

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00680 vom 19. Januar 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-01-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00680

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00680 du 19 janvier 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00680 del 19 gennaio 2017

Regeste

Submission | Nachträglicher Ausschluss der Zuschlagsempfängerin wegen fehlender Eignung? Auf die Angaben in der Offerte durfte sich die Vergabebehörde bei der Beurteilung im Rahmen ihres Ermessens verlassen, da die Mitbeteiligte – wie alle Anbietenden – zu wahrheitsgemässen Angaben verpflichtet ist. Sie hatte weder die Pflicht, die Richtigkeit der Referenzangaben zu überprüfen, noch sich bei den Referenzgebern nach der Leistung zu erkundigen. Im Übrigen durfte sie nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch Erfahrungen aus einem früheren Auftragsverhältnis in die Bewertung mit einbeziehen. Indem die Vergabebehörde die Referenzarbeiten als mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar erachtete, hat die Vergabebehörde den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten (E. 3.2). Das Gleiche gilt hinsichtlich der Leistungsfähigkeit: Ausschlaggebend ist hier, dass die Vergabebehörde gestützt auf die Angaben beurteilen konnte, ob die Anbieterin über die Ressourcen zur Realisierung des Projekts verfügt, was vorliegend der Fall ist (E. 3.3). Auch wenn die Versicherungsdeckung für Vermögensschäden - im Gegensatz zu den Sach- und Personenschäden - nicht den Vorgaben entsprach, handelt es sich dabei nicht um einen derart gravierenden Mangel, welcher unabhängig von weiteren Umständen zum Ausschluss führen müsste. Es ist nicht ersichtlich, dass bei einer Schulhauserneuerung für Vermögensschäden eine Versicherungsdeckung von über CHF 5 Mio. erforderlich sein sollte. Das öffentliche Interesse an der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel ist abgesehen davon vorliegend höher zu gewichten als das Interesse an einer strengen Handhabung der Ausschlussregeln (E. 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 = 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 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin, welche die ausgeschriebenen Leistungen um gut 10 % teurer offeriert hatte, erzielte mit ihrem Angebot im mit 65 % gewichteten Preiskriterium 15,5 Punkte weniger als die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin. Ihr Angebot, lag damit in der (unbestrittenen) Bewertung – auch wenn es in den übrigen Zuschlagskriterien insgesamt dieselbe Punktzahl erzielte – wesentlich hinter demjenigen der Mitbeteiligten zurück. In ihrer Beschwerde bringt sie allerdings vor, letztere sei wegen fehlender Eignung nachträglich vom Verfahren auszuschliessen. Die Mitbeteiligte würde erstens den verlangten Umsatz von mindestens CHF 10 Mio./p.a. nicht erreichen, zweitens die Referenzen der Mitbeteiligten der Anforderungen nicht genügen und drittens diese nicht über eine Berufs- und Betriebshaftpflichtversicherung im erforderlichen Umfang verfügen. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Das Vorliegen der geforderten Eignung und Nachweise führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB). Bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2

Die Erfahrung der Firma in der Ausführung von vergleichbaren Vorhaben (Art, Grösse, Komplexität, etc.) war gemäss Ausschreibung mittels Angabe von einerseits "min. 3 Referenzen zur Firma für vergleichbare Projekte (Umbau \geq CHF 5 Mio.) in den letzten 10 Jahren" nachzuweisen. Die Mitbeteiligte hat ihrer Offerte eine Referenzliste beigelegt, in welcher sie drei Referenzprojekte nannte, die sie innerhalb der letzten zehn Jahre durchgeführt hatte. Auf die Angaben in der Offerte durfte sich die Vergabebehörde bei der Beurteilung im Rahmen ihres Ermessens verlassen, da die Mitbeteiligte – wie alle Anbietenden – zu wahrheitsgemässen Angaben verpflichtet ist (§ 4a Abs. 1 lit. i IVöB;

VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.000164, E. 3.3, mit Hinweisen). Indem die Beschwerdegegnerin keine Zweifel daran hegte, dass es sich bei den genannten Referenzprojekten um Umbauten gehandelt hat, welche durch die Mitbeteiligte als Generalunternehmerin umgesetzt worden sind, hat sie ihr Ermessen nicht überschritten. Die aufgeführten Projekte boten keinerlei Anlass für gegenteilige Annahmen. Auch wenn die diesbezüglichen Angaben im Angebot der Beschwerdeführerin wesentlich umfangreicher ausfielen, lassen die als jeweilige Auftraggeber genannten Unternehmen den Schluss zu, dass es sich bei allen um Bauherren handelte, deren Umbauprojekte die Mitbeteiligte umgesetzt hat. Wesentlich ist, dass die Vergabebehörde daraus schliessen konnte, ob die Anbieterin fähig ist, die erforderlichen Leistungen zu erbringen, was vorliegend der Fall ist. Sie hatte weder die Pflicht, die Richtigkeit der Referenzangaben zu überprüfen, noch sich bei den Referenzgebern nach der Leistung zu erkundigen (VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.000164, E. 3.3, mit Hinweisen). Im Übrigen durfte sie nach ständiger Rechtsprechung grundsätzlich auch Erfahrungen aus einem früheren Auftragsverhältnis in die Bewertung mit einbeziehen (VGr, 10. Dezember 2015, VB.2015.00513, E. 5.2 mit Hinweisen). Indem die Vergabebehörde die drei Referenzarbeiten als mit den ausgeschriebenen Leistungen vergleichbar erachtete und als Nachweis der Erfahrung genügen liess, hat die Vergabebehörde den ihr zustehenden Ermessensspielraum nicht überschritten.

E. 3.3

Als Nachweis der Leistungsfähigkeit der Firma zur sach- und zeitgerechten Ausführung von Vorhaben ähnlicher Art verlangte die Vergabebehörde unter anderem die Erzielung eines Umsatzes von "min. CHF 10 Mio./pa". Zu diesem Punkt führte die Mitbeteiligte in ihrer Offerte aus, sie sei ein Kleinunternehmen, welches einen jährlichen Umsatz von ca. CHF 10 Mio. erwirtschaftete. Bei ihrer Beurteilung stützte sich die Beschwerdegegnerin zu Recht auch hier auf die Angaben in der Offerte (VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.000164, E. 3.4, auch zum Folgenden). Solange wie vorliegend keine Anhaltspunkte für gegenteilige Annahmen bestehen, war sie nicht verpflichtet, die Richtigkeit der Angaben zu überprüfen. Eine Berechnung anhand der Stellenzahl und gestützt auf die Kennzahlen für Bauingenieure des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins (SIA), wie sie die Beschwerdeführerin vornahm, wäre verfehlt. Bei der Mitbeteiligten handelt es sich nicht um Bauingenieure, sondern um ein Unternehmen für Architektur und Baumanagement. Da Generalunternehmerleistungen im Übrigen regelmässig mittels Beizug von Subunternehmen erbracht werden, ist ein reines Abschätzen des Jahresumsatzes auch kaum möglich. Ferner lag es im Ermessen der Vergabebehörde, einen Jahresumsatz von "ca. CHF 10 Mio." zur Erfüllung des Erfordernisses genügen zu lassen. Ausschlaggebend ist, dass sie gestützt auf die Angaben beurteilen konnte, ob die Anbieterin über die Ressourcen zur Realisierung des Projekts verfügt, was vorliegend der Fall ist. Insgesamt durfte die Vergabebehörde davon ausgehen, dass die Leistungsfähigkeit der Firma zur sach- und zeitgerechten Ausführung gegeben ist und – wie bereits erwähnt – ihre Erfahrung aus früheren Projekten mit der Mitbeteiligten bei der Beurteilung mit einfließen lassen. Damit erweist sich auch diese Rüge als unbegründet.

