

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00023 vom 16. Juli 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00023](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00023)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00023 du 16 juillet 2008

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00023 del 16 luglio 2008

## Regeste

Submission | Generalplaner-Leistungen für Erneuerung eines Spitals: Vorbefassung der Mitbeteiligten. Referenzbewertung. Ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt, ist unter dem Titel der Vorbefassung nicht zu beanstanden. Dies gilt besonders hier, wo die Beschwerdeführerin früher offenbar auch für den Beschwerdegegner tätig war und dementsprechend ebenfalls über einen "Wissensvorsprung" verfügen dürfte (E. 3.2.1). Eigene Erfahrungen der Vergabebehörde dürfen wie Referenzen externer Auftraggeber berücksichtigt werden, wenn sie konkret beschrieben sind und somit eine objektive Beurteilung und die Vergleichbarkeit gewährleisten. Dementsprechend ist es vorliegend nicht zu beanstanden, wenn der Mitbeteiligten in der Offertauswertung attestiert wurde, sie habe "drei unabhängige" Referenzschreiben vorgelegt. Alle drei Referenzschreiben stammen von unterschiedlichen Referenzgebern, welche weder untereinander verbunden sind, noch mit der Submittentin in einer über deren bisherige Tätigkeit hinausgehenden Verbindung stehen. Dies im Gegensatz zu den von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzschreiben (E. 5.2). In Anbetracht dessen, dass die drei Referenzschreiben der Beschwerdeführerin keineswegs unabhängig sind, einen anderen Spitaltyp mit anderen betrieblichen Rahmenbedingungen betreffen und zudem mit Bezug auf den Vergabegegenstand nicht genügend aussagekräftig sind, erscheint der Punkteabzug ohne weiteres als vertretbar (E. 5.3). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weiter gezogen 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). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 zur Anwendung.

### E. 2

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; § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin in der Gesamtbewertung lediglich den vierten Platz belegt. Ihre Rügen richten sich indessen gegen diese Rangierung: Sie beantragt den Ausschluss der erstplatzierten Mitbeteiligten wegen Vorbefassung und gleichzeitig verlangt sie die Aufwertung ihres eigenen Angebots um die zur Übernahme der Führungsposition nötige Punktzahl. Falls ihre Rügen begründet sind, hat sie demnach eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher grundsätzlich zu bejahen.

### **E. 3.1**

Die Beschwerdeführerin rügt vorab eine unzulässige Vorbefassung der Mitbeteiligten. Zum einen verfüge die Mitbeteiligte aus ihrer früheren Tätigkeit für den Beschwerdegegner über einen Wissensvorsprung gegenüber ihren Konkurrenten. Zudem hätten weder der Vertreter der Vergabestelle noch diese selber die nötigen Kenntnisse zur ausschreibungsrelevanten Schätzung der aufwandbestimmenden Baukosten. Vielmehr sei davon auszugehen, dass die Mitbeteiligte direkt oder indirekt die entsprechenden Grundlagen geliefert habe. Der Beschwerdegegner erklärt demgegenüber, die Mitbeteiligte sei in keiner Weise in die Vorbereitung der Vergabe involviert gewesen. Die Schätzung der Bauinvestitionen stamme vom Beschwerdegegner selbst, diejenige der Planerhonorare vom Rechtsvertreter des Beschwerdegegners. Es handle sich lediglich um eine grobe Schätzung der Baukosten. Eine auf Analysen der zu erwartenden baulichen Massnahmen beruhende Kostenschätzung existiere nicht. Diese werde vielmehr Gegenstand der ausgeschriebenen Planerleistungen sein.

### **E. 3.2**

Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren. Als Folge davon dürfen andererseits – ex post betrachtet – Personen oder Unternehmungen, die an der Vorbereitung der Vergabe mitgewirkt haben, wegen dieser Vorbefassung grundsätzlich nicht als Anbieter auftreten. Das Verbot der Vorbefassung ergibt sich zum einen aus den Regeln über den Ausstand, die ausdrücklich auch für Personen gelten, die lediglich an der Vorbereitung einer Anordnung mitwirken (§ 5a VRG). Als vergaberechtliche Grundlage sind sodann die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und 11 lit. a IVöB) zu beachten. Eine ausdrückliche Regelung enthalten schliesslich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und die daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) .

