

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00731 vom 29. Februar 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-02-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00731

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00731 du 29 février 2024

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00731 del 29 febbraio 2024

Regeste

Submission | Beschaffung von Fenstern. Bewertung der Zuschlagskriterien. Begründung (E. 3). Die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach ihr Angebot hätte höher bewertet werden müssen, erweisen sich als unberechtigt, womit ihr Angebot in der Gesamtrangierung nach wie vor hinter demjenigen der zweitplatzierten Anbieterin bleibt (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). Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB werden jedoch Vergabeverfahren, die vor dieser Vereinbarung eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 12. Mai 2023 zugrunde liegt, 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. Anwendbar ist sodann die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

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 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).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin liegt mit 84 von 100 möglichen Punkten in der Gesamtrangierung auf dem dritten Platz hinter der zweitplatzierten Anbieterin mit 86 Punkten und der mitbeteiligten Zuschlagsempfängerin, welche 90 Punkte erzielt hat. Sie rügt die Bewertung ihres Angebots und macht geltend, ihr hätte in den Zuschlagskriterien 2, 3 und 4 jeweils die volle Punktzahl erteilt werden müssen. Sodann moniert sie am Rande eine Diskriminierung kleiner und mittlerer Betriebe in Bezug auf Zuschlagskriterium 5 und beanstandet ferner die erhaltenen Erläuterungen bezüglich ihrer Nichtberücksichtigung als unklar.

E. 2.3

Erweist sich die beanstandete Bewertung der Zuschlagskriterien 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; auf die Beschwerde ist einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerin beanstandet die erhaltenen Erläuterungen bezüglich ihrer Nichtberücksichtigung als unklar und damit sinngemäss ihr rechtliches Gehör als verletzt.

E. 3.1

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h aIVöB). § 38 Abs. 2 aSubmV verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e aSubmV).

E. 3.1.1

Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite von Entscheiden Rechenschaft geben und diese in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 10 N. 25).

E. 3.1.2

Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und der Zulässigkeit einer Kurzbegründung andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen. Damit einher geht die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, auf die Beschwerdeantwort und damit auf die ergänzende Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1; 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen

Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250).

E. 3.2

Die der Beschwerdeführerin zugegangene Zuschlagsverfügung enthält keine § 38 Abs. 2 aSubmV genügende Begründung. Darin wurden lediglich die Anzahl eingegangener (gültiger) Angebote, die Bandbreite der Offertpreise und das Angebot der Mitbeteiligten unter Nennung des Offertpreises als das geeignetste erklärt. Auf Nachfrage erläuterte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin die Bewertung am 1. Dezember 2023 telefonisch und liess ihr auf ihren Wunsch die Begründung zusätzlich mit E-Mail vom 4. Dezember 2023 zukommen. Gleichtags beantwortete sie – ebenfalls per E-Mail – eine Rückfrage der Beschwerdeführerin. Die Vergabebehörde hat ihren Entscheid sodann im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet. Die Beschwerdeführerin erhielt mit der Replik Gelegenheit, zu dieser Begründung Stellung zu nehmen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt daher als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390, E. 3.1; 18. November 2009, VB.2007.00503, E. 3 mit weiteren Hinweisen; VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25).

E. 4.1

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 der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 aIVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

E. 4.2

Für das vorliegende Vergabeverfahren hatte die Beschwerdegegnerin in der Ausschreibung folgende fünf Zuschlagskriterien samt Gewichtung aufgeführt: 1. Preis rein netto nach Abzug von Rabatt, Skonto und allg. Abzügen, inkl. MWST (Gewichtung 60 %) 2. Unternehmung, Qualität, Referenzen (Gewichtung 20 %) 3. Schlüsselpersonen (Gewichtung 10 %) 4. Termine (Gewichtung 5 %) Bauablauf und Bauprogrammvorgabe kann eingehalten werden 5. Lehrlingsausbildung (Gewichtung 5 %)

E. 4.3

Der Auswertungsmatrix kann bezüglich der verfahrensbeteiligten Anbieterinnen folgendes Gesamtbewertungsergebnis entnommen werden: Zuschlagskriterien Punkte max. MB BF 1. Preis (60 %) 60 56 60 2. Qualität (20 %) 20 18 13 3. Schlüsselpersonen (10 %) 3 10

E. 4.4

Die Detailauswertung des Angebots der Beschwerdeführerin in den strittigen Zuschlagskriterien 2–5 ergibt sodann folgendes Bild: Zuschlagskriterien 2–5 Gewicht/ Punkte Punkte ungewichtet Punkte gewichtet Qualität Grösse der Unternehmung Qualität der Referenzen Vergleichbarkeit der Referenzobjekte Qualität des Angebots 20 % 25 Pte. 25 Pte. 25 Pte. 25 Pte. 65 5 25 25

