

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00321 vom 28. September 2011

ZH Verwaltungsgericht, 2011-09-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2011.00321

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00321 du 28 septembre 2011

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2011.00321 del 28 settembre 2011

Regeste

Submission | Beschaffung von Schul- und Verbrauchsmaterial: Legitimation; Ermittlung der massgeblichen Preise. Dass eine Zuschlagserteilung infolge des Vertragsabschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation der Beschwerdeführerin nichts. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthaltend (E. 2.2). Das Abstellen auf eine Addition der offerierten Stückpreise einer Preisliste ohne jegliche Berücksichtigung des zu erwartenden Bedarfs ist nicht geeignet, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln (E. 5.2). Trotz des Hinweises in den Ausschreibungsunterlagen, der durchschnittliche Jahresverbrauch aller Artikel liege nicht vor, mussten die Anbietenden nicht erwarten, dass die Vergabeinstanz ein solches Vorgehen zu Ermittlung der massgebenden Preise wählen würde (E. 5.3). Es kann der Beschwerdeführerin deshalb nicht vorgeworfen werden, dass sie diesen Mangel erst mit ihrer Beschwerde gegen den Zuschlag rügte (E. 4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1 mit Hinweisen). 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 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; § 49 in Verbindung mit § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.1

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot in der Gesamtbewertung den dritten Rang belegt und 263 von 400 möglichen Punkten erzielt, während das Angebot der Mitbeteiligten mit 355 Punkten bewertet wurde. Ausschlaggebend für dieses Ergebnis war

in erster Linie die Bewertung des Kriteriums "Preis". Diesbezüglich rügt die Beschwerdeführerin eine rechtswidrige Berechnungsweise durch die Beschwerdegegnerin. Bei den übrigen Kriterien erhielt die Beschwerdeführerin mehr Punkte als die Mitbeteiligte. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, sie hätte bei richtiger Bewertung den Zuschlag erhalten müssen. Vielmehr behauptet sie, es könne nicht auf die von der Beschwerdegegnerin ermittelten Angebotspreise abgestellt werden. Dringt die Beschwerdeführerin mit ihren Vorbringen durch, müsste dies daher zur Rückweisung an die Vergabebehörde führen. Die Beschwerdeführerin hätte im entsprechenden Verfahren realistische Chancen, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Sie ist daher zur Erhebung der Beschwerde legitimiert.

E. 2.2

Dass eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin infolge des Vertragsabschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde ausdrücklich auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB; VGr, 5. Mai 2006, VB.2005.00373, E. 2). Von einer unzulässigen nachträglichen Ergänzung oder Erweiterung des Rechtsbegehrens kann daher keine Rede sein. Es trifft nicht zu, dass – wie die Beschwerdegegnerin behauptet (Duplik, Rz. 5) – bei Submissionsbeschwerden für den Fall, dass der Beschaffungsvertrag abgeschlossen werden sollte, immer subsidiär ein Feststellungsbegehren gestellt werden müsste. Vielmehr beinhaltet das Begehren, der Zuschlag sei aufzuheben, ein Feststellungsbegehren, da der Zuschlag nur wegen seiner Rechtswidrigkeit aufgehoben werden kann. Wer legitimiert ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlags auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschlusses nicht mehr aufgehoben werden kann. Ein dahingehendes Eventualbegehren braucht nicht notwendigerweise bereits in der Beschwerde gegen den (noch nicht vollzogenen) Zuschlag gestellt zu werden; der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2).

E. 2.3

Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

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. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt.

E. 3.2

Vorliegend wurden in Ziffer 1.17 der Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung bekannt gegeben: 50 % Preis; 40 % Qualität; 10 % Referenzen.

