

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00202 vom 22. Oktober 2014

ZH Verwaltungsgericht, 2014-10-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00202

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00202 du 22 octobre 2014

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00202 del 22 ottobre 2014

Regeste

Submission | Beschwerde gegen Vergabe von Tiefbau- und Belagsarbeiten. "Bereinigte" Offertsumme: Erhöhung einer Position im Leistungsverzeichnis durch die Vergabebehörde mit der Begründung, dass man sich aus qualitativen Gründen gegen die im Grundangebot aufgeführte Subunternehmerin und für die (teurere) Variante entschieden habe. Die Vergabestelle darf bei der Spezifikation ihrer Vorgaben grundsätzlich nicht nur ein einziges Produkt oder Fabrikat vorschreiben, sondern muss mit dem Hinweis "oder gleichwertig" zum Ausdruck bringen, dass auch andere Produkte zulässig sind (E. 3.2.1). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten kein alternatives Baumaterial oder Produkt offeriert, für welches eine entsprechende Deklaration verlangt gewesen wäre. Mangels einer Abweichung von den Ausschreibungsvorgaben erübrigte sich der ansonsten erforderliche Nachweis der Gleichwertigkeit (E. 3.2.2). Sodann lässt die Formulierung der Zuschlagskriterien keinen Raum für die Berücksichtigung der von der Vergabebehörde angeführten qualitativen Bedenken. Subunternehmer können grundsätzlich auch in die Eignungsprüfung einbezogen werden, sofern dies in den Ausschreibungsvorgaben entsprechend vorgesehen wurde. Vorliegend erfolgte indessen keine solche Unterstellung. Mangels einer entsprechenden Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen bestand demnach keine Handhabe, die Fachkenntnisse und Erfahrung der Subunternehmer überhaupt zu berücksichtigen. Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weiter gezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). 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

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 des

Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin hat das tiefste Grundangebot eingereicht, belegt in der Gesamtbewertung indes lediglich den zweiten Platz. Mit ihrer Beschwerde stellt sie diese Bewertung infrage, wozu sie ohne Weiteres legitimiert ist (VGr, 19. Mai 2010, VB.2010.00004, E. 2).

E. 3

Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 15. Januar 2014 hat die Beschwerdeführerin ein Angebot im Betrag von Fr. 2'083'683.60 (netto, inkl. MWSt) eingereicht. Die Vergabestelle hat bei ihrer Preisbewertung indes nicht auf diesen Betrag abgestellt, sondern eine "bereinigte" Offertsumme von Fr. 2'155'803.20 eingesetzt. Zur Begründung dieser vorliegend umstrittenen Erhöhung hat sie auf Position 01 des Leistungsverzeichnisses betreffend "Verankerungen und Nagelwände" (NPK 01) verwiesen. In ihrer Offerte hat die Beschwerdeführerin die in NPK 01 zusammengefassten Leistungen zu einem Gesamtbetrag von Fr. 457'090.20 (brutto) eingesetzt. Wie aus dem der Offerte beigelegten Technischen Bericht bzw. der dort in Ziffer 5 aufgeführten "Liste der vorgesehenen Subunternehmer" hervorgeht, wird die besagte Position des Leistungsverzeichnisses zu diesen Konditionen nicht von der Beschwerdeführerin selbst, sondern von der Subunternehmerin E AG erbracht. Ebenfalls in der Liste der Subunternehmer führt die Beschwerdeführerin sodann unter dem Vermerk "Variante" zu "NPK 01" die Subunternehmerin D AG an, wobei die Kosten dafür mit Fr. 528'130.- (brutto) beziffert werden.

