

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00270 vom 9. Juli 2003**

ZH Verwaltungsgericht, 2003-07-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00270](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00270)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00270 du 9 juillet 2003

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00270 del 9 luglio 2003

## **Regeste**

Submission | Feuerpolizei und Feuerungskontrolle. Kombinierte Vergabe ähnlicher Aufträge. Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium. Die Vergabestelle ist (unter Beachtung der Regeln über die Berechnung des Auftragswerts) grundsätzlich frei, ähnliche Beschaffungen zusammenzufassen oder separat zu vergeben, solange dafür sachliche Gründe bestehen und das Vorgehen nicht auf eine Diskriminierung bestimmter Anbieter hinausläuft (E. 3c). Die Kombination von Aufträgen muss aus der Ausschreibung ersichtlich sein und nach klaren, voraussehbaren Grundsätzen erfolgen (E. 3b und c). Bei der Bewertung der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium kommt es nicht darauf an, ob die vom Anbieter ausgebildeten Lehrlinge in dem Geschäftsbereich tätig sind, in welchem der vorgesehene Auftrag ausgeführt wird (E. 4c).

## **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. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 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 über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 zur Anwendung.

### **E. 2**

Aufgrund der Gesamtbewertung der Beschwerdegegnerin erzielte das Angebot des Beschwerdeführers in den beiden von ihm offerierten Arbeitsbereichen nur den siebten (Feuerpolizei) bzw. fünften Rang (Feuerungskontrolle), wogegen die Angebote der Mitbeteiligten in diesen Bereichen je als erste eingestuft wurden. Der Beschwerdeführer erhebt jedoch Einwendungen sowohl gegen das grundsätzliche Vorgehen der Beschwerdegegnerin bei der Auswertung wie auch gegen die Bewertung seines Angebots in Bezug auf einzelne Kriterien. Sofern sich die Einwendungen als begründet erweisen, ist nicht ausgeschlossen, dass sein Angebot als wirtschaftlich günstigstes zu bewerten ist. Er ist daher zur Beschwerdeführung legitimiert.

### **E. 3**

a) Die Beschwerdegegnerin hatte in der publizierten Ausschreibung unter dem Titel "Offerteangaben" bekannt gegeben: "Teilangebote sind zulässig. Die Offertstellung erfolgt

pro Arbeitsbereich. Die Ausweisung einer Kostenreduktion im Falle der Bearbeitung von mehr als einem Arbeitsbereich ist zulässig. Nicht zulässig ist die Eingabe von Varianten." Im Angebotsformular bezeichnete sie "Synergien zu den einzelnen Arbeitsbereichen" als Zuschlagskriterium. Bei der Auswertung der Offerten wurde dieses Kriterium in der Weise benotet, dass die Anbieter für jeden von ihnen offerierten Arbeitsbereich einen Punkt erhielten (1 bis 6 Punkte). Im Vergabeentscheid führte die Beschwerdegegnerin dann aber aus, es sei anzustreben, dass alle Arbeitsbereiche oder Gruppen von Arbeitsbereichen an denselben Anbieter vergeben würden. Aufgrund der bisherigen Erfahrung erscheine es ratsam, die Bereiche Baugesuchsprüfung, Baukontrolle, Feuerpolizei und Hauskanalisation zusammen zu vergeben. Ebenso seien die Bereiche Tank- und Feuerungskontrolle gemeinsam zu vergeben, wogegen die Synergien beim baulichen Zivilschutz nicht so augenfällig seien. Aus diesen Überlegungen vergab sie die Aufträge an die beiden Mitbeteiligten in Paketen von fünf bzw. zwei Arbeitsbereichen.

