

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00047 vom 26. August 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-08-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00047

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00047 du 26 août 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00047 del 26 agosto 2009

Regeste

Submission | Vergabe von Tiefbauarbeiten im offenen Submissionsverfahren: Bewertung der Angebotspreise. Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. Bei einfachen Bauarbeiten ist in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen und Dienstleistungen (E. 4.1). Die Preisspanne ist grundsätzlich am niedrigsten Angebot und nicht an der vorgängigen Baukostenschätzung anzulegen. Für Tiefbauaufträge der ausgeschriebenen Art sind Preisspannen von 30 bis 50 % üblich. Vorliegend handelt es sich um einen Standardauftrag. Die Annahme einer Preisspanne von 70 % ist nicht gerechtfertigt (E. 4.3). Werden die Angebotspreise anhand dieser auf maximal 50 % korrigierten Preisspanne bewertet, rangiert die Mitbeteiligte hinter dem Angebot der Beschwerdeführerin. Daran vermag auch die Berufung der Beschwerdegegnerin auf andere Preisbewertungsmethoden nichts zu ändern. Die von ihr favorisierte Methode gewährleistet nicht, dass der Preis das vorgesehene Gewicht von 70 % erhält, und ist daher nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts unzulässig (E. 4.4). Gutheissung und Rückweisung.

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). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. 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]). Die Beschwerdeführerin hat

formell zwar lediglich ein Angebot eingereicht, darin aber für die nämlichen Leistungspositionen der Kategorie Strassenbau alternativ zwei mögliche Subunternehmerinnen genannt; es sind dies die Mitbeteiligte einerseits und die E AG andererseits. Dementsprechend wurde ihr Angebot von der Beschwerdegegnerin im Bewertungsverfahren doppelt geführt, einmal mit der einen und einmal mit der anderen Subunternehmerin. In der Gesamtauswertung belegt das Angebot der Beschwerdeführerin die Plätze eins und drei, vor und hinter dem von der Mitbeteiligten autonom eingereichten Angebot. Das auf Platz eins rangierende Angebot der Beschwerdeführerin mit der Mitbeteiligten als Subunternehmerin hat der Beschwerdegegner ausgeschlossen, weil die Mitbeteiligte erklärtermassen nicht bereit sei, die ihr darin als Subunternehmerin zugeordneten Leistungen zu den offerierten Konditionen auszuführen.

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen diesen Ausschluss mit der Begründung, zum Zeitpunkt des Vergabeentscheids habe keineswegs schon festgestanden, dass die Mitbeteiligte nicht mehr als Subunternehmerin der Beschwerdeführerin gelten könne; dies habe sich erst seither, als Folge des angefochtenen Zuschlags, ergeben. Wie die Beschwerdegegnerin unbestritten und überzeugend ausführt, handelt es sich bei der von der Beschwerdeführerin untervergebenen Leistung "Strassenbau" sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht um einen wesentlichen Teil des ausgeschriebenen Auftrags. Dementsprechend ist der Beschwerdegegnerin auch beizupflichten, dass die Nennung des oder der dafür vorgesehenen Subunternehmer zwingend erforderlich und im Hinblick auf die Gültigkeit des Angebots relevant bzw. bindend war (vgl. auch VGr, 13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 4.2, www.vgrzh.ch). Wie nun aber auch die Beschwerdeführerin einräumt, ist der in ihrem Angebot alternativ vorgesehene Beizug der Mitbeteiligten als Subunternehmerin Strassenbau zumindest aus heutiger Sicht nicht mehr möglich. Ob dies bereits vor oder erst nach dem Vergabeentscheid feststand, ist unerheblich. Massgebend ist, dass eine Vergabe an die Beschwerdeführerin mit der Mitbeteiligten als Subunternehmerin nicht mehr infrage kommt. Soweit die Beschwerde die Berücksichtigung jener Angebotsalternative zum Gegenstand hat, erweist sie sich daher als chancenlos und ist darauf nicht einzutreten.

E. 2.2

Andererseits ist aber auch die Beschwerdegegnerin an ihren im Vergabeverfahren bekundeten Standpunkt gebunden, wonach die Bezeichnung zweier möglicher Subunternehmer als alternative Nennung aufzufassen und ein solches Vorgehen vorliegend zuzulassen sei. Auf ihren Entscheid, das Angebot der Beschwerdeführerin mit der E AG als Subunternehmerin Strassenbau als gültiges Angebot in die Offertauswertung einzubeziehen, ist entgegen ihrem Dafürhalten nicht mehr zurückzukommen. Soweit die Beschwerdeführerin die Bewertung dieser Angebotsalternative infrage stellt, hat sie denn auch eine realistische Chance auf den Zuschlag und ist sie daher insoweit zur Beschwerdeerhebung ohne Weiteres legitimiert.

