

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00667 vom 5. Mai 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-05-05, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2009.00667](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00667)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00667 du 5 mai 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00667 del 5 maggio 2010

## **Regeste**

Submission | Teilerneuerung der Betriebswarte und Steuerungsanlage der Wasserversorgung Weisslingen. Legitimation zur Beschwerde gegen die freihändige Vergabe des Auftrags. Die Rüge, dass im Rahmen eines Submissionsverfahrens zu Unrecht auf die öffentliche Ausschreibung des Auftrags verzichtet worden sei, steht dem Beschwerdeführer zu, der in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht. Der Beschwerdeführer ist auf eine Arbeitsgemeinschaft mit einer anderen Gesellschaft angewiesen, um in der Lage zu sein, den strittigen Auftrag zu übernehmen. Auf seine Beschwerde, die er lediglich in eigenem Namen erhebt, ist daher nicht einzutreten (E. 2). Nichteintreten.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit Beschwerde gemäss Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26).

### **E. 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 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und macht er geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so erfüllt er diese Legitimationsvoraussetzungen, sofern er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (RB 2001 Nr. 20 = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55).

### **E. 2.1**

Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, umfasst ihre Wasserversorgung fünf Versorgungszonen sowie die 1991 erstellte Leitwarte (Betriebswarte), welche das Herzstück der Anlage bildet. Eine der Versorgungszonen sei erst per 1. Januar 2009 angegliedert worden, wobei derzeit noch keine Rohrnetz- und/oder Steuerkabelverbindung bestehe. Die vollständige Integration dieses Versorgungsgebiets sei ebenfalls Teil des Projekts. Die fünf Versorgungszonen würden sodann 14 Aussenobjekte umfassen, welche durchwegs sehr unterschiedliche Standards aufweisen würden. Beabsichtigt sei nun, die gesamte Anlage unter möglichst weitgehender Beibehaltung bestehender Teile und Komponenten zu modernisieren. Dabei handle es sich um eine sehr komplexe Aufgabe, welche technisches Know-how im Bereich Wasserversorgung bedinge, welches der Beschwerdeführer nicht besitze. Letzterer sei wohl ein ausgewiesener Spezialist im Fachbereich Abwasserreinigung, verfüge aber über keine nennenswerte Erfahrung im vorliegend zur Diskussion stehenden Bereich Wasserversorgung. Mangels entsprechender Qualifikation wäre er folglich gar nicht in der Lage, die infrage stehenden komplexen Erneuerungsarbeiten nach Durchführung eines offenen oder selektiven Verfahrens zu übernehmen. Von einer realistischen Chance auf den Zuschlag könne daher keine Rede sein, weshalb ihm die Beschwerdelegitimation von vornherein abzusprechen sei. Dem hält der Beschwerdeführer entgegen, er sei durchaus in der Lage, die Steuerung einer Trinkwasserversorgung zu konzipieren und auszuführen. Er verfüge über ein abgeschlossenes Studium als Dipl. El. Ing. HTL und sei ab 1985 während rund vier Jahren für ein Elektroplanungsunternehmen in Winterthur tätig gewesen. Damals sei er mit detaillierten Planungen von Trinkwasserversorgungen betraut gewesen. Seit nunmehr rund 20 Jahren führe er sein heutiges Einzelunternehmen und obwohl dieses vor allem durch Aufträge in der Abwasserreinigung bekannt sei, würden sie auch Trinkwasserprojekte erledigen. Als Beispiel könne das Wasserwerk in F angeführt werden, bei dem sein Betrieb im Jahr 2001 zusammen mit den Firmen G AG, H AG und I AG die Elektro-, Mess- und Steuerungstechnik für die Wasserversorgung geplant habe. Im Übrigen sei die Technik für Kläranlagen und Wasserversorgungen durchaus vergleichbar, denn es würden weitgehend identische Systeme eingesetzt. Dementsprechend gleich sei auch das Fachwissen, welches benötigt werde, um die technischen Anforderungen einer Kläranlage oder einer Wasserversorgung zu konzipieren und um deren prozessunabhängige Funktionen zu programmieren. Was die Komplexität anbelangt, seien Abwasserreinigungsanlagen letztlich sogar weit anforderungsreicher als Trinkwasserversorgungen, denn ihre Prozessabläufe und Verfahrenstechnik verlange eindeutig mehr Know-how. Wer, wie der Beschwerdeführer, mit der Steuerung von Kläranlagen einen Leistungsnachweis erbringen könne, verfüge daher über höchste Qualifikationen, auch für die Steuerung einer Trinkwasseranlage.

