

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00503 vom 22. Oktober 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-10-22, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00503

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00503 du 22 octobre 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00503 del 22 ottobre 2020

Regeste

Submission | Generalplanung für Sanierung und Erweiterung einer Sportanlage: nachträglicher Ausschluss; Bewertung von Angebotspreisen. Die Vergabebehörde, die sich nicht bereits während des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat, kann sich nicht nachträglich, während des Beschwerdeverfahrens, auf bei der Vergabe bereits bestehende Gründe für einen Ausschluss der Beschwerde führenden Anbieterin berufen. Dies gilt jedenfalls, wenn der Mangel des Angebots nicht zwingend zum Ausschluss führt (E. 3). Wohl steht der Vergabestelle bei der Bewertung der Angebotspreise – ebenso wie bei den anderen Zuschlagskriterien – ein erheblicher Spielraum zu. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (E. 4.2). Im Gegensatz zu anderen Zuschlagskriterien sind die Offertpreise mathematisch exakt bewertbar. Es entspricht deshalb konstanter Praxis, dass die Bewertung entsprechend linear und nicht in grossen Punkteschritten zu erfolgen hat (E. 4.3). Gutheissung und Zurückweisung zur Zuschlagserteilung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2020.00503 Urteil der 1. Kammer vom 22. Oktober 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichter André Moser, Gerichtsschreiber Jonas Alig. In Sachen A AG, Beschwerdeführerin, gegen Gemeinde Regensdorf, v ertreten durch Gemeinderat Regensdorf, dieser vertreten durch RA B, Beschwerdegegnerin, und C AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Gemeinde Regensdorf führte ein selektives Submissionsverfahren betreffend die Generalplanung für die Sanierung und Erweiterung der Sportanlage Wisacher durch. Alle sechs Unternehmen, die termingerecht die Präqualifikationsunterlagen eingereicht hatten, wurden zur 2. Stufe zugelassen. Fünf Unternehmen reichten in der Folge ein Angebot ein, darunter die A AG. Mit Beschluss vom 7. Juli 2020 erging der Zuschlag an die C AG, für welche die Vergabebehörde gemäss Offertöffnungsprotokoll eine revidierte Offertsumme von Fr. 850'311.- errechnet hatte; für die A AG ergab sich eine revidierte Offertsumme von Fr. 846'897.-. II. Die A AG gelangte am 24. Juli 2020 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und ihr den Zuschlag zu erteilen, eventualiter die Angelegenheit zur korrekten Neuauswertung an die Gemeinde Regensdorf zurückzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gemeinde. Prozessual ersuchte sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und Akteneinsicht zu gewähren. Mit

Präsidialverfügung vom 27. Juli 2020 wurde der Gemeinde Regensdorf und der C AG Frist für die Beschwerdeantwort samt Unterlagen angesetzt und ein Vertragsschluss einstweilen untersagt. Die Gemeinde Regensdorf ersuchte mit Beschwerdeantwort vom 25. August 2020 um Beschwerdeabweisung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der A AG. Zudem vertrat sie die Auffassung, von der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde sei abzusehen. Die C AG hat sich nicht vernehmen lassen. Mit Präsidialverfügung vom 31. August 2020 wurde der A AG Frist zur Replik angesetzt unter Gewährung von Akteneinsicht im zulässigen Umfang. Das Verbot zum Vertragsschluss wurde aufrechterhalten. Die Replik der A AG erfolgte am 10. September 2020, die Duplik der Gemeinde Regensdorf am 24. September 2020, jeweils unter Aufrechterhaltung der Anträge. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

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. 1.2

Die Beschwerdeführerin rügt im Wesentlichen die Bewertung der Angebote als sachwidrig und willkürlich. Sie macht geltend, die Vergabebehörde habe bei der Preisbewertung einen weit zu groben Raster angewendet und zudem den angebotenen Rabatt nur teilweise berücksichtigt. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 2

In der Offertanfrage an die Beteiligten der 2. Phase bezeichnete die Beschwerdegegnerin als einziges Zuschlagskriterium den Preis der Angebote, nämlich mit drei Unterkriterien wie folgt: Angebot Phase 01 pauschal = 0,4 bis 2 Punkte Angebot Phase 02 nach Honorarsumme BKP 1 bis 4 = 0,4 bis 2 Punkte Gesamtstundenansatz = 0,2 bis 1 Punkt Die Parteien sind sich grundsätzlich einig darin, dass gemäss diesen Vorgaben das günstigste Angebot pro Unterkriterium das jeweilige Punktemaximum erhalten sollte und das teuerste Angebot das Punkteminimum. Sodann erhellt die Vorgabe, dass die beiden ersten Unterkriterien zu 40 % gewichtet werden und der Gesamtstundenansatz zu 20 %. In diesem Sinn erfolgte denn auch die Bewertung einzig nach den offerierten Preisen. Dabei erreichte das Angebot der Mitbeteiligten Rang 1 mit 3,6 Punkten und das Angebot der Beschwerdeführerin, zusammen mit einem weiteren Angebot, den 2. Rang mit je 3 Punkten. Die Beschwerde richtet sich gegen diese Bewertung.