#### **E. 3.2.1**

Entgegen dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin ist die frühere Tätigkeit der Mitbeteiligten für den Beschwerdegegner nicht als unzulässige Vorbefassung zu werten. Wie das Verwaltungsgericht wiederholt entschieden hat, ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt, unter diesem Titel nicht zu beanstanden (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2007, Rz. 682). Anzumerken ist, dass offenbar auch die Beschwerdeführerin bereits früher für das Spital R und den Beschwerdegegner tätig war und dementsprechend ebenfalls über einen solchen "Wissensvorsprung" verfügen dürfte.

### **E. 3.2.2**

Die Beschwerdeführerin führt sodann aus, die Summe der Investitionen sei von der Vergabebehörde auf total Fr. 8,4 Mio. geschätzt worden. Diese Summe setze sich zusammen aus den aufwandbestimmenden Baukosten von Fr. 6,3 Mio. und den Planerhonoraren von Fr. 2,1 Mio. In der Beschwerdeantwort weise der Rechtsvertreter der Vergabebehörde darauf hin, dass er selbst die mutmasslichen Planerhonorare von Fr. 2,1 Mio. nach Massgabe der SIA-Norm 102 kalkuliert habe. Dies könnte vielleicht noch möglich sein, es werde aber bestritten, dass der Beschwerdegegner in der Lage gewesen wäre, die aufwandbestimmenden Baukosten selber abzuschätzen. Eine Kostenschätzung könne erst erfolgen, wenn die für die Bestimmung oder Schätzung der mutmasslichen Laufmeter, Mengen, Stückzahlen und Ausmasse erforderlichen Unterlagen erstellt seien. Diese Grundlagen seien kaum durch den Beschwerdegegner, sondern mit grosser Wahrscheinlichkeit durch die Mitbeteiligte erstellt worden. Dass der Rechtsvertreter des Beschwerdegegners als dipl. Bauingenieur ETH in der Lage war, aufgrund der Baukostenschätzung und anhand der einschlägigen SIA-Richtlinien eine Schätzung zur Höhe der Planerhonorare abzugeben, erscheint durchaus glaubhaft und wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert in Frage gestellt. Zur Höhe der Baukosten wurde ferner bereits im Projektbeschrieb festgehalten, dass es sich dabei lediglich um eine grobe Schätzung handle. Entsprechend wenig differenziert bzw. stark pauschaliert präsentiert sich auch die Aufstellung der Investitionen in der Beilage A. Angesichts des ausgeschriebenen Vergabegegenstands, welcher die gesamte Planung inkl. das Erstellen eines Vorprojekts umfasst, erscheint dies indes nicht weiter erstaunlich. Es besteht denn auch keine Veranlassung, an der Darstellung des Beschwerdegegners zu zweifeln, wonach die von der Beschwerdeführerin angeführten Schätzungsgrundlagen (erst) Gegenstand der zu erbringenden Planerleistungen sein werden und bislang noch gar nicht erhoben wurden, weder vom Beschwerdegegner selbst noch von der Mitbeteiligten. Dass die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner sodann nicht einmal eine grobe Schätzung des Kostenrahmens zutrauen würde, lässt sich ihren Ausführungen nicht entnehmen. Eine solche Haltung wäre im Übrigen auch unbegründet. Wie nicht zuletzt die im Projektbeschrieb bezeichneten bisherigen bzw. laufenden Erneuerungsprojekte verdeutlichen, könnte dem Beschwerdegegner die dafür nötige Erfahrung und Sachkenntnis als Bauherr nicht ohne weiteres abgesprochen werden. Der Vorwurf der Vorbefassung erweist sich somit als unbegründet.

### **E. 4**

Nach § 33 Abs. 1 SubmV erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 33 Abs. 2 SubmV) zur Anwendung kommt – auf das

wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt. Dabei steht ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, wie auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei (VGr, 7. Juli 1999, ZBl 2000, S. 271 = 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 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). Vorliegend wurden in Ziffer 4.2.2 der Angebotsunterlagen folgende Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Bedeutung genannt: II maximal drei Referenzen betreffend Zufriedenheit der Bauherrschaft mit dem Architekturbüro und/oder mit dem Planungsteam bei Projekten betreffend Umbauten von Spitälern im Betrieb IIIa maximal drei Referenzprojekte des Architekturbüros betreffend Umbauten von Spitälern im Betrieb IIIb maximal drei Referenzprojekte der Fachplaner von für das betreffende Fach vergleichbaren Projekten IIIc maximal drei Referenzprojekte des Architekturbüros betreffend gestalterische Lösungen bei Gebäuden mit Publikumsverkehr (Innenbereich) IV offeriertes Honorar Die Auswahl der Zuschlagskriterien und deren effektive Gewichtung werden von der Beschwerdeführerin nicht in Frage gestellt. Unbestritten blieb auch die Bewertung der Angebote bei den Zuschlagskriterien IIIb (Referenzprojekte Fachplaner), IIIc (Referenzprojekte Gestaltung) und IV (Honorar). Die Vorbringen der Beschwerdeführerin richten sich ausschliesslich gegen die Beurteilung der Angebote bei den Zuschlagskriterien II (Referenzen von Bauherren) und IIIa (Referenzen Architekt).

