

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00132 vom 20. April 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-04-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00132

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00132 du 20 avril 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00132 del 20 aprile 2017

Regeste

Submission | Bewertung von Referenzen im Submissionsverfahren Der Vergabebehörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (E. 3.4). Die Vergabebehörde hat bei der Bewertung der telefonischen Referenzauskünfte ihr Ermessen nicht überschritten; die von den Referenzpersonen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu den Akten gereichten Korrekturvorschläge vermögen daran nichts zu ändern (E. 3.5.1 ff.). Eine Anhebung der Bewertung der Beschwerdeführerin auf die Punktezahl der Mitbeteiligten würde ihr keinen Anspruch auf den Zuschlag verschaffen, da die Vergabebehörde bei Gleichwertigkeit zweier Angebote grundsätzlich nach ihrem Ermessen zwischen den beiden wählen darf (E. 3.5.4). Eine Einvernahme der Referenzpersonen als Zeugen vermöchte an dieser Beurteilung nichts zu ändern; der Vergabebehörde ist keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorzuwerfen (E. 3.7). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender 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 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

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

E. 2.2

Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde mit 84 und das Angebot der Beschwerdeführerin als zweitplatzierten Anbieterin mit 83 Punkten bewertet. Die Beschwerdeführerin rügt das Vorgehen der Vergabebehörde bezüglich der Ermittlung und

Bewertung der Referenzen. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen und diesbezüglich eine deutlich bessere Bewertung erreichen, würde sie den Zuschlag erhalten. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen erfolgte die Bewertung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien "Preis", "Qualität" und "Lernende/r".

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin beanstandet einzig die Punktevergabe im Zuschlagskriterium Qualität. Die Bewertung der Referenzen durch die Vergabebehörde stimme nicht überein mit den tatsächlichen Angaben der befragten Referenzpersonen.

E. 3.2

Unter dem Zuschlagskriterium Qualität hielten die Ausschreibungsunterlagen u. a. Folgendes fest: "Es sind je 2 Referenzen der 2 für das Bauprojekt vorgesehenen Schlüsselpersonen einzureichen ... Als Objekte sind realisierte Bauten anzugeben, welche eine Beurteilung des Zuschlagskriteriums fachliche Leistungsfähigkeit ermöglichen. Auf einem weiteren Beiblatt (...) können allgemeine Referenzen der Schlüsselperson dokumentiert werden." In der Auswertung wurden die Referenzen unter dem Unterkriterium "fachliche Leistungsfähigkeit" mit maximal 36 Punkten bewertet (maximal 9 Punkte pro Referenzobjekt/Schlüsselperson). Das Angebot der Mitbeteiligten erhielt 24 Punkte, dasjenige der Beschwerdeführerin 19 Punkte. Die Bewertung erfolgte durch die von der Beschwerdegegnerin beigezogene Firma G AG. Dazu holte diese bei zwei Personen Referenzauskünfte ein und bewertete die Leistung, nach sechs Fragen gegliedert, mit den Noten 0 (mangelhaft), 0.5 (gut) oder 1 (sehr gut). Für die Referenzen der Beschwerdeführerin erfolgten Anfragen bei den beiden Firmen H AG und I AG.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabebehörde habe bezüglich dieser Referenzen den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Sie reichte dazu zwei Schreiben der Firmen H und I ein, welche die Beschwerdeführerin bei diesen Firmen nach erfolgtem Zuschlag und unter Vorlage der Notenblätter der Vergabebehörde eingeholt hatte: Für die Firma H bestätigten J und K, dass der Letztere für Referenzen kontaktiert worden war. K hielt fest, dass die Fragen gemäss Frageblatt "so am Telefon nicht gestellt" worden seien. Die Benotung entspreche nicht seinen telefonischen Aussagen. Dem Schreiben wurde eine Notenkorrektur beigelegt. Für die Firma I bestätigte L die telefonische Anfrage. Indessen würden seine Auskünfte nicht mit dem übereinstimmen, was im Frageblatt wiedergegeben sei. Er habe vielmehr mündlich mitgeteilt, dass die Firma I die Unternehmung der Beschwerdeführerin als sehr gute Unternehmung schätzen gelernt hätte und sie jederzeit weiterempfehle. Vorbehalte betreffend Ordnung, Termineinhaltung, Abrechnung und Mängelfragen habe er keine angebracht; vielmehr stufe er die Beschwerdeführerin in allen Punkten als sehr gut ein. Auch aufgrund seiner damaligen Auskunft komme nur ein "sehr gut" infrage. Dem Schreiben legte er eine Notenkorrektur bei.

E. 3.4

Für die vorliegende Streitfrage ist einerseits zu beachten, dass der Vergabebehörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich

günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 3.5; 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 6.4). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 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 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Andererseits kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

E. 3.5

Die Beschwerdeführerin leitet aus den eingereichten Schreiben der Firmen H und I ab, dass die Mitarbeiter der G AG die von den beiden Firmen gemachten telefonischen Angaben nicht korrekt ins Frageblatt übertragen oder diese nachträglich geändert hätten. Solches lässt sich zwar nicht gänzlich ausschliessen. Indessen vermögen die Bestätigungen der Firmen H und I einen entsprechenden Nachweis nicht zu erbringen:

