

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00153 vom 21. November 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-11-21, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00153

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00153 du 21 novembre 2012

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00153 del 21 novembre 2012

Regeste

Submission | Vergabe von Tiefbauarbeiten im offenen Submissionsverfahren: Legitimation. Zuschlagskriterien. Bewertung. Wer legitimiert gewesen ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlages auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschluss nicht mehr aufgehoben werden kann (E. 2.2). Werden versehentlich Kriterien - vorliegend die Kriterien Termine und Verfügbarkeit - in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen, ändert dies nichts daran, dass die Bewertung anhand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien, also unter Berücksichtigung der Kriterien Termine und Verfügbarkeit, vorzunehmen ist (E. 3.3). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts kann die Vergabebehörde die Begründung des Zuschlagsentscheids im Rahmen der Beantwortung einer Submissionsbeschwerde in der Regel noch ergänzen. In diesem Rahmen muss beim Vorliegen eines Fehlers in der ursprünglichen Begründung auch eine substituierende Begründung zulässig sein. Ist eine Bewertung der Angebote fehlerhaft, so genügt es grundsätzlich, wenn eine andere, zulässige Berechnungsweise zur selben Gesamtrangierung führt. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin mit der ergänzenden Zuschlagsbegründung in der Klageantwort eine Berechnungsweise aufgezeigt, die sich als zulässig erweist und bei welcher das Angebot der Mitbeteiligten - wie in der ursprünglichen Begründung - vor demjenigen der Beschwerdeführerin rangiert ist (E. 3.4, 4). Abweisung.

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 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2.1

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 dem 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. 2.2

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin das betragsmässig tiefere Angebot eingereicht als die Mitbeteiligte. Sind ihre Rügen betreffend Bewertung der anderen Zuschlagskriterien begründet, hätte sie jedenfalls eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen. Zwar ist mit dem erfolgten Vertragsschluss ein Zuschlag an die Beschwerdeführerin nicht mehr durchzusetzen. Wer legitimiert gewesen ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlags indessen auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschlusses nicht mehr aufgehoben werden kann (BGE 132 I 86 E. 3.2). Soweit in Eventualantrag 6 die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeentscheids verlangt wird, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2.3

Nicht einzutreten ist auf das ebenfalls in Eventualantrag 6 gestellte Schadenersatzbegehren (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 455, Rz. 947), was die Beschwerdeführerin mit ihrer Replik im Übrigen selbst einräumt.

E. 2.4

Anzumerken bleibt schliesslich, dass die Anträge 2 und 4 materiell Bestandteil der Beschwerdebeurteilung sind und insoweit Beachtung finden.

E. 3.1

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen bestimmte sich die Vergabe nach folgenden Zuschlagskriterien:

- Höhe des Preisangebots	15 %
70 % - Fachliche Kompetenz (Referenzen/Polier/QM)	-
Termine/Verfügbarkeit/Kapazität/Lehrlingsausbildung	15 %

E. 3.2

Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, dass die Beschwerdegegnerin im Rahmen der Auswertung der Angebote von diesen Vorgaben abgewichen ist. Wie die Beschwerdegegnerin einräumt, hat sie anstelle der in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten vier Kriterien "Termine/Verfügbarkeit/Kapazität/Lehrlingsausbildung" (Gewichtung total 15 %) lediglich deren zwei, nämlich die Kapazität (Gewichtung 10 %) und die Berufsförderung (Gewichtung 5 %) berücksichtigt. Die Beschwerdegegnerin erklärt dies damit, dass sie seit vier Jahren die Kriterien Termine und Verfügbarkeit nicht mehr in die Ausschreibungsunterlagen aufnehme, wofür sie zwei Beispiele aus den Jahren 2008 und 2009 einreichte. In den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen seien diese beiden Kriterien fälschlicherweise aufgeführt worden. Bei der Erstellung der Bewertungsmatrix habe sie nicht darauf geachtet, diese beiden Unterkriterien aufzunehmen.

E. 3.3

Aufgrund der eingelegten Unterlagen erscheint es plausibel, dass bei der Formulierung der Ausschreibungsunterlagen ein Versehen unterlaufen ist. Dies ändert indessen nichts daran, dass die Bewertung anhand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien, also auch unter Berücksichtigung der Kriterien Termine und Verfügbarkeit, vorzunehmen ist. Tatsächlich hat die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort denn auch neue

Bewertungen vorgenommen, bei welchen die beiden Kriterien Termine und Verfügbarkeit – entsprechend den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen – nun ebenfalls berücksichtigt sind.

