


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2023.00423

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 21.12.2023

Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

[BEWERTUNG](#)
[EIGNUNGSKRITERIEN](#)
[GLOBALANGEBOT](#)
[REFERENZEN](#)
[REFERENZOBJEKT](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[VARIANTENANGEBOT](#)
[ZUSCHLAGSKRITERIEN](#)

Rechtsnormen:

Art. 13 lit. h IVöB
 § 4a Abs. I lit. a IVöB-BeitrittsG
 § 4a Abs. I lit. c IVöB-BeitrittsG
 § 4a Abs. I lit. i IVöB-BeitrittsG
 § 22 SubmV
 § 33 SubmV
 § 38 Abs. III lit. d SubmV
 § 38 Abs. III lit. e SubmV
 § 38II SubmV

Publikationen:

- keine -

Vergabe von (Tief-)Bauleistungen: Erfüllung der Eignungskriterien durch die Zuschlagsempfängerin; Bewertung der Zuschlagskriterien.

Die Anbietenden sind erstens verpflichtet, die Offerte wahrheitsgemäss auszufüllen (vgl. § 4a Abs. 1 lit. i aIVöB-BeitrittsG). Zweitens stellt ein Angebot eine verbindliche Vertragsofferte dar, mit der sich die Anbieterin – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die kauf- oder werkvertraglichen Rechtsbehelfe zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich nach dem Ausgeführten darauf verlassen, dass eine Anbieterin den Vertragspflichten nachkommen wird, solange wie vorliegend keine konkreten gegenteiligen Hinweise bestehen (E. 3.2). Die Bewertung der Zuschlagskriterien, welche innerhalb des diesbezüglich grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörde liegt, ist nicht zu beanstanden (E. 4). Dies gilt auch für die Bewertung der von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Varianten (E. 5).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2023.00423

Urteil

der 1. Kammer

vom 21. Dezember 2023

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

ARGE A, bestehend aus:

1. B AG,
2. Firma C,

alle vertreten durch RA D und/oder E,

Beschwerdeführerinnen,

gegen

Tiefbauamt der Stadt Zürich,

Beschwerdegegner,

und

F AG, vertreten durch RA G und/oder RA H,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Tiefbauamt der Stadt Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 17. Februar 2023 auf SIMAP ein offenes Submissionsverfahren zur Beschaffung von Bauarbeiten für den Neubau des Speicherkanals und die Verbesserung der Entlastungssituation an der Wehrenbachhalde, Abschnitt Wasserstrasse 12 bis Wehrenbachhalde 59 (Bau Nr. 15068). Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 5. April 2023 offerierten vier Anbieterinnen zu Globalpreisen zwischen Fr. 20'401'658.75 und Fr. 22'875'000.00. Mit Stadtratsbeschluss vom 5. Juli 2023 wurde der Zuschlag an die F AG zum Preis von Fr. 21'603'000.00 (inkl. 7,7 % MWST) erteilt. Dieses Ergebnis wurde am 14. Juli 2023 auf SIMAP veröffentlicht.

II.

Dagegen erhoben die B AG sowie die Firma C (zusammen: ARGE A), am 24. Juli 2023 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragten, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, die Zuschlagsempfängerin aus dem Verfahren auszuschliessen und den Zuschlag ihnen zu erteilen. Eventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und der Zuschlag ihnen zu erteilen. Subeventuell sei der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragten die Beschwerdeführerinnen, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Zudem sei ihnen – vorbehaltlich berechtigter Geheimhaltungsinteressen – vollständige Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren. Ferner machten sie an den sie betreffenden Vergabeakten Geheimhaltungsinteressen gegenüber den weiteren Anbieterinnen geltend; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Präsidialverfügung vom 25. Juli 2023 wurde dem Beschwerdegegner ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Ferner wurde mit Präsidialverfügung vom 7. August 2023 ein Akteneinsichtsgesuch der Mitbeteiligten gutgeheissen und ihr sowie dem Beschwerdegegner die Beschwerdeantwortfrist erstreckt.

