

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00348 vom 13. April 2000

ZH Verwaltungsgericht, 2000-04-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.1999.00348

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00348 du 13 avril 2000

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00348 del 13 aprile 2000

Regeste

Submission | Vergabe eines Bauauftrags für die Errichtung einer Sportanlage; Auswahl der Anbieter im selektiven Verfahren. Vollständigkeit des Teilnahmeantrags (E. 4). Beschränkung der Teilnehmerzahl im selektiven Verfahren; organisatorische Eignung und aktuelle Erfahrung als Auswahlkriterien (E. 5). Nachträgliche Ergänzung oder Berichtigung eines Angebots: Die nachträgliche Ergänzung oder Berichtigung eines Angebots ist nur im engen Rahmen von § 27 und § 28 SubmV zulässig; durch die Befugnis, sich im Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht auf neue Tatsachen und Beweismittel zu berufen (§ 52 VRG), wird diese spezialrechtliche Regel nicht eingeschränkt (E. 5.c.bb).

Erwägungen

E. 1

Gegen den Entscheid einer Gemeindebehörde über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung. Für Vergaben im Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) ergibt sich dies aus § 3 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) in Verbindung mit Art. 15 IVöB. Für andere Vergaben hat der Regierungsrat mit § 1 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) gestützt auf § 2 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG die Bestimmungen des Beitrittsgesetzes und der Verordnung auf öffentliche Beschaffungen der Gemeinden anwendbar erklärt, soweit es durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) verlangt wird. Gestützt darauf gelangt der in § 3 IVöB-BeitrittsG geregelte Rechtsschutz gegenüber allen nach dem vollständigen Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes ergangenen Vergabeentscheiden zur Anwendung (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13, E. 1; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren stellt für die nicht berücksichtigten Bewerber einen Endentscheid dar, welcher mit der Beschwerde an das Verwaltungsgericht angefochten werden kann (§ 4 lit. c IVöB-BeitrittsG). Die Beschwerde an das Verwaltungsgericht ist daher zulässig. Auf das Beschwerdeverfahren kommen die Bestimmungen der §§ 3 ff. IVöB-BeitrittsG, ergänzt durch die sinngemäss heranzuziehenden Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, zur Anwendung.

E. 2

a) Die Beschwerdeführenden haben ihren Zusatzantrag betreffend Überprüfung des Vorwissens von zwei Mitbewerbern zurückgezogen. Auf die entsprechenden Rügen könnte

im Übrigen auch deswegen nicht eingetreten werden, weil diese verspätet vorgebracht wurden. Die Begründung der Beschwerde darf mit der Replik nur so weit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort dazu Anlass gibt; vorbehalten bleibt das nachträgliche Vorbringen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, welche die Parteien nicht früher beibringen konnten (VGr, 24. November 1999, BEZ 2000 Nr. 10, E. 2). Die Beschwerdeführenden haben für das nachträgliche Vorbringen des betreffenden Einwands keinerlei Gründe angeführt. b) Die Beschwerdeführenden verlangen in erster Linie die Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Was sie mit den weiteren Anträgen anstreben, ist nicht ohne weiteres deutlich. Sinngemäss bezweckt ihr Antrag auf jeden Fall die Zulassung zum Angebot in der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens. In diesem Umfang ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführenden beanstanden, dass der angefochtene Entscheid nicht ausreichend begründet sei. Der Beschwerdegegner führt aus, die Gründe für den Entscheid seien auf telefonische Anfrage des Beschwerdeführers Nr. 5 durch den Projektleiter mündlich erläutert worden. Auch hätten die Beschwerdeführenden die Möglichkeit gehabt, gemäss § 33 Abs. 2 SubmV eine ausführliche Begründung zu verlangen, was sie jedoch nicht getan hätten. Nach der für das Vergabeverfahren geltenden Regelung von § 33 SubmV ist die Vergabestelle bei der Eröffnung des Entscheids nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Abs. 1); erst auf Gesuch eines Anbieters hin muss sie die wesentlichen Gründe für dessen Nichtberücksichtigung bekannt geben (Abs. 2). Diese nachträgliche Begründung hat in schriftlicher Form zu erfolgen (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 4a). Vorliegend haben die Beschwerdeführenden nach der unbestrittenen Darstellung des Beschwerdegegners keine ergänzende Begründung verlangt. Ferner erhielten sie mit der Replik Gelegenheit, zur Beschwerdeantwort und den vom Beschwerdegegner eingereichten Unterlagen Stellung zu nehmen, so dass eine allfällige Verletzung ihres rechtlichen Gehörs geheilt worden wäre. Auf den Ausgang des Verfahrens hat die Frage daher keinen Einfluss.

