

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00351 vom 18. August 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-08-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00351

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00351 du 18 août 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00351 del 18 agosto 2017

Regeste

Submission | Vergabe von Schreinerarbeiten: Gewichtung des Preiskriteriums; Zulässigkeit und Gewichtung des Ressourcenkriteriums; Bewertung der Zuschlagskriterien. Die alleinige Bekanntgabe der Reihenfolge der Zuschlagskriterien war nach der Rechtsprechung zulässig. Aus der Nennung des Preiskriteriums an zweiter Stelle war dessen Gewichtung mit weniger als 50% erkennbar. Die mit Replik vorgebrachte Rüge erweist sich daher als verspätet und ist im Übrigen unbegründet. Der Vergabebehörde steht zwar bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung ein weiter Ermessensspielraum zu, doch ist sie verpflichtet, dabei der Art der Beschaffung Rechnung zu tragen. Vorliegend handelt es sich nicht bloss um eine einfache Beschaffung. Dem Qualitätskriterium, welches auch den Projektlauf umfasste, kam eine erhöhte Bedeutung zu, um den Schulbetrieb nicht durch Terminverzögerungen zu gefährden. Mit der Festlegung der Gewichtung des Preises auf 45 % hat die Vergabebehörde ihr Ermessen nicht überschritten, auch wenn sich die Gewichtung an der unteren Grenze des Vertretbaren bewegt (E. 4.3). Im Kriterium "Ressourcen" wurde bewertet, welche Flexibilität die Anbietenden aufgrund ihrer Personalkapazität gewährleisten, namentlich beim Auftauchen unvorhergesehener Probleme. Es ist grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde dies anhand der Anzahl der Beschäftigten bewertet. Da vorliegend die Bereitstellung von Reservepersonal für die Einhaltung der Terminplanung ein grosses Interesse darstellt, erweist sich auch die hohe Gewichtung mit 10 % noch als zulässig (E. 4.4). 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 des Kantons Zürich 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin, welche das preisgünstigste Angebot eingereicht hatte, liegt mit einer Gesamtbewertung von 440 Punkten hinter der mitbeteiligten Zuschlagsempfängerin, welche 447 Punkte erreicht hat. In ihrer Beschwerde bzw. in ihrer Replik rügt sie die Bewertung in mehrfacher Hinsicht. Sie macht geltend, das Preiskriterium sei mit mindestens 55 % zu gewichten sowie die Unterkriterien Projektablauf (B3) und Ressourcen (B5) um jeweils eine Note besser zu bewerten. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, wäre der Zuschlag an sie zu erteilen. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3

Die Beschwerdeführerin bringt vorab vor, die Zuschlagsverfügung sei nicht genügend begründet worden und macht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend. Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Vergabeentscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Die Beschwerdegegnerin hat ihren Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerin hat mit der Replik Gelegenheit erhalten, umfassend zu diesen Gründen Stellung zu nehmen. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung allenfalls erwachsen konnte, gilt damit als geheilt (VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen). Wieweit die von ihr vorgebrachten Gründe stichhaltig sind, ist nachfolgend im Rahmen der materiellen Beurteilung zu prüfen.

E. 4.1

Für die vorliegend zu beurteilenden Streitfragen ist zu beachten, dass der Vergabebehörde nach ständiger Rechtsprechung bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). 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).

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin hat in den Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien und Subkriterien bekannt gegeben: 1. Kriterium B: Qualität B1: Referenzen Dritter B2: Schlüsselperson B3: Projektablauf B4: Montagequalität B5: Ressourcen 2. Kriterium A:

Preis 3. Kriterium D: Lernende Aus der Auswertungsauswertung ergibt sich, dass die (Haupt-)Kriterien Preis mit 45 %, Qualität mit 50 % und Lernende mit 5 % gewichtet wurden. Bewertet wurden die Zuschlagskriterien mit Noten von 0 (nicht beurteilbar) bis 5 (sehr gute Erfüllung).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Replik geltend, das Preiskriterium sei mit 45 % zu tief gewichtet worden. Die Gewichtung dürfte ihrer Ansicht nach nicht unter 55 % liegen; sie postuliert eine solche von 60 %.

