

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00481 vom 17. November 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-11-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00481

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00481 du 17 novembre 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00481 del 17 novembre 2016

Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Submissionsverfahren und Widerruf der Zuschlagsverfügung wegen fehlendem Qualitätsmanagementzertifikat Eine Rückfragepflicht der Vergabebehörde zur Wahrung des rechtlichen Gehörs vor Anordnung eines Ausschlusses besteht beispielsweise bei geringfügigen Formmängeln oder offensichtlich versehentlich vergessenen Dokumenten. Die Rückfrage darf jedoch nicht zu einer nachträglichen Änderung der Offerte führen (E. 2.2). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es sachgerecht, bei Planungsarbeiten für einen Streckenabschnitt in einem grossen Strassenbauprojekt ein Qualitätsmanagementzertifikat als Eignungsnachweis zu fordern. Verlangt die Vergabebehörde solche Labels oder Zertifikate, hat sie auch alternative, gleichwertige Nachweise zuzulassen (E. 3.2.1). Die Beschwerdeführerin verfügt nicht über das verlangte Zertifikat und hat keinen gleichwertigen Nachweis erbracht. Ihr Angebot war mithin nicht vollständig und der Ausschluss aus dem Verfahren grundsätzlich gerechtfertigt (E. 3.2.3). Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, können nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Zuschlagswiderrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zu Tage treten, die zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten. Befand sich die Vergabebehörde zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids in einem entschuldbaren Irrtum über die fraglichen Umstände, ist sie berechtigt, den Zuschlag zu widerrufen. Nach Eintritt der Rechtskraft des Zuschlagsentscheids sind Neubeurteilungen aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zurückhaltender vorzunehmen (E. 3.3.1). Vorliegend war der Irrtum der Behörde entschuldbar und auch das Vertrauensschutzprinzip und der Verhältnismässigkeitsgrundsatz stehen dem Widerruf der Zuschlagsverfügung nicht entgegen (E. 3.3.2-3.3.4). 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). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

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 in Verbindung mit § 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). Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der Verfügung, mit welcher der ihr zuvor bereits erteilte Zuschlag widerrufen und sie vom Verfahren ausgeschlossen wurde, bzw. die Bestätigung des ursprünglichen Zuschlags. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin macht in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da sie sich im Vorfeld des Erlasses der angefochtenen Verfügung nicht dazu äussern können. Eine Rückfragepflicht der Vergabebehörde vor Anordnung eines Ausschlusses besteht in gewissen Fällen, sie unterliegt jedoch auch gewissen Schranken. Um überspitzten Formalismus bzw. unverhältnismässige Entscheide zu verhindern, hat die Behörde namentlich im Fall von geringfügigen Formmängeln oder offensichtlich versehentlich vergessenen Dokumenten vor einem Ausschluss Kontakt mit den betreffenden Offertstellenden aufzunehmen. Die Rückfrage darf jedoch nicht zu einer nachträglichen Änderung der Offerte führen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 438 ff.). Vorliegend handelt es sich nicht um ein geringfügiges Versehen oder dergleichen. Wie zu zeigen sein wird (E. 3), hätte die Beschwerdeführerin ein zusätzliches Dokument einreichen und damit ihre Offerte abändern müssen, um einen Ausschluss zu verhindern. Unter diesen Umständen bestand keine Rückfragepflicht und der Widerruf des Zuschlags bzw. der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Vergabeverfahren ist aus formeller Sicht nicht zu beanstanden. Es kann offengelassen werden, ob ein – unbestrittenerweise – vor dem Ausschluss geführtes Telefonat zwischen Vertretern der Parteien der Rückfragepflicht Genüge getan hätte.

E. 3.1

In materieller Hinsicht zentral im vorliegenden Verfahren ist das von der Vergabebehörde geforderte Eignungskriterium der ISO 9001-Zertifizierung, welches die Beschwerdeführerin nicht erfüllt. Sie hat im Vergabeverfahren anstelle des Zertifikats ein mit "ISO 9001/2015" betiteltes und mit einer Signatur der Zertifizierungsstelle "Swiss TS" versehenes Dokument eingereicht, in welchem nachzulesen ist, dass sie zwar nicht über das Zertifikat verfüge, ihre organisatorischen Abläufe und Prozesse aber über die entsprechenden Richtlinien definiere (act. 6/14). Im Nachgang der Zuschlagserteilung – nach Eintritt der Rechtskraft des Vergabeentscheids – stellte die Beschwerdegegnerin fest, dass es sich dabei nicht um das verlangte Zertifikat handelte, weshalb sie den Zuschlag widerrief und die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausschloss. Die Beschwerdegegnerin macht zunächst geltend, es sei unzulässig, die fragliche ISO-Zertifizierung im Sinn eines Eignungskriteriums zu verlangen, ohne einen alternativen, gleichwertigen Nachweis ebenfalls zuzulassen. Weiter bringt sie vor, dass die fehlende Zertifizierung der

