

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00132 vom 10. April 2013

ZH Verwaltungsgericht, 2013-04-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00132

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00132 du 10 avril 2013

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00132 del 10 aprile 2013

Regeste

Submission | Vergabe von Tiefbauarbeiten: Gewichtung der Zuschlagskriterien; Lehrlingsausbildung. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien muss nicht zwingend im Voraus bekannt gegeben werden. Es genügt, wenn die Gewichtung entsprechend der Reihenfolge der Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt (E. 4.1). Die verwendete Punkteskala beim Kriterium "Lehrlingsausbildung" weicht von jener bei den übrigen Kriterien ab und verfälscht die festgelegte Gewichtung von 5 % (E. 4.2.3). Die Preisspanne von über 100 % trägt der vorgegebenen Gewichtung zu wenig Rechnung, da damit nicht nur die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte berücksichtigt wird (E. 5). Gutheissung.

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. 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 dem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend rügt die Beschwerdeführerin, die mit ihrem preislich günstigsten Globalangebot (Fr. 477'777.80 exkl. Mehrwertsteuer) insgesamt mit nur 0,03 Punkten Rückstand den zweiten Rang belegte, eine rechtswidrige Gewichtung der Zuschlagskriterien und die falsche Bewertung des Kriteriums "Lehrlingsausbildung". Dringt die Beschwerdeführerin mit diesen Rügen durch, rückt ihr Angebot auf den ersten Rang, womit ihr der Zuschlag zu erteilen ist. Ihre Legitimation ist somit zu bejahen. Auf die form- und fristgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdegegnerin macht sinngemäss geltend, das Globalangebot der Beschwerdeführerin könne nicht berücksichtigt werden, da die entsprechende Offerte unvollständig gewesen sei. Damit setzt sich die Beschwerdegegnerin in Widerspruch zu ihrer eigenen Beurteilung. Gemäss Protokoll des Gemeinderats Hirzel vom 11. Februar 2013 wurden die Angaben im Globalangebot der Beschwerdeführerin als "teilweise dürftig" erachtet, jedoch "noch knapp als gültig akzeptiert". Entsprechend wurde dieses Angebot bewertet und der von der Beschwerdeführerin offerierte Globalpreis zum Ausgangspunkt der Bewertung des Preiskriteriums genommen. Es ist mit dem Grundsatz von Treu und Glauben nicht vereinbar, wenn die Beschwerdegegnerin im Beschwerdeverfahren nun auf ihre eigene Beurteilung zurückkommen will, zumal sie nicht darlegt, inwiefern nähere Angaben für die Beurteilung des Globalangebots notwendig wären. Die Beschwerdegegnerin bleibt daher vorliegend, da die Mitbeteiligte keine eigenen Anträge gestellt hat, an ihre Angebotsbeurteilung gebunden (vgl. VGr, 21. September 2012, VB.2012.00243, E. 2.3; 27. Juni 2012, VB.2012.00001, E. 5). Das Globalangebot der Beschwerdeführerin ist zu berücksichtigen.

E. 4

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Bewertung des Kriteriums "Lehrlingsausbildung". Dieses wurde von der Beschwerdegegnerin mit 5 % gewichtet.

E. 4.1

Aus dem Umstand, dass die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien (Preis inkl. Nutzen und Risiken für den Bauherrn; Termine; Referenz/Qualifikation Schlüsselpersonen; Ökologie; Lehrlingsausbildung) aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich war, vermag die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren nichts zu ihren Gunsten abzuleiten. Zunächst erscheint fraglich, ob sie diesen Einwand nicht früher hätte vorbringen müssen (vgl. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00321, E. 4 mit Hinweisen). Zudem muss die Gewichtung der Zuschlagskriterien nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nicht zwingend im Voraus bekannt gegeben werden. Um die notwendige Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB) zu gewährleisten, genügt es, die Zuschlagskriterien mit deren Rangordnung bekanntzugeben (§ 13 Abs. 1 lit. m der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Dies ist der Fall, wenn die Gewichtung – wie im vorliegenden Fall – entsprechend der Reihenfolge der Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt (VGr, 17. Juni 2009, VB.2009.00123, E. 2 [nicht publiziert]; 18. Dezember 2002, VB.2001.00095, E. 3 = RB 2002 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13). Eine Nummerierung der Kriterien ist dazu – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin (Beschwerdeschrift, S. 6) – nicht notwendig. Diese ging denn auch selber davon aus, dem Lehrlingskriterium komme die geringste Bedeutung zu, da es als letztes Kriterium aufgeführt worden sei (Beschwerdeschrift, S. 6). Inwiefern die Gewichtung des Lehrlingskriteriums mit 5 % rechtsverletzend sein soll, wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen nicht substantiiert dargelegt und ist auch nicht ersichtlich (vgl. VGr, 27. Juni 2012, VB.2012.00001, E. 4.1 mit Hinweisen). Zu prüfen bleibt hingegen, ob die angewendete Skala der vorgegebenen Gewichtung hinreichend Rechnung trägt (VGr, 30. August 2006, VB.2006.00205, E. 5.2.2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Zürich etc. 2007, N. 578 ; dazu sogleich, E. 4.2).