## **E. 2.2**

Welcher der angesprochenen Fachbereiche komplexer ist, kann hier offengelassen werden. Wie der Beschwerdeführer selbst einräumt, sind zumindest die prozessbezogenen Abläufe und Funktionen der beiden Bereiche klar voneinander zu unterscheiden und sind daher je unterschiedliche verfahrenstechnische Fachkenntnisse vonnöten. Ferner kann auch ohne Bezug einer vom Beschwerdeführer beantragten Expertise davon ausgegangen werden, dass die (verfahrens-)technische Entwicklung auch im Bereich Wasserversorgung nicht vor 20 Jahren stehen geblieben ist. Wer also nicht durch Vorlage aktueller, einschlägiger Referenzprojekte nachweisen kann, dass er mit dem derzeitigen Entwicklungsstand vertraut ist, verfügt folglich nicht über die nötigen Qualifikationen zur Übernahme komplexer Aufgaben. Dass es sich vorliegend durchaus um eine Aufgabe von einiger Komplexität

handelt, hat die Beschwerdegegnerin sodann nachvollziehbar und überzeugend ausgeführt. Zum einen ist die Modernisierung und gleichzeitige betriebliche wie kostenmässige Optimierung einer Wasserversorgungsanlage während laufenden Betriebs wohl generell als komplexe Aufgabe zu qualifizieren. Erschwerend kommt vorliegend hinzu, dass die unterschiedlichen Standards bei den zahlreichen Aussenobjekten und die Vorgabe zur weitestgehenden Beibehaltung noch funktionstüchtiger Anlageteile und Komponenten vielfältige Schnittstellen und voraussichtlich auch einige Kompatibilitätsprobleme mit sich bringen dürfte. Dass die Bewältigung dieser Schnittstellenproblematik ein spezifisches technisches Wissen und entsprechende praktische Erfahrung voraussetzt, leuchtet ein. Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden wäre daher in einer allfälligen Ausschreibung als sachlich begründetes Eignungs- und Qualitätskriterium ohne Weiteres zuzulassen. Was der Beschwerdeführer dagegen einwendet, vermag nicht zu überzeugen. So lässt der Umstand, dass sich die Beschwerdegegnerin bei der Projektierung auch im Bereich Steuerungen von einem nicht auf Elektro-, Mess- und Leittechnik spezialisierten Ingenieurbüro beraten liess, nicht auf eine fehlende Komplexität des Projekts schliessen. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend bemerkt, gelten für Berater nicht von vornherein die gleichen Qualifikationserfordernisse wie für die potenziellen Anbietenden. So können insbesondere in der Projektierungsphase die fachlichen Anforderungen an einen Berater unter Umständen stark variieren, je nach Detaillierungsgrad der Projektvorgaben, welcher sich wiederum am Leistungsverzeichnis ablesen lässt. Vorliegend wurde bislang gar kein Leistungsverzeichnis erstellt, sondern es wurde festgehalten, mit dessen Ausarbeitung müsste gegebenenfalls ein Fachplaner beauftragt werden. Die damit verbundenen Kosten werden von der Beschwerdegegnerin mit ca. Fr. 40'000.- veranschlagt, was doch auf eine einigermaßen komplexe Aufgabe schliessen lässt. Hinsichtlich der fachlichen Qualifikation des Beschwerdeführers ist der Beschwerdegegnerin sodann beizupflichten, dass seine Vorbringen nicht ausreichen, um eine nennenswerte einschlägige Erfahrung hinsichtlich der Planung und Umsetzung von Wasserversorgungsprojekten zu belegen. Die Referenzobjekte des Beschwerdeführers aus seiner Anstellung Mitte der 80er Jahre liegen so weit zurück, dass ihnen aus heutiger Sicht keine relevante Bedeutung mehr beigemessen werden kann. Auf die diesbezüglich vom Beschwerdeführer beantragte Zeugeneinvernahme kann verzichtet werden. Das vom Beschwerdeführer überdies angeführte Referenzobjekt F ist zwar aktueller, wirft aber anderweitig Fragen auf. So ist nicht ersichtlich, inwiefern die damalige Aufgabenstellung derjenigen des vorliegenden Projekts entsprach, welche neben der Planung auch deren Umsetzung umfasst. Unklar ist auch, welchen Leistungs-Projektverantwortungsanteil der Beschwerdeführer neben den mitwirkenden Grossfirmen beim betreffenden Projekt überhaupt hatte. Der Referenznachweis ist diesbezüglich daher nur sehr beschränkt erbracht. Der Beschwerdeführer hat darüber hinaus zwar noch weitere Referenzobjekte bezeichnet, diese beziehen sich jedoch nicht auf sein eigenes Unternehmen, sondern ausschliesslich auf die Firma J AG, mit welcher er laut seinen eigenen Angaben im Bereich Wasserversorgung häufig zusammenarbeite. Ob bzw. inwieweit dies bei den angeführten Referenzobjekten der J AG der Fall war, ist indes weder dargetan noch ersichtlich. Mithin kann festgestellt werden, dass der Beschwerdeführer keine hinreichende einschlägige Erfahrung vorweisen kann.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdegegner macht geltend, ein allfälliger Mangel an eigener Erfahrung werde dadurch wettgemacht, dass er im konkreten Fall die fachlich bestens ausgewiesene J AG beiziehen würde. Dieser Umstand sei der Beschwerdegegnerin von Anfang an bekannt

