

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00563 vom 25. Januar 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00563

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00563 du 25 janvier 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00563 del 25 gennaio 2024

Regeste

Submission (Zuschlag) | Auftrag für Archivdienstleistungen; Gewichtung der Zuschlagskriterien. Zuschlagskriterien dienen der Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (E. 3.2). Gemäss der § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 aSubmV sind die Zuschlagskriterien mit ihrer Rangordnung oder Gewichtung in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen; damit wird die notwendige Transparenz gewährleistet; eine Nummerierung der Kriterien ist dazu nicht notwendig (E. 3.3). Weil das Zuschlagskriterium "Kosten der angebotenen Leistungen" in den Ausschreibungsunterlagen an dritter Stelle von drei Kriterien aufgeführt ist, war die Folgerung zwingend, dass das Zuschlagskriterium Gesamtpreis keinesfalls höher als mit 33,333 % gewichtet würde. Zu erwarten war sodann, dass die drei Kriterien unterschiedlich hoch gewichtet würden, womit nicht mit einer Gewichtung von über 30 % gerechnet werden konnte (E. 4.2.1). Die gewählte Gewichtung des Preiskriteriums von 20 % liegt im Rahmen des weiten Ermessensspielraum der Vergabebehörde. Vorliegend geht es nämlich um einen komplexen Auftrag (E. 4.2.2). Ohnehin wurde aber – zugunsten der Beschwerdeführerin – die Preisspanne falsch festgesetzt (E. 4.2.3). Eine Angebotspräsentation ist als ein eigenständiges Mittel zur Bewertung der Angebote grundsätzlich zulässig (E. 4.3.1). Die gewählte Gewichtung ist auch materiell nicht zu beanstanden (E. 4.3.3). 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). Gemäss Art. 64 Abs. 1 der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) werden Vergabeverfahren, die vor dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach altes Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Für die Vergabe von Aufträgen gilt weiter die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

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 i.V.m. § 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). Gemäss Auswertung erzielte die Mitbeteiligte die Gesamtnote 4,29; das Angebot der Beschwerdeführerin rangiert mit einer Gesamtnote von 4,04 Punkten auf Rang 2. Mit der Beschwerde macht sie in materieller Hinsicht geltend, das Zuschlagskriterium 3 "Kosten der angebotenen Leistungen" sei mit bloss 20 % und damit unzulässig tief gewichtet worden. Zudem sei das Zuschlagskriterium 1 "Überzeugungskraft des Angebots" falsch bewertet worden. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Kosten der angebotenen Leistungen Dabei wurde ausdrücklich ausgeführt, die Gewichtung der Zuschlagskriterien erfolge in der Reihenfolge ihrer Nennung. Dies entspricht den rechtlichen Vorgaben. Gemäss der § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 aSubmV sind die Zuschlagskriterien mit ihrer Rangordnung oder Gewichtung in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen; damit wird die notwendige Transparenz (Art. 1 Abs. 3 lit. c aIVöB) gewährleistet; eine Nummerierung der Kriterien ist dazu nicht notwendig (vgl. VGr, 10. Februar 2017, VB.2016.00300, E. 3.2; 10. April 2013, VB.2013.00132, E. 4.1; 27. Juni 2012, VB.2012.00026, E. 5; 18. Dezember 2002, VB.2001.00095, E. 3 = RB 2002 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13). Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten erzielten in der Bewertung anhand der Zuschlagskriterien die folgenden Ergebnisse:

Zuschlagskriterium	Gewichtung in %	Note
Mitbeteiligte	50 %	5,13
Beschwerdeführerin	50 %	3,405
Überzeugungskraft des Angebots	30 %	4,187
Erfüllungsgrad des Anforderungskatalogs	30 %	3,776
Kosten der angebotenen Leistungen	20 %	2,33

E. 3.1

Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 aIVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 [BV]). Den Formvorschriften kommt im Submissionsrecht insofern ein hoher Stellenwert zu, als sie wichtige Vergabeprinzipien – namentlich das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot – sichern (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 287 f., Rz. 662).

E. 3.2

Zuschlagskriterien dienen der Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 aSubmV). 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 aSubmV). 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 aIVöB, § 50 VRG; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit Hinweisen).

