

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00837 vom 19. Juli 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-07-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00837

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00837 du 19 juillet 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00837 del 19 luglio 2018

Regeste

Submission | Submissionsverfahren im Sektorenbereich Energieversorgung; Feststellungsbegehren nach bereits erfolgtem Vertragsschluss; Bewertung der Zuschlagskriterien; Ermessensspielraum der Vergabestelle; Bindung an die Anbieterangaben; ISO-Zertifikat; Referenzen. Beschwerdelegitimation nach zulässigerweise erfolgtem Vertragsschluss (E. 2). Mit den Vorgaben in den Submissionsbedingungen bringt die Vergabestelle zum Ausdruck, dass sie auf die Unternehmerangaben abstellen will. Daran ist sie grundsätzlich gebunden. Bei zwei Unterkriterien hat die Vergabestelle fälschlicherweise nicht auf die Anbieterangaben, sondern auf eigene Erfahrungswerte abgestellt; dies hatte jedoch im Ergebnis keinen Einfluss auf die Rangierung des beschwerdeführerischen Angebots (E. 3.1.1). Die Vergabestelle setzte eine Frist zur Nachreichung eines ISO-Zertifikats an; diese hat die Beschwerdeführerin nicht eingehalten, was im Rahmen der Angebotsbewertung zulasten der Beschwerdeführerin berücksichtigt werden durfte (E. 3.1.2). Ermessensspielraum bei der Beurteilung der Vergleichbarkeit der Referenzanlagen mit dem Vergabeauftrag (E. 3.1.3). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Bei der Beschwerdegegnerin handelt es sich um eine privatrechtlich organisierte Auftraggebende aus den Sektorenbereichen Wasser- und Energieversorgung. Als solche untersteht sie gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) dem Vergaberecht; ihre Vergabeentscheide können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. 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 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). Die (zweitplatzierte) Beschwerdeführerin rügt sinngemäss, sie erfülle die Zuschlagskriterien besser als die Mitbeteiligte. Erweisen sich ihre Rügen als berechtigt, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag gehabt. Vorliegend hat die Vergabestelle den Vertrag mit der Mitbeteiligten zwar zulässigerweise bereits abgeschlossen und eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ist mithin nicht mehr möglich. Dies ändert jedoch nichts an deren Legitimation, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen. Nachdem die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist somit auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Die Vergabebehörde gab in den Ausschreibungsunterlagen die folgenden drei Zuschlagskriterien samt Unterkriterien und Gewichtung bekannt: 1. Wirtschaftlichkeit

	60%	W1: Leistungspreis PV-Anlage	
(20%) W2: Stromgestehungskosten der PV-Anlage			(20%) W3: Peak-Leistung der Anlage
	(20%)	2.	
Technik			20% T1: Garantierte max. Leistungsdegradation in 25a
(8%) T2: Belastbarkeit Module [...]			(4%) T3: Modul Temperaturkoeffizient [...]
(4%) T3: Modul Temperaturkoeffizient [...]			(4%) T4: Wechselrichter Wirkungsgrad [...]
	(4%)	3.	Unternehmung, Zertifikate, Garantieleistungen
20% L1: Verfügbares Personal			(1%) L2: Qualifikation Projektleiter [...]
(2%) L4: Lehrlinge im Bereich PV-Anlagenbau		(2%)	L5: Umweltverträglichkeit Produkte
(2%) L7: Dauer Produktgarantie Module		(2%)	L6: Dauer Garantie Wechselrichter
		(7%)	Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt. Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen – dies im Gegensatz zu den Eignungskriterien, bei denen es sich um "Muss-Kriterien" handelt. Es ist zu beachten, dass der Behörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 5.3; 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; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG; VGr, 21. Januar 2016, VB.2015.00534, E. 4.2).

E. 3.1

Die Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien blieb vorliegend unbestritten. Die Rügen der Beschwerdeführerin beschränken sich auf die Bewertung ihres Angebots bei den

Zuschlagskriterien W2, L5 und L8.