E. 3.4

Der Behörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu (VGr, 26. Januar 2011, VB.2010.00351, E. 3 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 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts kann die Vergabebehörde die Begründung des Zuschlagsentscheids im Rahmen der Beantwortung einer Submissionsbeschwerde in der Regel noch ergänzen (VGr, 28. September 2011, VB.2010.00708, E. 2.1 mit Hinweisen). In diesem Rahmen muss beim Vorliegen eines Fehlers in der ursprünglichen Begründung auch eine substituierende Begründung zulässig sein. Ist eine Bewertung der Angebote fehlerhaft, so genügt es grundsätzlich, wenn eine andere, zulässige Berechnungsweise zur selben Gesamtrangierung führt (VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 10.1). Wie die nachfolgenden Ausführungen sichtbar machen, hat die Beschwerdegegnerin mit der ergänzenden Zuschlagsbegründung in der Klageantwort zumindest eine Berechnungsweise aufgezeigt, die sich als zulässig erweist und bei welcher das Angebot der Mitbeteiligten – wie in der ursprünglichen Begründung – vor demjenigen der Beschwerdeführerin rangiert ist; darin erreicht die Mitbeteiligte insgesamt 96,63, die Beschwerdeführerin 96,11 Punkte. Auf die weiteren Alternativbegründungen, welche das Angebot der Mitbeteiligten ebenfalls im ersten Rang platzieren, ist deshalb nicht weiter einzugehen.

E. 4.1

Zu den Kriterien "Höhe des Preisangebots" (Gewichtung 70 %) und "Fachliche Kompetenz (Referenzen/Polier/QM)" (Gewichtung 15 %) machen die Parteien keine wesentlichen Ausführungen. Jedenfalls erhebt die Beschwerdeführerin keine substantiierten Einwendungen gegen die in diesen Kriterien vergebenen Noten. Nicht näher einzugehen ist ferner auf die Vorbringen der Beschwerdegegnerin, wonach die von ihr selbst an die Beschwerdeführerin im Kriterium "Fachliche Kompetenz" vergebene Punktzahl zu hoch ausgefallen sei.

E. 4.2

Die Ausschreibungsunterlagen nannten für die Zuschlagskriterien "Termine/Verfügbarkeit/Kapazität/Lehrlingsausbildung" eine Gewichtung von insgesamt 15 %. Angaben über die einzelne Gewichtung dieser vier Kriterien enthielten die Ausschreibungsunterlagen nicht; dies ist zulässig: Die Zuschlagskriterien müssen, um die notwendige Transparenz eines Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB) zu gewährleisten, in den Ausschreibungsunterlagen mit deren Rangordnung oder Gewichtung bekannt gegeben werden (§ 13 Abs. 1 lit. m der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Die Vergabebehörde ist somit an eine angegebene Rangordnung gebunden. Allerdings verlangt die Aufzählung der vier Kriterien auf einer Zeile nicht, dass die Gewichtung tatsächlich nach hinten absteigend festgelegt wird. Es ist auch ohne Weiteres zulässig, die vier gleichzeitig aufgeführten Kriterien in Übereinstimmung mit dem

Erscheinungsbild identisch zu gewichten. Dies drängt sich vorliegend allein schon deshalb auf, weil die Beschwerdegegnerin der Lehrlingsausbildung offenbar nicht bloss eine marginale Bedeutung hat zukommen lassen wollen: In ihrer ursprünglichen Auswertung hat sie die Berufsförderung immerhin mit 5 % gewichtet. Würden die vier Unterkriterien "Termine/Verfügbarkeit/Kapazität/Lehrlingsausbildung" innerhalb der totalen Gewichtung von 15 % abgestuft gewichtet, so verbliebe für die zuletzt genannte Lehrlingsausbildung bloss ein Gewicht von 2■3 %. Insgesamt erscheint es deshalb als gerechtfertigt, die vier Unterkriterien gleichwertig, also mit je 3,75 % zu gewichten. Wenn auch – wie dies die Beschwerdeführerin vorschlägt – das erstgenannte Kriterium "Termine" am stärksten gewichtet werden könnte, so besteht dafür doch keine rechtliche Notwendigkeit.