E. 3.5.1

Zum einen liegt es auf der Hand, dass im Rahmen telefonischer Auskünfte ein Gespräch stattfindet und die befragende Person die Aussagen der Auskunftsperson kritisch entgegennimmt bzw. mit Blick auf einen einheitlichen Bewertungsmassstab kritisch entgegennehmen muss. Für einen objektiven Massstab in der Beurteilung erscheint es denn auch grundsätzlich sinnvoller, ein Gespräch zu führen, anstatt bloss isoliert die Themenfragen zu stellen und eine der drei vorgesehenen Antworten (mangelhaft, gut oder sehr gut) zu erhalten. Tatsächlich hat denn auch K darauf hingewiesen, dass die Fragen nicht so gestellt worden seien. Auch wenn M von der G AG dies anders schildert, führt sie doch an, dass die telefonischen Referenzauskünfte teilweise begründet wurden; weiter bestätigt das Schreiben von K, dass ein Gespräch und nicht eine bloss Fragestellung und -beantwortung stattfand. Offensichtlich war dieses Gespräch Grundlage für die Bewertung durch die G AG. Weder K noch L führten aus, sie hätten die einzelnen Fragen am Telefon jeweils mit einem der drei Prädikaten beantwortet. Sie holten eine solche Bewertung vielmehr mit den Beilagen zu ihren Schreiben nach.

E. 3.5.2

Zum anderen entspricht es erfahrungsgemäss menschlichem Verhalten, eine gegenüber Dritten geäusserte Kritik auf Nachfrage der kritisierten Person zu relativieren. Abgesehen davon ist es deutlich leichter, in einem Telefongespräch Kritik zu äussern als beim überprüfbareren Ausfüllen eines schriftlichen Fragebogens. Vor diesem Hintergrund kommt den nachgereichten Noten gerade keine höhere Aussagekraft zu. Dies umso weniger als die Firma H durchs Band die Maximalnote 1 vergibt, was offensichtlich den Anschein eines Gefälligkeitsschreibens erweckt.

E. 3.5.3

Weiter ist zu beachten, dass der Vergabebehörde bei der Bewertung ein erhebliches Ermessen zukommt (vgl. oben E. 3.4). Dieses erscheint nicht als überschritten oder missbraucht. Dabei fällt auch ins Gewicht, dass die Abweichung zwischen den Noten der Vergabebehörde und den durch die Beschwerdeführerin neu eingereichten Noten – mit einer Ausnahme – jeweils höchstens einen halben Punkt beträgt. Also wurde – mit der erwähnten Ausnahme – nirgends eine vergebene Note 0 auf die Note 1 korrigiert. Dass ein vergebenes Prädikat "gut" (Note 0.5) zwingend durch ein Prädikat "sehr gut" (Note 1) zu

korrigieren wäre, ist nicht ersichtlich.

E. 3.5.4

Die soeben erwähnte Ausnahme betrifft die Benotung durch die H AG zu Frage 1 betreffend die Schlüsselperson 2. Würde diesbezüglich aufgrund der starken Abweichung die Note 0 als unhaltbar qualifiziert, so müsste hier die Referenznote der Beschwerdeführerin zur Wahrung einer noch vertretbaren Notenvergabe um einen halben Punkt angehoben werden. Damit würde das Angebot der Beschwerdeführerin insgesamt statt 83 Punkte deren 83.5 erhalten, womit es jedoch immer noch knapp hinter dem Angebot der Mitbeteiligten (84 Punkte) zurückliegen würde. Auch eine Aufrundung auf 84 Punkte würde der Beschwerdeführerin im Übrigen keinen Anspruch auf den Zuschlag verschaffen. Bei Gleichwertigkeit der Angebote darf die Vergabebehörde grundsätzlich nach ihrem Ermessen zwischen den beiden Angeboten wählen (RB 2003 Nr. 54; VGr, 10. September 2004, VB.2004.00112, E. 5.1; 5. Dezember 2007, E. 4.1).

E. 3.6

Zusammengefasst erweist sich die gerügte Bewertung der Referenzen zwar in einem Punkt als fragwürdig. Mit der deshalb allenfalls vorzunehmenden Korrektur um 0.5 Punkte (bzw. gerundet 1 Punkt) vermöchte die Beschwerdeführerin jedoch die Mitbeteiligte nicht zu überholen.

E. 3.7

Sodann lässt sich der Vergabebehörde keine unrichtige Sachverhaltsfeststellung vorwerfen. Auch eine Bestätigung der nachgereichten Beurteilungen durch die Referenzpersonen K und L als Zeugen würde an der Sachlage nichts Entscheidendes ändern. Es ist zwar durchaus davon auszugehen, dass diese ihre Angaben in den nachgereichten Schreiben bestätigen würden. Indes würde auch dies nicht rechtsgenügend aufzeigen, dass die Bewertung durch die Vergabebehörde qualifiziert unrichtig vorgenommen worden wäre. Auf die Einvernahme der als Zeugen offerierten Mitarbeiter der Firmen H AG und I AG ist deshalb zu verzichten; dasselbe gilt für M und weitere Mitarbeitende bei der G AG (vgl. dazu Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 7 N. 19). Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 4

Mit dem vorliegenden Urteil in der Sache wird das Gesuch der Beschwerdeführerin, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, gegenstandslos.

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdegegnerin ist ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen, da diese über die Begründung des Vergabeentscheids hinaus, zu welcher sie ohnehin verpflichtet war, keinen erheblichen Aufwand getätigt hat (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG und § 38 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]).

E. 6

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung

der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]). Es steht den Parteien deshalb 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.