E. 4

Der Beschwerdegegner wirft den Beschwerdeführenden vor, keinen vollständigen Teilnahmeantrag eingereicht zu haben, da die verlangten Kostenschätzungen zu den Teilobjekten O1 und O3 der Eissportanlage gefehlt hätten. Die Beschwerdeführenden wenden dagegen ein, dass die Optionen O1 und O3 im Plan 1 enthalten seien; eine Kostenschätzung sei nicht erforderlich gewesen, da nach den Ausschreibungsunterlagen nur diejenigen Kosten hätten geschätzt werden müssen, die aus der Sicht des Anbieters im Rahmen der vorgesehenen Finanzen realisiert werden konnten. a) Nach § 26 Abs. 1 lit. d SubmV wird ein Anbieter von der Teilnahme ausgeschlossen, wenn er wesentliche Formvorschriften verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstextes (vgl. VGr, 16. Juni 1999, BEZ 1999 Nr. 25 E. 6). Falls im Teilnahmeantrag der Beschwerdeführenden tatsächlich Kostenschätzungen für Teilobjekte fehlten, die nach den Ausschreibungsunterlagen erforderlich waren, stellte dies einen wesentlichen Mangel dar, der zum Ausschluss vom Verfahren führen musste. b) Die zu projektierende Anlage wurde mit den Ausschreibungsunterlagen in mehrere Teilobjekte unterteilt, die teils zum Minimalprogramm gehörten, das auf jeden Fall zu realisieren ist, teils als Optionen mit verschiedenen Prioritäten bezeichnet wurden. Zum Minimalprogramm zählen die Teilobjekte E1 bis E4

der Eissportanlage und die Teilobjekte L1 und L2 der Leichtathletikanlage. Als Optionen O1 bis O4 (mit Prioritäten 1 bis 4) wurden bezeichnet: Ein zweites Ausseneisfeld (O1), eine grössere Eishalle (O2), eine Überdachung des ersten Ausseneisfeldes (O3) und zusätzliche Bauten und Anlagen der Leichtathletikanlage (O4). Zu den Unterlagen, die mit dem Angebot der ersten Stufe (Teilnahmeantrag) einzureichen waren, gehörte unter anderem ein Plan 1 mit der Darstellung aller im Minimalprogramm enthaltenen Objekte. In diesem Plan waren auch die Optionen O1 bis O3 darzustellen, die Option O4 nur, sofern sie aus der Sicht der Bewerber im vorgesehenen Finanzrahmen realisiert werden konnte. Sodann waren für die Teilobjekte des Minimalprogramms Kostenschätzungen einzureichen. Dasselbe galt für die "aus der Sicht des Teams im vorgesehenen Finanzrahmen möglichen Optionen O1 bis O4"; die geschätzten Kosten der einzelnen Teilobjekte "sowie der aus der Sicht des Teams im vorgesehenen Finanzrahmen möglichen Optionen O1 bis O4" waren in das Formular Kostenschätzung einzutragen. Gemäss diesen Angaben waren die Optionen O1 bis O3 auf jeden Fall im Plan 1 darzustellen; eine Kostenschätzung war für diese Optionen jedoch nur verlangt, sofern sie sich nach Auffassung der Bewerber im Rahmen des vorgesehenen Kredits realisieren liessen. Diesen Zusammenhang bestätigen auch weitere Aussagen der Ausschreibungsunterlagen. Unter Ziff. 4.1.4 der Informationen über das Bauvorhaben wird zu den möglichen Aus- und Erweiterungsbauten ausgeführt: "Die oben beschriebenen Erweiterungen 1 und 2 ..." (diese entsprechen den Teilobjekten der Optionen 1 und 3) "... sind grundsätzlich bereits im Rahmen des vorliegenden Projekts zu realisieren. Falls dies aus finanziellen Gründen nicht möglich sein sollte, sind diese Erweiterungen trotzdem in geeigneter Form im abzugebenden Situationsplan darzustellen". In Ziff. 4.2.4 wird sodann ausgeführt: "Im Angebot sind nur diejenigen Bauten und Anlagen im Situationsplan darzustellen und die zugehörigen Kosten zu schätzen, die aus der Sicht des Anbieters im Rahmen der vorgegebenen Finanzen realisiert werden können. Die Option Priorität 1 für ein zweites Ausseneisfeld sowie die Option Priorität 3 für die Überdachung des ersten Ausseneisfeldes sind jedoch auf jeden Fall in geeigneter Form im Situationsplan darzustellen". c) Die Beschwerdeführenden berufen sich in ihrer Replik auf die Angaben unter Ziff. 4.2.4 der Informationen über das Bauvorhaben. Sie weisen darauf hin, dass die Optionen O1 und O3 nach ihrem Projekt nicht im vorgegebenen Finanzrahmen hätten realisiert werden können; aus diesem Grund seien auch die Kosten nicht geschätzt worden. Der Beschwerdegegner verweist in der Duplik ebenfalls auf Ziff. 4.2.4 der Informationen über das Bauvorhaben. Nach seiner Auffassung würde eine zwingende Berücksichtigung der Optionen O1 und O3 im Situationsplan ohne zugehörige Kostenschätzung keinen Sinn machen, was auch den Beschwerdeführenden habe klar sein müssen. Damit widerspricht der Beschwerdegegner jedoch den an mehreren Stellen der Ausschreibungsunterlagen zum Ausdruck gebrachten Anforderungen, die zwischen der verlangten Darstellung im Situationsplan und den einzureichenden Kostenschätzungen unterscheiden. Falls der Beschwerdegegner in allen genannten Fällen eine Kostenschätzung wünschte, hätte er dies in den Ausschreibungsunterlagen zum Ausdruck bringen müssen; aus deren Wortlaut muss das Gegenteil geschlossen werden. Es erscheint auch durchaus als verständlich, dass an die Darstellung im Plan und die abzugebenden Kostenschätzungen unterschiedliche Anforderungen gestellt wurden; es ist einleuchtend, dass Flächen für allfällige Erweiterungen auch dann offen gehalten werden müssen, wenn deren Realisierung aus finanziellen Gründen noch nicht in Frage kommt. d) Für die in der Ausschreibung enthaltenen Objekte stand nach den Ausschreibungsunterlagen ein Kredit von rund 18 Millionen Franken zur Verfügung. Der Vorschlag der Beschwerdeführenden rechnete bei den zum

