

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00119 vom 8. April 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-04-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00119

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00119 du 8 avril 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00119 del 8 aprile 2021

Regeste

Submission | Vergabe von Bauleistungen im Einladungsverfahren: Bewertung des Zuschlagskriteriums "Bauprogramm". Nach der Gerichtspraxis muss für die Anbietenden aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennbar sein, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind. Das Transparenzgebot verlangt nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde bei der Bewertung der Offerten die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien weiter verfeinert, ohne diese Subkriterien der unteren Ebenen ihrerseits mit der Ausschreibung zu veröffentlichen. Werden in den Ausschreibungsunterlagen allerdings Angaben zur Bewertung gemacht, so sind sie in der Folge für die Vergabebehörde verbindlich. Für die Bewertung sind die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbieterinnen in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Mit der gewählten Formulierung wurde die Dauer ins Zentrum gestellt und darauf hingewiesen, dass daneben auch beurteilt werde, ob die Baudauer realistisch sei. Dies erhellt ohne Weiteres, dass die Beschwerdegegnerin die angebotene Dauer als Unterkriterium bewerten durfte und musste. Die gerügte Bewertung lag innerhalb des grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörde (E.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 finden die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB), die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen Entscheide in Vergabeverfahren 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 des

Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und der Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin hat im Vergabeverfahren das betragsmässig tiefste Angebot eingereicht. Sie rügt die Bewertung ihres Angebots im Zuschlagskriterium Bauprogramm als zu tief und macht geltend, mit einer korrekten Bewertung würde sie insgesamt eine höhere Punktzahl als die Mitbeteiligte erzielen. Erweisen sich die Rügen als berechtigt, hätte ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3.1

Zuschlagskriterien dienen der 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 und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 SubmV). Bei deren Festlegung und Anwendung steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 IVöB, § 50 VRG; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit Hinweisen).

E. 3.2

Vorliegend hat die Beschwerdegegnerin die Zuschlagskriterien samt Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen bekanntgegeben: - Preis (70 %) - Bauprogramm (20 %) - Referenzen (10 %) Daran anschliessend wurde unter der Marginalie "Bauzeit" Folgendes vermerkt: "Neben der eigentlichen Dauer der Bauarbeiten wird auch beurteilt, ob die offerierte Bauzeit gemessen an den eingesetzten Ressourcen realistisch ist." Weiter enthielten die Ausschreibungsunterlagen ein Blatt "Personaleinsatz auf der Baustelle" mit dem Hinweis, dass die Ausführung aufgrund der Terminvorgabe mit genügend Personal zu planen sei; es konnten "z.B. Anzahl Personen auf der Baustelle in Abhängigkeit vom Bauprogramm" angegeben werden.

E. 3.3

Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten erzielten in der korrigierten und massgeblichen Bewertung anhand der Zuschlagskriterien folgende Ergebnisse:

Mitbeteiligte	Beschwerdeführerin	Zuschlagskriterium	gewichtet in %	Punkte	Punkte	Preis
gemäss Angebot	70 %	69	70	Bauprogramm	20 %	18
16	Referenzen	10 %	10	10	Total	
Bewertungspunkte	100 %	97	96	Rang	1	2

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe ihr Angebot im Kriterium Bauprogramm zu tief und dasjenige der Mitbeteiligten zu hoch bewertet. Die Beschwerdegegnerin beurteilte das Zuschlagskriterium Bauprogramm zum einen nach Bauprogramm/Bauablauf und zum anderen nach dem Vorgehensvorschlag. Für beide

Unterkriterien wurde jeweils eine gleich gewichtete Note vergeben, die in die Gesamtbewertung eingeflossen ist.

E. 4.1.1

Bauprogramm/Bauablauf wurden bei der Mitbeteiligten als sehr gut bewertet (Maximalnote 10) und bei der Beschwerdeführerin als gut (Note 8). Zur Begründung der sehr guten Bewertung führte die Beschwerdegegnerin insbesondere aus, dass das Angebot der Mitbeteiligten in innovativer Weise einen kürzeren und flexibel gestalteten Bauablauf enthalte. Der Ablauf könne um mindestens fünf Tage verkürzt werden. Dies stelle einen grossen Vorteil dar, da die Erweiterung schneller und gleichzeitig mit weniger Einschränkungen für den Friedhofbetrieb durchgeführt werden könne. Die Beschwerdeführerin wendet dagegen zunächst ein, eine Bewertung der Angebote nach der Dauer der Bauzeit sei nicht zulässig, da für die Anbieter im Voraus erkennbar sein müsse, welche Aspekte eines Angebots für die Bewertung wesentlich sind.