## **E. 5**

Beim Zuschlagskriterium II waren "drei Referenzen betreffend Zufriedenheit der Bauherrschaft mit dem Architekturbüro und/oder dem Planungsteam betreffen Umbauten von Spitälern im Betrieb" gefordert. Die Mitbeteiligte hat bei diesem Kriterium die maximale Bewertung von 96 Punkten erzielt, während der Beschwerdeführerin lediglich 32 Punkte zuerkannt wurden.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin wendet dagegen ein, eines der drei von der Mitbeteiligten eingereichten Referenzschreiben stamme vom Beschwerdegegner selbst. Dies sei vorliegend keineswegs legitim. Es gehe nicht an, ein auf die eigene Vergabe abgestimmtes Referenzschreiben auszustellen, welches den Kriterien optimal entspreche. Der betreffende Bewerber erhalte so ein optimales Musterschreiben und könne die übrigen Referenzschreiben entsprechend abfassen bzw. abfassen lassen. Dem ist entgegenzuhalten, dass keine Anzeichen für ein solchermassen missbräuchliches Vorgehen der Mitbeteiligten vorliegen. Abgesehen davon, dass deren Referenzschreiben des Spitals F vom 31. Oktober 2007 und dasjenige des Spitals G vom 13. November 2007 vor demjenigen des Beschwerdegegners vom 14. November 2007 datieren, sind sie auch inhaltlich durchaus eigenständig abgefasst. Der Einwand der Beschwerdeführerin erweist sich als unbegründet.

## **E. 5.2**

Ferner sieht die Beschwerdeführerin in der Berücksichtigung der von der Vergabestelle selbst stammenden Referenz einen verpönten Protektionismus. Die im Zuschlagskriterium ausdrücklich verlangte Unabhängigkeit der Referenzschreiben werde so ad absurdum geführt. Der Einwand ist nicht stichhaltig. Abgesehen davon, dass die Unabhängigkeit der Referenzen in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich statuiert wurde, kann auch dem von der Beschwerdeführerin vertretenen Verständnis von "Unabhängigkeit" nicht gefolgt werden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts dürfen eigene Erfahrungen der Vergabebehörde wie Referenzen externer Auftraggeber durchaus berücksichtigt werden, wenn sie konkret beschrieben sind und somit eine objektive Beurteilung und die Vergleichbarkeit gewährleisten (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.3; 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2; beide unter [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Dementsprechend ist es auch vorliegend nicht zu beanstanden, wenn der Mitbeteiligten in der Offertauswertung attestiert wurde, sie habe "drei unabhängige" Referenzschreiben vorgelegt. Alle drei Referenzschreiben stammen von unterschiedlichen Referenzgebern, welche weder untereinander verbunden sind, noch mit der Submittentin in einer über deren bisherige Tätigkeit hinausgehenden Verbindung stehen. Ganz anders verhält es sich diesbezüglich bei der Beschwerdeführerin. Ihre drei Referenzschreiben beziehen sich alle auf die beiden Kliniken I und J, welche in der Stiftung H zusammengefasst sind. Die Referenzschreiben stammen von K, L und M und beziehen sich jeweils ausdrücklich auf die Person N. Die betreffenden Referenzen der Beschwerdeführerin sind folglich in keiner Weise unabhängig, weder untereinander noch im Verhältnis zur Beschwerdeführerin bzw. ihrem Seniorpartner. Dieser Umstand rechtfertigt für sich allein betrachtet bereits einen erheblichen, wenn nicht sogar den ganzen bei diesem Kriterium vorgenommenen Punkteabzug.

