

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00116 vom 11. September 2003

ZH Verwaltungsgericht, 2003-09-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00116

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00116 du 11 septembre 2003

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00116 del 11 settembre 2003

Regeste

Submission | Streitgegenstand (E. 1-3a). Ermessen der Vergabebehörde, bei weitgehend standardisierten Gütern (§ 31 Abs. 2 SubmV) ausschliesslich das Kriterium des Preises zu berücksichtigen (E. 3b). Die Zulässigkeit einer Vergabe aufgrund des niedrigsten Preises ist nicht abhängig von der Leistungsart (Liefer-/Dienstleistungsaufträge), sondern von der Möglichkeit der Standardisierung der nachgefragten Güter (E. 3c). Eine Standardisierung kann aufgrund von Normen der betreffenden Branche möglich sein oder in der Ausschreibung genau umschrieben werden (E. 3d). Unverbindlichkeit kommunaler Submissionsverordnungen (E. 3e). Möglichkeit der Standardisierung von Arbeiten des Tief- und Gartenbaus (E. 4). Unzulässiges Abgebot: Die Anbieter dürfen Rabatte nicht "nach Absprache" gewähren (E. 5). Abweisung (E. 6).

Erwägungen

E. 1

Anfechtungsobjekt der vorliegenden Beschwerde bildet in erster Linie der Vergabeentscheid vom 4. März 2003. Im Streit liegt jedoch auch der vermutlich im Januar 2003 getroffene Entscheid des Stadtrates X betreffend die Wiederholung des Verfahrens. Dass dieser Beschluss nicht in schriftlicher Form vorliegt, ändert nichts an seinem materiellen Gehalt und seiner Anfechtbarkeit (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1999, 2. A., § 10 N. 15). Die Zulässigkeit der Wiederholung des Verfahrens auf der Grundlage eines reduzierten Projektes bildet eine Voraussetzung für die Zulässigkeit der vorliegend angefochtenen zweiten Vergabe. Da der Entscheid über die Wiederholung den Beteiligten damals nicht förmlich eröffnet wurde, konnte die Frist für eine dagegen gerichtete Beschwerde auch nicht zu laufen beginnen (vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, § 10 N. 51). Er kann daher noch angefochten werden.

E. 2

Die Beschwerdeführerin beanstandet vorweg die Wahl des Einladungsverfahrens für die strittige Vergabe. Nach ihrer Meinung hätte die Beschaffung aufgrund des Auftragswerts im offenen Verfahren durchgeführt werden müssen. Da sie jedoch selber zum Kreis der Eingeladenen gehörte, ist sie durch die Wahl des Einladungsverfahrens nicht benachteiligt, und es ist insoweit nicht auf ihre Beschwerde einzutreten.

E. 3

Zur Hauptsache macht die Beschwerdeführerin geltend, dass die Vergabe nicht ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises hätte stattfinden dürfen. a) Die Unterlagen der ersten wie auch der zweiten Ausschreibung enthielten keine Hinweise auf