Mit Eingabe vom 18. August 2023 beantragte die Mitbeteiligte, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell diese abzuweisen. Sodann sei das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung umgehend abzuweisen und die von ihr als geheim bezeichneten Akten seien vertraulich zu behandeln. Ferner beantragte sie eine Parteientschädigung. Der Beschwerdegegner beantragte in seiner Beschwerdeantwort vom 28. August 2023, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen. Der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu gewähren sowie die – am 1. September 2023 nachgereichten – Akten seien den Beschwerdeführerinnen nicht zu öffnen, soweit sie als vertraulich bezeichnet wurden; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Präsidialverfügung vom 7. September 2023 wurde das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerinnen teilweise gutgeheissen und Replikfrist angesetzt. Dem Beschwerdegegner wurde weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Ferner wurde mit Präsidialverfügung vom 12. September 2023 ein Akteneinsichtsgesuch der Mitbeteiligten gutgeheissen.

Die Beschwerdeführerinnen replizierten am 29. September 2023 mit unveränderten Anträgen. Mit Präsidialverfügung vom 3. Oktober 2023 wurde dem Beschwerdegegner und der Mitbeteiligten Frist angesetzt, um eine Duplik einzureichen. Gleichzeitig wurde dem Beschwerdegegner weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen.

Am 16. Oktober 2023 hielt die Mitbeteiligte an den gestellten Anträgen fest. Der Beschwerdegegner duplizierte am 6. November 2023 mit unveränderten Anträgen.

Mit Präsidialverfügung vom 9. November 2023 wurde dem Beschwerdegegner weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Ferner wurde den Beschwerdeführerinnen Frist für eine freigestellte Stellungnahme zu den Dupliken angesetzt.

Die Beschwerdeführerinnen nahmen am 20. November 2023 Stellung und hielten weiterhin an den gestellten Anträgen fest.

Die Kammer erwägt:

1.

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372).

Gemäss Art. 64 Abs. 1 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Die revidierte IVöB trat am 1. Oktober 2023 in Kraft. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach bisheriges Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Für die Vergabe von Aufträgen gilt weiter die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

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

2.2 Die Beschwerdeführerinnen, welche das preisgünstigste Angebot eingereicht haben, liegen mit 306 Punkten für die Amtsvariante in der Gesamtrangierung auf dem vierten Platz (die von den Beschwerdeführerinnen überdies eingereichten Varianten erreichten mit 300, 298 bzw. 296 die Plätze 5–7). Die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin hatte 317 Punkte erreicht; die zweitplatzierte Anbieterin 316 Punkte und die Drittplatzierte 310 Punkte. Zunächst machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin sei vom Verfahren auszuschliessen, da diese das Eignungskriterium nicht erfülle, wonach die Anbietenden mindestens 60 % der Auftragssumme selbst erbringen müssten. Als Zweites rügen die Beschwerdeführerinnen die Bewertung ihres Amtsvorschlags als 10 Punkte zu tief und diejenige des Angebots der Mitbeteiligten als mindestens 20 Punkte zu hoch. Ferner monieren sie die Nichtberücksichtigung ihrer Terminvariante als ungerechtfertigt und beanstanden, dass ihnen bei den technischen Varianten keine Beweis- bzw. Erläuterungsmöglichkeit bezüglich deren Machbarkeit gewährt worden sei.

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

3.

Die Beschwerdeführerinnen machen zunächst geltend, dass die Mitbeteiligte vom Vergabeverfahren auszuschliessen sei, da diese deutlich weniger als 60 % der Auftragssumme selbst leiste und damit das entsprechende Eignungskriterium nicht erfülle.

3.1 Gemäss § 4a Abs. 1 aIVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a aIVöB-BeitrittsG) oder bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c aIVöB-BeitrittsG).

3.1.1 Die Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Die Vergabebehörde legt die für die jeweilige Beschaffung erforderlichen Eignungskriterien im Hinblick auf deren Besonderheiten fest, bestimmt die zu erbringenden Nachweise und gibt diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 22 aSubmV).

