

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00495 vom 16. November 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-11-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00495

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00495 du 16 novembre 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00495 del 16 novembre 2017

Regeste

Submission | Eignungskriterien. Nachträgliche Änderung durch Vergabebehörde. Wirksamer Wettbewerb. Ausschluss. Die Vergabebehörde ist an die in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien gebunden (E. 4.2). Liegt ein sachliches Eignungskriterium vor, so darf aus einer geringen Zahl von (übrig bleibenden) Bewerbern nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden (E. 4.3.3). Es ist verhältnismässig, das Angebot der Mitbeteiligten wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums auszuschliessen (E. 4.3.4). Der Zuschlag ist aufzuheben und neu der Beschwerdeführerin zu erteilen, welche das Eignungskriterium erfüllt hat und infolge des Ausschlusses der Mitbeteiligten auf den 1. Platz vorrückt (E. 4.4). Gutheissung.

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 bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens zu erreichen, in welchem sie ein neues Angebot vorlegen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; VGr, 19. Februar 2015, VB.2014.00562, E. 2; BGr, 15. September 2014, 2C_380/2014, E. 4.5–4.8; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt den nicht vorgenommenen Ausschluss der Mitbeteiligten und eine falsche Bewertung ihres Angebots sowohl bezüglich des Preises als auch bezüglich weiterer Zuschlagskriterien. Das Angebot der Beschwerdeführerin erreichte mit insgesamt 5'492 Punkten Rang 2 gegenüber dem Angebot der erstplatzierten Mitbeteiligten mit 5'584 Punkten. Falls sich die Rügen der Beschwerdeführerin als berechtigt erweisen, hätte sie eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Ihre

Legitimation ist demnach zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls gegeben.

E. 3

Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien (Referenzen, Praxistauglichkeit und Gesamteindruck): Gewichtung 20 % Gemäss der Bewertung dieser Zuschlagskriterien durch die Beschwerdegegnerschaft erreichte das Angebot der Beschwerdeführerin mit insgesamt 5'492 Punkten Rang 2. Das Angebot der erstplatzierten Mitbeteiligten erhielt 5'584 Punkte.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, der Zuschlagsempfängerin fehle die Eignung. Die Mitbeteiligte erfülle ein Eignungskriterium unter Ziff. 9 der Ausschreibungsunterlagen nicht, nämlich den Verkauf von mindestens fünf Forstspezialfahrzeugen in den letzten fünf Jahren, welche heute noch im Einsatz seien. Unter Ziff. 19 "Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien" sei festgehalten, dass die Nichteinhaltung der Mindesteignung zum Ausschluss des betreffenden Angebots ohne jede Bewertung im Rahmen der Zuschlagskriterien führe. Somit hätte die Zuschlagsempfängerin zwingend ausgeschlossen werden müssen. Die Beschwerdegegnerschaft hingegen argumentiert, es handle sich hier um eine weniger strenge Eignungsprüfung im Rahmen ihres Ermessens und nicht um eine unzulässige Veränderung der Eignungskriterien. Bei der Prüfung der Angebote habe sie festgestellt, dass zwei der vier Anbieter die "Erfahrung" nicht erfüllen, wenn nur auf eigene Referenzen der Anbieter abgestellt werden, und nicht auch einschlägige Referenzen der jeweiligen Hersteller der Fahrzeuge berücksichtigt würden. Deshalb sei die Beschwerdegegnerschaft zum Schluss gekommen, die Eignungsprüfung nicht derart streng vorzunehmen, dass letztlich die Hälfte aller eingegangenen Angebote hätten ausgeschlossen werden müssen; andernfalls wäre es zu einer unzulässigen Einschränkung des submissionsrechtlichen Grundsatzes eines wirksamen Wettbewerbs gekommen. Die Beschwerdegegnerschaft verweist dabei auf VB.2011.00676, E. 4.2. Deshalb sei die Beschwerdegegnerschaft zum Schluss gekommen, dass die Erfahrung der Anbieter auch mit drei Referenzen aus den vergangenen zehn Jahren erbracht werden dürfe (anstelle von fünf Referenzen aus den vergangenen fünf Jahren).

