

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00612 vom 21. November 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2024.00612](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2024.00612)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00612 du 21 novembre 2024

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00612 del 21 novembre 2024

## Regeste

Submission | Erfüllung der Eignungskriterien; Vergleichbarkeit der Referenzen. Anwendbares Recht (E. 1). Bei der Anwendung und Bewertung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde grosses Ermessen zu. Referenzen zu vergleichbaren Projekten sind ein taugliches Mittel, um die Eignung eines Anbieters oder einer Anbieterin zu überprüfen (E. 2.2). Die von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Referenzobjekte sind mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar und damit geeignet, die Eignungskriterien zu erfüllen. Eine nachträgliche Änderung der Eignungskriterien ist nicht erfolgt (E. 2.4). Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2024.00612 Urteil der 1. Kammer vom 21. November 2024 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiber Yann Aders. In Sachen A AG, Beschwerdeführerin, gegen Grün Stadt Zürich, Beschwerdegegnerin, und B AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Grün Stadt Zürich eröffnete mit Publikation auf Simap vom 3. Juni 2024 ein offenes Submissionsverfahren zur Beschaffung von Metallbauarbeiten für Baumroste. Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen innert Frist zwei Angebote ein. Nach der Bewertung von Grün Stadt Zürich rangierte die B AG mit einem Angebot von Fr. 1'493'972.25 auf Platz 1 und die A AG mit einem Angebot von Fr. 1'783'650.- auf Platz 2. Mit Verfügung vom 17. September 2024 erfolgte der Zuschlag an die B AG. II. Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 7. Oktober 2024 an das Verwaltungsgericht mit den Anträgen, die B AG sei von der Submission auszuschliessen; sie beantragte sinngemäss, der Zuschlagsentscheid sei aufzuheben und ihr sei der Zuschlag zu erteilen; ihr sei Akteneinsicht zu gewähren und der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Grün Stadt Zürich wurde mit Präsidialverfügung vom 8. Oktober 2024 der Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Grün Stadt Zürich beantragte mit Beschwerdeantwort vom 25. Oktober 2024, die Beschwerde sei vollumfänglich abzuweisen. Das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung sei abzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Die B AG ersuchte mit Eingabe vom 28. Oktober 2024 um Abnahme der Frist zur Einreichung von Akten und zur freigestellten Mitbeantwortung der Beschwerde. Sie beantragte, ihr sei zu gegebener Zeit die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Akten und weiteren Eingaben der A AG zu gewähren, und behielt sich eine spätere Äusserung zu den Anträgen der Beschwerdeführerin vor. Mit Präsidialverfügung vom 29. Oktober 2024 wurde der A AG

vor dem Entscheid über die aufschiebende Wirkung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, da mit der Beschwerdeantwort von Grün Stadt Zürich erstmals eine Begründung des Zuschlagsentscheids erfolgte. Grün Stadt Zürich wurde bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung der Vertragsschluss weiterhin einstweilen untersagt, der A AG eine nicht erstreckbare Replikfrist von 10 Tagen angesetzt und zugleich die beantragte Einsicht in die Angebotsbewertung gewährt. Mit Replik vom 8. November 2024 hielt die A AG an ihren Rechtsbegehren vollumfänglich fest. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Am 1. Oktober 2023 trat die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) im Kanton Zürich in Kraft. Die Beschwerde richtet sich gegen die Ausschreibung vom 3. Juni 2024. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach neues Recht (vgl. Art. 64 Abs. 1 IVöB im Umkehrschluss). Somit gelangen die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 20. März 2023 (BeiG IVöB) zur Anwendung. Regelungen betreffend Einzelheiten über die Vergabe von Aufträgen sind zudem der Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO) zu entnehmen.

### **E. 1.2**

Der Zuschlagsentscheid ist mit Beschwerde anfechtbar (Art. 53 Abs. 1 lit. e IVöB). Für entsprechende Beschwerden ist das Verwaltungsgericht zuständig (§ 3 Abs. 1 BeiG IVöB und Art. 52 Abs. 1 IVöB).

### **E. 1.3**

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). Daran hat das revidierte Vergaberecht nichts geändert. Die Beschwerdeführerin rügt sinngemäss, dass die Referenzen der Zuschlagsempfängerin die geforderten zwingenden Merkmale betreffend Objektcharakter der Submission nicht einhielten. Sie beantragt, die Mitbeteiligte sei in diesem Fall von der Submission auszuschliessen. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, 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. 2**

Strittig ist, ob die Mitbeteiligte als Zuschlagsempfängerin alle Eignungskriterien erfüllt hat.

### **E. 2.1**

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). Nach Art. 27 IVöB sind die Kriterien zur Eignung des Anbieters in den Ausschreibungsunterlagen abschliessend festzulegen. Sie müssen im Hinblick auf das Beschaffungsvorhaben objektiv erforderlich und überprüfbar sein (Abs. 1). Gegenstand der Eignungskriterien können fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit sowie die Erfahrung des Anbieters sein, wobei diese Aufzählung nicht abschliessender Natur ist (Abs. 2). Hinsichtlich der Eignungskriterien sind an alle Anbietenden dieselben Anforderungen zu stellen. Eignungskriterien dürfen nicht so festgelegt und angewendet werden, dass sie keinen Wettbewerb unter den Anbietenden zulassen (VGr, 8. Februar 2024, VB.2023.00311, E. 3.2, mit Hinweis auf: VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 6.2; 8. August 2012, VB.2011.00776, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 557). Werden die definierten Eignungskriterien im Zeitpunkt des Zuschlags nicht bzw. nicht mehr erfüllt, ist der Anbieter vom weiteren Verfahren auszuschliessen (Art. 44 Abs. 1 lit. a IVöB).

