahl (und wurden in der Vergleichsbewertung ebenfalls ähnlich bewertet mit 123,92 gewichteten Punkten für die Mitbeteiligte und 126,61 gewichteten Punkten für die Beschwerdeführerin). Anhaltspunkte für eine zu grosszügige Bewertung der Beschwerdeführerin ergeben sich denn auch nicht aus den weiteren Akten. Soweit die Mitbeteiligte vorbringt, dass sie beim Unterkriterium Transportdistanzen besser zu bewerten sei als die Beschwerdeführerin, ist sie darauf hinzuweisen, dass sie in diesem Punkt tatsächlich bereits deutlich besser bewertet worden ist (der Unterschied beträgt über 20 anrechenbare Punkte), und auch mit dem Vorbringen, ihr sei eine Material-Wiederverwertungsquote von 100 % anzurechnen, dringt sie nicht durch: Angesichts der Qualität des Aushubmaterials kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Auffüllen von Deponien als vollständige Wiederverwertung zu qualifizieren wäre (vgl. BGE 148 II 155 E. 4.5). Eine Prüfung der beschwerdeführerischen Vorbringen, wonach sie beim Nachhaltigkeitskriterium zu schlecht bewertet worden sei, erübrigt sich. Da die Bewertung des Beschwerdegegners auch beim ZK 3 – Nachhaltigkeit innerhalb des behördlichen Ermessensspielraums lag, bleibt es bei der Erteilung der Maximalpunktzahl für beide Anbieterinnen. An der im Rahmen der Vergleichsbewertung vorgenommenen Punktevergabe brauchen ebenfalls keine Änderungen vorgenommen zu werden.

6.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde gutzuheissen. Die Beschwerdeführerin erzielt bei einer korrekten Bewertung der Zuschlagskriterien 489,04 gewichtete Punkte, die Mitbeteiligte 480 gewichtete Punkte (oder gemäss Vergleichsbewertung: 459 Punkte der Beschwerdeführerin gegenüber 457,65 Punkten der Mitbeteiligten). Die Sache ist an den Beschwerdegegner zurückzuweisen, um den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

7.

Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

8.

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an den Beschwerdegegner zur Vergabe an die Beschwerdeführerin gilt diese als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten dem Beschwerdegegner und der Mitbeteiligten aufzuerlegen. Schliesslich sind der Beschwerde-

gegner und die Mitbeteiligte zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

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).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Vergabeentscheid vom 13. Juni 2024 aufgehoben. Die Sache wird an den Beschwerdegegner zurückgewiesen, um den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 25'000.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 505.-- Zustellkosten,
   Fr. 25'505.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden je zur Hälfte dem Beschwerdegegner und der Mitbeteiligten auferlegt.

4. Der Beschwerdegegner und die Mitbeteiligte werden verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von je Fr. 4'000.- (insg. Fr. 8'000.-; inkl. MWST) zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Urteils.

5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

6. Mitteilung an die Parteien.