

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00351 vom 26. Januar 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-01-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2010.00351

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00351 du 26 janvier 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2010.00351 del 26 gennaio 2011

Regeste

Submission | Strassen- und Werkleitungserneuerung (Tiefbauarbeiten): Bewertung und Gewichtung der Vergabekriterien. Aus einem früheren fehlerhaften Vergabeentscheid der Beschwerdegegnerin an die Mitbeteiligte und zulasten der Beschwerdeführerin (VB.2009.00047) lässt sich kein genereller Verdacht gegen spätere Vergabeentscheide der Beschwerdegegnerin ableiten (E. 3.1). Die seitens der Beschwerdeführerin gegen die Bewertung der Referenzobjekte, des Schlüsselpersonals sowie des Bauprogramms vorgebrachten Argumente sind zu wenig substantiiert bzw. nicht stichhaltig (E. 3). So durfte die Beschwerdegegnerin etwa aufgrund der in terminlicher Hinsicht nicht gerade vorbildlichen Referenzen der Beschwerdeführerin berechnete Zweifel an der Plausibilität ihres Bauprogramms hegen und genauere Erläuterungen verlangen (E. 3.4.4). Ob die erst in der Duplik näher ausgeführten und belegten Beanstandungen hinsichtlich der Qualität von Referenzobjekt 3 beachtlich sind, kann mangels Entscheidrelevanz offenbleiben (E. 3.2.1). 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 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 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin hat das preislich günstigste Angebot eingereicht und würde mehr Punkte als die Mitbeteiligte erreichen, sollte sie mit ihren Anträgen zur Neubewertung ihres Angebots durchdringen.

Obwohl eine Zuschlagserteilung an sie infolge des Vertragsschlusses nicht mehr möglich ist, ist die Beschwerdeführerin zur Submissionsbeschwerde legitimiert, da diese auch dafür zur Verfügung steht, um nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB) und die Beschwerdeführerin für diesen Eventualfall überdies einen Feststellungsantrag gestellt hat.

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. Dabei steht ihr ein erheblicher Ermessensspielraum 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. 2 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. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Vorliegend wurden in Ziff. 16 der Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung bekannt gegeben: 70 % Preis (Preisspanne: für die Bewertung werden pro Prozentpunkt der Angebotssumme über dem tiefsten Angebot 2 Prozentpunkte abgezogen, d.h. bei 150 % = 0 Pt.); 30 % Qualität (Unterkriterien: Ausführungsqualität Referenzobjekte resp. Referenzauskünfte, Qualität Bauprogramm, Schlüsselpersonal, Installationskonzept, Vollständigkeit des Angebots). Insgesamt erreichte das Angebot der Beschwerdeführerin 95,3, dasjenige der Mitbeteiligten 96,5 Punkte.

E. 3.1

Vorab beanstandet die Beschwerdeführerin die relative Gewichtung der Zuschlagskriterien im Verhältnis zwischen ihrer eigenen Offerte und derjenigen der Mitbeteiligten. Diese habe in jüngerer Vergangenheit öfters von einer falschen Gewichtung oder einer sehr wohlwollenden Bewertung der Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde profitiert. So habe das Verwaltungsgericht mit Entscheid vom 26. August 2009, VB.2009.00047, www.vgrzh.ch, schon einmal eine Zuschlagsverfügung der Beschwerdegegnerin zugunsten der Mitbeteiligten aufgehoben. Es obliegt der Beschwerdeführerin darzutun, in welchen Punkten der angefochtene Entscheid auf einem unrichtigen oder unvollständig festgestellten Sachverhalt beruht und/oder inwiefern Rechtsnormen unrichtig oder in Überschreitung bzw. Missbrauch des Ermessens angewendet werden (VGr, 8. November 2006, VB.2006.00214, E. 4, www.vgrzh.ch). Soweit die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge zum Ausdruck bringen will, die Beschwerdegegnerin habe die Zuschlagskriterien bewusst in einer Weise festgelegt, um die Mitbeteiligte zu begünstigen, ist ihre Behauptung weder belegt noch hinreichend substantiiert. Aus dem zitierten fehlerhaften Vergabeentscheid an die Mitbeteiligte lässt sich nicht etwa ein genereller Verdacht gegen spätere Vergabeentscheide der Beschwerdeführerin ableiten. Auf die angebliche Bevorzugung der

