

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00716 vom 22. Januar 2020**

ZH Verwaltungsgericht, 2020-01-22, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00716](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00716)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00716 du 22 janvier 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00716 del 22 gennaio 2020

## **Regeste**

Submission | Kauf von Niederspannungskabel aus Kupfer: Unrealistisch hohe Preisspanne von 50 %. Für die Bestimmung der Preisspanne ist die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen. Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. Wird die Bandbreite (Preisspanne) erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden. In den Ausschreibungsunterlagen war ein Kupferpreis vorgegeben. Entsprechend bestand nur insoweit ein kleiner Spielraum in der Preisgestaltung, als das Kupfergewicht pro Meter angegeben werden konnte. Ein relevanter Spielraum verblieb lediglich bezüglich des Hohlpreises. Eine Preisspanne von 50 % erweist sich daher klarerweise als unrealistisch hoch und damit – auch unter Berücksichtigung des Ermessensspielraums der Vergabebehörde – als unzulässig: Bereits die Höhe der eingegangenen drei Angebote legt nahe, dass nur mit einer geringen Preisspanne zu rechnen war. Sie bewegten sich innerhalb einer Bandbreite von weniger als 1 %. Bei Anwendung einer vorliegend noch maximal zulässigen Preisspanne von 20 % rückt die Beschwerdeführerin anstelle der Mitbeteiligten auf den ersten Rang vor. Keine verspätete Rügeerhebung (E. 4). Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

## **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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegesetzes 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 Beschwerde richtet sich gegen die Bewertung der Angebote. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, könnte ihr Angebot dasjenige der Mitbeteiligten punktemässig überholen. Ihre Beschwerdelegitimation ist daher zu bejahen. Da die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **E. 3**

In den Ausschreibungsunterlagen der Beschaffung waren die vier Zuschlagskriterien "Preis" (Gewichtung 60 %), "Qualität und Referenzen" (25 %), "Logistik" (10 %) und "Umwelt" (5 %) festgelegt worden. Entsprechend diesen vier Zuschlagskriterien erfolgte die Bewertung der Angebote. Dabei gelangte das Angebot der Mitbeteiligten mit 568,3 Punkten auf Rang 1; das Angebot der Beschwerdeführerin erreichte mit 565,0 Punkten Rang 2.

## **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin richtet sich zunächst gegen die Bewertung der Angebote im Zuschlagskriterium "Preis". Sie macht im Wesentlichen geltend, die Preisgestaltung sei mit den Ausschreibungsunterlagen weitgehend vorgegeben gewesen. Die effektive Differenz zwischen den Angebotspreisen hätte deshalb bei der Bewertung stärker ins Gewicht fallen müssen. Dabei richtet sich die Beschwerdeführerin namentlich gegen die angewendete Preisspanne von 50 %, welche die Gewichtung des Preiskriteriums verwässert habe. Der Beschwerdegegner hält die angewendete Preisspanne von 50 % demgegenüber für realistisch und rechtmässig. Die Rüge der Beschwerdeführerin sei unbegründet und überdies verspätet.

## **E. 4.2**

Wie erwähnt, offerierte die Beschwerdeführerin zum tiefsten Offertpreis von Fr. 3'597'776.88. Die Mitbeteiligte offerierte zum preislich höchsten Angebot von Fr. 3'628'720.20. Das Angebot der nicht am Beschwerdeverfahren beteiligten dritten Anbieterin beläuft sich gemäss Offertöffnungsprotokoll auf Fr. 3'614'680.20.

## **E. 4.3**

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen ist Grundlage des Kupferpreises die Notierung des Kupferpreises bei Abruf der Lieferung. Im Preisblatt der Ausschreibungsunterlagen war dementsprechend ein (fiktiver) Kupferpreis von (aktuell) Fr. 6.15 pro Kilogramm vorgegeben, der bei Abruf auf den aktuellen Kurs angepasst wird. Im Sinn dieser Vorgabe offerierten die Beschwerdeführerin und die Mitbeteiligte den Kupferpreis zu einem Preis von Fr. 6.15 pro Kilogramm, weshalb die beiden Angebote diesbezüglich identisch sind. Ein gewisser Spielraum bestand für die Anbieterinnen zwar insofern, als die Anbieterinnen das Kupfergewicht pro Meter angeben konnten. Die Beschwerdeführerin legt allerdings weitgehend unwidersprochen dar, dass der Kupferbedarf durch Branchenstandards vorgegeben und für die Parteien einheitlich sei. Der Beschwerdegegner räumt diesbezüglich ein, dass für die Anbietenden nur eine "sehr geringe" Möglichkeit bestehe, beim Kupfergewicht pro Meter zu variieren. Tatsächlich unterscheiden sich die Angebote der beiden Verfahrensbeteiligten diesbezüglich nur minimal, sodass die Preise für die

Leistungseinheit Kupferpreis im Grundangebot und bei den Optionen jeweils im Umfang von weniger als Fr. 50.- variieren.

#### **E. 4.4**

Ein relevanter Spielraum bei der Preisgestaltung verblieb den Anbieterinnen damit nur bezüglich des Hohlpreises. Hier offerierte die Beschwerdeführerin in der Summe zu einem tieferen Preis als die Mitbeteiligte: Im Grundangebot offerierte die Beschwerdeführerin den Hohlpreis zu Fr. 318'600.-, für die erste Option zu Fr. 225'600.- und für die zweite Option zu Fr. 239'760.-. Die Mitbeteiligte offerierte den Hohlpreis im Grundangebot zu Fr. 349'200.- sowie für die erste und zweite Option jeweils zu Fr. 232'800.-. Zusammen mit dem Kupferpreis resultierte damit für die Beschwerdeführerin der Gesamtbetrag von Fr. 3'597'776.88 und für die Mitbeteiligte der etwas höhere Gesamtbetrag von Fr. 3'628'720.20.

