

Veröffentlichung im Amtsbericht.

Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. c IVöB; Art. 27 lit. h VRöB. Submission von Bauingenieurleistungen im selektiven Verfahren; Ausschluss wegen Formmängeln (OGE 60/2010/15 vom 3. September 2010)

Bei komplexen Aufträgen können bei den Zuschlagskriterien auch Elemente berücksichtigt werden, die – gegebenenfalls im Präqualifikationsverfahren – bereits bei der Eignung zu prüfen sind ("Mehreignung"; Frage im vorliegenden Fall offengelassen; E. 2b).

Ein Angebot kann nur bei Formmängeln einer gewissen Schwere ausgeschlossen werden. Liegen solche vor, ist aber bei der Beurteilung ein strenger Massstab anzuwenden (E. 2b).

Bei komplexen Ingenieurleistungen ist die Qualität von besonderer Bedeutung. Bei der Prüfung der Ausschlussgründe ist daher darauf zu achten, inwieweit allfällige Mängel sich nicht nur auf die Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses als solchen, sondern speziell auch auf die Beurteilung der für das Angebot wesentlichen Qualität auswirken könnten (E. 2d).

Ausschluss eines Angebots wegen unklarer, widersprüchlicher Angaben zum Einsatz der Schlüsselpersonen (mit unvollständigen Angaben zur Verfügbarkeit) und Abweichung vom vorgegebenen Terminplan (E. 2e und f).

Der Ausschlussgrund der Vorbefassung des berücksichtigten Anbieters ist grundsätzlich spätestens mit Beschwerde gegen den Präqualifikationsentscheid geltend zu machen (E. 3).

Im Kanton Schaffhausen soll die Eisenbahnlinie der Deutschen Bahn zwischen Schaffhausen und Erzingen (Deutschland) ausgebaut werden. Am 2. Oktober 2009 schrieb das kantonale Tiefbauamt die Bauingenieurleistungen der Phase 5 (Realisierung) für die Aufhebung zweier Bahnübergänge in Neunkirch im selektiven Verfahren aus. In der Folge stellten zehn Ingenieurbüros bzw. Ingenieurgemeinschaften (IG) einen Antrag auf Teilnahme. Am 4. Dezember 2009 verfügte das Tiefbauamt, es würden fünf Bewerber zur Ofertstellung eingeladen, darunter die IG A. und die IG B. Alle Bewerber reichten ein Angebot ein. Am 7. April 2010 schloss das Tiefbauamt die IG A. mit ihrem Angebot vom Verfahren aus. Gleichentags hielt es fest, die Leistungen seien gemäss Beschluss des Regierungsrats des Kantons Schaffhausen vom 30. März 2010 an die IG B. vergeben worden. Eine gegen diese Entscheide gerichtete Beschwerde der Mitglieder der IG A. wies das Obergericht ab.

Aus den Erwägungen:

2.– Eine Anbieterin oder ein Anbieter wird von der Teilnahme unter anderem dann ausgeschlossen, wenn sie oder er wesentliche Formerfordernisse verletzt hat, insbesondere durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (Art. 27 lit. h VRöB¹).

a) Das Tiefbauamt hat den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerinnen vom Verfahren damit begründet, dass deren Angebot unvollständig und widersprüchlich sei. Der Nachweis der Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen (Ressourcenplan) sei lediglich für 2010 erbracht worden, obschon das Terminprogramm die Beendigung der Arbeiten im Jahr 2013 vorsehe. Bei näherer Betrachtung des vorgesehenen Arbeitseinsatzes der angebotenen Schlüsselpersonen "Bauleiter" und "Bauleiter-Stv." ergebe sich sodann, dass in den Phasen 52 (Realisierung) und 53 (Inbetriebnahme, Abschluss) die Arbeiten massgeblich vom "Hilfsbauleiter, örtl. BL" erbracht werden sollten; in diesen Phasen betrage der vorgesehene Arbeitseinsatz weder für den Bauleiter noch für dessen Stellvertreter die im Angebot angegebenen 50 %.