E. 4.3.1

Zwar weist die Beschwerdeführerin zutreffend auf die Praxis des Verwaltungsgerichts hin, wonach Inhalte der Ausschreibung in der Regel auch noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag gerügt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1259, S. 618). Doch darf die Beschwerde nach der Rechtsprechung mit der Replik nur noch insoweit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort oder deren Beilagen dazu Anlass geben (Galli et al., Rz. 1287, S. 636; Marco Donatsch, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 52 N. 34). Die Gewichtung der Zuschlagskriterien wurde zwar vorliegend in den Ausschreibungsunterlagen nicht genannt. Doch war die alleinige Bekanntgabe deren Reihenfolge nach der Rechtsprechung zulässig (vgl. VGr, 10. April 2013, VB.2013.00132, E. 4.1, 10. Dezember 2002, VB.2001.00095, E. 3 = RB 20023 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13) und aus der Nennung des Preiskriteriums an zweiter Stelle dessen Gewichtung mit weniger als 50 % erkennbar. Dass die Kriterien A und D nach Kriterium B genannt werden, steht dem nicht entgegen, da deren Reihenfolge durch Auflistung und Nummerierung klar ersichtlich ist. Die mit Replik vorgebrachte Rüge erweist sich daher als verspätet. Im Übrigen ist die Gewichtung – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen – nicht zu beanstanden und die Rüge, wenn sie zugelassen würde, damit auch materiell unbegründet.

E. 4.3.2

Der Vergabebehörde steht nach dem Gesagten bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung ein weiter Ermessensspielraum zu, sie ist jedoch verpflichtet, dabei der Art der Beschaffung Rechnung zu tragen. Je einfacher und standardisierter eine Leistung ist, desto höher fällt in der Regel die Gewichtung des Preiskriteriums aus (vgl. Daniela Lutz, Preisbewertung – Regeln und Praxis, Kriterium Nr. 28/August 2010, S. 2). Für weitgehend standardisierte Güter kann sogar ausschliesslich auf den Preis abgestellt werden (§ 33 Abs. 2 SubmV). Am anderen Ende der Skala legte das Bundesgericht eine Gewichtung des Preiskriteriums von 20 % für einen komplexen Auftrag als untere Grenze des Zulässigen fest (BGE 129 I 313 E. 9 = Praxis 2004 Nr. 64). Bei den ausgeschriebenen Schreinerarbeiten, der Lieferung von Innentüren aus Holz, handelt es sich nicht bloss um eine einfache Beschaffung, auch wenn die Angebote preislich relativ nahe beieinanderliegen. So führte die Beschwerdeführerin an, dass vorliegend denkmalpflegerische Aspekte die Arbeiten anspruchsvoller werden lassen. Da jedoch kein komplexer Auftrag vorliegt, musste die Gewichtung des Preiskriteriums 20 % deutlich übersteigen. Mit der Festlegung der Gewichtung auf 45 % hat die Vergabebehörde ihr Ermessen nicht überschritten, auch wenn sich diese Gewichtung an der unteren Grenze des

Vertretbaren bewegt. Dabei ist zugunsten der Vergabebehörde zu berücksichtigen, dass das hoch gewichtete Kriterium Qualität nicht nur die Türen an sich, sondern auch den Projektablauf und die Ressourcen umfassten. Diese sind für die vorliegend zentrale Terminplanung relevant, um mit der Instandstellung der Schulanlage den Schulbetrieb nicht durch Terminverzögerungen zu gefährden. Damit erweist sich die Rüge betreffend die Gewichtung des Preiskriteriums als unbegründet.

E. 4.4

Weiter rügt die Beschwerdeführerin die Bewertung ihrer Offerte bezüglich des mit 10 % gewichteten Unterkriteriums B3 "Projektablauf". Die erteilte Note 4 sei um eine Note zu tief ausgefallen; ihr Angebot sei – gleich wie dasjenige der Mitbeteiligten – mit der Höchstnote 5 zu bewerten.

