

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00559 vom 30. November 2017**

ZH Verwaltungsgericht, 2017-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00559](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00559)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00559 du 30 novembre 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00559 del 30 novembre 2017

## **Regeste**

Submission | Submissionsverfahren. Offertbereinigung. Aufrechnung von im Angebot fälschlicherweise nicht aufgeführten Wartungskosten. Referenzen. Die Vergabebehörde durfte und musste die gemäss den eingereichten Beilagen anfallenden Wartungskosten zwecks Vergleichbarkeit der Angebote in die Offertsumme einrechnen; die Durchführung einer Offertbereinigung stellt eine Rechtspflicht der Vergabebehörde dar (E. 4.2.1). Sie durfte nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die von der Beschwerdeführerin in ihren Beilagen genannten Beträge tatsächlich deren Angebot entsprechen (E. 4.2.2). Es ist nicht ersichtlich, dass die Vergabebehörde an der Richtigkeit der Angaben der Mitbeteiligten hätte zweifeln müssen; eine Ungleichbehandlung gegenüber der Beschwerdeführerin ist nicht festzustellen (E. 4.2.3). Als unzulässig erweist sich jedoch die Aufrechnung von Kosten für Positionen, die gemäss Ausschreibung nicht erforderlich gewesen wären. Die Qualität eines Produkts kann durch eine entsprechende Gestaltung der Zuschlagskriterien erreicht werden; in der nachträglichen indirekten Bewertung der Qualität des Produkts über den Preis liegt eine unzulässige Abänderung der Zuschlagskriterien. Die diesbezüglichen Aufrechnungen sind zu streichen, das Angebot der Beschwerdeführerin bleibt allerdings nach wie vor preislich über demjenigen der Mitbeteiligten (E. 4.3). Entgegen den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabebehörde davon abgesehen, für die Offertstellenden je drei Referenzauskünfte einzuholen (E. 5.2). Die Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die Bewertung der Referenzen würde nichts an der höheren Punktezahl der Mitbeteiligten in diesem Kriterium ändern (E. 5.3). Gegen die zu geringe Anzahl Referenzauskünfte hätte die Beschwerdeführerin sich bereits mit der Replik wenden müssen; sie strebt indes ohnehin keine Wiederholung des Vergabeverfahrens an (E. 5.4). 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**

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). Würde die zweitplatzierte Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend die Bewertung der Angebote durchdringen, so würde sie die höchste Punktzahl erreichen. Ihre Legitimation ist demnach gegeben.

### **E. 3.1**

Prozessgegenstand ist das von der Beschwerdegegnerin geführte Submissionsverfahren betreffend die Beschaffung eines Rettungstransportwagens mit Koffersystem. In der Ausschreibung hat die Beschwerdegegnerin folgende Zuschlagskriterien (unter prozentualer Angabe der Gewichtung) festgelegt und den Interessenten bekanntgegeben: Zuschlagskriterien Gewichtung Kosten 80 % Referenzauskünfte 20 % Das Ergebnis der Auswertung präsentierte sich bezogen auf die Beschwerdeführerin und die Mitbeteiligte gemäss dem eingereichten Angebotsvergleich wie folgt: Zuschlagskriterien Punkte Beschwerdeführerin Punkte Mitbeteiligte Kosten 5.97 6.40 Referenzauskünfte 1.65 1.90 Total 7.62 8.30 Mit der Beschwerdeantwort korrigierte die Beschwerdegegnerin das Ergebnis unter Hinweis auf Rechnungsfehler wie folgt: Zuschlagskriterien Punkte Beschwerdeführerin Punkte Mitbeteiligte Kosten 7.57 8.00 Referenzauskünfte 1.45 1.94 Total 9.02 9.94

### **E. 4**

Die gemäss Auswertung zweitplatzierte Beschwerdeführerin rügt zunächst verschiedene Unregelmässigkeiten bezüglich des Zuschlagskriteriums "Kosten".