E. 3.1

Wie der Beschwerdegegner nun ausführt, hat er sich aus qualitativen Gründen gegen die im Grundangebot geführte Subunternehmerin E AG und für die als Variante aufgeführte D AG entschieden, was unter Anpassung der Bruttokosten zu NPK 01 im Ergebnis die strittige Erhöhung des Grundangebots von Fr. 2'083'683.60 auf Fr. 2'155'803.20 nach sich zog. Die Beschwerdeführerin hält dieses Vorgehen für unzulässig, weil es faktisch den Ausschluss der Subunternehmerin E AG bedeute, wofür vorliegend weder die Ausschreibungsvorgaben noch die submissionsrechtlichen Bestimmungen eine Grundlage bieten würden.

E. 3.2

Der Beschwerdegegner vertritt den Standpunkt, ein solcher Ausschluss sei vorliegend zulässig gewesen, weil die Leistungen der umstrittenen Subunternehmerin nicht den Ausschreibungsvorgaben entsprechen würden. In NPK 01 02 und 01 03 ausgeschrieben gewesen seien "Böschungssicherung" bzw. "Elementmauer 'System D' oder gleichwertiges Produkt". Die Gleichwertigkeit des "Produkts E AG" mit dem ausgeschriebenen "System D" sei nicht dargetan und, wie die eigene Erfahrung zeige, auch nicht gegeben.

E. 3.2.1

Das vergebende Gemeinwesen ist bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung weitgehend frei (RB 2001 Nr. 47 E. 2c; RB 1999 Nr. 69 = BEZ 1999 Nr. 15 E. 4b). Die Vergabestelle darf aber bei der Spezifikation ihrer Vorgaben grundsätzlich nicht nur ein einziges Produkt oder Fabrikat vorschreiben, sondern muss mit dem Hinweis "oder gleichwertig" zum Ausdruck bringen, dass auch andere Produkte zulässig sind, wobei der Anbieter, der ein anderes Produkt offeriert, die Gleichwertigkeit der technischen Spezifikationen des von ihm offerierten Produkts nachzuweisen hat (§ 16 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]; RB 2001 Nr. 47 E. 2d). Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, ist der Ausschlussgrund der Unvollständigkeit des Angebots im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG erfüllt.

E. 3.2.2

Der Beschwerdegegner führt aus, in Zusammenhang mit einem Strassenbauprojekt in der Gemeinde F im Jahr 2008 habe er mit der E AG bzw. ihrem "Produkt" schlechte Erfahrungen gemacht und dadurch einen Mehraufwand und Bauverzögerungen hinnehmen müssen. Der Offerte der Beschwerdeführerin seien keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche darauf hätten schliessen lassen, dass das Produkt der E AG sich zwischenzeitlich qualitativ positiv entwickelt hätte; insbesondere seien keine aktuelleren Referenzobjekte der Unternehmung E AG betreffend Erstellen und Einbau von Elementmauern angegeben worden, welche die bisherigen Erfahrungen relativiert hätten. Ohne die Fachkompetenz des Unternehmens E AG grundsätzlich anzweifeln zu wollen, sei der Beschwerdegegner aufgrund der erwähnten Erfahrungen der Meinung, die E AG verfüge in Bezug auf die angefragte Technik für das Erstellen der Elementmauern über zu wenig Praxiserfahrung. Diese Meinung sei durch die Angaben in der Offerte zum Produkt der E AG nicht umgestossen worden. Im Gegenteil habe die Beschwerdeführerin entgegen der in Ziff. 4.3 der "Bestimmungen zum Vergabeverfahren" gemachten Vorgabe keine zugehörigen Produktbeschreibungen und Datenblätter zum Produkt der Unternehmung E AG eingereicht. Der Nachweis der Gleichwertigkeit mit dem Produkt der D AG sei denn auch klar nicht erbracht. Dem hält die Beschwerdeführerin replikando entgegen, ein Nachweis der Gleichwertigkeit sei überhaupt nicht notwendig gewesen, da die E AG gar kein anderes als das ausgeschriebene "System D" anwende. Diese Feststellung wird vom Beschwerdegegner in seiner Duplik nicht explizit bestritten. Belegt wird die beschwerdeführerische Aussage überdies durch die ihrer Unternehmerofferte beiliegende Prinzipskizze, wo der Einsatz der "System D-Elementmauer" unmissverständlich dokumentiert wird. Mithin hat die Beschwerdeführerin insofern entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten kein "alternatives Baumaterial oder Produkt" offeriert, für welches gemäss Ziff. 4.3 der Bestimmungen zum Vergabeverfahren eine entsprechende Deklaration verlangt gewesen wäre. Mangels einer Abweichung von den Ausschreibungsvorgaben erübrigte sich dementsprechend auch der ansonsten erforderliche Nachweis der Gleichwertigkeit.

