

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00822 vom 15. Juli 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00822

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00822 du 15 juillet 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00822 del 15 luglio 2021

Regeste

Submission | Frage des Verfahrensausschlusses bei gesetzlich vorgeschriebener Produkte Zertifizierung. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass das Bundesgesetz über Bauprodukte für die vorliegend ausgeschriebenen Strassenverkehrszeichen eine auf einer Produkte Zertifizierung basierende Leistungserklärung vorschreibe, über welche die übrigen Anbieterinnen nicht verfügen würden, weshalb sie vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien (E. 3). Der Nachweis für eine Leistungserklärung im Sinn der strittigen Norm ist weder als Eignungskriterium noch als ausdrückliche "Anforderung der Vergabestelle" im Sinn von § 4 a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG verlangt worden (E. 4.2). Eine entsprechende Anforderung ergibt sich auch nicht aus dem Verweis in den Ausschreibungsunterlagen auf diverse Gesetze, Normen, Richtlinien und insbesondere auch die Bauproduktgesetzgebung, da ein nicht weiter spezifizierter Verweis auf eine ganze Liste unterschiedlichster Regelwerke den Anforderungen an den Konkretisierungsgrad nicht zu genügen vermag, zumal die Vergabebehörde den besagten Verweis nicht als Aufforderung zur Einreichung eines bestimmten Nachweises verstanden haben wollte (E. 4.2.1). Es liegt im Ermessen jedes Verwenders und dementsprechend auch der Vergabestelle, inwieweit sie ihren Entscheid vom Vorliegen einer formellen Leistungserklärung abhängig machen will. Die Beschwerdegegnerin trifft folglich auch keine generelle Pflicht zur Durchsetzung der in der Bauproduktgesetzgebung statuierten Zertifizierungspflicht (E. 4.2.2). Beim Zuschlag ist die Berücksichtigung sozialpolitischer Gesichtspunkte auf den Aspekt der Lehrlingsausbildung beschränkt (E. 5.2). Den Einwänden der Beschwerdeführerin gegen die Bewertung beim Zuschlagskriterium 2 ist insb. aufgrund des vernachlässigbar geringen Korrekturpotenzials nicht weiter nachzugehen (E. 5.3.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber 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 des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

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 VRG). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin eine von ursprünglich vier Anbieterinnen, von denen eine durch den Zuschlag von Los 1 im vorliegenden Fall ausser Konkurrenz fiel. Unter den drei verbleibenden Anbieterinnen belegt die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot im Betrag von Fr. 660'437.94 den dritten und letzten Platz. Ginge es der Beschwerdeführerin lediglich um eine Betterbewertung ihres Angebots im Verhältnis zur erstplatzierten Zuschlagsempfängerin, hätte sie kaum Chancen auf den Zuschlag. Mit ihrer Beschwerde verlangt sie indes auch den Ausschluss der beiden vor ihr rangierenden Anbieterinnen. Falls sich ihre diesbezüglichen Rügen als berechtigt erweisen, hätte die Beschwerdeführerin eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Ihre Legitimation ist demnach zu bejahen. Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabestelle führe in Ziffer 1.2 von Anhang D des Lastenhefts eine Liste der zu beachtenden Rechtsgrundlagen. Diese Liste umfasse insbesondere auch das Bundesgesetz über Bauprodukte vom 21. März 2014 (Bauproduktegesetz [BauPG], SR 933.0) und die Verordnung über Bauprodukte vom 27. August 2014 (Bauprodukteverordnung [BauPV], SR 933.01). Gemäss Art. 5 Abs. 1 BauPG dürften Bauprodukte, welche von einer bezeichneten harmonisierten technischen Norm erfasst werden, nur in Verkehr gebracht oder auf dem Markt bereitgestellt werden, wenn die Herstellerin eine Leistungserklärung für das Produkt erstellt habe. Voraussetzung für die Erstellung einer Leistungserklärung sei eine Produktzertifizierung, welche von einer notifizierten Stelle durchgeführt werde. Die vorliegend ausgeschriebenen ortsfesten, vertikalen Strassenverkehrszeichen würden der Norm EN 12899-1:2007 bzw. der entsprechenden eidgenössischen Norm SN 640 870-1a-NA unterstehen. Dabei handle es sich um eine solche "bezeichnete harmonisierte technische Norm" im Sinn von Art. 5 Abs. 1 BauPG. Mithin müssten alle Anbieterinnen über eine entsprechende Produktzertifizierung verfügen. Die Beschwerdeführerin verfüge über eine solche Zertifizierung und habe diese dem Angebot auch beigelegt. Die Zuschlagsempfängerin und die zweitplatzierte Anbieterin verfügten dagegen offenbar nicht über die gesetzlich vorgeschriebene Produktzertifizierung, weshalb sie vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien.

