


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2017.00122

Entscheidart und Endentscheid vom 18.08.2017

-datum:

Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

[BEWERTUNG](#)[BEWERTUNGSSKALA](#)[EINHEITSPREIS](#)[LEISTUNGSFÄHIGKEIT](#)[PAUSCHALANGEBOT](#)[REFERENZOBJEKT](#)[SUBMISSIONSRECHT](#)[VARIANTE](#)[VERGLEICHBARKEIT](#)[VERGÜTUNGSMODUS](#)[WIRTSCHAFTLICHKEIT](#)[ZUSCHLAGSKRITERIEN](#)

Vergabe von Elektroanlagen: Berücksichtigung des Pauschalangebots; Bewertungsskala betr. Auftragswerte der Referenzobjekte.

§ 33 SubmV

Rechtsnormen:

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts können unterschiedliche Vergütungsarten nur zugelassen werden, wenn die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt worden sind, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten. Denn Pauschal- und Einheitspreisangebote sind höchstens bedingt miteinander vergleichbar. Entscheidend für die Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Vergütungsarten ist, dass erkennbar wird, wo und wie die Einsparungen erreicht werden sollen. Dies ging vorliegend aus dem Angebot der Beschwerdeführerin nicht heraus und wurde im Übrigen die Möglichkeit zur Einreichung von Pauschalangeboten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und entsprechend auch keine Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit zur Amtsvorgabe gesetzt (E. 3.2).

- keine -

Publikationen:

Für die umstrittene Bewertungsskala wurde das Maximum von 5 Punkten für Auftragsvolumina von Fr. 2,7 Mio. und höher vergeben. Ein um Fr. 150'000 tieferer Auftragswert zog eine um 0,5 Punkte tiefere Bewertung nach sich. Im Zusammenhang mit der Bewertung von Referenzobjekten stehen höhere Auftragswerte offenkundig für eine grössere betriebliche Leistungsfähigkeit, was auch nach einer besseren Bewertung verlangt, sofern der Wirtschaftlichkeitsbezug zur Ausschreibung gewahrt bleibt. Dies war vorliegend der Fall: Der maximale Referenzwert basiert auf dem Kostenvoranschlag, dessen Schätzung sich im Vergleich mit den eingegangenen Angeboten als plausibel erweist (E. 4.3).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2017.00122

Urteil

der 1. Kammer

vom 18. August 2017

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Ersatzrichterin Irene Egloff Martin, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B und/oder RA C,

Beschwerdeführerin,

gegen

Verkehrsbetriebe Zürichsee und Oberland AG, vertreten durch
RA D,

Beschwerdegegnerin,

und

E AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Mit Ausschreibung vom 16. September 2016 eröffnete die Verkehrsbetriebe Zürichsee und Oberland AG ein offenes Vergabeverfahren betreffend die Elektroanlagen (BKP 230) für den geplanten Neubau von Busdepot und Schulgebäude an der Schellerstrasse in Wetzikon. Innert Frist gingen zehn gültige Angebote mit Offertsummen zwischen Fr. 1'941'669.89 (Angebot der E AG) und Fr. 2'871'104.72 (beide netto, inkl. MWST) ein. Am 7. Februar 2017 ging der Zuschlag an die E AG zum Preis von Fr. 1'941'669.89 (netto, inkl. MWST).

II.

Dagegen führte die AG am 20. Februar 2017 Beschwerde an das Verwaltungsgericht mit dem Antrag, der Vergabeentscheid vom 7. Februar 2017 sei aufzuheben und der Zuschlag an sie zu erteilen, eventuell die Vergabebehörde anzuweisen, den Zuschlag an sie zu erteilen, jeweils unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Ferner ersuchte sie um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie um Einsicht in die Akten. Mit Präsidialverfügung vom 21. Februar 2017 wurde der Verkehrsbetriebe Zürichsee und Oberland AG ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um aufschiebende Wirkung, untersagt.

Die Verkehrsbetriebe Zürichsee und Oberland AG beantragte am 16. März 2017, die Beschwerde sei kostenfällig abzuweisen und lediglich beschränkte Akteneinsicht zu gewähren. Gegen die beantragte Erteilung der aufschiebenden Wirkung erhob sie keine Einwände. Mit Präsidialverfügung vom 22. März 2017 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin teilweise gutgeheissen. In den Stellungnahmen des zweiten Schriftenwechsels vom 7. April bzw. 4. Mai 2017 hielten die Parteien an ihren Sachbegehren fest. Die Mitbeteiligte E AG liess sich nicht vernehmen.

