

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00281 vom 12. März 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-03-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00281](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00281)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00281 du 12 mars 2003

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00281 del 12 marzo 2003

## Regeste

Submission | Die Rüge der Vorbefassung ist, wie der Einwand der Befangenheit, grundsätzlich in jenem Zeitpunkt vorzubringen, in dem der Betroffene Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält. Vorbefassung (E. 2). Transparenz und Zuschlagskriterien sowie konkrete Bewertung (E. 3). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

a) 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 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. b) Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Da die Beschwerdeführerin das tiefste Honorarangebot einreichte und in der Gesamtbenotung hinter der Mitbeteiligten den zweiten Rang belegte, hätte sie beim beantragten Ausschluss der Mitbeteiligten eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

### E. 2

a) Die Beschwerdeführerin bringt zur Begründung ihres Antrages auf Ausschluss der Mitbeteiligten aus dem Verfahren in ihrer Beschwerdeschrift und in der Replik vor, diese habe bei der Ausarbeitung der Ausschreibungs- und Submissionsgrundlagen mitgewirkt und sei daher als vorbefasste Anbieterin vom Vergabeverfahren auszuschliessen. Das von der Mitbeteiligten erarbeitete Grobkonzept sei massgebend für die Ausarbeitung der Offerten gewesen. Für den Bereich Haustechnik sei der Grobkonzeptbeschreibung sogar fachlich die einzige ausschlaggebende Grundlage gewesen. An zahlreichen Stellen der Ausschreibungsunterlagen sei dieser als massgebend bezeichnet und von den Anbietern sei verlangt worden, das Grobkonzept unbedingt zu beachten und einzuhalten. Die Mitbeteiligte habe

wegen ihrer Vorarbeiten einen projektbezogenen Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern erhalten, insbesondere hinsichtlich des Schwierigkeitsgrades, des Korrekturfaktors, der Sachdetails der vorgeschriebenen Umbauarbeiten sowie der konkreten Betriebssituation. Zudem habe sie persönliche Beziehungen zu den für den Zuschlag massgebenden Personen der Beschwerdegegnerin erworben. Diesen Ausführungen hält die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort und in der Duplik entgegen, die Mitbeteiligte habe weder etwas mit der Ausschreibung noch mit der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen zu tun. Sie sei lediglich in der Vorphase des Projektes tätig gewesen, indem sie im Auftrag der Beschwerdegegnerin – beschränkt auf die Formulierung von möglichen Haustechnik-Systemen und die Ermittlung von approximativen Zentralen- und Schachtgrössen – Beihilfe zur Baueingabe des Architekten geleistet und einen Grobkonzeptbeschrieb erarbeitet habe. Das Grobkonzept habe nur informellen Charakter und keinen Einfluss auf die Offerten der Bewerber gehabt. Die Mitbeteiligte habe dadurch weder einen unzulässigen Wissensvorsprung noch sonst einen Wettbewerbsvorteil erlangt. b) aa) Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich zu behandeln sind. Von zentraler Bedeutung ist, dass für alle Wettbewerbsteilnehmenden dieselben Bedingungen bestehen. Wirken Anbietende bereits vor der Ausschreibung bei der Vorbereitung der Vergabe in irgendeiner Weise mit, haben sie unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen. Ausserdem können sie gegenüber den Mitbewerbern von einem Wissensvorsprung sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren (VGr, 10. April 2002, BEZ 2002 Nr. 31, mit weiteren Verweisen, auch zum Folgenden). Damit ist aber die Chancengleichheit der Anbietenden nicht mehr gewährleistet. Ein Mitoffertieren von Anbietenden, die bereits an der Projektverfassung oder der Erstellung von Ausschreibungsgrundlagen mitgewirkt haben, lässt sich deshalb in der Regel nicht mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbietenden und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB) vereinbaren. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich der vorbefasste Anbieter im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft, sondern es genügt bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils. Die Tragweite des Grundsatzes, wonach sich vorbefasste Anbieter nicht an der nachfolgenden Submission beteiligen dürfen, ist umstritten. Insbesondere wird von einem Teil der Rechtsprechung und Lehre eine Mitwirkung an Studien, Vorprojekte und dergleichen als zulässig erachtet, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn ein Unternehmer in untergeordneter Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt gewesen ist (vgl. VGr, 10. April 2002, BEZ 2002 Nr. 31 E. 5b; VGr, 8. Mai 2002, BEZ 2002 Nr. 32 E. 2d, je mit weiteren Hinweisen). Auf diese Problematik braucht nachfolgend nicht näher eingegangen zu werden. bb) Die Frage der Vorbefassung ist eng mit jener der Ausstandspflicht verwandt. Ausstandsgründe im Sinn von § 5a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) sind umgehend geltend zu machen. Ein Untätigbleiben oder Einlassen in ein Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht auf deren Geltendmachung und führt grundsätzlich zum Verwirken dieses Anspruchs (BGE 121 I 225 E. 3; Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2.A., Zürich 1999, § 5a N. 5). Die Rüge der Vorbefassung ist, wie der Einwand der Befangenheit, grundsätzlich zu dem Zeitpunkt vorzubringen, zu welchem der Betroffene Kenntnis der für eine Vorbefassung sprechenden Tatsachen erhält (VGr, 18. Dezember

