

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00358 vom 6. November 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00358

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00358 du 6 novembre 2019

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00358 del 6 novembre 2019

Regeste

Submission | Vergabe von Friedhofsarbeiten: Ausschreibungsunterlagen, Eignungs- und Zuschlagskriterium. Die Gewährung eines Rabatts im Angebotsbegleitschreiben ist nicht vergaberechtswidrig (E. 3.1). Die Rüge, dass ein Teil der Ausschreibungsunterlagen nicht genau (genug) umschrieben ist, ist verspätet (E. 4.3) und im Übrigen unbegründet. Ein preislicher Ausreiser (neben vier Preisofferten in einer ähnlichen Grössenordnung) belegt die behauptete fehlende Vergleichbarkeit der fraglichen Positionen nicht (E. 4.4). Das Eignungskriterium, wonach der Anbieter über Erfahrungen mit einem Auftrag im vergleichbaren Umfang verfügen muss, schränkt den wirksamen Wettbewerb nicht über Gebühr ein und ist zulässig (E. 5.3). Das Zuschlagskriterium, wonach die drei angegebenen Referenzen beurteilt werden, ist nicht vergaberechtswidrig (E. 6.2). Auf die nähere Prüfung einer gerügten Referenzauskunft kann verzichtet werden, da auch bei Begründetheit das Submissionsergebnis gleich bleibt (E. 6.3). 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). Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Wiederholung des Vergabeverfahrens. Dabei richtet sie sich insbesondere gegen die Ausschreibungsunterlagen sowie die Bewertung der Angebote. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, so hätte sie eine realistische Chance auf den

Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die von der Mitbeteiligten (und einem weiteren Anbietenden) vorgenommene Rabattofferierung auf einem Zusatzblatt sei unzulässig, da in der Ausschreibung keine Rabattposition aufgeführt gewesen sei.

E. 3.1

Die Mitbeteiligte gewährte gemäss Angebotsbegleitschreiben vom 23. April 2019 auf die offerierten Preise einen Rabatt in der Höhe von 5 % und Skonto von 2 % bei Zahlung innert 15 Tagen. Eine Vergaberechtswidrigkeit ist dabei nicht ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin weist zu Recht darauf hin, dass die Ausschreibungsunterlagen die Gewährung von Rabatten nicht ausschliessen. Zugleich lässt das Nichtvorhandensein einer separaten Rubrik, in welcher allfällige Rabatte einzutragen gewesen wären, nicht auf deren Unzulässigkeit schliessen (wie dies die Beschwerdeführerin tut). Im Begleitschreiben, welches Teil des Angebots ist, dürfen durchaus Rabatte vermerkt werden. Auch die Pflicht zur Verwendung der vorgegebenen Formulare (jeweiliges Angebot, Deckblatt) steht dem nicht entgegen. Die Rabattgewährung ändert die Ausschreibung nicht ab (wie dies die Beschwerdeführerin vorbringt), sondern präzisiert die von Anbieterseite in die entsprechenden Positionen eingetragenen Preise, was im Licht des Vergaberechts nicht unzulässig ist.

E. 3.2

Die Vergabebehörde berücksichtigte – im Gegensatz zum Skonto – den Rabatt in der Höhe von 5 %, wodurch sich das massgebliche Total der Kosten der Mitbeteiligten von Fr. 152'412.49 um Fr. 7'620.60 auf Fr. 144'791.89 reduzierte. Auch dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden. Ein Skonto wird nur bei Zahlung innert Frist gewährt. Insofern ist dieser nicht bedingungslos und daher – zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Angebotspreise – bei der Berechnung der massgeblichen Kosten nicht zu berücksichtigen. Demgegenüber ist der Rabatt der Mitbeteiligten als voraussetzungsloser Preisnachlass offeriert, weshalb gegen dessen Einbezug im Rahmen der Preisberechnung nichts spricht.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin geht weiter gegen die Ausschreibungsunterlagen vor. In der Beilage I seien die Positionen I.2–I.26 nicht genau (genug) umschrieben, dies auch im Vergleich zu einer anderen Gemeinde, was die extrem grossen Preisdifferenzen von Fr. 1'156.- bis Fr. 18'440.- erkläre. Daher seien die Angebote schwerlich vergleichbar.

