

ZG_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 39 vom 13. Juli 2020

ZG Verwaltungsgericht, 2020-07-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_V_2020_39

FR: ZG_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 39 du 13 juillet 2020

IT: ZG_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 39 del 13 luglio 2020

Regeste

Verwaltungsrechtl. Kammer — Submission (Zuschlag)

Erwägungen

E. 2

angefochtenen Verfügung haben muss (formelle und materielle Beschwer); die formelle Beschwer bei Anbieterinnen, die am Vergabeverfahren teilgenommen haben (und dabei nicht zum Zuge kamen), stets anzunehmen ist, die materielle Beschwer jedoch lediglich (aber immerhin) bei denjenigen der formell beschwerten Anbieterinnen gegeben ist, denen die Änderung oder Aufhebung der angefochtenen Verfügung einen Vorteil einbrächte, deren Chancen auf den Erhalt des Zuschlags durch die Änderung oder Aufhebung also wiederhergestellt oder verbessert würden (Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich/Basel/Genf 2004, N. 400); - die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, welche in der vorliegenden Vergabe den zweiten Rang erreicht hat, gegeben ist, weil ihr Angebot allenfalls den Zuschlag erhalten könnte, wenn sich herausstellen sollte, dass die Bewertung der Zuschlagskriterien nicht korrekt erfolgte; - die Beschwerde keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), die Beschwerdeinstanz jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB); - aufgrund einer "prima-facie"-Beurteilung darüber zu befinden ist, ob sich die Beschwerde mutmasslich als begründet oder unbegründet erweist, ohne dass zeitraubende Abklärungen vorgenommen werden müssen, und bei diesem Entscheid der zuständigen Beschwerdeinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht; - das Bundesgericht dem Umstand, dass die vergaberechtliche Gesetzgebung Rechtsmitteln in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, einen besonderen Stellenwert einräumt und daraus jedenfalls geschlossen werden kann, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides ein erhebliches Gewicht zukommt (BGE 2P.103/2006 E. 4.2); - gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, mit der Beschwerde gerügt werden können; Unangemessenheit jedoch nicht geltend gemacht werden kann (Abs. 2);

E. 3

- der Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote ein sehr grosser Ermessensspielraum zukommt und sie bei der Wahl des Bewertungssystems weitestgehend frei ist, wobei entscheidend ist, dass dieses im Grundsatz sachgerecht und einheitlich ist, d.h. auf alle Anbieterinnen und Anbieter bzw. auf alle Angebote in gleicher Weise nach gleichen Massstäben angewendet wird (Elisabeth Lang, Die Praxis des Verwaltungsgerichts

des Kantons Aargau zum Submissionsrecht, in: ZBl 103/2002, S. 475); - das Gericht namentlich mit Bezug auf die Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht sein eigenes Ermessen anstelle desjenigen der Vergabebehörde setzt (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, N. 1389); - der Grundsatz, dass die Bewertungsmethode die bekannt gegebene Gewichtung zum Tragen zu bringen hat, für die Bewertung sämtlicher Zuschlagskriterien gilt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 914 mit Hinweis auf das Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich VB.2006.00205 vom 30. August 2006 E 5.2.2); - die Beschwerdeführerin beantragt, die Zuschlagsverfügung sei rückgängig zu machen bzw. der Zuschlag ihr zu erteilen und dieser ohne Bezug eines Rechtsvertreters gestellte Antrag in guten Treuen als solcher auf neue Vergabe aufzufassen ist; - die Beschwerdeführerin zur Begründung der Beschwerde geltend macht, bei der Auswertung der Offerten zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots sei die von der C._____ AG offerierte Bauzeit von 10 Wochen mit Ankopplung an eine Konventionalstrafe von Fr. 2'000.00 pro Arbeitstag bei selbstverschuldeten Verzögerungen besser bewertet worden als die in ihrem Bauprogramm ausgewiesene Bauzeit von 13 Wochen; diese Vorgehensweise und die daraus resultierende Vergabe an die C._____ AG seien aus folgenden Gründen nicht nachzuvollziehen: Bezüglich Bauprogramm und Bauzeit seien seitens Bauherrschaft in den Besonderen Bestimmungen im Leistungsverzeichnis (Pos. 102.625.100) als Baubeginn "voraussichtlich" Montag, 10. August 2020, und als voraussichtliche Bauzeit 16 Wochen angegeben worden; diese Vorgaben seien von der Beschwerdeführerin vollumfänglich erfüllt worden; in den Bestimmungen zum Hauptangebot werde unter Punkt 161 auf die entsprechende Position im

