

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00032 vom 19. März 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-03-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00032

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00032 du 19 mars 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00032 del 19 marzo 2020

Regeste

Submission | Begründung Ausschlussentscheid; Eignungskriterien. Der Zuschlags- resp. Ausschlussentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags. Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden. Den Widerspruch löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (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 insbesondere bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien der Fall (E. 4.3). Gemäss Ausschreibungsunterlagen waren drei vergleichbare Referenzobjekte verlangt. Die Beschwerdeführerin hat jedoch lediglich zwei vergleichbare Objekte eingereicht (E. 4.4 ff.). 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 des Kantons Zürich 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 Beschwerdeführerin rügt den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem preislich deutlich tieferen Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation ohne Weiteres zu bejahen ist.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Beschwerdegegnerin habe den Zuschlags resp. Ausschlussentscheid nicht einmal summarisch begründet. Damit sei das rechtliche Gehör verletzt worden.

E. 3.2

Der Zuschlags- resp. Ausschlussentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Kommentar VRG, VRG, § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

E. 3.3

Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben enthält die kurze Mitteilung, dass ihr Angebot aufgrund der Nichterfüllung der Eignungskriterien nicht zur Bewertung zugelassen wurde. Die Begründung im Beiblatt zum Zuschlagsentscheid erfüllt die Voraussetzungen im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV nicht. Eine summarische Begründung erfolgte jedoch in der Besprechung vom 13. Januar 2020. Der Beschwerdegegner hat ausserdem seinen Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerin hat Gelegenheit erhalten, sich mit der Replik umfassend zu diesen

Gründen zu äussern. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer nicht ausreichenden Begründung erwachsen wäre, wäre dadurch geheilt (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen). Ein Ausschluss aus dem Verfahren ist sodann auch implizit möglich (Galli et al., S. 202 Rz. 449).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt, dass sie zu Unrecht wegen Nichterfüllen der Eignungskriterien aus dem Verfahren ausgeschlossen worden sei. Die Berufung auf nicht in den Ausschreibungsunterlagen angegebene Unterkriterien (Mieter-/Tarifstruktur, ParkingPay, Kennzeichenerkennung) sei unzulässig.

E. 4.2

In den Ausschreibungsunterlagen hat der Beschwerdegegner unter "Eignungskriterien" unter anderem Folgendes festgehalten: "1. Erfahrung Erfahrung in sach- und zeitgerechter Ausführung von Leistungen der ausgeschriebenen Art, Anlagen in vergleichbarer Komplexität und Umfang. Nachweis: 3 in den letzten 5 Jahren realisierte Referenzobjekte, inkl. Angaben der Referenz- und Schlüsselpersonen (Projektleiter)." Sodann wurde beim Beiblatt "Referenzen der Unternehmung" festgehalten: "Als Referenz geben Sie min. drei vergleichbare Projekte (Art, Aufgabenstellung) an, die durch die Unternehmung in den letzten 5 Jahren realisiert wurde. Je Objekt kann ein Dokumentationsblatt in der Maximalgrösse A4 beigelegt werden." Zudem musste pro Objekt angekreuzt werden, ob dies eine Mieter-/Tarifstruktur, ein ParkingPay und eine Kennzeichenerkennung (LPR) inne hatten.

E. 4.3

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 der Fall (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG). 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 Vergabestelle 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. 4.4

Gemäss Ausschreibungsunterlagen waren vergleichbare Referenzobjekte verlangt. Im Lastenheft wird für das ausgeschriebene Objekt u. a. eine Kennzeichenerkennung (Ziffer 4.3), die Zulassung von ParkingPay-Karten (Ziffer 5.3) sowie eine Mieter-/Tarifstruktur (Ziffer 6.5) verlangt. Dass diese drei Merkmale wichtig für den Beschwerdegegner sind, wird dadurch hervorgehoben, dass diese separat auf dem Beiblatt Referenzen angekreuzt werden mussten. Der Beschwerdegegner hat sein Ermessen daher nicht überschritten, wenn er die Vergleichbarkeit der Referenzen insbesondere mit diesen drei Merkmalen überprüfte, waren sie doch speziell hervorgehoben und musste daher damit gerechnet werden. Die Merkmale sind zudem sachgerecht, um die Vergleichbarkeit der Referenzobjekte zu beurteilen. Hinzu kommt, dass der Beschwerdegegner im Rahmen seines Ermessens auch Objekte als Referenzen zugelassen hat, welche nicht alle drei Kriterien erfüllten. Das Abstellen auf die vorgenannten Merkmale war daher zulässig.

E. 4.5

Der Beschwerdegegner erachtete das Referenzobjekt 3 "G" als nicht mit dem ausgeschriebenen vergleichbar, da dieses keines der drei anzukreuzenden Merkmale erfüllt habe.

E. 4.5.1

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).

E. 4.5.2

Auf dem Beiblatt Referenzen der Unternehmung hat die Beschwerdeführerin keines der vorgenannten Merkmale angekreuzt und auch auf dem separaten Dokumentationsblatt befinden sich keine Hinweise darauf, dass die Merkmale beim Objekt G gegeben seien. Somit hat die Beschwerdeführerin die Vergleichbarkeit des Referenzobjekts 3 mit dem ausgeschriebenen Projekt nicht nachgewiesen. Der Beschwerdegegner hat daher sein Ermessen nicht überschritten oder missbraucht, indem er das Referenzobjekt 3 als nicht zulässig erachtete.

