

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00352 vom 23. April 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-04-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00352](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00352)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00352 du 23 avril 2003

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00352 del 23 aprile 2003

## Regeste

Submission | Die Vergabebehörde darf den Vertrag abschliessen, sobald aufgrund der Fristansetzung für die Beschwerdeantwort feststeht, dass der unterlegene Anbieter keine aufschiebende Wirkung verlangt hat (E. 2). Die Bewertung der Offerten erfolgten vorliegend in rechtsgleicher und in der Sache haltbarer Weise (E. 3). Wenn der Vergabeentscheid erst in der Beschwerdeantwort begründet wird, darf die Beschwerdebegründung in der Replik ergänzt werden (E. 4a). Ein Anbieter muss die in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Referenzen auch dann angeben, wenn er für die Vergabebehörde bereits früher einen vergleichbaren Auftrag durchgeführt hat (E. 4b).  
Abweisung

## 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 vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2

Der Vergabestelle ist der Abschluss des Vertrags mit dem ausgewählten Anbieter erst erlaubt, wenn sie nicht mehr damit rechnen muss, dass gegen ihren Entscheid eine Beschwerde eingeht oder einer eingegangenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird (RB 1999 Nr. 66 auch zum Folgenden). In der Praxis bedeutet dies, dass es der Vergabebehörde erlaubt ist, den Vertrag zu schliessen, sobald ihr vom Verwaltungsgericht eine Frist für die Beschwerdeantwort angesetzt wird, ohne dass gleichzeitig eine – allenfalls vorläufige – Anordnung betreffend Erteilung der aufschiebenden Wirkung getroffen wird. – Vorliegend wurde mit der entsprechenden Fristansetzung keine Anordnung betreffend aufschiebende Wirkung verbunden, da der Beschwerdeführer kein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gestellt hatte und ansonsten keine Veranlassung für eine solche Anordnung bestand. Nach dem Gesagten ist es daher nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde den Vertrag mit der Mitbeteiligten im weiteren Verlauf des Beschwerdeverfahrens abgeschlossen hat.

### E. 3

a) Hinsichtlich der konkreten Bewertung der Angebote ist vorab darauf hinzuweisen, dass der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zusteht, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Immerhin hat die Bewertung der Offerten in sachlich haltbarer Weise zu erfolgen, ansonsten der Vergabebehörde eine Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens anzulasten wäre. Ein Bewertungs- oder Benotungssystem muss auf alle Anbietenden bzw. auf alle Angebote gleich angewendet werden (§ 27 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997; VGr AG, AGVE 1998, S. 393 E. c; André Moser, Überblick über die Rechtsprechung 1998/99 zum öffentlichen Beschaffungswesen, AJP 2000, S. 691 f.). b) Der Beschwerdeführer wehrt sich in erster Linie dagegen, dass sein unter dem Titel "einmalige Miete" offerierter Preis bei der Position "Schulung" um Fr. 4'000.- und bei der Position "Voice-Mail" um Fr. 1'300.- (insgesamt Fr. 5'300.-) nach oben korrigiert wurde, obwohl diese Positionen in seinem Offertpreis bereits inbegriffen gewesen seien. Die Beschwerdegegnerin begründet diese übrigens auch bei der Mitbeteiligten vorgenommenen Korrekturen damit, sie seien im Verhältnis zur dritten Konkurrenzofferte der C AG nötig geworden. Letztere habe ein Sprachspeichersystem offeriert, welches über eine grössere Kapazität verfüge als die von der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten offerierten Voice-Mails. Um dies auszugleichen, sei bei den beiden andern daher jeweils ein Mehrbetrag von Fr. 1'300.- aufgerechnet worden. Ob diese Korrektur gerechtfertigt ist, kann offen bleiben, da sie den Beschwerdeführer und die Mitbeteiligte gleichermassen trifft und daher von vornherein keine Auswirkung auf die Rangfolge dieser Konkurrenten hat. Die unter dem Titel "Schulung" erfolgte Korrektur begründet die Beschwerdegegnerin sodann damit, dass die C AG den Stundenaufwand für Schulung und Programmierung auf 40 Stunden geschätzt habe, wogegen der Beschwerdeführer nur von 15 Stunden und die Mitbeteiligte sogar nur von 6 Stunden ausgingen. Da anzunehmen sei, dass für eine umfassende Schulung von 50 Mitarbeitenden sowie einzelner Behördenmitgliedern tatsächlich mehr als 6 oder 15 Stunden aufgewendet werden sollten und um gegenüber dem Angebot der C AG eine vergleichbare Kostenzusammenstellung zu erhalten, seien die Angebote der andern beiden Konkurrenten um je Fr. 4'000.- erhöht worden. Auch diese Korrektur hat letztlich keinen Einfluss auf die Rangfolge der Konkurrenten. Zwar kann sie nicht einfach wettgeschlagen werden, da die Mitbeteiligte und der Beschwerdeführer ihren Schulungsaufwand unterschiedlich hoch einschätzten. Nimmt man aber mit der Beschwerdegegnerin die Aufwandschätzung der C AG mit rund 40 Schulungsstunden als Richtgrösse und geht man weiter davon aus, die Differenz zu den 15 eingesetzten Stunden des Beschwerdeführers rechtfertige einen Aufschlag von Fr. 4'000.-, müsste der Zusatzaufwand bei der Mitbeteiligten um 9 Stunden höher angesetzt werden, was linear aufgerechnet einem Mehrbetrag von Fr. 1'440.- entspricht. Geht man davon aus, die Differenz zu den 6 Stunden der Mitbeteiligten begründe den Aufschlag von Fr. 4'000.- fällt die zugunsten des Beschwerdeführers resultierende Preisdifferenz sogar noch geringer aus (ca. Fr. 1'060.-). Welcher Betrag für neun zusätzliche Schulungsstunden tatsächlich einzusetzen wäre, kann hier jedoch offen gelassen werden. Insgesamt liegt das Angebot des Beschwerdeführers bei der Variante Miete nämlich Fr. 2'134.35 über demjenigen der Mitbeteiligten. Diese Differenz liesse sich auch mit einer angemessenen rechnerischen Kompensation von 9 Schulungsstunden nicht ausgleichen.

