

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00757 vom 17. März 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-03-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00757

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00757 du 17 mars 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00757 del 17 marzo 2016

Regeste

Submission | Zuschlagskriterien. Preisspanne. Makler- und Brokerdienstleistungen für Versicherungen. Für Makler- bzw. Brokerdienstleistungen für Versicherungen stehen zwei verschiedene Entschädigungsmodelle zur Verfügung. Entweder können diese Dienstleistungen zu einem bestimmten Stundenansatz nach Aufwand entschädigt werden; oder es wird vorgesehen, dass der Makler bzw. Broker die Courtagen (teilweise) für sich behält. Eine separate Bewertung der Entschädigungsmodelle mit separater Punktvergabe pro Modell erweist sich nicht als sinnvoll. Die Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote ist nur durch eine gesamthafte Beurteilung der preisbezogenen Zuschlagskriterien möglich (E. 3.4.4). Die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Preisbewertung erweist sich als unzulässig. Das Submissionsverfahren ist abzubrechen und zur Neuausschreibung an die Vergabebehörde zurückzuweisen (E. 4.). Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren finden 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung.

E. 1.1

nur die Beschwerdeführerin Punkte erzielt. Auch eine andere Preisspanne hätte zu keinem besseren Ergebnis geführt.

E. 1.2

"50 %" einsetzen müssen. Ob die Beschwerdeführerin diesfalls den Zuschlag erhalten hätte, kann jedoch offenbleiben, da bei der in der Ausschreibung vorgesehenen Preisbewertung das vorgegebene Gewicht nicht tatsächlich zum Tragen kommt. Bei einer isolierten Bewertung der Zuschlagskriterien

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen 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 Beschwerde

führung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechts pflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, ihr sei beim Zuschlagskriterium

E. 2.3

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

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, mit der von der Beschwerdegegnerin verwendeten Preisbewertungsformel werde ein wirksamer Wettbewerb eingeschränkt. Zudem beanstandet die Beschwerdeführerin die konkrete Bewertung des Preiskriteriums. Sie habe beim Zuschlagskriterium 1.1 (Angebot inkl. Stundenansatz) den Preis von Fr. 0.- als Stundenansatz angeboten und dafür die Maximalpunktzahl von 4 Punkten erhalten. Aus denselben Überlegungen habe sie beim Zuschlagskriterium

E. 3.2

In Ziff. 19 der Ausschreibungsunterlagen ist Folgendes festgehalten: "1.1 Angebot inkl. Stundenansatz 1.2 Beteiligung am allfälligen Überschuss an Courtageeinnahmen
Summe

E. 3.3

Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin die Formulierung in Ziff. 19 bezüglich des Zuschlagskriteriums

E. 3.4

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (vgl. dazu § 33 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Der Vergabestelle steht bei der Preisbewertung ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das vorgegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (VGr, 17. April 2014, VB.2013.00824, E. 6.3; 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 5.4; 26. August 2009, VB.2009.00047, E. 4.1). Das bedeutet insbesondere, dass beim Preiskriterium nur die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (vgl. zum Ganzen auch Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20 ff.).

E. 3.4.1

Die Angebote sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nach folgender Formel zu bewerten, damit das vorgegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (vgl. VGr, 28. März 2012, VB.2012.00074, E. 5.5; 5. Mai 2006, VB.2005.00582, E. 5.2; 21. April 2004, VB.2003.00469, E. 2.5 = BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004 S. 382): Diese Formel wurde von der Beschwerdegegnerin zur Anwendung gebracht. Im Rahmen der Fragebeantwortung hat die Beschwerdegegnerin angegeben, sie werde die Preisspanne mit der Formel "teuerstes Angebot" abzüglich "günstiges Angebot" berechnen. In der Beschwerdeantwort führt die Beschwerdegegnerin dazu aus, dass sie dies zwar im Rahmen der Fragebeantwortung angegeben habe. Tatsächlich habe sie jedoch ein Preisspanne von

