

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00265 vom 8. Juni 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-06-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00265](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00265)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00265 du 8 juin 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00265 del 8 giugno 2017

## Regeste

Submission | Submissionsverfahren. Eignungskriterien. Referenzen. 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. Eine über das notwendige Mindestmass hinausgehende Eignung ist grundsätzlich nicht von Bedeutung. Die Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind. Die Vergabebehörde hat objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbietenden festzulegen. Die Eignungskriterien betreffen insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden und müssen sich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen. Innerhalb dieser Grenzen steht der Vergabebehörde bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Ein grosses Ermessen besteht namentlich beim Entscheid der Vergabestelle darüber, ob eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet wird (E. 3.4). Es lag im Ermessen der Vergabebehörde, unter Referenzobjekten betreffend "Arbeiten der ausgeschriebenen Art" nicht bloss solche im Betonelementbau, sondern auch solche betreffend andere Hoch- und Betonbauarbeiten zu verstehen, zumal der ausgeschriebene Auftrag neben dem Betonelementbau auch diverse andere Arbeiten beinhaltet. Insgesamt ist die Festlegung des Kriteriums nicht zu beanstanden: Es bezieht sich auf den ausgeschriebenen Auftrag, geht im Hinblick darauf nicht über das Erforderliche hinaus, ist objektiv und betrifft die Leistungsfähigkeit der Anbietenden (E. 3.5). Es ist unerheblich, ob die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium besser erfüllt als die Mitbeteiligte; die Letztere erfüllt das Kriterium und ist mithin nicht vom Verfahren auszuschliessen (E. 3.6).  
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 des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

## **E. 2**

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 (zweitplatzierte) Beschwerdeführerin rügt, die Mitbeteiligte sei zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags nicht geeignet, weshalb sie aus dem Verfahren auszuschliessen sei. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Zudem wäre sie grundsätzlich in der Lage und geeignet, den fraglichen Auftrag auszuführen. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

### **E. 3.1**

Die Vergabebehörde formulierte in den Ausschreibungsunterlagen das folgende Eignungskriterium: " Erfahrung Grösse/Komplexität Erfahrung in der Ausführung von Arbeiten der ausgeschriebenen Art. Angabe von mindestens 2 Referenzobjekten auf separater Beilage 'Referenzobjekte'. Die Referenzobjekte sollen – im Verhältnis zu den ausgeschriebenen Arbeiten – eine ähnliche oder grössere Komplexität bzw. ein ähnliches oder grösseres Auftragsvolumen aufweisen. Sie müssen in den letzten fünf Jahren ausgeführt worden sein und zum ausgeschriebenen Projekt gut vergleichbar sein."

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, dass dieses Kriterium von der Mitbeteiligten nicht erfüllt werde, weshalb sie vom Verfahren auszuschliessen sei. Beim ausgeschriebenen Projekt handle es sich um einen Bau der Bauart "Betonelementbau". Die Arbeit mit Betonelementen sei der mit Abstand wichtigste Bestandteil des Auftrags. Deshalb könne mit "Erfahrung in der Ausführung von Arbeiten der ausgeschriebenen Art" bloss solche im Betonelementbau gemeint sein. Entsprechend seien auch ausdrücklich nur Referenzobjekte im Betonelementbau geeignet; solche weise die Mitbeteiligte jedoch nicht vor.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass die Mitbeteiligte keine Referenzobjekte im Betonelementbau aufführte. Auf dem Beurteilungsblatt ist dies bei den Bemerkungen zur Erfüllung der Eignungskriterien denn auch ausdrücklich vermerkt, während bei der Beurteilung der Beschwerdeführerin angeführt wird, dass diese in der Vergangenheit bereits Betonelementbauten ausführte. In Bezug auf die Vergleichbarkeit mit dem ausgeschriebenen Auftrag wird angeführt, dass die Beschwerdeführerin nicht nur – wie die Mitbeteiligte – über vergleichbare Referenzen hinsichtlich Bauvolumen und Komplexität, sondern darüber hinaus auch über solche hinsichtlich Bauart verfüge. Zudem ist unter dem Beurteilungspunkt "Eindruck Unternehmerdossier" angemerkt, dass die Mitbeteiligte im Gegensatz zur Beschwerdeführerin wenig Bezug auf den Elementbau genommen habe. Dennoch bejaht die Beschwerdegegnerin die Erfüllung des Eignungskriteriums durch die Mitbeteiligte und bringt vor, dass sie das Eignungskriterium bei der Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen bewusst offen formuliert und keine Referenzen im Bereich Betonelementbau verlangt habe, um den Wettbewerb nicht zu stark zu beschränken. Bei der

Untersuchung, welche Anforderungen an die Geeignetheit zu stellen seien, sei sie zum Schluss gekommen, dass das vorliegende Projekt auch ohne Erfahrung in Betonelementbau realisiert werden könne. Massgebend sei vielmehr Erfahrung in den Bereichen Hochbau sowie Betonmassivbau und dass die diesbezüglichen Referenzobjekte betreffend Komplexität und Volumen mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar seien.