Mitbeteiligten bei der Bewertung der Zuschlagskriterien ist im Nachfolgenden gesondert einzugehen.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin rügt, die beim Unterkriterium B2 "Ausführungsqualität" für die angegebenen Referenzobjekte 1 und 3 erhaltenen Abzüge von insgesamt 1,5 Punkten seien nicht gerechtfertigt. Für die Referenzbeurteilung hat die Beschwerdegegnerin das Ingenieurunternehmen F beauftragt, welches die Referenzauskünfte telefonisch bei den angegebenen Referenzpersonen einholte. Diese wurden zu den Kriterien Qualität, Termine und Kosten befragt und aufgefordert, eine Benotung abzugeben (gut: 2 Punkte; genügend: 1 Punkt; ungenügend: 0 Punkte), wobei halbe Punkte möglich waren. Das Referenzobjekt 2 (G-Strasse in Stäfa) wurde durchgehend mit gut, d.h. bei allen Kriterien mit der maximalen Punktzahlzahl von 2 Punkten bewertet. Abzüge musste die Beschwerdeführerin jedoch für die Referenzobjekte 1 (I-Strasse in Wetzikon) und 3 (Werkleitungen J-Strasse) hinnehmen. Im Bewertungsschema konnten für das zuletzt angegebene Referenzobjekt insgesamt nur 3 (statt 6) Punkte erreicht werden, weil es im Gegensatz zu den Referenzobjekten 1 und 2 mit einer Gewichtung von 50 % berücksichtigt wurde. Diese Vorgehensweise wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet.

E. 3.2.1

Beim Referenzobjekt 3 (Werkleitungen J-Strasse) sei der angegebene Ansprechpartner, der Projektleiter K, nach Angaben der Beschwerdegegnerin nicht erreichbar gewesen, weshalb die Anfrage über Herrn L von der Stadtwerke Wetzikon erfolgt sei. Dieser habe für die Kriterien Qualität und Termine jeweils 1,5 Punkte ("gut – genügend") erteilt, weil die Beschwerdeführerin auf eine notwendige Grabenspriessung verzichtet habe, was zum Einsturz des Grabens im hinteren Teil der Baugrube geführt habe. Ausserdem sollen sich bei der technischen Abnahme des Werks wesentliche Mängel gezeigt haben, z.B. an der Tragschicht im Gehweg. Diese Beanstandungen wurden von der Beschwerdegegnerin erst in der Duplikschrift näher ausgeführt und mit der eingereichten Aktennotiz teilweise belegt. In ihrer Beschwerdeantwort beschränkte sich die Beschwerdegegnerin bezüglich des Qualitätskriteriums noch auf die Aussage, die Beschwerdeführerin habe auf eine an sich notwendige Grabenspriessung verzichten wollen. Ob die Beschwerdegegnerin ihre Begründung insofern in unzulässiger Weise erweitert hat (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 54 N. 8), kann jedoch offenbleiben, weil sich der Gesamtpunkteabstand zwischen der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten von 1,2 Punkten selbst bei Bewertung der Qualität des Referenzobjekts 3 mit 2 statt 1,5 Punkten lediglich auf 0,95 Punkte verringerte und sich damit nicht als ergebnisrelevant erweist. Der zusätzliche Abzug von 0,5 Punkten beim Kriterium Termine erfolgte aufgrund Verzögerungen bei der Bauausführung. Gemäss Auskunft von L habe die Beschwerdeführerin mit dem Aushub der Startgrube bereits verspätet begonnen, weshalb die Verspätung nicht allein auf die Verzögerung eines Drittunternehmers zurückzuführen gewesen sei. Da diese bereits in der Beschwerdeantwort enthaltenen Ausführungen von der Beschwerdeführerin nicht substantiiert bestritten werden, lässt sich die Beurteilung des Unterkriteriums Termine mit 1,5 Punkten nachvollziehen und liegt zweifellos im pflichtgemässen Ermessen der Beschwerdegegnerin.

E. 3.2.2

Betreffend das Referenzobjekt 1 (I-Strasse in Wetzikon) erhielt die Beschwerdeführerin für die Unterkriterien Termine und Kosten jeweils 1,5 von 2 Punkten. Bezüglich der

Termineinhaltung soll es nach Angaben der Referenzperson M eine Reihe von Beanstandungen gegeben haben, wie die Nichtlieferung des detaillierten Bauprogramms innert akzeptabler Frist, die Fehleinschätzung für die Dauer des Rohvortriebs sowie Verzögerungen beim Werkleitungsbau. Diese durch einen E-Mail-Ausdruck vom 21. Juli 2010 belegten und unbestritten gebliebenen Terminprobleme vermögen den Punkteabzug ohne Weiteres zu rechtfertigen. Dasselbe gilt für den beim Unterkriterium Kosten wegen verzögerter Einreichung der Schlussrechnung vorgenommenen Abzug von 0,5 Punkten.