massgebende Vergabekriterien. Sowohl die Vergabebehörde wie auch die Beschwerdeführerin gingen während des ganzen Verfahrens davon aus, dass die Vergabe ausschliesslich aufgrund des Preises erfolge. Die Beschwerdeführerin beanstandet denn auch nicht die fehlende Bekanntgabe von Vergabekriterien an sich, sondern macht lediglich geltend, die Voraussetzungen für eine Vergabe allein aufgrund des Preises seien nicht gegeben. b) Nach § 31 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter nach dem ausschliesslichen Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen. Ob die Voraussetzungen für dieses Vorgehen erfüllt sind, ist eine Rechtsfrage, bei deren Beurteilung der Vergabebehörde jedoch, da es dabei um die Anwendung des unbestimmten Gesetzesbegriffs der weitgehend standardisierten Güter geht, ein Beurteilungsspielraum zusteht. Sind die Voraussetzungen erfüllt, so steht der Entscheid darüber, ob die Vergabe tatsächlich nach dem alleinigen Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen oder aber zusätzliche Zuschlagskriterien im Sinn von § 31 Abs. 1 SubmV festgelegt werden sollen, im Ermessen der vergebenden Behörde, in welches das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994; IVöB). c) Der Begriff der weitgehend standardisierten Güter wird in § 31 Abs. 2 SubmV nicht umschrieben. Aufgrund des verwendeten Ausdrucks "Güter" läge es nahe, darunter nur die von Lieferaufträgen über die Beschaffung beweglicher Güter im Sinne von Art. 6 Abs. 1 lit. b IVöB erfassten Leistungen zu verstehen. Damit kämen andere Auftragsarten wie Bau- und Dienstleistungsaufträge für eine Vergabe nach dem alleinigen Kriterium des Preises nicht in Frage. Diese enge Betrachtungsweise ist jedoch nicht gerechtfertigt. Aus den Materialien lassen sich keine Hinweise darauf entnehmen, dass der Verordnungsgeber den Anwendungsbereich von § 31 Abs. 2 SubmV von vornherein derart beschränken wollte. Eine solche Beschränkung wäre auch ungewöhnlich, nachdem etwa der für Beschaffungsaufträge des Bundes massgebende Art. 21 Abs. 3 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) den Zuschlag nach dem ausschliesslichen Kriterium des niedrigsten Preises ohne Einschränkung der Auftragsart zulässt und auch die Richtlinien der Europäischen Gemeinschaften eine Vergabe allein aufgrund des niedrigsten Preises ausdrücklich auch für Bau- und Dienstleistungsaufträge vorsehen (vgl. Art. 30 Abs. 1 lit. a der Baurichtlinie sowie Art. 36 Abs. 1 lit. b der Dienstleistungsrichtlinie, abgedruckt bei Hans-Joachim Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts, 2. A., Köln/Berlin/Bonn/München 2001, S. 329 ff., 451 ff.; vgl. auch Art. XIII Ziff. 4 lit. b des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen, GPA). Die Zulässigkeit einer Vergabe aufgrund des niedrigsten Preises hängt somit nicht von der nachgefragten Leistungsart, sondern vielmehr von der Möglichkeit ihrer Standardisierung ab. d) Nach Sinn und Zweck der Bestimmung muss die Standardisierung der Leistung so weit gehen, dass die Vergabestelle auch ohne Verwendung der in § 31 Abs. 1 SubmV genannten weiteren Zuschlagskriterien mit einer ihren Bedürfnissen genügenden Leistung rechnen kann. Für die Standardisierung kommen naturgemäss nur Aspekte in Frage, die – wie etwa die Qualität, Ästhetik und Ökologie – die offerierte Leistung selber prägen, nicht jedoch rein unternehmensbezogene Aspekte wie z.B. die Lehrlingsausbildung. Der gemeinsame Standard kann dabei die Folge verschiedener Umstände sein, sei es, dass die qualitativen Anforderungen durch Normen der einschlägigen Branche oder aber durch die Vergabebehörde in der Ausschreibung genau umschrieben werden (vgl. etwa VGr, 6. April 2001, VB.2000.00121 betr. Särge; unpubliziert). Sodann muss die Standardisierung nach dem Wortlaut von § 31 Abs. 2 SubmV keineswegs vollständig, sondern nur weitgehend

