Geschäftsnummer: **VB.2024.00378**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 03.10.2024
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:
RECHTLICHES GEHÖR
REFERENZAUSKÜNFTE
SACHVERHALTSFESTSTELLUNG
SUBMISSION

Rechtsnormen:
§ 29 Abs. I SubmV
§ 33 SubmV

Publikationen:
- keine -

Referenzen.

Anwendbares Recht (E. 1). Bezüglich Referenzen in Submissonsverfahren ist zunächst festzuhalten, dass zur Beurteilung auf die eingeholten Auskünfte abzustellen ist und – wo diese schweigen – ersatzweise auf die Angaben in der Offerte abgestellt werden kann. Die Prüfung der Angebote gemäss § 29 Abs. 1 aSubmV ist ein Teil der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Parteien. Die Behörden sind auch dann zur Abklärung des Sachverhalts bzw. zur Prüfung der Angebote verpflichtet, wenn die Verfahrensbeteiligten die objektive Beweislast tragen – hier für eine schlechtere Punktebewertung bei fehlenden Referenzauskünften. 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 (E. 3.4). Die Vergabebehörde hat eine schriftlich Referenz im Angebot nicht berücksichtigt und sich lediglich auf die verweigerte Referenzauskunft per E-Mail gestützt. Damit hat sie den Sachverhalt nicht genügend erstellt und das rechtliche Gehör der Anbieterin verletzt (E. 3.5).

Teilweise Gutheissung und Rückweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2024.00378

Urteil

der 1. Kammer

vom 3. Oktober 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Nicole Rubin.

In Sachen

A AG,
vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Baudirektion Kanton Zürich,

Beschwerdegegnerin,

und

C AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.
Die Baudirektion des Kantons Zürich, Hochbauamt/Baubereich A, eröffnete mit Publikation vom 27. September 2023 ein offenes Submissionsverfahren für Innentüren und Schreinerarbeiten beim Umbau und der Erweiterung des TBA Werkhofs Affoltern am Albis. Es gingen acht Angebote ein mit Eingabesummen zwischen Fr. 112'546.50 und Fr. 159'375.55. Mit Verfügung vom 14. Juni 2024 erfolgte der Zuschlag an die C AG, zum Betrag von Fr. 124'684.15.

II.
Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 26. Juni 2024 an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der Verfügung sowie es sei ihr der Zuschlag zu erteilen. Eventualiter sei die Sache zur Neubeurteilung im Sinn der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen. Der Beschwerde sei vorerst superprovisorisch und alsdann definitiv die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sodann beantragte sie Akteneinsicht; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Präsidialverfügung vom 27. Juni 2024 wurde der Baudirektion des Kantons Zürich einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Mit Beschwerdeantwort vom 12. Juli 2024 beantragte die Baudirektion des Kantons Zürich die Abweisung der Beschwerde sowie in prozessualer Hinsicht die Abweisung des Gesuchs um aufschiebende Wirkung. Mit Präsidialverfügung vom 19. Juli 2024 wurde der A AG teilweise Akteneinsicht gewährt. Diese replizierte am 24. Juli 2024. Die Baudirektion des Kantons Zürich reichte daraufhin am 30. Juli 2024 ihre Duplik ein. Die A AG liess sich am 19. August 2024 erneut vernehmen. Am 13. September 2024 reicht die Baudirektion des Kantons Zürich eine weitere Stellungnahme ein.

Die Kammer erwägt:

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).

Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen von 15. November 2019 [BeiG IVÖB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor dem Inkrafttreten dieser Vereinbarung am 1. Oktober 2023 eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 27. September 2023 zugrunde liegt, gilt demnach altes Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den

Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Für die Vergabe von Aufträgen gilt auch weiter die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

2.

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 i. V. m. § 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).

