

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00360 vom 17. Februar 2000

ZH Verwaltungsgericht, 2000-02-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2001.00360](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2001.00360)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00360 du 17 février 2000

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00360 del 17 febbraio 2000

## Regeste

Submission | Vergabe von Ingenieurarbeiten (Gemeindeingenieur für Entwässerung)  
Anwendbares Recht (E. 1). Legitimation (E. 2). Akteneinsicht: Beschränkte Einsicht in verwaltungsinterne Unterlagen. Herausgabe von Berichten eines beigezogenen Experten zur Klärung von dessen behaupteter Voreingenommenheit? Frage offen gelassen (E. 3). Unzulässige Absprache mit Anbietenden? Frage offen gelassen (E. 4). Ermessen der Vergabebehörde bei der Beurteilung der Angebote (E. 5a). Bei der Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Qualität" darf die Vergabebehörde grundsätzlich auf Angaben abstellen, die von den Anbietenden für die Präqualifikation eingereicht wurden (E. 5b und c). Nachträgliche Begründung des Vergabeentscheids: Ergänzung einer ungenügenden Begründung grundsätzlich nur mit der Beschwerdeantwort zulässig und nicht erst im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels (E. 5d). Unzureichende Begründung des Vergabeentscheids (E. 5e). Preis und Wirtschaftlichkeit bei Dienstleistungsaufträgen: Stundentarife; Zeitaufwand für die Anfahrt (Berücksichtigung der Distanz zum Einsatzort; E. 5f); Mehraufwand durch den Einsatz weniger qualifizierter Sachbearbeiter (E. 5g). Bindung an die bekannt gegebenen Zuschlagskriterien; Vertrauensschutz (E. 5g). Aufgrund der Neuberechnung erzielt die Beschwerdeführerin das beste Resultat (E. 5h). Gutheissung der Beschwerde (E. 5i). Kosten- und Entschädigungsfolgen (E. 6).

## Erwägungen

### E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2

Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn er bei deren Gutheissung eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, bei welcher er ein neues Angebot einreichen kann. Andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin gemäss der Begründung des angefochtenen Entscheids nur das drittbeste Resultat erzielt. Mit den in der Beschwerde

erhobenen Rügen stellt sie jedoch unter anderem diese Bewertung in Frage, wozu sie ohne weiteres legitimiert ist.