gewesen und werde überdies durch eine entsprechende Bestätigung der J AG ausdrücklich belegt. Besagte Bestätigung der J AG datiert vom 5. Januar 2010 und lautet folgendermassen: "[...] Somit bestätigen wir unsere Bereitschaft im Projekt Steuerung WV Weisslingen als Unterlieferant/Partner unser Knowhow, technische Unterschätzung, Manpower bei der Montage/Inbetriebnahme und Service zur Verfügung zu stellen. Selbstverständlich schliesst diese Zusammenarbeit auch unseren 7x24 h Bereitschaftsdienst ein. Ein allfälliger Auftrag würde unter der Federführung von Firma A ablaufen. Ansprechpartner gegenüber dem Kunden ist immer Firma A". Ob die fragliche Zusammenarbeit in Form einer Anbietergemeinschaft oder im Unterordnungsverhältnis Anbieter und Subunternehmer erfolgen soll, geht aus dieser Erklärung nicht klar hervor. Der Beschwerdeführer beabsichtigt, die J AG zur Sicherstellung des "trinkwasserspezifischen Know-hows" beizuziehen. Die Beschwerdegegnerin bringt demgegenüber vor, die Wasserversorgung sei darauf angewiesen, einen einzigen Ansprechpartner zu haben, welcher die Anlage insgesamt kenne und bei Störungen rasch und kompetent reagieren könne. Aus diesem Grund würde sie vorliegend von der Möglichkeit Gebrauch machen, Angebote von Arbeits- oder Bietergemeinschaften auszuschliessen und den Beizug von Subunternehmen zu verbieten. Die Vergabebehörde kann in der Ausschreibung Angebote von Arbeits- oder Bietergemeinschaften einschränken oder ausschliessen (§ 13 Abs. 1 lit. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Der Ausschluss von Arbeits- oder Bietergemeinschaften ist jedoch nicht ohne Weiteres zulässig, sondern muss sachlich gerechtfertigt sein. Die Beschwerdegegnerin führt zu Recht aus, dass die Wasserversorgung ein hochsensibler Bereich ist und an das Trinkwasser qualitativ höchste Ansprüche gestellt werden. Es ist daher denkbar, dass zur Sicherstellung einer einwandfreien Qualität der Beizug von Subunternehmen für die Hauptleistungen untersagt werden dürfte. Der Ausschluss von Arbeitsgemeinschaften erscheint jedoch sachlich kaum gerechtfertigt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer zusammen mit der J AG als Arbeitsgemeinschaft an einer Submission hätte teilnehmen dürfen.