E. 3.2.3

Der Beschwerdegegner wendet hierzu ein, das fachgerechte Erstellen und Einbauen der betreffenden Elementmauern habe durchaus mit der Technik des Produkts und somit mit dessen Qualität zu tun. Die insofern von ihm festgestellten qualitativen Unterschiede zwischen den zur Diskussion stehenden Subunternehmerinnen hätten denn auch einen entscheidenden Einfluss auf die Gleichwertigkeit des Endprodukts. Dem Beschwerdegegner ist zwar insofern zuzustimmen, dass die Gleichwertigkeit von Produkten sehr wohl mit deren Qualität zusammenhängt. In Anwendung von § 16 Abs. 3 SubmV erfolgt diese Qualitätsbeurteilung indes rein produktbezogen, d. h. unabhängig vom jeweiligen Leistungserbringer. Qualitative Unterschiede, welche nichts mit der technischen Spezifikation des Produkts zu tun haben, sondern ausschliesslich in der fachlichen Qualifikation des jeweiligen Anbieters gründen, fallen nicht unter diese Bestimmung; ihnen ist mit der Festsetzung und Auswertung der Zuschlagskriterien angemessene Rechnung zu tragen.

E. 3.3

Vorliegend lässt die Formulierung der Zuschlagskriterien indes keinen Raum für die Berücksichtigung der vom Beschwerdegegner angeführten qualitativen Bedenken. Konkret

handelt es sich um folgende Zuschlagskriterien samt Gewichtung: 1.

Angebotspreis (Qualität)	(70 %)	2. Fachkompetenz Schlüsselpersonal	(10 %)
Vorgehensvorschlag (Termine)	(10 %)	3. Bauverfahren, Anzahl Arbeitsgruppen	(10 %)
(Arbeitsausführung)	(5 %)	4. mit mind. zwei Gruppen	(5 %)
Lehrlinge	(5 %)	5. Abgesehen davon, dass	(5 %)

den bewertungsrelevanten qualitativen Aspekten demnach ohnehin nur ein deutlich untergeordnetes Gewicht beigemessen wird, beschränkt sich die Überprüfung fachlicher Qualifikationen von vornherein auf bestimmte Schlüsselpositionen. Nachdem die Beschwerdeführerin diese Positionen durchwegs mit eigenem Personal besetzt, fiel die Fachkompetenz ihrer Subunternehmerin folglich ganz aus dem Beurteilungsraster. Das mag im Ergebnis allenfalls bedauerlich erscheinen, zumal die untervergebenen Leistungen der Kategorie "Verankerungen und Nagelwände" sowohl in quantitativer als auch in qualitativer Hinsicht zweifellos einen wesentlichen Teil des ausgeschriebenen Auftrags bilden. Es handelt sich dabei jedoch um eine direkte Folge der getroffenen Kriterienauswahl und -gewichtung, welche die Vergabebehörde zu vertreten hat und an welche sie gebunden ist. Anzumerken bleibt, dass Subunternehmer grundsätzlich auch in die Eignungsprüfung einbezogen werden können, sofern dies in den Ausschreibungsvorgaben entsprechend vorgesehen wurde (vgl. hierzu VGr, 13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 4.2). Vorliegend erfolgte indes keine solche Unterstellung: der Eignungsprüfung unterliegen zwar sämtliche Arbeitsgemeinschaftspartner, nicht aber die Subunternehmer. Dementsprechend beruft sich der Beschwerdegegner auch nicht auf die Eignungskriterien, obwohl er den Erfahrungsnachweis der umstrittenen Subunternehmerin ansonsten stark in Zweifel zieht. Ob letztere den für die Eignungsprüfung verlangten Nachweis von zwei einschlägigen Referenzen aus den letzten fünf Jahren hätte erbringen können, erscheint in Anbetracht ihrer aktenkundigen Referenzobjekte tatsächlich fraglich, kann aber dahingestellt bleiben. Mangels einer entsprechenden Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen bestand vorliegend auch unter diesem Titel keine Handhabe, die Fachkenntnisse und Erfahrung der Subunternehmer überhaupt zu berücksichtigen.