E. 4.2

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 unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). 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. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen). Des Weiteren muss die Verhältnismässigkeit berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden. Vorbehalten sind somit Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung geringfügig sind und schliesslich Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere

Mängel enthalten (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 200 Rz. 444). Die Vergabebehörde ist an ihre in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien gebunden (VGr, 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.5 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Möglich ist einzig die Konkretisierung bzw. Präzisierung der Anforderungen im Rahmen der Fragenbeantwortung vor dem Eingabetermin, sofern die Auskünfte allen Anbietenden gleichzeitig erteilt werden (§ 17 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Die Änderung eines Eignungskriteriums nach Eingang der Offerten ist hingegen ausgeschlossen. Es ist unzulässig, nicht auf die ausgeschriebenen Eignungskriterien abzustellen. Ebenso ist es unzulässig, nach erfolgter Öffnung der Offerte neue Eignungskriterien einzuführen (Galli et al., S. 275 f. Rz. 626 ff.). Bei der Bewertung der Eignung der Anbieter aufgrund der ausgewählten Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde allerdings ein weiter Ermessensspielraum zu (VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676, E. 3.2.3, E. 4.2) .

E. 4.3

Nach voran Gesagtem stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerschaft die von ihr in der Ausschreibung aufgestellte Eignungskriterien in unzulässiger Weise nachträglich verändert oder in zulässiger Weise im Rahmen ihres Ermessens angewendet hat. Gemäss Ziff. 9 der Ausschreibung müssen Anbieter unter dem Stichwort "Erfahrung" vorweisen, dass sie "in den letzten 5 Jahren mind. 5 Forstspezialfahrzeuge verkauft" haben, die heute noch im Einsatz sind. Hierbei handelt es sich um ein klar formuliertes Eignungskriterium, welches nachträglich nicht verändert, jedoch gemäss weitem Ermessensspielraum grosszügig ausgelegt werden darf.

E. 4.3.1

Zunächst ist zu prüfen, ob die vorgenommene Änderung durch die Vergabestelle als zulässige "Interpretation" des Eignungskriteriums im Rahmen ihres Ermessensspielraums verstanden werden könnte. Dies ist offensichtlich zu verneinen: Das Eignungskriterium der "Erfahrung" ist in Ziff. 9 der Unterlagen klar umschrieben und kann nicht so verstanden werden, dass als Referenzobjekte auch Objekte der Herstellerin (nicht nur der Anbieterin) in die Auswertung miteinbezogen werden; ebenso ist der Zeitraum von fünf Jahren klar umschrieben und kann nicht nachträglich durch die Vergabestelle in einen Zeitraum von zehn Jahren umgeändert werden. Dies würde eine unzulässige Überschreitung des Ermessensspielraums darstellen. Die Mitbeteiligte erfüllte somit das Eignungskriterium der "Erfahrung" klar nicht, da sie innerhalb des genannten Zeitraumes von fünf Jahren nur zwei einschlägige Referenzobjekte vorweisen konnte. Analoges gilt für die Anbieterin F AG, welche ebenfalls keine fünf Referenzobjekte im Zeitraum von fünf Jahren vorweisen konnte.

E. 4.3.2

Damit stellt sich die Frage, ob die Beschwerdegegnerschaft das Eignungskriterium mit Blick auf die Erhaltung eines wirksamen Wettbewerbs in der geänderten Form anwenden durfte. Es dürfte zwar zutreffen, dass die Forderung nach fünf einschlägigen Referenzen innerhalb von fünf Jahren im vorliegenden Fall als eher streng erscheint. Indiz dafür ist jedenfalls, dass zwei von vier Anbieterinnen die Eignungsprüfung gemäss Ausschreibung nicht erfüllen. Insofern ist der vorliegende Fall mit dem von der Beschwerdegegnerschaft zitierten Urteil des Verwaltungsgerichts (VGr, 9. Mai 2012, VB.2011.00676) teilweise