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2.3.4 Aus diesen Ausführungen ergibt sich einerseits, dass die Vergabebehörde die Angaben in der Offerte der Mitbeteiligten einer Plausibilitätsprüfung unterzogen hat und sich der Problematik angesichts der Aufteilung der Leistungserbringung auf 60 % und 40 % bewusst war. Überdies hat sich die Vergabebehörde von der Mitbeteiligten offenbar vorgängig bestätigen lassen, dass keine Leistungen anderer Konzerngesellschaften als Eigenleistung angerechnet würden. Demzufolge erweist sich das Vorbringen, dass diese keine Spezialtiefbauarbeiten im Angebot hätte, als unbegründet.

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

4.

Sodann rügen die Beschwerdeführerinnen die Bewertung ihres Amtsvorschlags als 10 Punkte zu tief und diejenige des Angebots der Mitbeteiligten als mindestens 20 Punkte zu hoch.

4.1 Zuschlagskriterien dienen der Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 aSubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 aSubmV). Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (BGE 141 II 14 E. 8.3; Galli et al., Rz. 564).

In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 aIVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

4.2 Vorliegend definierte die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien gemäss Ziffer 12 der Ausschreibungsunterlagen wie folgt:

Qualität der Referenzen und Schlüsselpersonen (40 %)

- Qualität der Referenzen: Geprüft werden die ausdrücklich genannten Referenzen gemäss Ziff. 11.2.1. Zudem können stadtinterne Referenzen des TAZ (sofern vorhanden) miteinbezogen werden. Es wird eine Gesamtbeurteilung der Referenzen aller beteiligten Unternehmen vorgenommen, wobei der Anteil der jeweiligen Unternehmen am Auftrag entsprechend berücksichtigt wird.
- Zu erwartende Leistungen der Schlüsselpersonen aufgrund der internen Referenzen des TAZ (sofern vorhanden) und der ausdrücklich genannten Referenzen sowie der Qualifikation, Erfahrung und Verfügbarkeit gemäss Ziff. 11.2.2 (Technische Leitung, Bauführer, Poliere). Bei den Polieren wird der Nachweis für den erfolgreichen Abschluss des Lehrgangs «Qualität im Kanalbau – Praxiswissen für Bauausführende», welcher vom Baumeisterverband angeboten wird, bei der Bewertung berücksichtigt.

Preis: Höhe und Art (Globale) des Angebotspreises (40 %)

Baumethode, Bauzeit, Unterlagen (20 %)

- Attraktivität der Baumethoden, allfällige innovative Baumethoden oder Lösungsansätze und Einsatz von Geräten, welche die Immissionen (Lärm, Staub, usw.) auf die Bevölkerung reduzieren (dieses Kriterium wird nur bei entsprechenden Angebotsinhalten bewertet).
- Bauzeit (alternatives Bauprogramm, optimal kurze Bauzeit).

(Dieses Kriterium wird nur bei Eingabe von Terminvarianten bewertet und falls die örtlichen Gegebenheiten, die projektspezifischen Randbedingungen sowie die resultierenden Auswirkungen auf die Bevölkerung und den Verkehrsablauf Abweichungen vom in der Submission vorgegebenen Bauprogramm zulassen.)

- Qualität der abgegebenen Unterlagen (Inhalt, Vollständigkeit, Übersichtlichkeit, Stringenz etc.).

4.3 Die Bewertung der eingereichten Angebote führte bei den beiden prozessbeteiligten Anbieterinnen zu folgendem Schlussergebnis:

	Beschwerdeführerinnen (Amtsvariante)	Mitbeteiligte
ZK1: Referenzen (40 %)	120	120
Firma (20 %)	60	60
Schlüsselpersonen (20 %)	60	60
ZK2: Angebotspreis (40 %)	20'239'587.66	21'416'133.65
(Preisspanne 150 %)	146	127
ZK3: Technische Kriterien (20 %)	40	70
Baumethode und Bauzeit (10 %)	20	30
Qualität der Unterlagen (10 %)	20	40
Total	306	317

4.4 Im Referenzkriterium (Zuschlagskriterium 1) erzielten die Beschwerdeführerinnen 120 von 160 möglichen Punkten. Die eingereichten Referenzprojekte wurden als ausreichend vergleichbar beurteilt und erzielten eine Bewertung als gut, obwohl eine passgenaue Referenz in einem Wohnquartier gefehlt habe.