### **E. 3**

a) Für die Ausarbeitung der Submissionsunterlagen und die Begleitung der Vergabe zog die Beschwerdegegnerin das Büro K bei. Die Beschwerdeführerin verlangt die Herausgabe der von diesem Büro erarbeiteten Unterlagen sowie die Einvernahme von dessen Sachbearbeiter M als Zeuge. Die Gemeinde wendet dagegen ein, dass sie im Verlauf des Submissionsverfahrens habe feststellen müssen, dass dieser Sachbearbeiter die Beschwerdeführerin unverhältnismässig stark bevorzuge. Den Grund dafür sieht sie darin, dass M Studienkollege eines Mitglieds der Geschäftsleitung der Beschwerdeführerin gewesen sei. Der Gemeinderat habe daher die Bewertung der Zuschlagskriterien im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens selber vorgenommen. – Die Beschwerdeführerin führt in der Replik zu diesen Vorwürfen aus, dass keines ihrer Geschäftsleitungsmitglieder Studienkollege von M gewesen sei; hingegen sei ihr Projektleiter Siedlungsentwässerung mit M bekannt. Derartige Kontakte seien in der relativ kleinen und übersichtlichen Branche üblich. Nachdem die Beschwerdegegnerin dies nicht bestritten habe, sei davon auszugehen, dass der beigezogene Ingenieur das Unternehmen der Beschwerdeführerin tatsächlich als gleichwertig beurteilt habe, was der Beschwerdegegnerin aber offenbar ungelegen gekommen sei. – Dazu bemerkt die Beschwerdegegnerin in der Duplik, dass der beigezogene beratende Ingenieur die Beschwerdeführerin nicht als gleichwertig beurteilt, sondern wiederholt krass bevorzugt habe, so dass seine Empfehlungen nicht mehr als objektiv hätten qualifiziert werden können. b) Die Vergabeinstanz kann zur Durchführung einer Submission externe Fachleute beiziehen, die direkt am Verfahren mitwirken. Ob der Beizug derartiger Experten erforderlich ist und in welcher Form er erfolgt, steht in weitem Umfang in ihrem Ermessen. Sie ist auch nicht an die Beurteilung der Experten gebunden, sondern trifft ihren Entscheid in eigener Verantwortung (RB 1999 Nr. 4 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBl 101/2000, S. 265 E. 5; zur besonderen Rechtslage bei der Einsetzung einer unabhängigen Jury gemäss § 11 Abs. 1 lit. k der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 [SubmV] vgl. RB 2000 Nr. 60; VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3a/cc). Sieht die Behörde begründete Anhaltspunkte, an der Unvoreingenommenheit eines beigezogenen Experten zu zweifeln, muss sie auf dessen Mitwirkung verzichten, da in diesem Fall ein Ausstandsgrund gegen ihn vorliegt (RB 1999 Nr. 4 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBl 101/2000, S. 265 E. 5). Die vorliegend strittige Vergabe wies keine Komplexität von der Art auf, dass der Beizug eines Experten zwingend erforderlich gewesen wäre. Die Beschwerdegegnerin war daher auch befugt, auf die Mitwirkung des beigezogenen Experten nachträglich wieder zu verzichten bzw. dessen Unterlagen in eigener Kompetenz zu werten. Wenn sie zur Auffassung gelangte, dass der beigezogene Fachmann versucht habe, die Beschwerdeführerin zu bevorteilen, war sie zu diesem Vorgehen sogar verpflichtet. Die Frage stellt sich jedoch, ob nicht gleichwohl Anlass bestünde, die auf diesen Fachmann zurückgehenden Unterlagen offen zu legen. Zwar sind die Ergebnisse seiner Beratung verwaltungsinterne Unterlagen und müssen grundsätzlich nur herausgegeben werden, soweit sie zur Begründung des Vergabeentscheids erforderlich sind (VGr, 12. September 2001, VB.2001.00095, E. 4b). Entsprechendes gilt für die Einvernahme des Beraters als Zeuge. Wird jedoch die Mitwirkung eines externen Experten im Lauf des Verfahrens ohne äussere Notwendigkeit plötzlich abgebrochen, so erscheint es nahe liegend, dass dieser Sachverhalt einer näheren Prüfung unterzogen wird, um den Verdacht auf eine willkürliche Missachtung sachlich begründeter Ergebnisse auszuschliessen. Der von der Beschwerdegegnerin genannte Grund

für die vermutete Voreingenommenheit des beigezogenen Fachmannes, nämlich seine Bekanntschaft zu einem Mitarbeiter der Beschwerdeführerin, erscheint keineswegs als zwingend, da Bekanntschaften dieser Art, wie die Beschwerdeführerin zu Recht anführt, unter Fachleuten derselben Branche kaum zu vermeiden sind. Anhaltspunkte für die von der Beschwerdegegnerin behauptete einseitige Bevorzugung könnten sich am ehesten aus den vom Berater erstellten Unterlagen bzw. aus seiner Einvernahme als Zeuge ergeben. Es ist denn auch nicht ersichtlich, welcher Nachteil der Beschwerdegegnerin aus dem Beizug der betreffenden Akten erwachsen könnte. Die Frage kann jedoch offen bleiben, da sie aufgrund der nachfolgenden Erwägungen für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend ist.

#### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin erblickt einen Anhaltspunkt für willkürliches Vorgehen der Beschwerdegegnerin darin, dass die drei preislich günstigsten Anbieterinnen am 14. August 2001 zu einer "abschliessenden Besprechung" eingeladen worden seien. In der Folge sei der Zuschlag aber dennoch an die Mitbeteiligte ergangen, welche das zweit teuerste Angebot gemacht habe. Die Beschwerdegegnerin begründet ihr Vorgehen damit, dass zur Besprechung vom 14. August 2001 nur diejenigen Büros eingeladen worden seien, welche man nicht ausreichend gekannt habe. Das steht freilich in einem gewissen Widerspruch zu ihrer Angabe, dass man an jenem Treffen die konkrete Abwicklung des Projekts besprochen habe (Duplik, Ziff. 3), denn diese Abwicklung hat mit der Bekanntheit der Anbieter nichts zu tun und muss am ehesten mit denjenigen Bewerbern erörtert werden, welche für den Auftrag in Aussicht genommen werden. Auch diese Frage kann jedoch aus denselben Gründen offen bleiben.