vergleichbar, wo das Verwaltungsgericht zum Schluss kam, die Forderung nach fünf einschlägigen Referenzen in den letzten fünf Jahren sei im Licht eines wirksamen Wettbewerbs problematisch. Allerdings erfüllte im damals zu beurteilenden Fall ein kleinerer Anteil der Bewerber als vorliegend das Eignungskriterium, nämlich lediglich deren drei von zehn Bewerbern (VB.2011.00676, E. 4.2). Aus den Ausführungen im zitierten Urteil ist jedenfalls nicht zu folgern, dass die Beschwerdegegnerschaft bei der Festsetzung des Eignungskriteriums den ihr zustehenden Spielraum vorliegend überschritten hätte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerschaft das Eignungskriterium Erfahrung unter Beachtung sachlicher Überlegungen formuliert hatte. Im Übrigen verkennt die Beschwerdegegnerschaft, dass die Vergabestelle – wie gesehen – keine einseitige nachträgliche Änderung der Eignungskriterien vornehmen kann. In VB.2011.00676 oblag es dem Verwaltungsgericht, nachträglich die Eignungskriterien im Rechtsmittelverfahren aufgrund ihrer Vereinbarkeit mit einem wirksamen Wettbewerb zu überprüfen. Im damaligen Fall ging es um eine direkte Anfechtung der Eignungskriterien seitens der damaligen Beschwerdeführerin und nicht um eine eigenständig vorgenommene Änderung der Eignungskriterien durch die Vergabestelle.

E. 4.3.3

Erscheint nach Einreichung der Angebote kein wirksamer Wettbewerb garantiert, so besteht für die Vergabebehörde grundsätzlich die Möglichkeit, das Verfahren gemäss § 37 Abs. 1 lit. c SubmV abzubrechen. Dies hat die Vergabestelle vorliegend unterlassen. Tatsächlich bestehen denn auch keine genügenden Anhaltspunkte, um von einem fehlenden wirksamen Wettbewerb zu sprechen. Dass bei korrekter Anwendung des Eignungskriteriums nur zwei Anbieter übrigbleiben, steht einem wirksamen Wettbewerb nicht entgegen. Ist – wie vorliegend – von einem sachlichen Eignungskriterium auszugehen, so darf aus einer geringen Zahl von Bewerbern bzw. geeigneten Bewerbern nicht einfach auf eine Beeinträchtigung des wirksamen Wettbewerbs geschlossen werden; diese gilt selbst dann, wenn bloss ein Anbieter übrigbleibt (vgl. VGr, 27. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.4.2).

E. 4.3.4

Als Letztes bleibt zu prüfen, ob die Mitbeteiligte aufgrund des Nichterfüllens des genannten Eignungskriteriums zwingend vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen oder ob sie aufgrund eines unwesentlichen Mangels am Verfahren weiterhin hätte teilnehmen dürfen. Bei der Beurteilung der Ausschlussmängel ist wie oben erwähnt im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) ein strenger Massstab anzulegen. Im vorliegenden Fall kann deshalb nicht von einer unbedeutenden Abweichung des Angebots der Mitbeteiligten von der Ausschreibung gesprochen werden, da sie nur zwei, nicht aber fünf Referenzobjekte für den genannten Zeitraum vorweisen konnte. 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. Das Angebot der Mitbeteiligten wäre demnach aus dem Verfahren auszuschliessen gewesen.

E. 4.4

Insgesamt ergibt sich, dass der Zuschlag an die Mitbeteiligte aufgrund ihrer fehlenden Eignung aufzuheben ist. Die Prüfung der verbleibenden Beschwerderügen erübrigt sich damit. Die Vergabe hat an die ursprünglich auf dem zweiten Platz rangierende Beschwerdeführerin zu erfolgen ; mit dem Ausschluss der Mitbeteiligten rückt sie auf den ersten Rang vor. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerschaft zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beschwerdegegnerschaft je zu einem Drittel und unter solidarischer Haftung aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist zudem ebenfalls unter solidarischer Haftung und im gleichen Verhältnis zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 VRG). Die Vertreterin der Beschwerdeführerin hat dem Verwaltungsgericht ihre Honorarnote zukommen lassen; ein Anspruch auf volle Entschädigung besteht jedoch gemäss ständiger Rechtsprechung nicht (vgl. VGr, 7. April 2016, VB.2015.00199). Als angemessen erweisen sich Fr. 3'500.-.

E. 6

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. a 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.