#### **E. 4**

Der Beschwerdeführer hat mit der Replik diverse neue Behauptungen und Einwendungen vorgebracht, die in seiner Beschwerdeschrift nicht enthalten waren. Die Beschwerdegegnerin wendet ein, dass dies unzulässig sei; die Replik dürfe nicht dazu

verwendet werden, Darlegungen nachzuholen, die schon mit der Beschwerde hätten vorgebracht werden können. a) Beschwerdeanträge und deren Begründung müssen grundsätzlich innerhalb der Beschwerdefrist eingereicht werden; das Verwaltungsgericht ordnet daher in der Regel keinen zweiten Schriftenwechsel an. Ein solcher ist jedoch erforderlich, wenn mit der Beschwerdeantwort wesentliche neue Gesichtspunkte vorgebracht werden, insbesondere wenn die massgebliche Begründung des angefochtenen Entscheids erst in der Vernehmlassung dargelegt wird (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 58 N. 10; Alfred Kölz/Isabelle Häner, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 2. A., Zürich 1998, Rz. 672; René Rhinow/Heinrich Koller/Christina Kiss, *Öffentliches Prozessrecht und Justizverfassungsrecht des Bundes*, Basel 1996, Rz. 847, 1345; Attilio R. Gadola, *Das verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren*, Zürich 1991, S. 396). Auch in diesem Fall darf jedoch die Begründung der Beschwerde mit der Replik nur so weit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort dazu Anlass gibt (Kölz/Bosshart/Röhl, § 54 N. 8, § 58 N. 12; Rhinow/Koller/Kiss, Rz. 1875; Gadola, S. 397). Vorbehalten bleibt das nachträgliche Vorbringen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, welche die Parteien nicht früher beibringen konnten (vgl. RB 1976 Nr. 18; Kölz, § 52 N. 11; Kölz/Häner, Rz. 325, 944; Gadola, S. 386). b) Erstmals mit der Replik wird geltend gemacht, der von der Mitbeteiligten für die monatliche Miete der Anlage eingesetzte Preis werfe Fragen auf und sei zu überprüfen. Nachdem die entsprechenden Preisangaben indessen bereits aus der Beschwerdebeilage "Submissionsergebnis/Rangfolge" hervor gingen, waren sie folglich im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung hinlänglich bekannt. Da der früheren Geltendmachung dieser Rüge somit nichts entgegengestanden hätte und diese auch nicht erst durch die Beschwerdeantwort provoziert wurde, erweist sie sich als verspätet bzw. ist insoweit auf die Beschwerde nicht einzutreten. Weiter führt der Beschwerdeführer erstmals in der Replik aus, im Rahmen des Qualifikationssystems müssten die Punkte wie Ausbildung und Weiterbildung richtig verglichen werden. So verfüge er beispielsweise im Gegensatz zum Mitbeteiligten zusätzlich über die Berufsprüfung "Telematiker mit FA". Überdies könne er im Bereich Teilnehmervermittlungsanlage eine jahrzehntelange Erfahrung aufweisen. So habe er bereits in den Siebziger- und den Neunzigerjahren Telefonanlagen für die Gemeinde installiert. Deshalb sei er auch davon ausgegangen, dass er die Referenzbestätigung nicht ausfüllen müsse und sich der neu zugezogene Stellvertretende Gemeindeschreiber "intern" über seine Firma erkundigt habe. Natürlich verfüge er über weitere Referenzen, die er auf Seite 12 der Offerteingabe auch erwähnt habe. – Diese Vorbringen sind nicht geeignet, den Vergabeentscheid der Beschwerdegegnerin in Frage zu stellen. Unter dem Kriterium "Erfahrung/Referenzen" beurteilte die Vergabebehörde die "Erfahrung in der Realisierung von Teilnehmervermittlungs- und Personensuchanlagen" sowie die "Referenzen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die eingesetzt werden". Zu diesem Zweck verlangte sie von den Bewerbern auf Seite 8 der Submissionsunterlagen nähere "Angaben über die eingesetzten Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter" und auf den Seiten 9 – 11 die "Personalangaben und Referenzen zu den jeweiligen Schlüsselpersonen". Die Mitbeteiligte hat die entsprechenden Angaben in der geforderten Form geliefert, wogegen der Beschwerdeführer diese Positionen allesamt offen liess. Diese Unterlassung wird auch durch den pauschalen Vermerk "Referenzen: ....." nicht wettgemacht. Die Referenzangaben des Beschwerdeführers entsprechen nicht den in den Submissionsgrundlagen gestellten Anforderungen. Diesen Mangel hat allein der Beschwerdeführer zu vertreten. Der Beschwerdeführer hat im Übrigen nichts vorgebracht, wodurch die Referenzbewertung der Mitbeteiligten in Frage gestellt würde. Auch die von