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin hatte die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen in der folgenden Reihenfolge bekannt gegeben: 1. Überzeugungskraft des Angebots (Präsentation der Anbieterin, Qualität der Referenzen, Dossier) 2. Erfüllungsgrad des Anforderungskatalogs

E. 3.4.1

Das Zuschlagskriterium "Überzeugungskraft des Angebots" gliedert sich gemäss Auswertungsmatrix in die Unterkriterien "Präsentation der Anbieterin" (Gewichtung 80 %), "Qualität der Referenzen" (15 %) und "Dossier" (5 %). Diese Unterkriterien wurden bereits – in der Reihenfolge ihrer Gewichtung – in den Ausschreibungsunterlagen genannt. Bei den – im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen im Lauftext genannten – Unterkriterien des Zuschlagskriteriums "Überzeugungskraft des Angebots" erzielten die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten die folgenden Ergebnisse:

Überzeugungskraft des Angebots	Gewichtung in %	Note Mitbeteiligte	Note Beschwerdeführerin
Präsentation der Anbieterin	80 %	5,287	3,365
Qualität der Referenzen	15 %	4,75	3,25
Dossier	5 %	3,75	4,5
Total	Bewertungsnote 100 %	5,13	3,405

Beim Unterkriterium "Präsentation der Anbieterin" wurden die folgenden einzelnen Aspekte bewertet: Zeit-Management, Team- und Firmenvorstellung, Vorgehen/Ablauf Projekt, Logistik, Schnittstellen, Digitalisierung, Prozesse.

E. 3.4.2

Das Zuschlagskriterium "Erfüllungsgrad des Anforderungskataloges" gliedert sich in die Subkriterien "Anforderungen an die Anbieterin" und "Detaillierter Leistungsbeschrieb" auf. Die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten erzielten bei den Unterkriterien des Zuschlagskriteriums "Erfüllungsgrad des Anforderungskataloges" die folgenden Ergebnisse:

Erfüllungsgrad des Anforderungskataloges	Gewichtung in %	Note Mitbeteiligte	Note Beschwerdeführerin
Anforderungen an die Anbieterin	40 %	4,237	3,513
Detaillierter Leistungsbeschrieb	60 %	4,154	3,952
Total	Bewertungsnote 100 %	4,187	3,776

4. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung der Vergabebehörde hinsichtlich des Zuschlagskriteriums 3 "Kosten der angebotenen Leistungen" sowie betreffend das Unterkriterium 1 "Präsentation der Anbieterin" des Zuschlagskriteriums 1 "Überzeugungskraft des Angebots". 4.1 Der Vergabebehörde steht bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie deren Gewichtung ein weiter Ermessensspielraum zu, sie ist jedoch verpflichtet, dabei der Art der Beschaffung Rechnung zu tragen. Je einfacher und standardisierter eine Leistung ist, desto höher fällt in der Regel die Gewichtung des Preiskriteriums aus (VGr, 18. August 2017, VB.2017.00351, E. 4.3.2 mit Hinweis). Für

weitgehend standardisierte Güter kann sogar ausschliesslich auf den Preis abgestellt werden (§ 33 Abs. 2 aSubmV). Am anderen Ende der Skala legte das Bundesgericht eine Gewichtung des Preiskriteriums von 20 % für einen komplexen Auftrag als untere Grenze des Zulässigen fest (BGE 143 II 553 E. 6.4; BGE 129 I 313 E. 9 = Praxis 2004 Nr. 64).

4.2 Zunächst sind die Rügen zum Zuschlagskriterium "Kosten der angebotenen Leistungen" zu prüfen. Die Beschwerdeführerin moniert, das Zuschlagskriterium "Kosten der angebotenen Leistungen" sei zu wenig stark gewichtet worden.

4.2.1 Weil das Zuschlagskriterium "Kosten der angebotenen Leistungen" in den Ausschreibungsunterlagen an dritter Stelle von drei Kriterien aufgeführt ist, war die Folgerung zwingend, dass das Zuschlagskriterium Gesamtpreis keinesfalls höher als mit 33,333 % gewichtet würde. Zu erwarten war sodann, dass die drei Kriterien unterschiedlich hoch gewichtet würden, womit nicht mit einer Gewichtung von über 30 % gerechnet werden konnte. Folglich wäre die Beanstandung, dass eine Gewichtung von über 30 % vorgenommen werden müsse, nach dem Grundsatz von Treu und Glauben spätestens mit der Offerteinreichung bei der Beschwerdegegnerschaft zu deponieren gewesen. Der Beschwerdeführer durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für ihn positiv ausfällt (vgl. VGr, 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.3). Die Beschwerdeführerin legt indes dar, dass sie bei einer Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Kosten der angebotenen Leistungen" von 30 % obsiegt hätte. Dem entgegnet die Beschwerdegegnerin, dass sie die Preisspanne falsch festgelegt habe und bei einer korrekten Festlegung der Preisspanne die Mitbeteiligte auch dann am besten abgeschnitten hätte, wenn das Zuschlagskriterium "Kosten der angebotenen Leistungen" mit 30 % gewichtet worden wäre.