E. 3.3

Die Auswahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung werden von der Beschwerdeführerin nicht infrage gestellt. Sie wendet sich vielmehr gegen die Ermittlung der Preise für die Warenkörbe Schul- und Büromaterial durch die Beschwerdegegnerin. Diese habe einfach die von den Anbietern aufgeführten Einzelpreise addiert und die dabei ermittelten Gesamtpreise miteinander verglichen. Bezüglich der einzelnen Positionen seien die Angebote zwar miteinander vergleichbar. Da die eingegebenen Einzelpreise nicht mit dem ungefähren Jahresverbrauch multipliziert worden seien, sei diese Preisberechnung im Hinblick auf § 33 SubmV, wonach der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen sei, jedoch absolut willkürlich. Die Beschwerdegegnerin vertritt demgegenüber die Ansicht, sie habe den ihr bei der Bewertung der Angebote zustehenden erheblichen Beurteilungsspielraum nicht verletzt. Aus den Ausschreibungsunterlagen sei ausdrücklich hervorgegangen, dass der durchschnittliche Jahresverbrauch aller Artikel nicht vorliege. Die Beschwerdegegnerin habe daher Stückpreise und 100-Stückpreise offerieren lassen. Es sei für alle Anbieter erkennbar gewesen, dass die einzelnen Preise für das Schul- und Büromaterial addiert würden. Im Übrigen erfolge der Einwand der Beschwerdeführerin verspätet. Sie hätte den behaupteten Mangel, dass das Preiskriterium anhand des Gesamtangebots in den Preislisten erfolgte, bereits mit der Ausschreibung rügen müssen. Zumindest sei die Beschwerdeführerin zu einer entsprechenden Nachfrage verpflichtet gewesen.

E. 4

Die Ausschreibungsunterlagen werden nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts von einer gegen die Ausschreibung gerichteten Beschwerde nicht erfasst; ihr Inhalt kann in der Regel noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2; 10. Dezember 2008, VB.2008.00347, E. 2). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben kann sich aber die Obliegenheit ergeben, Mängel der Ausschreibungsunterlagen ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens zu beanstanden (BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 1 ff., 10). Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen mangelhafter Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis nur bei offensichtlichen Mängeln. Ein Anbieter kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (BGE 130 I 241 E. 4.3). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2). Trotz des Hinweises in den Ausschreibungsunterlagen, dass der durchschnittliche Jahresverbrauch aller Artikel nicht vorliege, war bei deren Lektüre keineswegs offensichtlich, dass die massgeblichen Preise so ermittelt würden, wie es die Beschwerdeführerin schliesslich tat. Von einem besonders klaren und offensichtlichen Mangel im Sinn der erwähnten Rechtsprechung kann daher keine Rede sein. Es kann der Beschwerdeführerin deshalb nicht vorgeworfen werden, dass sie sich erst mit ihrer Beschwerde gegen den Zuschlag darauf beruft.

E. 5.1

Bei der Bewertung der Angebotspreise steht der Vergabebehörde – ebenso wie bei den andern Zuschlagskriterien – ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Begrenzt wird dieser einerseits dadurch, dass die Bewertung der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen muss, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 5.4; 26. August 2009, VB.2009.00047, E. 4.1 mit Hinweisen), andererseits durch das Transparenzgebot. So kann etwa der Verzicht auf eine vorgängige Bekanntgabe einer Preisspanne die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids beeinträchtigen, weshalb unter diesen Umständen höhere Anforderungen an die Begründung desselben gestellt werden (vgl. VGr, 26. August 2009, VB.2009.00047, E. 4.1).

E. 5.2

Wie erwähnt (E. 3.1), basiert die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots gemäss § 33 Abs. 1 SubmV auf einer Analyse des Preis-Leistungs-Verhältnisses der Angebote. Es sind die einzusetzenden öffentlichen Mittel in Relation zu setzen mit den zu erwartenden Leistungen. Daraus folgt, dass möglichst die beim Gemeinwesen tatsächlich anfallenden Kosten zu ermitteln sind. Entsprechend hat die Vergabebehörde, wenn sie Offerten nach Einheitspreisen verlangt, ein Leistungsverzeichnis zu erstellen, welches die erwarteten Leistungen aufzählt. Das Leistungsverzeichnis dient damit dazu, den tatsächlich zu erwarteten Leistungen und den entsprechenden Kosten soweit möglich gerecht zu werden. Entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin ist eine Preisliste nach Stückpreisen dazu offensichtlich nicht geeignet, wenn die einzelnen Preise ohne Berücksichtigung des zu erwartenden Bedarfs einfach addiert werden. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass zum Teil Einzelstückpreise und zum Teil Preise für 10, 12, 20, 100, 500 oder 1000 Stück anzugeben waren. Auch diese Unterscheidung trägt dem unterschiedlichen Bedarf offensichtlich nicht Rechnung, was die Beschwerdegegnerin zu Recht auch nicht geltend macht. Die Unterscheidungen sind im Übrigen auch nicht durchwegs nachvollziehbar. So waren etwa bei transparenten Sichtmappen A4 bei der glatten Version Einzelstückpreise, bei der matten Version hingegen Preise für 100 Stück anzugeben. Letzterer Preis lag bei der Beschwerdeführerin deutlich über dem Ersteren. Bei der Mitbeteiligten war dies genau umgekehrt. Bereits aus diesem Beispiel wird ersichtlich, dass sich aufgrund der vorliegenden Unterlagen nicht abschätzen lässt, welches Angebot sich über ein Jahr gesehen als das wirtschaftlich günstigste erweisen würde. Dass diese Methode der Preisbestimmung zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots untauglich ist, ergibt sich im Übrigen schon daraus, dass Positionen, welche von einzelnen Anbietern nicht offeriert wurden, mit Fr. 0.- in die entsprechende Addition einfließen. Dies beeinträchtigt die Vergleichbarkeit der ermittelten Gesamtpreise und führt zu einer positiveren Bewertung des Preises des fraglichen Anbieters. Dies ist jedenfalls dann nicht gerechtfertigt, wenn – wie im vorliegenden Fall – keine Korrektur im Rahmen der Bewertung eines anderen Zuschlagskriteriums erfolgt.

