

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00179 vom 11. April 2014

ZH Verwaltungsgericht, 2014-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00179

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00179 du 11 avril 2014

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00179 del 11 aprile 2014

Regeste

Submission | Vergabe von Baumeisterarbeiten: Eignung; Prüfung von Referenzobjekten. Die Beschwerdegegnerin war bei der Eignungsprüfung, insbesondere bei der Bewertung der drei verlangten vergleichbaren Referenzobjekte, nicht verpflichtet, einen strengeren Massstab anzulegen (E. 4). Beim Zuschlagskriterium "Referenzprüfung" standen nicht die Vergleichbarkeit der Arbeitsgattungen oder der Bausummen im Vordergrund, sondern die Qualität der ausgeführten Arbeiten, die Kosten, die Fachkompetenz und die Termintreue (E. 5.3). Die Beschwerdegegnerin mass der Vergleichbarkeit in diesem Zusammenhang zu Recht nur eine untergeordnete Bedeutung zu (E. 5.4). Selbst wenn die Bewertung beim verbleibenden Spielraum voll zu Gunsten der Beschwerdeführerin ausfallen würde, könnte diese die Mitbeteiligte nicht überholen (E. 5.5). Abweisung.

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 = ZBI 100/1999, S. 372; vgl. Regina Kiener, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar VRG, 3. A., Zürich etc. 2014, § 41 N. 10). 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 zur Anwendung.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbieterinnen 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 dem 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 Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend macht die Beschwerdeführerin, die hinter der Mitbeteiligten den zweiten Rang belegte, mit ihrer Beschwerde geltend, letztere sei zu Unrecht nicht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Zudem seien die Referenzobjekte der Mitbeteiligten deutlich zu gut bewertet worden. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchdringen, wäre ihr der Zuschlag zu erteilen. Sie ist daher zur Beschwerde legitimiert. Auf die frist- und formgerecht eingereichte Beschwerde ist einzutreten.

E. 3

vergleichbaren Objekten in den letzten 5 Jahren" eines von drei Eignungskriterien dar. Eines von drei Zuschlagskriterien war die "Referenzprüfung", die mit 30 % gewichtet wurde (weitere Zuschlagskriterien: Preis 60 %; Lehrlingsausbildung 10 %). Dabei wurden die drei angegebenen Referenzobjekte nach den vier Unterkriterien "Qualität", "Kosten", "Fachkompetenz" und "Termintreue/Termineinhaltung" bewertet.

E. 3.1

Die Anbieterinnen hatten gemäss den Ausschreibungsunterlagen drei Referenzobjekte anzugeben. Diese waren sowohl für den Eignungsnachweis als auch bei der Prüfung der Zuschlagskriterien von Bedeutung. So stellte die "Erfahrung mit mindestens

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin beanstandet zum einen, dass die Beschwerdegegnerin die Referenzobjekte der Mitbeteiligten im Sinn des erwähnten Eignungskriteriums als mit dem Vergabegegenstand vergleichbar beurteilte und deren Eignung demzufolge bejahte (dazu sogleich, E. 4). Aufgrund der mangelnden Vergleichbarkeit der Referenzobjekte der Mitbeteiligten erachtet die Beschwerdeführerin zum anderen aber auch die Bewertung der Mitbeteiligten im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Referenzprüfung" als deutlich zu hoch (dazu nachfolgend, E. 5).

E. 4.1

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden). Die Vergabebehörde hat nach § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbietenden festzulegen (Abs. 1); die Eignungskriterien betreffen insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden (Abs. 2). Sie müssen sich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen. Es dürfen deshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden, die im Hinblick auf die geforderte Leistung erforderlich sind. Innerhalb dieser Grenzen steht der Vergabebehörde bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessenspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (VGr, 21. September 2012, VB.2012.00243, E. 3.2; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.1; Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 2 VRG; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc., 2013, Rz. 564). Ein grosses Ermessen gilt namentlich beim Entscheid der Vergabestelle darüber, ob eine Referenzarbeit mit der ausgeschriebenen Leistung als vergleichbar erachtet wird (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 565).