4.4.1 In ihrer Replik machen die Beschwerdeführerinnen einen Verstoß gegen das Transparenzgebot geltend, da eine Besserbewertung von Referenzprojekten in Wohnquartieren in der Ausschreibung nicht vorgesehen gewesen sei. Demnach mussten die Referenzen mit dem ausgeschriebenen Projekt hinsichtlich des Objektcharakters (technische Verfahren, Bauvolumen, Komplexität, Organisationsstruktur, Terminprogramm, etc.) vergleichbar sein und möglichst von städtischen Bauten stammen. Vorliegend massgebend waren für die Bewertung die Qualität der Referenzen und die von den Schlüsselpersonen zu erwartende Leistung (vgl. E. 4.2) die internen Unterkriterien Komplexität, Umfeld (Wohnquartier), Bauvolumen und Projektkinhalt.

4.4.2 Nach der Gerichtspraxis muss für die Anbietenden aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennbar sein, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind (vgl. § 13 Abs. 1 aSubmV). Abgesehen davon verlangt das Transparenzgebot nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen (VGr, 21. Juli 2021, VB.2021.00282, E. 4.3.1 mit Hinweis auf BGr, 21. Januar 2003, 2P.111/2003,

E. 2.1.1; 10. März 2003, 2P.172/2002, E. 2.3; VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2, mit zahlreichen Hinweisen; Galli et al., Rz. 970).

4.4.3 Wenn die Vergabebehörde für die Vergleichbarkeit des Objektcharakters unter anderem auf die bauliche Umgebung (beim ausgeschriebenen Projekt ein Wohnquartier) abstellte, ist dies noch vom Sinn der Ausschreibung erfasst. Beim Referenzprojekt an der J-Strasse in Zürich handelt es sich um eine "städtische Baute" bzw. befindet sich dieses in einem innerstädtischen Gebiet. Allerdings handelt es sich bei der J-Strasse um eine Hauptverkehrsachse mit Tramlinien, welche ein Wohnquartier zwar durchquert, jedoch nicht die engen Platzverhältnisse des ausgeschriebenen Projekts an der Wehrenbachhalde aufweist. Insofern durfte die Vergabebehörde darin keine hinsichtlich der baulichen Umgebung passgenaue Referenz erblicken und ist die Bewertung noch zulässig.

4.5 Die Beschwerdeführerinnen rügen das vergaberechtliche Transparenzverbot als verletzt, indem die Vergabebehörde die Angaben zu den Referenzen sowohl im Zuschlagskriterium 1 (Referenzen) als auch im Zuschlagskriterium 3 (Technische Kriterien) bewertet habe. Eine solche Doppelbewertung sei unzulässig, da sie nicht angekündigt worden sei und zur Übergewichtung des betreffenden Aspekts in der Gesamtbewertung führe.

4.5.1 Der Beschwerdegegner hat mit der Nennung des Unterkriteriums "Qualität der abgegebenen Unterlagen" im Zuschlagskriterium 3 in den Ausschreibungsunterlagen klar und transparent dargetan, dass die Angebote auch nach der Qualität der Unterlagen beurteilt werden und diese Beurteilung in die Zuschlagsbewertung einflüsse. Wenn die Vergabebehörde die *Angaben* zu den Referenzen unter dem Aspekt der Qualität der Unterlagen beurteilte, wick sie damit nicht von den Ausschreibungsunterlagen ab. Die Rüge erweist sich als unbegründet. Entgegen den Beschwerdeführerinnen hat keine unzulässige Doppelbewertung desselben Leistungsaspekts (vgl. VGr, 19. Mai 2021, VB.2020.00673, E. 3.5) stattgefunden. Die Referenzprojekte sind einerseits anhand inhaltlicher (im Zuschlagskriterium 1) und andererseits anhand formeller Anforderungen (im Zuschlagskriterium 3) geprüft worden.

