

Claudia Steiger
Rechtsanwältin

Lukas Rich
Rechtsanwalt, LL.M.

Blum&Grob Rechtsanwälte AG
Neumühlequai 6
Postfach
CH - 8021 Zürich
T +41 58 320 00 00
F +41 58 320 00 01
l.rich@blumgrob.ch
www.blumgrob.ch

Eingetragen im Anwaltsregister

MEMORANDUM

Datum Zürich, 14. Juni 2017
1005898 | 06 | 2231567.

An Beat Gmünder, Leiter Immobilien, Stadt Bülach

Kopie an Dossier

Von Claudia Steiger / Lukas Rich

Betrifft **Submissionsverfahren Stadt Bülach**
„Neubau Garderobengebäude Fussballanlage
Gringglen“

I. AUSGANGSLAGE

- 1 Die Stadt Bülach schrieb als Vergabestelle im selektiven Verfahren den „Neubau Garderobengebäude Fussballanlage Gringglen“ öffentlich aus. Die Publikation der Ausschreibung erfolgte am 9. Dezember 2016 sowohl unter www.simap.ch als auch im Amtsblatt des Kantons Zürich. Gemäss Ausschreibung waren Varianten nicht zugelassen.
- 2 In der ersten Runde des selektiven Verfahrens (Präqualifikation) bewarben sich insgesamt zehn Anbieter. Die Vergabestelle liess alle zehn Anbieter für die zweite Stufe des Submissionsverfahrens zu.
- 3 Von den insgesamt zehn für die zweite Stufe des Submissionsverfahrens zugelassenen Anbietern haben schliesslich fünf Anbieter eine Offerte für das Bauvorhaben eingereicht. Die Egg Immo AG offerierte dabei in preislicher Hinsicht deutlich tiefer als die übrigen Anbieter:

Egg Immo AG	CHF 2'246'645	100%
Baltensberger AG	CHF 3'138'588	139.7%
DM Bau AG	CHF 3'237'662	144.1%
Erne AG	CHF 3'243'996	144.4%
KIFA AG	CHF 3'316'420	147.6%

- 4 Gemäss den telefonischen Instruktionen von Herrn Beat Gmünder (Leiter Immobilien, Stadt Bülach) ergab die Auswertung der Offerten durch die Vergabestelle, dass das

Angebot der Egg Immo AG in mindestens drei Bereichen von den Ausschreibungsunterlagen (Amtslösung) (Pflichtenheft 2. Stufe vom 13. Februar 2017) abweicht:

1) Einzelventilatoren statt Oblichter

Die Offerte der Egg Immo AG sieht entgegen den Ausschreibungsunterlagen keinen Einbau von Oblichtern vor, sondern den Einbau von gesteuerten Einzelventilatoren in allen Garderoben und in Teilen der allgemeinen Räume. Demgegenüber verlangt das Pflichtenheft, dass die Lüftung der Garderoben-, Dusch- und Nebenräume über „elektrische, mit Wind- und Wetterwächter selbstöffnende und selbstschliessende Oblichter“ verfügen muss. Nur die gefangenen Räume sollen über Einzel-Ventilatoren über das Licht angesteuert entlüftet werden (vgl. Pflichtenheft 2. Stufe, S. 14 und 30).

2) Anschluss an öffentliche Kanalisationsleitung

Die Offerte der Egg Immo AG sieht lediglich einen Anschluss der Kanalisation an den bestehenden Kontrollschacht beim heutigen Garderobegebäude vor. Die Ausschreibungsunterlagen verlangen hingegen den Anschluss des Gebäudes an die öffentliche Kanalisation (vgl. Pflichtenheft, S. 20).

3) Keine Minergie-Bauweise

Die Egg Immo AG hat lediglich einen Neubau ohne Minergie-Standards offeriert. Die Vergabestelle hat für den Neubau verlangt, dass das Kostenblattformular (Dokument B) einmal mit und einmal ohne Minergie ausgefüllt wird (vgl. Pflichtenheft, S. 7). Nicht vorgeschrieben war hingegen ein Minergie-Label (vgl. Pflichtenheft, S. 14 und 17). Aus den Ausschreibungsunterlagen geht auch hervor, dass die Minergie-Anforderungen auch bei Unternehmervarianten eingehalten werden müssen (vgl. Pflichtenheft S. 12).

- 5 Weitere Abweichungen ergeben sich aus den zur Verfügung gestellten Akten in Bezug auf die Platzierung der Luft-Wärmepumpe und die geforderte Dachbegrünung.