E. 8

3 3 5. Lehrlinge (5 %) 3 0 Total 100 90 84 Rang 1 3

E. 13

Schlüsselpersonen Ausbildung und Erfahrung 10 % 100 Pte. 80 80 8 Termine Bauprogramm kann eingehalten werden Terminprogramm Unternehmer Optimierungsvorschlag Unternehmer 5 % 50 Pte. 25 Pte. 25 Pte. 50 50 0 0 3 Lehrlinge Bildet Lehrlinge aus Lehrlingsanteil über 5 % der Belegschaft Lehrlingsanteil über 10 % der Belegschaft 5 % 50 Pte. 25 Pte. 25 Pte. 0 0 0 0 5. 5.1 Im Zuschlagskriterium "Qualität" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin beim Unterkriterium "Grösse der Unternehmung" mit 5 von 25 Punkten bewertet, da sie im Vergleich zu den anderen Anbieterinnen mit

E. 16

Angestellten ein eher kleiner Betrieb sei. Die Zuschlagsempfängerin mit 70 Angestellten habe hier 20 Punkte erhalten. 5.1.1 Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, es sei nicht nachvollziehbar und willkürlich, dass ein Betrieb mit einer mittleren Auftragsgrösse von weit über Fr. 500'000.- gegenüber einem Betrieb, welcher mehr Mitarbeitende habe, schlechter bewertet würde. 5.1.2 Zur Erläuterung führte die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort ergänzend aus, bei der Beschwerdeführerin handle es sich um eine GmbH mit zwei Gesellschaftern und einem Stammkapital von Fr. 20'000.-. Gemäss Handelsregisterauszug unterstehe sie keiner ordentlichen Revision und verzichte auch auf Durchführung einer eingeschränkten Revision. Letzteres sei nur möglich, wenn eine Gesellschaft im Jahresdurchschnitt nicht mehr als 10 Vollzeitstellen habe (Art. 727a Abs. 2 des Obligationenrechts vom 30. März 1911 [OR]). In ihrem Angebot habe die Beschwerdeführerin angegeben, dass sie über 16 Angestellte verfüge. 5.1.3 Diese Ausführungen der Beschwerdegegnerin zur Bewertung sind gestützt auf die Akten nachvollziehbar. Die Bewertung bzw. der Punkteabzug erweist sich als in ihrem Ermessen liegend und ist nicht zu beanstanden. Das Vorbringen der Beschwerdeführerin in der Beschwerde bezüglich ihrer mittleren Auftragsgrösse vermag diese nicht infrage zu stellen. Für die Bewertung sind einzig die Angaben und Unterlagen der Anbietenden im Zeitpunkt der Offerteinreichung massgebend (VGr, 20. August 2020, VB.2020.00159, E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Soweit in der Beschwerde das (Unter-)Kriterium an sich beanstandet wird, ist Folgendes festzuhalten: Gegenstand der vorliegenden Vergabe ist die Lieferung und Montage von Holz-/Metallfenstern. Dass die Betriebsgrösse des Anbieters dafür relevant wäre, ist beim vorliegend betroffenen Neubau von 21 Wohnungen zumindest fraglich. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wird dadurch nicht erhöht. Diese ist bereits gewährleistet, wenn die Anbieterin aufgrund ihrer Referenzen Gewähr bietet, die Lieferung vertragsgemäss und zur vollsten Zufriedenheit des Bestellers abzuwickeln (vgl. VGr, 8. August 2013, VB.2012.00858, E. 9.1) . Davon durfte die Beschwerdegegnerin vorliegend aufgrund der von der Beschwerdeführerin beigebrachten Referenzen ausgehen,

welche auch mit der Maximalpunktzahl bewertet wurden (vgl. oben E. 4.4). Doch selbst wenn das Unterkriterium als diskriminierend zu beurteilen wäre und alle Anbietenden (um eine Verzerrung der Gewichtung zu vermeiden) mit der vollen Punktzahl bewertet werden müssten, würde die Beschwerdeführerin mit total 85 Punkten im Zuschlagskriterium Qualität immer noch hinter der Mitbeteiligten mit 95 Punkten liegen. Am Gesamtergebnis würde sich folglich nichts ändern, weshalb die Frage offengelassen werden kann.

5.2 Im Zuschlagskriterium "Schlüsselpersonen" erzielte die Offerte der Beschwerdeführerin 80 von 100 Punkten. Zur Begründung wurde ausgeführt, der Bauführer sei Fenstermonteur (Weiterbildung im Gange) und der Projektleiter verfüge über eine Ausbildung als Glasermeister. Demgegenüber habe der Projektleiter der Mitbeteiligten diverse Weiterbildungen und 42 Jahre Erfahrung (im Fensterbau) und der Bauführer habe eine eigene Fenstermontagefirma geführt, was mit dem Punktemaximum bewertet worden sei.

