

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00696 vom 30. November 2017**

ZH Verwaltungsgericht, 2017-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2017.00696](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00696)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00696 du 30 novembre 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00696 del 30 novembre 2017

## **Regeste**

Submission | Bewertung von Referenzen im Submissionsverfahren Der Vergabebehörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (E. 3.3.2). Die Vergabebehörde hat bei der Bewertung der telefonischen Referenzauskünfte ihr Ermessen nicht überschritten und den Sachverhalt nicht unrichtig festgestellt; der von einer Referenzperson im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu den Akten gereichte Korrekturvorschlag vermag daran nichts zu ändern. Eine Anhebung der Bewertung der Beschwerdeführerin gemäss dem Korrekturvorschlag würde ihr zudem keinen Anspruch auf den Zuschlag verschaffen, da ihr Angebot damit immer noch hinter demjenigen der Mitbeteiligten zurückliegen würde (E. 3.3.3). 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### **E. 2.2**

Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde mit 98 Punkten und das Angebot der Beschwerdeführerin als zweitplatzierten Anbieterin mit 92 Punkten bewertet. Die Beschwerdeführerin rügt das Vorgehen der Vergabebehörde bezüglich der Ermittlung und Bewertung der Referenzen. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen und diesbezüglich eine deutlich bessere Bewertung erreichen, würde sie den Zuschlag erhalten. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls

erfüllt.

### **E. 3.1**

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen erfolgte die Bewertung der Offerten anhand der Zuschlagskriterien "Preis", "Qualität" und "Ausbildung". Das Kriterium Qualität wurde in die zwei Unterkriterien "fachliche Leistungsfähigkeit" und "technische Leistungsfähigkeit" aufgegliedert. Die Ausschreibungsunterlagen enthielten betreffend die fachliche Leistungsfähigkeit die folgenden Vorgaben: " Fachliche Leistungsfähigkeit Gute Referenzauskünfte bezüglich Qualität und Termintreue in vergleichbaren, in den letzten fünf Jahren ausgeführten Projekten. Nachweis mittels Angaben im Angebotsformular und gute Referenzauskünfte zu den für das Projekt vorgesehenen Schlüsselpersonen." Die Beschwerdeführerin beanstandet einzig die Bewertung dieses Unterkriteriums. Die Benotung der Referenzen durch die Vergabebehörde stimme nicht überein mit den tatsächlichen Angaben der befragten Referenzpersonen, und zudem habe die Vergabebehörde nicht geprüft, inwieweit die von der Mitbeteiligten angeführten Referenzprojekte mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar seien.

### **E. 3.2**

In der Auswertung wurden die Referenzen unter dem Unterkriterium "fachliche Leistungsfähigkeit" mit maximal 40 Punkten bewertet (maximal 10 Punkte pro Referenzobjekt/Schlüsselperson). Das Angebot der Mitbeteiligten erhielt 40 Punkte, dasjenige der Beschwerdeführerin 32.75 Punkte. Die Bewertung erfolgte durch die von der Beschwerdegegnerin beigezogene Firma F AG. Dazu holte diese bei vier Personen Referenzauskünfte ein und bewertete die Leistung, nach sechs Fragen gegliedert, mit den Noten 0 (mangelhaft), 0.5 (gut) oder 1 (sehr gut), wobei auch Viertelnoten (0.25; 0.75) vergeben werden konnten.

#### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht zunächst geltend, die Vergabebehörde habe bezüglich mindestens einer Referenzauskunft den Sachverhalt unrichtig festgestellt. Sie reichte dazu ein korrigiertes Notenblatt der betreffenden Referenzperson ein, welches sie bei dieser Person nach erfolgtem Zuschlag und unter Vorlage des Notenblattes der Vergabebehörde eingeholt hatte. Gemäss dem korrigierten Notenblatt erhalte die Beschwerdeführerin für ihre Referenzen 3.75 zusätzliche Punkte, insgesamt also 36.50 Punkte.