vorhanden sein. Damit wird nicht ausgeschlossen, dass untergeordnete Teilaspekte der nachgefragten Leistung oder nicht ins Gewicht fallende Teilleistungen unterschiedlich ausfallen können und damit theoretisch einer Bewertung nach anderen Vergabekriterien als dem Preis zugänglich wären. Zu beachten ist ferner, dass Zuschlagskriterien nach § 31 Abs. 1 SubmV bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen oft Qualitätsanforderungen umschreiben, die sich nicht direkt an der (noch gar nicht erbrachten) Leistung, sondern nur indirekt, anhand der Qualifikationen des anbietenden Unternehmens (z.B. Betriebsorganisation, Fähigkeiten des Schlüsselpersonals und technische Mittel), beurteilen lassen (vgl. VGr, 18. Dezember 2002, BEZ 2003 Nr. 13, E. 2). Anforderungen dieser Art können auch als Eignungskriterien verwendet werden, gemäss welchen ein bestimmtes Mindestmass nicht unterschritten werden darf. Wird die geforderte Eignung der Anbieter auf diese Weise in ausreichendem Mass definiert, kann auf entsprechende Zuschlagskriterien verzichtet werden. Bei einem Einladungsverfahren, wie es vorliegend durchgeführt wurde, kann die Behörde von vornherein darauf achten, dass sie nur Unternehmungen einlädt, welche die diesbezüglichen Anforderungen erfüllen. e) Die Beschwerdeführerin erachtet neben § 31 Abs. 2 SubmV auch die Submissionsrichtlinie der Stadt X für verletzt. Eine Richtlinie dieser Art hat jedoch als interne Verwaltungsverordnung keinen eigentlichen Rechtssatzcharakter und ist daher für das Verwaltungsgericht nicht verbindlich (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 50 N 59 f.). Allerdings kann ihr immerhin die Funktion zukommen, die örtliche Vergabebehörde innerhalb des dargelegten Ermessensspielraums bei der Anwendung von § 31 Abs. 2 SubmV an eine einheitliche Ausübung des Ermessens zu binden. In dieser Hinsicht könnte ein Verstoss gegen die Richtlinie eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes oder des Vertrauensschutzes – beides im Vergleich zu anderen von der Stadt durchgeführten Submissionsverfahren – begründen. Da die Beschwerdeführerin jedoch vorliegend keine diesbezüglichen Einwände erhoben hat, können die kommunalen Bestimmungen ausser acht bleiben.

E. 4

a) Die strittige Vergabe umfasst Arbeiten des Tief- und Gartenbaus. Dazu gehören im Wesentlichen neben Vorbereitungsarbeiten und Transporten folgende Leistungen: Kulturerde abtragen, bestehende Beläge entfernen und das Gelände planieren; Leitungen verlegen, Rinnen und Schächte erstellen einschliesslich der entsprechenden Aushube und Abdeckungen; Kiesfundationsschichten einbauen; Beläge wie Mergel, Betonverbundsteine und Asphaltbeton (Spezialbelag für Rollhockey) aufbringen sowie Stellplatten und Randsteine versetzen; Einzelfundamente setzen und Betonsitzstufen aus Elementen versetzen; Pflanzlieferungen und Pflanzarbeiten. Dabei waren nach dem Devis die für die ausgeschriebenen Leistungen erforderlichen Lieferungen im Offertpreis inbegriffen, und es sollten die SIA-Normen 118 "Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten", 318 "Garten- und Landschaftsbau", die VSS-Normen und die Empfehlung ESSM 104 "Freianlagen-Ausführung" gelten. Betragsmässig fielen in der Offerte der Beschwerdeführerin vom 7. Februar 2003 über brutto Fr. 411'712.- die folgenden Positionen am meisten ins Gewicht: die Rollhockeybeläge mit rund Fr. 109'000.- (NPK R 459.202 und 204), die Betonelemente mit ca. Fr. 72'000.- (NPK 556.111 und 112), Kiessand I für die Fundation mit ca. Fr. 63'000.- (NPK 375.201 und 381.518), Aushub/Abtrag mit Roh- und Nachplanie mit ca. Fr. 24'000.- (NPK 221.401 und 223.004) und die Pflanzen mit ca. Fr. 19'000.-, bestehend aus einem fest vorgegebenen Betrag und einem prozentual zu offerierenden Zuschlag für die Pflanzarbeiten (NPK 811.101 und 821.111). Ähnlich lagen die Verhältnisse bei der