E. 3.00

4.74 Beschwerdeführerin 2.71 3.70

E. 4.1

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 unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Missachtung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG) sowie bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG). Bei der Beurteilung

solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung 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 (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 456 f. und 470; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBl 101/2000, S. 225 ff., 235). Des Weiteren muss das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel in der Offerte dürfen Anbietende nicht ausgeschlossen werden (BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; Galli et al., Rz. 444 f.). Der Vergabebehörde kommt jedenfalls, wie bei der Bewertung von Eignungskriterien, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., Rz. 564).

E. 4.2

Vorliegend ist unbestritten, dass der Nachweis für eine Leistungserklärung im Sinn der Norm EN 12899-1:2007 bzw. SN 640 870-1a-NA weder als Eignungskriterium noch als ausdrückliche "Anforderung der Vergabestelle" im Sinn von § 4 a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG verlangt wurde. Die Beschwerdeführerin macht vielmehr geltend, eine entsprechende Anforderung müsse aus dem von der Vergabestelle in Ziffer 1.2 Anhang D "Lastenheft" angebrachten Verweis abgeleitet werden, welcher diverse Gesetze, Normen, Richtlinien und insbesondere auch die Bauproduktgesetzgebung für beachtlich erklärt.

E. 4.2.1

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien und auch die sogenannten Muss-Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten (vgl. BGE 141 II 14 E. 7.1; Galli et al., Rz. 861 f.). Das stellt gewisse minimale Anforderungen an den Konkretisierungsgrad der Formulierung. Ein nicht weiter spezifizierter Verweis auf eine ganze Liste unterschiedlichster Regelwerke vermag diesen Anforderungen in aller Regel nicht zu genügen. Vorliegend kommt hinzu, dass die Beschwerdegegnerin den besagten Verweis explizit nicht als Aufforderung zur Einreichung eines bestimmten Nachweises verstanden haben wollte. So hat sie im Rahmen der Fragebeantwortung ausdrücklich festgestellt, wenn eine Firma nicht im Besitz der Zertifizierung gemäss der Norm EN 12899-1:2007 bzw. SN 640 870-1a-NA sei, "führt das nicht automatisch zu einem Ausschluss". Das lässt keinen Raum für den von der Beschwerdeführerin verfochtenen Ausschluss der Zuschlagsempfängerin und der Zweitplatzierten wegen Nichteinhaltung der Ausschreibungsvorgaben.

E. 4.2.2

Im Weiteren stellt sich die Beschwerdeführerin auf den Standpunkt, die Beschwerdegegnerin wäre verpflichtet gewesen, den Zertifizierungsvorschriften gemäss Bauproduktgesetz ungeachtet der konkreten Ausschreibungsvorgaben Nachachtung zu verschaffen. Wie in der von der Beschwerdeführerin eingereichten Wegleitung des Bundesamtes für Bauten und Logistik zur Bauproduktgesetzgebung ausgeführt wird, richten sich die Vorschriften der Bauproduktgesetzgebung an die Hersteller und

