

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00463 vom 18. Dezember 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00463

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00463 du 18 décembre 2019

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00463 del 18 dicembre 2019

Regeste

Submission | Referenzen. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Zuschlagskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietern 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 Zuschlagskriterien 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 abzustechen (E. 4.3). Mit den Ausführungen in den Ausschreibungsunterlagen, dass die Referenzen optimalerweise den Häcksel-Service betreffen würden und andernfalls Referenzen vergleichbarer Arbeiten anzugeben seien, war damit zu rechnen, dass die Referenzen auch auf ihre Vergleichbarkeit hin bewertet würden (E. 4.4). Die Bewertung der Vergleichbarkeit der Referenzen ist nicht zu beanstanden (E. 5). Die Beschwerdegegnerin durfte Referenzen, welche als Subunternehmer getätigt wurden, zulassen (E. 6.3). 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 = 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, 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl.

BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin, mit dem preisgünstigsten Angebot, beantragt die Aufhebung des Zuschlagsentscheids und die Vergabe der Arbeiten an sie selbst. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, so hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist ohne Weiteres zu bejahen.

E. 3.1

In den Ausschreibungsunterlagen hat die Beschwerdegegnerin zwei gewichtete Zuschlagskriterien genannt: - Preis (60 %) - Qualität der Leistung und der Firma resp. Referenz (40 %) In Beilage C der Ausschreibungsunterlagen führte die Beschwerdegegnerin aus: "Für die Erfüllung der Eignungskriterien muss für die Firma und die jeweiligen Verantwortlichen mind. eine Referenz angegeben werden können. Die übrigen zwei Referenzen betreffen optimalerweise ebenfalls den Häcksel-Service. Andernfalls sind Referenzen vergleichbarer Arbeiten anzugeben. Referenzen ausserhalb des Dienstleistungsbereichs (z. B. Züchtung von Pflanzen) sind keine vergleichbaren Arbeiten."

E. 3.2

Im Rahmen der Bewertung wurden für die einzelnen Referenzen Noten bis 5 (sehr gut) vergeben. Der Zusammenzug (Durchschnitt) sämtlicher Noten wurde in die Referenzauswertung übertragen. Während der Zuschlagsempfänger für sämtliche Referenzen die Note 5 erhielt, wurde die Referenz 1 der Beschwerdeführerin mit der Note 5, die Referenz 2 mit der Note 4 und die Referenz 3 mit der Note 3 bewertet. Im Durchschnitt erhielt die Beschwerdeführerin die Note 4. Die schlechtere Bewertung der Referenzen 2 und 3 begründete die Beschwerdegegnerin damit, dass die Referenz 2 nur teilweise und die Referenz 3 nicht mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar seien.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt, eine Reduktion der Bewertung der Qualität der Leistung und der Firma mit dem Argument, die Arbeiten seien nicht vergleichbar, sei nicht haltbar.

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin führt an, mit der Umschreibung der verlangten Angaben für die Referenzen habe sich klar und transparent ergeben, dass nicht nur die Qualität von Referenzen, sondern insbesondere die Vergleichbarkeit der Referenzen relevant sein würde. Mit der Bezeichnung "optimalerweise" sei unmissverständlich klargemacht gewesen, dass Anbietende mit drei Referenzen, die alle dem ausgeschriebenen Auftrag entsprechen, am besten beurteilt würden. Aufgrund der Angaben im Teil C sei sodann weiter klar gewesen, dass Referenzen ausserhalb von Dienstleistungsaufträgen am schlechtesten beurteilt würden. Diese Vorgaben seien offenbar auch für die Beschwerdeführerin klar verständlich gewesen, habe sie sich doch insbesondere nicht veranlasst gesehen, eine allfällige Unklarheit in diesem Punkt durch Nachfragen bei der Vergabestelle zu klären.

E. 4.3

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien 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). Dies gilt auch für das hier strittige Zuschlagskriterium (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 861 f.).

E. 4.4

Mit den Ausführungen in den Ausschreibungsunterlagen, dass die Referenzen optimalerweise den Häcksel-Service betreffen würden und andernfalls Referenzen vergleichbarer Arbeiten anzugeben seien, war ohne Weiteres damit zu rechnen, dass die Referenzen auch auf ihre Vergleichbarkeit hin bewertet würden. So machte die Beschwerdegegnerin auch ein Beispiel, was sie nicht als vergleichbar erachten würde. Der Beschwerdeführerin musste damit die Bedeutung der Vergleichbarkeit der Referenzen für die Beschwerdegegnerin bewusst sein. Soweit die gestellten Anforderungen durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung grundsätzlich zulässig und sachgerecht (vgl. VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00456, E. 4.2.1), was die Vergleichbarkeit von Referenzen ohne Zweifel sind. So kann sich die Vergabebehörde mittels Referenzen ein besseres Bild über die Qualität und Leistungsfähigkeit für die vorgesehene Beschaffung machen. Demgemäss durfte die Beschwerdegegnerin die Referenzen nach ihrer Vergleichbarkeit mit dem vorliegenden Projekt bewerten.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin gibt an, ihre Referenzen seien vergleichbare Arbeiten im Bereich des Landschaftsbaus gewesen, weshalb sie eine bessere Bewertung hätte erhalten müssen. Ihre Referenzen seien durchwegs positiv gewesen.