E. 4.2

Die einschlägige Erfahrung der Anbieterinnen ist ein sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen. Sie kann namentlich dazu geeignet sein, die in der Submissionsverordnung unter anderem genannte fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit (§ 22 Abs. 2 SubmV) zu belegen. Der nötige Auftrags- und Leistungsbezug ist regelmässig gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar sind (VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676, E. 4.1). Soweit die gestellten Anforderungen durch die

Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung grundsätzlich zulässig und sachgerecht, auch wenn damit eine gewisse Bevorzugung etablierter Unternehmungen einhergeht (VGr, 1. September 2003, VB.2003.00181, E. 2c).

E. 4.3

Nicht zulässig ist es allerdings, den wirksamen Wettbewerb durch ungerechtfertigt strenge Eignungsanforderungen über Gebühr einzuschränken. Die Eignungsprüfung darf nicht darauf abzielen, nur diejenigen Anbieter zuzulassen, welche die Anforderungen bestmöglich erfüllen mit der Konsequenz, dass Angebote mit an sich anspruchsvollem Leistungsgegenstand keiner inhaltlichen Beurteilung mehr unterzogen würden (VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676, E. 4.2).

E. 4.4

Im Rahmen der Eignungsprüfung hat die Beschwerdegegnerin die Referenzobjekte laut Auswertungstabelle unter den Aspekten "Gleiche Arbeitsgattungen?" und "Ähnliche Bausummen?" beurteilt. Dabei ist sie für alle fünf Anbieterinnen zu einem positiven Ergebnis gelangt. Wie der Vergleich zwischen der Bausumme für das vorliegende Projekt in der Grössenordnung von Fr. 13 bis 14 Mio. und den Bausummen der eingereichten Referenzen ergibt, hat die Beschwerdegegnerin bei der Prüfung keinen strengen Massstab angesetzt. Sowohl bei der Beschwerdeführerin als auch bei der Mitbeteiligten lagen die Bausummen bei den Referenzobjekten teilweise deutlich tiefer: Die Objekte der Beschwerdeführerin verzeichneten Bausummen von Fr. 4,15 Mio. und zweimal Fr. 6,12 Mio.; bei den Objekten der Mitbeteiligten sind die Bausummen mit Fr. 2,2 Mio., Fr. 12 Mio. und Fr. 2,3 Mio. beziffert.

E. 4.5

Vor diesem Hintergrund ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin bei den Referenzobjekten auch bei der Frage nach der Vergleichbarkeit der Arbeitsgattungen keinen strengen Massstab anlegte.

E. 4.5.1

Es mag zutreffen, dass die Referenzangaben der Anbieterinnen für sich genommen nicht belegen, dass die von der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort genannten Kriterien im Wesentlichen erfüllt wurden, nämlich "enge terminliche Vorgaben", "komplizierte und anspruchsvolle Betonbauten", "Bauen unter Verkehr", "hohe Ansprüche an Qualität", "Bauen unter beengten Platzverhältnissen" sowie "Bauen im Bestand". Die Beschwerdeführerin vermag denn auch darzutun, dass einzelne Kriterien bei den Referenzobjekten der Mitbeteiligten eher nicht als erfüllt erscheinen. Es ist aber letztlich nicht entscheidend relevant, ob alle Referenzobjekte die in der Beschwerdeantwort aufgeführten Kriterien optimal erfüllten. Massgeblich bleibt vielmehr, ob die Beschwerdegegnerin die von den Anbieterinnen genannten Referenzobjekte in dem Sinn für mit den ausgeschriebenen Arbeiten vergleichbar halten durfte, dass die Anbieterinnen aufgrund der ausgewiesenen Erfahrung als für den zu vergebenden Auftrag geeignet erschienen. Dazu musste die Beschwerdegegnerin nicht voraussetzen, dass alle drei Referenzobjekte in Bezug auf die Arbeitsgattungen die gleichen Anforderungen stellten wie das ausgeschriebene Vorhaben. Vielmehr durfte sie die Eignung der Anbieterinnen auch aufgrund einer Gesamtbetrachtung bejahen (VGr, 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 3.1.2).