4.5.2 In der Offerte wurden für die Beschwerdeführerin 1 zwei Referenzprojekte und für die Beschwerdeführerin 2 vier Referenzprojekte aufgeführt. Da mindestens drei Referenzprojekte pro beteiligtes Unternehmen verlangt waren, zog die Vergabebehörde bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerinnen im Unterkriterium "Qualität der Unterlagen" (Zuschlagskriterium 3) 10 Punkte ab. Ferner begründete die Vergabebehörde den Abzug damit, dass bei einer Referenz nicht ersichtlich gewesen sei, welcher ARGE-Partner die Leistung erbracht hatte, was die Bewertung erschwert habe. Damit erweist sich der Punkteabzug von 10 Punkten als nachvollziehbar und im Ermessen der Vergabebehörde liegend.

4.6 Weiter machen die Beschwerdeführerinnen hinsichtlich der Referenzen eine weitere unzulässige Doppelbewertung geltend. Aus einer Aktennotiz der Vergabebehörde vom

18. Juli 2023 gehe hervor, die Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten mit 70 Punkten werde insbesondere damit begründet, dass "die Schlüsselpersonen [...] ausgewiesene Fachkräfte mit grosser Erfahrung im städtischen Tiefbau sowie im Vortrieb" seien. Weiter seien "für die Bereiche Spezialtiefbau (Schachtbauwerke bis zu zwölf Meter Tiefe) sowie für den konventionellen Kanal-, Werkleitungs- und Strassenbau jeweils ein Bauführer und ein Polier offeriert worden". Die Bewertung von Schlüsselpersonen könne indes unter keines der Unterkriterien von Zuschlagskriterium 3 subsumiert werden.

Entgegen den Beschwerdeführerinnen sind die Schlüsselpersonen der Mitbeteiligten nicht (zusätzlich) im Zuschlagskriterium 3 (Technische Kriterien) bewertet worden. Solches kann aus der zitierten Aktennotiz nicht abgeleitet werden. Daraus ergibt sich vielmehr, dass die bessere Bewertung im Zuschlagskriterium 3 für eine im Vergleich zu den anderen Anbieterinnen sehr gute Projektorganisation erfolgte. Die Zitate der Beschwerdeführerinnen sind aus dem Zusammenhang gerissen. Die Schlüsselpersonen werden im Zusammenhang mit den vorgesehenen Ressourcen erwähnt, mit denen für eine Ausführung in optimal kurzer Bauzeit gesorgt werden könne.

Entgegen den Beschwerdeführerinnen erfolgte nach dem Ausgeführten keine Doppelbewertung der Schlüsselpersonen und auch keine Vermischung der Zuschlagskriterien. Das gegenteilige Vorbringen erweist sich als unberechtigt.

4.7 Im Zusammenhang mit der Bewertung des Zuschlagskriteriums 3 machen die Beschwerdeführerinnen weiter geltend, es seien beim Angebot der Mitbeteiligten mindestens 10 Punkte (1 Note) in Abzug zu bringen.

4.7.1 Zur Begründung der Bewertung des Unterkriteriums Baumethode und Bauzeit führte die Vergabebehörde in ihrer Beschwerdeantwort aus, diejenigen Anbietenden, welche einen aus ihrer Sicht grosszügigen Personalbestand eingerechnet hätten, seien leicht besser bewertet worden, da dies im innerstädtischen Bereich entscheidend sei. Seien die Mitarbeitenden vor Ort knapp bemessen, würde untergeordneten Arbeiten wie Baustellenorganisation und Sauberkeit zu wenig Beachtung geschenkt, was zu Unzufriedenheit in der Bevölkerung und Mehraufwand der Bauleitung führe. Wegen der grösseren durchschnittlichen Mannschaftsgrösse und der ausgewiesenen Bauzeitreserve habe die Mitbeteiligte im Unterkriterium Baumethode und Bauzeit eine höhere Punktzahl erzielt als die anderen Anbietenden.