E. 4

Leistungsverzeichnis (NPK 102, Pos. Nr. 620) verwiesen und weiter werde erwähnt, dass eine kurze Bauzeit mit wenig Verkehrsbehinderungen bevorzugt werde; diese Anmerkung sei als Anmerkung und nicht als Bewertungskriterium zu betrachten, insbesondere auch deshalb, weil die Anmerkung unter Position 160 (Beschreibung des Bauvorhabens) und nicht unter Position 250 (Zuschlagskriterien mit Gewichtung) aufgeführt sei; die in der Zuschlagsverfügung aufgeführte Konventionalstrafe bei selbstverschuldeten Verzögerungen in der Höhe von Fr. 2'000.00 pro Arbeitstag sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht erwähnt; entsprechend könne diese nachträglich festgesetzte Forderung bei der Bewertung der Zuschlagskriterien nicht miteinbezogen werden; fraglich sei auch, ob im Rahmen des Submissionsverfahrens diese zusätzliche Festsetzung einer Konventionalstrafe überhaupt zulässig sei und entsprechend in die Bewertung und den Zuschlagsentscheid einfließen dürfe; entsprechend sei ihrer Ansicht nach bezüglich Bewertung des Kriteriums "Termine" denn auch die von der C._____ AG offerierte Bauzeit von 10 Wochen mit der von ihr ausgewiesenen Bauzeit von 13 Wochen gleichzusetzen; in Anbetracht dieser Sachlage erfülle sie die geforderten Vorgaben beim Zuschlagskriterium "Termine" zur Erreichung der maximalen Punktzahl; - die Beschwerdegegnerin beantragen lässt, die Beschwerde sei abzuweisen und deren aufschiebende Wirkung aufzuheben; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zzgl. MWST zu Lasten der Beschwerdeführerin; - die Beschwerdegegnerin begründend ausführen lässt, in der Beschwerdeschrift werde in keiner Art und Weise auf die aufschiebende Wirkung hingedeutet, weshalb sie bestreite, dass die Beschwerdeführerin implizit die aufschiebende Wirkung verlangt habe; die Voraussetzungen für die Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien vorliegend nicht gegeben; die Beschwerdeführerin

verkenne die Funktionsweise der Zuschlagskriterien und die anschliessende Bewertung; der Umstand, dass ein Anbieter bei einem Zuschlagskriterium die minimalen Vorgaben der Vergabebehörde einhalte, bedeute nicht automatisch, dass dieser Anbieter Anrecht auf die volle Punktzahl für dieses Kriterium erhalte; es liege grundsätzlich im Ermessen der Vergabebehörde, innerhalb der Vorgaben bei der Punkteverteilung sachlich gerechtfertigte Abstufungen vorzunehmen, wenn die Anbieter unterschiedliche Angebote einreichen; sie sei nach umfassender und sachlich gerechtfertigter Prüfung und Bewertung der eingereichten Angebote zum Schluss gelangt, dass die C._____ AG das wirtschaftlich günstigste Angebot