E. 4.1.2

Nach der Gerichtspraxis muss für die Anbietenden aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennbar sein, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind. Das Transparenzgebot verlangt nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde bei der Bewertung der Offerten die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien weiter verfeinert, ohne diese Subkriterien der unteren Ebenen ihrerseits mit der Ausschreibung zu veröffentlichen (vgl. etwa BGr, 21. Januar 2003, 2P.111/2003, E. 2.1.1; 10. M. z 2003, 2P.172/2002, E. 2.3; VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2, mit zahlreichen Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 434 f. N. 970). Werden in den Ausschreibungsunterlagen allerdings Angaben zur Bewertung gemacht, so sind sie in der Folge für die Vergabebehörde verbindlich (VGr, 9. Mai 2018, VB.2017.00854, E. 6.2.2; 16. November 2017, VB.2017.00495; E. 4.2; Galli et al., S. 387 N. 859). Für die Bewertung sind die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1, mit Hinweisen).

E. 4.1.3

Vorliegend massgeblich ist die bereits zitierte Anmerkung in den Ausschreibungsunterlagen zum Zuschlagskriterium Bauprogramm, wonach neben der eigentlichen Dauer der Bauarbeiten auch beurteilt wurde, ob die offerierte Bauzeit realistisch sei. Diese Konkretisierung war zwanglos dahingehend zu verstehen, dass zum einen die offerierte Dauer der Bauarbeiten bewertet würde. Mit der gewählten Formulierung wurde die Dauer ins Zentrum gestellt und darauf hingewiesen, dass daneben auch beurteilt werde, ob die Baudauer realistisch sei. Dies erhellt ohne Weiteres, dass die Beschwerdegegnerin die angebotene Dauer als Unterkriterium bewerten durfte und musste. Nichts anderes vermag die Beschwerdeführerin aus der Bemerkung in den Ausschreibungsunterlagen ableiten, wonach das Bauende vorbehältlich der Witterung verbindlich sei. Bereits mit Blick auf das notorische Interesse der Auftraggeberin an einer zügigen Bauausführung ist diese Bemerkung dahingehend zu verstehen, dass die

Vergabebehörde einen verbindlichen Zeitpunkt für die Beendigung der Arbeiten fixiert haben will, nicht aber, dass sie gegen eine frühere Fertigstellung Einwendungen hätte; anders wäre die Formulierung allenfalls dann zu verstehen, wenn die Arbeiten mit anderen Projekten zu koordinieren wäre, wofür vorliegend aber keine Hinweise bestehen.

E. 4.2

Bei der Überprüfung der Bewertung der Angebote nach dem Unterkriterium Bauprogramm/Bauablauf ergibt sich weiter Folgendes: Die Mitbeteiligte hat in ihrem Angebot durchaus eine gegenüber dem Bauprogramm der Ausschreibungsunterlagen kürzere Baudauer vorgeschlagen: Sie machte auf S. 14 des Angebots den Vermerk, wonach die Baudauer gemäss geändertem Bauprogramm um "ca. 5 Tage verkürzt" sei. Dasselbe ergibt sich aus dem geänderten Bauprogramm als Beilage am Ende ihrer Offerte. Die diesbezüglichen Einwendungen der Beschwerdeführerin vermögen nicht infrage zu stellen, dass die Mitbeteiligte eine etwas kürzere Baudauer vorgeschlagen hat; sowohl bei den Leistungen Gartenbau (Pos. 10) als auch bei den Baumeisterarbeiten (Pos. 26) ergeben sich im Angebot der Mitbeteiligten kürzere Bauzeiten. Dabei bleibt es unwesentlich, ob die darüber hinaus von der Mitbeteiligten angetönte Möglichkeit, mit den Arbeiten früher zu beginnen, zusätzlich ins Gewicht fällt. Bereits aufgrund der kürzeren Bauzeit durfte die Vergabebehörde das Angebot der Mitbeteiligten in diesem Unterkriterium etwas besser bewerten als dasjenige der Beschwerdeführerin, die gegenüber dem Bauprogramm der Ausschreibungsunterlagen keine Abweichungen vorschlug.