4.7.2 Dagegen wenden die Beschwerdeführerinnen ein, das verkürzte Bauprogramm der Mitbeteiligten sei unzulässigerweise im Zuschlagskriterium 3 (Unterkriterium Baumethode und Bauzeit) bewertet worden. Dies widerspreche den Ausschreibungsunterlagen, wonach dieses Kriterium nur bei Eingabe von Terminvarianten bewertet würde.

4.7.3 Der Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners kann dazu entnommen werden, die dank der optimierten Bauabläufe gewonnen Zeitreserven führten dazu, dass während der

Bauarbeiten ein besonderes Augenmerk auf die Baustellenorganisation und -sauberkeit gelegt werden könne. Es sei ihm ein grosses Anliegen, dass die Immissionen für die Bevölkerung möglichst gering gehalten werden könnten. Dies betrachte er bei der Mitbeteiligten aufgrund des grösseren Personalbestands und den erfahrenen Führungspersonen als am besten gewährleistet.

4.7.4 Gemäss Ausschreibung sollte das Zuschlagskriterium 3B (Bauzeit) nur bei Eingabe von Terminvarianten bewertet werden und falls die örtlichen Gegebenheiten, die projektspezifischen Randbedingungen sowie die resultierenden Auswirkungen auf die Bevölkerung und den Verkehrsablauf Abweichungen vom in der Submission vorgegebenen Bauprogramm zulassen. Der entsprechende Passus in der Ausschreibung ist unmissverständlich. Varianten haben von allen Anbietenden nur die Beschwerdeführerinnen eingereicht. Diese erhielten im Unterkriterium Baumethode und Bauzeit (3A und 3B) jeweils 0 Punkte. Hingegen wurden die Amtsvorschläge aller Anbietenden in diesem Unterkriterium bepunktet. Allerdings lässt sich der Bewertungstabelle nur die jeweilige Gesamtpunktzahl entnehmen. Eine allfällige Differenzierung nach Baumethode bzw. Bauzeit ist daraus nicht ersichtlich.

4.7.4.1 In der Bewertungsbegründung wird einerseits ausgeführt, beim ZK3A sei die Baumethode und beim ZK3B die Bauzeit bewertet worden. Gleichzeitig wurde darin andererseits ausgeführt, die Mitbeteiligte habe verschiedene Bauabläufe optimiert und/oder leicht anders kombiniert, wodurch sie in der Lage sei, besonders effizient und möglicherweise mit einer verkürzten Bauzeit bzw. Bauzeitreserve zu bauen. Ausschlaggebend für die kürzere Bauzeit sei damit die Baumethode selbst, was unter diesem Zuschlagskriterium zu berücksichtigen gewesen sei. Duplicando ergänzte die Vergabebehörde, für die Bauzeit seien bei keinem der Angebote Punkte vergeben worden.

4.7.4.2 Nach dem Ausgeführten hat die Vergabebehörde die Bauzeit nicht separat bewertet, wie sich einerseits aus der Bewertungstabelle und andererseits aus der Bewertungsbegründung ergibt. Die ausgewiesene Zeitreserve beim Angebot der Mitbeteiligten ergibt sich zwar aus ihren Bauabläufen, was eher ein Aspekt der Bauzeit (alternatives Bauprogramm, optimal kurze Bauzeit, vgl. E. 4.2) ist. Doch war dies für die Betterbewertung nicht allein massgebend. Ausschlaggebend war dafür gemäss den Ausführungen der Vergabebehörde ein grosszügiger Personalbestand. Zudem wurde der Vorschlag der Mitbeteiligten, die CO₂-Emissionen der Baustelle kompensieren zu lassen, als innovativer Ansatz bei der Bewertung positiv berücksichtigt.

4.7.4.3 Insgesamt erweist sich damit die Bewertung der Offerten der Beschwerdeführerinnen und der Mitbeteiligten im Zuschlagskriterium 3 als nachvollziehbar und im Ermessen der Vergabebehörde liegend. Ein Verstoss gegen das Vergaberecht, insbesondere gegen die Gebote der Transparenz und der Gleichbehandlung, ist nicht ersichtlich.

5.