Beschwerdegegnerin vor der Zuschlagserteilung bekannt gewesen sei bzw. hätte bekannt sein müssen und es sich um keinen schwerwiegenden Mangel handle, weshalb ein Widerruf des Zuschlags bzw. ein Ausschluss aus dem Verfahren nach Eintreten der Rechtskraft unzulässig sei. Das Signet der Zertifizierungsstelle habe sie verwendet, um die Beschwerdegegnerin darauf aufmerksam zu machen, dass das fragliche Dokument das Qualitätsmanagement betreffe. Die Beschwerdegegnerin bestreitet, dass ihr die fehlende Zertifizierung hätte bekannt sein müssen. Vielmehr habe sie sich aufgrund des optisch mit einem Zertifikat vergleichbaren, die Signatur der Zertifizierungsstelle enthaltenden Dokuments der Beschwerdeführerin in einem entschuldbaren Irrtum befunden und die Beschwerdeführerin mithin auch nach Eintreten der Rechtskraft des Zuschlagsentscheids vom Verfahren ausschliessen dürfen.

E. 3.2.1

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). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist es sachgerecht, bei Planungsarbeiten für einen Streckenabschnitt in einem grossen Strassenbauprojekt ein Qualitätsmanagementzertifikat als Eignungsnachweis zu fordern (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 4.3). Verlangt die Vergabebehörde jedoch solche Labels oder Zertifikate, hat sie auch alternative, gleichwertige Nachweise zuzulassen (Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, S. 421). 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, 7. Januar 2016, VB.2015.00618, E. 3.1; 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2.2

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). 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/Moser/Lang/Steiner, Rz. 572). Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich in dem Stand, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3).

E. 3.2.3

Unbestrittenerweise verfügt die Beschwerdeführerin nicht über die gewünschte ISO-Zertifizierung. Sie beruft sich – gerade im Hinblick darauf, dass sie schon mehrfach Projekte wie das ausgeschriebene ausgeführt hat – darauf, dass die Vergabebehörde auch einen alternativen, gleichwertigen Nachweis hätte zulassen müssen. Das von ihr eingereichte Dokument kann jedoch nicht als ein Nachweis betrachtet werden, der einer Zertifizierung gleichkäme. Sie hat zwar im Verfahren vor Verwaltungsgericht zusätzlich ihr Qualitätsmanagement-Handbuch zu den Akten gereicht (act. 6/12). Es kann jedoch offengelassen werden, ob es sich hierbei um einen gleichwertigen Nachweis handelt, da das Handbuch der Offerteingabe nicht beigelegt wurde. Das Angebot der Beschwerdeführerin war mithin nicht vollständig und die geforderten Eignungsnachweise waren nicht enthalten, weshalb der Ausschluss grundsätzlich gerechtfertigt war. Anzuführen bleibt, dass sich ein Ausschluss zudem aus Gründen der Gleichbehandlung aufdrängte, da auch weitere Anbietende mangels ISO-Zertifizierung aus dem Verfahren ausgeschlossen wurden. Nicht zu folgen ist der Beschwerdeführerin in ihrer Argumentation, dass dies auf eine unzulässige Wettbewerbsbeschränkung hindeute: Rund die Hälfte der Anbietenden verfügt über das Zertifikat, welches sich zudem in vergleichbaren Fällen als sachgerecht erwiesen hat (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 4.3). Dass das fragliche Zertifikat in früheren, ähnlichen Vergaben nicht verlangt wurde, darf ebenfalls keine Rolle spielen: Es muss der Vergabebehörde möglich sein, ihre Anforderungen im Lauf der Zeit anzupassen.

E. 3.3.1

Betreffend die Voraussetzungen des Zuschlagswiderrufs verweist § 4a Abs. 2 IVöB-BeitrittsG auf diejenigen des Ausschlusses (siehe E. 3.2.2). Dabei ist jedoch zu beachten, dass Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen können. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zu Tage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten Tatsachen zu einem andern Zuschlagsentscheid führen müssten (VGr, 13. September 2006, VB.2006.00175, E. 3.2.1; 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 3.4). Befand sich die Vergabebehörde zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids in einem entschuldbaren Irrtum über die fraglichen Umstände, ist sie berechtigt, den Zuschlag zu widerrufen (Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 549). Nach Eintritt der Rechtskraft des Zuschlagsentscheids sind Neubeurteilungen aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zurückhaltender vorzunehmen (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1224).