Die Beschwerdeführerinnen machen dagegen zusammenfassend geltend, der Ausschluss sei rechtswidrig. Die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals sei als *Eignungskriterium* festgelegt und in der Präqualifikation geprüft worden. Dort habe die Vergabeinstanz entschieden, dass die Beschwerdeführerinnen die Eignungskriterien erfüllten, auch in Bezug auf die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals. Diese werde bei den *Zuschlagskriterien* nicht erwähnt; eine erneute Prüfung dieses Eignungskriteriums sei daher selbst unter dem Gesichtspunkt der sogenannten Mehreignung unzulässig. Im Übrigen hätten die Beschwerdeführerinnen gezeigt, dass die geplanten Kapazitäten für das ganze Projekt bis zum voraussichtlichen Abschluss im Jahr 2013 vorhanden seien. Wie bei jedem Bauvorhaben sei die Anfangsphase zeitkritisch. Die Beschwerdeführerinnen hätten deshalb die Projektierungskapazitäten für das Jahr 2010 zusätzlich und detailliert nachgewiesen und für diesen kritischen Zeitraum die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals in einer zusätzlichen Tabelle dargestellt. Richtig sei, dass sie für die Jahre 2011 ff. keine zusätzlichen Tabellen zur Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals eingereicht hätten. Solche wären aber ohne Wert und spekulativ gewesen, solange das Bauprogramm der Unternehmer nicht bekannt sei. Entscheidend sei, dass die Beschwerdeführerinnen über die nötigen Kapazitäten verfügten und mit dem Teilnahmeantrag

¹ Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (VRöB, SHR 172.512).

und dem Angebot verbindlich zugesichert hätten, diese Kapazitäten auch zur Verfügung zu stellen.

Das Tiefbauamt erklärt dazu, in der Präqualifikationsphase sei nur die Verfügbarkeit des Büros als solches geprüft worden, nicht die Verfügbarkeit des Schlüsselpersonals, wie sie in der Ressourcenplanung nachzuweisen gewesen sei. In der Angebotsphase seien dazu detaillierte Angaben zu machen gewesen. Vor allem sei darzulegen gewesen, wie die Ressourcen über die gesamte Vertragslaufzeit bis 2013 eingesetzt würden. Die Beschwerdeführerinnen hätten dabei Angaben gemacht, die im Widerspruch zum angegebenen prozentualen Einsatz des Schlüsselpersonals stünden. Ihr Angebot habe aber nicht nur wegen Unvollständigkeit, sondern auch wegen des widersprüchlichen und spekulativen Inhalts ausgeschlossen werden müssen. Das Kostendach, d.h. die Vorgabe von 8'000 Stunden, garantiere dem Bauherrn nur dann, dass keine Mehrkosten entstünden, wenn sich die Anbieter bei der Kalkulation ihres Offertpreises an den im Angebot ausgewiesenen Einsatz ihrer Schlüsselpersonen hielten. Die Beschwerdeführerinnen schrieben aber selber, dass sich der tatsächliche Aufwand nach den tatsächlichen Anforderungen auf der Baustelle bzw. dem Ausführungsprojekt richte. Das heisse nichts anderes, als dass durch den geforderten Einsatz des Schlüsselpersonals eine höhere Entschädigung generiert werde. Insofern sei die Zusicherung der Beschwerdeführerinnen nutzlos, wonach sie während der gesamten Vertragsdauer die notwendigen personellen Ressourcen zusichern könnten.

b) Im selektiven Verfahren wird die Eignung der Anbieter im gesonderten Präqualifikationsverfahren geprüft. Nur wer die Eignungskriterien in genügendem Mass erfüllt, darf hierauf ein Angebot einreichen. Zweck der vorgeschalteten Eignungsprüfung ist die frühzeitige Ermittlung der Anbieter, die in der Lage sind, den ausgeschriebenen Auftrag angemessen auszuführen, bzw. die rechtzeitige Ausscheidung derjenigen, welche diese Voraussetzungen nicht erfüllen. Die Eignungsprüfung im Rahmen der Präqualifikation ist grundsätzlich abschliessend. Eine erneute Prüfung der Eignung etwa im Rahmen des Zuschlagsentscheids ist daher prinzipiell unzulässig.² Das schliesst aber – wie auch die Beschwerdeführerinnen einräumen – nach kantonalen Praxis nicht aus, bei den Zuschlagskriterien Elemente zu berücksichtigen, die auch für die Eignung der Anbieter von Bedeutung sein können, d.h. die Zuschlagskriterien so festzulegen, dass sie auch Merkmale umfassen, die bereits bei der Eignung zu prüfen sind. Jedenfalls bei komplexen Aufträgen, wo Fachkompetenz bzw. Qualifikation des Anbieters eine grosse Rolle spie-