#### **E. 4.1**

Laut den Ausschreibungsbedingungen (Ziffer 4) umfasste die Eingabesumme neben dem Kaufpreis die Position "Wartungskosten (über 5 Jahre / in CHF)". Als Eingabesumme war deshalb das "Total Kosten über 5 Jahre" anzugeben. Gemäss Leistungsverzeichnis (Ziffer 12.1) waren die Garantien und Serviceleistungen für das Grundfahrzeug und den Aufbau für fünf Jahre zu offerieren. Die Beschwerdeführerin offerierte ihre Leistung zum Gesamtpreis von Fr. 185'285.- Die darin inbegriffenen Wartungskosten bezifferte sie auf Fr. 250.-. Weitere Angaben zu den Wartungskosten machte die Beschwerdeführerin mit der Einreichung von Beilagen: Sie reichte eine Offerte vom Autohersteller H ein, wonach sich die Kosten für das Produkt "ServiceCare Complete" für das angebotene Fahrzeug Typ I auf monatlich Fr. 297.- belaufen; die monatlichen Reifenkosten wurden mit Fr. 133.50 veranschlagt. Weiter reichte die Beschwerdeführerin einen "Wartungsvertrag M" ein für das Fahrzeug Marke System F, der einen Pauschalbetrag von monatlich Fr. 250.- vorsieht. Die Beschwerdegegnerin rechnete die monatlichen Kosten gemäss den erwähnten Beilagen zur Offerte für die Dauer von fünf Jahre auf, woraus die im Angebotsvergleich verzeichneten Beträge resultieren, nämlich: - Wartung 5 Jahre Fahrzeug: Fr. 17'820.- - Reifen 5 Jahr(e): Fr. 8'010.- - Wartung 5 Jahre Aufbau: Fr. 15'000.-

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin anerkennt die Aufrechnung der Beträge für fünf Jahre betreffend die Wartung des Fahrzeugs sowie betreffend Reifen. Hingegen hält sie die Aufrechnung eines Betrages von Fr. 15'000.- für die Wartung des Aufbaus als ungerechtfertigt.

#### **E. 4.2.1**

Es ist offensichtlich, dass der von der Beschwerdeführerin in der Eingabesumme genannte Totalbetrag für Wartungskosten über fünf Jahre von total Fr. 250.- unzutreffend war. Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin mit den erwähnten Beilagen zur Offerte zum Ausdruck gebracht, dass zusätzliche Wartungskosten anfallen werden. Es ist daher davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin die – gemäss den eingereichten Beilagen – anfallenden Kosten zwecks Vergleichbarkeit der Angebote grundsätzlich mit in die Beschaffungssumme einrechnen durfte, soweit sie das Angebot nicht infolge Unvollständigkeit ausschloss. Die Durchführung einer Offertbereinigung stellt eine Rechtspflicht der Vergabebehörde dar ( Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 289, Rz. 664 f.). Andernfalls wäre das Angebot der Beschwerdeführerin nicht entsprechend dem in den Ausschreibungsbedingungen vorgegebenen Zuschlagskriterium "Kosten über 5 Jahre" bewertet worden.

#### **E. 4.2.2**

Gegen die Einrechnung des (vollen) Betrags von Fr. 15'000.- für den Aufbau bringt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen vor, ohne Fremdeinwirkung würden für den Aufbau keine Reparaturen anfallen. Der offerierte Aufbau sei grundsätzlich wartungsfrei. Der eingereichte Wartungsvertrag würde aber solche Kosten umfassen (mutwillige Beschädigungen, Unfallschäden etc.), weshalb diese Kosten nicht aufzurechnen seien. Solche Kosten würden von der Mitbeteiligten nicht offeriert. Wie gesehen, hat die Beschwerdeführerin bei der Berechnung der Eingabesumme bloss den unzutreffenden Betrag von Fr. 250.- an Wartungskosten für die Dauer von fünf Jahren angegeben. Im Rahmen der Bereinigung durfte die Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die von der Beschwerdeführerin in den Beilagen genannten Beträge tatsächlich deren Angebot entsprechen würden. Die Aufrechnung dieser Kosten ist nicht zu beanstanden. Weil das Angebot der Beschwerdeführerin in diesem Punkt offensichtlich unzutreffende Angaben enthält und damit materiell unvollständig ist, hätte es sogar vom Verfahren ausgeschlossen werden können (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG), wie dies die Mitbeteiligte in der Duplik beantragt hat.

