

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00599 vom 5. Dezember 2013**

ZH Verwaltungsgericht, 2013-12-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2013.00599](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2013.00599)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00599 du 5 décembre 2013

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2013.00599 del 5 dicembre 2013

## **Regeste**

Submission | Vergabe einer Amok-Alarmierung: Preisbewertung. Die Vergabestelle verlangte die Angabe der einmaligen Kosten sowie der wiederkehrenden Kosten über fünf Jahre (E. 4.1), verzichtete jedoch bei der Bewertung der Angebote auf den Einbezug der wiederkehrenden Kosten, da die Angebote diesbezüglich nicht vergleichbar gewesen seien (E. 4.2). Zuschlagskriterien sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen. Für die Anbieter war nicht voraussehbar, dass nur die einmaligen Kosten relevant sein würden (E. 4.3). Die von der Vergabestelle vorgebrachte Begründung für den Verzicht auf den Einbezug der wiederkehrenden Kosten überzeugt nicht (E. 4.4). Die Beschwerdeführerin bliebe jedoch auch bei einem Einbezug der massgeblichen Kosten (nach erfolgter Bereinigung der Angebote) hinter der Mitbeteiligten zurück (E. 4.5). Grundsätzliche Überlegungen zur von der Vergabestelle angewandten Beurteilungsmodell, das zur Folge hat, dass der Preis immer ein Gewicht von 50 % erhält, ohne dass eine Preisspanne definiert ist (E. 5). 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 = 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 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]). Die Beschwerdeführerin belegt in der Gesamtbewertung mit ihrem Angebot nur den fünften Rang. Mit ihrer Beschwerde stellt sie indes vorab die Preis-Bewertung grundlegend infrage, wozu sie ohne Weiteres legitimiert ist (VGr, 19. Mai 2010, VB.2010.00004, E. 2).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe auch Angebote bewertet, die trotz der klaren Vorgabe, es sei SIP-Technologie anzubieten, andere Technologie offeriert hätten. Die Beschwerdegegnerin weist diesbezüglich zu Recht darauf hin, dass das Angebot der Mitbeteiligten wie verlangt auf SIP-Technologie basiert. Die Rüge der Beschwerdeführerin kann die Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten daher nicht beeinflussen und nicht zur Aufhebung des Zuschlags führen. Weitere Ausführungen erübrigen sich.

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe nicht allein auf die einmaligen Kosten abstellen dürfen. Die Ausschreibung sei klar in "einmalige Kosten", "wiederkehrende Kosten" und "Gesamtkosten über 5 Jahre" aufgeteilt gewesen. Zudem verlange die Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots den Einbezug der Gesamtkosten.

#### **E. 4.1**

Die Submissionsunterlagen zählten in Ziff. 2.3 die vom Anbieter zu erbringenden Leistungen auf. Diese waren aufgeteilt auf die Angebotsphase, die Projektphase inkl. Testbetrieb und die Betriebsphase. Gemäss Ziff. 5.4 hatten die Anbieter die Kosten für sämtliche Leistungspunkte gemäss Ziff. 2.3 "gemäss folgendem Raster" anzugeben. Dieses Raster listete zunächst die einmaligen Kosten auf. Danach waren die wiederkehrenden Kosten über fünf Jahre anzugeben, was zusammenfassend zu den Gesamtkosten über fünf Jahre führte.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdegegnerin begründet den Verzicht auf den Einbezug der wiederkehrenden Kosten damit, dass der Vergleich derselben nicht möglich gewesen sei, weil einige Firmen einen minimalen Support berechnet hätten, andere die umfassende technische und betriebliche Unterstützung offeriert und wieder andere zusätzlich zur umfassenden Unterstützung auch noch Optionen in die Gesamtkosten eingerechnet hätten. Mangels vorgegebener Kriterien sei eine Bereinigung der Offerten bezüglich der Gesamtkosten nicht möglich gewesen.