4.2.2 Letztendlich kommt es nicht darauf an, ob die Mitbeteiligte auch bei einer Gewichtung des Preiskriteriums von 30 % obsiegt hätte. Die gewählte Gewichtung von 20 % liegt im Rahmen des weiten Ermessensspielraum der Vergabebehörde (vgl. E. 3.2). Vorliegend geht es nämlich um einen komplexen Auftrag, der insgesamt neun Leistungspakete (LP) umfasst. Demnach sollen im Rahmen des LP 1 zu Beginn in enger Zusammenarbeit zwischen der Vergabebehörde und der Anbieterin die notwendigen technischen Konzepte für die Bereitstellung der Prozesse und Schnittstellen der (On-Demand)-Digitalisierung, für die initiale Logistik, für die (On-Demand)-Digitalisierung, für die Bewirtschaftung des physischen Archivs und des digitalen Inventars sowie zur Einhaltung der einschlägigen gesetzlichen Rahmenbedingungen und Vorgaben der Auftraggeberin erstellt werden. Danach ist im Rahmen des LP 2 der Aufbau der Prozesse der (On-Demand)-Digitalisierung geplant. Im Rahmen des LP 3 soll die bestehende Ablage der Auftraggeberin ("die physischen Aktencouverts in den bestehenden Archiven") überführt und von der Anbieterin in ihr eigenes Archiv eingelagert werden. Gemäss dem LP 4 ist der Betrieb einer (On-Demand)-Digitalisierung der physischen Akten in drei unterschiedlichen Leistungstypen vorgesehen. Nach dem LP 5 sind die Prozesse und Schnittstellen der (On-Demand)-Digitalisierung zu warten, wobei unter anderem Vorgaben für den Support gemacht werden. Im Rahmen von LP 6 soll die Bewirtschaftung von "On Demand" zu digitalisierenden Akten, von neu hinzukommenden Akten, von an das Stadtarchiv abzugebenden Akten sowie von zu vernichtenden Akten übernommen werden. Die Bewirtschaftung hat sich nach den Konzepten gemäss LP 1 zu richten. Das LP 7 umfasst die Kosten für den Raumbedarf zur Einlagerung der Akten. Gemäss dem LP 8 müssen Anpassungen des Raumbedarfs möglich sein. Im Rahmen des LP 9 hat die Anbieterin die Auftraggeberin bei Mandatsende bei der Wiedereingliederung oder Übertragung des physischen und digitalen Archivs der Aktencouverts an die Auftraggeberin oder Dritte zu