E. 3.3

Im Rahmen des Zuschlagskriteriums B3 "Schlüsselpersonal" gab es für den von der Beschwerdeführerin angegebenen Polier N einen Punkteabzug von 0,25 wegen zwei Kanalverstopfungen infolge Unsorgfältigkeiten auf der Baustelle. Einen weiteren Abzug von 0,5 Punkten musste die Beschwerdeführerin für eine Verzögerung der Abrechnung bzw. des Ausmasses hinnehmen. Die beiden Kritikpunkte werden von der Beschwerdeführerin, die die Kanalverstopfungen lediglich auf "andere, hier nicht interessierende Gründe" zurückzuführen sucht, wiederum nicht substantiiert bestritten. Somit vermag die Beschwerdeführerin auch beim Zuschlagskriterium "Schlüsselpersonal" nicht darzutun, inwiefern die Bewertung durch eine fehlerhafte Ermessensausübung der Beschwerdegegnerin entstanden sei.

E. 3.4

Umstritten ist schliesslich die Benotung des Zuschlagskriteriums B4 "Bauprogramm", für das die Beschwerdeführerin 4 von maximal 6 Punkten erhalten hat.

E. 3.4.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, sie habe sich in ihrem Bauprogramm darum bemüht, eine Verkürzung der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Bauzeit um etwa ein halbes Jahr anbieten zu können. Ferner könne sich die Beschwerdegegnerin aussuchen, ob sie von dieser kürzeren Arbeitsdauer profitieren möchte oder stattdessen auf der ursprünglich vorgesehenen längeren Bauzeit beharre. Für die Qualität eines Bauprogramms sei in erster Linie die Kürze der Bauzeit entscheidend, insbesondere weil es sich um die Sanierung einer Strasse handle. Der von der Beschwerdegegnerin geäußerte Vorwurf der völlig unrealistischen Bauzeiten sei mit ihrem Schreiben vom 27. Mai 2010, wonach der ordentliche Bestand von sieben Personen jederzeit aufgestockt werden könne und auch die Arbeiter des Subunternehmers für Belagsarbeiten zu berücksichtigen seien, widerlegt worden. Ein detailliertes Bauprogramm sei gemäss Ziff. 6 der Ausschreibungsunterlagen erst nach Vergebung der Arbeiten in Absprache mit der Bauleitung vorzulegen. Daher könne ihr die mangelnde Detailliertheit des eingereichten Bauprogramms nicht zum Vorwurf gemacht werden. Der Abzug von insgesamt 2 Punkten erweise sich demnach als willkürlich.

E. 3.4.2

Nach Ansicht der Beschwerdegegnerin gehöre zu der gemäss Ziff. 16 der Ausschreibungsunterlagen Zuschlagskriterium bildenden "Qualität des Bauprogramms" neben dem Detaillierungsgrad auch die Plausibilität des Bauprogramms durch den Nachweis von Unterbrüchen und Kapazitäten. Da das Bauprogramm der Beschwerdeführerin die zeitliche Staffelung des Sanierungsprojekts nicht berücksichtigt und unrealistische Bauzeiten vorgesehen habe, sei die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 19. Mai 2010 aufgefordert worden, ihr Bauprogramm mit dem jeweiligen

Personalbestand und Schlechtwettertagen zu ergänzen. Dieser Aufforderung sei die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 27. Mai 2010 indes mit ihren pauschalen Ausführungen nicht nachgekommen und habe ihr Bauprogramm weder präzisiert noch erläutert. Demgegenüber habe sich die Mitbeteiligte an die vorgesehene Etappierung gehalten, den Personalbestand sowie Arbeitsunterbrüche infolge Betriebsferien ausgewiesen und ihr Bauprogramm auf Nachfrage hin mit ausdrücklichen Schlechtwetterreserven und einer Variante zur Beschleunigung des Projekts ergänzt. Doch selbst diese im Vergleich zum Bauprogramm der Beschwerdeführerin aussagekräftigeren Angaben seien nicht restlos überzeugend gewesen, sodass auch der Mitbeteiligten zweimal ein halber Punkt abgezogen worden sei.