2002, VB.2002.00263, E. 3c, www.vgrzh.ch). cc) Die Klinik X hat in der Stufe 1 des Vergabeverfahrens (Präqualifikation) den Interessenten eine Projektinformation zugestellt. Darin werden als Grundlagen der zu vergebenden Planungsleistungen für Heizung und Lüftung/Klima/Kälte der "Grobkonzeptbeschrieb Gebäudetechnik", spezielle Vorgaben der Klinik X und die Baueingabepläne des Architekten genannt. Der "Grobkonzeptbeschrieb Gebäudetechnik" wurde indessen in jenem Verfahrensstadium nicht abgegeben und konnte offenkundig von den Bewerbern auch nicht eingesehen werden. Mit Schreiben vom 3. Juni 2002 hat die Klinik X den zugelassenen Bewerbern und damit auch der Beschwerdeführerin, das Ergebnis der Präqualifikation mitgeteilt. Es hat darin u.a. ausgeführt, die Stufe 1 des Auswahlverfahrens sei abgeschlossen und das Ergebnis sei aus der beigefügten Liste ersichtlich. Am Schluss des Schreibens wurde nochmals auf die "Beilage: Ergebnis der Fachingenieurauswahl" hingewiesen. In dieser Beilage waren die fünf berücksichtigten Ingenieurbüros für Heizung, Lüftung, Kälte und Klima, worunter die B AG, namentlich aufgelistet. In ihrer Stellungnahme vom 7. Februar 2003 führt die Beschwerdeführerin zwar aus, diese Beilage habe sie nicht erhalten. Nachdem im Schreiben der Klinik X vom 3. Juni 2002, welches die Beschwerdeführerin unstreitig erhalten hat, sowohl im Text als auch im Beilagenvermerk auf das beiliegende "Ergebnis der Fachingenieurauswahl" hingewiesen wird, ist dieser Einwand unbehelflich. Gemäss dem sowohl im Verwaltungsverfahren wie auch im Geschäftsverkehr geltenden Grundsatz von Treu und Glauben hätte die Beschwerdeführerin unverzüglich von der Beschwerdegegnerin die betreffende Beilage verlangen müssen, wenn ihr der erwähnte Brief tatsächlich ohne dieselbe zugekommen ist. Heute ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin nicht nur vom Schreiben vom 3. Juni 2002, sondern mit diesem auch vom Ergebnis der Fachingenieurauswahl Kenntnis erhielt. Mit dem Schreiben vom 3. Juni 2002 wurden die präqualifizierten Ingenieurbüros auf den 10. Juni 2002 zu einer Begehung und zur Abgabe der Submissionsunterlagen eingeladen. Weiter wurde darauf hingewiesen, dass die "Schriftliche Fragestellung" bis 17. Juni 2002 und die Offerteingabe bis 19. Juli 2002 zu erfolgen habe. Die anlässlich der Begehung vom 10. Juni 2002 abgegebenen Unterlagen umfassten u.a. die von der B AG verfasste "Vorstudie/Konzeptphase – Grobkonzeptbeschrieb" vom 29. August 2001 für verschiedene Arbeitsleistungen, worunter Heizung, Lüftung, Klima und Kälte. In den ebenfalls abgegebenen "Offertunterlagen für die präqualifizierten Bewerber" wird verschiedentlich auf diese Studie verwiesen (S. 1 und 4 sowie Beilage 2 hierzu), u.a. mit dem Hinweis, diese sei zu übernehmen (S. 4 Ziff. 2.4). Mit Abgabe der Submissionsunterlagen hatte somit die Beschwerdeführerin alle relevanten Unterlagen, um erkennen zu können, dass die B AG zu den fünf präqualifizierten Bewerbern gehörte und als Verfasser des "Grobkonzeptbeschriebes" vom 29. August 2001 bereits früher bezüglich der ausgeschriebenen Planungsarbeiten mitgewirkt hatte. Spätestens bei Sichtung der Unterlagen im Hinblick auf die Stellung von schriftlichen Fragen, d.h. am 17. Juni 2002 hat die Beschwerdeführerin davon auch tatsächlich Kenntnis gehabt bzw. hätte davon Kenntnis haben müssen. Der Einwand, die Mitbeteiligte dürfe aus diesem Grund als vorbefasste Anbieterin nicht am Vergabeverfahren teilnehmen, hätte damit bereits zu jenem Zeitpunkt geltend gemacht werden müssen. Es geht nicht an, im Wissen um die Vorbefassung eines Mitbewerbers das Ergebnis des Vergabeverfahrens abzuwarten, um anschliessend – je nach Ergebnis des Verfahrens – den Einwand der Vorbefassung zu erheben. Die Beschwerdeführerin ist mithin mit diesem Einwand nicht zu hören.