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin stellte bei der Beurteilung des Kriteriums "Lehrlingsausbildung" auf den prozentualen Anteil von Lehrlingen im Betrieb der Anbietenden ab, was nicht zu beanstanden ist (vgl. VGr, 27. Juni 2012, VB.2012.00001, E. 4.2 mit Hinweisen). Für einen Lehrlingsanteil von mehr als 8 % vergab sie (ungewichtet) 10 Punkte, für einen solchen zwischen 5 % und 8 % 6 Punkte, zwischen 1 % und 5 % 4 Punkte und bei einem Lehrlingsanteil bis zu 1 % 0 Punkte. Mit dieser Gruppierung sollten – so die Beschwerdegegnerin – jene Betriebe bessergestellt werden, die über den Durchschnittsbetrieben lägen, die einen Lehrlingsanteil von 5,1 bis 7,9 % aufwiesen.

E. 4.2.1

Das Verwaltungsgericht hat gestufte Bewertungsskalen in Bezug auf Lehrlingsanteile bisher nicht als unzulässig qualifiziert (VGr, 20. Dezember 2006, VB.2006.00359, E. 7.2), jedoch verschiedentlich darauf hingewiesen, dass eine lineare Skala die tatsächlichen Unterschiede am genauesten darzustellen vermag (VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 10.2 mit Hinweisen).

E. 4.2.2

Auch die Festsetzung eines Lehrlingsanteils, bei dessen Erreichen bzw. Überschreiten die Maximalnote vergeben wird, ist grundsätzlich nicht zu beanstanden. Kritisch zu beurteilen wäre eine solche Plafonierung jedoch dann, wenn der für die Maximalpunktzahl notwendige Wert unrealistisch hoch oder tief angesetzt würde. Dies hätte zur Folge, dass die vorgegebene Gewichtung des Kriteriums nicht zum Tragen käme. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, es sei unzulässig, im vorliegenden Fall für einen Lehrlingsanteil von über 8 % die Maximalpunktzahl zu vergeben. Eine rechtsverletzende Überschreitung des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums (vgl. BGE 125 II 86 E. 6; BGr, 27. März 2012, 2C_549/2011, E. 2.4) ist denn auch nicht ersichtlich, obwohl der Lehrlingsanteil der Mitbeteiligten von 8,3 % von zwei Mitbeteiligten noch deutlich übertroffen wurde (10 % und 11,4 %).

E. 4.2.3

Die von der Beschwerdegegnerin verwendete Skala verfälscht die festgelegte Gewichtung von 5 % jedoch aus anderen Gründen, weshalb sie unzulässig ist. Zunächst reicht die Skala – anders als bei den Zuschlagskriterien 2 bis 4 – bei der Lehrlingsausbildung nicht von 1 bis 10 Punkten, sondern von 0 bis 10 Punkten. Damit sind bei diesem Kriterium grössere Bewertungsunterschiede möglich als bei den anderen Kriterien, was sich auf die vorgegebene Gewichtung auswirkt. Sodann sind sowohl die definierten Bewertungsstufen als auch die Punkteunterschiede zwischen denselben unterschiedlich gross (vgl. dazu VGr, 20. Dezember 2006, VB.2006.00359, E. 7.2). Damit wird zum einen die Möglichkeit nicht wahrgenommen, Unterschieden Rechnung zu tragen. Zum anderen führt dies dazu, dass sich kleine Unterschiede bei den Lehrlingsanteilen der Anbietenden zum Teil massiv auf deren Bewertung auswirken, wohingegen grössere Unterschiede in anderen Bereichen keinerlei Einfluss auf die Bewertung haben. So erreicht die Beschwerdeführerin mit einem Lehrlingsanteil von 7,5 % – also 0,8 % weniger als die mit der Maximalnote 10 bewertete Mitbeteiligte – nur 6 Punkte, was bei den Kriterien 2 bis 4 der Bewertung "Anforderungen zu ca. 50 % erfüllt" entspräche. Demgegenüber erhalte eine Anbieterin mit einem Lehrlingsanteil von nur 1,1 % (6,4 % weniger als die Beschwerdeführerin) immer noch 4 Punkte. Im hier fraglichen Bereich von 7,5 % bis 8,5 % erhält die Lehrlingsbetreuung somit durch die verwendete Skala erheblich mehr Gewicht, als dies die vorgesehene