ursprünglichen Offerte vom 28. Juni 2002, wo die genannten Positionen mit Ausnahme der Rollhockeybeläge allesamt mit etwas höheren Beträgen zu Buche schlugen. b) Die Beschwerdeführerin ist ohne weitere Substanziierung der Auffassung, die ausgeschriebenen Leistungen seien nicht standardisiert und hätten daher wie üblich auch nach Aspekten wie Qualität, Terminen, Ökologie etc. bewertet werden müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. Mit Bezug auf die oben dargelegten Positionen ist nicht ersichtlich, inwiefern eine unterschiedliche Qualifikation der eingereichten Angebote zwingend erforderlich wäre. So wurden etwa die Rollhockeybeläge genau auf den bestimmten Mischgut-Typ "HMT 16 N" bzw. "AB 3 L" und unter Angabe der erforderlichen Schichtdicke und Einbaugenauigkeit definiert. Bei den Vierkant-Betonelementen waren Lieferant, Artikelnummer, Ausmass, Farbe und Material genau bestimmt. Der Kiessand wurde auf die eindeutige Kornqualität I festgelegt, und für die Pflanzen war bereits ein fixer Betrag vorgegeben. Bei den Positionen Aushub/Abtrag mit Roh- und Nachplanie fehlten zwar solche Vorgaben, da diese als reine Arbeitsleistungen und ohne Produktlieferung zu erbringen waren, doch dürfte auch die Qualität dieser Angebotsteile einer unterschiedlichen Beurteilung nur sehr beschränkt zugänglich sein. Sodann umfassen die betragsmässig weniger ins Gewicht fallenden Positionen zu einem grossen Teil die Lieferung und den Einbau von klar vorgegebenen Produkten (z.B. Sand, Kies, Geröll, Rohre und Leitungen). Gleiches gilt für die zahlreichen Arbeiten, bei denen die Angebotsqualität sich kaum messen lässt (z.B. Belags- und Pflanzarbeiten). Bezüglich der offerierten Termine (benötigte Arbeitszeit und möglicher Arbeitsbeginn) wären unterschiedliche Bewertungen zwar möglich gewesen. Solche terminliche Unterschiede bestehen jedoch auch bei einer Vergabe mit vollkommen standardisierten Leistungen und können daher einer Vergabe nach § 31 Abs. 2 SubmV nicht entgegenstehen. Im Übrigen schneidet das Angebot der Beschwerdeführerin (Arbeitszeit 2 ½ Monate und Arbeitsbeginn: 2 Wochen nach Vergabe) in dieser Hinsicht schlechter ab als dasjenige der Mitbeteiligten (Arbeitszeit: 6 Wochen und Arbeitsbeginn: sofort, nach Vereinbarung). c) Gegen die Annahme standardisierter Leistungen oder reiner Routinearbeiten spricht nach Meinung der Beschwerdeführerin der Umstand, dass bezüglich des Rollhockeybelags ausdrücklich eine Variante erwünscht war. Ferner habe eines der eingeladenen Unternehmen auf das Einreichen einer Offerte verzichtet mit der Begründung: "Arbeit nicht auf uns zugeschnitten, zu viele Subunternehmer, Spezialität". Auch diese Einwände überzeugen nicht. Dass die Anbieter bezüglich der Rollhockeybeläge zu einer separaten Variante ermuntert wurden, mag zwar darauf hinweisen, dass ähnliche Belageigenschaften auch mit einer anderen Belagsart hätten erreicht werden können und daher bei dieser Position keine vollständige Standardisierung vorlag. Eine solche ist aber nach § 31 Abs. 2 SubmV auch nicht notwendig. Da keiner der vier Anbieter tatsächlich eine solche Variante offeriert hatte, konnte eine diesbezügliche Qualifizierung der Angebote im Ergebnis unterbleiben. Von vornherein ohne Belang ist für die vorliegend zu entscheidende Frage, aus welchen Gründen eines der fünf eingeladenen Unternehmen keine Offerte eingereicht hat. Wenn die ausgeschriebenen Arbeiten nicht auf dieses Unternehmen zugeschnitten waren, so ist dies lediglich eine Aussage über die Produktpalette und Geschäftsstrategie des Unternehmens, nicht über unterschiedliche Standards der ausgeschriebenen Leistungen.

