

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00184 vom 24. Mai 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-05-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00184

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00184 du 24 mai 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00184 del 24 maggio 2018

Regeste

Submission | Nachweis komplexer Grundleitungsarbeiten: Referenzbewertung; Referanzauskunft. Für die Beurteilung der Referenzen sind die mit der Offerte eingereichten Unterlagen massgebend (E. 4). Anhaltspunkte für eine unsorgfältige Abklärung oder Erstellung der Notizen durch die Vergabebehörde sind nicht ersichtlich (E. 4.4.1). Die Vergabebehörde durfte auf die in der Offerte genannte Referenzperson abstellen. Wenn die angegebene Referenzperson nicht für die ganze Projektdauer zuständig gewesen war und ihr entsprechend Kenntnisse fehlten, lag dieser Umstand im Risikobereich der Beschwerdeführerin (E. 4.4.2). Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabebehörde das Referenzobjekt mit Blick auf die Offertunterlagen sowie die Referanzauskunft als unzureichenden Beleg für Erfahrung mit komplexen Grundleitungsarbeiten qualifiziert hat (E. 3.7.3). 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 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 hätten, 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 anhand der Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin hat das betragsmässig tiefste Angebot eingereicht. Der Ausschluss ihres Angebots wurde damit begründet, dass sie den Nachweis der Eignung für umfangreiche Grundleitungsarbeiten mit den eingereichten Referenzen nicht erfüllt habe. Erweisen sich ihre dagegen erhobenen Rügen als berechtigt, wäre ihr Angebot wieder in das

Vergabeverfahren aufzunehmen und hätte eine realistische Chance auf den Zuschlag, da sowohl die Referenzen als auch der Preis bei der Bewertung zentral sind. 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 und Nachweisen 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, Rz. 456 f.). 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 (VGr, 16. November 2017, VB.2017.00495, E. 4.2; Galli et al., Rz. 444).

E. 3.2

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; Galli et al., Rz. 555). Die Vergabebehörde legt die für die jeweilige Beschaffung erforderlichen Eignungskriterien im Hinblick auf deren Besonderheiten fest, bestimmt die zu erbringenden Nachweise und gibt diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Bei deren Festlegung und Anwendung steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift. Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 1 und 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.3

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin unter Ziff. 13 "Eignungskriterien" Folgendes festgehalten: "1. Kriterium: Technische/fachliche Leistungsfähigkeit: Der Anbieter muss drei Referenzen über in den letzten fünf Jahren abgeschlossene Projekte vergleichbarer Grösse und Komplexität ausweisen. In mindestens einem Projekt ist dabei die Erfahrung mit komplexen Grundleitungsarbeiten nachzuweisen. Nachweis: Ausgefüllte Referenzliste 2. Kriterium: [...]" Die einzureichende Referenzliste bestand in einer Tabelle, worin drei Projekte, Ort und Art der ausgeführten Arbeiten, das Jahr bzw. die Ausführungszeit, die Auftragssumme, die Auftraggeberin, deren

Auskunftsperson sowie die Projektleitung des Unternehmens einzufüllen waren. Sodann konnte jeweils angekreuzt werden, ob es sich beim angegebenen Projekt um ein solches mit umfangreichem Grundleitungsbau handelt.