Die Kammer erwägt:

1.

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen 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 des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

2.

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

Zur Begründung der Beschwerde verweist die Beschwerdeführerin zum einen auf das von ihr zusätzlich eingereichte Pauschalangebot im Betrag von Fr. 1'890'000.- (inkl. MWST); sie macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe dieses Pauschalangebot zu Unrecht nicht berücksichtigt. Zum anderen beanstandet sie die im Rahmen der Zuschlagskriterien vorgenommene Bewertung der Referenzobjekte bzw. die dieser Bewertung zugrunde gelegte Bewertungsskala.

Das Angebot der Beschwerdeführerin belegt mit 450 Punkten den 2. Rang hinter demjenigen der Mitbeteiligten, welches 464 Punkte erzielte. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen und damit eine bessere Bewertung erreichen, hätte sie eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Nachdem die übrigen Zulassungsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist somit auf die Beschwerde einzutreten.

3.

Die Beschwerdeführerin hat zusätzlich zu ihrer Hauptofferte im Betrag von Fr. 1'960'844.40 ein Pauschalangebot zum Preis von Fr. 1'890'000.- eingereicht. Die Beschwerdegegnerin hat dieses Pauschalangebot nicht berücksichtigt. Zur Begründung verweist sie auf die mangelnde Vergleichbarkeit zwischen einem Angebot mit Einheitspreisen und einem Pauschalangebot. Die Einreichung von Pauschalangeboten sei im vorliegenden Verfahren nicht vorgesehen gewesen. Die Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit der Angebote mit unterschiedlichen Vergütungsarten seien deshalb nicht gewährleistet gewesen. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die Vergabebehörde das Pauschalangebot der Beschwerdeführerin zu Recht nicht in die Bewertung einbezogen hat.

3.1 Den Anbietenden steht es zwar grundsätzlich frei, neben einem Angebot, das den Ausschreibungsunterlagen entspricht, eine Variante einzureichen. Dass Varianten zulässig sein müssen, ergibt sich bereits aus dem Gebot des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel. Der Vergabebehörde können aufgrund von Varianten bisher nicht erkannte Realisierungsmöglichkeiten bekannt gemacht werden, die kostensparender oder technisch ausgereifter sind als der eigene Amtsvorschlag (VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 6.1; 17. Februar 2000, VB.1999.00015 E. 8c = BEZ 2000 Nr. 25, E. 8c; vgl. auch Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 766 ff.).

3.2 Dagegen ist die Frage, ob auch ein von den Ausschreibungsunterlagen abweichender Vergütungsmodus, insbesondere ein Pauschalpreis zusätzlich zum Grundangebot nach

Einheitspreisen, vorgeschlagen werden kann, in Lehre und Rechtsprechung umstritten (vgl. dazu VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 6.1, mit zahlreichen Hinweisen).

Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts können unterschiedliche Vergütungsarten nur zugelassen werden, wenn die notwendigen Rahmenbedingungen festgelegt worden sind, um die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten (VGr, 4. Mai 2017, VB.2017.00180, E. 3.3 mit weiteren Hinweisen). Diese eingeschränkte Zulässigkeit ergibt sich aus der unterschiedlichen Preisbestimmung bei verschiedenen Preisarten. Pauschal- und Einheitspreisangebote sind höchstens bedingt miteinander vergleichbar. Weicht beispielsweise die im Leistungsverzeichnis zu den einzelnen Leistungen angenommene Menge von der für die geschuldete Einheitspreisvergütung massgeblichen tatsächlichen Menge ab, so kann ein höheres Einheitspreisangebot preislich günstiger sein als ein tieferes Pauschalangebot. Umgekehrt kann ein höherer Pauschalpreis günstiger sein als ein Angebot mit Einheitspreisen und zusätzlich separat zu entschädigenden Regiearbeiten (VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 6.1; 19. Mai 2010, VB.2009.00668, E. 7.3; vgl. auch VGr, 14. Juni 2006, VB.2005.00526, E. 5).