E. 3

Nach § 33 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (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. Vorliegend wurden in Ziffer 17 der Angebotsunterlagen folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung bekannt gegeben: 70 % Preis; 20 % Qualität (mit Berücksichtigung Schlüsselpersonal); 10 % Termine (mit Berücksichtigung Grobbauprogramm). Die Auswahl der Zuschlagskriterien und deren effektive Gewichtung werden von der Beschwerdeführerin nicht infrage gestellt. Sie macht vielmehr geltend, bei der Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Preis" sei die vorgegebene Gewichtung unterlaufen worden, weil die von der Bewertungsskala erfasste Preisspanne unrealistisch bzw. unverhältnismässig weit angesetzt worden sei. Ferner wendet sie ein, auch die Beurteilung der Kriterien Termine und Qualität sei willkürlich zu ihren Lasten erfolgt.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin beruft sich auf die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts entwickelten Anforderungen an die Bewertung der Angebotspreise. Nach diesen steht der Vergabestelle bei dieser Bewertung – ebenso wie bei den andern Zuschlagskriterien – ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (VGr, 18. Dezember 2002, BEZ 2003 Nr. 13, E. 3g und 4b, mit Hinweisen). Das bedeutet insbesondere, dass auch beim Preiskriterium nur die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (VGr, 21. April 2004, BEZ 2004 Nr. 34, E. 2.6 = ZBl 105/2004, S. 382, E. 2.2; 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4b, www.vgrzh.ch; RB 2002 Nr. 52 = BEZ 2003 Nr. 13, E. 4b; VGr, 28. Oktober 2002, BEZ 2003 Nr. 14, E. 4c; vgl. zum Ganzen auch Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.). Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2, www.vgrzh.ch; 21. April 2004, BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004, S. 382, E. 2.6; 28. Oktober 2002, BEZ 2003 Nr. 14, E. 4c). Im Interesse der Transparenz empfiehlt es sich indes, dass die Vergabebehörde die von ihr als realistisch angesehene Preisspanne zusammen mit den Zuschlagskriterien im Voraus bekannt gibt (vgl. RB 2002 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13, E. 3g; VGr, 21. April 2004, BEZ 2004 Nr. 34, E. 2.6, auch zum Folgenden). Dabei ist allerdings nur die prozentuale Bandbreite, keinesfalls die Höhe der erwarteten Preise zu nennen. Die Behörde kann z.B. festlegen, dass beim Kriterium Preis das niedrigste Angebot die Maximalnote und eines, das um einen bestimmten Prozentsatz darüber liegt, die Note null erhält. Verzichtet die Vergabebehörde auf eine solche vorgängige Bekanntgabe, kann dies die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids beeinträchtigen. Dieser Gefahr ist durch höhere Anforderungen an die Begründung Rechnung zu tragen. Bezogen auf die Preisspanne bedeutet dies, dass je ungewöhnlicher (besonders weit oder besonders eng) die gewählte Preisspanne ist, desto mehr eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich ist. Begründet die Vergabebehörde die Wahl einer ungewöhnlichen

Preisspanne nicht plausibel, überschreitet sie ihr Ermessen. In diesem Fall wendet das Gericht eine Spanne an, wie sie üblicherweise im Rahmen des Ermessens gewählt werden könnte (VGr, 22. März 2006, BEZ 2006 Nr. 36, E. 4.3).

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin erachtet die von ihr angelegte Preisspanne von 70 % weder als aussergewöhnlich gross noch als sachlich unbegründet. Ausgangslage dafür bilde ein von einem Ingenieurbüro aus Menge und Einheitspreisen vorab errechneter mutmasslicher Bauwerkspreis von rund Fr. 3'000'000.-. Für die Festlegung der Preisspanne sei aufgrund der Komplexität des Bauauftrags zum Bauwerkspreis ein Zuschlag von 50 % vorgenommen worden. Daraus resultiere ein fiktiv teuerstes Angebot von Fr. 4'500'000.-. Das günstigste Angebot habe bei der Offertöffnung dann allerdings rund Fr. 320'000.- unter dem mutmasslichen Bauwerkspreis gelegen. Die Preisspanne vom günstigsten Angebot zum angenommenen Höchstpreis habe sich darum auf 70 % erhöht. Aus Sicht der Beschwerdegegnerin handle es sich im Weiteren auch um komplexe, vielschichtige Bauleistungen. Die D-Strasse sei heute eine stark befahrene Verbindungsachse und gemäss regionalem und kommunalem Richtplan als siedlungsorientierte Sammelstrasse mit Ortsbusverkehr bezeichnet. Zwar handle es sich um übliche Tief- und Strassenbauarbeiten, aber in einem sehr komplexen Umfeld mit schwierigen Randbedingungen hinsichtlich des Verkehrs, namentlich wegen der engen Platzverhältnisse, des umzuleitenden Verkehrs und zusätzlich auch wegen grösserer, koordiniert geplanter Hochbauvorhaben.