E. 3.4

In ihrer Offerte hatte die Beschwerdeführerin bei keinem der drei aufgeführten Referenzprojekte ein Kreuz für umfangreichen Grundleitungsbau gesetzt. Die Beschwerdegegnerin gab ihr am 12. Februar 2018 Gelegenheit, nachträglich anzugeben, welche der drei Referenzen eine ähnliche Grösse der Grundleitung aufweist. Davon machte die Beschwerdeführerin gleichentags Gebrauch und versah ihre zweite Referenz (Schulhaus C) mit einem Kreuz. Tags darauf holte die Beschwerdegegnerin bei der für dieses Projekt genannten Auskunftsperson telefonisch eine Referenzauskunft ein. In der Telefonnotiz wurde dazu festgehalten, die Beschwerdeführerin habe beim genannten Projekt keine Grundleitungen erstellt, beziehungsweise gemäss Auskunft höchstens 50 m. In einer Aktennotiz vom 11. April 2018 wurde zusätzlich ausgeführt, der grösste Teil der Arbeiten sei vom Baumeister ausgeführt worden. In der Folge nahm die Vergabebehörde an, dass die Beschwerdeführerin keine oder lediglich untergeordnete Grundleitungsarbeiten wahrgenommen habe und das Eignungskriterium "in keiner Art und Weise" erfülle. Da es sich bei den ausgeschriebenen Arbeiten um einen äusserst komplexen Grundleitungsbau im Rahmen eines Grossprojekts handle, wofür die geforderte Erfahrung unabdingbar und in den Ausschreibungsunterlagen auch ausdrücklich verlangt worden sei, erachtete sie den Ausschluss als zwingend erforderlich.

E. 3.5

Dem hält die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde im Wesentlichen entgegen, bei der telefonischen Referenzauskunft habe es ein Missverständnis gegeben. Erstens habe die Auskunftsperson nicht erwähnt, dass sie erst nach Abschluss des Grundleitungsbaus für das Projekt zuständig gewesen sei. Sodann sei der Baumeister für das Graben, Betonieren und die Kanalisationsarbeiten ausserhalb der Gebäude zuständig. Die massgebenden Sanitärarbeiten, welche durch sie ausgeführt worden seien, beträfen die komplexen Grundleitungsarbeiten, die Leitungsverlegung, Gefälle, Schächte, etc. Die Komplexität des Referenzprojekts sei aus der beigelegten Fotodokumentation sowie den Plänen, dem Leistungsbeschrieb und dem Werkvertrag ersichtlich. Die Notizen seien insofern unvollständig bzw. fehlerhaft. Dies habe ihr die Referenzperson am 29. März 2018 auf Nachfrage bestätigt. Da die Notizen unsorgfältig erstellt worden seien, hätte nicht darauf abgestellt werden dürfen.

E. 4.1

Für die Beurteilung der Referenzen sind die mit der Offerte eingereichten Unterlagen massgebend sind (vgl. VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00456, E. 4.3.4; 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.3). Es ist auf die Angaben und Unterlagen der Anbietenden im Zeitpunkt der Offerteinreichung abzustellen (vgl. VGr, 9. Februar 2017, VB.2016.00312, E. 3.4; 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1). Ergänzungen sind lediglich während des Vergabeverfahrens im Rahmen der Vorschriften von § 29 und 30 SubmV zulässig.

E. 4.2

Der Nachweis von Erfahrung mit komplexen Grundleitungsarbeiten wurde in der Ausschreibung unmissverständlich verlangt (vgl. vorn E. 3.3). Zudem ergab sich aus Ziff. 2.2 f. der Submissionsbestimmungen, dass das geplante Bauvorhaben auch eine

umfangreiche Sanierung der maroden Grundleitungen umfasste.