E. 5.3

Entgegen der Behauptung der Beschwerdegegnerin lässt sich die vorgenommene Preisermittlung nicht mit dem in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Hinweis rechtfertigen, dass der durchschnittliche Jahresverbrauch aller Artikel nicht vorliege. Das gewählte, aus den erwähnten Gründen ungeeignete Vorgehen musste auch aufgrund dieses Hinweises nicht erwartet werden. Vielmehr beeinträchtigt dieses die Transparenz und die

Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids, weshalb entsprechend höhere Anforderungen an die Begründung desselben zu stellen sind. Die oben erwähnten Grundsätze (E. 5.1) müssen auch dann Anwendung finden, wenn – wie im vorliegenden Fall – nicht die Bewertung des Preises an sich (Umrechnung der angebotenen Preise in Punkte) bemängelt, sondern geltend gemacht wird, die der Bewertung zugrunde gelegten Preise seien falsch ermittelt worden. Der vorliegende Vergabeentscheid vermag den Anforderungen nicht zu genügen. Es ist nicht einzusehen, weshalb die Beschwerdegegnerin nicht auf Erfahrungswerte oder auf eine anderweitig begründete Prognose hätte abstellen können. Angesichts des damit verbundenen Aufwands hätte sich die Vergabebehörde zum Beispiel auf eine – entsprechend begründete – repräsentative Stichprobe von Artikeln beschränken können.

E. 6

Der Vergabeentscheid erweist sich damit als rechtswidrig, weil das Vorgehen der Beschwerdegegnerin nicht geeignet war, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Die Beschwerdegegnerin hat mithin den massgeblichen Sachverhalt nicht hinreichend abgeklärt. Könnte der angefochtene Vergabeentscheid im heutigen Zeitpunkt noch aufgehoben werden, wäre die Sache zu neuem Entscheid im Sinn der Erwägungen an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz jedoch nur noch feststellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Im Hinblick auf diesen Feststellungsentscheid ist eine Rückweisung an die Vorinstanz nicht erforderlich; mit der Feststellung wird nicht über die Zulässigkeit der strittigen Vergabe, sondern entsprechend der gesetzlichen Regelung nur über die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids geurteilt. Der Entscheid ist daher aufgrund der im Beschwerdeverfahren gegebenen Sach- und Rechtslage zu fällen (VGr, 7. Juli 1999, VB.99.00026, E. 6c = RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 = ZBl 101/2000, S. 277 f.).

E. 7

In Gutheissung der Beschwerde ist somit festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65 Abs. 2 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Angemessen erscheint eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 2'000.-.

E. 8

Der Wert des Auftrags für die dreijährige Vertragsdauer wird von der Vergabeinstanz gemäss Ausschreibungsunterlagen auf Fr. 840'000.- geschätzt. Er übersteigt damit den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. a der Verordnung des EVD vom 11. Juni 2010 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das zweite Semester des Jahres 2010 und das Jahr 2011; SR 172.056.12). Gegen das vorliegende Urteil ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG; BGE 134 II 192 E. 1.2; BGr, 11. März 2009, 2C_634/2008, E. 1.1). Andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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