

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00098 vom 23. März 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00098](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00098)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00098 du 23 mars 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00098 del 23 marzo 2017

## Regeste

Submission | Ausschluss vom Verfahren: Fehlende Erfüllung der Eignungskriterien durch die in der Offerte genannten Referenzen. Erfüllen Anbietende die von der Vergabebehörde festgelegten Eignungskriterien nicht, werden sie vom Verfahren ausgeschlossen. Aufgrund des Verbots des überspitzten Formalismus ist diese Rechtsfolge allerdings nur adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt (E. 3.1). Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen und ist vorliegend nicht zu beanstanden (E. 3.4). Die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise müssen in der Eingabe enthalten sein. Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich in dem Stand, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden. Die Vergabebehörde kann jedoch nach der Rechtsprechung Erfahrungen aus früheren Aufträgen wie Referenzen von Dritten in die Bewertung mit einbeziehen. Eine Verpflichtung dazu besteht indessen nicht (E. 3.6). Die in der Offerte angeführten Referenzen erreichten unbestrittenermassen die gemäss Ausschreibungsunterlagen erforderliche minimale Bausumme von CHF 1 Mio. nicht (E. 3.3). Der Vergabebehörde kann kein Vorwurf gemacht werden, wenn sie sich bei der Beurteilung an die formstrengen Vorgaben des Submissionsverfahrens gehalten und die unbestrittenermassen bestehenden eigenen Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der Eignung nicht berücksichtigt hat (E. 3.7). Bei der Nennung von Referenzprojekten handelt es sich nicht bloss um untergeordnete Angaben. Erfüllen diese die Anforderungen nicht, liegt kein kleiner, rein formeller Mangel vor, welcher ohne Weiteres hätte nachträglich behoben werden können (E. 3.8). 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). Auf das Beschwerdeverfahren finden 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) Anwendung.

### E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren 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 Beschwerdeführerin hat das betragsmässig tiefere Angebot eingereicht. Der Ausschluss ihres Angebots wurde damit begründet, dass die beiden genannten Referenzprojekte die erforderliche Bausumme von mindestens Fr. 1 Mio. nicht erreichten. Erweisen sich ihre dagegen erhobenen Rügen als berechtigt, wäre ihr Angebot wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen und hätte eine realistische Chance auf den Zuschlag. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

### **E. 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 bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien der Fall (§ 4a Abs. 1 lit. a 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 (vgl. auch VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 456 f.).

### **E. 3.2**

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin unter Ziff. 10 als zweite Voraussetzung für die Eignung festgehalten: "Darüberhinaus ist vom Unternehmer anhand zweier Referenzobjekte, welche innerhalb der letzten 10 Jahre umgesetzt bzw. zu mindestens 75 % (Leistung) abgeschlossen wurden und eine Bausumme von jeweils grösser 1.0 Mio. CHF aufweisen, der Nachweis über Erfahrungen im Bereich Wasserbau und/oder Gewässerrevitalisierung, mind. eine davon im innerstädtischen Raum, zu erbringen." Ferner wurde unter Ziff. 21 der Ausschreibungsunterlagen als eine der von der Anbieterin einzureichenden Beilagen die Referenzliste genannt.

### **E. 3.3**

Die von der Beschwerdeführerin in der Offerte genannten Referenzen betrafen zwei Projekte mit Auftragssummen von Fr. 377'200.- bzw. Fr. 217'500.-. Das Erfordernis der Fr. 1 Mio. übersteigenden Bausumme wurde damit bei weitem nicht erfüllt, was von der Beschwerdeführerin auch nicht bestritten wird.

### **E. 3.4**

Soweit die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium an sich infrage stellt, ist Folgendes festzuhalten: Die einschlägige Erfahrung der Anbietenden gilt praxisgemäss als sachliches Kriterium zur Beurteilung der Qualität ihrer Leistungen (vgl. statt vieler VGr, 30. Juli 2015,

VB.2015.00365, E. 4.1, auch zum Folgenden). Sie kann namentlich dazu geeignet sein, die in der Submissionsverordnung unter anderem genannte fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit (§ 22 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV] ) zu belegen. Der nötige Auftrags- und Leistungsbezug ist regelmässig gegeben, wenn die geforderten Referenzprojekte vom Umfang und den Anforderungen her mit dem ausgeschriebenem Auftrag vergleichbar sind.

