

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00297 vom 28. Oktober 2002

ZH Verwaltungsgericht, 2002-10-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00297

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00297 du 28 octobre 2002

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00297 del 28 ottobre 2002

Regeste

Submission | Nichtberücksichtigung des wirtschaftlich günstigsten Angebots; Zuschlagserteilung unter Berücksichtigung nicht aktenkundiger Referenzauskünfte Anwendbares Recht (E. 1). Legitimation der Beschwerdeführerin (E. 2). Entscheidend für die schlechtere Rangierung der Beschwerdeführerin war die tiefere Bewertung beim Kriterium "Referenzobjekte" (E. 3.2). Die über die Beschwerdeführerin eingeholten Referenzauskünfte wurden nicht protokolliert. Indem die Beschwerdegegnerin bei ihrem Vergabeentscheid auf nicht aktenkundige Auskünfte abgestellt hat, liegt eine Rechtsverletzung im Sinn von Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB vor. Da der Vertrag mit der Mitbeteiligten bereits abgeschlossen worden ist, kann nur noch die Rechtswidrigkeit im Sinn von Art. 18 Abs. 2 IVöB festgestellt werden. Hinweis auf die nicht sachgerechte Gewichtung des Kriteriums "Preis" (E. 3.3). Gutheissung der Beschwerde.

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 = ZBI 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Mit Gesetz vom 15. September 2003 (in Kraft seit 1. Januar 2004) ist der Kanton Zürich der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 beigetreten. Da gemäss deren Übergangsrecht (Art. 22) die revidierte Vereinbarung für die Vergabe von Aufträgen gilt, welche nach Inkrafttreten der Vereinbarung ausgeschrieben oder vergeben wurden, gelangen auf das vorliegende Beschwerdeverfahren noch die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen in der Fassung vom 25. November 1994 (aIVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. In gleicher Weise beurteilt sich die Streitsache in Bezug auf das anwendbare materielle Recht nach der im Zeitpunkt der Submissionseröffnung und des Vergabeentscheides geltenden Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (aSubmV) und nicht nach der am 1. Januar 2004 in Kraft gesetzten Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (vgl. VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 E. 2 = ZBI 101/2000, S. 271 E. 2).

E. 2

Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid unter anderem dann legitimiert, wenn er im Fall der Gutheissung der Beschwerde eine

realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem er ein neues Angebot einreichen kann (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (§ 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend ist die Legitimation der Beschwerdeführerin gegeben. Sie hat die Umgebungsarbeiten zu einem tieferen Preis offeriert als die Mitbeteiligte und macht geltend, bei richtiger Bewertung vor der Mitbeteiligten zu rangieren. Wäre der Vertrag mit der Mitbeteiligten noch nicht abgeschlossen, so wäre bei Gutheissung der Beschwerde eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin in Betracht zu ziehen. Dass dies infolge des Vertragsschlusses vom 10. Oktober 2003 mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 aIVöB).

E. 3.1

Nach § 31 Abs. 1 aSubmV erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 31 Abs. 2 aSubmV) zur Anwendung kommt – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Termine, Wirtschaftlichkeit, Betriebskosten, Kundendienst, Ökologie, Zweckmässigkeit, technischer Wert, Ästhetik, Kreativität, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien und deren Gewichtung werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt, wobei ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (RB 1999 Nr. 67). Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 2 lit. c aIVöB) zu gewährleisten, hat die Festlegung der Zuschlagskriterien zu Beginn des Verfahrens zu erfolgen und die Kriterien sind in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben (§ 17 Abs. 1 lit. i aSubmV). Der Vergabebehörde steht sodann auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Ermessensspielraum zu (VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 aIVöB; 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 aIVöB, vgl. § 50 Abs. 2 lit. c VRG). Insbesondere entbindet der einer Vergabebehörde bei der Gewichtung der Zuschlagskriterien zustehende erhebliche Beurteilungsspielraum diese nicht davon, ihren Entscheid auf eine objektive und sachlich nachvollziehbare Grundlage zu stellen (vgl. VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 E. 6b).