#### **E. 4.2.3**

Auch ist keine Ungleichbehandlung gegenüber der Mitbeteiligten ersichtlich. Die Mitbeteiligte erstattete ihr Angebot unter Angabe der Wartungskosten zu Ziffer 12.1 des Leistungsverzeichnisses. Die Wartungskosten für das Grundfahrzeug inklusive Reifen offerierte sie für die Dauer von fünf Jahren mit dem Betrag von Fr. 26'430.-; die Wartungskosten für den Kofferaufbau offerierte sie für fünf Jahre zu Fr. 3'500.-. Es ist nicht ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin an der Richtigkeit dieser Angaben hätte zweifeln müssen. Folglich ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin diese Angaben zu Ziffer 12.1 des Leistungsverzeichnisses als Grundlage für die Bewertung genommen hat.

#### **E. 4.2.4**

Irrelevant ist schliesslich, in welcher Form die Vergabebehörde die Angebotssumme für die hinter der Beschwerdeführerin platzierte Firma G AG ermittelt hat. Es ist darauf nicht näher

einzugehen.

#### **E. 4.2.5**

Zusammenfassend ist es als zulässig zu qualifizieren, dass die Beschwerdegegnerin die Beträge gemäss den von der Beschwerdeführerin eingereichten Offertbeilagen in die Angebotssumme eingerechnet hat. Eine Ungleichbehandlung oder eine Verletzung des Transparenzgebots liegt nicht vor.

#### **E. 4.3**

Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin demgegenüber die Kostenaufrechnung betreffend "Bi-Xenon mit Abbieglicht" (Fr. 1'085.-) und Zusatzstromquelle (Fr. 3'150). Die Beschwerdegegnerin hat nicht aufgezeigt, dass diese Positionen gemäss Ausschreibung erforderlich gewesen wären. Für die Berücksichtigung von Mehrleistungen durch die Konkurrenz bildet sodann weder die vorliegende Ausschreibung noch das Submissionsrecht an sich eine Grundlage. Die Qualität eines Produkts kann durch eine entsprechende Gestaltung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung ohne Weiteres erreicht werden. Eine nachträgliche indirekte Bewertung der Qualität des Produkts über den Preis ist dagegen nicht zulässig. Darin liegt eine unzulässige Abänderung der Zuschlagskriterien. Nicht zu beurteilen ist vorliegend die Sachlage, wo ein Angebot gewisse qualitative Musskriterien nicht erfüllt; einen dahingehenden nachvollziehbaren Vorwurf erhebt die Beschwerdegegnerin gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin nicht. Die unter der Eingabesumme der Beschwerdeführerin hinzugerechneten Beträge betreffend "Bi-Xenon mit Abbieglicht" und "Zusatzstromquelle" (insgesamt Fr. 4'235.- bzw. Fr. 4'573.80 bei Hinzurechnung der Mehrwertsteuer) sind somit zu streichen. Diese Korrektur reduziert den von der Beschwerdegegnerin errechneten Totalbetrag für das Angebot der Beschwerdeführerin gemäss act. ... auf Fr. 229'131.70; damit bleibt das Angebot der Beschwerdeführerin allerdings nach wie vor über demjenigen der Mitbeteiligten von Fr. 227'562.50.

#### **E. 5**

Die Beschwerde beanstandet die Bewertung der Angebote auch bezüglich des Zuschlagskriteriums Referenzen.

#### **E. 5.1**

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).

#### **E. 5.2**

Entgegen der Formulierung des Zuschlagskriteriums "Referenzauskünfte" in Ziffer 17 hat die Beschwerdegegnerin davon abgesehen, drei Referenzauskünfte einzuholen. Aus den eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass für die Mitbeteiligte nur zwei Referenzauskünfte erfolgten. Für die Beschwerdeführerin wurde vorerst gar nur eine Referenzperson angefragt; eine zweite Auskunft wurde nach Eröffnung des vorliegenden

Beschwerdeverfahren eingeholt. Zu Recht wendet die Beschwerdeführerin gegen die nachträgliche Referenzauskunft ein, dass diese nicht zu berücksichtigen ist.

