

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00453 vom 19. Dezember 2018

ZH Verwaltungsgericht, 2018-12-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00453

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00453 du 19 décembre 2018

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00453 del 19 dicembre 2018

Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Verfahren. Eignungskriterien. Vergleichbarkeit von Referenzen. Der Vergabebehörde steht beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenz als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet, ein grosses Ermessen zu (E. 3.3.2). Es ist grundsätzlich auf die mit der Offerte eingereichten Unterlagen abzustellen (E. 3.3.3). Aus den von der Beschwerdeführerin eingereichten Referenzobjekten lassen sich keine Angaben bezüglich der Komplexität und den Anforderungen betreffend digitale Geoinformationen entnehmen, die mit den ausgeschriebenen Anforderungen vergleichbar wären (E. 3.5.3 f.). Der Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin erweist sich als zulässig (E. 3.5.5). 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 = ZBI 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 Ausschluss aus dem Submissionsverfahren. Erweisen sich ihre dagegen erhobenen Rügen als berechtigt, wäre ihr Angebot wieder in das Vergabeverfahren aufzunehmen und hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, da gemäss Ausschreibung als Zuschlagskriterium das "insgesamt höchstes Angebot" galt und die Beschwerdeführerin die höchste Entschädigung offeriert hat. Damit ist die Beschwerdelegitimation zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind

ebenfalls erfüllt. Die Beschwerdeführerin weist die Rechtzeitigkeit ihrer Beschwerde nach. Damit ist dem Antrag der Mitbeteiligten, auf die Beschwerde sei wegen Fristversäumnis nicht einzutreten, nicht stattzugeben.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sie zu Unrecht wegen Unvollständigkeit ihres Angebots aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei. Sie sei Pionierin in der digitalen visuellen Kommunikation und ein mangelnder Nachweis von Kompetenzen bei der Entwicklung und Realisierung von eCityplänen und Referenzen von Projekten mit Geoinformationssystemen liege ihrerseits nicht vor. Schliesslich habe die Beschwerdeführerin bereits bei früheren Ausschreibungen der Beschwerdegegnerin Angebote in sehr ähnlicher Form eingereicht, ohne dass diese je beanstandet worden seien.

E. 3.2

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin unter "Eignungskriterien" unter anderem Folgendes festgehalten: "Erfahrung in der Entwicklung von Geoinformationssystemen sowie im Betrieb und in der Vermarktung von digitalen Werbemedien. Nachweise der Anbietenden und beigezogenen Subunternehmen: Aktuelle und gute Referenzauskünfte und/oder Unterlagen über bereits erbrachte Leistungen, Angaben zur Vermarktungsstrategie. [...]"

E. 3.3

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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden.

E. 3.3.1

Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Das Vorliegen der geforderten Eignung und Nachweise führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB). Bei der Beurteilung von Mängeln 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 (VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., Rz. 456 f.). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden. (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 3.7.1; Galli et al., Rz. 444 f.).

E. 3.3.2

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 SubmV). Die Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Beurteilungsspielraum, 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. 3.3.3

Für die Beurteilung der Referenzen sind die mit der Offerte eingereichten Unterlagen massgebend (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. 3.4

Erfahrung mit Geoinformationslösungen und entsprechende Nachweise wurde in der Ausschreibung unmissverständlich verlangt (vgl. vorn E. 3.2) Im Fragenkatalog vom 29. Mai 2018 wurde zudem die (von einer Anbieterin gestellte) Frage "Was ist unter Erfahrung in der Entwicklung von Geoinformationslösungen zu verstehen und in welcher Form ist diese zu belegen" von der Vergabebehörde zudem dahingehend beantwortet, dass "der Nachweis von vergleichbaren realisierten Projekten mit entsprechenden Referenzen" gemeint ist. Eine Verletzung des Transparenzgebots aufgrund einer unklaren Ausschreibung ist entgegen der Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich.

E. 3.5

Die Beschwerdeführerin reichte mit ihrem Angebot folgende Referenzen ein: - Stadt E - F AG (digitale Werbeanlagen mit Touch-Screen - Unternehmen G

E. 3.5.1

Die Beschwerdegegnerin erachtete diese Referenzangaben als ungenügend. Bei der eingereichten Referenz für die Stadt E handle es sich um analoge, also weder elektronische noch interaktive Stadtpläne. Das Schreiben der Stadt E vom 29. Juni 2017 weise in keiner Weise auf digitale bzw. interaktive Technologien hin. Beim Projekt für F AG handle es sich um kein vergleichbares Projekt, da der Komplexitätsgrad der F AG (Werbeanlage mit Touchscreen) nicht ansatzweise den Vorgaben für eine Geoinformationslösung entspreche. Bei den ...-Werbeanlagen könne lediglich die Lage von Geschäften angezeigt oder die Abfahrtszeiten der jeweiligen ÖV-Anschlüsse abgefragt werden, während bei der Geoinformationslösung gemäss act. ... viel mehr Anforderungen vorliegen würden. Auch beim Projekt bezüglich Unternehmen G würden keine interaktiven Anlagen betrieben. Aus

dem Schreiben des Unternehmens G vom 1. April 2016 könne nichts Derartiges abgeleitet werden. Insgesamt sei aus dem Angebot der Beschwerdeführerin ersichtlich, dass sie zwar Erfahrung in der Akquisition, Vermarktung und Implementierung von kommerzieller Werbung im öffentlichen Raum habe, jedoch keine Erfahrungen bzw. Referenzprojekte im Bereich von komplexeren Geoinformationslösungen. Für die Eignung seien aber Erfahrung in der Entwicklung von Geoinformationen zwingend erforderlich gewesen; ein Angebot, das den Betrieb und die Vermarktung von digitalen Werbemedien umfasse, reiche nicht aus.