E. 4.3

Gemäss der erwähnten Anmerkung in den Ausschreibungsunterlagen war als zweites Unterkriterium zu bewerten, ob (bzw. inwieweit) die offerierte Bauzeit gemessen an den eingesetzten Ressourcen realistisch ist. Die Vergabebehörde bewertete dieses Unterkriterium unter dem Titel "Vorgehensvorschlag" bei beiden Anbieterinnen als gut. Beide hätten eine solide Vorgehensweise vorgeschlagen, eine angemessene Anzahl Personen auf der Baustelle sowie einen sinnvollen Mitteleinsatz offeriert. Dementsprechend seien die beiden Angebote hier gleich benotet worden. Die Beschwerdeführerin rügt die identische Punktevergabe in diesem Unterkriterium namentlich mit der Begründung, die Kürzung des Bauprogramms durch die Mitbeteiligte sei nicht realistisch, zumal diese weniger Mittel einsetze als die Beschwerdeführerin. Zudem habe sie (die Beschwerdeführerin) den Mitteleinsatz im Gegensatz zur Mitbeteiligten im Bauprogramm detailliert angegeben.

E. 4.3.1

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass aufseiten der Beschwerdeführerin insgesamt kein grösserer Personal- bzw. Mitteleinsatz ersichtlich ist als bei der Mitbeteiligten. Für die grosse Mehrzahl der Arbeiten sieht das Angebot der Beschwerdeführerin bis zu drei oder vier Mann vor. Nur für die Positionen 19 und 23 sind bis zu fünf bzw. bis zu sieben Mann eingeplant. Die Mitbeteiligte demgegenüber plante mit "2-5 Mann" je nach Arbeit und Witterung. Aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin somit zu Position 23 den Einsatz von zwei Mann mehr in Betracht zog als die Mitbeteiligte, lässt sich insgesamt nicht auf den Einsatz von mehr Personal schliessen. Im Gegenteil kann beim prinzipiellen Einsatz von bis zu fünf Mann in der Tendenz eher von einem höheren Personaleinsatz ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin hat, ebenso wie die Mitbeteiligte allgemein, für jede Position einen Rahmen für den vorgesehenen Personaleinsatz und damit ebenfalls keine

exakte Einsatzzahl angegeben. Mit anderen Worten: Beide Anbieterinnen haben keine Angaben gemacht, aus welchen sich der tatsächliche geplante Personaleinsatz ermitteln lässt. Andererseits bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Arbeiten mit dem von den beiden Anbieterinnen genannten Personalrahmen nicht zeitgerecht erledigt werden könnten. Zwar hat die Beschwerdeführerin wie gesehen detailliertere Angaben zum Personaleinsatz gemacht, indessen betonte die Mitbeteiligte beim Personaleinsatz im Speziellen ihre Möglichkeit zu grosser Flexibilität, was – entgegen der nicht plausiblen Annahme der Beschwerdeführerin – bei der Bewertung berücksichtigt werden darf; die Fähigkeit zu flexiblen Einsätzen kann durchaus zur Beschleunigung der Arbeiten beitragen.

E. 4.3.2

Vergleichbares gilt für den maschinellen Mitteleinsatz der beiden Anbieterinnen. Während die Beschwerdeführerin im Bauprogramm jeweils aufführte, wann ein Bagger und ein Transporter zum Einsatz kommen, wies die Mitbeteiligte in der Offerte darauf hin, dass bei diversen Arbeiten ein mobiler Baukran eingerechnet sei. Die Verwendung eines mobilen Baukrans lässt sich durchaus als Indiz für eine Beschleunigung der Arbeiten auffassen.

E. 4.3.3

Insgesamt erscheint es unter Berücksichtigung des grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörde noch als vertretbar, wenn sie die beiden Angebote in diesem Unterkriterium gleich benotet. Die offerierte Bauzeit ist im Angebot der Beschwerdeführerin nicht in einer Weise, die zwingend eine bessere Benotung verlangen würde, realistischer begründet als die ca. fünf Tage kürzere Bauzeit gemäss dem Angebot der Mitbeteiligten.

E. 5

Zusammengefasst liegt die gerügte Bewertung der Angebote nach den Zuschlagskriterien innerhalb des grossen vorinstanzlichen Ermessens und erweist sich damit die von der Vergabebehörde ermittelte Rangierung der Mitbeteiligten auf dem ersten Platz als rechtmässig. Bei diesem Ergebnis ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 6

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

E. 7

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG) und entfällt ein Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG); indes ist auch der Beschwerdegegnerin keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen die Begründung der Zuschlagsverfügung nachgeholt hat.

E. 8

Der Auftragswert von rund Fr. 165'000.- übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen nicht (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). 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.