E. 5

Die Vergabe nach dem ausschliesslichen Kriterium des niedrigsten Preises war demnach zulässig. Als Folge davon kann der Beschwerdeführerin weder die beantragte Aufhebung der neuen Vergabe noch die Aufhebung des Verfahrensabbruchs den gewünschten

Zuschlag verschaffen. Mit Bezug auf die zweite Offertrunde ergibt sich dies ohne weiteres daraus, dass hier das Angebot der Beschwerdeführerin preislich erst an dritter Stelle lag, und zwar mit einer Abweichung von 3,26 % zum erstrangierten, während das zweitgünstigste Angebot nur 0.5 % vom Ersten abwich. Einwände, die sich gegen das obsiegende Angebot der Mitbeteiligten richten, kämen daher nur der zweitrangierten Anbieterin, nicht der Beschwerdeführerin zugute. Gestützt auf die erste Offertrunde kam eine Vergabe an die Beschwerdeführerin aufgrund des Preises ebenfalls nicht in Frage. Damals belief sich das günstigste Angebot auf Fr. 580'473.45, während dasjenige der Beschwerdeführerin mit Fr. 620'900.- erst an dritter Stelle stand. Die nachträgliche Reduktion ihres Offertpreises durch die Gewährung eines Rabatts von 10 % durfte nicht mehr berücksichtigt werden. Denn nachdem die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot anstelle des gefragten Rabattes nur den Hinweis "nach Absprache" eingesetzt hatte und den Rabatt erst auf Anfrage hin zugestand, lag in diesem Vorgehen ein unzulässiges Abgebot im Sinn von § 29 SubmV und keineswegs nur die Berichtigung eines offensichtlichen Fehlers im Sinn von § 27 Abs. 2 SubmV oder eine Erläuterung des Angebots im Sinn von § 28 SubmV (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 339 und 344). Die Berücksichtigung des erst im Nachhinein quantifizierten Rabattes hätte wesentlichen Grundsätzen des Submissionsrechtes wie der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter und der Transparenz des Verfahrens widersprochen (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. b und c IVöB). Würden derartige Vorbehalte die Anbieter zu nachträglichen Preisnachlässen berechtigen, könnte sich jeder Anbieter Vorteile verschaffen, indem er wesentliche preisbildende Angaben erst nach Öffnung aller Offerten und allfälliger Kenntnis der von den anderen Anbietern eingegebenen Preise bekannt gäbe. Würde die Aufhebung der angefochtenen Entscheide somit nicht zu dem von der Beschwerdeführerin angestrebten Erfolg führen, so besitzt diese kein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung und ist daher zu den weiteren Rügen, die sie gegen die Entscheide erhoben hat, nicht legitimiert (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Auf die entsprechenden Einwände ist daher nicht einzugehen. Insbesondere braucht nicht geprüft zu werden, ob eine Wiederholung des Verfahrens zulässig war.

E. 6

Die Beschwerde ist demnach abzuweisen, soweit auf sie einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 13 in Verbindung mit § 70 VRG). Für die von ihr beantragte Kostenbefreiung besteht kein Anlass, nachdem sie die Beschwerde auch nach Erhalt der Beschwerdeantwort und trotz Hinweis auf die möglichen Kostenfolgen in der Präsidialverfügung vom 8. Mai 2003 aufrecht erhalten hat (vgl. RB 2000 Nr. 71 = BEZ 2000 Nr. 45 E. 2; RB 2000 Nr. 72 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 11). Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin ausgangsgemäss nicht zu. Hingegen hat sie eine solche an die Beschwerdegegnerin zu entrichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 270.-- Zustellungskosten, Fr. 3'270.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt. 4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (Mehrwertsteuer inbegriffen), zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils. 5. ...

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