² Galli/Moser/Lang/Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 145, 149, Rz. 351, 359, mit Hinweisen.

len, kann daher eine festgestellte "Mehreignung" in die Bewertung der – bei der Ausschreibung bekanntzugebenden³ – Zuschlagskriterien einfließen.⁴

Die Frage, wie ein Angebot zu bewerten sei, stellt sich jedoch erst, wenn in der vorangehenden Ausschlussprüfung festgestellt wird, dass kein Ausschlussgrund besteht. Aufgrund des Gleichheitsgrundsatzes und des Transparenzgebots dürfen grundsätzlich nur Angebote entgegengenommen und bewertet werden, die den Vorschriften und Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen entsprechen. Bei der Prüfung der Frage, ob ein Angebot wegen Unvollständigkeit oder anderer Formmängel auszuschliessen sei, hat die Vergabestelle ein erhebliches Ermessen. Zu beachten sind jedoch der Grundsatz der Verhältnismässigkeit und das Verbot des überspitzten Formalismus. Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf ein Anbieter nicht ausgeschlossen werden. Ein Ausschlussgrund muss daher – damit von einem *wesentlichen* Formmangel im Sinn von Art. 27 lit. h VRöB gesprochen werden kann – eine gewisse Schwere aufweisen.⁵ Ist dies unter den gegebenen Umständen der Fall, so ist bei der Beurteilung des Mangels im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und der Gleichbehandlung grundsätzlich ein strenger Massstab anzulegen.⁶ Falls das Angebot tatsächlich auszuschliessen ist, kann die Frage der allfälligen Mehreignung letztlich offenbleiben.

c) In den Ausschreibungsunterlagen für die Angebotsphase wurde unter "2.9 Einzureichende Unterlagen" Folgendes angegeben:

1. Die Schlüsselpersonen und deren Funktionen sind wie folgt definiert, wobei eine Personalunion für die Projektleitung und Bauleitung nicht zulässig ist. Eine gegenseitige Stellvertretung ist jedoch zulässig.
 - Projektleiter
 - Projektleiter Stv.
 - Bauleiter
 - Bauleiter Stv.
2. Folgende Unterlagen müssen mit der Offerte bzw. dem Angebot eingereicht werden:
 - Vollständig ausgefülltes Angebot, Teil B inkl. aller geforderten Beilagen.

³ Art. 12 lit. m und Art. 14 lit. i VRöB.

⁴ OGE 60/2003/16 vom 30. Januar 2004, E. 4b, Amtsbericht 2004, S. 121 f.; OGE 60/2003/46 vom 31. Dezember 2003, E. 4c, Amtsbericht 2003, S. 132; vgl. auch *Galli/Moser/Lang/Clerc*, S. 159 ff., Rz. 380 ff., mit Hinweisen zur Praxis anderer Kantone.

⁵ *Galli/Moser/Lang/Clerc*, S. 116 f., Rz. 272 f., mit Hinweisen; *Daniela Lutz*, Die fachgerechte Auswertung von Offerten, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2008*, Zürich/Basel/Genf 2008, S. 220, Rz. 10, vgl. auch S. 224 ff., Rz. 24, mit Hinweisen.

⁶ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2009.00480 vom 10. März 2010, E. 3.1, mit Hinweisen, unter anderem auf *Herbert Lang*, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 2000, S. 235.

3. Nicht verlangte Unterlagen werden nicht bewertet. Es sind keine allgemeinen Firmenprospekte einzureichen.

Im Angebotsformular ("Teil B") waren im Abschnitt "Erfahrung Schlüsselpersonen" Angaben zu den genannten vier Funktionen zu machen. Für jede Schlüsselperson war unter anderem der "vorgesehene Arbeitseinsatz im Mittel über die Hauptbearbeitungszeit" in Prozent anzugeben. Im Abschnitt "Preis- bzw. Honorarangebot im Kostendach" war eine Tabelle mit den Namen der Mitarbeiter, deren Honoraransatz und der Stundenverteilung auszufüllen. Dabei waren für die SIA-Phasen 51–53 die genannten vier Schlüsselfunktionen jeweils vorgegeben, und es bestand eine Vorgabe von insgesamt 8'000 Stunden. Verlangt wurde sodann ein Terminprogramm. Am Schluss des Formulars waren die folgenden einzureichenden Beilagen aufgeführt:

- Vollständig ausgefüllter SIA-Einzelplanervertrag
- Personaleinsatzliste bzw. Mitarbeiterliste
- Nachweis Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen (Ressourcenplan)
- Kopie QM-Zertifikat (sofern vorhanden)

Die Beschwerdeführerinnen führten in ihrem Antrag folgende Schlüsselpersonen auf, unter Angabe des jeweils vorgesehenen Arbeitseinsatzes im Mittel über die Hauptbearbeitungszeit:

- Projektleiter/Projektingenieur Kunstbauten/Bahntiefbau: X. (vorgesehener Arbeitseinsatz 50 %; Phase 51: 300 Std., Phase 52: 200 Std., Phase 53: 50 Std.)
- Projektleiter-Stellvertreter: Y. (vorgesehener Arbeitseinsatz 45 %; Phase 51: 50 Std., Phase 52: 50 Std., Phase 53: 25 Std.)
- Bauleiter: Z. (vorgesehener Arbeitseinsatz 50 %; Phase 51: 0 Std., Phase 52: 500 Std., Phase 53: 200 Std.)
- Bauleiter-Stellvertreter: X. (vorgesehener Arbeitseinsatz 50 %; Phase 51: 0 Std., Phase 52: 300 Std., Phase 53: 75 Std.)

Als Beilage reichten die Beschwerdeführerinnen unter anderem einen tabellarischen "Nachweis Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen (Ressourcenplan) für das Jahr 2010" ein. Darin gaben sie für die Monate März bis Dezember 2010 die prozentuale Beanspruchung ihrer drei Schlüsselpersonen für andere Aufgaben bzw. Aufträge und ihre Verfügbarkeit für das vorliegende Projekt an. Letztere beträgt gemäss Tabelle für X. durchgehend 50 %, für Y. zunächst 50 % und zuletzt 40 % sowie für Z. zunächst 25 % und zuletzt 55 %. Auch im Terminprogramm gaben die Beschwerdeführerinnen für die vorgesehenen vier Teams nur die "Projektierungskapazitäten (Nachweis) für das Jahr 2010" an (mit einer Gesamtstundenzahl von 3'000). Dabei wiesen sie darauf hin, dass es für den Projekterfolg entscheidend sei, dass im Jahr 2010 genügend Projektierungskapazität bereitstehe; nur so könne der Baubeginn im

Januar 2011 eingehalten werden. In einer Präsentation vom 18. Februar 2010 legten sie dem Tiefbauamt unter den Stichworten "Ressourcenplanung Schlüsselpersonal" und "Ressourcenplanung Team" dieselben, nur das Jahr 2010 umfassenden Tabellen vor.

d) In den Ausschreibungsunterlagen wurden die folgenden *Ausschlusskriterien* angegeben:

1. Unvollständige Angebote oder Teilangebote werden aus dem Verfahren ausgeschlossen. Es sind alle verlangten Unterlagen gemäss Kap. 2.9 einzureichen.
2. Die von der Bauherrschaft vorgegebene Anzahl Stunden darf im Angebot nicht unter- oder überschritten werden. Abweichungen führen zum Ausschluss vom Verfahren.
3. Änderungen oder Streichungen in den Ausschreibungsunterlagen sind nicht gestattet und haben den Ausschluss aus dem Verfahren zur Folge.

...

Bei Ingenieurleistungen, wie sie hier in Frage stehen, ist die Qualität von grosser Bedeutung, insbesondere auch für die Qualität und Kosten des Gesamtbauwerks. Eine massgebliche Rolle spielt dabei der qualitativ und quantitativ hinreichende Einsatz von Personal für den konkreten Auftrag. Dem kann unter anderem dadurch Rechnung getragen werden, dass die qualitativen Zuschlagskriterien im Vergleich zum Kriterium "Preis" entsprechend hoch gewichtet werden.⁷ Im vorliegenden Fall hat denn auch die Vergabestelle dem Preis bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien nicht die vorrangige Bedeutung eingeräumt, sondern die Hauptkriterien für den Zuschlag wie folgt festgelegt:

1. Problemanalyse	30 %
2. Erfahrung der Schlüsselpersonen	35 %
3. Preisangebot	25 %
4. Terminprogramm	5 %
5. Projektbezogene Organisation: Zweckmässigkeit	5 %

Diese Gewichtung ist aufgrund der Bedeutung der Ingenieurleistungen für das Gesamtprojekt nachvollziehbar bzw. jedenfalls vertretbar sowie grundsätzlich auch nicht umstritten. Laut Ausschreibungsunterlagen hat der beauftragte Ingenieur sicherzustellen, dass die Projektziele in der Ausführung erreicht werden; insbesondere sind die Leistungs-, Qualitäts-, Kosten- und Terminvorgaben zu steuern und zu überwachen. Der Ingenieur hat sodann Lösungsvorschläge für die Beseitigung allfälliger Konflikte zu erarbeiten.

⁷ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2005.00240 vom 30. August 2006, E. 3.2.

Daher rechtfertigt es sich durchaus, die Qualitätskriterien im Vergleich zum Preis stärker zu gewichten. Die Gewichtung des Preises liegt jedenfalls noch über der Mindestgrenze von 20 %, die das Bundesgericht für komplexe Submissionen noch als zulässig erklärt hat.⁸

Bei der Präqualifikation war die *Eignung der Unternehmungen* als solche zu prüfen, unter anderem mit der Frage, ob die Anbieter im Grundsatz geeignetes, hinreichend erfahrenes Schlüsselpersonal zur Verfügung hätten. In der Angebotsphase geht es dagegen um die Frage, ob und inwieweit die Qualität der Schlüsselpersonen dem Auftrag effektiv zugute komme, was sich auf die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Erfahrung der Schlüsselpersonen" auswirkt. Diese *angebotsbezogene* Bewertung der konkreten Verhältnisse ist keine unzulässige Doppelprüfung der – zunächst generell geprüften – Verfügbarkeit geeigneten Schlüsselpersonals. ... Den Anbietern stand es im Übrigen frei, in der Offerte bei den Schlüsselpersonen Änderungen gegenüber den Angaben in der Präqualifikationsphase vorzunehmen. Davon haben auch die Beschwerdeführerinnen Gebrauch gemacht. Auch deshalb war eine Qualitätsbeurteilung in der Angebotsphase noch geboten. Es ist nachvollziehbar, dass dafür der konkret vorgesehene Einsatz der qualitativ bedeutsamen Ressourcen analysiert werden sollte.

Demnach ist insbesondere auch bei der Prüfung der Ausschlussgründe darauf zu achten, inwieweit allfällige Mängel sich nicht nur auf die Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses als solchen, sondern speziell auch auf die Beurteilung der für das Angebot wesentlichen Qualität auswirken könnten.

e) Die ausgeschriebenen Arbeiten sollten gemäss den Ausschreibungsunterlagen "nach Absprache, voraussichtlich anfangs März 2010" beginnen; das Ende der Arbeiten wurde auf "ca. 2013" datiert. In dem vom Tiefbauamt zur Verfügung gestellten Terminplan ist der Baubeginn im August 2010 vorgesehen, das Bauende im Dezember 2012, mit Fertigstellung der Deckbelagsarbeiten im April 2013. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerinnen ist in diesem Plan im Jahr 2010 nicht nur die Bauphase 1 (Vorbereitung und Installation) vorgesehen, sondern – ab September 2010 – auch die Bauphase 2 (Grundwasserpumpwerk "Erlen" inkl. Transportleitungen, Grebengraben inkl. Strasse, Hilfsbrücken Strassenunterführung).

Das zeigt zum einen, dass in der Offerte nicht von einem Baubeginn erst im Januar 2011 ausgegangen werden durfte. Zum andern war bei Erstellung des Angebots klar ersichtlich, dass ein erheblicher Teil der ausgeschriebenen Leistungen erst nach Ablauf des Jahrs 2010 zu erbringen sei.

⁸ BGE 129 I 327 E. 9.2.