E. 3.4

Schliesslich war die finanzielle Eignung unter anderem durch den Nachweis einer Berufs- und Betriebshaftpflichtversicherung nachzuweisen. Dabei wurde für die Betriebshaftpflichtversicherung für Personen-, Sach- und Vermögensschäden eine Deckung

von mindestens CHF 20 Mio. verlangt sowie für Schäden an Bauten eine solche von mind. CHF 5 Mio. Aus der im Anhang der Offerte befindlichen Versicherungsbestätigung geht hervor, dass die Mitbeteiligte für Sach- und Personenschäden über eine Versicherung mit einem Deckungsumfang von CHF 20 Mio. pro Schadenereignis und Versicherungsjahr verfügt, welche für Schäden an Bauten auf CHF 5 Mio. beschränkt ist. Damit hat sie die Vorgaben erfüllt. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin kann aus der knappen Bezeichnung des versicherten Risikos als "Architektur & Bauleitungen" in der Versicherungsbestätigung nicht abgeleitet werden, dass damit nicht die gesamte Tätigkeit der Mitbeteiligten als Generalunternehmerin abgedeckt sein sollte. Der Abschluss einer die Tätigkeit eines Unternehmens bloss teilweise umfassenden Betriebs- und Berufshaftpflichtversicherung wäre lebensfremd. Gegen eine solche Annahme spricht auch die Höhe der Deckungssumme von CHF 20 Mio. Die Beschwerdegegnerin durfte daher davon ausgehen, dass die Versicherung die relevanten Arbeiten umfasst. Indessen wird für Vermögensschäden die Deckung ebenfalls auf CHF 5 Mio. beschränkt, womit die verlangte Höhe von CHF 20 Mio. nicht erreicht ist. Die Nichterfüllung eines Eignungskriteriums führt grundsätzlich zum Ausschluss vom Verfahren, ausser wenn die Mängel geringfügig sind und der Ausschluss unverhältnismässig wäre (BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 4.3.1; 21. Mai 2008, VB.2007.00540, E. 3.8; Galli et al., Rz. 444 f.). Der genannte Mangel ist nicht derart, dass er unabhängig von weiteren Umständen zum Ausschluss führen müsste. Es ist nicht ersichtlich, dass bei einer Schulhauserneuerung für Vermögensschäden, wobei im Wesentlichen an Betriebsausfälle zu denken ist, eine Versicherungsdeckung von über CHF 5 Mio. erforderlich sein sollte (vgl. VGr, 4. August 2016, VB.2016.00180, E. 3.1). Jedenfalls besteht kein begründeter Anlass für Zweifel an der Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten. Mit Bezug auf die in Betracht fallenden Interessen ist abgesehen davon zu beachten, dass die Submissionsbestimmungen der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel dienen (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB). Unter diesem Aspekt fällt ins Gewicht, dass die Mitbeteiligte ein um rund 10 % günstigeres Angebot unterbreitet hat. Unter den vorliegenden Umständen wäre das öffentliche Interesse an der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel höher zu gewichten als das Interesse an einer rigiden Handhabung der Ausschlussregeln. Auch unter diesem Gesichtspunkt erscheint der Zuschlag an die Mitbeteiligte nicht als rechtswidrig.

E. 3.5

Insgesamt ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde die Referenzen der Mitbeteiligten sowie deren Jahresumsatz und Versicherungsdeckung als ausreichend und damit für die Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten geeignet taxiert hat. Die Vergabebehörde durfte davon ausgehen, dass die Mitbeteiligte in der Lage ist, den Vertrag zu erfüllen. Daraus ergibt sich, dass das Angebot der Mitbeteiligten zu Recht nicht als ungeeignet aus dem Verfahren ausgeschlossen worden ist. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 4

Mit diesem Urteil wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 5

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). Auch die Beschwerdegegnerin hat keinen Anspruch auf Parteientschädigung: Mit der Erstattung der Beschwerdeantwort ist sie im Wesentlichen ihrer Begründungspflicht nachgekommen (vgl. § 38 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Der Mitbeteiligten ist angesichts des geringen Aufwands ebenfalls keine Parteientschädigung geschuldet (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 6

Der Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauaufträge nicht (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]). 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.