E. 4.6

Die Beschwerdeführerin führt aus, sie habe noch weitere Referenzen eingereicht, welche mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar seien.

E. 4.6.1

Der Beschwerdegegner befand, dass auch die weiteren Referenzen die gestellten Anforderungen (vgl. E. 4.2) nicht erfüllen würden.

E. 4.6.2

Die Beschwerdeführerin hat insgesamt 17 Dokumentationsblätter mit Referenzen eingereicht. Die Referenzen gemäss den Dokumentationsblättern auf den Seiten 1–4 wurden nicht in den letzten 5 Jahren vor der Ausschreibung realisiert, weshalb sie die Anforderungen an den Eignungsnachweis schon aus diesem Grund nicht erfüllen können. Die Referenzen auf den Seiten 9 und 11–14 enthalten keine Angaben zum Zeitpunkt ihrer Realisierung, weshalb sie die Anforderungen an den Eignungsnachweis ebenfalls nicht

erfüllen können. Die Referenz auf Seite 5 verfügt nur über eine Einzelparkplatzüberwachung und es wird nicht ausgeführt, dass sie eines der vorgenannten Merkmale (Mieter-/Tarifstruktur etc.) erfüllen würde. Die Referenz auf Seite 8 weist sodann weder Schranken noch Kassenautomaten auf, die Identifizierung der Mieter erfolgt mittels elektromagnetischer Wellen. Es handelt sich dabei um ein vom ausgeschriebenen Projekt abweichendes System, weshalb diese Referenz als nicht vergleichbar einzustufen ist. Die Referenz auf Seite 10 weist lediglich rund die Hälfte der Stellplätze des vorliegenden Projekts und nur eine Ein- und Ausfahrt auf, weshalb sie schon vom Umfang her nicht mit dem ausgeschriebenen Projekt vergleichbar ist. Demgemäss lag es im Ermessen des Beschwerdegegners die genannten Referenzen als nicht vergleichbar zu erachten.

E. 4.7.1

Sodann gibt die Beschwerdeführerin an, bei den Referenzobjekten 1 und 2 würde es sich eigentlich um 4 Referenzen handeln (vgl. Dokumentationsblätter S. 6 und 15 sowie 7 und 17).

E. 4.7.2

Der Beschwerdegegner zählte die Referenzen auf Seite 6 und 15 sowie 7 und 17 der Dokumentationsblätter als je eine Referenz, wodurch die Beschwerdeführerin mit diesen Projekten lediglich 2 die Anforderungen erfüllende Referenzen vorweisen konnte.

E. 4.7.3

Die Beschwerdeführerin selbst gab als Referenzobjekt 1 das Spital E mit den Ausführungsjahren 2015 und 2019 an. Dazu reichte sie zwei Dokumentationsblätter ein. Gleiches galt für das Referenzobjekt 2, das Spital F (Ausführung 2014 und 2019). Somit fasste schon die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot auf dem Beiblatt Referenzen der Unternehmung die Referenzen auf den Dokumentationsblättern Seite 6 und 15 sowie 7 und 17 als jeweils eine Referenz zusammen. Bei den beiden Ausführungen im Jahr 2019 (S. 15 und 17) handelt es sich jeweils, um wie von der Beschwerdeführerin angegeben, Erweiterungen der bestehenden Anlage. Vorliegend geht es jedoch nicht bloss um eine Erweiterung der bestehenden Anlage, sondern um eine Gesamtinstandsetzung. Dabei erscheint es zulässig und im Ermessen des Beschwerdegegners, dass dieser die Grundanlagen sowie deren Erweiterungen als bloss eine Referenz qualifizierte, sowie es auch von der Beschwerdeführerin im Beiblatt Referenzen der Unternehmung getan wurde. Demgemäss hat die Beschwerdeführerin lediglich 2 vergleichbare Referenzen eingereicht und damit das Minimum von 3 Referenzen nicht erfüllt.

E. 4.8

Schliesslich muss die Verhältnismässigkeit des Verfahrensausschlusses 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, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1). Bei der Beurteilung der Ausschlussmängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) ein strenger Massstab anzulegen. Bei der Nennung von Referenzprojekten handelt es sich nicht bloss um untergeordnete Angaben wie etwa eine fehlende separate Unterzeichnung (vgl. VGr, 4. Januar 2017, VB.2016.00761, E. 2), sondern um eine projektbezogene

Zusammenstellung von Objekten und Personen. Erfüllen Referenzen die Anforderungen nicht, liegt kein kleiner, rein formeller Mangel vor, welcher ohne Weiteres nachträglich behoben werden darf. Demzufolge erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ohne Weiteres als verhältnismässig.

E. 4.9

Zusammenfassend ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner das Angebot der Beschwerdeführerin wegen mangelnder Erfüllung der Eignungskriterien aus dem submissionsrechtlichen Verfahren ausschloss. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 5

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

E. 6

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG) und steht ihr keine Parteientschädigung zu. Indes ist auch dem Beschwerdegegner keine Entschädigung zuzusprechen, da ihm im Beschwerdeverfahren kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG entstanden ist.

E. 7

Der Auftragswert (Angebot der Beschwerdeführerin Fr. 173'397) übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauwerke nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]). 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.