E. 3.1.1

Das Kriterium W2 bezieht sich auf die "Stromgestehungskosten der PV-Anlage" in Rappen/Kilowattstunde. Hierzu heisst es in den Ausschreibungsunterlagen: "Der Strompreis wird aus der netto-Investition, der Leistung unter Berücksichtigung der Degradation, Wartung & Unterhalt gemäss Angaben Unternehmer ermittelt". Dementsprechend wurden von den Anbietenden diverse Angaben insbesondere auch zum "spezifischen Jahresertrag [kWh/kWp]" und zu den "spezifischen Betriebs- und Unterhaltskosten [CHF/kWh*a]" verlangt. In ihrer Angebotsbewertung hat die Beschwerdegegnerin bei diesen beiden Positionen indes nicht auf die entsprechenden Anbieterangaben abgestellt, sondern diese bei allen Angeboten einheitlich "bereinigt" bzw. durch eigene "Erfahrungswerte" ersetzt. Die Beschwerdeführerin moniert, dieses Vorgehen sei unzulässig. Zum einen widerspreche es den Ausschreibungsvorgaben, wenn ausdrücklich verlangte Angaben ignoriert würden. Darüber hinaus handle es sich bei der Ermittlung der Stromgestehungskosten um eine komplexe Aufgabe, wofür das Expertenwissen der Anbietenden von massgeblicher Bedeutung sei. Es sei daher nicht gerechtfertigt, diesbezüglich irgendwelche "Bereinigungen" vorzunehmen. Mit den Vorgaben in den Submissionsbedingungen hat die Beschwerdegegnerin zum Ausdruck gebracht, dass sie auf die strittigen Unternehmerangaben abstellen will. Daran ist sie grundsätzlich gebunden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungswesens, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 387 N. 859 f.). Das schliesst eine Plausibilitätsprüfung der eingegangenen Werte zwar nicht aus. Dafür wäre allerdings eine vertiefte Auseinandersetzung mit den konkreten Angaben der Anbietenden erforderlich. Die Beschwerdegegnerin macht hierzu geltend, der Jahresertrag der PV-Anlage sei abhängig von der Sonneneinstrahlung und daher für alle Modulprodukte einheitlich definiert worden. In ihrer Duplik führt sie ergänzend aus, im Projektbeschrieb sei die Modulausrichtung zwingend vorgegeben worden mit einem "Azimut von 42° südwest" und einer "Neigung von 10°". Diese Ausführungen vermögen die nachträgliche Statuierung eines Einheitswertes jedoch nicht schlüssig zu begründen, zumal die Beschwerdeführerin in ihrer "Energieertragsberechnung Krämeracker Uster" eben diese Modulausrichtungsvorgaben übernommen hat und dennoch zu einem anderen Ertragswert gelangte. Indem die Vergabestelle Angaben zum spezifischen Jahresertrag und zu den spezifischen Betriebs- und Unterhaltskosten der offerierten Anlage verlangt, anerkennt sie letztlich selbst, dass anlagespezifische Unterschiede bestehen. Sie verhält sich daher in der Tat widersprüchlich, wenn sie die entsprechenden Werte allesamt über einen Leisten bricht. Wie die Beschwerdegegnerin indes weiter ausführt, hat der von der Beschwerdeführerin geforderte Verzicht auf die strittige "Bereinigung" im Ergebnis keinen Einfluss auf die Rangierung ihres Angebots. Mit den "bereinigten" Werten beliefen sich die Gestehungskosten der Beschwerdeführerin auf 13.03 Rp/kWh und diejenigen der Mitbeteiligten auf 13.61 Rp/kWh, was beiden Anbieterinnen je 4 Punkte eintrug. Ohne die strittige Korrektur liegen die Werte bei 11.7 Rp/kWh für die Beschwerdeführerin bzw. 11.8 Rp/kWh für die Mitbeteiligte und ergeben wiederum eine Gleichbewertung der beiden Kontrahentinnen, nämlich mit 5 statt der vorherigen 4 Punkte.

E. 3.1.2

Beim Zuschlagskriterium L5 geht es um die Umweltverträglichkeit der offerierten Produkte, welche mittels Vorlage entsprechender ISO-Zertifikate nachzuweisen war. Die

Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, sie habe zu Unrecht nur 2 von 6 möglichen Punkten bzw. 4 von 12 gewichteten Punkten erhalten, obwohl sie die nachträglich angeforderten Zertifizierungen fristgerecht eingereicht habe. Dem widerspricht die Beschwerdegegnerin insofern, als die Beschwerdeführerin die verlangten Zertifikate eben nicht innert der angesetzten Frist eingereicht habe. Kurz nach Fristablauf habe sie das Zertifikat für den Wechselrichter eingereicht, welches ihr aus Kulanz auch mit den entsprechenden 2 Punkten (bzw. 4 gewichteten Punkten) angerechnet worden sei, obwohl es für eine Firmenadresse des Herstellers in F ausgestellt worden sei und nicht für den im Angebot bezeichneten Produktionsstandort in G. Dem tritt die Beschwerdeführerin in ihrer Replik nicht substantiiert entgegen. Abgesehen von der wörtlichen Wiedergabe ihrer Beschwerdegründe wendet sie lediglich ein, es sei äusserst befremdend, dass "die Beschwerdegegnerin nach Ablauf der Abgabe noch irgendwelche Fristen setzt". Gemäss Ziffer 2 des Leistungsverzeichnisses hatten die Anbietenden zum Nachweis des verlangten Umweltmanagements – nicht zwingend mit der Offerte, aber auf entsprechende Anfrage – das Zertifikat ISO 14001 für Modul und Wechselrichter einzureichen. Dass eine solche nachträgliche Einforderung mit einer Fristansetzung verbunden sein würde, liegt auf der Hand und bedarf keiner weiteren Rechtfertigung. Die Beschwerdeführerin scheint zu verkennen, dass die Aufforderung zur Nachreichung fehlender ISO-Zertifikate der Bewertung ihres Angebots nur zuträglich sein konnte und folglich in ihrem höchsteigenen Interesse lag. Nachdem die Angebotsfrist abgelaufen war, führte die Vergabestelle sogenannte Unternehmengespräche mit den Anbieterinnen. Dasjenige mit der Beschwerdeführerin fand am 17. November 2017 statt und hatte insbesondere auch die Frage des Umweltverträglichkeitsnachweises zum Gegenstand. Im Gesprächsprotokoll wurde hierzu festgehalten, für das offerierte Modul liege kein ISO-Zertifikat 14001 vor und das entsprechende Zertifikat des Wechselrichterherstellers sei am 1. Juli 2016 abgelaufen. Das Protokoll wurde der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 24. November 2017 übermittelt (betreffend den E-Mail-Verkehr der Parteien, auch zum Folgenden). Im Antwort-Mail der Beschwerdeführerin vom 27. November 2017 hiess es sodann, für das Modul finde sich das verlangte ISO-Zertifikat im Anhang. Mit E-Mail vom 29. November stellte die Vergabestelle richtig, dass nicht das verlangte ISO-Zertifikat eingereicht worden sei, sondern ein Datenblatt, welches sich überdies auf andere Modulserien beziehe (Ziffer 2). Ferner wiederholte sie den Hinweis, dass das Zertifikat für den Wechselrichter abgelaufen sei (Ziffer 3). Zur Nachreichung der verlangten Zertifikate wurde der Beschwerdeführerin sodann eine Frist bis 30. November 2017, 16:00 Uhr, angesetzt. In ihrer Antwort vom 30. November 2017, 09:56 Uhr, hielt die Beschwerdeführerin fest, das "verschickte Zertifikat [sei] auch für das angebotene Modul gültig". Gleichentags um 22.20 Uhr, und somit nach Ablauf der Eingabefrist, schickte die Beschwerdeführerin der Vergabestelle ein weiteres Mail mit dem Verweis, im Anhang finde sich die aktuelle ISO-Zertifizierung für den Wechselrichterhersteller H. Mit E-Mail vom 4. Dezember 2017 übermittelte die Beschwerdeführerin schliesslich das Zertifikat ISO 14001 für den Modulhersteller J. Mithin lässt sich festhalten, dass bei Fristablauf am 30. November 2017 um 16:00 Uhr kein aktuelles Zertifikat ISO 14001 vorlag, weder für das offerierte Modul noch für den Wechselrichter. Dass aus dem von der Beschwerdeführerin am 29. November 2017 nachgereichten Datenblatt auf eine entsprechende Zertifizierung des Modulherstellers geschlossen werden kann, vermag den formellen Nachweis mittels Zertifikat nicht zu ersetzen. Die von der Beschwerdeführerin gegen die Bewertung ihres Angebots beim Unterkriterium L5 (Umweltverträglichkeit Produkte) erhobenen Einwände erweisen sich

somit als unbegründet.

E. 3.1.3

Beim Unterkriterium L8 geht es um die Bewertung der Unternehmensreferenzen. Gemäss den Submissionsbedingungen mussten sich die Referenzen auf vergleichbare Anlagen beziehen, deren Inbetriebnahme nicht länger als 3 Jahre zurückliegt und deren qualitative Beurteilung durch die Referenzgeber positiv ausfiel. Die Bewertung erfolgte abgestuft nach der Anzahl der als vergleichbar qualifizierten Referenzen, wobei die maximale Punktzahl ab 10 Referenzen erreicht war. Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass ihr von den 12 genannten Referenzen nur deren 3 als vergleichbar im Sinn der Vorgaben angerechnet wurden, was ihr nur 2 von maximal