Gewichtung zulässt. Der Unterschied zwischen dem Lehrlingsanteil bei der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten – 0,8 % – darf sich nicht in einem Punkteunterschied von 4 Punkten niederschlagen. Es ist nach dem Gesagten zwar nicht zu beanstanden, wenn die Beschwerdegegnerin Betriebe besser stellen will, die "über den Durchschnittsbetrieben liegen". Dieses Anliegen rechtfertigt es aber nicht, alle Betriebe in einem derart breiten "Durchschnittsbereich" – 5,1 % bis 8 % – gleich zu behandeln und Lehrlingsanteilen von 1 % bis 8 % mit höchstens 2 Punkten Unterschied Rechnung zu tragen, während beim Übertreffen der 8 %-Marke gleich 4 Punkte mehr erzielt werden. Eine derartige Zäsur – bei 8 % sowie bei 1 % – führt zu nicht zu rechtfertigenden Ungleichbehandlungen bzw. zu einer überhöhten Gewichtung des Zuschlagskriteriums. Wenn dem Lehrlingsanteil – wie vorliegend – zehn Mal weniger Gewicht beigemessen werden soll als dem Preis, darf sich der nicht sehr grosse Unterschied beim Lehrlingsanteil gewichtet sicher nicht stärker auswirken als der Preisunterschied von immerhin 3,7 %. Genau zu diesem Ergebnis führt jedoch die von der Beschwerdeführerin verwendete Bewertungsskala. Dieses rechtsverletzende Ergebnis wird im Übrigen dadurch zusätzlich begünstigt, dass die Beschwerdegegnerin ihrer Bewertung der Angebotspreise eine Preisspanne von über 100 % zugrunde legte (dazu sogleich, E. 5).

E. 4.3

Die Bewertung des Kriteriums "Lehrlingsausbildung" erweist sich nach dem Gesagten als rechtsverletzend. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist unter diesem Titel besser zu bewerten. Wird der Lehrlingsanteil der Beschwerdeführerin aber – ohne die Skala ansonsten zu korrigieren – schon nur mit 7 Punkten bewertet, was bei den Zuschlagskriterien 2 bis 4 dem Prädikat "Anforderungen mehrheitlich erfüllt" entspricht, kommt sie gewichtet auf 0,35 Punkte, womit sie die Beschwerdeführerin insgesamt um 0,02 Punkte überholt. Damit ist die Beschwerde gutzuheissen.

E. 5

Es bleibt anzumerken, dass auch die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Bewertung der Angebotspreise fehlerhaft ist.

E. 5.1

Der Vergabestelle steht bei der Bewertung der Angebotspreise – ebenso wie bei den andern Zuschlagskriterien – ein erheblicher Spielraum zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt. Das bedeutet insbesondere, dass auch beim Kriterium "Preis" nur die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.1 mit Hinweisen). 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, 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 7.2; 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2).

E. 5.2

Das vorliegend von der Beschwerdegegnerin gewählte Vorgehen wird dieser Rechtsprechung nicht gerecht. Selbst ein Angebot, das um 50 % teurer war als das

günstigste, erhält danach noch mehr als die Hälfte der möglichen Punkte. Die angewendete Preisspanne von über 100 % trägt der Gewichtung des Preiskriteriums daher für einen Auftrag der vorliegend zu beurteilenden Art zu wenig Rechnung. Eine derartige Bandbreite von Angebotspreisen war realistischerweise nicht zu erwarten. Realistisch erscheint eine Preisspanne von ungefähr 50 % (vgl. VGr, 26. Januar 2011, VB.2010.00351, E. 3), wobei auch eine solche von 60 % noch im Rahmen des der Behörde zustehenden Ermessens liegen kann (vgl. VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2). Dies wird denn auch durch die tatsächlich offerierten Preise bestätigt. Das höchste Angebot liegt um knapp 51 % über jenem der Beschwerdeführerin. Dies bedeutet, dass sich der Preisunterschied zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und jenem der Mitbeteiligten stärker zugunsten der Beschwerdeführerin auswirken muss. Die Mitbeteiligte käme – würde in der von der Beschwerdegegnerin verwendeten Formel der Faktor 9 durch den Faktor 18 ersetzt (Preis von 150 % erhält einen Punkt) – auf 9,34 Punkte. Damit fiel sie in der Gesamtbewertung deutlich hinter die Beschwerdeführerin zurück. Die Beschwerde wäre daher auch aus diesem Grund gutzuheissen.

E. 6

Die notwendigen Korrekturen bei der Bewertung des Preis- und des Lehrlingskriteriums führen dazu, dass die Beschwerdeführerin auf den ersten Rang vorrückt. Die Beschwerde erweist sich als begründet und ist gutzuheissen. Der Zuschlag ist aufzuheben. Da das Angebot der Beschwerdeführerin an die erste Stelle rückt 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 Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33). Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Diese ist zudem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 7

Der geschätzte Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (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 [AS 2011, S. 5581]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

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