ihm angeführte Zusatzausbildung als "Telematiker mit FA" vermag im Verhältnis zur Mitbeteiligten keine bessere Bewertung zu begründen. Die Mitbeteiligte hat zwar selber keine Mitarbeiter mit dieser Ausbildung. Die Firma, mit welcher sie eine Arbeitsgemeinschaft eingegangen ist, verfügt indessen über 12 Mitarbeiter mit höherer Fachausbildung, wovon zwei Telematiker. Die Vorbringen der Beschwerdeführerin sind mithin nicht geeignet aufzuzeigen, inwiefern die Beschwerdegegnerin bei dieser Bewertung das ihr zustehende Ermessen überschritten habe. Schliesslich macht der Beschwerdeführer geltend, wie aus dem Formular "Auftragsvergabe/Kriterienbewertung" hervorgehe, habe er bei der Leistungsbeurteilung eine geringere Punktzahl als die Mitbeteiligte erzielt, obwohl beide Firmen praktisch gleich gross seien. Diesbezüglich ist zugunsten des Beschwerdeführers davon auszugehen, dass der Einwand durch die als Beilage zur Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin abgegebene Beilage provoziert wurde und damit als rechtzeitig erhoben gelten kann. Der Einwand erweist sich jedoch als unbegründet. Unter Leistungsfähigkeit versteht die Beschwerdegegnerin die "Anzahl Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die eingesetzt werden". Gemäss den vom Beschwerdeführer und der Mitbeteiligten gemachten Angaben zu den eigenen Mitarbeitenden sind die beiden Firmen zwar ungefähr gleich gross. Anders als der Beschwerdeführer tritt die Mitbeteiligte indessen als Arbeitsgemeinschaft mit einer weiteren Firma auf, welche über einen erheblich grösseren Mitarbeiterstamm verfügt. Die bessere Bewertung der Mitbeteiligten in diesem Punkt ist daher zweifellos gerechtfertigt. Im Übrigen vermöchte auch eine gleich gute Bewertung des Beschwerdeführers in diesem Punkt am Schlussergebnis nichts zu ändern. Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde damit als unbegründet und ist sie daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten war.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig und steht ihm eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu. Die Voraussetzungen für die Zusprechung einer solchen an die Beschwerdegegnerin sind ebenfalls nicht erfüllt (§ 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959). Demgemäss entscheidet die Kammer: 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.