E. 3.3.2

Die Beschwerdeführerin hat der Vergabestelle in ihrer Offerte bzw. in ihrem mit "ISO 9001/2015" betitelten Dokument zwar mitgeteilt, dass sie über keine ISO-Zertifizierung verfügt. Die Beschwerdegegnerin hat dies jedoch erst nach der Zuschlagserteilung zur Kenntnis genommen, da sie das fragliche Dokument für ein ISO-Zertifikat hielt. Dieser Irrtum ist entschuldbar: Das Dokument trägt das offizielle Signet der Swiss TS-Zertifizierungsstelle, welches in der gleichen Form auch auf einem weiteren von der Beschwerdeführerin ins Recht gereichten ISO 9001-Zertifikat vorhanden ist (act. 13/3). Zudem unterscheiden sich die ISO 9001-Zertifikate optisch sehr stark voneinander (ersichtlich auch in act. 13/2 ff.). Einheitlich sind nur wenige Elemente, so die Bezeichnung "ISO 9001", das Signet der Zertifizierungsstelle und der Name der zu zertifizierenden Firma; zuweilen ist auch das Firmenlogo enthalten. Da das von der Beschwerdeführerin mit ihrer Offerte eingereichte Schreiben sämtliche dieser Elemente enthielt, ist entschuldbar, dass die Beschwerdegegnerin das Dokument für ein Zertifikat hielt.

E. 3.3.3

Schliesslich ist danach zu fragen, ob der Widerruf der ursprünglichen Zuschlagsverfügung aus Gründen des Vertrauensschutzes oder der Rechtssicherheit unzulässig ist. Die Beschwerdeführerin ist für die durch ihr oben erwähntes Schreiben entstandenen Unklarheiten verantwortlich. Insbesondere wusste sie, dass sie unzulässigerweise die offizielle Signatur einer Zertifizierungsstelle verwendete, was unter anderem zum Irrtum der Beschwerdegegnerin führte. Deshalb fallen die Vertrauensschutzinteressen der Beschwerdeführerin weniger stark ins Gewicht, als wenn ihr das Entstehen des Irrtums nicht zuzuschreiben gewesen wäre. Ausserdem nahm die Vergabebehörde den Widerruf nur zwei Tage nach Eintritt der Rechtskraft vor, weshalb nicht davon auszugehen ist, dass die Beschwerdegegnerin bereits grössere Dispositionen aufgrund der ursprünglichen Zuschlagserteilung getätigt hatte. Für die korrekte Anwendung der Vergabekriterien bzw. den Widerruf des Zuschlags spricht dagegen namentlich das vergaberechtliche Grundprinzip der Gleichbehandlung der Anbietenden: Da auch andere Offertstellende mangels ISO-Zertifizierung vom Verfahren ausgeschlossen wurden, hätte die Belassung des Zuschlags bei der Beschwerdeführerin zu einem stossenden Ergebnis geführt. Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Interessen an der konsequenten Durchsetzung der Vergabekriterien die Interessen der Beschwerdeführerin überwiegen.

E. 3.3.4

Dem Zuschlagswiderruf steht weiter auch das Verhältnismässigkeitsprinzip nicht entgegen. Es ist zwar mit der Beschwerdeführerin festzuhalten, dass eine Nichterfüllung, die nur geringfügigen Grades sowie geringfügig im Effekt ist, keinen Widerruf zur Folge haben darf; der Mangel muss vielmehr wesentlich sein. Das gilt insbesondere dann, wenn bei einem graduell erfüllbaren Eignungskriterium ein starrer Wert definiert worden war, der im Verfahren zur Erfüllung dieses Kriteriums formal erreicht werden musste, der aber genauso gut leicht höher oder tiefer hätte angesetzt werden können und der Zuschlagsempfänger bzw. die Zuschlagsempfängerin diesen Wert nur leicht unterschreitet (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, Rz. 2743). Vorliegend kann jedoch nicht gesagt werden, dass die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium der ISO-Zertifizierung bloss in einem geringfügigen Grad nicht erfülle; es handelt sich um ein Kriterium, das bloss entweder erfüllt oder nicht erfüllt sein kann.

E. 4

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde insgesamt 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 bei diesem Verfahrensausgang nicht zu (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Hingegen ist sie zu verpflichten, die Beschwerdegegnerin für das Beschwerdeverfahren zu entschädigen. Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.-.

E. 5

Der geschätzte Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (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 dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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