3.2.1 Vorliegend wurde die Möglichkeit zur Einreichung von Pauschalangeboten in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen und es wurden dementsprechend auch keine Rahmenbedingungen für die Vergleichbarkeit zur Amtsvorgabe gesetzt. Die Beschwerdeführerin erachtet dies vorliegend indes auch nicht als notwendig. Sie macht geltend, mit seinen 366 Seiten weise das der Ausschreibung zugrunde liegende Leistungsverzeichnis einen Detaillierungsgrad auf, welcher die Vergleichbarkeit der Angebote unabhängig vom offerierten Vergütungsmodus gewährleiste. Auf der Grundlage der konkreten Devisierung handle es sich beim Pauschalangebot eigentlich um einen (zusätzlichen) Pauschalrabatt auf alle Einheitspreise in Kombination mit der Übernahme des Mengenrisikos für das ausgeschriebene Werk durch den Unternehmer. Wie die Beschwerdeführerin weiter ausführt, ist es ihr einen solchen "Pauschalrabatt" in der Höhe von Fr. 70'844.40 wert, wenn sie im Gegenzug auf das bei der Abrechnung nach Einheitspreisen erforderliche "Ausmass und den damit verbundenen Aufwand verzichten" kann.

3.2.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin sprechen diese nachträglichen Erläuterungen nicht für die Vergleichbarkeit ihrer Pauschale mit den Einheitspreisangeboten. Ob bzw. inwieweit der Seitenumfang eines Leistungsverzeichnisses direkte Rückschlüsse auf dessen Detaillierungsgrad zulässt, kann dahingestellt bleiben. Entscheidend für die Vergleichbarkeit der unterschiedlichen Vergütungsarten ist, dass erkennbar wird, wo und wie die Einsparungen erreicht werden sollen. Dies war vorliegend nicht der Fall; das Pauschalangebot der Beschwerdeführerin enthält hierzu keine konkreten Aussagen. Dass sich das Konzept des Pauschalangebots nur insofern vom Grundangebot unterscheidet, als der Aufwand für das Ausmass "eingespart" werden kann, war für die Beschwerdegegnerin nicht erkennbar, zumal die zwei anderen Anbieterinnen von Pauschalangeboten den entsprechenden Aufwand mit Abschlägen von rund Fr. 17'000.- bzw. Fr. 27'000.- deutlich tiefer ansetzten. Diese grosse Differenz stützt denn auch die beschwerdegegnerische Vermutung, dass die Pauschale auch eine spekulative Komponente

hinsichtlich des tatsächlichen Aufwands beinhalte. Die von der Beschwerdeführerin erst im Beschwerdeverfahren gelieferten Erläuterungen sind somit nicht nur verspätet, sondern auch unzureichend substantiiert.

Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich damit als unbegründet. Für ein Abweichen von der bisherigen Praxis besteht kein Anlass. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde das Pauschangebot der Beschwerdeführerin, wie auch diejenigen von zwei weiteren Anbieterinnen, unberücksichtigt gelassen hat.

4.

Die Beschwerdeführerin wendet sich sodann gegen die Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien.

4.1 Zuschlagskriterien dienen zur 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. Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen – dies im Gegensatz zu den Eignungskriterien, bei denen es sich um "Muss-Kriterien" handelt. Es ist zu beachten, dass der Behörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 5.3; 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 6.4, auch zum Folgenden). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 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).

4.2 In den Ausschreibungsunterlagen wurden folgende Zuschlagskriterien mitsamt ihrer Gewichtung vorgegeben:

- | | |
|---|--------|
| 1. Preis des Angebots | (70 %) |
| 2. Leistungsfähigkeit des Betriebes und Referenzobjekte | (20 %) |
| 3. Referenzen Schlüsselpersonal | (10 %) |

Für die Bewertung wurde jeweils eine Spanne von 0–5 Punkten angewendet, wobei die Einzelwertungen auf eine Stelle nach dem Komma interpoliert wurden. Die Bewertung der beiden im Streit liegenden Kontrahentinnen ergab folgende Rangfolge:

	Kriterium 1 Preis 70 %	Kriterium 2 Ref. Unternehmung 20 %	Kriterium Ref. Schlüsselpersonal 10 %	Total
1. Mitbeteiligte	350	78	36	464
2. Beschwerdeführerin	343	71	36	450

Ausdrücklich nicht angefochten wurde der Bewertungsmechanismus des Kriteriums 1 (Preis). Die gegen die Bewertung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien erhobenen Einwände beschränken sich auf die Bewertung der Referenzobjekte. Diese erfolgte sowohl beim Kriterium 2 (Leistungsfähigkeit Betrieb/Unternehmensreferenzen) als auch beim Kriterium 3 (Schlüsselpersonal) jeweils anhand der vier Unterkriterien "Objekt", "Bauwerksart", "Auftragsvolumen exkl. MWST" und "Zeitraum". Von der Beschwerdeführerin ausdrücklich als nachvollziehbar qualifiziert und demzufolge nicht beanstandet wurden drei dieser Unterkriterien samt ihrer Bewertung, nämlich die Unterkriterien "Objektart", "Bauwerksart" und "Zeitraum".