#### **E. 4.3**

Es trifft zwar zu, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht ausdrücklich festlegten, dass allein die Gesamtkosten über fünf Jahre massgebend sein würden. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Vergabebehörde völlig frei war, nur die einmaligen Kosten zu berücksichtigen. Zuschlagskriterien – und damit auch die Vorgaben betreffend den Offertpreis – sind nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (VGr, 21. September 2012, VB.2012.00243, E. 3.2 mit Hinweisen). Demnach mussten die Anbieter unter den vorliegenden Umständen davon ausgehen, dass letztlich die Gesamtkosten über fünf Jahre relevant sein würden, zumal die Beachtung auch längerfristiger wirtschaftlicher Auswirkungen den Zielsetzungen des Vergaberechts entspricht (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB; VGr, 25. Januar 2012, VB.2011.00329, E. 6 mit Hinweisen). Selbst die Vergabestelle ging ursprünglich unbestrittenermassen davon aus, dass auch die wiederkehrenden Kosten in die Beurteilung miteinbezogen würden. Erst nach der Offertöffnung entschied sie sich dafür, darauf zu verzichten. Bei dieser Ausgangslage war es für die Anbieter nicht voraussehbar,

dass lediglich die einmaligen Kosten von Bedeutung sein würden. Diesem Umstand kommt bei der Kalkulation der Angebotspreise jedoch eine wesentliche Rolle zu. Wenn die Vergabestelle darauf verzichtete, die Gesamtkosten über fünf Jahre zu berücksichtigen, bestand daher auch ein erhebliches Missbrauchspotenzial, dessen Eindämmung das Vergaberecht unter anderem bezweckt.

#### **E. 4.4**

Die von der Beschwerdegegnerin vorgebrachte Begründung für den Verzicht auf die Berücksichtigung der Gesamtkosten vermag nicht zu überzeugen. Zunächst ist die Behauptung, der Vergleich der Gesamtkosten sei nicht möglich gewesen, nicht hinreichend substantiiert. Die entsprechenden Ausführungen erlauben es der Beschwerdeführerin nicht, diese zu überprüfen und konkret zu beanstanden. So wird in der Offertauswertung etwa festgehalten, die wiederkehrenden Kosten könnten nicht berücksichtigt werden, weil in einigen Angeboten gewisse Kosten offensichtlich fehlen würden, weil in einigen Angeboten auch Optionen eingerechnet worden seien, und weil einige Angebote auch Leistungen enthielten, welche die Primarschule Uster kaum beziehen werde. Auch die erwähnten Ausführungen in der Beschwerdeantwort sind nicht konkreter. Warum eine Bereinigung nicht möglich gewesen sein soll, ist nach dem Gesagten nicht nachvollziehbar. Bei fehlenden Preisangaben hätte die Vergabestelle entweder den Ausschluss verfügen (§ 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) oder den Mangel – bei einer unwesentlichen Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen – selbständig (§ 29 Abs. 2 SubmV) oder nach dem Einholen einer Erläuterung (§ 30 SubmV) bereinigen können. Soweit optionale Zusatzleistungen angeboten wurden, konnten diese, gerade wenn sie Leistungen betrafen, an denen die Vergabestelle nicht interessiert war, zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit unberücksichtigt bleiben und die entsprechenden Kosten dementsprechend abgezogen werden. Davon scheint auch die Beschwerdeführerin auszugehen, wenn sie ausführt, Optionen würden nicht in die Preiszusammenstellung gehören.

#### **E. 4.5**

Nach dem Gesagten wäre es grundsätzlich an der Beschwerdegegnerin, eine Bereinigung der Gesamtpreise über fünf Jahre und darauf basierend eine Neubeurteilung vorzunehmen. Diese Bereinigung führt jedoch offensichtlich zu einer Reduktion der massgeblichen Gesamtkosten bei der Mitbeteiligten. Zumindest die Position "SLA Option Monitoring, 8 Systeme" und "SLA Option Softwareupgrade, 8 Systeme" unter W.12 (jährliche Wartungskosten) entfallen. Damit sinken die wiederkehrenden Kosten pro Jahr (W.10) um Fr. 14'880.- auf Fr. 24'274.- und die wiederkehrenden Kosten über fünf Jahre (W.50) von Fr. 195'770.- auf Fr. 121'370.-. Die massgeblichen Gesamtkosten (exkl. MwSt) belaufen sich bei der Mitbeteiligten demnach auf Fr. 292'549.- gegenüber Fr. 277'704.- bei der Beschwerdeführerin. Dies führt bei der angewendeten Methode (erreichte Punktezahl bei Zuschlagskriterien geteilt durch Kosten [mit Korrekturfaktor 10'000]) bei der Mitbeteiligten zu einem "Preis-Leistungs-Verhältnis" von 2,98. Die Beschwerdeführerin kommt auf 2,96, womit sie hinter der Mitbeteiligten zurückbleibt. Dass die Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten (Z2) wegen der erwähnten Optionen zu gut ausgefallen wäre, macht die Beschwerdeführerin nicht geltend und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen müsste die Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten (ungewichtet) um einen ganzen Punkt von 73,3 auf 72,3 reduziert werden, damit die Beschwerdeführerin die Mitbeteiligte überholen würde. Für die Notwendigkeit einer derartigen Korrektur bestehen keine Anhaltspunkte.