Die Preisdifferenz von rund CHF 1 Mio. der Offerte von Egg Immo AG zu den Angeboten der übrigen Anbieter ist nach groben Schätzungen der Vergabestelle zu ca. CHF 300'000 mit den erwähnten drei Abweichungen zu den Ausschreibungsunterlagen zu erklären.

II. FRAGESTELLUNG

- 6 Die Stadt Bülach unterbreitet als Vergabebehörde die folgende Frage:

„Muss das Angebot der Egg Immo AG ausgeschlossen werden oder kann die Stadt Bülach der Egg Immo AG den Zuschlag im Vergabeverfahren „Neubau Garderobegebäude Fussballanlage Gringlen“ erteilen?“

III. RECHTLICHE ERWÄGUNGEN

A. Vorbemerkung

7 Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG (bisher § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) werden Anbietende vom Verfahren ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse missachten, insbesondere wenn sie mit ihrem Angebot nicht nur unwesentlich von den Ausschreibungsunterlagen abweichen (VB.2006.00228, E. 3.1). Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist nur dann adäquat, wenn ein *wesentlicher Formmangel* vorliegt.

8 Bei der Beurteilung, ob eine wesentliche Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen vorliegt, ist der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes wegen ein strenger Massstab anzulegen (VB.2012.00797, E. 5.1; VB.2011.00537, E. 4.1; VB.2011.00316, Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 456 f.). Ob eine Abweichung hinsichtlich ihrer Wesentlichkeit qualifiziert werden muss, hängt davon ab, ob die Einreichung von Unternehmervarianten in der Ausschreibung rechtmässig ausgeschlossen wurde.

9 Varianten sind in der Regel Angebote, die für das von der Vergabestelle angestrebte Ziel eine andere technische Lösung vorschlagen als diejenige, die der Ausschreibung zugrunde liegt, die also vom Leistungsverzeichnis abweichen (VB.2015.00522, E. 2.3.; im Falle der Egg Immo AG beispielsweise die Abweichung betr. Lüftung der nicht gefangenen Garderoberräume).

10 Die Rechtsprechung spricht jedoch auch von Varianten, wenn einzig eine gegenüber den Anforderungen der Behörde reduzierte Leistung angeboten wird (sog. Minderangebot; im Falle der Egg Immo AG beispielsweise den Einsatz von Kies an Stelle der Dachbegrünung). Falls die Behörde ein Minderangebot akzeptiert und die Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung im Sinne der Variante reduziert, muss sie den anderen Anbietern Gelegenheit bieten, auch ihre Offerten an die neue Umschreibung des Leistungsinhalts anzupassen (VB.2004.00133, E.2.3.2).

11 Unternehmervarianten (im Folgenden Varianten) sind gemäss Art. 13 Abs. 1 lit. d Submissionsverordnung (SubmV) grundsätzlich zulässig und ein fester Bestandteil des Submissionsrechts.

12 Unseres Erachtens ist das Angebot der Egg Immo AG angesichts der nicht bloss unwesentlichen Abweichungen als Unternehmervariante zu qualifizieren.

B. Ausschluss aufgrund des Variantenausschlusses in der Ausschreibung?

13 Ein Ausschluss von Varianten, wie ihn die Ausschreibung „Neubau Garderobegebäude Fussballanlage Gringglen“ statuierte, ist nur aus sachlichen Gründen zulässig, wobei den Vergabestellen ein grosser Spielraum eingeräumt wird, was als sachlicher Grund genügt.

- 14 Lagen sachlichen Gründe für die Nichtzulassung von Varianten in der Ausschreibung vor, kann das Angebot der Egg Immo AG als unzulässige Variante ausgeschlossen werden. In einer allfälligen Anfechtung der Ausschlussverfügung müsste die Egg Immo AG - verfahrensrechtliche Rügen vorbehalten – die für den Variantenausschluss angeführten Gründe bzw. deren Sachlichkeit bestreiten; ihre Prozesschancen hängen von der materiellen und formellen Begründung des Variantenausschlusses ab. Würde auf einen Ausschluss bei sachlich begründeter Nichtzulassung von Varianten verzichtet und der Egg Immo AG der Zuschlag erteilt, wären einer Anfechtung des Zuschlags durch Mitbeteiligte intakte Prozesschancen zu attestieren.
- 15 Kann der Ausschluss von Varianten in der Ausschreibung nicht sachlich begründet werden, wäre ein Ausschluss der Egg Immo AG alleine mit der Begründung, sie habe eine unzulässige Variante eingereicht, im Falle einer Beschwerde der Egg Immo AG vor Gericht schwierig zu vertreten.
- 16 Die weiteren Ausführungen erfolgen unter der Annahme, dass keine sachlichen Gründe für den Variantenausschluss in der Ausschreibung vorgetragen werden können bzw. das Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung über diesen Punkt nicht getragen werden will.