E. 4.4.1

Als Nachweis war in diesem Unterkriterium gemäss Ausschreibungsunterlagen der Projektablauf auf ein bis zwei A4-Seiten darzustellen. Für die Bewertung massgeblich wurde dessen Plausibilität und Tiefe bezeichnet. Im Formular F2 wurde sodann verlangt, dass es sich dabei um einen eigenen (nicht den abgegebenen) Terminplan handeln müsse, worin die Planung, Arbeitsvorbereitung, Bestellung und Produktion von der Montage bis zur Abnahme in Wochen aufgezeigt werde. Damit solle sichergestellt werden, dass sich die Anbieterin Gedanken über den Bauablauf, die Logistik, Termine und Qualität gemacht habe. Zudem wurden auf ein bis zwei Seiten Antworten bezüglich Leistungsfähigkeit und Bestand der Montageequipe, der benötigten Installationsfläche, zum Transport der Bauteile sowie allfällige weitere Gedanken verlangt.

E. 4.4.2

Das Angebot der Beschwerdeführerin, wie es bei den Akten liegt, enthält einen annähernd unlesbaren Terminplan auf einer A4-Seite sowie vorgängig auf einem Drittel der A4-Seite einige Sätze zur Beantwortung der Fragen gemäss Formular F2. Es ist der Vergabebehörde zuzustimmen, wenn diese zur Begründung ausführt, die im Formular F2 genannten Punkte würden zwar aufgenommen, es liessen sich darin jedoch keine eigenen Gedanken der Beschwerdeführerin erkennen. Dass die Beschwerdeführerin mit diesen Angaben und Unterlagen nicht mit der Höchstnote erzielte, ist daher nachvollziehbar und lag im Ermessen der Vergabebehörde.

E. 4.4.3

Demgegenüber hatte die Mitbeteiligte ihrer Offerte auf einem grossen Faltblatt eine ausführliche Terminplanung beigelegt. Die Vergabebehörde weist zutreffend darauf hin, dass darin etwa die Abnahme des Vorgewerks gemäss Leistungsverzeichnis berücksichtigt wurde. In ihrem Begleitschreiben erklärt die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin zudem, der Terminplan enthalte die Produktions- und Lieferzeiten des Herstellers sowie Puffer für Unvorhergesehenes. Eine Beantwortung der Fragen gemäss Formular F2 auf ein bis zwei A4-Seiten hat indessen auch die Mitbeteiligte nicht vorgenommen. Es ist daher fraglich, ob bei der Bewertung nicht auch beim Angebot der Mitbeteiligten ein Abzug hätte erfolgen müssen. Ein Unterschied in der Bewertung zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten von einer Note erweist sich mit Blick auf die eingereichten Terminpläne jedoch als nachvollziehbar und im Ermessen der Vergabebehörde liegend; die Mitbeteiligte hat einen ausführlicheren Plan eingereicht, woraus – anders als bei demjenigen der Beschwerdeführerin – eigene Überlegungen ersichtlich sind.

E. 4.5

Zuletzt wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Erteilung der Note 3 im ebenfalls mit 10 % gewichteten Unterkriterium B5 "Ressourcen " und verlangt dessen Bewertung mit Note 4. Vorab stellt sie zudem die Zulässigkeit der Anzahl Beschäftigten als Kriterium an sich infrage.

E. 4.5.1

Unter dem Titel "B5: Ressourcen" wurden in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten, dass die vorgesehene und zu erwartende Stärke der Montagetruppe nicht mehr als 60 % der ganzen Montagefirmenkapazität ausmachen dürfe, unabhängig, ob firmenintern oder in einer Subunternehmung. Als entsprechender Nachweis wurde das ausgefüllte Formular F2 verlangt. Sodann wurde in der Ausschreibung darauf hingewiesen, dass die Beurteilung mittels Verhältnis der Mitarbeitenden Montage und dem einzusetzenden Personal erfolge. Gemäss Formular F2 waren diejenigen Mitarbeitenden anzugeben, welche im Bereich, welcher für die Bearbeitung des ausgeschriebenen Auftrags wesentlich ist, tätig sind. Dabei hatten die angegebenen Mitarbeitenden der Referenzmontagegruppe aus dem Formular F3 zu entsprechen.