a) Die Beschwerdeführerin wendet gegen den Vergabebeschluss weiter ein, sie verfüge mit einem "Angebotspreis von 100 %" klar über das wirtschaftlich günstigere Angebot. Der Preis sei bei der Auswahl nur zu 25 % bei der Beurteilung eingesetzt worden, obschon in den Ausschreibungsunterlagen die Reihenfolge "Vollständigkeit der Angebote, Preis-/Leistungsverhältnis, Präsentation, Kapazitätsnachweis – Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen, Besondere Eignung des Anbieters für die projektspezifische Aufgabenstellung" aufgeführt gewesen sei. Die restlichen 75 % der Bewertung seien der Präsentation zugeordnet worden. Bei der Einladung habe die Bauherrschaft keinen genügenden Hinweis auf eine Unterscheidung in Präsentation, Kapazitätsnachweis und besondere Eignung gegeben und vor allem keine Gewichtung genannt. Sie habe daher davon ausgehen dürfen, dass es lediglich um die Präsentation gegangen sei. Es sei unzulässig, nachträglich die Präsentation mit den weiteren zwei Kriterien (Kapazitätsnachweis und besondere Eignung) zu kombinieren und eine "Gesamtpaket" mit 75 % Gewicht zu schnüren. Diesem Einwand hält die Beschwerdegegnerin entgegen, das Zuschlagskriterium "Preis" sei mit 25 % gleich gewichtet worden wie die übrigen vier Zuschlagskriterien. Dies sei angemessen, da bei Planungsleistungen der Preis über die Qualität der angebotenen Dienstleistungen wenig aussage und die persönlichen und organisatorischen Eigenschaften der Anbieter sowie deren Referenzen und Kapazitäten sowie die Verfügbarkeit von Schlüsselpersonen, wie Projektleiter wichtiger seien. Nach Auswertung der Angebotssummen habe die Beschwerdeführerin das tiefste Honorarangebot eingereicht, während die Mitbeteiligte den zweiten Rang belegt habe. Diese beiden seien zu einer persönlichen Präsentation eingeladen worden, an welcher die weiteren Zuschlagskriterien neben dem Preis, also Präsentation, Kapazitätsnachweis/Verfügbarkeit der Schlüsselpersonen und besondere Eignung für die projektspezifische Aufgabenstellung beurteilt und bewertet wurden. Im Einladungsschreiben seien die Parteien ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht worden. Jedes Mitglied des Bewertungsgremiums (Dr. D, Direktor F und Baukoordinator G) habe ein Bewertungsblatt geführt. Die Mitbeteiligte hinterliess mit einer Durchschnittsnote von 9,57 einen sehr guten, die Beschwerdeführerin mit einer solchen von 8,17 einen guten Eindruck. Letztlich, d.h. unter Berücksichtigung der Honorarofferte, habe die Mitbeteiligte eine Gesamtnote von 9.46, die Beschwerdeführerin von 8.63 erreicht. An der Gesamtrangierung hätte sich nichts geändert, wenn der Preis mit 50 % gewichtet worden wäre.

b) aa) Zuschlagskriterien müssen, um die notwendige Transparenz eines Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 lit. c IVöB) zu gewährleisten, in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben werden (§ 17 Abs. 1 lit. i der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 [SubmV]), und aus der Bekanntgabe muss ersichtlich sein, welches Gewicht die Vergabebehörde den einzelnen Kriterien beimisst. Um die relative Bedeutung dieser Kriterien ersichtlich zu machen, müssen nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts diese zumindest in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben werden (vgl. zum Ganzen RB 1999 Nr. 62 = BEZ 1999 Nr. 13 E. 3b = ZBl 100/1999, S. 372). In einem neueren Entscheid (VGr, 18. Dezember 2002, VB.2001.00095, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) hat sich das Verwaltungsgericht mit der in der Lehre teilweise vertretenen Rechtsauffassung auseinandergesetzt, dass die erforderliche Transparenz des Vergabeverfahrens nur gewährleistet sei, wenn bei der Bekanntgabe der Zuschlagskriterien nicht nur deren Reihenfolge, sondern auch die Gewichtung der einzelnen Kriterien genannt werde. Das Gericht ist dabei zum Schluss gekommen, dass dies zwar wünschbar, aber rechtlich nicht erforderlich sei. Vor- und Nachteile verschiedener Lösungen liessen sich zum heutigen Zeitpunkt nicht ausreichend überblicken. In dieser