C. Anforderungen an Anbieter und Vergabestelle im Kontext Unternehmervarianten

- 17 Nach Bundesrecht und dem Vergaberecht vieler Kantone ist bei Einreichung einer Unternehmervariante zwingend auch die Einreichung einer Offerte zum Amtsvorschlag notwendig. Im Kanton Zürich ist jedoch das Einreichen einer Unternehmervariante ohne gleichzeitige Abgabe eines Grundangebots – was die Egg Immo AG vorliegend unterlassen hat – nicht zwingend (VB.2012.00628, E. 5.1; VB.2004.00006, E. 2.1). Nach dem Verwaltungsgericht kann die Vergabestelle, wenn sie nicht anders ausgeschrieben hat, auch Varianten prüfen, die ohne zusätzliche Amtslösungsofferte eingereicht worden sind. Das Verwaltungsgericht betont regelmässig, dass sich aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel ergebe, dass Varianten grundsätzlich zulässig sein müssen. Der Vergabebehörde könnten aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden, die kostensparender oder technisch ausgereifter sind als der eigene Amtsvorschlag (VB.2012.00628, E. 5.1;).
- 18 Die Tatsache, dass die Egg Immo AG alleine eine von der Amtslösung abweichende Offerte und kein Grundangebot eingereicht hat, ist nach der tendenziell anbieterfreundlichen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich für sich alleine genommen noch kein ausreichender Grund, die Offerte der Egg Immo AG auszuschliessen.
- a. Spezialfall: Variante mit Reduktion des ausgeschriebenen Leistungsinhalts**
- 19 Ein Sonderfall sind Varianten, die – wie im vorliegenden Fall – eine Reduktion des Leistungsinhalts in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zum Gegenstand haben. Die Egg Immo AG ist bewusst u.a. in den folgenden Punkten hinter den vom Leistungsverzeichnis gestellten Anforderungen zurückgeblieben:

- a. der Lüftung in den nicht gefangenen Garderobenräumen,
 - b. des Anschlusses an die öffentliche Kanalisation,
 - c. der Platzierung der Luft-Wärmepumpe und
 - d. der Dachbedeckung (Kies statt Begrünung)
 - e. Verzicht auf ein Angebot mit Minergie-Standard
- 20 Gemäss Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich sind solche Varianten (so Varianten nicht per se aus sachlichen Gründen in der Ausschreibung ausgeschlossen waren) nicht von vornherein auszuschliessen, da sie der Behörde Gelegenheit geben, eine allenfalls diskutabile Vorgabe nochmals zu überprüfen. Wenn die Behörde jedoch zum Schluss gelangt, dass die Anforderungen entsprechend der Variante zu reduzieren sind, muss sie auch den übrigen Anbietern Gelegenheit geben, ihre Offerte mit Blick auf die neue Umschreibung des Leistungsinhalts zu ergänzen. Mit diesem Vorgehen wird die Gleichbehandlung der Anbieter und die Transparenz des Verfahrens gewährleistet (VB.2005.00514, E. 4.2.4.; VB.2004.00006, E. 2.2.2.; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 771).
- 21 Dieser Anspruch der übrigen Anbieter ergäbe sich in casu auch aus einer inzidenten Aufhebung des Variantenausschlusses. Soll trotz Variantenausschluss in der Ausschreibung auf eine Variante zugeschlagen werden, lässt sich aus der Rechtsprechung zum Minderangebot wie auch aus dem Transparenz- und dem Gleichbehandlungsgebot der Anspruch sämtlicher Anbieter auf Einreichung von Varianten ableiten. Es wäre gar in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob das Verfahren im Falle der Zulassung von Varianten und einer Leistungssenkung abubrechen und neu auszuschreiben wäre.
- b. Funktionale Gleichwertigkeit von Varianten, Pflichten des Anbieters**
- 22 Beim Entscheid, ob eine eingereichte Variante zu berücksichtigen ist, verfügt die Vergabestelle über ein weites Ermessen (VB.2012.00628, E. 6.2). Jedoch sind weder die Vergabebehörde noch die Anbieter berechtigt, den in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen definierten Beschaffungsgegenstand über eine Variante nachträglich zu ändern. Varianten werden inhaltlich durch die Definition des Beschaffungsgegenstands in den Ausschreibungsunterlagen beschränkt: Verlangt wird stets die *funktionale Gleichwertigkeit* der technischen Anforderungen an die Unternehmervariante. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Transparenzprinzip erfordern, dass Varianten nach den gleichen Zuschlagskriterien (samt eventuellen Unterkriterien und den gleichen relativen Gewichtungen) beurteilt werden wie die Grundangebote (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 766).
- 23 Der Anbieter trägt die *Beweislast* dafür, dass die von ihm eingereichte Variante die vorgegebenen Minimalstandards erfüllt sowie allgemein dem Beschaffungsgegenstand entspricht. Insbesondere hat er den Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit seiner Unternehmervariante mit dem Amtsvorschlag zu erbringen. Die Variante muss im Lichte des aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen abzuleitenden Beschaffungszwecks noch mit der Amtsvariante vergleichbar sein. Varianten müssen mit anderen Worten den technischen und anderen Minimalstandards der Amtsvariante entsprechen (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 759).