#### **E. 4.5**

Für die Bestimmung der Preisspanne ist die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.1 mit Hinweisen). Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig (VGr, 4. Mai 2017, VB.2016.00615, E. 3.3; 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 4.2; 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 5.4; 22. März 2006, VB.2005.00602, E. 4.2). Wird die Bandbreite (Preisspanne) erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 23. Mai 2019, VB.2019.00109, E. 4.1.2; 10. April 2013, VB.2013.00132, E. 5.1; 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 7.2; 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2).

#### **E. 4.6**

Bei der Überprüfung durch das Verwaltungsgericht ist vorab zu beachten, dass der Vergabestelle bei der Bewertung der Angebotspreise – ebenso wie bei den anderen Zuschlagskriterien – ein erheblicher Spielraum zusteht (VGr, 27. Oktober 2016, VB.2016.00505, E. 3.1 mit 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; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

#### **E. 4.7**

Eine Preisspanne von 50 % erweist sich bei der gegebenen Sachlage klarerweise als unrealistisch hoch und damit – auch unter Berücksichtigung des dargelegten Ermessenspielraums der Vergabebehörde – als unzulässig: Bereits die Höhe der eingegangenen drei Preisangebote legt nahe, dass nur mit einer geringen Preisspanne zu rechnen war. Bei Angebotspreisen von ca. Fr. 3,6 Mio. bewegten sich die drei Angebote innerhalb einer Bandbreite von nur rund Fr. 30'000.-, was weniger als 1 % ausmacht. Gegen die Annahme einer realistischen Bandbreite von 50 % spricht aber vor allem, dass die Anbietenden bei der Preisgestaltung – wie gesehen – nur einen geringen Spielraum hatten, nämlich faktisch lediglich bezüglich der Hohlpreise, die jedoch gegenüber dem vorgegebenen Kupferpreis nur untergeordnet ins Gewicht fielen. Angesichts dieser Umstände ist – entsprechend der Auffassung der Beschwerdeführerin – erstellt, dass realistischerweise eine weit tiefere Preisspanne und jedenfalls eine solche von höchstens

15–20 % zu erwarten war. Der gegenteilige Standpunkt des Beschwerdegegners bleibt spekulativ. Dazu ist im Übrigen anzufügen, dass eine Preisspanne von 50 % in den veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen gerade nicht festgesetzt worden war.

#### **E. 4.8**

Bei Anwendung einer vorliegend noch maximal zulässigen Preisspanne von 20 % (Fr. 719'555.38) ergeben sich nach der gängigen Bewertungsformel (vgl. dazu etwa VGr, 4. Mai 2017, VB.2016.00615, E. 3.5) für die Mitbeteiligte neu die Note 5,742 und damit 344,5 Punkte statt wie bisher 354,8 Punkte. Ihre Gesamtpunktzahl verringert sich demnach um 10,3 Punkte auf 558,0 Punkte. Für die Beschwerdeführerin mit dem tiefsten Preisangebot bleiben die Zahlen unverändert mit der Maximalpunktzahl 565,0. Sie rückt damit anstelle der Mitbeteiligten auf den ersten Rang vor. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet, ohne dass zusätzlich die Rügen betreffend die Bewertung der Angebote in den Qualitätskriterien zu prüfen wären.

#### **E. 4.9**

Zu prüfen ist jedoch, ob eine allenfalls verspätete Rügeerhebung der Beschwerdegutheissung entgegensteht.

##### **E. 4.9.1**

Nach Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB kann die Ausschreibung des Auftrags selbständig angefochten werden. Gemäss konstanter Praxis des Verwaltungsgerichts ist aus dieser Möglichkeit zur selbständigen Anfechtung der Ausschreibung allerdings nicht der Schluss zu ziehen, der Anbieter müsse die Ausschreibung zur Wahrung seiner Rechte sofort anfechten. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich jedoch die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel jedenfalls ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.1998.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 667 f., Rz. 1259; 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 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 an sie keine strengen Anforderungen zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

##### **E. 4.9.2**

Wie gesehen, enthalten die veröffentlichten Ausschreibungsunterlagen keine Angaben zur anwendbaren Preisspanne. Insofern bestand für die Beschwerdeführerin von vornherein kein Anlass, um beim Beschwerdegegner einen Mangel geltend zu machen. Eine solche Obliegenheit lässt sich auch nicht daraus ableiten, dass sich ein Anbieter zuvor bereits an

einer ähnlichen Ausschreibung der Vergabestelle beteiligt hatte; die Rügepflicht kann nur das infrage stehende Beschaffungsverfahren betreffen. Somit kann der Beschwerdegegner aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin die Anwendbarkeit einer zu grossen Preisspanne erst im Beschwerdeverfahren beanstandet hat, nichts Entscheidendes für eine Verspätung der Rüge ableiten.

#### **E. 4.10**

Damit ist die Beschwerde entsprechend der korrigierten Rangierung gutzuheissen, die angefochtene Zuschlagsverfügung aufzuheben und der Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

#### **E. 5**

Bei diesem Ergebnis wird das prozessuale Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 6.1**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Vorliegend besteht kein Anlass, um von diesem Grundsatz abzuweichen. Somit sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen.

#### **E. 6.2**

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte. Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt; der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zuzusprechen.

#### **E. 7**

Der Auftragswert von rund Fr. 3,6 Mio. übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]). Demzufolge ist gegen diesen Entscheid 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. Andernfalls steht dagegen 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.