

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00075 vom 25. Juli 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-07-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00075](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00075)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00075 du 25 juillet 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00075 del 25 luglio 2019

## Regeste

Submission | Verfahrensausschluss wegen mangelnder Nachweise zu den Eignungskriterien. In den Ausschreibungsunterlagen sind die Eignungskriterien sowie die entsprechenden Nachweise genannt. Die Beschwerdeführerin wurde mit der Begründung vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, dass u.a. die geforderten Angaben zu Aus- und Weiterbildung von Schlüsselpersonen fehlen würden (E. 4.1 f.). Die im Angebot enthaltene Darstellung der Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten bei der Beschwerdeführerin erschöpft sich in allgemeinen Ausführungen und mangelt an einer Bezugnahme auf die zum Einsatz kommenden (Schlüssel-)Personen (E. 4.3). Dem Angebot sind insgesamt keine als Schlüsselpersonen bezeichnete Mitarbeitende zu entnehmen. Zwangsläufig fehlen damit auch Angaben zu deren Aus- und Weiterbildung (E. 4.4). Das Stellen von Anforderungen an Schlüsselpersonen ist im Rahmen der Eignungsabklärung ein zulässiges und übliches Kriterium. Sodann erweist sich der Verfahrensausschluss als verhältnismässig (E. 4.5). Die Prüfung der weiteren von der Vergabestelle geltend gemachten Ausschlussgründe erübrigt sich (E. 4.6). 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 = ZBI 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 Entscheide in Vergabeverfahren 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]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und der Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14 E. 4.9).

### E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation ohne Weiteres zu bejahen ist.

### **E. 3.1**

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. 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.2010.00568, 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).

### **E. 3.2**

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) oder 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). 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, 19. Dezember 2018, VB.2018.00617, E. 3.6; Galli et al., Rz. 444 f.).

### **E. 3.3**

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten 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 Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit

Hinweisen).

#### **E. 4.1**

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Vergabestelle unter dem Titel "9. Eignungskriterien und Nachweise" zunächst die Eignung der Anbietenden in allgemeiner Weise festgehalten. Sodann sind vier Eignungskriterien und die hierzu erforderlichen Nachweise (wie Referenzen, eine höchstens zwei A4-Seiten umfassende Auftragsanalyse, Angaben zu Produktionsräumen, Personalressourcen sowie zu Aus- und Weiterbildung etc.) genannt.

#### **E. 4.2**

Mit Schreiben vom 21. Januar 2019 schloss die Vergabestelle die Beschwerdeführerin aus dem Submissionsverfahren aus. Sie qualifizierte sämtliche vier Eignungskriterien mangels Nachweisen als nicht erfüllt und listete zu jedem Eignungskriterium die jeweils fehlenden Nachweise auf. Demgegenüber erachtet die Beschwerdeführerin die vorgegebenen Eignungskriterien als erfüllt. Im Rahmen der somit vorzunehmenden Prüfung, ob die Vergabestelle die einzelnen Eignungskriterien zu Recht als unerfüllt qualifiziert hat, ist zunächst das 4. Eignungskriterium zu beurteilen. Es lautete wie folgt: "Ausreichende Ausbildung und Erfahrung des verantwortlichen und einzusetzenden Personals. Fähigkeit des Personals, auf spezielle Bedürfnisse (Verpflegung von Kindern und Jugendlichen, vegetarische Küche und Küche für spezielle Bedürfnisse wie Unverträglichkeiten oder religiös begründete Verpflegungsgewohnheiten) einzugehen. Nachweis: Angaben zu Aus-, Weiterbildung und Erfahrung von Schlüsselpersonen zu Kinderernährung, vegetarischer Küche und Küche für spezielle Bedürfnisse wie Unverträglichkeiten oder religiös begründete Verpflegungsgewohnheiten sowie Lieferanforderungen gemäss Leistungsbeschrieb [...]." Dazu hielt die Vergabestelle in ihrer Ausschlussverfügung fest, dass Angaben zu Aus- und Weiterbildung von Schlüsselpersonen fehlen würden. Im vorliegenden Beschwerdeverfahren führt die Vergabestelle präzisierend aus, dass aus den sehr allgemein gestalteten Angaben der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich sei, wie die Schlüsselpersonen heissen würden, über welche Aus- und Weiterbildung sie verfügen würden und inwiefern sie bereits in den besagten Bereichen Erfahrungen gesammelt hätten.

