

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00276 vom 8. September 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-09-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00276

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00276 du 8 septembre 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00276 del 8 settembre 2022

Regeste

Submission | Referenzen; Erstellung des massgeblichen Sachverhalts. Beschwerdelegitimation nach Vertragsschluss (E. 2). Die Prüfung der Angebote ist ein Teil der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Parteien. Klärt eine Behörde den relevanten Sachverhalt nicht im erforderlichen Umfang bzw. auf fehlerhafte Weise ab, so liegt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor (E. 4.2). Die Beschwerdeführerin ist ihrer Mitwirkungspflicht bei der Erstellung des Sachverhaltes nachgekommen. Bei der Prüfung der Referenzen hatte die Beschwerdegegnerin weder über die von der Beschwerdeführerin angeführte E-Mail-Adresse noch über die angegebene Telefonnummer versucht, die von der Beschwerdeführerin angegebene Auskunftsperson zu erreichen. Damit hat sie den Sachverhalt nicht mit genügender Gewissenhaftigkeit abgeklärt und kann die fehlende Referenzauskunft der Beschwerdeführerin nicht nachteilig angelastet werden. Die Beschwerdegegnerin hätte zumindest versuchen müssen, die Auskunftsperson über die von der Beschwerdeführerin angegebene Telefonnummer und E-Mail-Adresse zu erreichen und hätte sich nicht mit einer einfachen Anfrage bei der als Referenz genannten Firma mittels einer allgemeinen E-Mail-Adresse begnügen dürfen (E. 4.3). Gutheissung und Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags.

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 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 rügt, sie erfülle die Zuschlagskriterien besser als die Mitbeteiligte. Erweist sich ihre Rüge als berechtigt, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag gehabt. Vorliegend hat die Vergabestelle den Vertrag mit der Mitbeteiligten zwar zulässigerweise bereits abgeschlossen und eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ist mithin nicht mehr möglich. Dies ändert jedoch nichts an deren Legitimation, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3

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 Vergabebehörde verfügt bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (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 (Art. 16 Abs. 1 lit. b IVöB; § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vergabebehörde hätte ihre Referenz nicht mit null Punkten bewerten dürfen, nachdem sie – unter Verwendung einer anderen E-Mail-Adresse als der in der Offerte angegebenen – vom Stellvertreter der Auskunftsperson keine Referenzauskunft erhalten habe. Sie wäre gehalten gewesen, nochmals nachzufragen und von der angegebenen Auskunftsperson eine Referenz einzuholen.

E. 4.2

Die Angebote werden nach einheitlichen Kriterien fachlich und rechnerisch geprüft (§ 29 Abs. 1 SubmV). Die Prüfung der Angebote ist ein Teil der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Parteien (§ 7 VRG). Die behördliche Untersuchungspflicht gilt grundsätzlich unabhängig von der im Rahmen der Beweiswürdigung zu beachtenden Verteilung der Beweislast bzw. von der Regelung der Folgen der Beweislosigkeit. Die Behörden sind also auch dann zur Abklärung des Sachverhalts bzw. zur Prüfung der Angebote verpflichtet, wenn die Verfahrensbeteiligten die objektive Beweislast tragen – hier eine schlechtere Punktebewertung bei fehlenden Referenzen. Beweisbelastete Verfahrensbeteiligte sind zwar in der Regel im eigenen Interesse zur Kooperation bei der Sachverhaltsuntersuchung bereit. Doch die Behörde darf den Sachverhalt nicht mit minderer Gewissenhaftigkeit abklären, wenn es um die

Abklärung von Tatsachen geht, die sich zugunsten einer beweisbelasteten Verfahrenspartei auswirken (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 7 N. 7). Klärt eine Behörde den relevanten Sachverhalt nicht im erforderlichen Umfang bzw. auf fehlerhafte Weise ab, so liegt eine Verletzung des Untersuchungsgrundsatzes vor. Soweit die ungenügende Sachverhaltsfeststellung auf die Nichtabnahme eines offerierten Beweismittels zurückzuführen ist, ist ausserdem von einer Verletzung der Mitwirkungsrechte bzw. des rechtlichen Gehörs auszugehen (Plüss, § 7 N. 36).

E. 4.3

Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot als Auskunftsperson für ihre Referenz C sowie dessen Telefonnummer und E-Mail-Adresse als Kontaktdaten angegeben. Sie ist damit ihrer Mitwirkungspflicht bei der Erstellung des Sachverhaltes nachgekommen. Bei der Prüfung der Referenzen hat die Vergabestelle jedoch nicht die von der Anbieterin angegebene E-Mail-Adresse verwendet, sondern eine allgemeine Geschäftsadresse. Hierauf antwortete ein anderer, nicht als Auskunftsperson angegebener Mitarbeiter mit der Auskunft, er könne keine Referenz abgeben, da er nicht am Referenzprojekt beteiligt gewesen sei. Auf telefonische Anfrage sei der Beschwerdegegnerin mitgeteilt worden, dass die Auskunftsperson länger abwesend sei. Im Anschluss bewertete die Beschwerdegegnerin die strittige Referenz mit null Punkten, da sie keine Referenz erhalten hat. Die Beschwerdegegnerin hatte weder über die von der Beschwerdeführerin angeführte E-Mail-Adresse noch über die angegebene Mobil-Telefonnummer versucht, die von der Beschwerdeführerin angegebene Auskunftsperson zu erreichen. Damit hat sie den Sachverhalt nicht mit genügender Gewissenhaftigkeit abgeklärt und kann die fehlende Referenzauskunft der Beschwerdeführerin nicht nachteilig angelastet werden. Die Beschwerdegegnerin hätte zumindest versuchen müssen, die Auskunftsperson über die von der Beschwerdeführerin angegebene Telefonnummer und E-Mail-Adresse zu erreichen und hätte sich nicht mit einer einfachen Anfrage bei der als Referenz genannten Firma mittels einer allgemeinen E-Mail-Adresse begnügen dürfen. Sie hat damit den Sachverhalt nicht korrekt erstellt und ist ihrer Untersuchungspflicht nicht in genügendem Umfang nachgekommen. Der massgebliche Sachverhalt erweist sich demgemäss betreffend die Referenzen der Beschwerdeführerin als nicht genügend erstellt. Demgemäss wäre der Zuschlag grundsätzlich aufzuheben und die Sache zur Einholung einer Referenz bei der angegebenen Auskunftsperson und zur neuen Bewertung der Angebote zurückzuweisen. Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist.

E. 5

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG); eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu. Überdies ist sie zur Bezahlung einer Umtriebsentschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 6

Beim vorliegenden Auftragswert ist der Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen

(BöB) nicht erreicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig (Art. 83 lit. f Ziff. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Folglich kann gegen die vorliegende Verfügung nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

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