E. 4.3

Im Kriterium "Termine" beurteilt die Beschwerdegegnerin die von den Anbietern genannten Bauzeiten. Die Beschwerdeführerin offerierte die Arbeiten mit einer Bauzeit von 34 Wochen, die Mitbeteiligte veranschlagte dafür 35 Wochen. Die kürzeste von den anderen Submittenten angegebene und aktenkundige Bauzeit betrug 32, die längste 37 Wochen. Gemäss dem Bewertungsmaassstab der Beschwerdegegnerin wird für die kürzeste Bauzeit von 32 Wochen das Punktemaximum (3,75 Punkte) vergeben und für 52 Wochen 0 Punkte. Dies ergibt für die Beschwerdeführerin 3,38 Punkte und für die Mitbeteiligte 3,19 Punkte. Die Beschwerdeführerin anerkennt die Vergabe der Maximalnote für eine Bauzeit von 32 Wochen, macht aber geltend, dass für eine Bauzeit von 36 Wochen 0 Punkte zu vergeben seien. Es ist allerdings nicht nachvollziehbar, weshalb eine offerierte Bauzeit von 36 Wochen bereits nur noch mit 0 Punkten zu bewerten wäre. Es entspricht denn auch keineswegs einem üblichen Vorgehen, das in einem Kriterium schlechtestes Angebot jeweils mit 0 Punkten zu bewerten. Mit 0 Punkten ist eine Leistung erst zu bewerten, wenn sie unbrauchbar ist. Gemäss den unwidersprochenen Angaben der Beschwerdegegnerin hat sie eine Bauzeit von 43 Wochen vorgegeben. Dies bedeutet allerdings nicht, dass eine Bauzeit von über 43 Wochen bereits als unbrauchbar bezeichnet werden müsste; es erscheint vielmehr als zulässig, wenn erst bei einer Bauzeit ab 52 Wochen keine Punkte mehr vergeben werden. Wenn dennoch bereits eine Bauzeit von 44 Wochen mit 0 Punkten bewertet würde, so ergäbe dies neu für die Beschwerdeführerin 3,13 (statt 3,38) Punkte und für die Mitbeteiligte 2,81 (statt 3,19) Punkte; diese Korrektur würde jedoch an der Rangfolge nichts ändern (vgl. hinten E. 4.7).

E. 4.4

Im Kriterium Verfügbarkeit erreichen beide am Verfahren beteiligte Unternehmen die Maximalpunktzahl von 3,75. Es besteht kein Anlass dazu, der Beschwerdeführerin trotz kleinerer Belegschaft mehr Punkte zu vergeben. Sie hat denn auch nicht nachvollziehbar aufgezeigt, weshalb die Mitbeteiligte hier nicht ebenfalls das Punktemaximum hätte erhalten dürfen.

E. 4.5

Kernpunkt der Beschwerde bildet das Kriterium Kapazität.

E. 4.5.1

Die Beschwerdegegnerin gewichtete das Kriterium Kapazität ursprünglich mit 10 % und wertete nach folgender Formel: Für eine Mitarbeiterzahl von 80 und mehr erhielten die Submittenten 10 Punkte, für eine Mitarbeiterzahl von 40 und weniger 0 Punkte. Folglich resultierten für die Beschwerdeführerin bei 25 Beschäftigten 0 Punkte und für die

Mitbeteiligte mit 115 Beschäftigten 10 Punkte. In der Klageantwort wurde sinngemäss dargelegt, dass auch folgende Skala infrage kommen könnte: Für 80 und mehr Mitarbeiter wird das Punktemaximum und für 20 oder weniger Mitarbeiter werden 0 Punkte vergeben.

E. 4.5.2

Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass bei der Bewertung der Angebote im Kriterium Kapazität die Anzahl der in der Abteilung Tiefbau angestellten Mitarbeitenden massgeblich ist. Entscheidend sei indessen die Anzahl an nicht auf anderen Baustellen eingesetzten und damit die für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten auch wirklich aus dem Bereich Tiefbau einsetzbaren Arbeitskräfte. In der Folge anerkennt die Beschwerdeführerin allerdings, dass Anbieterinnen im Tiefbaugewerbe Aufträge oftmals auch parallel ausführen. Es sei deshalb grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde von den Anbieterinnen verlange, dass diese eine deutlich höhere Zahl an Mitarbeitenden im Bereich Tiefbau beschäftigen, als es für die Ausführung der entsprechenden Arbeiten brauche. Eine höhere Mitarbeiterzahl dürfe deshalb beim Kriterium Kapazität grundsätzlich berücksichtigt werden. Dennoch wendet die Beschwerdeführerin ein, es sei nicht einzusehen, weshalb eine Anzahl von 25 Mitarbeitenden schlechter bewertet werde als eine Anzahl von 41 oder mehr Mitarbeitenden; denn für die vorliegend ausgeschriebenen Arbeiten genüge der Einsatz von acht Fachkräften. Zumindest hätten sämtliche Anbieterinnen, welche über mehr als 24 Angestellte verfügen, unter dem Kriterium Kapazität die maximale Punktzahl erhalten müssen. Mit der Replik wird ergänzt, dass Beschwerdeführerin und Mitbeteiligte hier die maximale Punktzahl erzielen müssten. In der Stellungnahme vom 15. Mai 2012 macht die Beschwerdeführerin schliesslich geltend, das Kriterium Kapazität müsse generell als untauglich betrachtet werden; in dieselbe Richtung zielte bereits die Klagebegründung, gemäss welcher es die Beschwerdeführerin nicht für zulässig hielt, die Arbeiten im Ergebnis wegen der höheren Mitarbeiterzahl an die Mitbeteiligte zu vergeben anstatt an die Beschwerdeführerin, welche das preislich tiefste Angebot offeriert hatte.