Die Beschwerdeführerin kann die Mitbeteiligte nach dem Gesagten nicht überholen. Damit erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

## **E. 5**

Die von der Beschwerdegegnerin angewendete Methode, wonach das Kriterium Preis nicht neben die übrigen Zuschlagskriterien tritt, sondern die bei den übrigen Zuschlagskriterien insgesamt erreichten Punkte durch die angebotenen Preise geteilt werden, wird von der Beschwerdeführerin nicht beanstandet. Es drängen sich dazu jedoch folgende Feststellungen auf:

### **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 diese 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). Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, werden die Angebotspreise in der Regel nach der folgenden Formel beurteilt (vgl. etwa VGr, 28. März 2012, VB.2012.00074, E. 5.5; 21. April 2004, VB.2003.00469, E. 2.5 = BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004 S. 382; Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.):  $\text{Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne (in Franken)} - \text{Beurteiltes Angebot} \times \text{Gewichtung Tiefstes Angebot} + \text{Preisspanne (in Franken)} - \text{Tiefstes Angebot}$

### **E. 5.2**

Das auf einer internen Richtlinie von 2011 ([http://www.uster.ch/dl.php/de/0dt2v-8a4bvi/110125\\_submissionrichtlinien\\_2010.pdf](http://www.uster.ch/dl.php/de/0dt2v-8a4bvi/110125_submissionrichtlinien_2010.pdf)) basierende Beurteilungsmodell, das die Beschwerdegegnerin vorliegend anwendete, um das beste Preis-Leistungsverhältnis zu ermitteln, führt demgegenüber dazu, dass dem Preis immer gleich viel Gewicht zugemessen wird wie den übrigen Zuschlagskriterien zusammen, also 50 %. Dies ist im vorliegenden Fall zwar nicht zu beanstanden. Je nach Komplexität der zu vergebenden Leistung muss jedoch eine andere Gewichtung des Preiskriteriums möglich sein. Neben der Fixierung der Gewichtung auf 50 % hat das gewählte Vorgehen zudem zur Folge, dass keine Preisspanne festgelegt wird. Dies führt dazu, dass der eigentlichen Gewichtung nicht Rechnung getragen wird, da die preislichen Unterschiede – jedenfalls bei einer Preisspanne unter 100 % – zu wenig ins Gewicht fallen. Wird etwa im Beispiel der Submissionsrichtlinien der Stadt Uster (S. 14) von einer Preisspanne von 20 % ausgegangen, was angesichts der zwischen Fr. 100'000.- und Fr. 115'000.- liegenden Offerten als realistisch erscheint, so ergeben sich bei einer Bewertung nach dem gängigen Vorgehen (vgl. vorstehend, E. 5.1) erhebliche Rangverschiebungen. Angebot 4 rückt mit 185 Punkten vom dritten in den ersten Rang vor. Angebot 2 kommt mit 153 Punkten statt auf den ersten nur auf den vierten Rang.

### **E. 5.3**

Im vorliegenden Fall liegen die von der Beschwerdegegnerin berücksichtigten Preise (einmalige Kosten) zwischen Fr. 149'300.- und Fr. 298'850.-. Die von den Anbietern angegebenen Gesamtkosten über fünf Jahre liegen zwischen knapp Fr. 180'000.- und rund Fr. 455'000.-. Eine Preisspanne von 100 % liegt damit im Bereich des Zulässigen. Bei der entsprechenden Berechnung nach der gängigen Methode bliebe die Mitbeteiligte mit

172,5 Punkten im ersten Rang. Die Beschwerdeführerin käme mit 149,2 Punkten gar nur noch auf den sechsten Rang. Die von der Beschwerdegegnerin angewendete Methode hat sich somit nicht zu Ungunsten der Beschwerdeführerin ausgewirkt.

#### **E. 6**

Die Beurteilung der Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten durch die Beschwerdegegnerin ist nach dem Gesagten im Ergebnis nicht zu beanstanden. Die Beschwerde ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) . Bei der Festsetzung der Gerichtsgebühr ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand des Gerichts infolge eines parallelen, die gleiche Vergabe betreffenden Verfahrens (VB.2013.00600) reduziert war.

#### **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.