#### **E. 5**

erhielt. Die Beschwerdeführerin, die geltend macht, eines der führenden Schweizer Ingenieurbüros der Siedlungswasserwirtschaft zu sein, hält dies für willkürlich. Die Beschwerdegegnerin bestreitet die Qualifikationen der Beschwerdeführerin nicht, weist jedoch darauf hin, dass diese vor allem im planerisch-theoretischen, nicht im praktisch vollziehenden Bereich auf Stufe Gemeinde lägen; auf diesem Gebiet habe die Beschwerdeführerin erst seit wenigen Jahren punktuell Erfahrungen gesammelt. Ob diese Unterscheidung die grosse Bewertungsdifferenz zu begründen vermag, ist nicht ohne weiteres deutlich, kann jedoch offen bleiben. Insgesamt erweisen sich damit die von der Beschwerdegegnerin vorgenommenen Benotungen der Qualität in Anbetracht ihres Ermessensspielraums zum grösseren Teil als vertretbar. Einzelne Bewertungen können allerdings nicht abschliessend überprüft werden, weil auf die von der Beschwerdegegnerin erst mit der Duplik vorgebrachten Angaben nicht abgestellt werden kann. Die Begründung des Vergabeentscheids erweist sich insofern als unzureichend. f) Die Beurteilung des Preises ist bei Dienstleistungsaufträgen, deren Umfang im Voraus nicht genau umschrieben werden kann, regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden. Die in einem Angebot genannten Stundenhonorare sind nur beschränkt aussagekräftig, da der Zeitaufwand, der für die Bearbeitung benötigt wird und der sich vor Beginn der Arbeit nicht genau beziffern lässt, ebenfalls in die Gesamtrechnung einfliesst (vgl. VGr, ZBl 2000, S. 589 E. 4b = BEZ 1999 Nr. 35). Im Grundsatz war es daher durchaus folgerichtig, wenn die Beschwerdegegnerin vorliegend nicht allein auf die offerierten Stundentarife abstellte, sondern auch weitere Kostenfaktoren in die Bewertung einbeziehen wollte. Unter diesem Titel nahm sie zunächst eine Aufrechnung des Zeitaufwandes für die voraussichtlichen Fahrten der