unterstützen. Es handelt sich bei der bestehenden physischen Ablage, die übernommen werden soll, um 3'800 Laufmeter Akten bzw. ca. 15 Mio. Blatt Papier. Darin enthalten sind einerseits Baugesuchsunterlagen seit ca. 1893, andererseits Pläne zu Aufzugsanlagen ab den 1940er-Jahren. Die Planunterlagen haben unterschiedliche Formate und bestehen teilweise aus fragilem Papier. Entgegen der Behauptung der Beschwerdeführerin, handelt es sich mithin keinesfalls um standardisierte Dienstleistungen. Die Beschwerdeführerin selbst offeriert denn auch Kosten für die Konzeptphase gemäss LP1 sowie für den Aufbau der Prozesse nach LP2 im Betrag von immerhin Fr. 23'760.-. Abgesehen vom Preis weisen die Angebote denn auch nennenswerte Unterschiede – etwa hinsichtlich der Anstellungsverhältnisse des Personals, der Anzahl der Lagerorte, der Geräte, der digitalen Auslieferung etc. – auf. Genau dies wäre bei (weitgehend) standardisierten Leistungen nicht der Fall (vgl. VGr, 21. September 2017, VB.2017.00460, E. 3.4). 4.2.3 Ohnehin wurde aber – zugunsten der Beschwerdeführerin – die Preisspanne falsch festgesetzt. Berücksichtigt wurde eine Preisspanne von 50 %, auch wenn es im Evaluationsbericht heisst, "tiefstes Angebot plus 150% ergibt Note 0". Die nachträgliche Festlegung der Preisspanne kann die Transparenz und die Nachvollziehbarkeit des Vergabeentscheids beeinträchtigen und eine gewisse Manipulierbarkeit des Ergebnisses mit sich bringen. Deshalb sind bei einer nachträglichen Wahl der Preisspanne höhere Anforderungen an die Begründung zu stellen (VGr, 22. März 2006, VB.2005.00602, E. 4.3 = RB 2006 Nr. 47 = BEZ 2006 Nr. 36; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 400, Rz. 890). Je ungewöhnlicher (besonders weit oder besonders eng) die gewählte Preisspanne ist, desto mehr ist eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich. Begründet die Vergabebehörde die Wahl einer ungewöhnlichen Preisspanne nicht plausibel, überschreitet sie ihr Ermessen. In diesem Fall wendet das Gericht eine Spanne an, wie sie üblicherweise im Rahmen des Ermessens gewählt werden könnte. Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Beschaffungen in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Produkten oder Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 7.2 mit Hinweisen), schliesslich geht es bei der Bestimmung der Preisspanne darum, die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.1 f. mit Hinweisen; vgl. VGr, 19. Mai 2021, VB.2020.00673, E. 4.6.1). Dies bedeutet keineswegs, dass die Vergabebehörde gehalten wäre, bei der Bewertung des Preises stets dem preislich günstigsten Angebot die Bestnote und dem teuersten Angebot die schlechteste Note zu geben (VGr, 6. Juni 2001, VB.2000.00391, E. 4a, nicht auf www.vgrzh.ch veröffentlicht, auch zum Folgenden). Ein derartiger Schematismus würde namentlich dann, wenn sämtliche Offertpreise nahe beieinanderliegen, zu Verzerrungen führen; ebenso könnten Verzerrungen entstehen, wenn ein Angebot preislich stark von den übrigen nach oben oder nach unten abweicht. Massgebend ist, dass die Vergabebehörde eine realistische Preisspanne wählt (zum Ganzen VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 4.3). Vorliegend wurde die Preisspanne noch nicht mit der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen festgesetzt. Die (unter Berücksichtigung der von der Vergabebehörde gewährten nachträglichen Anpassungsmöglichkeit aufgrund eines Fehlers bei den Mengenangaben im Preisblatt) tatsächlich offerierten Preise bewegen sich mit Fr. 3'180'308.55, Fr. 4'154'084.40, Fr. 6'121'518.55, Fr. 6'243'183.75 und Fr. 7'145'208.-

innerhalb einer Spanne von 125 %. Eine Mehrheit der offerierten Preise befindet sich am oberen Ende einer Spanne von 100 % oder gar darüber. Eine realistische Preisspanne beträgt im vorliegenden Fall somit 100 % – was sich auch aufgrund der komplexen Dienstleistung, die vergeben wird, rechtfertigt (vgl. dazu E. 4.1.3). Angebotspreise sind grundsätzlich nach der folgenden Formel zu bewerten: Im vorliegenden Fall, wo mit Schulnoten gearbeitet wird, ist das Ergebnis noch mit der Maximalnote 6 zu multiplizieren. Während die Beschwerdeführerin im Preiskriterium nach wie vor mit der Note 6 beurteilt würde, erhielte die Mitbeteiligte unter Berücksichtigung einer rechtskonformen Preisspanne die Note 4,16 statt die Note 2,33. Damit würde Letztere bei einer Gewichtung des Preiskriteriums mit 30 % statt 20 % noch immer obsiegen, wie das folgende Beispiel zeigt:

Zuschlagskriterium	Gewichtung in %	Note Mitbeteiligte	Note Beschwerdeführerin
Überzeugungskraft des Angebots	37.5 %	5,13	3,405
Erfüllungsgrad des Anforderungskatalogs	32.5 %	4,187	3,776
Kosten der angebotenen Leistungen	30 %	4,16	

E. 6

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a 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.