#### **E. 3.3.2**

Für die vorliegende Streitfrage ist einerseits zu beachten, dass der Vergabebehörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 3.5; 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 6.4). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Andererseits kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

#### **E. 3.3.3**

Die Beschwerdeführerin leitet aus dem korrigierten Notenblatt ab, dass die Mitarbeitenden der F AG die telefonischen Angaben nicht korrekt ins Frageblatt übertragen hätten. Solches lässt sich zwar nicht gänzlich ausschliessen. Indessen vermag das durch die betreffende Referenzperson eingereichte korrigierte Notenblatt einen entsprechenden Nachweis nicht zu erbringen: Der Vergabebehörde kommt bei der Bewertung der Angebote ein erhebliches Ermessen zu (vgl. oben E. 3.3.2). Gemäss den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Beschwerdegegnerin konnten die Referenzpersonen nicht bloss mit einer Notenangabe, sondern auch mit einem Kommentar auf die Fragen der F AG antworten, der anschliessend in eine Note "transkribiert" wurde. Das Ermessen der Vergabebehörde erlaubt unter diesen Umständen einen gewissen Interpretationsspielraum bei der Benotung. Im Hinblick darauf fällt auch ins Gewicht, dass die Abweichung zwischen den Noten der Vergabebehörde und den von der Beschwerdeführerin neu eingereichten Noten – mit einer Ausnahme – höchstens einen halben Punkt beträgt. Dass ein vergebenes Prädikat "gut" (Note 0.5) zwingend durch ein Prädikat "sehr gut" (Note 1) zu korrigieren wäre, ist nicht ersichtlich. Es entspricht weiter erfahrungsgemäss menschlichem Verhalten, eine gegenüber Dritten geäusserte Kritik auf Nachfrage der kritisierten Person zu relativieren. Abgesehen davon ist es deutlich leichter, in einem Telefongespräch Kritik zu äussern, als beim überprüfbar ausfüllen eines schriftlichen Fragebogens. Vor diesem Hintergrund kommt den durch die Referenzperson der Beschwerdeführerin nachgereichten Noten gerade keine höhere Aussagekraft zu (VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.5.2). Entsprechend erscheint das Ermessen der Vergabebehörde nicht als überschritten oder missbraucht; ebenso wenig ist ihr eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts vorzuwerfen. Im Übrigen würden die gemäss dem korrigierten Notenblatt allenfalls zusätzlich zu erteilenden 3.75 Punkte der Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf den Zuschlag verschaffen: Damit erhielte ihr Angebot insgesamt 95.75 bzw. gerundet 96 Punkte, womit es immer noch hinter dem Angebot der Mitbeteiligten (98 Punkte) zurückliegen würde. Anzuführen bleibt, dass – entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin – aus den Ausschreibungsunterlagen durchaus hervorging, dass die Referenzpersonen telefonisch kontaktiert würden, da von den Offertstellenden die Angabe von deren Telefonnummern verlangt wurde. Im Übrigen ist es nicht unüblich, dass Referenzen telefonisch eingeholt werden. Ausserdem ergeben sich keine Hinweise auf Absprachen zwischen den Referenzpersonen der Mitbeteiligten und der Vergabebehörde oder der F AG aus den Akten: Anders als von der Beschwerdeführerin vorgebracht, deutet die Bewertung der Mitbeteiligten mit der Maximalpunktzahl nicht auf etwas Derartiges hin.

#### **E. 3.4**

Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, die von der Mitbeteiligten angeführten Referenzobjekte seien nicht im gleichen Mass wie ihre eigenen Objekte mit dem ausgeschriebenen Auftrag vergleichbar: Der Bau von Sanitäranlagen gehöre zu den Kernkompetenzen der Beschwerdeführerin, nicht aber zu denjenigen der Mitbeteiligten. Hieraus ergibt sich jedoch nicht, dass die Mitbeteiligte schlechtere Referenzen betreffend den Bau von Sanitäranlagen angegeben hätte; die Beschwerdeführerin bringt solches denn auch weder substantiiert vor, noch ergibt es sich aus den Akten. Zudem steht der Vergabebehörde auch im Hinblick auf die Vergleichbarkeit der Angebote ein Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (vgl. oben E. 3.3.2). Anhaltspunkte für eine Überschreitung oder einen Missbrauch des diesbezüglichen Ermessens bestehen nicht.

### **E. 3.5**

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**

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). Der Beschwerdegegnerin ist ebenfalls keine Parteientschädigung zuzusprechen, da diese 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 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]).

### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt 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]). Es steht den Parteien deshalb 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.