E. 4.5.3

Soweit die Beschwerdeführerin die Zulässigkeit des Kriteriums Kapazität grundsätzlich bestreitet, erscheint es als fraglich, ob sie damit im Beschwerdeverfahren noch zuzulassen ist. Nach Treu und Glauben kann eine Anbieterin verpflichtet sein, Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen, aus welchen von vornherein auf ein nicht regelkonformes Vergabeverfahren geschlossen wird, frühzeitig zu erheben (VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; VGr, 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; BGE 130 I 241 E. 4.3; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in ZBl 104/2003, S. 1 ff., S. 10). Die Frage kann vorliegend allerdings offengelassen werden, da sich die Rüge ohnehin als unbegründet erweist: Beim Kriterium Kapazität geht es primär darum, welche Anbieterin grössere Flexibilität gewährleistet, namentlich beim Auftauchen unvorhergesehener Probleme. Dies wird mit den Ausführungen der Beschwerdegegnerin vorliegend nachvollziehbar veranschaulicht. Das Verwaltungsgericht hat bereits in früheren Fällen festgehalten, dass eine grössere Unternehmung mit Bezug auf den Einsatz des Personals naturgemäss eine grössere Flexibilität besitzt. Es ist demnach grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde die Anzahl der Beschäftigten berücksichtigt (VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00355, E. 2.7). Das Kriterium Kapazität wird in der ergänzten Begründung nur noch mit dem bescheidenen Gewicht von 3,75 % berücksichtigt.

Damit ist auch dem Einwand der Beschwerdeführerin, die Kapazität könne nicht 10 % und auch nicht 5 % ausmachen, die Grundlage entzogen.

E. 4.5.4

Wenn die Vorinstanz bei vorliegendem Bauvolumen von rund Fr. 1,6 Mio. und bei offerierenden Firmen mit einem Personalbestand bis zu 390 die Maximalnote bei 80 Mitarbeitern vergibt, ist dies nicht zu beanstanden. Der Beschwerdeführerin mag allenfalls darin gefolgt werden, dass es bei den vorliegenden Arbeiten nicht gerechtfertigt wäre, bei einer Firmengrösse von 40 Mitarbeitern bereits keine Punkte mehr zu vergeben. Ob, wie die Beschwerdeführerin vorschlägt, bereits für 24 Mitarbeiter das Punktemaximum vergeben werden könnte, erscheint allerdings fraglich. Dies braucht indessen nicht entschieden zu werden, da sich jedenfalls die korrigierte Begründung der Beschwerdegegnerin, bei welcher bei einer Firmengrösse bis zu 20 Mitarbeitern 0 Punkte vergeben werden, im Rahmen des vorinstanzlichen Ermessens bewegt. Damit erreicht die Mitbeteiligte bei einer Mitarbeiterzahl von 115 das Punktemaximum von 3,75; die Beschwerdeführerin erhält bei lediglich 25 Beschäftigten 0,31 Punkte.

E. 4.5.5

Anzumerken bleibt, dass die Einwendungen der Beschwerdeführerin bezüglich der anrechenbaren Mitarbeiterzahlen nicht plausibel sind. Es besteht jedenfalls kein begründeter Anlass, um an den Angaben der am Verfahren beteiligten Submittenten zur Anzahl der Beschäftigten zu zweifeln. Die Beschwerdegegnerin durfte sich auf die Zahlenangaben in den Offerten verlassen.

E. 4.6

Das Kriterium "Lehrlingsausbildung" bewertete die Beschwerdegegnerin nach der Anzahl Lernenden im Verhältnis zur Mitarbeiterzahl. Von den möglichen 3,75 Punkten erhält die Beschwerdeführerin hier 3,68 Punkte, die Mitbeteiligte mit dem leicht schlechteren Verhältnis 3,56 Punkte. Diese Bewertung ist nicht zu beanstanden.

E. 4.7

Unter Wahrung des der Beschwerdegegnerin zustehenden Ermessens erweist sich die bessere Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten somit als vertretbar. Daran ändert sich auch nichts, wenn die Notenvergabe bezüglich des Kriteriums Termine noch zu korrigieren wäre (vgl. vorn E. 4.3): Würden der Beschwerdeführerin in diesem Kriterium neu 3,13 (statt 3,38) und der Mitbeteiligten neu 2,81 (statt 3,19) Punkte vergeben, so verbliebe die Mitbeteiligte dennoch im ersten Rang mit einem Gesamtergebnis von 96,25 Punkten; die Beschwerdeführerin würde 95,86 Punkte erhalten.

E. 5

Demnach ist die Beschwerde abzuweisen. Entsprechend dem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort weitgehend nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-.

E. 6

Da der geschätzte Wert der zu vergebenden Tiefbauarbeiten den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht 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.