#### **E. 4.3**

Dem hält die Beschwerdeführerin entgegen, ihrem Angebot seien detaillierte Angaben zu Aus- und Weiterbildungen der Mitarbeitenden zu entnehmen und verweist hierzu auf verschiedene Seiten ihres Angebots. Damit vermag sie indes nicht durchzudringen: Die – eine Seite füllende – Darstellung der Aus- und Weiterbildung bei der Beschwerdeführerin erwähnt strukturierte Programme (wie Hotelfachschulpraktika oder Management Trainee Programme), das breite Kursangebot (zu den unterschiedlichsten Fach- und Führungsthemen), die individuellen Entwicklungsprogramme, die Kooperation mit einer Fachhochschule oder die Unterstützung der fachlichen Weiterbildung von Mitarbeitenden ohne Berufsabschluss. Diese Darstellung der (Möglichkeiten zur) Aus- und Weiterbildung erschöpft sich somit in allgemeinen Ausführungen und mangelt an einer Bezugnahme auf die zum Einsatz kommenden (Schlüssel-)Personen. Das gleiche gilt für den Hinweis im Angebot, dass die Mitarbeitenden der Beschwerdeführerin regelmässig Schulungen zum Thema ausgewogene und gesunde Ernährung besuchen würden. Diese pauschale Angabe lässt jegliche Spezifizierung hinsichtlich bestimmbarer (und einzusetzender) Personen vermissen. Auf drei Seiten des Angebots ist mit X ein ausgewiesener Ernährungsspezialist,

welcher das Küchenteam vor Ort unterstützen würde, namentlich erwähnt. Mit Namen aufgeführt ist auch die Ernährungsfachfrau Y Angaben zu Aus- und Weiterbildung(en) dieser Mitarbeitenden sind in diesem Zusammenhang nicht erwähnt. Auch ist nicht festgehalten, dass es sich bei ihnen um zum Einsatz kommende Schlüsselpersonen handelt. Das Organigramm der Betriebsstätte, in der die Mahlzeiten zubereitet werden, erwähnt die beiden genannten Personen jedenfalls nicht und lässt somit den gegenteiligen Schluss zu. Überhaupt führt dieses Organigramm insgesamt 16 Personen auf, ohne Schlüsselpersonen zu nennen oder die jeweilige Aus- und Weiterbildung(en) der Aufgelisteten zu erwähnen.

#### **E. 4.4**

Dem Angebot sind somit keine als Schlüsselpersonen bezeichnete Mitarbeitende zu entnehmen. Zwangsläufig fehlen damit auch Angaben zu deren Aus- und Weiterbildung(en). Die Aussage der Beschwerdeführerin, wonach das Angebot detaillierte Angaben zu den Aus- und Weiterbildungen der Schlüsselpersonen enthalten würde, ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar. Ohnehin, selbst wenn die Namen von Schlüsselpersonen aus dem Angebot hervorgehen würden, geht das Vorbringen, wonach der Vergabebehörde die beruflichen Qualifikationen der Schlüsselpersonen wegen der langjährigen Zusammenarbeit mit der Beschwerdeführerin bestens bekannt seien, fehl: Die Vergabebehörde ist lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet, die bestehenden eigenen Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin bei der Beurteilung der Eignung zu berücksichtigen. Es kann ihr nicht vorgeworfen werden, wenn sie sich bei der Beurteilung an die formstrengen Vorgaben des Submissionsverfahrens gehalten und auf die Angaben in der Offerte im Stand zum Zeitpunkt von deren Eingabe abgestellt hat ( VGr, 23. März 2017, VB.2017.00098, E. 3.7.2). Neben der ausgebliebenen Bezeichnung von Schlüsselpersonen sind in der Offerte im Übrigen auch keine Angaben zu Aus- und Weiterbildung (anderer) spezifischer Mitarbeitender festgehalten. Die Aussage der Beschwerdeführerin im vorliegenden Verfahren, wonach die getätigten Angaben zu Aus- und Weiterbildungen der Mitarbeitenden auch für die Schlüsselpersonen gelten, ist somit unbehelflich.