E. 4.5.2

Soweit die Beschwerdeführerin die Zulässigkeit des Kriteriums Kapazität aufgrund der Bevorzugung grösserer Unternehmen grundsätzlich bestreitet, erscheint es als fraglich, ob sie damit im Beschwerdeverfahren überhaupt noch zuzulassen ist, da der Bewertungsmodus bereits mit der Ausschreibung bekanntgegeben worden war. Nach Treu und Glauben kann eine Anbieterin verpflichtet sein, Einwände gegen die Ausschreibungsunterlagen, aus denen von vornherein auf ein nicht regelkonformes Vergabeverfahren geschlossen wird, frühzeitig zu erheben (BGE 130 I 241 E. 4.3; Galli et. al., N. 667 f.; VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Die Frage kann vorliegend allerdings offengelassen werden, da sich die Rüge materiell als unbegründet erweist: Beim Kriterium "Ressourcen" geht es um die Beurteilung der Kapazität, das heisst darum, welche Anbieterin grössere Flexibilität gewährleistet, namentlich beim Auftauchen unvorhergesehener Probleme. Dies wird von der Beschwerdegegnerin vorliegend nachvollziehbar veranschaulicht. Das Verwaltungsgericht hat bereits in früheren Fällen festgehalten, dass eine grössere Unternehmung mit Bezug auf den Einsatz des Personals naturgemäss eine grössere Flexibilität besitzt. Es ist demnach grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde dies anhand der Anzahl der Beschäftigten bewertet (VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00355, E. 2.7; 17. Juni 2009, VB.2009.00123, E. 4.4, 9. April 2008, VB.2007.00449, E. 6.2). Die hier vorgenommene Gewichtung des Kriteriums mit 10 % erscheint zwar als vergleichsweise hoch. Mit Blick auf die Bereitstellung von Reservepersonal für die Einhaltung der hier zentralen Terminplanung liegt die Gewichtung jedoch noch innerhalb des der Vergabebehörde zustehenden Ermessens. Eine noch höhere Gewichtung wäre hingegen wohl als unzulässige Benachteiligung kleinerer Unternehmen zu werten gewesen.

E. 4.5.3

Die Beschwerdeführerin und die Mitbeteiligte machten im jeweiligen Formular F2 in ihrer Offerte folgende Angaben: Beschwerdeführerin Mitbeteiligte Gesamtanzahl Monteure in der Firma

E. 4.5.4

Zwar trifft es zu, dass die Vergabebehörde im Protokoll des Technischen Bereinigungsgesprächs festgehalten hat, dass das Unternehmen der Beschwerdeführerin das Kriterium erfüllt, die Termine prinzipiell einhalten bzw. bei Engpässen das Personal und die Geräte ausreichend aufstocken kann. Doch ist weder an der Bewertungsweise mittels Verhältniszahl noch an der Benotung etwas auszusetzen. Die Berechnung des Verhältnisses ergibt konkrete Vergleichswerte und ermöglicht damit eine exakte Bewertung. Inwiefern diese Methode zu einer Verzerrung der Gewichtung des Kriteriums führen würde, ist nicht ersichtlich. Angesichts der doch erheblichen Differenz der so berechneten Kapazität der beiden Anbieterinnen erscheint ein Unterschied von zwei Noten bei der Bewertung gerechtfertigt und im Ermessen der Vergabebehörde liegend. So liegt die Verhältniszahl bei der Mitbeteiligten, welche die Höchstnote erzielte, nahe bei null, während derjenige der Beschwerdeführerin über der Hälfte des festgelegten Maximalverhältnisses von 0,6 liegt. Die Vergabebehörde wies im Übrigen zutreffend darauf hin, dass – würde die Beschwerdeführerin, wie vorgebracht, für die Montage bis zu 20 Personen einsetzen – die Verhältniszahl der Gesamtkapazität zur eingesetzten Montagetruppe steigen und das Ergebnis folglich verschlechtert würde.

E. 4.6

Insgesamt erweisen sich damit die Rügen der Beschwerdeführerin hinsichtlich Wahl, Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien als unbegründet. Daraus ergibt sich, dass das Angebot der Mitbeteiligten zu Recht den Zuschlag erhalten hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. 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). Auch die Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung: Mit der Erstattung der Beschwerdeantwort ist sie im Wesentlichen ihrer Begründungspflicht nachgekommen (vgl. § 38 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]).

E. 6

Der Auftragswert des zu vergebenden Auftrags aus dem Bereich Baunebengewerbe (vgl. § 3 Abs. 1 SubmV) erreicht 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]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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