E. 5

präsentiert habe, u.a. darum, weil diese nebst dem zweitgünstigsten Preis die kürzeste Bauzeit offeriert habe; die Erfolgsaussichten der Beschwerde seien demnach sehr gering und die Beschwerde sei als nicht begründet zu qualifizieren, weshalb die aufschiebende Wirkung aufzuheben sei; - die Beschwerdegegnerin ferner geltend machen lässt, der Erteilung der aufschiebenden Wirkung stünden auch gewichtige öffentliche Interessen entgegen; bei der Vorderbergstrasse im Bereich Gibelegg handle es sich um eine öffentliche Strasse und um einen wichtigen Verkehrsträger in der Gemeinde Walchwil; wie der Ausschreibung im Amtsblatt vom 29. Mai 2020 zu entnehmen sei, sei der Baustart für den 10. August 2020 und das Bauende für den 13. November 2020 vorgesehen; der Auftrag könne weder verschoben noch verlängert werden, da die Strassensanierung noch vor dem möglichen Wintereinbruch fertiggestellt werden müsse; die Wichtigkeit der Termineinhaltung werde zudem durch die hohe Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Termine: Bauzeit/Bauprogramm" sowie durch die Festsetzung einer Konventionalstrafe für selbstverschuldete Verzögerungen unterstrichen; eine Verzögerung der Sanierungsarbeiten an der Vorderbergstrasse sei nicht zumutbar; die aufschiebende Wirkung der Beschwerde sei auch unter diesem Gesichtspunkt aufzuheben; - die Beschwerdegegnerin mit Bezug auf die Zuschlagskriterien und deren Bewertung vorbringen lässt, sie habe eine transparente Evaluation der eingereichten Angebote vorgenommen, indem sie eine Bewertungstabelle mit den entsprechenden Zuschlagskriterien aufgestellt habe, wobei das Kriterium "günstigstes Angebot" mit 70 und das Kriterium "Termine" mit 15 von 100 Punkten gewichtet worden sei; der Beschwerdeführerin seien für das Kriterium "Termine" deshalb 10.5 Punkte und mithin 4.5 Punkte weniger als der C._____ AG zugeteilt worden, weil sie eine im Vergleich zu letzteren 3 Wochen längere Bauzeit angegeben habe; nur weil die Beschwerdeführerin die vorgegebene Bauzeit von 16 Wochen gemäss Leistungsverzeichnis einhalte, heisse dies nicht automatisch, dass sie dafür die volle Punktzahl erhalte, wenn andere Anbieter eine kürzere Bauzeit offerierten; innerhalb der vorgegebenen Kriterien und deren Gewichtung verfüge sie in Bezug auf die Punkteverteilung über ein gewisses Ermessen; aus der Bewertungstabelle sowie dem Gemeinderatsbeschluss vom 13. Juli 2020 ergebe sich, dass für jede zusätzliche Woche Bauzeit den anderen Anbietern 1.5 Punkte abgezogen worden seien; sie habe unmissverständlich klar gemacht, dass sie dem Kriterium "Termine" ein hohes Gewicht beimesse, woran auch der Umstand nichts

E. 6

ändere, dass im Leistungsverzeichnis von "voraussichtlich" die Rede sei; sodann könne dem Argument der Beschwerdeführerin, dass es sich bei der Aussage in Randziffer 161 der Bestimmungen zum Hauptangebot "eine kurze Bauzeit mit wenig Verkehrsbehinderungen

wird bevorzugt" bloss um eine Anmerkung und nicht um ein Bewertungskriterium handle, nicht gefolgt werden; jedes Kriterium sei nach dem Vertrauensprinzip auszulegen; die Beschwerdeführerin habe nicht davon ausgehen können, dass sie automatisch die volle Punktzahl erhalten würde, wenn sie die Minimalvorgabe von 16 Wochen Bauzeit einhalte; bei der vereinbarten Konventionalstrafe für die Verzögerung der Bauarbeiten in der Höhe von Fr. 2'000.00 pro Arbeitstag handle es sich nicht um eine wesentliche Änderung des vorgegebenen Vertragsinhalts, sondern um die Unterstreichung der Wichtigkeit des Kriteriums "Termine"; die Konventionalstrafe sei nicht in die Bewertung des Kriteriums eingeflossen, sondern sei vielmehr Instrument zur Sicherstellung der offerierten Leistung; eine solche Konventionalstrafe sei zulässig und in der Praxis üblich; - die Zuschlagsempfängerin C._____ AG auf eine Stellungnahme und damit eine Verfahrensbeteiligung verzichtet hat; - die Beurteilung und Bewertung der Angebote gemäss Ausschreibungsunterlagen nach den folgenden Zuschlagskriterien erfolgte: "Preis" (max. Anzahl Punkte bzw. Gewichtung: 70), "Leistung" (5), "Termine" (15), "Schlüsselpersonal" (5), "Ökologie/Umweltverträglichkeit" (5); - der Zuschlagsempfängerin in der Gesamtbewertung 95.30 Punkte und der Beschwerdeführerin 93 Punkte zugeteilt wurden; - die Punkteverteilung beim Zuschlagskriterium "Preis" – die Beschwerdeführerin erhielt für ihr Angebot von Fr. 435'793.75 die maximal möglichen 70 Punkte, während die Zuschlagsempfängerin für ihr Angebot von Fr. 463'104.45 mit 67.8 Punkten bewertet wurde – nicht beanstandet wurde und nicht zu beanstanden ist; - die gegenüber der Beschwerdeführerin (10.5 Punkte) höhere Punktzahl der Zuschlagsempfängerin (15 Punkte) beim Zuschlagskriterium "Termine" die 3 Wochen kürzere Bauzeit von 10 statt 13 Wochen widerspiegelt;

