

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00736 vom 4. Februar 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-02-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00736](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00736)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00736 du 4 février 2016

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00736 del 4 febbraio 2016

## Regeste

Submission | Beschwerdelegitimation. Mangelnde Erfahrung als zulässiger Ausschlussgrund. 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. Hat noch keine Bewertung der eingereichten Angebote stattgefunden, kann von der Beschwerdeführerin nicht verlangt werden, zu substantzieren, weshalb sie besser als die anderen Offertstellenden zu bewerten sei. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in den Akten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, sofern ihr Angebot nicht auszuschliessen ist, eine realistische Chance auf den Zuschlag hätte. Eintreten (E. 2). Eignungskriterien wie "Erfahrung" oder "Vorweisen von Referenzen" bevorzugen etablierte Unternehmen. Soweit diese Anforderungen jedoch durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig und sachgerecht, auch wenn dies für neu gegründete Unternehmungen zur Folge hat, dass sie die nötige Erfahrung und das Vertrauen der Kundschaft zunächst mit kleineren oder einfacheren Aufträgen erwerben müssen. Die Vergabebehörde wandte das Eignungskriterium im Sinn des Gleichbehandlungsprinzips auf sämtliche Anbietenden in der gleichen Weise an und entschied den Ausschluss der Beschwerdeführerin im Rahmen ihres Ermessens (E. 3.3.3). 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 = ZBl 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2

Der Beschwerdegegner bringt zunächst vor, die Beschwerdeführerin habe nicht dargelegt, inwiefern sie eine reelle Chance auf den Zuschlag habe, weshalb ihre Legitimation nicht bestehe und ein Nichteintretensentscheid zu fällen sei. 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Soweit ersichtlich, hat vorliegend noch keine Bewertung der eingereichten Angebote stattgefunden. Unter diesen Umständen kann der Beschwerdeführerin nicht entgegengehalten werden, sie habe versäumt zu substantiieren, weshalb sie besser als die anderen Offertstellenden zu bewerten sei. Die dafür notwendigen Informationen liegen nicht vor und die Chancen auf den Zuschlag können nicht näher bestimmt werden. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte in den Akten ist davon auszugehen, dass die Beschwerdeführerin, sofern ihr Angebot nicht auszuschliessen ist, eine realistische Chance auf den Zuschlag hätte. Ein schutzwürdiges Interesse an der Aufhebung oder Änderung der Ausschlussverfügung ist deshalb zu bejahen. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 3**

Der Beschwerdegegner begründet den Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin damit, dass diese das Eignungskriterium der genügenden Erfahrung nicht erfülle. Zudem sei das Angebot der Beschwerdeführerin unvollständig gewesen.

#### **E. 3.1**

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). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Die Vergabebehörde legt die für den jeweiligen Auftrag erforderlichen Eignungskriterien anhand objektiver Merkmale fest und bestimmt die zu erbringenden Nachweise. Die Kriterien müssen sich grundsätzlich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen, weshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden dürfen, die im Hinblick auf die verlangte Leistung erforderlich sind. Demgemäss sind hinsichtlich der Eignungskriterien an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen und dürfen Eignungskriterien nicht so festgelegt und angewendet werden, dass sie keinen Wettbewerb unter den Anbietenden zulassen (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.2; 8. August 2012, VB.2011.00776, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 557). Innerhalb dieser Grenzen steht der Vergabebehörde bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.0175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind; das Vorliegen der geforderten Eignung führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB).