#### **E. 2.4**

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist das einzelne Mitglied einer Anbietergemeinschaft zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid, welcher die Gemeinschaft als Ganze betrifft, wie insbesondere bei der Zulassung zum Angebot im selektiven Verfahren oder beim Zuschlag, nicht befugt (RB 2000 Nr. 11 = BEZ 2000 Nr. 7). Entsprechendes muss auch hier gelten. Wenn der Beschwerdeführer wie oben dargelegt auf eine Arbeitsgemeinschaft mit der J AG angewiesen ist, um in der Lage zu sein, den strittigen Auftrag zu übernehmen, ist auf seine Beschwerde, die er lediglich in eigenem Namen erhebt, nicht einzutreten.

#### **E. 3**

Anzumerken bleibt, dass die Beschwerde auch in materieller Hinsicht wenig Aussicht auf Erfolg hätte. Die in § 10 Abs. 1 lit. f SubmV genannte Voraussetzung für eine freihändige Vergabe des Auftrags, dass "einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet" sei, dürfte vorliegend zwar nicht in absoluter Form erfüllt sein. Mit Blick auf die Verhältnismässigkeit des Vorgehens muss indes auch der Aufwand, den die Koordination des neuen Auftrags mit bereits vorhandenen Leistungen verursacht, in Rechnung gestellt werden (VGr, 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 4c, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Ein Koordinationsbedarf bestünde hier hinsichtlich der bereits

angesprochenen Schnittstellenproblematik. Da die zahlreichen Anlageteile unterschiedlichste Standards aufweisen und noch funktionstüchtige Anlageteile und Komponenten möglichst weitgehend erhalten bleiben sollen, entstehen zwangsläufig diverse Schnittstellen. Wie die Beschwerdegegnerin glaubhaft geltend macht, sind diese Schnittstellen nicht durchwegs normiert. Das Ausmass der Schnittstellenproblematik kann die Beschwerdegegnerin aber letztlich nicht abschliessend bestimmen. Offenbar wäre derzeit höchstens die Mitbeteiligte dazu in der Lage, da sie die Anlage seit nunmehr über 50 Jahren betreut, sukzessive ausgebaut und teilweise modernisiert hat. Die Besorgnis der Beschwerdegegnerin hinsichtlich der Bewältigung der Schnittstellenproblematik durch einen Drittanbieter einerseits bzw. des ihr daraus erwachsenden Kontrollaufwands andererseits, erscheint daher als begründet. Wenn die Beschwerdegegnerin den ihr bei der öffentlichen Ausschreibung des Auftrags erwachsenden Aufwand in Anbetracht des Umfangs der hier zu vergebenden Leistungen als unverhältnismässig erachtete, erweist sich dies somit jedenfalls als vertretbar.

#### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihm eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Vielmehr ist er zur Zahlung einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG); angemessen sind Fr. 1'500.-.

#### **E. 5**

Da der Wert des strittigen Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für den Sektor Wasserversorgung nicht erreicht (Art. 1 lit. d der Verordnung des EVD vom 11. Dezember 2009 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das erste Semester des Jahres 2010; SR 172.056.12), ist gegen diesen Beschluss nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 113 BGG).

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