E. 4.5.2

Auch die Komplexität der ausgeschriebenen Aufgabe, die einen wesentlichen Anhaltspunkt bei der Beurteilung der an den Referenznachweis gestellten Anforderungen bildet (vgl. VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676, E. 4.2), verlangt vorliegend nicht nach einem strengeren Massstab bei der Eignungsprüfung. Die ausgeschriebenen Arbeiten bringen zwar spezielle Herausforderungen mit sich. Diese lassen den Auftrag jedoch nicht als derart komplex erscheinen, dass die Vergabebehörde verpflichtet gewesen wäre, höhere Anforderungen an den Eignungsnachweis zu stellen. Dies wird auch aus dem Umstand ersichtlich, dass die Beschwerdegegnerin das Zuschlagskriterium "Preis" vorliegend mit 60 % (gegenüber 30 % für "Referenzprüfung") stark gewichtete, was sich bei einem besonders komplexen Vergabegegenstand nicht rechtfertigen liesse (vgl. VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676, E. 4.2).

E. 4.5.3

Unter Anwendung des von der Beschwerdegegnerin zulässigerweise gewählten tiefen Massstabs lässt sich die geforderte Vergleichbarkeit mit Bezug auf die Referenzobjekte der Mitbeteiligten nach dem Gesagten ohne Rechtsverletzung bejahen. Dabei ist auch in Rechnung zu stellen, dass das Anlegen eines strengeren Massstabs dazu geführt hätte, dass der überschaubare Kreis der Anbieterinnen hier noch kleiner geworden wäre, was nicht dem Ziel entsprochen hätte, den wirksamen Wettbewerb zu fördern (vgl. vorn, E. 4.3). Anzuführen bleibt in diesem Zusammenhang auch, dass die Bausummen der Referenzobjekte der Beschwerdeführerin – wie gesehen – deutlich unter der Bausumme der vorliegenden Vergabearbeiten liegen. Bei Anwendung eines strengeren Massstabs hätte demnach (auch) die Beschwerdeführerin ausgeschlossen werden können.

E. 4.5.4

An der Zulässigkeit des Vorgehens der Beschwerdegegnerin ändert schliesslich nichts, dass eine Beurteilung unter Zuhilfenahme anderer Kriterien, wie sie die Beschwerdeführerin vorschlägt, allenfalls zu einem anderen Ergebnis führen könnte. Dass eine andere Beurteilung möglich wäre, bedeutet angesichts des weiten Beurteilungsspielraums der Vergabebehörde gerade nicht, dass die Bejahung der Eignung rechtswidrig wäre. Für die Beurteilung der Eignung musste die Beschwerdegegnerin auch keinen externen Experten beiziehen. Auf die beantragte Expertise ist deshalb auch im Beschwerdeverfahren zu verzichten.

E. 4.6

Die Beschwerdegegnerin war somit nicht verpflichtet, die Mitbeteiligte auszuschliessen. Vielmehr lag es in ihrem pflichtgemässen Ermessen, deren Eignung zu bejahen und allfälligen Unterschieden bei der Qualität der Referenzobjekte bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Referenzprüfung" Rechnung zu tragen. Die Beschwerdegegnerin tat dies zwar nur in beschränktem Umfang (vgl. nachfolgend, E. 5). Daraus kann jedoch – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass sie bei der Eignungsprüfung verpflichtet gewesen wäre, einen strengeren Massstab anzuwenden.

E. 5

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 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.