50 % zur Anwendung gebracht. Auch bei dieser Preisspanne habe beim Zuschlagskriterium

E. 3.4.2

Der einzusetzenden Preisspanne kommt eine erhebliche Bedeutung zu. Eine nachträgliche Festlegung der Preisspanne kann die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids beeinträchtigen und eine gewisse Manipulierbarkeit des Ergebnisses mit sich bringen. Bei einer nachträglichen Wahl der Preisspanne sind daher höhere Anforderungen an die Begründung zu stellen (VGr, 17. April 2014, VB.2013.00824, E. 6.4.1; 22. März 2006, VB.2005.00602, E. 4.3 = RB 2006 Nr. 47 = BEZ 2006 Nr. 36, auch zum Folgenden; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 890). Je ungewöhnlicher (besonders weit oder besonders eng) die gewählte Preisspanne ist, desto mehr ist eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich. Begründet die Vergabebehörde die Wahl einer ungewöhnlichen Preisspanne nicht plausibel, überschreitet sie ihr Ermessen. In diesem Fall wendet das Gericht eine Spanne an, wie sie üblicherweise im Rahmen des Ermessens gewählt werden könnte.

E. 3.4.3

Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Beschaffungen in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Produkten oder 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 mit Hinweisen). Dies bedeutet keineswegs, dass die Vergabebehörde gehalten wäre, bei der Bewertung des Preises stets dem preislich günstigsten Angebot die Bestnote und dem teuersten Angebot die schlechteste Note zu geben (VGr, 17. April 2014, VB.2013.00824, E. 6.4.2). Ein derartiger Schematismus würde namentlich dann, wenn sämtliche Offertpreise nahe beieinander liegen, zu Verzerrungen führen; ebenso könnten Verzerrungen entstehen, wenn ein Angebot preislich stark von den übrigen nach oben oder nach unten abweicht (vgl. dazu auch VGr, 28. März 2012, VB.2012.00074, E. 5.5). Massgebend ist, dass die Vergabebehörde eine realistische Preisspanne wählt.

E. 3.4.4

Werden vorliegend die tatsächlich offerierten Preise als Endpunkte der Preisskala zugrunde gelegt, so hat dies beim Zuschlagskriterium 1.1 aufgrund des Angebots von Fr. 0.- zur Folge, dass die Preisspanne nicht berechnet werden kann. Aufgrund dieses Ergebnisses ist davon auszugehen, dass die Vergabebehörde die bereits bekannt gegebene Berechnung der Preisspanne nachträglich angepasst hat. Zu dieser nicht berechenbaren Preisspanne ist es deshalb gekommen, weil die Vergabebehörde die unterschiedlichen Entschädigungsmodelle in die Zuschlagskriterien 1.1 und 1.2 aufgeteilt hat, obwohl diese letztlich in einem direkten Zusammenhang stehen. Grundsätzlich bestehen bei der von der Vergabebehörde ausgeschrieben Leistung zwei verschiedene Entschädigungsmodelle. Makler- bzw. Brokerdienstleistungen für Versicherungen können – wie z. B. auch im Auftragsrecht üblich – zu einem bestimmten Stundenansatz nach Aufwand entschädigt werden. Das andere Entschädigungsmodell sieht dagegen vor, dass der Makler bzw. Broker die Courtagen (teilweise) für sich behält. In der Literatur werden zur Zulässigkeit des letzteren Entschädigungsmodells verschiedene Ansichten vertreten (vgl. dazu Eugénie