b) Die in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen gemachten Aussagen enthalten keine klare Richtlinie für das Vorgehen bei der Vergabe der sieben Arbeitsbereiche. Die an sich nahe liegende Möglichkeit, jeden Arbeitsbereich an den im betreffenden Bereich bestplatzierten Bewerber zu vergeben, hätte wohl zu einer grösseren Zahl von Einzelaufträgen geführt, was nicht der Absicht der Beschwerdegegnerin entsprach. Diese liess zwar grundsätzlich zu, dass ein Anbieter nur einen oder wenige Bereiche offerierte, gab jedoch gleichzeitig durch die Verwendung des Zuschlagskriteriums "Synergien zu den einzelnen Arbeitsbereichen" zu erkennen, dass sie kombinierte Vergaben an wenige Auftragnehmer vorzog. Das Kriterium der Synergien eignete sich indessen nicht dazu, die erwünschte Kombination von Arbeitsbereichen auf voraussehbare Weise herbeizuführen. Einerseits war die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Bewertung des Kriteriums, bei der sie auf die Zahl der offerierten Arbeitsbereiche abstellte, ohne zu berücksichtigen, ob die Bereiche schliesslich zusammen vergeben wurden, widersprüchlich. So erhielt das Angebot der Mitbeteiligten Nr. 2 aufgrund der Tatsache, dass diese insgesamt sechs Arbeitsbereiche offeriert hatte, beim Kriterium Synergien 6 Punkte, obschon die Synergien letztlich nur in den beiden Bereichen, für welche sie den Zuschlag erhielt, zum Tragen kamen. Der Einwand des Beschwerdeführers, der diese Art der Bewertung für unzulässig hält, ist insofern berechtigt. Hätte die Beschwerdegegnerin andererseits nur die tatsächlich realisierbaren Synergien berücksichtigen wollen, so hätten sich aus den sieben Arbeitsbereichen und insgesamt 16 Angeboten derart viele Kombinationen ergeben, dass eine sachgerechte Bewertung des Kriteriums ebenfalls verunmöglicht worden wäre. Der Entscheid über die Zusammenfassung geeigneter Arbeitsbereiche konnte daher nicht allein anhand des Kriteriums Synergien getroffen werden.

c) Bei dieser Ausgangslage ist verständlich, dass der Gemeinderat anlässlich der Vergabe konkrete Überlegungen mit Bezug auf eine sinnvolle Kombination der Arbeitsbereiche anstellte. Die diesbezüglichen Erwägungen des angefochtenen Entscheids erscheinen denn auch als sachgerecht. Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers ist die Beschwerdegegnerin nicht gehalten, zwecks Förderung von Kleinunternehmungen möglichst viele Arbeitsbereiche einzeln zu vergeben; das Gemeinwesen ist (unter Beachtung der Regeln über die Berechnung des Auftragswerts nach § 6 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 [SubmV]) grundsätzlich frei, ähnliche Aufträge zusammenzufassen oder separat zu vergeben, solange dafür sachliche Gründe bestehen und das Vorgehen nicht auf eine Diskriminierung bestimmter Anbieter hinausläuft (vgl. auch RB 1999 Nr. 60 = BEZ 1999 Nr. 37 E. 4b). Mit dieser Weichenstellung entfernte sich der Gemeinderat jedoch von den Vorgaben seiner

Ausschreibung, welche beliebige Kombinationen zugelassen hatte. Das zeigt sich gerade beim Angebot des Beschwerdeführers, dessen Kombination von Arbeitsbereichen nach der Ausschreibung zulässig war, aufgrund der vom Gemeinderat gewählten Zusammenfassung von Arbeitsbereichen jedoch keine Chance besass. Diese Schwierigkeit hätte sich vermeiden lassen, wenn die Beschwerdegegnerin entsprechende Überlegungen im Voraus angestellt und die Ausschreibung auf die gewünschte Kombination ausgerichtet hätte. Um eine gewisse Flexibilität zu wahren, wäre es allenfalls auch möglich gewesen, in der Ausschreibung eine geringe Zahl geeigneter Varianten zuzulassen, so dass sich die Auswertung auf eine überblickbare Zahl von Möglichkeiten beschränkt hätte. Die Vorgaben hätten aber in jedem Fall gewährleisten müssen, dass die Vergabe nach klaren, voraussehbaren Grundsätzen erfolgen konnte. Diese Voraussetzung war hier nicht erfüllt. d) Die Beschwerdegegnerin hat somit einerseits das Zuschlagskriterium Synergien auf eine Weise bewertet, die nicht gerechtfertigt war und den Beschwerdeführer benachteiligte. Andererseits hat sie sich bei der Zusammenfassung der Arbeitsbereiche im Vergabeentscheid von Gesichtspunkten leiten lassen, die nicht den Vorgaben der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen entsprachen. Die Beschwerde ist daher gutzuheissen, und der Gemeinderat wird in den beiden vom Beschwerdeführer offerierten Arbeitsbereichen eine neue Beurteilung der Angebote vornehmen müssen. Aufgrund der vorliegenden Situation ist die neue Beurteilung nur in der Weise denkbar, dass die zwei Arbeitsbereiche je separat mit jenen der Mitbewerber verglichen und bewertet werden. Das kann dazu führen, dass die Vergabe auf insgesamt drei Auftragnehmer verteilt werden muss. Dies ist zwar seitens der Beschwerdegegnerin nicht erwünscht, erweist sich aber als Konsequenz ihrer Ausschreibung unter Umständen als unvermeidbar.