Die Beschwerdeführerinnen haben in ihrer Problemanalyse ausdrücklich erklärt, sie erachteten die vorgesehenen 8'000 Stunden für die ausgeschriebenen Arbeiten als angemessen und plausibel. Für 2010 haben sie jedoch – wie erwähnt⁹ – im Terminprogramm eine Gesamtstundenzahl von nur 3'000 angenommen ("Projektierungskapazitäten"). Demnach sind sie selber davon ausgegangen, dass der grössere Teil der Arbeiten erst ab 2011 anfallen, die Hauptbearbeitungszeit somit jedenfalls nicht nur bis Ende 2010 dauern werde. Die 3'000 Stunden entsprechen im Übrigen der Zahl, wie sie die Beschwerdeführerinnen im Honorarangebot nur für die Phase 51 (Ausführungsprojekt¹⁰) eingesetzt haben. Eine der Schlüsselpersonen, nämlich der Bauleiter, sollte im Übrigen gemäss Stundenverteilung im Honorarangebot in dieser Phase noch gar nicht zum Einsatz kommen. Für die weiteren Phasen 52 (Ausführung) und 53 (Inbetriebnahme, Abschluss) haben die Beschwerdeführerinnen 4'000 bzw. 1'000 Stunden eingesetzt und sind so auf die vorgegebene Gesamtstundenzahl von 8'000 gekommen.

In dieser Situation – insbesondere auch mit Blick auf die Bedeutung, die dem Schlüsselpersonal und dessen auftragsbezogener, nutzbringender Erfahrung gemäss den Ausschreibungsunterlagen zukommen sollte – ist nicht zu beanstanden, dass das Tiefbauamt den nur auf 2010 bezogenen Ressourcenplan der Schlüsselpersonen – insbesondere auch des Bauleiters, dessen massgeblichen Arbeitseinsatz die Beschwerdeführerinnen grundsätzlich erst später überhaupt vorgesehen hatten – als unvollständig betrachtet hat. Soweit die Beschwerdeführerinnen den Beginn der Hauptarbeiten erst auf Anfang 2011 ansetzen, weichen sie sodann vom in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Terminplan ab.

In der Verfügung betreffend aufschiebende Wirkung wurde die Frage offengelassen, ob die zeitliche Begrenzung der eingereichten Tabelle einen derart erheblichen Formmangel darstelle, dass er ohne rechtsfehlerhafte Ermessensausübung als Ausschlussgrund betrachtet werden könne.¹¹ Bei vollständiger Kenntnis der Akten erscheint der Mangel in der Gesamtbetrachtung jedoch nicht nur als untergeordnet und unbedeutend; dies insbesondere mit Blick auf die zeitliche Verteilung der ausgeschriebenen Arbeiten und der zu erwartenden Beanspruchung der Schlüsselpersonen auch ab Anfang 2011 sowie den Umstand, dass die Beschwerdeführerinnen bei ihren Angaben im Ergebnis auch die zeitlichen Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen ab-

⁹ Oben, lit. c.

¹⁰ Vgl. die Gliederung der Leistungen in Ziff. 3.2 der SIA-Ordnung 103 2003 (Ordnung für Leistungen und Honorare der Bauingenieure und Bauingenieurinnen).

¹¹ Verfügung ... mit Hinweis auf das Argument der Beschwerdeführerinnen, dass die Vergabebehörde keine Hinweise zu Inhalt, Form, Zeitrahmen und Detaillierungsgrad des – nur als einzureichende Beilage überhaupt erwähnten – Ressourcenplans gemacht habe.

geändert haben. Wie sich aus diesen Angaben zeigt, hatten die Beschwerdeführerinnen im Übrigen eine klare Vorstellung vom verlangten Inhalt. Wären sie insoweit tatsächlich unsicher gewesen, hätte es ihnen freigestanden, bei der Vergabestelle nachzufragen (vgl. Art. 16 VRöB). Das haben sie jedoch nicht getan und es demnach auch nicht als erforderlich betrachtet.

f) Das Tiefbauamt begründet im Übrigen den angefochtenen Ausschluss nicht nur mit der Unvollständigkeit des Ressourcenplans, sondern auch mit widersprüchlichen Angaben zum Einsatz der Schlüsselpersonen und dem damit verbundenen Risiko nachträglicher Kostenanpassungen wegen vermehrten Einsatzes der Schlüsselpersonen. Es erachtet das Vorgehen der Beschwerdeführerinnen in diesem Zusammenhang als spekulativ, gerade mit Blick darauf, dass für die Jahre 2011–2013 keine Ressourcenplanung eingereicht worden sei; so habe der behauptete prozentuale Arbeitseinsatz des Schlüsselpersonals nicht nachgewiesen werden müssen.