5.2.1 Die Beschwerdeführerin macht dagegen geltend, es sei nicht nachvollziehbar, weshalb ein diplomierter Glasermeister mit 26 Jahren Berufserfahrung sowie ein ausgebildeter Chefmonteur, welcher seit über 8 Jahren in dieser Position sei, so schlecht bewertet worden seien. Beide seien zudem massgeblich an den Referenzprojekten beteiligt gewesen, welche mit der vollen Punktzahl bewertet worden wären.

5.2.2 Der Beschwerdeantwort der Beschwerdegegnerin lässt sich dazu ergänzend entnehmen, der geringe Punkteabzug sei erfolgt, da die Schlüsselpersonen der Beschwerdeführerin punkto Ausbildung und Erfahrung im Vergleich zu jenen der anderen Anbieterinnen als schlechter eingestuft worden seien. Der Projektleiter der Beschwerdeführerin sei Glaser mit Weiterbildung zum Glasermeister, der Bauführer sei Schreiner-Fenstermonteur mit Weiterbildung zum Fachmonteur. Im Vergleich dazu sei der Projektleiter der Mitbeteiligten Fensterschreiner mit 42 Jahren Erfahrung, der Bauführer hätte 10 Jahre Erfahrung im Fensterbau.

5.2.3 Die Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin erweist sich gestützt auf die Ausführungen der Beschwerdegegnerin und die eingereichten Offertunterlagen als nachvollziehbar und im Ermessen der Beschwerdegegnerin liegend. Insbesondere lässt sich der Offerte der Mitbeteiligten nicht nur das Anstellungsjahr der Schlüsselpersonen entnehmen, sondern auch deren Erfahrung im Fensterbau in Anzahl Jahren. Demgegenüber enthält die Offerte der Beschwerdeführerin lediglich die Anstellungsdaten jedoch keine Information zur massgeblichen Berufserfahrung. Diese erwähnte sie erst in ihrer Beschwerdeschrift und damit zu spät (vgl. dazu oben E. 5.1.3).

5.3 Den Abzug im Zuschlagskriterium "Termine" beanstandet die Beschwerdeführerin als ungerechtfertigt, da auf Seite 7 ihrer Offerte klar deklariert worden sei, dass die Termine gemäss Absatz. 1.17 der Ausschreibung eingehalten werden könnten. Im Unterkriterium "Bauprogramm kann eingehalten werden" erzielte das Angebot der Beschwerdeführerin denn auch die volle Punktzahl. Der Punkteabzug erfolgte in den weiteren Unterkriterien "Terminprogramm Unternehmer" und "Optimierungsvorschlag Unternehmer", da die Beschwerdeführerin (wie auch die anderen Anbieterinnen) kein eigenes Terminprogramm und auch keinen Optimierungsvorschlag eingereicht hat. Dass eine entsprechende Eigeninitiative bewertet würde, ergab sich zwar nicht aus den Ausschreibungsunterlagen, ist aber nach der Rechtsprechung zulässig (vgl. VGr, 21. Juli 2023, VB.2023.00190, E. 7.2.2 mit Hinweis). Damit lag auch die Bewertung in diesem Zuschlagskriterium im Ermessen der Beschwerdegegnerin.

5.4 Im Zuschlagskriterium "Lehrlinge" wurde das Angebot der Beschwerdeführerin mit 0 Punkten bewertet, da sie keine Lehrlinge habe bzw. ausbilde. Die Beschwerdeführerin akzeptiert diese Bewertung. Soweit sie die Frage aufwirft, ob das Kriterium für kleinere und mittlere Betriebe nicht diskriminierend sei, ist festzuhalten, dass

der Gesichtspunkt der Lehrlingsausbildung als Zuschlagskriterium nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts bis zu einer maximalen Gewichtung von 10 % zulässig ist (VGr, 1. November 2006, VB.2005.00514, E. 7 mit weiteren Hinweisen; eingehend dazu Markus Lanter, Die Bewertung der Lehrlingsausbildung im Vergaberecht, ZBl 114/2013, S. 599 ff.) und ausserhalb des Staatsvertragsbereichs (wie vorliegend) bei der Bewertung als Zuschlagskriterium mit einem Gewicht von 5–10 % sogar verwendet werden muss (§ 33 Abs. 3 aSubmV; § 4c aIVöB-BEG). 6. Zusammengefasst erweisen sich die Vorbringen der Beschwerdeführerin, wonach ihr Angebot hätte höher bewertet werden müssen, als unberechtigt, womit ihr Angebot in der Gesamtrangierung nach wie vor hinter demjenigen der zweitplatzierten Anbieterin bleibt. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. 7. Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Ein Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin entfällt von vornherein (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Auch der Beschwerdegegnerin ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihr im Beschwerdeverfahren kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG entstanden ist; mit der Beschwerdeantwort hat sie im Wesentlichen die ihr obliegende Begründung des Zuschlagsentscheids nachgeholt. 8. Beim vorliegenden Auftragswert ist der Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht erreicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Folglich kann gegen das vorliegende Urteil nur 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.