- 24 Dem Anbietenden, der eine Variante einreicht, obliegt deshalb eine besondere *Mitwirkungspflicht*, indem er zusammen mit seiner Variante diejenigen zumutbaren Unterlagen einzureichen hat, welche die Gleichwertigkeit derselben mit den Anforderungen der Amtsvariante möglichst gut dokumentieren. Das Verwaltungsgericht verlangt vom Anbieter, der eine Variante einreicht, dass dieser in seinem Angebot die Vorzüge derselben deutlich darstellt. So müssen z.B. Kostenvorteile, die aus seiner Variante resultieren, aus den Unterlagen des Variantenanbieters deutlich sichtbar sein (VB.2003.00268, E. 3.2.2.).
- 25 Im konkreten Fall vermag die Egg Immo AG mit ihrer Offerte den Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit nicht oder nicht in genügendem Mass zu erbringen. Hinsichtlich Kanalisation und Minergie verzichtet sie vollständig auf eine Erläuterung, weshalb sie von den Ausschreibungsunterlagen abweicht. Mit Blick auf den Verzicht auf Oblichter lässt sie es bei pauschalen Aussagen bewenden, mit ihrer Variante könne eine „einfachere und sicherere Lüftung“ erreicht werden und es bestünde „keine Gefahr von offenstehenden und sturmgefährdeten Oblichtern“ (vgl. Offerte, Technischer Bericht, Ziff. 2.2.2.). Damit wird der Nachweis der funktionalen Gleichwertigkeit unseres Erachtens nicht erbracht. Im Übrigen kommt die Egg Immo AG auch ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, die ihr bei der Einreichung einer Unternehmervariante obliegt, weil sie in keiner Weise die Vorzüge ihrer Variante darstellt bzw. belegt. Es ist nicht ersichtlich, wie gross z.B. die Kosteneinsparungen sind; die Vergabestelle muss sich dafür auf (eigene) Schätzungen berufen.

IV. FAZIT

- 26 Die Offerte der Egg Immo AG weicht in verschiedenen Punkten von den Ausschreibungsunterlagen ab. Sie ist als Minderangebot und damit als Variante zu qualifizieren. Falls der Variantenausschluss in der Ausschreibung sachlich begründet ist, ist die Egg Immo AG auszuschliessen.
- 27 Wenn auf den Variantenausschluss zurückzukommen wäre, wäre ein Zuschlag auf die Variante der Egg Immo AG unseres Erachtens nicht möglich, weil sie es unterlassen hat, die funktionale Gleichwertigkeit ihres Vorschlags mit dem Amtsvorschlag nachvollziehbar darzulegen. Die materielle Gleichwertigkeit wird grundsätzlich nicht von Amtes wegen geprüft. Somit bliebe es auch in diesem Falle beim Ausschluss.
- 28 Überdies müsste aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgründen den anderen Anbietern die Möglichkeit geboten werden, ebenfalls Varianten einzureichen, wobei die mit dem Minderangebot der Egg Immo AG vorgenommenen Änderungen an der Ausschreibung zu kommunizieren wären. Ob ein solches Vorgehen noch möglich ist oder bereits den Abbruch des Verfahrens zur Folge haben müsste, um auch Dritte, die mit der Möglichkeit, Varianten einzureichen, ebenfalls ein Angebot platziert hätten, den Vorgaben entsprechend zu behandeln, wird hier nicht weiter ausgeführt. Jedoch machen die Erwägungen deutlich, dass ein Ausschluss die richtige Anordnung ist.