Anbietenden zum Einsatzort in der Gemeinde vor. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Zwar dürfen ortsfremde Anbietende gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) bei einer öffentlichen Beschaffung nicht benachteiligt werden, und Vergabekriterien, die auf die Länge der Anfahrtswege der Anbieter abstellen, sind daher unter dem Aspekt der Gleichbehandlung problematisch (vgl. RB 1998 Nr. 70 = BEZ 1999 Nr. 12 = URP 1999 S. 165 = ZBl 101/2000, S. 262 E. 5a; BEZ 1999 Nr. 27 = URP 1999 S. 814 E. 4; Matthias Hauser, Umweltaspekte von Baustellen im Vergaberecht, URP 2002, S. 339, 358 ff.). Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um ein von der Beschwerdegegnerin aufgestelltes zusätzliches Kriterium, sondern um eine Folge der Tarifierung, die auf einer separaten Vergütung des Zeitaufwandes für die Anreise beruht. Die Länge der Anfahrtswege wirkt sich daher unmittelbar auf die Wirtschaftlichkeit des Angebots aus, was im Rahmen eines Vergabeverfahrens ohne weiteres berücksichtigt werden darf; die Beachtung dieser wirtschaftlichen Auswirkungen wurde denn auch in der erwähnten Rechtsprechung nicht abgelehnt (vgl. BEZ 1999 Nr. 27 = URP 1999 S. 814 E. 4b). Die Anbieter hätten im Übrigen die Möglichkeit gehabt, den Aufwand für die Fahrten zum Einsatzort zu einem günstigeren Stundenansatz oder z.B. als Pauschale zu offerieren, um die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots zu verbessern. Ebenso hätte es der Beschwerdegegnerin frei gestanden, in den Ausschreibungsunterlagen einen Vergütungsmodus vorzusehen, der den Einfluss der Anfahrtswege auf die Kostenberechnung einschränkt oder beseitigt hätte. Problematisch ist allenfalls, dass der Einfluss der Reisezeiten auf die Beurteilung der Angebote in den von der Beschwerdegegnerin abgegebenen Unterlagen nicht erwähnt wurde. Nachdem aber die Berechnungsweise als solche den Anbietenden offenbar bekannt war – sie wurde jedenfalls von keiner Seite bestritten –, mussten diese auch damit rechnen, dass die Einsatzdistanzen, deren Einfluss auf die Gesamtkosten hier offensichtlich ist, bei der Beurteilung berücksichtigt würden. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin erweist sich daher in diesem Punkt als zulässig. Wieweit die von der Beschwerdeführerin gegen die Berechnung der Anfahrtswege erhobenen Einwendungen zutreffen, kann dabei offen bleiben. g) Des Weiteren hat die Beschwerdegegnerin auch die Erfahrung und die Qualifikationen der Sachbearbeiter, die für die Ausführung des Auftrags eingesetzt werden sollen, bei der Beurteilung des Preises in Rechnung gestellt. In der Tat spricht manches dafür, dass auch diese Qualitäten der ausführenden Personen in die Bewertung des voraussichtlichen Gesamtaufwandes eines Angebots einfließen, und die Berechnungsmethode, welche die Beschwerdegegnerin dabei angewandt hat, erscheint nicht von vornherein als ungeeignet. Diese indirekt kostenrelevanten Faktoren wären zwar nach der Systematik von § 31 Abs. 1 SubmV eher unter dem Kriterium der (gesamthaft zu würdigenden) Wirtschaftlichkeit als unter jenem des Preises einzuordnen (vgl. VGr, 19. April 2002, VB.2001.00402, E. 5e), doch steht diese Frage hier nicht im Vordergrund. Fragwürdig ist jedoch, dass die Beschwerdegegnerin auf diese Weise vorging, obschon sie in den Zuschlagskriterien, die sie mit den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben hatte, klar zwischen den Kriterien Preis und Qualität unterschieden und beim Kriterium Qualität als Unterkriterien insbesondere die personellen Ressourcen der Anbieter, die Qualifikation von Projektleiter und Schlüsselpersonen sowie die Referenzen und Erfahrungen im Bereich der Siedlungsentwässerung genannt hatte. Die Gesamtheit dieser für die Qualität massgebenden Elemente gewichtete sie mit lediglich 40 % und stellte sie dem nicht näher umschriebenen Preis gegenüber, der für sich allein ein Gewicht von 60 % erhielt. Aufgrund dieser Bekanntgabe mussten die Anbietenden davon ausgehen, dass die Beschwerdegegnerin dem Preis ein grosses Gewicht beimass, wogegen