E. 3.2

Zusammenfassend ist die Beschwerde demnach als unbegründet abzuweisen. Unter diesen Umständen erübrigen sich weitere Erwägungen zu den von der Beschwerdeführerin in ihrer Replik gestellten Begehren betreffend Schadenersatz und öffentlicher Publikation im Falle einer Gutheissung der Beschwerde. Anzumerken ist, dass ersteres ohnehin nicht in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts fällt und letzteres im Vergaberecht nicht vorgesehen ist. 4. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin ist nicht geschuldet: Mit der Erstattung der Rechtsschriften ist sie im Wesentlichen ihrer Begründungspflicht nachgekommen (vgl. § 38 SubmV). Ein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG ist nicht ersichtlich. 5. Da der Wert des strittigen Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für den Sektor Energieversorgung nicht erreicht (Art. 1 lit. d der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 113 BGG).

E. 6

Punkten einbrachte. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, die geplante Anlage Krämeracker umfasse rund 400 Module, verteilt auf mehrere Flachdächer, und weise eine Leistung von 135 kWp auf. Die von der Beschwerdeführerin angegebenen Referenzen würden sich aber mehrheitlich auf kleinere Anlagen auf Einfamilienhäusern beziehen, deren Leistung bei 30 kWp oder tiefer liege. Als vergleichbar könnten jedoch nur Anlagen gelten, die eine ähnliche Grösse bzw. ähnliche Leistungswerte wie die ausgeschriebene Anlage aufweisen. In Ihrer Replik bestreitet die Beschwerdeführerin die Rechtmässigkeit dieses Ansatzes. Sie macht geltend, für die Vergleichbarkeit von Solaranlagen sei stattdessen auf folgende Aspekte abzustellen: Technik der PV-Anlage (Material), Dachkonstruktion, Projektleitung, Arbeiten auf dem Dach, Elektrische Arbeiten. Der Beschwerdeführerin kann nicht gefolgt werden. Arbeiten auf dem Dach und elektrische Arbeiten fallen bei jeder PV-Anlage an. Sie unter dem Titel Vergleichbarkeit zu taxieren, würde wiederum auf eine Abstufung nach Auftragsvolumen hinauslaufen, was der Beschwerdeführerin im Ergebnis nichts bringt. Die Qualifikation der Projektleitung wurde sodann bereits beim Unterkriterium L2 bewertet, wo die Beschwerdeführerin die volle Punktzahl erzielte. Zum Anknüpfungspunkt "Technik der PV-Anlage (Material)" ist zu bemerken, dass es beim Unterkriterium L8 in erster Linie um die Qualität der Unternehmens referenzen, nicht um

die technische Qualität der verwendeten Materialien geht. Letztere wurde unbestrittenermassen bereits beim Zuschlagskriterium 2 (Technik) bzw. anhand der Unterkriterien T1–T4 angemessen berücksichtigt. Bei der Position "Dachkonstruktion" lassen die ergänzenden Ausführungen der Beschwerdeführerin darauf schliessen, dass damit die Unterscheidung Flachdach/Steildach gemeint ist. Nachdem gemäss ihren eigenen Angaben nur 5 ihrer 12 Referenzobjekte Flachdächer betreffen, wäre die Vergleichbarkeit vorliegend von vornherein auf diese beschränkt. Das entspricht einem maximalen Aufwertungspotenzial von lediglich einem Punkt. Abgesehen davon geht es aber auch gar nicht darum, einen eigenen vertretbaren Bewertungsansatz zu liefern, vielmehr ist die Rechtmässigkeit des von der Vergabebehörde gewählten Vorgehens substantiiert infrage zu stellen. Das hat die Beschwerdeführerin versäumt. Es ist denn auch nicht ersichtlich, was gegen den von der Beschwerdegegnerin gewählten Ansatz sprechen würde. Vielmehr erscheint es durchaus plausibel und dementsprechend auch ohne Weiteres als vertretbar, die Vergleichbarkeit der Referenzanlagen anhand ihres Auftragsvolumens und ihrer Leistungswerte zu beurteilen. Ob daneben noch andere vertretbare Bewertungsansätze denkbar wären, ist, angesichts des der Vergabebehörde ist dieser Frage zustehenden Ermessens, nicht entscheidrelevant und braucht daher auch nicht weiter geprüft zu werden. Abschliessend bleibt anzumerken, dass die Beschwerdeführerin einem Missverständnis unterliegt, wenn sie replikando einwendet, es dürfe nicht auf das Firmenalter abgestellt werden. Dieses war für die Vergleichbarkeit der Referenzen nicht von Bedeutung,

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