Minimalprogramm gehörenden Teilobjekten zuzüglich des aufgrund der Situation notwendigen Teilobjekts O4 mit Kosten von Fr. 17'100'000.■. Nachdem die übrigen Bewerber für die Option O1 mit Beträgen zwischen Fr. 450'000.■ und Fr. 2'000'000.■, für die Option O3 mit solchen von Fr. 143'000.■ bis Fr. 3'000'000.■ gerechnet haben, erscheint es als glaubwürdig, dass diese Optionen aufgrund der Berechnung der Beschwerdeführenden im vorgegebenen Finanzrahmen nicht hätten realisiert werden können. Unter diesen Umständen waren sie nach dem Gesagten nicht verpflichtet, entsprechende Kalkulationen einzureichen. Der Vorwurf des Beschwerdegegners, dass die Beschwerdeführenden wegen des Fehlens von Kostenschätzungen zu den Teilobjekten O1 und O3 eine unvollständige Offerte eingereicht hätten, erweist sich damit als unbegründet.

E. 5

Der Beschwerdegegner hat die Beschwerdeführenden im Rahmen des selektiven Verfahrens nicht zur Teilnahme an der zweiten Verfahrensstufe, d.h. zum Einreichen eines Angebots, eingeladen. a) Nach Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB und § 10 Abs. 3 SubmV kann die Zahl der im selektiven Verfahren zum Einreichen eines Angebots einzuladenden Anbieter beschränkt werden, wenn die rationelle Durchführung des Vergabeverfahrens es erfordert. Dabei muss jedoch ein wirksamer Wettbewerb gewährleistet bleiben (Art. 12 Abs. 1 lit. b IVöB); die Zahl der Eingeladenen darf, sofern genügend geeignete Bewerbungen vorliegen, nicht kleiner als drei sein (§ 10 Abs. 3 SubmV). Diese Vorschriften entsprechen den für Vergaben des Bundes geltenden Bestimmungen von Art. 15 Abs. 4 BoeB und Art. 12 Abs. 1 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen. Der Beschwerdegegner gab in der Ausschreibung bekannt, dass mindestens drei Bewerber für die Teilnahme an der zweiten Stufe des selektiven Verfahrens ausgewählt würden. Mit dem angefochtenen Entscheid wurden fünf Bewerber zum Einreichen eines Angebots eingeladen, womit die genannte Anforderung erfüllt ist. b) Wie eine Vergabestelle vorzugehen hat, wenn die geforderten Eignungskriterien von einer grösseren Anzahl Interessenten erfüllt werden, als aufgrund der vorgesehenen Beschränkung zur Abgabe eines Angebots eingeladen werden können, regelt die Submissionsverordnung nicht. Art. X Ziff. 1 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen verlangt, dass die Teilnehmenden in gerechter und nichtdiskriminierender Weise ausgewählt werden. In der Literatur wird vorgeschlagen, dabei auf das Mass der Eignung abzustellen und im Zweifelsfall das Los entscheiden zu lassen (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Vergabethesen 1999, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes, Freiburg 1999, Ziff. 16.2). Jedenfalls dürfen bei der Auswahl im selektiven Verfahren keine vergabefremden Kriterien zur Anwendung gelangen. Werden Eignungskriterien oder allenfalls weitere Auswahlkriterien dazu verwendet, die Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren mit beschränkter Teilnehmerzahl vorzunehmen, müssen diese Anforderungen in gleicher Weise wie die Zuschlagskriterien (dazu VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13, E. 3b) aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sein (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00359, E. 4b.bb). Bei der vorliegend zu beurteilenden Vergabe wurden die Kriterien für die Auswahl der Teilnehmer, die zum Einreichen eines Angebots in der zweiten Verfahrensstufe eingeladen werden, in den Ausschreibungsunterlagen dargelegt: Nebst der Einhaltung des Abgabetermins und der Vollständigkeit der Bewerbung gehörten dazu eine Beurteilung aufgrund der Teambzusammensetzung und der Referenzen mit sieben Teilkriterien und eine Beurteilung aufgrund der Qualität der eingereichten Unterlagen mit zwei Teilkriterien. Mit der Beurteilung der Bewerbungen wurde ein Beurteilungsgremium beauftragt, das aus Vertretern von Stadtrat und Verwaltung sowie