#### **E. 4.5**

Weicht ein Angebot von den Ausschreibungsunterlagen ab, so muss die Abweichung für die Rechtfertigung eines Ausschlusses von einer gewissen Schwere bzw. nicht unwesentlich sein (Galli et al., Rz. 471). Auch besteht ein gewisser Ermessensspielraum der Vergabestelle, ob sie ein unvollständiges Angebot von der Vergabe von vornherein ausschliessen oder aber die fehlenden Angaben und Unterlagen nachträglich noch einholen bzw. vorhandene Unklarheiten durch entsprechende Rückfragen beseitigen will (VGr, 16. April 2015, VB.2015.00113, E. 3.3.2). Das Stellen von Anforderungen an Schlüsselpersonen ist im Rahmen der Eignungsabklärung ein zulässiges und übliches Kriterium (vgl. etwa VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 5.2). Im vorliegenden Verfahren führte die Vergabebehörde aus, dass sie mit dem 4. Eignungskriterium sicherstellen wollte, dass die Anbieterinnen über qualifiziertes Personal verfügen würden, welches auf die erwähnten speziellen Bedürfnisse eingehen könne. Dieses Vorgehen ist nicht zu beanstanden, zumal die gestellten Anforderungen an Schlüsselpersonen hinsichtlich spezieller Verpflegungsgewohnheiten insbesondere in einer Grossstadt wie Winterthur sachlich begründet und angebracht sind. Hinzu kommt, dass die geforderten Angaben in den Ausschreibungsunterlagen in unmissverständlicher Weise festgehalten sind ; folgerichtig führt die Beschwerdeführerin auch nicht an, die Ausschreibungsunterlagen seien diesbezüglich unklar formuliert. Sodann handelt es sich bei der Nennung von

Angaben zu Aus- und Weiterbildung von Schlüsselpersonen nicht bloss um untergeordnete Angaben wie etwa eine fehlende separate Unterzeichnung (vgl. VGr, 4. Januar 2017, VB.2016.00761, E. 2). Auch insofern erweist sich der Verfahrensausschluss als verhältnismässig. Da nach dem Dafürhalten der Beschwerdeführerin die geforderten Angaben in der eingereichten Offerte zu finden sind, macht sie auch nicht geltend, die Vergabebehörde hätte die Angaben zu den Schlüsselpersonen nachträglich einholen sollen. Im Vorgehen der Beschwerdegegnerin ist insgesamt somit kein überspitzt formalistisches Verhalten zu erblicken. Folglich ist nicht von einer zu strengen Handhabung des 4. Eignungskriteriums auszugehen.

#### **E. 4.6**

Ob ein Ausschluss der Beschwerdeführerin auch aus den weiteren von der Vergabestelle geltend gemachten Gründen (fehlende Nachweise zu den Eignungskriterien 1–3) zulässig gewesen wäre, muss deshalb im vorliegenden Verfahren nicht im Einzelnen geprüft werden. Sodann ist eine Verletzung submissionsrechtlicher Vorschriften, welche aufgrund ihrer Tragweite zur Wiederholung des gesamten Verfahrens führen müsste, nicht ersichtlich. Insbesondere ist den Ausschreibungsunterlagen keine Pflicht an die Anbietenden zu entnehmen, wonach diese zwingend für beide Szenarien (Warm- und Kaltanlieferung) Offerten einzureichen gehabt hätten; daher sind Offerten, die (nur) das eine oder das andere offerieren (und nicht beides), ausschreibungskonform (vgl. dazu Martin Beyeler, *Der Geltungsanspruch des Vergaberechts*, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 999 Rz. 1925 f.).

#### **E. 5**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde die Eignung der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung verneinen durfte. Es besteht daher kein Anlass für die beantragte Aufhebung der Ausschlussverfügung sowie für die eventualiter Weise beantragte Wiederholung des Submissionsverfahrens. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 6**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 und § 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und ist sie zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu beachten ist, dass Letztere mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

#### **E. 7**

Der geschätzte Auftragswert von rund Fr. 6 Mio. übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 1 lit. a 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 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.