die Qualifikation und Erfahrung der mitwirkenden Personen in ihrer Bedeutung zurücktraten. Dass die Qualitäten der vorgesehenen Bearbeiter auch beim Preis nochmals berücksichtigt würden, war aufgrund der Kriterien nicht zu erwarten. Gewichtungen dieser Art sind für die Anbietenden, die ihre Offerten darauf ausrichten, von grosser Bedeutung. Die Teilnehmer des Verfahrens dürfen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999) darauf zählen, dass die bekannt gegebenen Vergabekriterien grundsätzlich Bestand haben (vgl. VGr, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 2a–b; 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3a/cc). Ob eine nachträgliche Änderung der Kriterien in Ausnahmefällen zulässig ist, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden (vgl. dazu VGr, 10. Mai 2001, VB.2000.00261, E. 4); die Beschwerdegegnerin hat eine solche Änderung weder bekannt gegeben noch begründet. Unter diesen Umständen war es nicht zulässig, Erfahrung und Qualifikation der Sachbearbeiter beim Kriterium Preis nochmals in Rechnung zu stellen. Dass Personen mit geringerer Erfahrung in den spezifischen Belangen des Gemeindeingenieurwesens zumindest in der Anfangsphase mehr Zeit für die Bearbeitung benötigen, ist zwar durchaus denkbar. Dieser Umstand wird jedoch beim Kriterium Qualität mit berücksichtigt, und die Beschwerdegegnerin hat mit der Gewichtung der Kriterien festgelegt, welche Bedeutung sie ihm zumisst. Die zweimalige Berücksichtigung der qualitativen Gesichtspunkte (beim Kriterium Qualität wie auch beim Kriterium Preis) würde auf eine nachträgliche Anpassung der Kriterien bzw. deren Gewichtung hinauslaufen, was nicht zulässig ist. h) Beim Vergleich der Kosten hat die Beschwerdegegnerin den voraussichtlichen Arbeitsaufwand ("Bürozeit") der Beschwerdeführerin unter Hinweis auf die geringere Erfahrung der eingesetzten Sachbearbeiter um 100 Std. (ca. 21%), denjenigen eines weiteren Mitbewerbers um 25 Std. (ca. 5 %) erhöht. Verzichtet man auf diese unzulässigen Aufrechnungen, belaufen sich die angenommenen jährlichen Totalkosten der Beschwerdeführerin noch auf Fr. 58'295.--, während jene der Mitbeteiligten bei Fr. 78'650.-- verbleiben. Nach der Berechnungsmethode der Beschwerdegegnerin, die für jedes Prozent Mehrkosten einen Abzug von 5 Punkten vornahm, ergibt dies für den um 35 % höheren Gesamtpreis der Mitbeteiligten eine Wertung von 325 Punkten, die aufgrund der Gewichtung von 60 % mit 195 Punkten ins Gesamttotal eingeht. Damit erreicht die Mitbeteiligte insgesamt 391 Punkte und rangiert deutlich hinter der Beschwerdeführerin, deren Gesamtzahl von 432 Punkten unverändert bleibt. Entsprechendes gilt für die anderen Mitbewerber, deren Wertungen im Vergleich zum günstigeren Preis der Beschwerdeführerin ebenfalls zurückgestuft werden müssen. So liegen die Gesamtkosten der Firma G, die nach der Rangierung der Beschwerdegegnerin im Gesamtergebnis noch vor der Beschwerdeführerin lag, nunmehr um 15 % über jenen der Beschwerdeführerin; sie erreicht damit beim Preis eine gewichtete Wertung von 255 Punkten und steht im Gesamttotal mit 391 Punkten auf der gleichen Stufe wie die Mitbeteiligte. Im Ergebnis erzielt die Beschwerdeführerin aufgrund dieser Neuberechnung klarerweise das beste Gesamtergebnis aller Anbietenden. Das gilt bereits dann, wenn die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene qualitative Bewertung unverändert zugrunde gelegt wird; die von der Beschwerdeführerin dagegen erhobenen Einwendungen, die nicht in allen Punkten überprüft werden können, bleiben damit ohne Einfluss auf das Resultat. i) Bei dieser Sachlage muss der Auftrag an die Beschwerdeführerin vergeben werden. Die Beschwerde ist gutzuheissen und der angefochtene Vergabeentscheid aufzuheben. Da dem Gericht jedoch nicht bekannt ist, ob mit dem Zuschlag allenfalls Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen – z.B. mit Bezug auf die durch das Beschwerdeverfahren verzögerte Terminplanung – zu

verbinden sind, wäre es nicht zweckmässig, den Zuschlag unmittelbar mit dem Beschwerdeentscheid zu erteilen. Die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 5b).

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig. Die Zusprechung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin, die sich im Beschwerdeverfahren nicht vertreten liess, erscheint dagegen nicht als gerechtfertigt. Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben. Die Sache wird an den Gemeinderat X zurückgewiesen, um den Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen. 2. ...

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