externen Fachleuten bestand und dem in der Sache zuständigen Stadtrat Antrag stellte. Das eingeschlagene Verfahren bringt es mit sich, dass auch Bewerber, die für die vorgesehene Aufgabe grundsätzlich geeignet sind, abgelehnt werden, wenn die Zahl der geeigneten Anbieter die vorgesehene Teilnehmerzahl überschreitet. Die Auswahl war aufgrund der Vorgaben des Beschwerdegegners nach dem Mass der Eignung der jeweiligen Bewerber vorzunehmen. Bei dieser Bewertung stand der Vergabebehörde ■ ebenso wie beim Entscheid über den Zuschlag eines Auftrags (VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26, E. 6a) ■ ein erheblicher Ermessensspielraum zur Verfügung. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. § 50 Abs. 3 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 [VRG]), nicht ein. Zu prüfen ist nur eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG; VGr, BEZ 1999 Nr. 26, E. 6a). c) Das Beurteilungsgremium hat die Bewerbungen der 14 Anbietenden anhand der in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Kriterien geprüft und jedes Teilkriterium mit "gut", "genügend" oder "ungenügend" bewertet (Bericht des Beurteilungsgremiums vom 7. Oktober 1999). Bei den fünf zum Angebot zugelassenen Bewerbern wurden alle Kriterien mit "gut" oder "genügend" bewertet. Die Bewerbung der Beschwerdeführenden wurde teils als "genügend", teils als "ungenügend" beurteilt. aa) Beanstandet wurde vom Beurteilungsgremium zum einen, dass aus den Angaben der Beschwerdeführenden nicht hervorgehe, wer Gesamtleistungsträger des Projekts sein würde. Diese Angabe wird zwar in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich verlangt; im Hinblick auf den geforderten Nachweis der fachlichen, organisatorischen und administrativen Eignung durfte das Gremium jedoch die von den Anbietern gewählte Organisationsform beurteilen. Seine Wertung lässt sich mit sachlichen Gründen vertreten. bb) Sodann hielt das Beurteilungsgremium den Nachweis über aktuelle Erfahrungen des Leichtathletikplaners für ungenügend; dieser habe als Referenz nur den Schweizerischen Leichtathletik-Verband, aber keine Planung bzw. Ausführung vorzuweisen. Die Beschwerdeführenden reichten im Rahmen der Replik Belege ein, aus denen hervorgeht, dass die I. + Partner AG im Oktober 1999 den Projektwettbewerb für den Bau eines Sportplatzes in R. gewonnen hat. Dieser nach dem Eingabetermin der Bewerbung eingetretene Umstand konnte jedoch beim Entscheid über die Zulassung zur zweiten Stufe des selektiven Verfahrens nicht berücksichtigt werden. Im Verfahren vor Verwaltungsgericht kann sich ein Beschwerdeführer zwar grundsätzlich auf neue Beweismittel berufen und, soweit das Gericht nicht als zweite gerichtliche Instanz entscheidet, auch neue Tatsachen geltend machen (§ 52 VRG). Diese Möglichkeit darf jedoch nicht dazu führen, dass die Vorschriften über die rechtzeitige und vollständige Eingabe der Angebote im Vergabeverfahren (§ 26 Abs. 1 lit. d SubmV) missachtet werden. Ein geordnetes Vergabeverfahren ist auf das rechtzeitige Vorliegen aller Angebote in vergleichbarer Form angewiesen. Nachträgliche Ergänzungen sind nur im engen Rahmen von Berichtigungen und Erläuterungen nach den §§ 27 und 28 SubmV zulässig. Die erst im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nachgereichte Referenz ist daher nicht zu berücksichtigen. Der mit der Bewerbung eingereichte Nachweis war somit tatsächlich mangelhaft. cc) Das Beurteilungsgremium erachtete ferner die Kostenschätzung der Beschwerdeführenden für die Eishalle als "sehr optimistisch". In der Beschwerdeantwort bezeichnet der Beschwerdegegner die im Angebot genannte Summe von 9,8 Millionen Franken als schlichtweg utopisch. Dem steht jedoch entgegen, dass die Kostenschätzung des Bewerbers Nr. 11, der zum Angebot zugelassen wurde, mit einem Betrag von 10,1 Millionen Franken nur geringfügig höher lag. Denkbar

