

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00843 vom 15. Juli 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00843

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00843 du 15 juillet 2021

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00843 del 15 luglio 2021

Regeste

Submission | Frage des Verfahrensausschlusses bei gesetzlich vorgeschriebener Produkte Zertifizierung. Die Beschwerdeführerin macht geltend, gemäss den von der Vergabestelle definierten Eignungskriterien müssten die offerierten Produkte unter anderem der Norm SN 640 870-1a-NA entsprechen. Sie verfüge über eine solche Zertifizierung und habe diese dem Angebot auch beigelegt, was die übrigen Anbieterinnen nicht taten, weshalb sie vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien (E. 3). Ein Nachweis mittels Zertifikat/Autorisierung wurde gemäss den Ausschreibungsunterlagen nicht für sämtliche Produkteigenschaften, sondern nur für den Teilaspekt "Folienverarbeitung" ausdrücklich verlangt (E. 4.2.1). Die Vergabestelle hat weiter in den Ausschreibungsunterlagen erklärt, dass andere Zertifizierungen im Rahmen der Zuschlagsbeurteilung bewertet würden. Dementsprechend ist auch die Form des jeweiligen Nachweises nur – aber immerhin – bewertungsrelevant (E. 4.2.2.1). Es liegt im Ermessen jedes Verwenders und dementsprechend auch der Vergabestelle, inwieweit sie ihren Entscheid vom Vorliegen einer formellen Leistungserklärung abhängig machen will. Den Beschwerdegegner trifft folglich auch keine generelle Pflicht zur Durchsetzung der in der Bauproduktgesetzgebung statuierten Zertifizierungspflicht (E. 4.2.3). Den Einwänden der Beschwerdeführerin gegen ihre Bewertung bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 ist nicht weiter nachzugehen, da sie damit ihren Punkterückstand nicht zu kompensieren vermag. 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 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 dessen 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). Vorliegend ist die Beschwerdeführerin eine von fünf Anbieterinnen und belegt mit ihrem Angebot bei allen 4 Losen den fünften und letzten Platz. Ginge es der Beschwerdeführerin lediglich um eine Besserbewertung ihres Angebots im Verhältnis zur erstplatzierten Zuschlagsempfängerin, hätte sie kaum Chancen auf den Zuschlag. Mit ihrer Beschwerde verlangt sie indes auch den Ausschluss aller 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, gemäss den von der Vergabestelle definierten Eignungskriterien müssten die von den Anbieterinnen offerierten Produkte unter anderem der Norm SN 640 870-1a-NA entsprechen. Dabei handle es sich um eine "bezeichnete harmonisierte technische Norm" im Sinn von Art. 5 Abs. 1 Bundesgesetz über Bauprodukte vom 21. März 2014 (Bauproduktengesetz [BauPG], SR 933.0). Laut dieser Bestimmung 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 Produktezertifizierung, welche von einer notifizierten Stelle durchgeführt werde. Die Beschwerdeführerin verfüge über eine solche Zertifizierung und habe diese dem Angebot auch beigelegt. Die Zuschlagsempfängerinnen und die übrigen Anbieterinnen verfügten dagegen offenbar nicht über die gesetzlich vorgeschriebene Produktzertifizierung, weshalb sie vom Vergabeverfahren auszuschliessen seien.

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 hat der Beschwerdegegner in Ziff. 10.2 der Ausschreibungsunterlagen diverse Eignungskriterien definiert und dabei unter dem Titel "Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit" insbesondere auch statuiert, dass die Produkte der Norm SN 640 870-1a-NA zu entsprechen hätten. In Bezug auf die Art der geforderten Nachweise und den Umfang ihrer Prüfung wurde auf die Angaben und Beilagen gemäss Teil D der Ausschreibungsunterlagen verwiesen. In Ziff. 1.4 von Teil D finden sich dazu unter der Rubrik "Fragen zur Selbstdeklaration" folgende zwei produktbezogenen Positionen: - "Sind sie in der Lage den Auftrag gemäss der definierten Produktkataloge des Teil E1 und Teil E2 zu erfüllen?" - "Der Anbieter ist schriftlich zertifiziert/autorisiert Folien zu verarbeiten (Reflexfolie, Antisticker, Antigrffiti). Bitte Nachweise beilegen."