E. 5.2

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Das wirtschaftliche günstigste Angebot ist somit entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin nicht das preisgünstigste. Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt. Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen. Ob die Bewertung der Angebote im Licht der Vorbringen in der Beschwerde als mangelhaft erscheint, ergibt sich aus den nachfolgenden materiellen Ausführungen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Behörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 5.3; 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 6.4). Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf die Bewertung von Referenzen (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 241 f.; BGE 141 II 14 E. 8.3). 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).

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin führt aus, die erste Referenz der Beschwerdeführerin (Häcksel-service für die Stadt F), betreffe einen analogen Auftrag und die Rückmeldung sei positiv gewesen, weshalb sie die Maximalnote (Note 5) erhalten habe. Die zweite Referenz (Amt G), habe das Herrichten von Gärten und das Legen von Platten umfasst. Selbst wenn in diesem Zusammenhang auch noch Schnittgut vor Ort gehäckselt worden wäre, sei diese Leistung nicht mit dem ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag direkt vergleichbar, bei dem der Auftragnehmer für die Gemeinde bei der Bevölkerung vorbeigehe und dort vor Ort individuell häcksele. Die Rückmeldung betreffend Qualität sei positiv gewesen, weshalb die Note 3 und damit eine gute Bewertung erfolgt sei. Bei der dritten Referenz (H AG) habe sich ergeben, dass lediglich Gärten bzw. Wiesen instandgehalten sowie Sträucher bzw. Bäume zurückgeschnitten worden seien. Es handle sich auch bei diesen Dienstleistungen um Gartenarbeiten, die auf wenige Standorte beschränkt seien und nicht einen Häcksel-Service beinhalten würden. Auch diese Leistung betreffe somit nicht den ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrag bzw. sei nicht direkt mit diesem vergleichbar, jedoch noch mehr als die zweite Referenz. Die Rückmeldung sei ebenfalls positiv gewesen, weshalb die Note 4 vergeben wurde. Wie oben dargelegt, steht der Vergabebehörde bei der Formulierung und Anwendung der Zuschlagskriterien 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). Die Argumentation der Beschwerdeführerin, bei sämtlichen Arbeiten habe es sich um Landschaftsbau gehandelt und es hätten auch diverse administrative Aufgaben übernommen werden müssen, lässt die Beurteilung und Bewertung durch die Vergabestelle nicht als unhaltbar erscheinen, zumal der Charakter der Arbeiten (auch im administrativen Bereich) deutlich anders war, als dieser beim vorliegenden Projekt der Fall ist. Die Beurteilung, dass die erwähnten Referenzen 2 und 3 der Beschwerdeführerin als gar nicht oder nur teilweise vergleichbar mit der ausgeschriebenen Leistung sind, lag somit im Ermessen der Beschwerdegegnerin. Daran vermag auch nicht zu ändern, dass nach Aussage der Beschwerdeführerin bei den Referenzen 2 und 3 mehrere Standorte betroffen gewesen seien. Angesichts nur teilweisen Vergleichbarkeit der Referenzen der Beschwerdeführerin hätte sich wohl auch eine noch tiefere Bewertung rechtfertigen lassen.

E. 6.1

Die Beschwerdeführerin führt sodann aus, der Mitbeteiligte hätte bei den Referenzen nicht die volle Punktzahl erhalten dürfen. Bei einer Referenz habe ein Auftragsverhältnis mit der Organisation I und nicht dem Mitbeteiligten vorgelegen, die Administration sei somit von der Organisation I getätigt worden. Zudem sei eine andere Referenz von der Organisation I gegeben worden, weshalb keine unabhängige Referenz vorliege.

E. 6.2

Die Beschwerdegegnerin gibt an, der Mitbeteiligte sei bei der strittigen Referenz zwar formell als Subunternehmer der Organisation I tätig, die eigentlichen Dienstleistung würde

er jedoch als selbständiger Unternehmer erbringen: Der Mitbeteiligte arbeite exklusiv, setze seine eigenen Maschinen und eigenes Personal ein, plane und erbringe die entsprechenden Leistungen selbständig und erstelle entsprechende Rapporte, die direkt der Rechnungsstellung dienen würden. Der entsprechende administrative Aufwand und die vom Zuschlagsempfänger geleistete Logistik erwiesen sich somit als vergleichbar mit dem ausgeschriebenen Auftrag. Dies wird auch von der Organisation I so bestätigt.

E. 6.3

Dass die Beschwerdegegnerin, obwohl sie selbst keine Subunternehmer zulässt, Referenzen, welche als Subunternehmer getätigt wurden gestattet, erscheint als zulässig: Der Mitbeteiligte führte die Arbeiten gemäss Aussagen der Organisation I selbständig aus, so dass eine vergleichbare Tätigkeit vorliegt. Weiter ist auch nicht ersichtlich, dass die Referenz der Organisation I wegen fehlender Unabhängigkeit unzulässig sein soll. Der Mitbeteiligte ist nur einer von zahlreichen Mitgliedern der Organisation I. Die Beschwerdegegnerin durfte die Auskunft der Organisation I berücksichtigen.

E. 7

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Damit entfällt auch ihr Anspruch auf eine Parteientschädigung. Sie ist jedoch zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine solche auszurichten, wobei sich ein Betrag in der Höhe von Fr. 1'000.- als angemessen erweist (§ 17 Abs. 2 VRG), da sie mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur die ihr obliegende Begründung des Zuschlags nachgeholt hat.

E. 8

Ausgehend vom Aufwand im vergangenen Jahr sowie dem Angebot des Mitbeteiligten (195 Arbeitsstunden à Fr. 213.80) übersteigt der mutmassliche Auftragswert den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (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]). Auf dieser Grundlage ist gegen diesen Entscheid 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.