#### **E. 3.4.1**

Vorliegend ist demzufolge nicht zu beanstanden, wenn bei einem Auftragsvolumen von deutlich über Fr. 2,5 Mio. Referenzen mit Fr. 1 Mio. übersteigenden Bausummen verlangt werden. Weiter wurden für den geplanten hochwassersicheren Ausbau mit den erforderlichen Bereichen Wasserbau und/oder Gewässerrevitalisierung nicht lediglich identische, sondern auch weniger spezifische Arbeiten als Referenzen zugelassen. Sodann weisen sowohl die Beschwerdegegnerin als auch Beschwerdeführerin auf die schwierigen Verhältnisse vor Ort (insbesondere Zugänglichkeit, Verkehrsaufkommen und Wasserhaltung betreffend) hin. Dadurch ist das Erfordernis einer Referenz im innerstädtischen Raum sachlich begründet, um die nötige Erfahrung für eine möglichst reibungslose Auftragsausführung feststellen zu können.

#### **E. 3.4.2**

Die Tatsache, dass lediglich zwei Unternehmungen Angebote einreichten, deutet zwar darauf hin, dass die Zahl der potenziellen Anbietenden eher klein ist. Doch darf daraus nicht automatisch geschlossen werden, dass durch das strittige Erfordernis der Wettbewerb übermässig eingeschränkt würde. Nachdem sich das Kriterium nach dem Gesagten als nachvollziehbar und sachlich begründet erweist, ist darin keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs zu erblicken. Damit erweist sich die entsprechende Rüge als unzutreffend und es kann offenbleiben, ob diese rechtzeitig erfolgt ist oder die Ausschreibung bereits früher hätte beanstandet werden müssen.

#### **E. 3.5**

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass ihre Eignung der Beschwerdegegnerin aufgrund zahlreicher in der Vergangenheit ausgeführte Aufträge bestens bekannt sei. Zudem handle es sich bei der Angabe von Referenzen mit deutlich zu geringen Bausummen um ein offensichtliches Versehen. Bereits aus den Referenzen zu den Schlüsselpersonen sowie auch aus der beigelegten Referenzliste und den Lebensläufen der Schlüsselpersonen sei ersichtlich, dass sie in den letzten Jahren mehrere Projekte im Bereich Wasserbau und/oder Gewässerrevitalisierung mit Bausummen in der verlangten Grössenordnung ausgeführt habe.

#### **E. 3.6**

Angebote sind innert Frist schriftlich und vollständig bei der Vergabebehörde einzureichen (§ 24 Abs. 1 SubmV). Dabei müssen die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise in der Eingabe enthalten sein (VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.2, mit weiteren Hinweisen und auch zum Folgenden; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 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). Die vergebende Amtsstelle kann jedoch nach der Rechtsprechung Erfahrungen aus früheren Aufträgen wie Referenzen von Dritten in die Bewertung mit einbeziehen (VGr, 10. Dezember 2015,

VB.2015.00513, E. 5.2 mit Hinweisen; 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 5.1). Eine Verpflichtung dazu besteht allerdings nicht und kann insbesondere auch nicht aus dem Verbot des überspitzten Formalismus abgeleitet werden. Aus letzterem kann sich allerdings eine Pflicht der Behörde ergeben, den Privaten von Amtes wegen auf Fehler hinzuweisen, die er begangen hat oder die er im Begriff ist zu begehen. Diese Pflicht setzt voraus, dass der Fehler leicht zu erkennen ist und rechtzeitig behoben werden kann (BGE 125 I 166 E. 3a; VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.1; je mit weiteren Hinweisen). Von einem überspitzten Formalismus ist insbesondere auch dann auszugehen, wenn der Mangel auf ein offensichtliches Versehen des Anbieters zurückzuführen ist (vgl. VGr, 23. November 2001, VB.2001.00215, E. 7). Die Vergabebehörde muss jedoch vermeiden, dass mit der nachträglichen Behebung des Mangels eine Ungleichbehandlung oder Bevorzugung einzelner Anbietender entsteht (VGr, 21. August 2014, VB.2014.00211, E. 6.2 mit Hinweisen; 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2).