#### **E. 3.2**

In den Ausschreibungsunterlagen (Submissionsbedingungen) wird unter dem Titel "Eignungskriterien" unter anderem festgehalten, dass nur Firmen geeignet sind, die im

ausschreibungsrelevanten Bereich über Erfahrung verfügen. Gefordert wird der Beleg, dass vom vierten Quartal 2013 bis und mit dem dritten Quartal 2015 mindestens 3'000 sogenannte "Teilnehmenden-Tage" – darunter zu verstehen ist jeder Tag, an dem ein Teilnehmer oder eine Teilnehmerin einen Kurs besucht – erbracht wurden. Der Beschwerdegegner bringt vor, dass das im Zuschlagsfall zu bewältigende Volumen an Teilnehmenden-Tagen die auszuweisenden 3'000 Tage um ein Vielfaches übersteige, weshalb die von ihr geforderte Anzahl Tage angemessen sei. Die Beschwerdeführerin stellt denn auch Zulässigkeit und Geltung des Kriteriums nicht allgemein in Abrede, sondern rügt sinngemäss, damit auch sie als Jungunternehmen eine Chance im Submissionsverfahren habe, solle von ihr nicht derart viel Erfahrung verlangt werden.

### **E. 3.3.1**

Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sie die von der Vergabestelle festgelegten Kriterien zur Beurteilung der Eignung oder die Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise nicht erfüllen (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB-BeitrittsG). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (VGr, 6. November 2014, VB.2014.00396, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.3.2**

Angebote sind schriftlich, vollständig und fristgerecht bei der in der Ausschreibung genannten Stelle einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Dabei müssen die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise in der Eingabe enthalten sein (Galli, Rz. 572).

### **E. 3.3.3**

Wie der Beschwerdegegner unangefochten dargelegt hat, konnte die Beschwerdeführerin bloss 2'595 Teilnehmenden-Tage ausweisen. Der Ausschluss ihres Angebots war daher grundsätzlich gerechtfertigt. Die Beschwerdeführerin wendet allerdings ein, in ihrem Fall seien die verlangten 3'000 Tage überzogen (vgl. E. 3.2). Einschlägige Erfahrung gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität der Leistungen von Anbietenden im Submissionsverfahren. Sie kann namentlich dazu geeignet sein, die in der Submissionsverordnung unter anderem genannte fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit (§ 22 SubmV) zu belegen. Es liegt zwar auf der Hand, dass Eignungskriterien wie "Erfahrung" oder "Vorweisen von Referenzarbeiten" etablierte Unternehmungen bevorzugen (vgl. etwa Claudia Schneider Heusi, Die Umsetzung des internationalen Rechts im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens in der Schweiz und speziell im Kanton Zürich, Zürich etc. 2003, S. 58). Soweit diese Anforderungen jedoch durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig und sachgerecht, auch wenn dies für neu gegründete Unternehmungen zur Folge hat, dass sie die nötige Erfahrung und das Vertrauen der Kundschaft – genau wie im privaten Geschäftsverkehr – zunächst mit kleineren oder einfacheren Aufträgen erwerben müssen (VGr, 1. September 2003, VB.2003.00181, E. 2c). Der Beschwerdegegner hat dargelegt, dass die Erfahrung im vorliegenden Fall ein wichtiges Kriterium ist, und es

bestehen keine Hinweise darauf, dass die Vorgabe von 3'000 Teilnehmenden-Tagen – welche die Beschwerdeführerin mit 2'595 ausgewiesenen Teilnehmenden-Tagen deutlich verpasst – nicht sachgerecht oder aus anderen Gründen unzulässig wäre. Die diesbezüglichen Vorbringen des Beschwerdegegners blieben unwidersprochen, nachdem die Beschwerdeführerin auf die Einreichung einer Replik verzichtete. Zudem ist die Gleichbehandlung der Anbietenden ein wichtiges Prinzip im Submissionsverfahren (vgl. beispielsweise Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB); auch aus diesem Grund ist die Entscheidung des Beschwerdegegners, das festgelegte Eignungskriterium auf sämtliche Anbietenden in der gleichen Weise anzuwenden, zu schützen. Der Beschwerdegegner hat im Rahmen des ihm zustehenden Ermessens entschieden; der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin erweist sich als zulässig.

#### **E. 4**

Da der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin aus den vorstehenden Gründen zulässig ist, führt dies bereits zur Abweisung der Beschwerde. Nicht weiter einzugehen ist bei diesem Ergebnis auf die Ausführungen der Parteien betreffend die allfällige Unvollständigkeit des Angebots.

#### **E. 5**

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Demensprechend sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen.

#### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. b 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]). 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.