E. 5.1

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen erfolgte die Beurteilung des Zuschlagskriteriums "Referenzprüfung" anhand der Unterkriterien "Qualität", "Kosten", "Fachkompetenz" und "Termintreue/Termineinhaltung". Dazu wurden die angegebenen Kontaktpersonen der verschiedenen Auftraggeber aufgefordert, anhand eines vorgegebenen Bewertungsrasters Punkte zu verteilen. Danach wurde der Durchschnitt der gemittelten Punktezahlen für die vier Unterkriterien ermittelt. Bevor die Gewichtung mit 30 % gemäss Ausschreibung vorgenommen wurde, erfolgte eine Multiplikation mit einem "Übereinstimmungsfaktor", der von der Beschwerdegegnerin festgelegt wurde, um die angegebenen Referenzen einzuordnen bzw. in Bezug zu den ausgeschriebenen Bauarbeiten zu setzen. Dieser Faktor beträgt gemäss der Beschwerdegegnerin nach ihrer Praxis 0,8, 0,9 oder 1,0.

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dieser Übereinstimmungsfaktor sei nicht nachvollziehbar. Insbesondere könne das Referenzobjekt 1 der Mitbeteiligten (Neubau eines Regenrückhaltebeckens im Grundwasserbereich) nicht den gleichen Übereinstimmungsfaktor aufweisen wie das Referenzobjekt 3 der Beschwerdeführerin (Instandsetzung der D-Brücke). Letztere weise eine wesentliche höhere Übereinstimmung mit dem ausgeschriebenen Projekt auf.

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin weist zu Recht darauf hin, dass beim Zuschlagskriterium "Referenzprüfung" nicht die Vergleichbarkeit der Arbeitsgattungen oder der Bausummen im Vordergrund standen, sondern die Qualität der ausgeführten Arbeiten, die Kosten, die Fachkompetenz und die Termintreue. Es stünde daher im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen, wenn der Übereinstimmung der Referenzobjekte mit dem ausgeschriebenen Projekt bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums eine derart gewichtige Bedeutung zugemessen würde, wie dies die Beschwerdeführerin fordert, die den Referenzobjekten der Mitbeteiligten Übereinstimmungsfaktoren von 0,19 bis 0,38, den eigenen Projekten hingegen solche von 0,73 bis 0,85 zuerkennen will. Auch der Grösse der Referenzobjekte kommt unter diesen Umständen – entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin – keine zentrale Bedeutung zu.

E. 5.4

Es wäre nach dem Gesagten unzulässig, der Vergleichbarkeit der Referenzobjekte mit dem vorliegenden Auftrag eine derart hohe Bedeutung zuzumessen, wie dies die Beschwerdeführerin im Ergebnis tut. Dementsprechend ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin der Vergleichbarkeit im Rahmen der Prüfung des Zuschlagskriteriums "Referenzprüfung" nur eine untergeordnete Bedeutung zumass und Abzüge von bis zu einem Fünftel (Übereinstimmungsfaktor 0,8) vornahm.

E. 5.5

Selbst wenn dieser Spielraum voll zugunsten der Beschwerdeführerin ausgenützt würde, ihr also für alle drei Referenzobjekte der Übereinstimmungsfaktor 1,0, der Mitbeteiligten demgegenüber nur der Übereinstimmungsfaktor 0,8 zuerkannt würde, könnte die Beschwerdeführerin die Mitbeteiligte nicht überholen. Sie käme dann beim Kriterium

"Referenzprüfung" auf 25,55 Punkte (gewichtet), die Mitbeteiligte auf 19,32 Punkte. Dadurch würde die Beschwerdeführerin ein Total von 89,1 Punkten erreichen, während die Mitbeteiligte auf 89,32 Punkte käme.

E. 6

Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr 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 berücksichtigen ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort teilweise nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat.

E. 7

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). Gegen diesen Entscheid 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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