E. 4.3

Zusammen mit ihrer Offerte hat die Beschwerdeführerin zur streitbetroffenen Referenz "Schulhaus C" eine Beilage eingereicht und zu den dort ausgeführten Sanitärarbeiten folgende Angaben gemacht: "Neuinstallation der gesamten Schulanlage inklusiv Turnhalle. Enthärtungsanlage für Schulküche und Wassererwärmung. Die Wassererwärmung (2'500 und 800 Liter) erfolgt je über einen externen Wassertauscher. Diverse Pumpanlagen von der kleinen Kondenswasser-Pumpe bis zur Doppelpumpanlage. Ton- und Gipsabscheider mit 3-Kammer Hochleistungs-Abscheider System. Aussenbrunnen mit mehreren Wasserdüsen, die je nach Wunsch separat einreguliert werden können." Ferner erwähnte sie darin das Bestehen von sehr hohen Qualitätsansprüchen sowie die Ausführung bei zum Teil laufendem Betrieb. Dem hat sie auf einer A4-Seite acht Aufnahmen des Gebäudeinneren angefügt, welche die beendeten Arbeiten zeigen. Die Fotografien in den Offertunterlagen zeigen beim genannten Referenzprojekt lediglich abgeschlossene Arbeiten innerhalb des Schulhauses. So sind darauf etwa im Keller befindliche Leitungen und Anlagen sichtbar, nicht jedoch im Erdreich oder ausserhalb des Gebäudes befindliche. Weiter lassen sich auch dem Arbeitsbeschrieb keine spezifischen Hinweise auf Grundleitungsarbeiten wie etwa Kanalisationsanschlüssen oder Ähnlichem. Mit der Offerte hat die Beschwerdeführerin somit offensichtlich nicht den Nachweis erbracht, dass sie Erfahrung mit komplexen Grundleitungsarbeiten vorzuweisen hätte.

E. 4.4

Nachdem die Vergabebehörde der Beschwerdeführerin nachträglich Gelegenheit zur Bezeichnung eines Referenzprojekts für Grundleistungsbau gegeben hatte, nannte sie das Objekt "Schulhaus C". In der Folge erkundigte sich die Vergabebehörde telefonisch bei der angegebenen Referenzperson; über das Gespräch verfasste sie die erwähnten Notizen (vgl. vorn E. 3.4).

E. 4.4.1

Anhaltspunkte für eine unsorgfältige Abklärung oder unsorgfältige Erstellung der Notizen durch die Vergabebehörde sind nicht ersichtlich. Etwas anderes vermag die Beschwerdeführerin auch nicht aus dem mit der Replik eingereichten Mail der Referenzperson abzuleiten. Jedenfalls ist daraus nicht der Schluss zu ziehen, dass die Vergabebehörde die ihr seinerzeit erteilte Auskunft falsch wiedergegeben hätte.

E. 4.4.2

Die Vergabebehörde durfte davon ausgehen, dass sie auf die in der Offerte genannte Referenzperson abstellen kann (VGr, 27. Juli 2017, VB.2017.00367, E. 6.7). Wenn die angegebene Referenzperson nicht für die ganze Projektdauer zuständig gewesen war und ihr entsprechend Kenntnisse fehlten, so lag dieser Umstand im Risikobereich der Beschwerdeführerin. Die Anbietenden sind für den Inhalt ihrer Offerte – und damit auch für die Angabe der Referenzpersonen – selber verantwortlich (VGr, 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1). Dementsprechend hat die Beschwerdeführerin die Folgen zu tragen, wenn die von ihr genannte Referenzperson mangels ausreichender Kenntnisse nur unvollständige Angaben gemacht hat. Es nützt der Beschwerdeführerin deshalb nichts, wenn sie eine allfällig vorhandene Erfahrung im komplexen Grundleistungsbau nachträglich im Beschwerdeverfahren aufzeigen könnte.

E. 4.5

Im Rahmen einer Gesamtwürdigung ist es nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdegegnerin das Referenzobjekt mit Blick auf die Offertunterlagen sowie die Referenzauskunft als unzureichenden Beleg für Erfahrung mit komplexen Grundleitungsarbeiten qualifiziert hat. Sie hat sich an die submissionsrechtlichen Vorgaben gehalten und im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens entschieden. Sie hat sich für die Beurteilung zu Recht auf die Offertunterlagen und auf die Aussage der von der Beschwerdeführerin genannten Auskunftsperson gestützt. Darin liegt weder ein überspitzt formalistisches noch ein rechtsmissbräuchliches Verhalten. Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG erweist sich vielmehr als zulässig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 5

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

E. 6

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. 7

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauaufträge nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019). 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.