E. 4.2

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 4.3.1; 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings nur bei

offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 4.3

Vorliegend war der von der Beschwerdeführerin behauptete Mangel aus der Ausschreibung ohne Weiteres ersichtlich und sie macht sinngemäss geltend, dass von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren habe durchgeführt werden können, da die zu wenig genauen Ausschreibungsunterlagen die Vergleichbarkeit der Offerten nicht zulassen würden. Gemäss den vorstehenden Ausführungen traf sie daher die Obliegenheit, die fragliche Beilage I bei der Vergabestelle zu reklamieren. Sie durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen – dies würde einen unnötigen Verfahrensaufwand bedeuten und gegen Treu und Glauben verstossen. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich mithin als verspätet. Im Übrigen erschiene die Rüge auch in materieller Hinsicht als unbegründet. Als Zuschlagskriterium nannte die Vergabebehörde den Preis gemäss Angaben in den Beilagen D–I (jeweiliges Angebot, Ziff. 1.9). Gemäss Beilage I sind für Regieaufträge (Ansatz pro Stunde bei geschätzten ca. 100 Stunden jährlich) und für verschiedene Aufträge (Herrichten unterschiedlicher Gräber, Richten der Grabunterteilungen und Grabwege, etc.) insgesamt 26 Positionen von den Anbietenden mit Preisen zu versehen. Der Hinweis der Beschwerdeführerin auf die Ausschreibung einer anderen Vergabebehörde, welche die einzelnen Positionen allenfalls detaillierter umschrieb, legt in Anbetracht dessen, dass der Vergabebehörde bei der Auswahl der Zuschlagskriterien eine erhebliche Ausgestaltungsfreiheit zusteht (vgl. VGr, 10. Februar 2017, VB.2016.00300, E. 4.4), allein nicht die behauptete Ungenauigkeit bzw. die fehlende Vergleichbarkeit der Offerten nahe. Auch die angeblich grosse Differenz der angebotenen Preise ist in entscheidender Weise zu relativieren: Der von der Beschwerdeführerin angeführte Preis für die Arbeiten gemäss Beilage I von Fr. 18'440.- stammt von der Firma D und ist gut vier Mal teurer als das zweit teuerste Angebot. Das Angebot der Firma D schlägt in preislicher Hinsicht aber nicht einzig hier nach oben aus, sondern auch in einem Grossteil der übrigen Positionen. Dementsprechend ist ihr Gesamtpreis von Fr. 314'623.90 knapp doppelt so hoch wie jener des zweit teuersten Angebots. Im Licht der Offerten der anderen vier Anbietenden, die die Arbeiten gemäss Beilage I zu einem Preis zwischen Fr. 1'156.04 (bzw., unter Berücksichtigung des Rabatts, Fr. 1'098.25) und Fr. 4'183.60 anbieten, ist der offerierte Preis der Firma D von Fr. 18'440.- somit als Ausreisser zu betrachten. Insofern kann die Beschwerdeführerin aus diesem Wert nichts zu ihren Gunsten ableiten. Von Relevanz für die auf dem Preis basierende Argumentation der Beschwerdeführerin sind somit (einzig) die übrigen vier Angebote. Deren Preise für die Arbeiten gemäss Beilage I bewegen sich wie gesehen in einer Grössenordnung, welche keine Veranlassung gibt, an der Vergleichbarkeit der fraglichen Positionen zu zweifeln.