Situation obliege es nicht in erster Linie der Rechtsprechung, sondern der Gesetzgebung und dem Ordnungsgeber, die Voraussetzungen der Vergabe öffentlicher Aufträge näher zu umschreiben. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt, wobei ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht. Ebenso steht der Vergabebehörde bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien ein erheblicher Ermessensspielraum zu (RB 1999 Nr. 67). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 VRG nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG). bb) Die Beschwerdegegnerin hat in den Ausschreibungsunterlagen die folgenden "Auswahlkriterien" bekannt gegeben: - Vollständigkeit der Angebote - Preis/Leistungsverhältnis - Präsentation - Kapazitätsnachweis, Verfügbarkeit der Schlüsselpositionen - Besondere Eignung des Anbieters für die projektspezifische Aufgabenstellung Dabei ist offensichtlich, dass es sich beim ersten Kriterium um eine Formvorschrift handelt, welche zum Ausschluss des betreffenden Anbieters führt, wenn sie nicht erfüllt ist (vgl. § 26 Abs. 1 lit. d SubmV), während die übrigen vier Kriterien "echte" Zuschlagskriterien sind. Wenn die Vergabebehörde bei der Bewertung der Angebote den Preis mit 25 % gleich gewichtet hat wie die Präsentation, die vorhandenen Kapazitäten und die besondere Eignung des Anbieters für die Aufgabe, mithin der Qualität der Arbeit mehr Gewichtung zugemessen hat als dem Preis selber, ist dies – gerade bei Planungsarbeiten im Kostentarif – sachgerecht. Bei gleicher Gewichtung aller Zuschlagskriterien ist vorliegend der Grundsatz, dass diese in der Reihenfolge ihrer Bedeutung bekannt gegeben werden müssen, naturgemäss nicht verletzt. Die Beschwerdegegnerin ist bei der Gewichtung und bei der Festlegung der Bewertungsskala von der Annahme ausgegangen, dass eine im Durchschnitt 1 Punkt höhere Benotung der Qualität insgesamt, also ein "sehr gut" statt ein "gut", Honorarmehrkosten von 15 % rechtfertigt und dass eine um einen Punkt bessere Benotung Vorteile von einem Kostenäquivalent von wenigstens 1 % der entsprechenden anrechenbaren Gesamtaussumme erbringt. Diese Überlegungen, insbesondere die Abstimmung der Preisskala mit der Qualitätsskala, sind nicht nur sachlich begründet, sondern geradezu vorbildlich. Unbegründet ist auch der Einwand der Beschwerdeführerin, sie habe beim Vorstellungsgespräch annehmen dürfen, dass es allein um die Präsentation gehe und nicht auch noch um die beiden anderen Zuschlagskriterien "Kapazitätsnachweis" und "Besondere Eignung". In der Einladung der Klinik X vom 6. August 2002 zum Vorstellungsgespräch wurde dessen Zweck wie folgt umschrieben: "... Präsentation des Büros und der projektleitenden Personen, je hinsichtlich Erfahrung mit vergleichbaren Aufgaben, mit Arbeitserfahrung in einem grösseren Planungsteam, Erfahrung mit Kontrollinstrumenten der Bauherrschaft, Abwicklung der Qualitätskontrolle/-sicherung im eigenen Büro". Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin die Qualitätskriterien aufgrund der Ausführungen der Bewerber bewertete. Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin die Art der Benotung nicht, bei welcher jedes der drei Mitglieder des Bewertungsgremiums anhand von Bewertungsblättern eine eigene Benotung vornahm und anschliessend die Durchschnittsnote ermittelt wurde. Dieses Vorgehen sichert eine breit abgestützte Bewertung. Die Benotung selber wird von der Beschwerdeführerin substanziell nicht in Frage gestellt. Der einzige diesbezügliche Einwand lautet dahingehend, es sei "nicht recht einzusehen", warum auf Seiten der Mitbeteiligten die Einbindung der im Spitalbau

besonders erfahrenen Firma C positiv gewichtet worden sei, während die Erfahrung im Spitalbau und Kenntnisse der Beschwerdeführerin im Bereich der Medizinaltechnik bei der Gewichtung nicht berücksichtigt worden seien. Diese Ausführungen sind indessen nicht geeignet aufzuzeigen, weshalb die entsprechende Benotung 2 x gut und 1 x befriedigend bei der Beschwerdeführerin und 1 x sehr gut, 1 x sehr gut – ausgezeichnet und 1 x ausgezeichnet bei der Mitbeteiligten rechtsverletzend sein soll.

#### **E. 4**

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen. ... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen. 2. ...

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