ist freilich, dass das Beurteilungsgremium auch die vorgesehene Bauweise der Eishalle in sein Urteil über die Kostenschätzung einbezog. Darüber ist jedoch nichts bekannt, und ohne nachvollziehbare Begründung kann der Einwand des Beschwerdegegners nicht berücksichtigt werden. d) Zusammengefasst durfte die Vergabebehörde somit davon ausgehen, dass die vorgesehene Organisationsform der Beschwerdeführenden wenig geeignet und der Nachweis über aktuelle Erfahrungen des Leichtathletikplaners ungenügend war. Im Übrigen waren auch geeignete Bewerber nicht zu berücksichtigen, wenn ihre Zahl die vorgesehene Beschränkung überstieg. Die Vergabeinstanz muss in diesem Fall anhand der dargestellten Kriterien eine Auswahl treffen (vorn, E. 5.b). Der Beschwerdegegner hat die Auswahl, soweit dies aufgrund der zur Verfügung stehenden Angaben beurteilt werden kann, nach sachlichen Kriterien getroffen. Ein Missbrauch oder eine Überschreitung des ihm zustehenden Ermessens ist nicht zu erkennen.

E. 6

Die weiteren von den Beschwerdeführenden vorgebrachten Beanstandungen erweisen sich als nicht stichhaltig. So bestand keine Notwendigkeit, die Angebote der Bewerber nach den Kosten, die sie anhand allfälliger Vorprojekte errechnet hatten, zu rangieren. Zum Einreichen eines eigentlichen Vorprojektes bestand keine Verpflichtung, da ein Grob-Layout der Halle genügte; der diesbezüglich von den Beschwerdeführenden behauptete Widerspruch zur Fragenbeantwortung vom 23. Juli 1999 ist nicht ersichtlich. Auch ging es bei dieser ersten Stufe des selektiven Verfahrens nicht darum, einen möglichst günstigen Preis zu offerieren (der ohnehin nicht verbindlich gewesen wäre), sondern lediglich um den Nachweis der Eignung der Anbieter, zu welcher unter anderem die Fähigkeit zu einer sachgerechten Erfassung der Kosten gehörte. Ebenso wenig sind die von den Beschwerdeführenden geltend gemachten Aufwendungen für die Ausarbeitung ihrer Bewerbung von Belang. Die Beschwerdeführenden stellten denn auch zu Recht kein dahin gehendes Entschädigungsbegehren.

E. 7

... Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. ...

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