E. 3.2

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin als Zuschlagskriterien die Höhe des Preisangebotes (50 %) und die fachliche und organisatorische Eignung (50 %) mit den Unterkriterien "Erfahrung in der Ausführung von vergleichbaren Objekten", "personelle Kapazität und Einhaltung der Termine des Bauprogramms", "Ausbildung von Lehrlingen, Anbieten von Ausbildungsplätzen" sowie "Fachkompetenz der vorgesehenen Schlüsselpersonen" festgelegt. Die Beschwerdegegnerin hat diese Zuschlagskriterien auch bei der Bewertung der eingegangenen Offerten angewandt. Gemäss Bewertungstabelle

erzielte die Mitbeteiligte mit 97 Punkten den ersten, die Beschwerdeführerin mit 95 Punkten den zweiten Rang. Beim Preis wurden der Beschwerdeführerin, welche den niedrigsten Preis, nämlich Fr. 342'334.80 (netto inkl. MWSt) offeriert hatte, das Maximum von 50 Punkten, der Mitbeteiligten mit einer um 6.22 % höheren Angebotssumme (Fr. 363'631.20) 47 Punkte zugeteilt. Entscheidend für die schlechtere Rangierung der Beschwerdeführerin war die Bewertung der Referenzobjekte; hier wurde das Angebot der Mitbeteiligten mit 10 Punkten, jenes der Beschwerdeführerin mit 7 Punkten bewertet. Unterschiede bestehen weiter bei den Unterkriterien "Personaleinsatz" und "Verfügbarkeit/Auslastung", wo das Angebot der Mitbeteiligten je 2 Punkte, jenes der Beschwerdeführerin je 1 Punkt erhielt.

E. 3.3.1

Die schlechtere Rangierung der Beschwerdeführerin beim Kriterium "Referenzobjekte" begründet die Beschwerdegegnerin damit, sie erachte die gemäss Referenzen bekannte Geschäftspraxis der Beschwerdeführerin, welche die zwangsläufige Unschärfe zwischen vereinbarten Leistungen und Zusatzleistungen konsequent zu ihren Gunsten auszuschöpfen versuche, in zweifacher Hinsicht als gravierend. Zum einen erschwere es eine konstruktive Zusammenarbeit und effiziente Auftragsabwicklung, zum anderen könne auf diesem Weg der ursprünglich offerierte Preis in Frage gestellt werden. Was die Bewertung der Kriterien "Personaleinsatz" und "Verfügbarkeit/Auslastung" betreffe, so seien die von der Beschwerdeführerin unterbreiteten Angaben namentlich gegenüber den Angaben der berücksichtigten Mitbeteiligten vage und unverbindlich. Diesen Ausführungen hält die Beschwerdeführerin zur Hauptsache entgegen, die Beschwerdegegnerin lege bezüglich der negativen Referenzauskünfte keinerlei Beweise vor. Die mit der Ausschreibung beauftragte Generalplanerin C sei nicht bereit gewesen, die Auskunftspersonen offen zu legen sowie objektbezogene Angaben zu machen. Dadurch werde ihr eine klärende Stellungnahme verunmöglicht. Diese Art der Vorverurteilung auf Grund einseitiger Befragungen verletze die Regeln der Fairness.

E. 3.3.2

Die über die Beschwerdeführerin mündlich eingeholten Referenzen wurden nicht protokolliert. Im Vergabeantrag der Generalplanerin C an die Arbeitsgruppe Sport ist in der Beurteilungsmatrix beim Angebot der Beschwerdeführerin vermerkt "Referenzen teilweise negativ". Gemäss Besprechungsnotiz vom 29. August 2003, also am Tag der Beschwerdeerhebung, erläuterte D von der Generalplanerin C einem Vertreter der Beschwerdeführerin telefonisch die Gründe der Nichtberücksichtigung. Hinsichtlich der Referenzen wurde hierbei festgehalten, dass die eingeholten Referenzen "eindeutig zu Ungunsten" der Beschwerdeführerin ausfallen würden, was in der Bewertung zu insgesamt 17 Punkten statt 20 Punkten geführt habe. Alle erhaltenen Auskünfte würden darauf hinweisen, dass die Beschwerdeführerin mit einem anfänglich tiefen Angebot die Aufträge "einhole", anschliessend aber "mit Akribie alle denkbaren Zusatzleistungen in Regie separat verrechne". Die von der Beschwerdegegnerin bzw. der Generalplanerin eingeholten Referenzen sind nicht aktenkundig. Sowohl der genaue Inhalt der Referenzen als auch die Referenzpersonen sind nicht bekannt. Wie das Verwaltungsgericht indessen schon mehrmals festgehalten hat, sind nach den für das Submissionsverfahren geltenden Rechtsgrundsätzen Sachverhaltsabklärungen, wozu auch Referenzeinkünfte gehören, aktenkundig zu machen. Ansonsten lässt sich die Stichhaltigkeit einer Begründung nicht überprüfen. Werden Sachverhaltsabklärungen der Vergabebehörde nicht aktenkundig