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, der Vorwurf der Manipulation sei als nachgeschobener Ausschlussgrund verspätet. Das Tiefbauamt hat jedoch bereits in der Ausschlussverfügung auch auf die Unklarheiten im Zusammenhang mit dem vorgesehenen Arbeitseinsatz der Schlüsselpersonen hingewiesen. Praxisgemäss durfte es sodann in der Beschwerdeantwort seine Begründung noch ergänzen.¹² Wenn es daher in der Beschwerdeantwort aus dem festgestellten Sachverhalt noch zusätzliche Schlüsse gezogen hat, ist das prozessual nicht zu beanstanden. Im Übrigen könnte das Obergericht gegebenenfalls von Amts wegen auf Entscheidungsgründe abstellen, die von den Parteien nicht bzw. nicht rechtzeitig geltend gemacht worden sind.¹³

Die Feststellung, der im Angebot der Beschwerdeführerinnen für die Schlüsselpersonen vorgesehene prozentuale Arbeitseinsatz stimme mit der Stundenverteilung in der Honorarangebotstabelle nicht überein, ist objektiv nachvollziehbar. Wenn im Übrigen die Beschwerdeführerinnen betonen, dass nicht die Prozentschätzung auf dem Papier massgebend sei, sondern der tatsächliche Aufwand sich nach dem Bedarf bzw. den tatsächlichen Anforderungen auf der Baustelle richte, gehen sie im Grundsatz selber von einem Spielraum beim Umfang des konkreten Einsatzes aus. Das lässt aber eine gewisse Beeinflussungsmöglichkeit offen, indem – in Anlehnung an den vorgesehenen Arbeitseinsatz, wie er zunächst angegeben wurde – mehr "teurere" Stunden der Schlüsselpersonen anfallen könnten als gemäss Stundenvertei-

¹² Vgl. OGE 60/2008/38 vom 26. September 2008, E. 2, Amtsbericht 2008, S. 91 f., mit Hinweis auf OGE 60/2003/16 vom 30. Januar 2004, E. 2b, Amtsbericht 2004, S. 118, mit weiteren Hinweisen.

¹³ Vgl. *Galli/Moser/Lang/Clerc*, S. 441, Rz. 920, mit Hinweisen, insbesondere auf BGE 127 II 268 E. 1b.

lung in der Honorartabelle. Es ist im Übrigen nicht massgebend, ob der Anbieter die Absicht habe, den Spielraum, den ihm sein Angebot bietet, tatsächlich auszunützen. Vielmehr genügt es, wenn der Mangel, d.h. die Unklarheit bzw. die Widersprüchlichkeit eine Manipulation grundsätzlich ermöglichen und dadurch die unverfälschte Beurteilung des Angebots bzw. die Vergleichbarkeit der Angebote beeinträchtigen könnte.¹⁴

Das Preis- bzw. Honorarangebot war zwar "im Kostendach" zu erstellen, mit dem Hinweis der Vergabestelle, dass die Leistungen nach effektivem Zeitaufwand mit Kostendach verrechnet würden. Vorrangig war dabei jedoch die Gesamtzahl der *Stunden*, die zur Vergleichbarkeit der Angebote vorgegeben war, nicht die von den Anbietern eingesetzten *Stundenansätze* für die verschiedenen Mitarbeiterkategorien. Bei der Problemanalyse hatten denn auch die Anbieter unter anderem die "Stundenvorgaben (Kostendach)" zu beurteilen. Bei dieser Betonung der Stundenzahl als solcher ist aber jedenfalls nicht offensichtlich, dass – ungeachtet der konkreten Verteilung der vorgegebenen Stunden auf die verschiedenen Mitarbeiter – das Kostendach als eigentlicher Höchstpreis zu verstehen sei.¹⁵ Dadurch sind Diskussionen bei einem allfälligen, von der Angabe des vorgesehenen Arbeitseinsatzes prinzipiell gedeckten Mehreinsatz der Schlüsselpersonen wohl vorprogrammiert. Die Unklarheit könnte sich sodann insbesondere auf die Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Preisangebot" auswirken.