E. 4.2.1

Ein Nachweis mittels Zertifikat/Autorisierung wurde demnach nicht für sämtliche Produkteigenschaften, sondern nur für den Teilaspekt "Folienverarbeitung" ausdrücklich verlangt. Im Rahmen der Fragebeantwortung wurde dazu im Weiteren klargestellt, dass der entsprechende Nachweis auch von einem allfälligen Subunternehmen erbracht werden könne. Wie der Beschwerdegegner feststellt, haben beide Zuschlagsempfängerinnen die verlangten Nachweise eingereicht, was von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht substantiiert infrage gestellt wird.

E. 4.2.2

Die Beschwerdeführerin räumt auch ein, dass in Bezug auf die Einhaltung der übrigen Produkthanforderungen gemäss Teil E1 und Teil E2 der Ausschreibung lediglich eine formlose Selbstdeklaration und keine konkreten Zertifikate zur Erfüllung des Eignungsnachweises verlangt wurden. Sie macht indes geltend, in den einleitenden Bemerkungen zum Leistungsverzeichnis bzw. den Produktkatalogen Teil E1 und Teil E2 werde explizit festgehalten: "Die Qualität aller aufgeführten Produkte entspricht nachweislich folgenden Normen: [...] SN 640 870-1a-NA [...]". Daraus müsse indirekt eben doch gefolgert werden, dass ein spezifischer Nachweis in Form einer entsprechenden Produktzertifizierung zwingend vorgelegt werden müsse.

E. 4.2.2.1

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 (BGE 141 II 14 E. 7.1; Galli et al., Rz. 861 f.). Vorliegend hat die Vergabestelle in Ziff. 10.2 Teil A und Ziff. 1.4 Teil D der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich bestimmte Anforderungen an den Eignungsnachweis statuiert. Darüber hinaus hat sie in Ziff. 10.3.2 Teil A der Ausschreibungsunterlagen ebenso ausdrücklich erklärt, dass andere "Besondere Zertifizierungen, welche nicht zur Eignung nach Kapitel 10.2 oder Teil D gehören [...]", im Rahmen der Zuschlagsbeurteilung bewertet würden. Für die von der Beschwerdeführerin angesprochenen Nachweise gewisser Qualitätsstandards gemäss Teil E1 und Teil E2 der Ausschreibungsvorgaben heisst das nichts anderes, als dass ihnen von vornherein nur ein relatives Gewicht zukommt. Dementsprechend ist auch die Form des jeweiligen

Nachweises nur – aber immerhin – bewertungsrelevant.

E. 4.2.2.2

Mit Blick auf den konkreten Vergabegegenstand ist das denn auch nicht zu beanstanden. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten trifft es nicht zu, dass die Qualität der Produkte ohne entsprechendes Zertifikat gar nicht in der gebotenen Tiefe beurteilt werden kann. Nebst der besagten Selbstdeklaration hatten die Anbieterinnen vorliegend auch zahlreiche Referenzen zu vergleichbaren Lieferaufträgen vorzuweisen, wobei der Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung vorrangige Bedeutung beigemessen wurde. Angesichts der detaillierten technischen und grafischen Vorgaben zu den jeweiligen Schildertypen (Teil E1) bzw. den entsprechenden Rahmen und Sockeln (Teil E2), blieb insofern kein Raum für wesentliche qualitative Produktabweichungen. Dementsprechend aussagekräftig sind die jeweiligen Referenzauskünfte, wenn es darum geht, daraus die nötigen Rückschlüsse auf die Einhaltung qualitativer Mindestanforderung zu ziehen. Hinzu kommt, dass die Anbieterinnen der Vergabestelle mit dem Angebot auch entsprechendes "Mustermaterial" einzureichen hatten. Damit verfügte diese über eine relativ breite Beurteilungsgrundlage, welche, zusammen mit dem Zertifizierungserfordernis für den Teilaspekt der Folienverarbeitung, hinreichend Gewähr dafür bot, dass die vergaberechtlichen Mindestanforderungen auch tatsächlich eingehalten werden. Angesichts des der Vergabebehörde zustehenden Ermessensspielraums ist es unter diesen Umständen nicht zu beanstanden, wenn sie unter dem Gesichtspunkt der Eignung keine weiteren Nachweise verlangte.