#### **E. 3.4**

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 IVöB-BeitrittsG). Eine über das notwendige Mindestmass hinausgehende Eignung ist grundsätzlich nicht von Bedeutung (VGr, 12. Januar 2011, VB.201000568, E. 5.5). Demgegenüber handelt es sich bei den Zuschlagskriterien um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder weniger hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen (VGr, 27. Oktober 2016, VB.2016.00505, E. 3.1). Die 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 Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf. Ein grosses Ermessen besteht namentlich bei der Entscheidung der Vergabestelle darüber, ob eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet wird.

#### **E. 3.5**

Wie die Beschwerdegegnerin zu Recht vorbringt, muss bzw. kann aus der Formulierung des Eignungskriteriums nicht darauf geschlossen werden, dass Referenzen im Bereich Betonelementbau verlangt waren. Es lag in ihrem Ermessen, unter "Arbeiten der ausgeschriebenen Art" auch andere Hoch- bzw. Betonbauarbeiten zu verstehen, zumal der ausgeschriebene Auftrag nicht bloss Betonelementbauarbeiten beinhaltet. Diese machen rund 40 % des Werklohns aus; zusätzlich sind jedoch auch Maurerarbeiten, Erdbau, Ortbetonbau und weitere Arbeiten nötig. Erst bei der Bewertung der Angebote hat die Beschwerdegegnerin die Erfahrungen der Anbietenden im Betonelementbau miteinbezogen und in den Unterlagen erwähnt. Sie hat folglich in den Ausschreibungsunterlagen keine schützenswerten falschen Erwartungen bei den Anbietenden geweckt. Insgesamt lag die vorgenommene Festlegung des Eignungskriteriums im Ermessen der Vergabebehörde: Das Kriterium bezieht sich auf den ausgeschriebenen Auftrag und geht im Hinblick darauf nicht über das Erforderliche hinaus, es ist objektiv und betrifft die Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Es wird denn auch nicht substantiiert dargetan und aus den Akten ergeben sich keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Mitbeteiligte zur Ausführung des Auftrags nicht in der Lage wäre. Aus ihren Offertunterlagen geht hervor, dass die zwei von ihr angeführten Referenzobjekte den Anforderungen gemäss Ausschreibungsunterlagen

entsprechen. Dass die Vergabebehörde die beiden Referenzobjekte, welche in den letzten fünf Jahren ausgeführte Projekte in den Bereichen Hoch- und Betonmassivbau für Fr. 3 Mio. respektive Fr. 2.5 Mio. betreffen, als genügende Eignungsnachweise und insbesondere auch für mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar erachtete, lag nach dem Gesagten innerhalb ihres Ermessensspielraums und ist mithin nicht zu beanstanden.

### **E. 3.6**

Da mangelnde Erfahrung im Betonelementbau folglich nicht zum Verfahrensausschluss führt, erübrigen sich Ausführungen dazu, dass nur eines der beiden Referenzobjekte der Beschwerdeführerin ein Projekt betrifft, welches in Betonelementbauweise ausgeführt wurde. Es ist ebenso unerheblich, ob die Beschwerdeführerin das Eignungskriterium insgesamt besser erfüllte als die Mitbeteiligte, da über das notwendige Mindestmass hinausgehende Eignung grundsätzlich nicht von Bedeutung ist (siehe oben E. 3.4). Die Beurteilung der Zuschlagskriterien – bei welcher die Beschwerdeführerin einzig im Bereich des Angebotspreises geringfügig hinter der Mitbeteiligten zurückliegt und bei den anderen Kriterien ebenso wie diese die Maximalpunktzahl erreicht – wurde nicht gerügt.

### **E. 3.7**

Insgesamt erweist sich die Beschwerde nach dem Gesagten als unbegründet und ist abzuweisen.

### **E. 4**

Mit dem vorliegenden Urteil in der Sache wird das Gesuch der Beschwerdeführerin, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen, gegenstandslos.

### **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. Dementsprechend sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen. Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie über die Begründung des Vergabeentscheids hinaus, zu welcher sie ohnehin verpflichtet war, keinen erheblichen Aufwand getätigt hat (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG und § 38 SubmV). Da die Beschwerde nicht offensichtlich unbegründet ist, sind auch die Voraussetzungen für die Zusprechung einer Parteientschädigung gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. b VRG nicht erfüllt. Der Mitbeteiligte, welche auf die Mitbeantwortung der Beschwerde verzichtete, ist ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen.

### **E. 6**

Der Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert 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.