E. 3

Auf die Bewertung der Angebote müsste allerdings dann nicht weiter eingegangen werden, wenn das Angebot der Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen wäre, wie dies die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort thematisiert. Die Zuschlagsverfügung

und die weiteren eingereichten Akten geben keine Hinweise darauf, dass die Beschwerdegegnerin bereits im Zeitpunkt der Vergabe bezüglich des Angebots der Beschwerdeführerin vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes ausgegangen wäre. Die Vergabebehörde, die sich nicht bereits während des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat, kann sich nicht nachträglich, während des Beschwerdeverfahrens, auf bei der Vergabe bereits bestehende Gründe für einen Ausschluss der Beschwerde führenden Anbieterin berufen. Dies gilt jedenfalls, wenn der Mangel des Angebots nicht zwingend zum Ausschluss führt (vgl. VGr, VB.2017.00367, E. 5.1; 8. März 2006, VB.2005.00286, E. 2.5; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 452). Mit ihren Ausführungen vermag die Beschwerdegegnerin keinen (solchen) Mangel im Angebot der Beschwerdeführerin aufzuzeigen. Wohl trifft es zu, dass die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte keinen Preis für die Fachkoordination der 2. Phase eingesetzt hat. Jedoch führte die Beschwerdeführerin mit der Replik aus, dass sie für die Fachkoordination in der Phase 2 nichts verlangt und deshalb nichts eingesetzt habe. Dies erscheint grundsätzlich als zulässig und blieb vonseiten der Beschwerdegegnerin in der Folge unwidersprochen. Ein zwingender Ausschlussgrund ist jedenfalls nicht anzunehmen. Musste das Angebot der Beschwerdeführerin demnach nicht vom Submissionsverfahren ausgeschlossen werden, sind im Folgenden deren Rügen betreffend die Bewertung der Angebote zu prüfen.

E. 4

Die Beschwerdeführerin beanstandet in erster Linie die nicht lineare Bewertung der Preise.

E. 4.1

Die Beschwerdegegnerin verwendete bei der Bewertung der ersten beiden Unterkriterien – ohne nähere Begründung – jeweils Schritte von 0,4 Punkten (Bandbreite 1,6 Punkte), unabhängig von der tatsächlichen Differenz benachbarter Angebotspreise. Analog dazu erfolgten beim dritten Unterkriterium Schritte von 0,2 Punkten (Bandbreite 0,8 Punkte).

E. 4.2

Wohl steht der Vergabestelle bei der Bewertung der Angebotspreise – ebenso wie bei den anderen Zuschlagskriterien – ein erheblicher Spielraum zu (VGr, 27. Oktober 2016, VB.2016.00505, E. 3.1 mit Hinweisen und auch zum Folgenden). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [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. 4.3

Im Gegensatz zu anderen Zuschlagskriterien sind die Offertpreise mathematisch exakt bewertbar. Es entspricht deshalb konstanter Praxis, dass die Bewertung entsprechend linear und nicht in grossen Punkteschritten zu erfolgen hat (vgl. etwa VGr, 18. September 2019, VB.2019.00450, E. 5.2.1; Claudia Schneider Heusi, Die Bewertung des Preises in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 327 ff., S. 344 f., mit Hinweisen).

E. 4.4

Die vorliegend strittige Bewertung ist weit entfernt von einer linearen Bewertung. Anstatt die Differenzen zwischen den Angebotspreisen real wiederzugeben, erfolgte wie gesehen jeweils stets dieselbe Punktedifferenz zwischen zwei benachbarten Angebotspreisen. Die gewählte Punktedifferenz zwischen zwei benachbarten Angebotspreisen beträgt in allen drei Unterkriterien jeweils 20 %. Auch etwa bei einer effektiven Preisdifferenz der Angebote von weniger als 1 % resultiert bei diesem Vorgehen in der Bewertung eine Punktedifferenz von 20 %. Diese grobe Punkteskala im Preiskriterium erweist sich als offensichtlich unzulässig und nicht haltbar, zumal die Vergabebehörde keine Gründe für das gewählte Vorgehen vorzubringen wusste. Die rechtswidrige Bewertung, mit der die Vergabebehörde das Ermessen missbraucht, ist zu korrigieren. Dabei ist die Neubewertung nach der gängigen Formel des Verwaltungsgerichts vorzunehmen. Wohl trifft es zu, dass diese Formel nicht etwa die einzig zulässige ist. Indessen steht es dem Verwaltungsgericht in Anwendung von § 63 Abs. 1 VRG ohne Weiteres zu, die rechtswidrige Bewertung im Rahmen des Neurechts durch eine rechtskonforme Bewertung zu ersetzen; dabei kann das Verwaltungsgericht Ermessen ausüben (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 63 N. 19).