Lieferanten der ihr unterstellten Produkte, nicht aber an die sogenannten "Verwender". Letzteren erwachsen daraus keine direkten Pflichten, vielmehr sollen sie davon profitieren, dass insofern die Vergleichbarkeit der Produkte gewährleistet und technische Handelshemmnisse beseitigt werden (a.a.O. Ziff. 9.1). Wie in Ziffer 1.3.2 ausgeführt wird, kann der "Verwender" auf der "Basis der Leistungserklärung eines Bauprodukts [...] entscheiden, ob das Produkt die Anforderungen für den von ihm vorgesehenen Verwendungszweck erfüllt". Mithin liegt es im Ermessen jedes Verwenders und dementsprechend auch der Vergabestelle, ob bzw. inwieweit sie ihren Entscheid vom Vorliegen einer formellen Leistungserklärung abhängig machen will. Die Beschwerdegegnerin trifft folglich auch keine generelle Pflicht zur Durchsetzung der in der Bauproduktgesetzgebung statuierten Zertifizierungspflicht. Der Vollzug der Bauproduktgesetzgebung obliegt dem Bundesamt für Bauten und Logistik und nicht den Vergabebehörden. Anzumerken ist, dass eine Missachtung der Zertifizierungspflicht gemäss Art. 21 Abs. 2 lit. a BauPG eine "Formale Nichtkonformität" darstellt, welche in einem ersten Schritt die Aufforderung zur Mangelbehebung nach sich zieht und ansonsten noch keine weitergehenden Konsequenzen hat. Dementsprechend muss auch der Beschwerdeführerin klar sein, dass es unverhältnismässig wäre, wenn eine Vergabebehörde, nur gestützt auf diese Bestimmung und ohne konkrete vergaberechtliche Grundlage, erheblich weiter ginge und die Anbieterin ohne Weiteres vom Vergabeverfahren ausschliessen würde.

E. 4.3

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass das Fehlen einer Zertifizierung bzw. Leistungserklärung gemäss Art. 5 Abs. 1 BauPG vorliegend keinen Ausschlussgrund im Sinn von § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG darstellt. Sonstige Angebotsmängel, welche als Ausschlussgrund im Sinn dieser Bestimmung zu qualifizieren wären, wurden nicht substantiiert geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Inwieweit die Angebote den Ausschreibungsvorgaben und damit auch dem vergaberechtlich relevanten Gehalt der Bauproduktgesetzgebung entsprechen, ist dagegen Gegenstand der Zuschlagsbeurteilung. Dem Nachweis bestimmter Qualitätsstandards kommt dabei von vornherein nur ein relatives Gewicht zu. Dementsprechend ist auch die Form des jeweiligen Nachweises nur – aber immerhin – bewertungsrelevant.

E. 5

% Gesamtnote Mitbeteiligte

E. 5.00

4.70

E. 5.1

Der Preisbewertung hat die Beschwerdegegnerin eine Preisspanne von 50 % zugrunde gelegt, d.h. das tiefste Angebot erhielt die Note 5, ein um 50 % höheres Angebot die Mindestnote 1. Diese Preisspanne entspricht in etwa der Bandbreite der eingegangenen Angebote, was sie grundsätzlich als realistisch erscheinen lässt (vgl. VGr, 18. September 2019, VB.2019.00450, E. 5.2.3 mit weiteren Hinweisen). Nachdem die Beschwerdeführerin weder die Parameter der Bewertung noch deren Ergebnis substantiiert infrage stellt, ist die Preisbewertung ohne Weiteres als vertretbar und dementsprechend als rechtens zu qualifizieren.

E. 5.2

Gegen die Bewertung beim Zuschlagskriterium 3 (Lehrlingsausbildung) wendet die Beschwerdeführerin ein, dass sie zwar keine Lernenden, dafür aber ältere Mitarbeitende beschäftige. Dieser sozialpolitische Aspekt hätte von der Vergabestelle in ihre Bewertung einbezogen werden müssen. Dem kann nicht gefolgt werden. § 33 Abs. 1 SubmV bietet hierfür keine gesetzliche Grundlage. Die Berücksichtigung sozialpolitischer Gesichtspunkte ist auf den Aspekt der Lehrlingsausbildung beschränkt. Eine anderweitige "soziale Beschäftigungspolitik" eines Anbietenden darf nicht als Zuschlagskriterium dienen (VGr, 20. Juli 2012, VB.2012.00055 E. 5; Galli et al., Rz . 930). Falls die Beschwerdeführerin mit ihrem Einwand die Berücksichtigung des Lehrlingskriteriums generell infrage stellen wollte, wären ihre Vorbringen als verspätet zu qualifizieren und somit nicht mehr zu hören. Angesichts der unbestrittenermassen klaren Statuierung dieses Zuschlagskriteriums in der Ausschreibung, hätte die Beschwerdeführerin entsprechende Einwände nach dem Grundsatz von Treu und Glauben spätestens mit der Offerteinreichung bei der Beschwerdegegnerin deponieren müssen (vgl. VGr, 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.3)