#### **E. 4**

Mit Blick auf die neue Beurteilung sind noch die weiteren Einwendungen des Beschwerdeführers zu prüfen. a) Seine Auffassung, dass die Gewichtung der Zuschlagskriterien zwingend in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen hätte bekannt gegeben werden müssen, findet in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts keine Grundlage (VGr, 18. Dezember 2002, BEZ 2003 Nr. 13 E. 3). Der Beschwerdeführer bringt nichts vor, was eine Überprüfung dieser Rechtsprechung erfordern würde. b) Der Beschwerdeführer macht geltend, eine Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis mit bloss 30 % laufe dem Grundsatz des Zuschlags auf das wirtschaftlich günstigste Angebot (§ 31 Abs. 1 SubmV) zuwider. Dabei übersieht er jedoch, dass das wirtschaftlich günstigste nicht mit dem preislich billigsten Angebot gleichzusetzen ist. Es ist ohne weiteres zulässig, aus triftigen Gründen Kriterien wie Qualität, Termine etc. höher zu gewichten als den Preis. Gerade bei Dienstleistungsaufträgen, bei denen der Gesamtaufwand nicht nur von den offerierten Honoraransätzen, sondern ebenso von der Art der Erledigung abhängt wie vorliegend im Fall der Feuerpolizei, kann dies durchaus sinnvoll sein (VGr, 24. September 1999, BEZ 1999 Nr. 35 E. 4b = ZBI 101/2000, S. 589). c) Der Beschwerdeführer beanstandet, dass bei der Benotung des Kriteriums Lehrlingsausbildung stets alle Lehrlinge eines Anbieters berücksichtigt worden seien, nicht nur diejenigen, welche im betreffenden Arbeitsbereich ausgebildet würden. Seines Wissens sei er der Einzige, der Lehrlinge in den hier offerierten Bereichen ausbilde, und sein Angebot hätte daher in diesem Punkt die höchste Bewertung erhalten müssen. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Beim Kriterium der Lehrlingsausbildung geht es nicht um die Erfüllung des konkreten Auftrags, sondern um einen sozialpolitischen Gesichtspunkt, der zusätzlich berücksichtigt wird (vgl. VGr, 9. Juli 2003, VB.2002.00255,