Wie schon erwähnt¹⁶, ist im Übrigen in der Angebotshase nicht mehr die Verfügbarkeit und Erfahrung geeigneter Schlüsselpersonen als solche zu prüfen, sondern die Erfahrung der konkret vorgesehenen Schlüsselpersonen im Sinn ihrer *Umsetzung* bei der Erfüllung des Auftrags. Es liegt ohne weiteres im Ermessen der Vergabestelle, bei der Beurteilung, inwieweit die aus dieser Erfahrung fließende Qualität konkret zur Verfügung stehe, den tatsächlichen Einsatz der Schlüsselpersonen für das Projekt zu gewichten. Die sogenannte Plausibilitätsprüfung, in welcher der vorgesehene Einsatz der Schlüsselpersonen im Quervergleich berücksichtigt wird ("Stunden-Gewicht"), ist daher entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen nicht als unzulässig zu betrachten. Die Diskrepanz zwischen dem angegebenen vorgesehenen Arbeitseinsatz – der von der Verfügbarkeit als solcher zu unterscheiden ist – und den zugeordneten Stunden gemäss Honorartabelle verunmöglicht aber im Ergebnis eine eindeutige Beurteilung des "Stunden-Gewichts" und damit des

¹⁴ Vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00405 vom 25. Februar 2009, E. 3.3.

¹⁵ Vgl. die Hinweise auf die unterschiedliche Bedeutung des Begriffs "Kostendach" bei *Anton Egli* in: Gauch/Tercier (Hrsg.), *Das Architektenrecht*, 3. A., Freiburg 1995, S. 301 f., Rz. 904 ff., und *Peter Gauch*, *Der Werkvertrag*, 4. A., Zürich 1996, S. 291, Rz. 1040 f.

¹⁶ Oben, lit. d.

Zuschlagskriteriums "Erfahrung der Schlüsselpersonen"; dies insbesondere auch mit Blick darauf, dass die verlangte Ressourcenplanung der Schlüsselpersonen für die Zeit ab 2011 fehlt.

g) Zusammenfassend liegen in der Gesamtbetrachtung wesentliche, nicht nur untergeordnete Mängel im Sinn von Art. 27 lit. h VRöB vor, die geeignet sind, sich auf die Beurteilung des Preis-Leistungsverhältnisses des Angebots der Beschwerdeführerinnen auszuwirken, speziell auch auf die Beurteilung der für das Angebot wesentlichen Qualität. Wenn die Vergabestelle das Angebot deshalb ausgeschlossen hat, hat sie – insbesondere mit Blick auf den bei wesentlichen Mängeln anwendbaren strengen Massstab¹⁷ – ihr Ermessen nicht rechtsfehlerhaft ausgeübt. Der Ausschluss kann jedenfalls nicht als überspitzt formalistisch bezeichnet werden.

Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerinnen ist somit nicht zu beanstanden.

3.– Ist das Angebot der Beschwerdeführerinnen zu Recht ausgeschlossen worden, so ist auf ihre weiteren Rügen nicht mehr einzugehen. Sie haben kein schutzwürdiges Interesse mehr daran, die Bewertung und Rangierung der übrigen Angebote und die "Schattenbewertung" ihres eigenen Angebots überprüfen zu lassen.

Soweit die Beschwerdeführerinnen ihrerseits den Ausschluss des Angebots der Beigeladenen verlangen, ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass der massgebliche Sachverhalt, auf den sie sich dabei stützen, bereits aus den Ausschreibungsunterlagen für die Präqualifikation ersichtlich war. Die Beschwerdeführerinnen hätten daher die geltend gemachte Vorbefassung spätestens mit Beschwerde gegen den Präqualifikationsentscheid als nächste anfechtbare Verfügung rügen müssen, mit welchem (auch) die Beigeladenen zur Offertstellung eingeladen wurden.¹⁸ Im vorliegenden Beschwerdeverfahren ist die entsprechende Rüge daher auf jeden Fall verspätet, ungeachtet dessen, ob sie gegebenenfalls schon vor dem nächstmöglichen Beschwerdeverfahren erhoben werden müsste.

¹⁷ Vgl. oben, lit. b.

¹⁸ Vgl. Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB, SHR 172.510); Anmerkungen von *Martin Beyeler*, BR 2007, S. 77, Ziff. 4b (zu BVR 2005, S. 561 ff., betreffend Rügeobliegenheit bei Vorbefassung), wonach sämtliche Handlungen der Vergabestelle, soweit ein Bieter sie für rechtswidrig hält, mit Beschwerde gegen den nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheid anzufechten sind.