### **E. 3.7**

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin neben den beiden angeführten Referenzprojekten mit den wesentlich zu tiefen Bausummen als Erfahrungsnachweis ihrer Schlüsselpersonen vier weitere Referenzprojekte angeführt. Zwei davon erreichen mit Bausummen von Fr. 210'000.- und Fr. 490'000.- ebenfalls nicht einmal die Hälfte des geforderten Minimalbetrags von Fr. 1'000'000.-. Das Gleiche gilt für diejenige Referenz mit einem Auftragswert von Fr. 932'950.-, welche der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer hälftigen Beteiligung nur zur Hälfte angerechnet werden kann. Lediglich eine Referenz (...) übersteigt mit einer Bausumme von Fr. 3'300'000.- das Minimum gar deutlich. Da indessen zwei derartige Referenzen verlangt waren, kann offenbleiben, ob dieses Referenzprojekt in vergleichbarer innerstädtischer Umgebung, wie sie in Uster vorliegen wird, ausgeführt worden ist.

#### **E. 3.7.1**

Die ferner eingereichten Lebensläufe der Schlüsselpersonen könnten ebenfalls nicht als Nachweis dienen, da darin lediglich stichwortartige Angaben zu den ausgeführten Projekten enthalten sind und insbesondere keine Bausummen genannt werden. Mit Blick auf das vergaberechtliche Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot (Art. 1 Abs. 3 lit. b und c IVöB) wäre es nicht unbedenklich gewesen, hätte die Vergabebehörde diese in die Bewertung mit einbezogen und dazu nicht bloss auf die Angaben in der Offerte, sondern zusätzlich auf diejenigen auf der Homepage abgestellt, wie es die Beschwerdeführerin vorbringt (VGr, 9. Februar 2017, VB.2016.00312, E. 3.4). Schliesslich sind die nicht innert Eingabefrist für die Offerte, sondern erst im Beschwerdeverfahren eingereichten Referenzen zu weiteren, ausserkantonalen Projekten verspätet und damit ebenfalls nicht zu berücksichtigen.

#### **E. 3.7.2**

Sodann war die Vergabebehörde – wie in E. 3.6 ausgeführt – lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet, die unbestrittenermassen bestehenden eigenen Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der Eignung zu berücksichtigen. Es kann ihr keinesfalls vorgeworfen werden, wenn sie sich bei der Beurteilung an die formstrengen Vorgaben des Submissionsverfahrens gehalten und auf die Angaben in der Offerte im Stand zum Zeitpunkt deren Eingabe abgestellt hat. Schliesslich muss es ihr auch möglich sein, die Evaluierung der Angebote extern in Auftrag zu geben.

### **E. 3.7.3**

Für die Beurteilung massgebend bleiben damit die im Angebot angeführten Referenzen. Diese vermögen nach dem Gesagten – auch wenn diejenigen zu den Schlüsselpersonen berücksichtigt worden wären – das Kriterium der Eignung nicht zu erfüllen, da sie die erforderliche minimale Bausumme von Fr. 1'000'000.- nicht erreichen. Dass die Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin bereits wiederholt Offerten eingereicht und mehrmals den Zuschlag für Aufträge mit Bausummen von (teils wesentlich) über Fr. 1'000'000.- erhalten hat, ändert an der fehlenden Erfüllung des Kriteriums nichts. Zudem waren die Anforderungen an die zum Nachweis der Eignung zu nennenden Referenzen in den Ausschreibungsunterlagen zwar in einem einzigen Satz, aber dennoch transparent und unmissverständlich angeführt. Es trifft zu, dass im Formular bei den Referenzangaben die minimale Bausumme nicht mehr erwähnt wird. Doch werden dort die Anforderungen nicht wiederholt, sondern lediglich präzisiert, weshalb die Beschwerdeführerin daraus nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. Demzufolge entbanden die früher ausgeführten Aufträge die Beschwerdeführerin nicht von der Einreichung der geforderten Eignungsnachweise. Sie durfte folglich nicht darauf vertrauen, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund ihrer aus bisherigen Aufträgen stammenden Erfahrung ihre Eignung als klarerweise gegeben betrachten würde (vgl. VGr, 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2).