gemacht, fehlt es an der Möglichkeit einer wirksamen Prüfung sowohl durch die Parteien als auch durch die Rechtsmittelinstanz. Es ist somit unzulässig, den Vergabeentscheid mit nicht aktenkundigen Sachverhaltsabklärungen zu begründen (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00016, E. 2, www.vgrzh.ch). Da die Beschwerdegegnerin zur Begründung des Zuschlags entscheidend auf nicht aktenkundige Auskünfte abgestellt hat, liegt eine Rechtsverletzung im Sinn von Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB vor (vgl. auch § 50 Abs. 2 lit. d VRG).

E. 3.3.3

Bei der Bewertung der Referenzobjekte liegt die Beschwerdeführerin 3 Punkte hinter der Mitbeteiligten, während sie in der Gesamtbewertung 2 Punkte schlechter abschnitt. Die unzulässige Verwendung nicht aktenkundiger Abklärungen hat sich demgemäss massgeblich auf den Zuschlagsentscheid ausgewirkt. Da der Vergabebehörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht, wäre an sich die Sache zu neuem Entscheid im Sinne der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Nachdem die Beschwerdegegnerin jedoch den Vertrag mit der Mitbeteiligten am 10. Oktober 2003 abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 aIVöB; RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 = ZBl 101/2000, S. 271, auch zum Folgenden). Der damit verbleibenden Ungewissheit über die Rechtmässigkeit der angefochtenen Vergabe trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Haftung für den einem Anbieter entstandenen Schaden auf den Ersatz der Aufwendungen beschränkt, die diesem im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 6 Abs. 2 aIVöB-BeitrittsG).

E. 3.3.4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens braucht an sich nicht weiter geprüft zu werden, ob die übrigen Einwände der Beschwerdeführerin gegen die Bewertung ihres Angebotes begründet sind. Immerhin kann angemerkt werden, dass die Beschwerdegegnerin dem Preis offenkundig nicht jenes Gewicht beigemessen hat, welches sie selber mit 50 % festlegte. Während der Beschwerdeführerin mit dem preislich tiefsten Angebot 50 Punkte zugeordnet wurden, erhielt die Anbieterin mit dem höchsten – die Offerte der Beschwerdeführerin um 39,68 % übersteigenden – Preisangebot noch 30 Punkte. Bei dieser Bewertungsskala würde die Punktzahl 0 einer Offerte mit einem doppelt so hohen Preis wie das günstigste Angebot zugeteilt, also einem Preis von Fr. 676'050.- gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin von Fr. 338'025.- (je brutto ohne MWst). Bei der hier vorliegenden Auftragsart wäre eine derartige Bandbreite möglicher Preisangebote indessen nicht mehr sachgerecht und vertretbar (vgl. VGr, 28. Oktober 2002, BEZ 2003 Nr. 14 E. 4c).

E. 4

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 VRG). Hingegen sind trotz ihres Obsiegens die Voraussetzungen für das Zusprechen einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin nicht erfüllt (§ 17 Abs. 2 VRG). Demgemäss entscheidet die Kammer : 1. In Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass der Entscheid des Gemeinderats X vom 19. August 2003 betreffend Vergabe der Gärtnerarbeiten (BKP 421) rechtswidrig ist. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 210.-- Zustellungskosten, Fr. 3'210.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin

aufgelegt. 4. Eine Parteientschädigung wird nicht zugesprochen. 5. ...

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