

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00388 vom 21. Dezember 2022**

ZH Verwaltungsgericht, 2022-12-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00388](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00388)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00388 du 21 décembre 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00388 del 21 dicembre 2022

## **Regeste**

Submission | Bewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzen Schlüsselpersonen"; zweiter Rechtsgang Bei der Bewertung von Referenzobjekten gibt es hauptsächlich zwei mögliche Ansätze. Einerseits kann es um die Vergleichbarkeit gehen; damit wird bewertet, in welchem Grad ein Referenzobjekt der ausgeschriebenen Leistung ähnlich ist, oder es kann die Qualität der Referenzobjekte bzw. die Leistung des Anbieters bewertet werden (E. 3.3). Das Verwaltungsgericht führte in seinem Rückweisungsurteil im ersten Rechtsgang aus, dass angesichts der Bezeichnung des infrage stehenden Zuschlagskriteriums als "Referenzen Schlüsselpersonen" nicht Referenzobjekte des Unternehmens, sondern die Referenzen der Schlüsselpersonen bzw. deren Referenzobjekte zu bewerten seien. Neben Ausbildung bzw. Tätigkeit der Schlüsselpersonen seien auch die Referenzobjekte der Schlüsselpersonen zu bewerten. Weiter dürfe im vorliegenden Fall das Kriterium der Vergleichbarkeit nicht aussen vor gelassen werden, zumal die Vergabebehörde dieses in einem vergleichbaren Submissionsverfahren berücksichtigt hatte (E. 5.2). In ihrem Neuentscheid hat die Vergabebehörde wiederum keine Punkte für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte vergeben. Die Bewertung ist zu korrigieren. Eine nochmalige Rückweisung zur Neubewertung erscheint nicht als gerechtfertigt; die Sache ist durch das Verwaltungsgericht zu entscheiden (E. 5.4). Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen (E. 5.6). Gutheissung und Rückweisung zur Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber 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) sowie 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 Verwaltungsrechtspflege- gesetzes 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**

Gemäss Auswertung erzielte die Mitbeteiligte mit 84,01 Punkten die höchste Punktzahl; das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert bei einem Rückstand von 0,12 Punkten mit 83,89 Punkten auf Rang 2. Die Beschwerde richtet sich gegen die Bewertung der Angebote in den Zuschlagskriterien "Referenzen Schlüsselpersonen" und "Auftragsanalyse"; die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr Angebot bei rechtskonformer Bewertung die höchste Punktzahl erreicht. Erweisen sich die Rügen als berechtigt, hätte das Angebot der Beschwerdeführerin eine reelle 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 bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 SubmV). Bei deren Festlegung und Anwendung steht ihr 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**

Die Vergabebehörde trifft grundsätzlich keine Pflicht zur Bekanntgabe detaillierter Unterkriterien. Entscheidend ist, dass für die Anbietenden erkennbar wird, 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. März 2003, 2P.172/2002, E. 2.3; VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2, mit zahlreichen Hinweisen). 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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 387 Rz. 859). Für die Bewertung sind die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden 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. 3.3**

Bei der Bewertung von Referenzobjekten gibt es hauptsächlich zwei mögliche Ansätze. Einerseits kann es um die Vergleichbarkeit gehen; damit wird bewertet, in welchem Grad ein Referenzobjekt der ausgeschriebenen Leistung ähnlich ist. Oder es kann die Qualität der Referenzobjekte bzw. die Leistung des Anbieters, namentlich auch mittels Einholung von Auskünften, bewertet werden. Dabei gibt es keine Regel, wonach Referenzen nach dem einen oder anderen Aspekt oder stets nach beiden Aspekten bewertet werden müssten (VGr, 4. März 2021, VB.2020.00903, E. 4.2.1).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdegegnerin hatte die Zuschlagskriterien samt Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen (Bestimmungen zum Vergabeverfahren) wie folgt bekannt gegeben: - ZK 1 Preis (60 %) - ZK 2 Referenzen Schlüsselpersonen (10 %) - ZK 3 Auftragsanalyse (25 %) - ZK 4 Lehrlingsausbildung (5 %) Weiter enthielten die Ausschreibungsunterlagen die Formulare "Referenzen Schlüsselpersonen". Darin wurden für Bauführer und Polier der jeweiligen Anbieterin zum einen Angaben zu deren Ausbildung und Arbeitstätigkeit verlangt und zum anderen waren je zwei Referenzprojekte mit Beschreibung und die Daten einer jeweiligen Auskunftsperson zu nennen.