### **E. 5.3**

Die Ausserachtlassung der nachträglich erfolgten Auskunft ändert allerdings nichts daran, dass die Mitbeteiligte im Kriterium Referenzen eine höhere Punktzahl erhält als die Beschwerdeführerin. Gemäss der am 8. August 2017 eingeholten Auskunft erzielte die Beschwerdeführerin einen Notendurchschnitt von 8.25. Die Mitbeteiligte erzielte aus den sieben vorliegenden Bewertungen eine Durchschnittsnote von 9.71. Diesbezüglich beanstandet die Beschwerdeführerin, dass bei der Mitbeteiligten in einem Fall die Lieferfristen nicht benotet worden seien; folglich müsste hierfür die Note 1 vergeben werden. Fehlt auf eine Frage die Antwort, so liegt es allerdings näher, dass die Position nicht beurteilbar war oder vergessen ging, als dass die Auskunftsperson die Minimalnote hat vergeben wollen. Im Übrigen würde die Durchschnittsnote der Mitbeteiligten selbst dann noch höher ausfallen als diejenige der Beschwerdeführerin, wenn die Lieferfristen in besagter Auskunft mit der Note 1 bewertet würden: Es würde für die Mitbeteiligte die Durchschnittsnote 8.63 resultieren.

### **E. 5.4**

Mit der Stellungnahme zur Duplik weist die Beschwerdeführerin zwar zu Recht darauf hin, dass die Vergabestelle gemäss Ziffer 17 der Ausschreibungsbedingungen verpflichtet gewesen wäre, zu den Anbietern jeweils drei Referenzauskünfte einzuholen. Mit der Replik dürfen Submissionsbeschwerden noch soweit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort oder deren Beilagen dazu Anlass geben (vgl. Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 VRG [Kommentar VRG], § 52 N. 34). Dasselbe muss grundsätzlich für eine Stellungnahme zur Duplik gelten. Jedenfalls bezüglich ihres eigenen Angebots erhielt die Beschwerdeführerin jedoch bereits nach Erhalt der Beschwerdeantwort samt Akten Kenntnis davon, dass nur eine Referenzanfrage (und nachträglich noch eine zweite) erfolgt war; somit wäre ein Begehren, es hätten durch die Vergabebehörde weitere Referenzauskünfte eingeholt werden müssen, verspätet. Indes zielt die Beschwerdeführerin ohnehin nicht in diese Richtung; vielmehr hält sie eine Wiederholung des Verfahrens nicht für zweckmässig.

### **E. 5.5**

Besteht somit kein Raum für eine nachträgliche Einholung von Referenzauskünften durch die Vergabebehörde, verbleibt die Offerte der Beschwerdeführerin bezüglich des Zuschlagskriteriums Referenzauskünfte hinter demjenigen der Mitbeteiligten zurück. Dasselbe gilt wie gesehen für das Zuschlagskriterium Kosten. An diesem Ergebnis würde sich auch nichts ändern, wenn die Vergabebehörde für die beiden Zuschlagskriterien – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – in unzulässiger Weise unterschiedliche Skalen angewandt hätte; auch bei einer Harmonisierung der Skalen würde die Beschwerdeführerin für beide Zuschlagskriterien hinter der Beschwerdeführerin zurückbleiben. Demzufolge ist die Beschwerde abzuweisen.

### **E. 6**

Mit dem heutigen Entscheid in der Sache wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

### **E. 7.1**

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG nach dem Unterliegen. Die Kosten sind demzufolge der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

### **E. 7.2**

Bezüglich der beantragten Parteientschädigung fällt Folgendes in Betracht: Als unterliegende Partei hat die Beschwerdeführerin keinen Entschädigungsanspruch (vgl. § 17 Abs. 2 VRG). Da sodann die Beschwerdegegnerin mit der Erstattung der Beschwerdeantwort erst ihrer Pflicht zur Begründung nachgekommen ist und die Erstattung der Duplik keinen wesentlichen Mehraufwand verursacht, ist auch ihr keine Entschädigung zuzusprechen. Der nicht anwaltlich vertretenen Mitbeteiligten ist mit der Erstellung ihrer Rechtsschriften kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG erwachsen. Es steht ihr ebenfalls keine Parteientschädigung zu.

### **E. 8**

Der Auftragswert von rund Fr. 229'000.- erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. a bzw. lit. b 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.