E. 4.4

Im Zusammenhang mit der Beilage I moniert die Beschwerdeführerin sodann, dass die Vergabebehörde drei Positionen (I.13, I.14 und I.24) nicht in den Preis einkalkuliert habe. Gemäss der Vergabebehörde habe sie diejenigen Positionen, welche kein Vorausmass enthielten, nicht in den Vergleich miteinbezogen. Auf dieses – grundsätzlich nicht unproblematische – Vorgehen der Vergabebehörde ist vorliegend nicht weiter einzugehen, da das Angebot der Beschwerdeführerin in den drei fraglichen Positionen mit Fr. 525.- teurer war als jenes der Mitbeteiligten mit Fr. 361.75 und somit die Berücksichtigung der drei Positionen der Beschwerdeführerin keinen Vorteil einbringen würde.

E. 5

Weiter moniert die Beschwerdeführerin, dass das Eignungskriterium, wonach der Anbietende bereits einen entsprechenden Friedhof betreut haben musste, andere Anbietende von einer – ihnen angeblich mündlich zugesicherten – Offerteingabe ausgeschlossen habe.

E. 5.1

Die beschwerdeführende Person muss einen eigenen praktischen Nutzen an der Rechtsmittelerhebung dartun können; die Wahrnehmung von Interessen Dritter genügt nicht (Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 16). Insofern ist die beschwerdeführerische Rüge in dem Sinn zu verstehen, dass das monierte Eignungskriterium den wirksamen Wettbewerb über Gebühr einschränken würde. Da sie, wie sogleich gezeigt wird, unbegründet ist, kann offenbleiben, ob sie rechtzeitig erhoben wurde.

E. 5.2

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die Vergabebehörde legt die für den jeweiligen Auftrag erforderlichen Eignungskriterien anhand objektiver Merkmale fest und bestimmt die zu erbringenden Nachweise. Die Kriterien müssen sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen, weshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden dürfen, die im Hinblick auf die verlangte Leistung erforderlich sind. Demgemäss sind hinsichtlich der Eignungskriterien an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen und dürfen Eignungskriterien nicht so festgelegt und angewendet werden, dass sie keinen Wettbewerb unter den Anbietenden zulassen (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.2; 8. August 2012, VB.2011.00776, E. 3.1; Galli et al., Rz. 557).

E. 5.3

Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen (vgl. statt vieler VGr, 30. Juli 2015, VB.2015.00365, E. 4.1). Der nötige Auftrags- und Leistungsbezug ist regelmässig gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind (VGr, 23. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.4). Vorliegend verlangt die Vergabebehörde den Eignungsnachweis der Anbietenden, "dass sowohl die Firma als auch die für den Auftrag verantwortlichen Personen für Unterhalt, Grabpflege und Bestattungen über Erfahrungen mit mindestens je einem Auftrag für

Unterhalt, Grabpflege und Bestattungen im vergleichbaren Umfang verfügen" (jeweiliges Angebot, Ziff. 1.8). Dabei handelt es sich angesichts der erwähnten Praxis zweifellos um ein zulässiges Eignungskriterium, welches mit Blick auf die geforderte Zahl der Referenzen auch nicht als streng zu qualifizieren ist. Es liegt zwar auf der Hand, dass Eignungskriterien wie "Erfahrung" oder "Vorweisen von Referenzarbeiten" etablierte Unternehmungen bevorzugen (vgl. etwa Claudia Schneider Heusi, Die Umsetzung des internationalen Rechts im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz und speziell im Kanton Zürich, Zürich etc. 2003, S. 58). Soweit diese Anforderungen jedoch – wie vorliegend – durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig und sachgerecht, auch wenn dies für neu gegründete Unternehmungen zur Folge hat, dass sie die nötige Erfahrung und das Vertrauen der Kundschaft – genau wie im privaten Geschäftsverkehr – zunächst mit kleineren oder einfacheren Aufträgen erwerben müssen (VGr, 4. Februar 2016, VB.2015.00736, E. 3.3.3; Galli et al., S. 259 Rz. 596). Folglich liegt keine ungebührliche Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs vor, weshalb das monierte Eignungskriterium zulässig ist.