E. 4.3

Dem ist mit der Beschwerdeführerin entgegenzuhalten, dass eine Preisspanne von 70 % für Tiefbauaufträge der ausgeschriebenen Art ungewöhnlich hoch erscheint; üblich sind Preisspannen von 30 % bis 50 % (vgl. VGr, 21. April 2004, VB.2003.00469 E. 2, www.vgrzh.ch). In diesem Bereich liegt denn auch die effektive Preisspanne der eingegangenen Angebote. Die Beschwerdegegnerin erklärt im Übrigen sogar selbst, der Komplexität des Auftrags angemessen sei eine Preisspanne von 50 %. Sie verkennt dann aber, dass diese Preisspanne grundsätzlich am niedrigsten Angebot und nicht an einer vorgängigen Baukostenschätzung anzulegen ist. Die von ihr angewendete Preisspanne von 70 % basiert demnach in erster Linie auf einer Fehlüberlegung und nicht auf sachlichen Gründen. Im Weiteren vermag die Beschwerdegegnerin denn auch nichts vorzubringen, was den streitigen Tiefbauauftrag als ungewöhnlich komplex erscheinen liesse. Insbesondere ist nicht ersichtlich, inwiefern sich vorliegend die baustellenbedingte Regelung bzw. Umleitung des Verkehrs auf die Komplexität des Bauwerks auswirken soll. Es wurden auch keine besonderen Verhältnisse fachtechnischer Art oder hinsichtlich der Beschaffenheit des Baugrunds geltend gemacht, welche für einen nicht leicht kalkulierbaren Aufwand sprechen würden. Mithin bleibt nur der Beschwerdeführerin beizupflichten, dass es sich vorliegend um einen Standardauftrag handelt und die Annahme einer Bandbreite von mehr als 50 % nicht gerechtfertigt ist.

E. 4.4

Bewertet man die Angebotspreise anhand dieser auf maximal 50 % korrigierten Preisspanne, reduziert sich die von der Mitbeteiligten erzielte Punktzahl von 63.74 auf 61.47 Punkte. In der Gesamtbewertung erzielt sie noch 87.47 Punkte und rangiert damit hinter dem Angebot der Beschwerdeführerin (Subunternehmerin E AG) mit 88.5 Punkten. Daran vermag auch die Berufung der Beschwerdegegnerin auf andere, im Leitfaden für

Submissionen von Bauarbeiten des Baumeisterverbandes Zürcher Oberland vom 31. März 2003 empfohlene Preisbewertungsmethoden nichts zu ändern. Sie favorisiert dabei eine Bewertung anhand der Formel: . Ein Angebot, welches doppelt so teuer wäre wie das günstigste, erhielte nach dieser Formel noch immer 35 Punkte und damit die Hälfte des Maximalwerts. Zudem fallen Preisunterschiede umso weniger ins Gewicht, je weiter der beurteilte Preis vom günstigsten entfernt ist, wodurch sehr teure Angebote vergleichsweise günstiger beurteilt werden. Diese Art der Preisbewertung gewährleistet somit nicht, dass der Preis das für die Bewertung der Angebote vorgesehene Gewicht von 70 % erhält, und ist daher nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht zulässig (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.1; 21. April 2004, ZBl 105/2004, S. 382, E. 2.3). Da die Beschwerde somit bereits aus den vorstehenden Erwägungen gutzuheissen ist, erübrigt es sich, auf die weiteren Einwände der Beschwerdeführerin, welche die Bewertung ihres Angebots anhand der qualitativen Zuschlagskriterien betreffen, näher einzugehen. Zusammenfassend ist der angefochtene Zuschlag demnach in Gutheissung der Beschwerde aufzuheben. Da das Angebot der Beschwerdeführerin mit der E AG als Subunternehmerin damit an erster Stelle steht und keine weiteren Abklärungen erforderlich sind, hat die Vergabe an sie zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, BEZ 2002 Nr. 33).

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und ist zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG); angemessen sind Fr. 2'000.-.

E. 6

Da der geschätzte Wert des zu vergebenden Bauauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 27. November 2008 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2009; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 113 BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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