### **E. 2.2**

Die Angemessenheit einer Verfügung kann im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens nicht überprüft werden (Art. 56 Abs. 4 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG). Bei der Anwendung und Bewertung der Eignungskriterien kommt der Vergabebehörde ein entsprechend grosses Ermessen zu (VGr, 8. Juni 2017, VB.2017.00265, E. 3.4; 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 3.4.3; 28. Juni 2016, VB.2016.00164, E. 3.1; 5. Oktober 2012, VB.2012.00176, E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 557; Claudia Schneider Heusi, Referenzen, Labels, Zertifikate, in: Jean-Baptiste Zufferey et al. [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2016, Zürich 2016, S. 407 f.; Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht, 4. A. Zürich/St. Gallen 2023, S. 109). Referenzen zu vergleichbaren Projekten sind grundsätzlich ein taugliches Mittel, um die generelle Eignung eines Anbieters oder einer Anbieterin für die ausgeschriebene Leistung zu überprüfen (BGr, 2. Juni 2021, 2C\_920/2020, E. 3.6; VGr, 8. Februar 2024, VB.2023.00311, E. 3.2).

### **E. 2.3**

Im vorliegenden Fall verlangte die Beschwerdegegnerin als Eignungskriterium die Angabe von zwei bis drei Referenzobjekten. Diese hatten mit dem ausgeschriebenen Projekt hinsichtlich Objektcharakter vergleichbar und möglichst nicht älter als fünf Jahre zu sein. Die Vergleichbarkeit des Objektcharakters konkretisierte die Vergabestelle mit den Kriterien "Bauverfahren, Bauvolumen, Komplexität, Organisationsstruktur, Umfeld etc.". Als speziell zu beachtende Aspekte nannte die Beschwerdegegnerin in der Ausschreibung, dass bei Arbeitsgemeinschaften, soweit möglich, Referenzen anzugeben sind, die in der vorgesehenen Organisationsstruktur erbracht wurden. Zusätzliche Angaben zu den aufgeführten Referenzobjekten und/oder Schlüsselpersonen konnten beigelegt werden. Ausdrücklich nicht erwünscht waren Firmenprospekte, allgemeine Referenzlisten oder dergleichen.

### **E. 2.4**

Beide Submittentinnen haben in ihren Eingaben mehr als drei Referenzobjekte genannt und dokumentiert. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Beschwerdeantwort aus, die von der Mitbeteiligten eingereichten Referenzen seien mit dem Objektcharakter der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar; das Bauvolumen, die Zusammensetzungen der Bauherrschaften und die komplexen Projektstrukturen der Referenzprojekte liessen keine

Zweifel daran, dass die Mitbeteiligte in der Lage sei, den ausgeschriebenen Auftrag zu erfüllen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass die Mitbeteiligte noch keine exakt gleichen Metallarbeiten (Baumschutzroste) ausgeführt habe. Baumschutzroste seien in der Herstellung und Ausführung nicht anspruchsvoller als die in den drei Referenzprojekten ausgeführten Metallarbeiten. Diese Begründung überzeugt. Dass die eingereichten Referenzobjekte einen "völlig anderen Charakter" aufweisen würden, wie dies die Beschwerdeführerin geltend macht, trifft nicht zu. Als Beschaffungsobjekt nennt die Ausschreibung "Metallbauarbeiten" mit der Nummer 45262670 in der CPV-Nomenklatur. Die von der Mitbeteiligten eingereichten Referenzen sind Metallbauarbeiten und damit – entgegen der Darstellung der Beschwerdeführerin – offensichtlich geeignet, die Eignungskriterien zu erfüllen. Die genannten Referenzprojekte sind mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar. Wie die Beschwerdegegnerin im Übrigen zutreffend festhält, lautete das Eignungskriterium ohnehin nicht auf identische, sondern nur – aber immerhin – auf vergleichbare Referenzen. Dieses Eignungskriterium vermochte die Mitbeteiligte ohne Weiteres zu erfüllen. Eine nachträgliche Änderung des Eignungskriteriums des Objektcharakters, wie dies die Beschwerdeführerin anführt, ist nicht auszumachen. Die Begründung der Beschwerdegegnerin für die Berücksichtigung der Mitbeteiligten im weiteren Verfahrensverlauf ist korrekt. Ein Ausschluss der Mitbeteiligten aus dem Vergabeverfahren, wie dies die Beschwerdeführerin beantragt, wäre hingegen unzulässig gewesen – diesen Anträgen ist nicht zu folgen. Bemerkungsweise geht die Beschwerdeführerin fehl, soweit sie mit Verweis auf Ziff. 3.13 der Ausschreibung rügt, ein Unternehmergespräch hätte gar nie stattfinden dürfen. Der Ausschluss des Dialogverfahrens in Ziff. 3.13 der Ausschreibung bezieht sich auf das spezielle Verfahren bei komplexen Aufträgen, intellektuellen Dienstleistungen oder bei der Beschaffung innovativer Leistungen nach Art. 24 IVöB.

#### **E. 2.5**

Die Beschwerdegegnerin hat als Vergabebehörde ihr Ermessen nicht rechtsverletzend ausgeübt. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

#### **E. 3**

Mit dem vorliegenden Sachentscheid erübrigt sich die beantragte Anordnung der aufschiebenden Wirkung.

#### **E. 4**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 und § 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Bei diesem Verfahrensausgang steht ihr keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdegegnerin ist keine Entschädigung zuzusprechen. Mit der Erstattung der Beschwerdeantwort ist sie im Wesentlichen ihrer Begründungspflicht nachgekommen; ein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG ist nicht ersichtlich.

#### **E. 5**

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen im Einladungsverfahren (Art. 52 Abs. 1 Bst. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). Gegen dieses Urteil 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 Bst. f BGG).

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