E. 6.1

Schliesslich kritisiert die Beschwerdeführerin das Zuschlagskriterium "Mehreignung und Qualität der Referenzen". Dieses hält unter anderem fest, dass die Anbietenden umso besser beurteilt werden, je mehr direkt vergleichbare Referenzen sie angeben können. Die drei angegebenen Referenzen würden sodann durch Rückfrage qualitativ beurteilt (jeweiliges Angebot, Ziff. 1.9). Die Beschwerdeführerin erachtet dieses Zuschlagskriterium als unzulässig. Ein Unternehmen, welches mehrere Friedhöfe betreut, sei nicht besser geeignet als sie selbst, welche einzig einen Friedhof (nämlich bis anhin das Vergabeobjekt) betreut habe.

E. 6.2

Mit Blick auf die erwähnte Rechtsprechung (oben E. 4.2) erweist sich auch diese Rüge der Beschwerdeführerin als verspätet, da der von ihr behauptete Mangel aus der Ausschreibung ohne Weiteres ersichtlich war. Wiederum durfte sie nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen. Im Übrigen geht die Argumentation der Beschwerdeführerin fehl. Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 SubmV). Insofern ist die geforderte Einreichung einer Mehrzahl von Referenzauskünften zweckmässig, da aus mehreren gleich lautenden Auskünften abgeleitet werden kann, dass ihnen eine gewisse Objektivität zukommt (vgl. VGr, 9. Mai 2019, VB.2019.00093, E. 4.2). Die Bewertung anhand von drei Referenzen ist zudem in quantitativer Hinsicht nicht über Gebühr streng und ein übliches Zuschlagskriterium.

E. 6.3

Im Zusammenhang mit diesem Zuschlagskriterium ist schliesslich die Korrektheit einer Referenzauskunft strittig. Als aktuell mit den nun neu zu vergebenden Friedhofsarbeiten betreutes Unternehmen gab die Beschwerdeführerin in den Rubriken "Unterhalt von Friedhöfen / Grabpflege" und "Bestattungen" jeweils die Vergabebehörde als erste Referenz an. Die Referenzauskunft der Vergabebehörde sei indes nicht nachvollziehbar und basiere unter anderem auf sachfremden Überlegungen. Die Vergabebehörde gab (gegenüber einer beigezogenen Person) der Beschwerdeführerin in den erwähnten Rubriken die

Maximalbewertung (Note 5) in den zwei Unterrubriken "Ressourcen und Erreichbarkeit" und "Qualität der geleisteten Arbeiten". Eine tiefere Bewertung verteilte sie in den Unterrubriken "Zuverlässigkeit, Administration, Kulanz" (Note 3), "Leistung Schlüsselpersonen" (Note 4) und "Umgang und Auftreten" (Note 2), was in einem Notentotal von jeweils 3,8 (von maximal 5) resultierte. Damit liegt das maximale Aufwertungspotenzial bei zwei Mal 1,2 Notenpunkten, was gewichtet 12 Punkten entspricht. Somit würden sich für die Beschwerdeführerin neu gesamthaft 435 Punkte ergeben. Indes kann sie auch damit die Mitbeteiligte, welche ein Total von 500 Punkten aufweist, nicht übertreffen, sodass auf eine nähere Prüfung des Beschwerdepunkts verzichtet werden kann.

E. 7

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen. Mit dem vorliegenden Urteil wird das am 5. November 2019 eingegangene Gesuch der Beschwerdegegnerin betreffend die über den 30. November 2019 hinaus anfallenden Friedhofsarbeiten gegenstandslos.

E. 8

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Bei diesem Ergebnis steht ihr keine Parteientschädigung zu. Hingegen ist sie antragsgemäss zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zu bezahlen, wobei zu berücksichtigen ist, dass letztere mit ihrer Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihre Begründungspflicht nachgeholt hat.

E. 9

Der Auftragswert von knapp Fr. 725'000.- (bei einer Laufzeit von fünf Jahren) übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b 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]). 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.