## **E. 5.3**

Weiter wird in der Offertauswertung festgehalten, bei der Mitbeteiligten handle es sich um "sehr ausführliche und engagierte Referenzschreiben betreffend drei Umbauten/Erweiterungen von Spitälern mit Behandlungsräumen". Diese Würdigung wird von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten. Ihre Vorbringen zielen vielmehr ausschliesslich auf eine bessere Bewertung ihrer eigenen Referenzschreiben. Dazu wird in der Offertauswertung festgehalten, zum einen betreffen diese Referenzschreiben "Sanatorien" und überdies würden sie vorab eine Würdigung der Person N beinhalten. Die verschiedenen Aspekte der operativen Tätigkeit würden dagegen nur wenig gewürdigt. Dem hält die Beschwerdeführerin einzig entgegen, wohl würden die Referenzschreiben "vor allem auch N" erwähnen. Dies rechtfertige indessen keinen, jedenfalls aber keinen wesentlichen Punkteabzug. Keine Stellung nimmt die Beschwerdeführerin zur Feststellung, bei den Referenzbetrieben handle es sich um "Sanatorien" und nicht wie beim Ausschreibungsobjekt um (Akut-)Spitäler. Und auch dem Einwand, die Referenzen seien mit Bezug auf die ausgeschriebene Generalplanerleistung zu wenig aussagekräftig, tritt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert entgegen. Dass der Beschwerdegegner bei der Referenzbewertung mitberücksichtigte, dass je nach Spitaltyp auch unterschiedliche betriebliche Rahmenbedingungen für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung gelten, war zu erwarten, weil sachlich begründet, und blieb daher zu Recht unbeanstandet. Begründet erscheint sodann auch die sonstige inhaltliche Würdigung der beschwerdeführerischen Referenzschreiben. Im Referenzschreiben vom 13. November

2007 wird einzig das Wirken von N in Stiftungsrat und Baukommission der Stiftung H gewürdigt. Dem Referenzschreiben vom 12. November 2007 kann ebenfalls nicht wesentlich mehr entnommen werden. Insbesondere geht auch daraus nicht hervor, ob es sich bei der fraglichen Zusammenarbeit um ein Architekten- und/oder Planermandat der Beschwerdeführerin oder lediglich um Leistungen im Rahmen der Bauausführung gehandelt hätte. Im dritten Referenzschreiben ist immerhin von den Anforderungen an Architekten, Planer und Unternehmer die Rede. Es fehlt aber eine weitere Spezifizierung der Aufgabenbereiche und Problemstellungen und dementsprechend auch eine Würdigung der von der Beschwerdeführerin im Einzelnen erbrachten Leistungen. Mithin ist dem Beschwerdegegner beizupflichten, dass die Referenzschreiben insgesamt wenig aussagekräftig sind und keinen tragfähigen Beleg für die Fähigkeit der Beschwerdeführerin zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen bilden. In Anbetracht dessen, dass die drei Referenzschreiben der Beschwerdeführerin demnach keineswegs unabhängig sind, einen anderen Spitaltyp mit anderen betrieblichen Rahmenbedingungen betreffen und zudem mit Bezug auf den Vergabegegenstand nicht genügend aussagekräftig sind, erscheint die Bewertung mit 32 von 96 möglichen Punkten ohne weiteres als vertretbar.

#### **E. 6**

Insgesamt erzielte die Mitbeteiligte 187 Punkte und die Beschwerdeführerin erreichte ein Total von 145 Punkten. Die verbleibende Differenz von 42 Punkten lässt sich mit der von der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium IIIa verfochtenen Änderung der Bewertung nicht mehr kompensieren. Die Beschwerdeführerin hat bei diesem Zuschlagskriterium 15 von 30 möglichen Punkten erhalten. Ihre diesbezüglichen Rügen beziehen sich sodann ausschliesslich auf ihre eigene Bewertung, nicht auch auf diejenige der Mitbeteiligten. Das bei diesem Kriterium überhaupt mögliche Verbesserungspotenzial liegt folglich bei höchstens 15 Punkten. Sind die gegen die Bewertung des Zuschlagskriteriums IIIa erhobenen Rügen somit nicht mehr entscheiderelevant, ist ihnen auch nicht mehr weiter nachzugehen. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es jedenfalls gerechtfertigt war, das Angebot der Mitbeteiligten höher zu bewerten als jenes der Beschwerdeführerin.

#### **E. 7**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu. Hingegen hat sie den Beschwerdegegner für dessen Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeantwort lediglich die von ihm ohnehin geschuldete Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat; in Betracht fällt daher vor allem der Aufwand, der ihm mit der Ausarbeitung der Duplik entstanden ist. Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 1'000.-.

#### **E. 8**

Da der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Auftrags die im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwerte erreicht, ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Andernfalls steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde

nach Art. 113 ff. BGG offen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

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