E. 5.3

Beim Zuschlagskriterium 2 "Organisation und technische Leistungsfähigkeit" erfolgte die Bewertung anhand der neun Unterkriterien "Zertifizierungen, Bescheinigungen oder interne QM", "Firmenorganisationsform, Firmenstruktur", "Weiterbildung der Mitarbeiter", "Administrativer Ablauf, Auftragsbestätigung, Rechnungsstellung", "Infrastruktur zur Herstellung von Signalisationen", "Marktorientierung", "Kapazitäts- und Ressourcennachweis", "Qualitätsnachweis", "Umweltmanagement". Insgesamt konnten 45 Punkte erzielt werden. Die Mitbeteiligte erreichte 42 Punkte und dementsprechend die Note 4.7 und die Beschwerdeführerin 33 Punkte bzw. die Note 3.7.

E. 5.3.1

Nach der Gerichtspraxis verlangt das Transparenzgebot nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen (vgl. VGr, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 6.8; 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2 mit Hinweisen). Entscheidend ist, dass für die Anbietenden erkennbar wird, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind. Dies ist gegeben, wenn sie einen hinreichend engen Sachzusammenhang zur Ausschreibung aufweisen, sodass mit ihrer Berücksichtigung gerechnet werden konnte. Ein solcher Sachzusammenhang ist bezüglich aller oben angeführten Unterkriterien ohne Weiteres erkennbar, was von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht substantiiert in Abrede gestellt wurde.

E. 5.3.2

Die Beschwerdeführerin macht replicando geltend, es seien ihr bei den Unterkriterien 1, 5, 7 und 9 in rechtswidriger Weise Punkte abgezogen worden. Korrekterweise hätte sie bei diesem Zuschlagskriterium die maximalen 45 Punkte und damit die Note 5 erhalten müssen. Die Beschwerdeführerin verkennt zum einen, dass ihr Aufwertungspotenzial bei den besagten Unterkriterien lediglich 9 Punkte beträgt. Ihr Punktestand würde sich demnach nur auf 42 Punkte und nicht auf die behaupteten 45 Punkte erhöhen. Aber selbst wenn der Beschwerdeführerin beim Zuschlagskriterium 2 als einziger Anbieterin die Bestnote 5 erteilt würde, vermöchte diese Aufwertung (Notendifferenz 1,3), bei der

vorgegebenen Gewichtung von 55 %, ihre Gesamtnote zwar um 0.72 auf 3.89 zu erhöhen. Damit läge sie aber nach wie vor deutlich hinter der Mitbeteiligten mit der Gesamtnote 4.74. Damit die Beschwerdeführerin mit der Mitbeteiligten gleichziehen könnte, müsste deren Benotung beim ZK2 gleichzeitig deutlich nach unten korrigiert werden, nämlich von 4.7 auf 3.16. In Punkten ausgedrückt müsste dementsprechend der Punktestand der Mitbeteiligten von 42 auf 28.44 Punkt reduziert werden. Gründe, welche eine derart massive Abwertung zu rechtfertigen vermöchten, sind nicht ersichtlich und wurden von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet. In Bezug auf die Bewertungsparameter und deren Zwecktauglichkeit könnte sie dies denn auch nicht tun, ohne gleichzeitig ihrer eigenen Bewertung bzw. ihrem Antrag auf Erteilung der Bestnote die entsprechende Grundlage abzusprechen. Dadurch reduziert sich die mögliche Angriffsfläche auf die Offertangaben der Mitbeteiligten zum Zuschlagskriterium 2 und deren Bewertung durch die Vergabebehörde. Nachdem keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die der Bewertung zugrunde liegenden Angaben der Mitbeteiligten nicht den Tatsachen entsprechen könnten, bleibt letztlich nur der erhebliche Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde und dementsprechend ein vernachlässigbar geringes Korrekturpotenzial. Unter diesen Umständen ist den Einwänden der Beschwerdeführerin gegen ihre Bewertung beim Zuschlagskriterium 2 nicht weiter nachzugehen.

E. 6.1

Die Beschwerde erweist sich demgemäss als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 6.2

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu beachten ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

E. 7

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019). 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, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.