

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00135 vom 30. Mai 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-05-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2024.00135](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2024.00135)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00135 du 30 mai 2024

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00135 del 30 maggio 2024

## Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Vergabeverfahren infolge Nichterfüllung eines Eignungskriteriums. Die Beschwerdegegnerin hatte in den Ausschreibungsbedingungen vier Eignungskriterien genannt; der strittige Verfahrensausschluss erfolgte wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "Referenzprojekt (EK 1)", wonach die "rechtlich anbietende Gesellschaft" zwei geeignete Referenzprojekte nachzuweisen hatte (E. 3.2). Die von der Beschwerdeführerin eingereichten, eine Subunternehmerin betreffenden Referenzen erfüllen dieses Kriterium nicht (E. 3.3.2). Es liegt im Ermessen der Vergabebehörde, die Eignungskriterien so zu formulieren, dass die Fachkenntnisse und Erfahrungen der Subunternehmer nicht berücksichtigt werden (E. 3.3.3). 3.3.4 Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, das fragliche Eignungskriterium sei objektiv unbegründet und grenze den Markt unnötig ein, erweist sich die Rüge als verspätet (E. 3.3.4). Die Vergabebehörde hat das betreffende Eignungskriterium zulässigerweise als nicht erfüllt qualifiziert. Der Ausschluss erweist sich als adäquate Folge des Mangels (E. 3.4). 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2000

### E. 3

(IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. 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 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). Die Beschwerdeführerin rügt den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Sie macht geltend, sie hätte den Zuschlag

erhalten, wenn ihr – preislich günstigeres – Angebot bewertet worden wäre. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, so hätte die Beschwerdeführerin eine realistische Chance auf den Zuschlag. Demzufolge ist ihre Legitimation zu bejahen. Da auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 3.1**

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 Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist 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 (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 6.1; 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen).

### **E. 3.2**

Der Beschwerdegegner hatte in den massgeblichen Ausschreibungsunterlagen vier Eignungskriterien genannt. Der strittige Verfahrensausschluss erfolgte wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "Referenzprojekt (EK 1)". Dieses ist wie folgt formuliert: "Nachweis von der rechtlich anbietenden Gesellschaft (Einzelunternehmer oder im Fall einer ARGE, nur die federführende Unternehmung) von ZWEI (Eignungskriterium Referenzprojekt es müssen 2 Referenzen angegeben werden) bereits ausgeführten und abgeschlossenen, im Umfang der Aufgabenstellung und Anforderungen (Grösse und Komplexität) vergleichbaren Referenzprojekten des anbietenden Unternehmens. Abschluss nicht älter als 10 Jahre."

#### **E. 3.3.1**

Mit ihrer Beschwerde resp. in ihrer Replik macht die Beschwerdeführerin geltend, sie sei unzulässigerweise wegen des Bezugs einer Subunternehmerin bzw. wegen der Einreichung von die Subunternehmerin betreffenden Referenzen (statt eigener Referenzen) aus dem Verfahren ausgeschlossen worden. Das fragliche Eignungskriterium "Referenzprojekt (EK 1)" sei objektiv unbegründet und grenze den Markt unnötig ein. Zudem habe die Bezugsstelle für die Ausschreibungsunterlagen ihr per E-Mail zugesichert, dass der Eignungsnachweis in Ordnung sei.

#### **E. 3.3.2**

Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, das Eignungskriterium "Referenzprojekt (EK 1)" sei sachlich begründet: Mit der Ausschreibung solle ein Mobilfunkdetektionssystem für die Sicherheitsabteilung des Bezirksgerichts Pfäffikon beschafft werden. Der Bau eines Gefängnisses sei eine komplexe Angelegenheit; die erforderlichen Sicherheitsstandards müssten gewährleistet und alle Gebäudesicherheitsanlagen aufeinander abgestimmt werden. Daher sei zentral, dass Kriterien festgelegt würden, die der Vergabestelle die Gewissheit gäben, dass die Zuschlagsempfängerin in der Lage sei, die geforderte Leistung sach- und zeitgerecht zu erbringen. Hierzu sei erforderlich, dass der Vertragspartner persönlich über die Erfahrung