E. 7

- nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdegegnerin den anderen Anbietern für jede im Vergleich zur Zuschlagsempfängerin zusätzliche Woche Bauzeit 1.5 Punkte bzw. 10% der Maximalpunktzahl abzog, da damit der Anbieter mit der längsten offerierten Bauzeit von 15 Wochen (zwar nur aber immerhin) 7.5 Punkte erhielt, weshalb insbesondere nicht von einer Skalierung gesprochen werden kann, welche allein den oberen hälftigen Punktebereich benotete, was einen Verstoss gegen das Erfordernis der Transparenz des Vergabeverfahrens darstellen würde (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich VB.2006.00205 vom 30. August 2006 E. 5.2.2); - die Beschwerdeführerin selbst dann das Nachsehen hätte, wenn pro Woche zusätzliche Bauzeit im Vergleich zu der von der Zuschlagsempfängerin offerierten Bauzeit nur ein Punkt abgezogen würde; - der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden kann, wenn sie aufgrund der Tatsache, dass sie die in den Ausschreibungsunterlagen geschätzte ("voraussichtliche") Bauzeit von 16 Wochen einhalten kann, geltend macht, sie verdiene ungeachtet der Länge der von ihr und den weiteren Bewerbern konkret offerierten Bauzeiten in jedem Fall (ebenfalls) die volle Punktzahl für das Kriterium "Termine", zumal der Vermerk "eine kurze Bauzeit mit wenig Verkehrsbehinderungen wird bevorzugt" unter Punkt 161 der Bestimmungen zum Hauptangebot nicht ein selbständiges Bewertungskriterium darstellt, sondern vielmehr als an prominenter Stelle (Beschreibung des Bauvorhabens) angebrachter Hinweis darauf verstanden werden muss, dass sich eine kurze Bauzeit besonders positiv auf die Punktevergabe für das Kriterium "Termine" auswirkt; - somit ausschlaggebend für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Termine (Bauzeit/Bauprogramm)" die Beurteilung und Bewertung der Bauzeit war; - die von der Beschwerdeführerin im Weiteren gerügte Festsetzung der Konventionalstrafe Teil der Zuschlagsverfügung war und mithin mit der Beschwerdegegnerin festzustellen ist, dass

diese lediglich, aber immerhin der Sicherung der versprochenen Bauzeit dienen soll und nicht Teil der Bewertung der Zuschlagskriterien war; - aus diesen Erwägungen zu den Offerten der Beschwerdeführerin und der Zuschlagsempfängerin und der jeweiligen Bewertungen zu schliessen ist, dass die für die Zuschlagserteilung ausschlaggebende höhere Bewertung der von der

E. 8

Zuschlagsempfängerin offerierten Bauzeit gegenüber derjenigen der Beschwerdeführerin wohl sachlich gerechtfertigt und von dem der Vergabestelle zustehenden grossen Ermessensspielraum abgedeckt ist; - somit davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin mit ihrer Gesamtpunktzahl über alle Zuschlagskriterien zu Recht hinter der Zuschlagsempfängerin auf dem zweiten Platz rangiert; - die "prima-facie"-Beurteilung der Beschwerde daher ergibt, dass diese nicht als ausreichend begründet erscheint und der Antrag auf Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin wohl eher nicht gutgeheissen werden kann (womit sich die Prüfung, ob der Beschwerde keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen, erübrigt), - dies führt zur Aufhebung der vorläufig und vorsorglich erteilten aufschiebenden Wirkung und zur Feststellung, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt werden kann; - das Gericht gestützt auf § 26 Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen (VRG; BGS 162.1) von der Partei, die ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann und bei Nichtleistung des Kostenvorschusses innert der angesetzten Frist das Verfahren abgeschrieben werden kann; - gegen diese Verfügung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden kann, sofern sich nach der Meinung der Beschwerdeführerin eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; beim Bundesgericht auch eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden kann, sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, mit der Verfügung würden verfassungsmässige Rechte verletzt; Folgendes verfügt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.