E. 4.2.3

Daran vermögen auch die Zertifizierungsvorschriften gemäss Bauproduktgesetz nichts zu ändern. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten kann daraus keine zwingende Verpflichtung der Vergabestelle zur Einforderung weiterer Nachweise abgeleitet werden. 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. Den Beschwerdegegner 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 weiterginge und die Anbieterin ohne Weiteres vom Vergabeverfahren

ausschliessen würde.

E. 4.3

Dass bzw. inwiefern die Angebote der Zuschlagsempfängerinnen die massgeblichen Ausschreibungsvorgaben vorliegend nicht zu erfüllen vermöchten, wurde im Übrigen nicht substantiiert geltend gemacht und ist auch nicht ersichtlich. Vor diesem Hintergrund durfte der Beschwerdegegner im Rahmen seines Beurteilungsspielraums denn auch von der Eignung dieser Anbieterinnen und ihrer Produkte ausgehen (vgl. auch VGr, 30. Juli 2015, VB.2015.00365 E. 6.2).

E. 5

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). Die Vergabebehörden verfügen bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). 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). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG). Der Beschwerdegegner hat in den Ausschreibungsunterlagen folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung bekannt gegeben: 1.

Preis	70 %	2. Qualität	15 %	3.													
Organisation/Logistik	15 %	Die Angebotsbewertung beruht jeweils auf einer Punkteskala von 0 bis 3, wobei die Einzelwertungen auf zwei Kommastellen gerundet wurden. Der Preisbewertung hat der Beschwerdegegner sodann eine Preisspanne von 85 % zugrunde gelegt, d. h. das tiefste Angebot erhielt die Note 3, ein um 85 % höheres Angebot die Mindestnote 0. Vorliegend blieb sowohl die Auswahl der Zuschlagskriterien als auch deren Gewichtung unbestritten. Unbestritten blieben auch die weiteren Bewertungsparameter sowie die Preisbewertung als solche. Die Einwände der Beschwerdeführerin richten sich ausschliesslich gegen ihre Bewertung bei den Zuschlagskriterien 2 und 3. Die unbestrittene Preisbewertung ergab folgendes Zwischenresultat: Zuschlagsempfängerin (Punktzahl gewichtet) Beschwerdeführerin (Punktzahl gewichtet) Differenz															
		Los 1	2,10	0,57	1,53	Los 2	2,10	0,54	1,56	Los 3	1,69	0,45	1,24	Los 4	1,72	0,38	1,34

Dem ist das Bewertungspotenzial bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 gegenüberzustellen, welches angesichts der vorgegebenen Gewichtung von je 15 % maximal 0,9 Punkte zur Gesamtbewertung beiträgt. Bezogen auf die Bewertung der Beschwerdeführerin reicht das bei Weitem nicht aus, um ihren jeweiligen Punkterückstand bei der Preisbewertung zu kompensieren, geschweige denn, um mit ihrem Angebot auf den ersten Platz zu kommen. Unter diesen Umständen ist den Einwänden der Beschwerdeführerin gegen ihre konkrete Bewertung bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 denn auch nicht weiter nachzugehen.

E. 6.1

Die Beschwerden erweisen sich demgemäss als unbegründet und sind 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 den Beschwerdegegner zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu beachten ist, dass dieser mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur seiner Begründungspflicht nachgekommen ist.

E. 7

Der Gesamtwert der Vergabe 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.