E. 4.5

Anhand der gängigen Formel (vgl. etwa VGr, 23. Mai 2019, VB.2019.00109, E. 4.1.3; 17. April 2014, VB.2013.00824, E. 6.4; 21. April 2004, VB.2003.00469, E. 2.5 = BEZ 2004 Nr. 34 = ZBI 105/2004 S. 382) ergeben sich damit in den ersten beiden Unterkriterien folgende Ergebnisse:

E. 4.5.1

Unterkriterium Angebot Phase 1: Das tiefste Angebot beträgt Fr. 200'860.50. Die Preisspanne (zum höchsten Angebot) beträgt Fr. 112.994.53. Damit erreicht das Angebot der Beschwerdeführerin (Fr. 258'488.08) 49,0 % des Maximums und das Angebot der Mitbeteiligten (Fr. 279'459.96) 30,4 % des Maximums. Innerhalb des vorgegebenen Punkterahmens von 0,4 bis 2,0 Punkten erreicht die Beschwerdeführerin damit 1,18 Punkte und die Mitbeteiligte 0,89 Punkte.

E. 4.5.2

Unterkriterium Angebot Phase 2: Das tiefste Angebot beträgt hier Fr. 570'850.93 (Angebot der Mitbeteiligten). Die Preisspanne (zum höchsten Angebot) beträgt Fr. 94'043.64. Damit erreicht das Angebot der Beschwerdeführerin (Fr. 588'408.72) 81,3 % des Maximums und das Angebot der Mitbeteiligten als das tiefste 100 %. Innerhalb des vorgegebenen Punkterahmens von 0,4 bis 2,0 Punkten erreicht die Beschwerdeführerin damit 1,7 und die Mitbeteiligte das Maximum von 2,0 Punkten.

E. 4.5.3

Unterkriterium Gesamtstundenansatz: Bezüglich dieses dritten Unterkriteriums verweist die Beschwerdeführerin auf ihr Angebot, für welches sie einen Rabatt von 10 % gewährt hat. Sie führt aus, in der Bewertung sei der Rabatt beim Gesamtstundenansatz zu Unrecht unberücksichtigt geblieben. Die Beschwerdegegnerin bringt dagegen vor, dass die Bewertung in diesem Unterkriterium bei allen Anbietenden ohne Berücksichtigung eines offerierten Rabatts erfolgt sei. Damit sei die Bewertung für alle rechtsgleich und diskriminierungsfrei sowie im Rahmen des zulässigen Ermessens erfolgt. Dieser Argumentation könnte allenfalls gefolgt werden, wenn auch die anderen Anbietenden einen

vergleichbaren Rabatt gewährt hätten. Solches macht die Beschwerdegegnerin allerdings nicht geltend und ergibt sich auch nicht aus den eingereichten Akten. Wären vergleichbare Rabatte offeriert worden, so könnte deren Nichtberücksichtigung dem Gleichheitsgebot unter Umständen noch standhalten. Erfolgt ein Angebot unter vorbehaltloser Gewährung eines 10%igen Rabatts und die anderen ohne Rabatt, so erscheint die Ausserachtlassung des Rabatts, bzw. damit die Berücksichtigung eines höheren Betrags als tatsächlich offeriert, als offensichtlich rechtswidrig. Der von der Beschwerdeführerin offerierte Rabatt von 10 % ist beim Stundenansatz folglich zu berücksichtigen. Die Bewertung des Unterkriteriums Gesamtstundenansatz ist demnach zusätzlich unter Zugrundelegung eines Stundenansatzes für das Angebot der Beschwerdeführerin von Fr. 112.50 (statt Fr. 125.-) zu korrigieren: Der tiefste Stundenansatz beträgt Fr. 105.-. Die Preisspanne (zum höchsten Angebot) beträgt Fr. 18.-. Damit erreicht der um 10 % reduzierte Stundenansatz der Beschwerdeführerin (Fr. 112.50) 58,3 % des Maximums und das Angebot der Mitbeteiligten (als das höchste) 0 %. Innerhalb des vorgegebenen Punkterahmens von 0,2 bis 1,0 Punkten erreicht die Beschwerdeführerin damit 0,67 Punkte und die Mitbeteiligte 0,2 Punkte.

E. 4.6

Die Addition der Ergebnisse aus den drei Unterkriterien ergibt für die Beschwerdeführerin 3,55 Punkte und für die Mitbeteiligte 3,09 Punkte. Die angefochtene Vergabe an die Mitbeteiligte erweist sich angesichts dieses deutlichen Rückstands als rechtswidrig.

E. 5

Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des Zuschlags an die Mitbeteiligte. Der Rückstand der übrigen Anbietenden ist – unter Berücksichtigung des korrigierten Stundenansatzes – deutlich . Es handelt sich um eine Konstellation, die hinreichend geklärt ist. Die Vergabe hat entsprechend dem Hauptantrag an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Dabei erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag in der Regel nicht selber, sondern weist die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Vergabestelle zurück (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33). Die Sache ist deshalb an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, um den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

E. 6

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 7

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und ist sie angesichts des besonderen Aufwands für das Beschwerdeverfahren zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die (nicht anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG); angemessen sind Fr. 1'500.-.

E. 8

Der geschätzte Auftragswert von rund Fr. 850'000.- übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b 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]). Gegen dieses Urteil kann daher, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde

in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

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