E. 3e und 4). Es kommt daher nicht darauf an, ob die von einem Anbieter ausgebildeten Lehrlinge gerade in dem Geschäftsbereich tätig sind, der bei der Ausführung des vorgesehenen Auftrags zum Einsatz gelangt. Bei der erneuten Beurteilung der Angebote des Beschwerdeführers und seiner Mitbewerber wird jedoch zu beachten sein, dass das Kriterium der Lehrlingsausbildung gemäss dem heutigen Entscheid im Verfahren VB.2002.00255 (E. 3e) nur mit 10 % des Gesamtgewichts aller Zuschlagskriterien gewichtet werden darf. d) Schliesslich beanstandet der Beschwerdeführer die Benotung, die er bei den Kriterien Kundendienst und Qualität erhalten hat. Er weist darauf hin, dass aus dem angefochtenen Entscheid nicht ersichtlich sei, weshalb er in diesen Punkten eine geringere Bewertung erhalte als die Mitbeteiligten. Beim Kriterium Kundendienst sei aus den eingereichten Tabellen zwar ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin zum Teil auf die Bürogrösse der Bewerber abgestellt habe; die Verwendung dieses Merkmals sei jedoch ebenfalls nicht gerechtfertigt. Des Weiteren beanstandet er auch die Benotung der Honoraransätze für die Feuerungskontrolle. Der Entscheid über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags bedarf einer Begründung (VGr, 2. November 2000, VB.2000.00122, E. 3, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4; zu den Anforderungen an die Begründungstiefe vgl. VGr, 13. November 2002, VB.2001.00198, E. 3c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Aufgrund der Sonderregeln des Vergaberechts ist zwar die Vergabestelle bei der Eröffnung des Zuschlags zunächst nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Art. 13 lit. h IVöB und § 33 SubmV); auf Gesuch eines Anbieters hat sie diesem jedoch die wesentlichen Gründe für seine Nichtberücksichtigung bekannt zu geben (§ 33 Abs. 2 SubmV). Aus der Begründung muss insbesondere hervorgehen, inwiefern die Angebote den bekannt gegebenen Anforderungen entsprechen und weshalb das bevorzugte Angebot aufgrund der Zuschlagskriterien als das wirtschaftlich günstigste (§ 31 Abs. 1 SubmV) erscheint. Die Rechtsprechung lässt zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a). Eine weitere Ergänzung im Rahmen eines vom Gericht angeordneten zweiten Schriftenwechsels ist dagegen grundsätzlich nicht zulässig (VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin mit den eingereichten Auswertungstabellen zwar die Benotung der Anbieter bei den einzelnen Kriterien bekannt gegeben. Wie sie zu den entsprechenden Noten gelangt ist, wird aus ihren Unterlagen jedoch nicht ersichtlich. Auch in der Beschwerdeantwort hat sie zu dieser Frage keine Stellung genommen, obschon der Beschwerdeführer die erhaltene Benotung in seiner Beschwerde ausdrücklich beanstandet hatte. Damit hat die Beschwerdegegnerin die Pflicht zur Begründung des Vergabeentscheids verletzt, und die Beschwerde ist auch aus diesem Grund gutzuheissen.

## **E. 5**

Der angefochtene Zuschlag kann nur aufgehoben werden, soweit der Vertrag mit den ausgewählten Anbietern noch nicht abgeschlossen ist (Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt; Art. 18 Abs. 2 IVöB); andernfalls hat das Gericht bei der Gutheissung der Beschwerde lediglich die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen. Vorliegend wurde der Beschwerde mit Bezug auf die Arbeitsgattung Feuerpolizei, nicht aber für die Arbeitsgattung Feuerungskontrolle, aufschiebende Wirkung erteilt; die Beschwerdegegnerin war daher befugt, für den zweiten Bereich einen Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen. Eine entsprechende Mitteilung

ist dem Gericht jedoch nicht zugegangen (Art. 14 Abs. 2 IVöB). Im Beschluss vom 19. November 2002, mit welchem der Gemeinderat Übergangslösungen für verschiedene Arbeitsbereiche traf, sah er für den Bereich Feuerungskontrolle keine Regelung vor, sondern ging davon aus, dass der Entscheid des Verwaltungsgerichts rechtzeitig vor Beginn der nächsten Heizperiode vorliegen werde. Es ist daher anzunehmen, dass noch kein Vertrag besteht. Der angefochtene Beschluss des Gemeinderats vom 9. Juli 2002 ist demnach mit Bezug auf die Vergabe der Arbeitsbereiche Feuerpolizei und Feuerungskontrolle aufzuheben, und die Sache ist zu neuem Entscheid in diesen zwei Bereichen an den Gemeinderat zurückzuweisen.

## **E. 6**

Dem Ausgang des Verfahrens gemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Sie hat dem Beschwerdeführer überdies für die Umtriebe im Beschwerdeverfahren eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Beschluss des Gemeinderats vom 9. Juli 2002 mit Bezug auf die Vergabe der Arbeitsbereiche Feuerpolizei und Feuerungskontrolle aufgehoben. Die Sache wird zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an den Gemeinderat zurückgewiesen. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf: Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 280.-- Zustellungskosten, Fr. 2'280.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt. 4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, dem Beschwerdeführer eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids. 5. ...

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