Weiter monieren die Beschwerdeführerinnen die Nichtberücksichtigung ihrer *Terminvariante* als ungerechtfertigt und beanstanden, dass ihnen bei den *technischen* Varianten keine Beweis- bzw. Erläuterungsmöglichkeit bezüglich deren Machbarkeit gewährt worden sei.

5.1 Was die Einreichung von Varianten betrifft, fehlt der Submissionsverordnung – abgesehen davon, dass sie in § 13 lit. d und § 27 Abs. 2 aSubmV im Zusammenhang mit der Ausschreibung bzw. der Offertöffnung erwähnt werden – eine explizite Regelung. Vorliegend wurden in Ziff. 5 der Ausschreibungsunterlagen zwei verschiedene Eingabevarianten vorgesehen: Neben dem zwingend einzureichenden Globalangebot war auch eine "Terminvariante global" möglich.

5.2 Die Beschwerdeführerinnen machten als einzige der Anbieterinnen von dieser Möglichkeit Gebrauch. Sie reichten einerseits ein Globalangebot über Fr. 20'401'658.75 ein (Amtsvariante) und andererseits eine Terminvariante global für Fr. 19'567'909.89 mit einem alternativen Bauprogramm. Ihrem technischen Bericht lassen sich sodann drei "Kostenvarianten" entnehmen:

- 1. Angebot** - Terminvariante 1 Global: **Fr. 19'567'909.89** (Reduktion von Fr. 774'140.09)
Abzug Terminvariante Rohrvortrieb DN 2000 fallend S1 nach S4 & Andienung mit Seilkran / Stahlbetonvortrieb mit Stahlführungsring S235.
- 2. Angebot** - Terminvariante 2 Global: **Fr. 19'704'651.55** (Reduktion von Fr. 647'174.76)
Abzug Andienung Startgrube mit Seilkran, Stahlbetonvortrieb mit Stahlführungsring S235.
- 3. Angebot** - Variante 3 Global: **Fr. 19'814'045.11** (Reduktion von Fr. 545'602.28)
Abzug Terminvariante Rohrvortrieb DN 2000 fallend S1 nach S4, Stahlbetonvortrieb mit Stahlführungsring S235.

5.3 Sodann waren gemäss Ziffer 11.3 der Ausschreibung Ausführungsvarianten bzw. Unternehmervorschläge zulässig. Solche allfälligen Varianten nach Vorschlag des Anbietenden waren als besondere Beilage einzureichen. Sie mussten so weit bearbeitet und dokumentiert sein, dass anhand der eingereichten Unterlagen eine technische Beurteilung abschliessend möglich war. Minderleistungen würden nicht als Varianten gelten. Für Terminvarianten wurde auf Ziffer 5.2 verwiesen.

5.4 Zur Möglichkeit von Terminvarianten wurde in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt, solche Angebote könnten entsprechend den Randbedingungen der einzelnen Bauvorhaben von Seiten der auftraggebenden Stellen und je nach Attraktivität der Preise bei der Vergabe berücksichtigt werden. In dieser Formulierung kommt der weite Ermessensspielraum der Vergabebehörde zum Ausdruck, welcher dieser bei der Berücksichtigung oder Ablehnung von Varianten zusteht (vgl. VGr, 24. November 2022, VB.2022.00577, E. 3.1). An anderer Stelle, wonach der Entscheid der Bauherrschaft über die Berücksichtigung von Ausführungsvarianten in deren Ermessen liegt, kommt dies in der Ausschreibung noch deutlicher zum Ausdruck.

5.5 Die Vergabebehörde hat die drei von den Beschwerdeführerinnen eingereichten Varianten – ausser im Unterkriterium Baumethode und Bauzeit, wo sie bei allen drei Varianten 0 Punkte vergab – gleich bewertet wie die Amtsvariante.

Sie begründete ihre Bewertung in der Beschwerdeantwort damit, dass die eingereichten Varianten unpräzise seien, da technische und terminliche Varianten vermischt würden. Die Variante 1 beinhalte keine Terminvariante, werde aber als solche bezeichnet. Die Terminvarianten 2 und 3 würden immer auch eine Änderung der Qualität beinhalten, was nicht hinnehmbar sei.