E. 3.4.3

Es liegt im Rahmen der Entscheidungsfreiheit der Beschwerdeführerin, wenn sie auf die Einhaltung der Termine grossen Wert legt und sich davon mittels plausibler Angaben und Reserven im Bauprogramm vergewissern möchte. Dieses Anliegen hätte der Beschwerdeführerin spätestens mit Erhalt der Aufforderung vom 19. Mai 2010, das Bauprogramm mit dem einzusetzenden Personalbestand und Schlechtwettertagen zu ergänzen, bekannt sein müssen. In ihrem Antwortschreiben vom 27. Mai 2010 beschränkte sich die Beschwerdeführerin dessen ungeachtet auf die Mitteilung, einen bei Bedarf jederzeit erweiterbaren Personalbestand von einem Polier, zwei Maschinisten und vier Facharbeitern einzuplanen, und führte aus, dass sich der Umfang des Arbeitsunterbruchs gemäss Bauprogramm nach den Wetterverhältnissen richte. Letzterer Vorschlag erscheint schon deswegen als problematisch, weil in den Wintermonaten Dezember bis Februar nach Ziff. 6 der Ausschreibungsunterlagen möglichst keine Bauarbeiten geplant werden sollen und die Ausweichmöglichkeit ohnehin nur für wetterbedingte Verzögerungen während der ersten Etappe besteht. Ferner stellt die Angabe zum Personalbestand nur eine Wiederholung der bereits in der Offerte genannten Kapazitäten dar, obwohl der Beschwerdeführerin mit der Aufforderung hätte klar werden sollen, dass man von ihr eine Ergänzung des Bauprogramms mit präziseren Angaben erwartete. Der allgemeine Hinweis auf die jederzeit mögliche Aufstockung des Personals vermag dieser Anforderung nicht zu genügen. Dasselbe gilt für die Schlechtwettertage, die ebenfalls im Bauprogramm wenigstens etappenweise zu deklarieren gewesen wären. Damit hat die Beschwerdeführerin die ihr gebotene Chance zur Verbesserung ihres Bauprogramms vertan, wogegen die Mitbeteiligte, die ebenfalls zur Präzisierung des Bauprogramms angehalten worden war, die Gelegenheit zumindest teilweise wahrnahm und ein erweitertes Bauprogramm inklusive einer beschleunigten Variante unter Einsatz einer zweiten Arbeitsgruppe mit Bauende für Oktober 2011 einreichte. Schon von daher lässt sich eine Besserbewertung der Offerte der Mitbeteiligten beim Zuschlagskriterium "Bauprogramm" rechtfertigen.

E. 3.4.4

Hinzu kommt, dass sich die Beschwerdeführerin mit ihrem äusserst gestrafften Bauprogramm mit Bauende für Oktober 2011 nicht nur über den im Baurichtprogramm vorgesehenen Zeitplan hinweggesetzt hat, sondern sich im Gegensatz zur Mitbeteiligten auch nicht darum bemühte, die Durchführbarkeit ihres Bauprogramms eindeutig nachzuweisen. Wie die Beschwerdegegnerin glaubhaft darlegt, ist bei einer Strassensanierung aber nicht bloss das Arbeitstempo der Baufirma entscheidend, sondern es gilt überdies einer Reihe von Schnittstellen und insbesondere den Verkehrsverhältnissen Rechnung zu tragen. Für die Koordination mit den betroffenen Stellen ist die Einhaltung der

Termine durch die Baufirma daher von grosser Wichtigkeit. Diesbezüglich durfte die Beschwerdegegnerin bereits aufgrund der in terminlicher Hinsicht nicht gerade vorbildlichen Referenzen der Beschwerdeführerin berechnete Zweifel hegen und von ihr genauere Erläuterungen verlangen. Demzufolge stellt die Bewertung des Bauprogramms der Beschwerdeführerin mit 4 von 6 Punkten weder für sich genommen noch im Quervergleich mit der Mitbeteiligten, die für ihr Bauprogramm ebenfalls einen Punkteabzug zu gewärtigen hatte, einen Ermessensfehler dar.

E. 4

Nachdem die Beschwerdeführerin wegen der Unbegründetheit ihrer übrigen Rügen unabhängig von einer Besserbewertung des Qualitätskriteriums bei Referenzobjekt 3 (Werkleitungen J-Strasse) im Bewertungsschema hinter dem mit 96,3 Punkten bewerteten Angebot der Mitbeteiligten zurückbleibt, ist ihre Beschwerde abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 70 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zur Bezahlung einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Bei der Bemessung der Entschädigung ist zu berücksichtigen, dass die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort lediglich die von ihr ohnehin geschuldete Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat; in Betracht fällt daher vor allem der Aufwand, der ihr mit der Ausarbeitung der Duplik entstanden ist. Als angemessen erweist sich eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.-.

E. 5

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Bauarbeiten den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011; 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 BGG).

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