E. 3.5.2

Wie oben dargelegt, steht der Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien ein grosser Ermessens- oder Beurteilungsspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (vgl. VGr, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 4.5).

E. 3.5.3

Bei der gegebenen Aktenlage ist es nicht als unzulässige Ermessensausübung zu erachten, dass die Beschwerdegegnerin die eingereichten Referenzobjekte als unzureichenden Beleg für Erfahrung mit komplexen Geoinformationslösungen qualifiziert hat. Zunächst einmal hat die Vergabebehörde zu Recht auf Informationen zum Zeitpunkt der Einreichung des Angebots abgestellt (vgl. VGr, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 4.1; 9. Februar 2017, VB.2016.00312, E. 3.4; 7. Mai 2015, VB.2015.00081, E. 4.1). Sie muss Informationen der Beschwerdeführerin, welche diese in früheren Ausschreibungen und Angeboten, bzw. in früheren E-Mails oder Gesprächen zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin geäussert hat, oder erst später in ihrer Beschwerde und Replik neu hinzugefügt hat, nicht berücksichtigen. An der zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung vorgenommenen Beurteilung der Vergabebehörde ist kein vom Verwaltungsgericht überprüfbarer Ermessensfehler ersichtlich. Dass die Beschwerdegegnerin ausführt, der Betrieb von digitalen Werbemedien entspreche nicht einer komplexen digitalen Geoinformationslösung, erscheint beim Blick auf Anhang 2 zu den Ausschreibungskriterien, welcher die Anforderungen für die geforderte Geoinformationslösung im Detail ausführt, vertretbar. Aus den "Vorgaben eCityplan" gehen mehrere Anforderungen hervor. Aus den beigelegten Referenzbriefen und den Fotos der Beschwerdeführerin zu ihren Referenzobjekten lassen sich keine weiteren Angaben oder Darlegungen bezüglich Funktionsweise, Komplexität und Anforderungen entnehmen, die mit den vielfältigen Anforderungen in Anhang 2 zu den Ausschreibungskriterien im vorliegenden Fall für eine Vergabebehörde ersichtlich vergleichbar wären. Insbesondere liegen – auch im Vergleich mit dem ausführlichen Angebot der Mitbeteiligten – keine genügenden Angaben und Hinweise auf Erfahrung mit komplexen digitalen Geoinformationen, interaktiven Screens oder Navigationselementen vor, mit welchen Passanten versorgt werden sollen. Vielmehr ergibt sich aus den eingereichten Referenzobjekten der Beschwerdeführerin zum Zeitpunkt des Angebots vor allem Erfahrung mit digitalen Medien, welche "lediglich" Werbung ausstrahlen, oder Erfahrung mit analogen Stadtplänen, welche mit interaktiven eCityplänen nicht vergleichbar sind. Es stand der Vergabebehörde somit im Rahmen ihres Ermessensspielraums zu, die drei eingereichten Referenzobjekte ohne weitere Informationen der Beschwerdeführerin als nicht vergleichbar mit dem geforderten Projekt zu erachten.

E. 3.5.4

Im Vorgehen der Beschwerdegegnerin liegt zusammengefasst 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. 4.1

Da die Beschwerdeführerin mit ihrem Antrag auf Gutheissung und die Mitbeteiligte mit ihren prozessualen Anträgen auf aufschiebende Wirkung, Sicherheitsleistung und ihrem Antrag auf Nichteintreten unterliegen, sind die Kosten des Verfahrens zu 4/5 der Beschwerdeführerin und zu 1/5 der Mitbeteiligten aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG).

E. 4.2

Dementsprechend steht der Mitbeteiligten zulasten der Beschwerdeführerin eine reduzierte Parteientschädigung zu, wobei sich Fr. 2'400.- als angemessen erweisen. Der Beschwerdegegnerin steht trotz ihres Obsiegens keine Entschädigung zu, da ihr im Beschwerdeverfahren kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG entstanden ist; mit ihren Rechtsschriften hat sie im Wesentlichen die ihr obliegende Begründung der Ausschlussverfügung nachgeholt.

E. 5

Es ist davon auszugehen, dass der im Staatsvertragsbereich massgebliche Schwellenwert für Dienstleistungen überschritten ist (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019, SR 172.056.12). Gegen dieses Urteil 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, andernfalls steht dagegen 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.