### **E. 4.2**

Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten erzielten in der neuen Bewertung anhand der Zuschlagskriterien folgende Ergebnisse: Zuschlagskriterium Gewichtung in % Punkte Mitbeteiligte Punkte Beschwerdeführerin Preis 60 % 53,62 60,00 Referenzen Schlüsselpersonen 10 % 8,06 5,56 Auftragsanalyse 25 % 17,33 13,33 Lehrlingsausbildung 5 % 5,00 5,00 Total Bewertungspunkte 100 % 84,01 (Rang 1) 83,89 (Rang 2)

### **E. 5.1**

Die Vergabebehörde hatte das Zuschlagskriterium "Referenzen Schlüsselpersonen" für Bauführer und Polier in der ersten, vom Verwaltungsgericht aufgehobenen Zuschlagsverfügung zum einen nach Ausbildung bzw. Berufstätigkeit und zum anderen nach eingeholten Referenzauskünften bewertet. Die Beschwerdeführerin hatte diesbezüglich im ersten Rechtsgang vor Verwaltungsgericht moniert, dass die Vergabebehörde die Grösse und Vergleichbarkeit der Referenzobjekte nur bei der Eignungsprüfung, nicht aber bei der Bewertung der "Referenzen Schlüsselpersonen" bewertet habe.

### **E. 5.2**

Das Verwaltungsgericht führte im Rückweisungsurteil vom 27. Oktober 2021 zu dieser Rüge aus, dass angesichts der Bezeichnung des infrage stehenden Zuschlagskriteriums als "Referenzen Schlüsselpersonen" nicht Referenzobjekte des Unternehmens, sondern die Referenzen der Schlüsselpersonen bzw. deren Referenzobjekte zu bewerten sind. Zu diesen Referenzen zähle einerseits die Ausbildung und Tätigkeit der Schlüsselperson und andererseits die anzugebenden Referenzobjekte der jeweiligen Schlüsselperson. Neben Ausbildung bzw. Tätigkeit der Schlüsselpersonen seien auch die Referenzobjekte der Schlüsselpersonen zu bewerten. Dazu falle zwar massgeblich in Betracht, dass es keine Regel gebe, gemäss der Referenzobjekte nach der Vergleichbarkeit oder nach der Qualität oder stets nach beiden Aspekten bewertet werden müssten. Allerdings ergebe sich aus den

von der Beschwerdeführerin eingereichten Akten, dass die Beschwerdegegnerin die Referenzobjekte von Schlüsselpersonen in einer vergleichbaren Submission für eine Fahrbahninstandsetzung im Jahr 2020 (Kreisel Neeracher Ried in Höri) offenbar nicht wie vorliegend nach eingeholten Referenzen, sondern nach der Vergleichbarkeit der Objekte bewertet habe; dies obschon das Zuschlagskriterium "Referenzen Schlüsselpersonen" damals im Wesentlichen gleich umschrieben gewesen sei wie in der vorliegenden Ausschreibung. Weiter hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die Auswahl der für die Bewertung massgeblichen Unterkriterien in aller Regel keinen Verdacht auf ein unrechtmässiges Vorgehen zu begründen vermöge. Bei der vorliegenden Vergabe jedoch bestünden Ungereimtheiten, die einen gewissen Verdacht auf eine Benachteiligung des Angebots der Beschwerdeführerin begründen würden. Weil zudem keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich seien, um die Referenzobjekte in vergleichbaren Submissionen nach unterschiedlichen Gesichtspunkten zu bewerten, qualifizierte es das Verwaltungsgericht als unzulässig, wenn die Beschwerdegegnerin die Referenzobjekte der Schlüsselpersonen nach eingeholten Auskünften bewertet und die ebenfalls naheliegende Vergleichbarkeit (im Gegensatz zum anderen erwähnten Submissionsverfahren) aussen vor lasse. Dies sei im Rahmen des neuen Vergabeentscheids entsprechend zu korrigieren.