Holliger-Hagmann, Staatsbegräbnis für Courtagen, in: Jusletter 13. April 2015; Diana Lafita, Versicherer bald Banken? Neueste Entwicklungen in der Versicherungsaufsicht, in: GesKR 2015, S. 407 f.; Moritz W. Kuhn, Die Versicherungsbroker im schweizerischen Versicherungsrecht de lege ferenda, in: Versicherung in Wissenschaft und Praxis, Versicherungen und Broker – ausgewählte Themen, Bd. 3, Zürich 2013, S. 7 ff.; Rolf Kuhn, "Retrozessionen" an Versicherungsmakler – eine Reise ins Ungewisse, in: TREX 2010, S. 160 ff.; Moritz W. Kuhn, Entwicklungen im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, in: SJZ 111/2015 S. 178; Markus Müller-Chen/Felix Uhlmann, Zusammenarbeitsverträge zwischen Versicherern und Brokern, in: HAVE 2005 S. 224). Vom Bundesgericht wurde diese Frage bisher noch nicht entschieden (vgl. dazu BGE 141 III 64, 139 III 49, 137 III 393, 132 III 460, 124 III 481). Jedenfalls erweist es sich als sinnvoll, eine konkrete Regelung zur geschuldeten Vergütung vorzusehen (auch unter Einbezug der Herausgabe allfälliger Courtagen; vgl. dazu BGr, 29. November 2011, 4A.427/2011, E. 5.3). Ob bzw. inwieweit das Entschädigungsmodell einzig über die Courtageeinnahmen aufgrund eines allfälligen damit einhergehenden Interessenkonflikts weiterhin zulässig ist, kann jedoch im vorliegenden Fall offenbleiben, da sich die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Preisbewertung ohnehin als unzulässig erweist. Aufgrund der Ausschreibung der Vergabebehörde konnte ein Anbieter sowohl das Entschädigungsmodell auf Stundenbasis nach Aufwand wählen als auch das Entschädigungsmodell über die Courtageeinnahmen. Zudem waren auch sämtliche Entschädigungsformen möglich, die beide Modelle kombinieren. Eine separate Bewertung der Entschädigungsmodelle mit separater Punktvergabe pro Modell erweist sich daher nicht als sinnvoll. Die Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote ist nur durch eine gesamthafte Beurteilung der Zuschlagskriterien 1.1 und 1.2 möglich. Ob die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist, wenn kein Mindestprozentsatz an der Beteiligung am Überschuss an den Courtageeinnahmen festgelegt wird, erscheint fraglich, kann im vorliegenden Verfahren jedoch ebenfalls offenbleiben.

E. 3.4.5

Der vorliegende Mangel in den Ausschreibungsunterlagen war für die Anbietenden nicht ohne Weiteres erkennbar und musste daher auch nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht nach Art. 15 Abs. 1bis lit. a IVöB selbständig angefochten werden (vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3; BGr, 28. September 2015, 2C_409/2015, E. 4.2; RB 1999 Nr. 24 E. 2 = BEZ 1999 Nr. 14 E. 3 = ZBl 101/2000 S. 455 E. 3; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 1 ff., 5 ff.). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts sind die Ausschreibungsunterlagen von einer gegen die Ausschreibung gerichteten Beschwerde grundsätzlich ohnehin nicht erfasst (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2; 10. Dezember 2008, VB.2008.00347, E. 2; 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4d; Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 1258 f.; Robert Wolf, Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Brennpunkte im Verwaltungsprozess, Zürich 2013, S. 162 f.).

E. 4

Zusammenfassend erweist sich die in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehene Preisbewertung als unzulässig. Dementsprechend ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen und der angefochtene Entscheid aufzuheben. Das Submissionsverfahren ist abzubrechen und die Sache ist in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 IVöB zur Neuausschreibung an die

Stadt Winterthur zurückzuweisen. Auf die Prüfung der weiteren Rügen kann bei diesem Ergebnis verzichtet werden.

E. 5

Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung der Sache gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend (BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2; VGr, 28. August 2014, VB.2014.00106, E. 2.3, je mit Hinweisen). Die Verfahrenskosten sind deshalb der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Zudem ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 6

und 201

E. 7

[SR 172.056.12]). Gegen diesen Entscheid ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG); 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.