4.3 Im Streit liegt somit einzig noch das Unterkriterium "Auftragsvolumen" bzw. die von der Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang angewendete Bewertungsskala. Für die umstrittene Bewertungsskala wurde wiederum eine Bewertungsspanne von 0–5 Punkten angesetzt, wobei die Maximalpunktzahl für Auftragsvolumina von Fr. 2,7 Mio. (exkl. MWST) und höher vergeben wurden. Für tiefere Auftragswerte erfolgte eine abgestufte Bewertung, wobei eine um Fr. 150'000 tiefere Wertstufe eine um 0,5 Punkte tiefere Bewertung nach sich zog. Das Ende der Skala (0,5 Punkte) lag folglich bei einem Auftragswert von Fr. 1,35 Mio., tiefere Auftragswerte gingen leer aus.

4.3.1 Die Beschwerdeführerin rügt diese Bewertungsskala als rechtsfehlerhaft, weil die Maximalpunktzahl bei einem Wert ansetzte, welcher rund 50 % über dem Angebot der Zuschlagsempfängerin von Fr. 1'797'842.50 (exkl. MWST) liegt. Ein solcher Vergleichswert sei unhaltbar, mache es doch keinen Sinn, dass ein exakt dem Zuschlagspreis entsprechendes Referenzobjekt nur gerade 1,5 Punkte erziele.

4.3.2 Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin ist angesichts des ihr in dieser Frage zustehenden Ermessens nicht zu beanstanden. Vorliegend geht es um das Zuschlagskriterium der betrieblichen Leistungsfähigkeit, welche über den Referenznachweis zu dokumentieren war. In diesem Zusammenhang stehen höhere Auftragswerte offenkundig für eine grössere betriebliche Leistungsfähigkeit bzw. für ein über die Mindestanforderungen hinausgehende Mehrleistung. Es leuchtet daher ohne Weiteres ein und war dementsprechend für die Anbietenden auch vorhersehbar, dass die Maximalbewertung nicht schon beim tiefsten Angebotswert angesetzt würde. Ganz im Gegenteil: Eine höhere Leistungsfähigkeit verlangt auch nach einer besseren Bewertung. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt. Der Wirtschaftlichkeitsbezug zur konkreten Ausschreibung muss gewahrt bleiben. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten war dies vorliegend aber durchaus der Fall. Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, basiert der maximale Referenzwert von Fr. 2'700'000.- exkl. MWST bzw. Fr. 2'916'000.- inkl. MWST auf einem vorgängig vom federführenden Generalplaner erstellten Kostenvoranschlag von Fr. 2'809'620.-. Eine nachträgliche Plausibilisierung erfuhr diese Schätzung sodann durch die Bandbreite der eingegangenen Angebote, von denen immerhin drei über Fr. 2,5 Mio. liegen und das teuerste Angebot mit Fr. 2'930'029.30 (inkl. MWST) den Kostenvoranschlag sogar übersteigt.

Da der umstrittene Referenzwert das Maximum an sachgerechter "betrieblicher Leistungsfähigkeit" markiert und nicht dessen Minimum, ist es im Weiteren auch nicht zu beanstanden, dass er am oberen Ende dieser Bandbreite ansetzt und nicht, wie von der Beschwerdeführerin gefordert, beim tiefsten Angebot. Wenn die Beschwerdeführerin dessen ungeachtet glaubte, mit Auftragswerten punkten zu können, die sogar noch unter ihrem eigenen Angebot liegen, so entbehrt dies einer Grundlage. Die Rechtmässigkeit der von der Beschwerdegegnerin getroffenen Festlegung des maximalen Referenzwertes wird dadurch jedenfalls nicht infrage gestellt.

4.3.3 Nachdem die Skalierung für die abgestufte Bewertung der konkreten Auftragswerte unbestritten geblieben ist, erweist sich die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Bewertung des betreffenden Unterkriteriums bei den Zuschlagskriterien "Leistungsfähigkeit des Betriebes und Referenzobjekte" (ZK2) und "Referenzen Schlüsselpersonal" (ZK3) somit als rechtens.

5.

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu beachten ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

6.

Da der Wert des zu vergebenden Auftrags aus dem Bereich Baunebengewerbe (vgl. § 3 Abs. 1 SubmV) den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht übersteigt (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]), steht gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 8'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 150.-- Zustellkosten,
Fr. 8'150.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 4'000.- zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils
5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an ...