### **E. 5.3**

Mit der aktuellen Beschwerde wird geltend gemacht, die Vergabebehörde habe das Unterkriterium "Vergleichbarkeit der Referenzobjekte" entgegen den Vorgaben im Rückweisungsentscheid wiederum nicht bewertet. Es seien für Bauführer und Polier jeweils eine Note für die Erfahrung und jeweils zwei Noten für die Referenzabfragen vergeben worden. Keine Note sei dagegen für "Vergleichbarkeit der Referenzobjekte" vergeben worden. Dies habe die Vergabebehörde auf Nachfrage damit begründet, dass die Anbieter vergleichbare Referenzobjekte eingereicht hätten, weshalb auf eine Bewertung verzichtet worden sei. Bei dieser Sachlage hätte nach Auffassung der Beschwerdeführerin indes jeweils eine identische Note für die Vergleichbarkeit vergeben werden müssen, anstatt dass die Note weggelassen wurde. Würde in diesem Sinn jeweils eine vierte, für Bauführer und Polier beider Anbieterinnen identische Note vergeben, so würde das Angebot der Beschwerdeführerin insgesamt auf den ersten Rang vorstossen.

### **E. 5.4**

Tatsächlich hat die Beschwerdegegnerin für die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte im Neuentscheid wiederum keine Noten vergeben und dafür keine überzeugenden Gründe angeführt. Für die Bewertung der betroffenen Mitarbeiter wurden wiederum drei Noten vergeben, nämlich eine für die Erfahrung und jeweils eine für die beiden Referenzabfragen. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdegegnerin auch im Neuentscheid keine Note für die Vergleichbarkeit vergibt, während in der erwähnten Vergabe betreffend den Kreisel Neeracher Ried nicht wie vorliegend nach eingeholten Referenzen, sondern nach der Vergleichbarkeit der Objekte bewertet wurde (vgl. oben E. 5.2). Beachtet hat die Beschwerdegegnerin zwar, dass ein Referenzobjekt des Poliers der Beschwerdeführerin die verlangte finanzielle Grösse nicht erfüllt, sie bezeichnet die technisch/fachliche Vergleichbarkeit im Übrigen aber als (grundsätzlich) zu 100 % gegeben. Im Sinn der obigen Erwägungen hat die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte jedoch nicht nur marginal bzw. zu Ungunsten der Beschwerdeführerin, sondern auch dort in die Bewertung einzufließen, wo die Offerten eben gleich gut zu bewerten sind. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet und ist die Bewertung zu korrigieren. Eine nochmalige

Rückweisung der Sache zur Neubewertung erscheint nicht als gerechtfertigt; vielmehr ist die Sache in Anwendung von § 63 Abs. 1 VRG durch das Verwaltungsgericht zu entscheiden. Dabei kann ein Ermessensentscheid getroffen werden (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zu Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, § 63 N. 18).

## **E. 5.5**

Entsprechend der 100%ig vorhandenen fachlich/technischen Vergleichbarkeit der Referenzobjekte gemäss Auffassung der Beschwerdegegnerin erhalten Bauführer und Polier beider Anbieterinnen für die Vergleichbarkeit jeweils als vierte Note eine 3.

### **E. 5.5.1**

Damit ergeben sich betreffend das Angebot der Beschwerdeführerin folgende Veränderungen: Bauführer D erzielt neu die Durchschnittsnote 1,75. Damit erhöht sich der Faktor auf 58,33333 % und die Punktzahl um 0,69444 auf 2,91666. Polier E erzielt neu die Durchschnittsnote 2,25. Damit erhöht sich der Faktor auf 75 % und die Punktzahl um 0,41667 auf 3,75. Addiert verbessert sich das Ergebnis der Beschwerdeführerin somit um 1,11 Punkte auf total 85,00 Punkte.

### **E. 5.5.2**

Für das Angebot der Mitbeteiligten ändert sich Folgendes: Bauführer F erzielt neu die Durchschnittsnote 2,5. Damit erhöht sich der Faktor auf 83,3333 % und die Punktzahl um 0,27779 auf 4,16667. Polier G erzielt neu die Durchschnittsnote 2,625. Damit erhöht sich der Faktor auf 87,5 % und die Punktzahl um 0,20834 auf 4,375. Addiert verbessert sich das Ergebnis der Mitbeteiligten um 0,48613 Punkte auf total 84,50 Punkte.

### **E. 5.5.3**

Mithin überholt das Angebot der Beschwerdeführerin dasjenige der Mitbeteiligten und steht neu auf Rang 1 mit einem Vorsprung von 0,50 Punkten. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine Prüfung der weiteren Rügen.

## **E. 5.6**

Die Beschwerde ist vielmehr gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 8. Juni 2022 aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag nicht selber; die Sache ist mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33; Donatsch, § 63 N. 20).

## **E. 6**

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin zur Vergabe an die Beschwerdeführerin gilt diese als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Schliesslich ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

## **E. 7**

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). Gegen dieses Urteil 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, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

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