### **E. 3.8**

Bei der Nennung von Referenzprojekten handelt es sich nicht bloss um untergeordnete Angaben wie etwa eine fehlende separate Unterzeichnung (vgl. VGr, 4. Januar 2017, VB.2016.00761, E. 2), sondern um eine projektbezogene Zusammenstellung von Objekten und Personen, die der Beurteilung der Eignung zugrunde gelegt wird. Erfüllen diese die Anforderungen nicht, liegt kein kleiner, rein formeller Mangel vor, welcher ohne Weiteres hätte nachträglich behoben werden dürfen. Folglich erübrigt sich die Beantwortung der Frage, ob ein offensichtlich erkennbares Versehen der Beschwerdeführerin vorlag.

#### **E. 3.8.1**

Hinzu kommt, dass für den Inhalt der Offerte und die sorgfältige Ausarbeitung des Angebots grundsätzlich jeder Bieter selber verantwortlich ist und auch das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers aufgrund der Missbrauchsgefahr nicht leichthin angenommen werden darf (VGr, 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 729). Wie erwähnt handelt es sich bei der Nennung von Referenzobjekten nicht um bloss untergeordnete Angaben; die Liste ist vielmehr zentrale Grundlage für die Beurteilung der Eignung und bedarf daher entsprechender Sorgfalt bei der Zusammenstellung. Wenn die Beschwerdeführerin ausführt, ihr sei aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung das Erfüllen der Eignungskriterien derart selbstverständlich gewesen, dass sie sich bei der Zusammenstellung ihres Dossiers gänzlich auf die Offertstellung fokussiert und der Bausumme der Referenzobjekte keine Beachtung geschenkt habe, so ist dies letztlich Ausdruck einer gewissen Nachlässigkeit und nicht eines blossen Versehens. Gerade aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung kann auch vorausgesetzt werden, dass ihr der Ablauf und die Anforderungen eines Vergabeverfahrens bekannt waren. Das Gleiche gilt für die zum Nachweis der Eignung tauglichen Referenzen. Daher verfängt auch das Argument nicht, die angeführten Referenzprojekte würden die vergleichbarsten Arbeiten zeigen.

#### **E. 3.8.2**

Mit Blick auf das im Vergaberecht zentrale Gleichbehandlungsgebot (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) wäre es im Übrigen nicht unproblematisch gewesen, hätte die Beschwerdeführerin nachträglich Gelegenheit erhalten, ihre Referenzen neu zusammenzustellen und einzureichen. Deren nachträgliche Ergänzung wäre unter dem Aspekt der Unzulässigkeit von Angebotsänderungen (vgl. § 24 Abs. 4 SubmV) ebenfalls nicht unbedenklich. Ebenso würde es – wie bereits in E. 3.7.1 angetönt – den Zielen des Submissionsrechts widersprechen, hätte sie die ihr bekannte Anbieterin bevorzugt. Daher ist auch aus diesen Gründen die Entscheidung der Beschwerdegegnerin, die Eignung bei beiden Anbietenden einzig aufgrund der eingereichten Offertunterlagen zu beurteilen, zu schützen.

### **E. 3.9**

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist damit nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin gestützt auf die Offertangaben wegen fehlender Eignung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, ohne ihr Gelegenheit zur Ergänzung einzuräumen oder ihre eigenen Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin in die Beurteilung einzubeziehen. Die Beschwerdegegnerin hat sich an die submissionsrechtlichen Vorgaben gehalten und im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens entschieden; es ist weder ein überspitzt formalistisches noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten ersichtlich. Damit erweist sich der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG als zulässig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

### **E. 4**

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird bei diesem Ergebnis gegenstandslos.

### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Damit entfällt ihr Anspruch auf eine Parteientschädigung. Auch der Beschwerdegegnerin ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihr im Beschwerdeverfahren kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG entstanden ist; mit der Beschwerdeantwort hat sie im Wesentlichen die ihr obliegende Begründung des Ausschlusses nachgeholt.

### **E. 6**

Der geschätzte 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). 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.