5.5.1 Vorab ist festzuhalten, dass es zutrifft, dass es sich beim als Terminvariante 1 global bezeichneten 1. Angebot nicht um eine Terminvariante handelt, auch wenn sie als solche offeriert wurde (Angebot 1 ist preislich identisch mit der offerierten Terminvariante). Nach der Kurzbeschreibung in Ziffer 2.5 des technischen Berichts beziehen sich die Änderungen einzig auf technische Aspekte. Terminliche Aspekte werden darin nicht erwähnt.

Gemäss Ziffer 2.2 und 2.3 des technischen Berichts wurden ferner drei Varianten für das Bauprogramm eingereicht, wobei die Varianten 1 und 2 der Amtsvariante entsprechen. Bei Variante 2 wurden "Leistungswerte" eingearbeitet, womit eine zwei Monate frühere Bauvollendung prognostiziert werden konnte. Ob es sich bei Variante 2 mit dem verkürzten Bauprogramm ebenfalls um eine Terminvariante mit effektivem Zeitgewinn oder bloss eine Bauzeitreserve handelt, braucht – wie sich aus dem Folgenden ergibt – nicht geklärt zu werden. Im Bauterminprogramm der Variante 3 wurde die Haltung des Microtunnelling umgekehrt, woraus sich nochmals eine deutliche Reduktion der Bauzeit ergeben soll. Entsprechend handelt es sich jedenfalls bei Letzterer um eine Terminvariante mit alternativem Bauprogramm, doch wurde diese nicht preislich separat offeriert. Dass sie bei der Bewertung unberücksichtigt blieb, ist daher nicht zu beanstanden.

5.5.2 Sodann führte die Vergabebehörde zur Begründung weiter aus, sie betrachte – wie auch die beratenden Fachspezialisten – das 1. und 3. Angebot als Risiko. Diese beiden Varianten sähen vor, den Rohrvortrieb für den Entlastungskanal fallend (also von oben nach unten) auszuführen. Aufgrund des Hang- und Kluftwasservorkommens würde ein noch grösserer Druck auf der Vortriebsmaschine lasten als bei der Amtsvariante, wodurch die Gefahr eines Maschinenverlusts bestehe. Ein fallender Vortrieb sei im Vorfeld der Ausschreibung für die Amtsvariante geprüft und aus den genannten Gründen als nicht akzeptabel beurteilt worden. Weiter sähen die Angebote 1 und 3 entgegen der Ausschreibung einen Stahlführungsring S235 (unbehandelter Stahl) und nicht aus rost- und säurebeständigem Edelstahl (Werkstoff-Nr. 1.4571 oder 1.4404) vor. Die entsprechende Korrosionsgefahr beim Stahlführungsring könne nicht akzeptiert werden. Dasselbe gelte auch für das 2. Angebot.

5.5.3 Wenn die Vergabebehörde mit dieser nachvollziehbaren Begründung, welche sich auf die Angaben in der Offerte stützt, alle drei von den Beschwerdeführerinnen eingereichten

Varianten im Unterkriterium Baumethode und Bauzeit mit 0 Punkten bewertete, ist dies nicht zu beanstanden. Unklarheiten, welche zu Rückfragen hätten Anlass geben können, bestanden keine und wurden auch nicht geltend gemacht. Wenn die Vergabebehörde aus diesen Gründen keinen Anlass sah, den Beschwerdeführerinnen Erläuterungs- oder Nachweismöglichkeit zu geben, ist dies ebenfalls nicht zu beanstanden und lag in ihrem diesbezüglich grossen Ermessensspielraum.

6.

Zusammengefasst erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerinnen als unbegründet. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

7.

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

8.

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. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 25'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 205.-- Zustellkosten,
Fr. 25'205.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden den Beschwerdeführerinnen auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerinnen werden verpflichtet, dem Beschwerdegegner eine Parteienschädigung von Fr. 2'000.- und der Mitbeteiligten eine Parteienschädigung von Fr. 5'000.- 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:
 - a) die Beschwerdeführerinnen;
 - b) den Beschwerdegegner und die Mitbeteiligte;
 - c) die WEKO.