E. 4

Zusammenfassend ist daher mit der Beschwerdeführerin festzustellen, dass die Nichtberücksichtigung ihres preislich günstigeren Grundangebots vorliegend weder in den Ausschreibungsvorgaben noch in den submissionsrechtlichen Bestimmungen eine Grundlage findet. Demzufolge ist bei der entsprechend zu korrigierenden Preisbewertung auf das um Fr. 72'119.40 tiefere Grundangebot der Beschwerdeführerin im Betrag von Fr. 2'083'683.60 abzustellen. Die vom Beschwerdegegner verwendete Berechnungsformel lautet: $(\text{Mittelwert} + \text{Bandbreite} - \text{Angebotssumme netto}) / \text{Bandbreite}$ Berechnungsformel für "normiert": $100 \times \text{Punkte} / \text{Punktemaximum}$ Berechnungsformel für "Wertung": $\text{normiert} \times \text{Gewichtung}$ Anzuwendende Bandbreite in %: 30 % Neu ergibt sich ein korrigierter Mittelwert von Fr. 2'481'720.15 bzw. eine massgebliche Bandbreite von Fr. 744'516.05. Mit ihrem nunmehr tiefsten Angebot im Vergleich erzielt die Beschwerdeführerin das Punktemaximum von: 1.5346 Punkten = $(\text{Fr. } 2'481'720.15 [\text{Mittelwert}] + \text{Fr. } 744'516.05 [\text{Bandbreite}] - \text{Fr. } 2'083'683.60 [\text{Angebotssumme netto}]) / \text{Fr. } 744'516.05 (\text{Bandbreite})$ Demgegenüber erreicht das Angebot der Mitbeteiligten neu lediglich noch: 1.4394 Punkte = $(\text{Fr. } 2'481'720.15 [\text{Mittelwert}] + \text{Fr. } 744'516.05 [\text{Bandbreite}] - \text{Fr. } 2'154'511.85 [\text{Angebotssumme netto}]) / \text{Fr. } 744'516.05 (\text{Bandbreite})$ Das ergibt für die Mitbeteiligte eine normierte Wertung von 93.796 ($100 \times 1.4394 / 1.5346$) und

eine gewichtete Wertung von 65.7 Punkten. Insgesamt erreicht sie neu ein Total von 95.7 Punkten (65.7 + 10 + 10 + 5 + 5) und kommt damit hinter die Beschwerdeführerin zu liegen, deren Gesamtpunktzahl 97.3 beträgt (70 + 9.3 + 8 + 5 + 5). Den von der Beschwerdeführerin mit Bezug auf die Bewertung ihres Angebots bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 erhobenen Rügen ist unter diesen Umständen nicht mehr weiter nachzugehen.

E. 5

Demgemäss ist die Beschwerde gutzuheissen und der angefochtene Vergabeentscheid der Baudirektion vom 12. März 2014 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 Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

E. 6

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Dieser ist zudem zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zuzüglich MWSt zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 7

Da der Wert des zu vergebenden Bauauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]), 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.