hinsichtlich Art und Umfang vergleichbarer Projekte und die notwendige technische Leistungsfähigkeit verfüge. Ein Nachweis, wonach die fragliche Subunternehmerin der Beschwerdeführerin die benötigten Ressourcen zur Verfügung stelle, liege sodann nicht vor. Zudem sei mit der Formulierung des Eignungskriteriums keine übermässige Einschränkung des Wettbewerbs verbunden, zumal der Bezug von Subunternehmen zugelassen worden sei.

### **E. 3.3.3**

Wie die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 4, richtigerweise vorbringt, gilt grundsätzlich, dass eine Anbieterin praktisch uneingeschränkt Leistungen von Dritten offerieren darf, die ihr als eigene angerechnet werden (sofern im Vergabeverfahren Subunternehmer zugelassen sind). Allerdings liegt es im Ermessen der Vergabebehörde, die Ausschreibungsunterlagen respektive die Eignungskriterien so zu verfassen, dass die Fachkenntnisse und Erfahrungen der Subunternehmer nicht berücksichtigt werden (VGr, 22. Oktober 2014, VB.2014.00202, E. 3.3; 13. Juli 2005, VB.2004.00562, E. 4.2). Dies hat die Beschwerdegegnerin vorliegend ausdrücklich so formuliert (s. oben E. 3.2). Nach dem Gesagten ist ihre Vorgehensweise somit nicht zu beanstanden.

### **E. 3.3.4**

Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, das fragliche Eignungskriterium sei objektiv unbegründet und grenze den Markt unnötig ein, erweist sich die Rüge als verspätet. Wie vorstehend ausgeführt, war das Kriterium ohne Weiteres aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich. Folglich wäre eine Beanstandung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben spätestens mit der Offerteinreichung bei der Beschwerdegegnerin zu deponieren gewesen. Die Beschwerdeführerin durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt (vgl. statt vieler VGr, 25. Januar 2024, VB.2023.00563, E. 4.2.1; 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.3).

### **E. 3.3.5**

Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die Bezugsstelle für die Ausschreibungsunterlagen offenkundig einzig das Ausfüllen des Formulars "Bestätigung Erfüllung Eignungskriterien" (Ankreuzen des Kästchens, wonach zwei Referenzprojekte bestehen würden) bestätigte und keine Vorprüfung der Angebote vornahm, sondern bloss die Berechtigung zum Bezug der Ausschreibungsunterlagen bejahte. Für die Beschwerdeführerin bestand kein Anlass, auf etwas Anderes zu schliessen.

### **E. 3.4**

Wie oben dargelegt, ist bei der Prüfung der Eignung und damit bei der Beurteilung von Mängeln beim Eignungsnachweis ein strenger Massstab anzulegen. Von einem bloss unwesentlichen oder untergeordneten Mangel ist vorliegend nicht auszugehen. Vielmehr ergibt sich aus der Ausschreibung der Beschwerdegegnerin eindeutig, dass der Nachweis von der rechtlich anbietenden bzw. von der federführenden Gesellschaft zu erbringen ist; es wird erkennbar, dass dies – aus den vorstehend in E. 3.3.2 angeführten, ohne Weiteres nachvollziehbaren Gründen – für die Vergabestelle von grosser Bedeutung ist. Der Ausschluss erweist sich damit als adäquate Folge des Mangels. Überspitzter Formalismus liegt nicht vor. Anzufügen bleibt, dass die Zuschlagsempfängerin die Ausschreibungsbedingungen erfüllt; Gegenteiliges bringt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert vor und ergibt sich denn auch nicht aus den Akten. Dies führt zur Abweisung

der Beschwerde.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung ist ihr mangels Obsiegens nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

#### **E. 5**

Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist 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.