2.2 Die Beschwerdeführerin liegt mit 7,6 Punkten in der Gesamtrangierung auf dem fünften Platz und 1,14 Punkte hinter der Mitbeteiligten. Sie rügt die Bewertung ihres Angebots und macht geltend, ihr hätte beim Referenzobjekt 2 eine klar bessere Bewertung zugestanden. Ausserdem sei die Gewichtung der Zuschlagskriterien entgegen der Publikation auf Simap erfolgt. Sodann sei auch die Preisspanne falsch gewählt worden.

2.3 Erweist sich die beanstandete Bewertung der Zuschlagskriterien als berechtigt, hätte das Angebot der Beschwerdeführerin eine reelle Chance auf den Zuschlag. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt zunächst, ihre Referenz Nr. 2 mit 0 Punkten zu bewerten, weil die Referenzperson keine Auskunft mehr geben wollte, sei unzulässig, es hätte auch eine schriftliche Auskunft der genannten Referenzperson beim Angebot gelegen. Sodann sei das Referenzobjekt der Vergabebehörde auch aus anderen Vergabeverfahren bekannt gewesen und hätte sie die Beschwerdeführerin informieren müssen, dass die Referenzperson keine Auskunft mehr geben wollte. Indem die schriftliche Auskunft unberücksichtigt blieb, sei auch ein offeriertes Beweismittel nicht abgenommen worden, wodurch ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden sei.

3.2 Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 aSubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 aSubmV). Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden 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 aIVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a aIVöB; 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 aIVöB sowie § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

3.3 Die Beschwerdegegnerin bewertete die Mitbeteiligte und die Beschwerdeführerin wie folgt:

	Beschwerdeführerin		**Mitbeteiligte**	
Gewichtung	**Note**	**Punkte**	**Note**	**Punkte**
1. Erfahrung Qualität Qualifikation 60	**6**	**3,60**	**9,33**	**5,60**
1 Qual	8		10	
1 Term	10		8	
1 Kost	10		10	
1 Schlüssel	8		8	
2 Qual			10	
2 Term			10	
2 Kost			10	
2 Schlüssel			10	
3 Qual	8		10	
3 Term	10		8	
3 Kost	8		10	
3 Schlüssel	10		8	
2. Lehrlinge	**0**	**0,00**	0	**0,00**
Lehrlingsausbildung				
3. Preis (inkl. MWST) 40	**10**	**4,00**	**7,84**	**3,14**
Total 100		**7,60**		8,74

3.4 Bezüglich Referenzen in Submissonsverfahren ist zunächst festzuhalten, dass zur Beurteilung auf die eingeholten Auskünfte abzustellen ist und – wo diese schweigen – ersatzweise auf die Angaben in der Offerte abgestellt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass die Vergabebehörde, sofern keine begründeten Zweifel an den Angaben einer Anbieterin ersichtlich sind, keine Pflicht hat, die Richtigkeit der Referenzangaben zu überprüfen oder sich bei den Referenzgebern nach der Leistung zu erkundigen (VGr, 2. Februar 2023, VB.2022.00719, E. 5.2; 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 7.1; 28. Juni 2016, VB.2016.00164, E. 3.3, mit Hinweisen). Dasselbe gilt auch für Referenzauskünfte, welche die Vergabebehörde entsprechend den Angaben der Anbieterin in der Offerte einholt. Diese Auskünfte liegen im Verantwortungsbereich der Anbieterin und sind durch die Vergabebehörde nur dann mittels weiterer Abklärungen zu überprüfen, wenn die Vergabebehörde begründete

Zweifel an der Richtigkeit der Auskünfte durch die angegebene Referenzperson hatte oder hätte haben müssen (VGr, 2. Februar 2023, VB.2022.00719, E. 5.2).

Die Prüfung der Angebote gemäss § 29 Abs. 1 aSubmV ist ein Teil der Sachverhaltsabklärung von Amtes wegen unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Parteien (§ 7 VRG; VGr, 8. September 2022, VB.2022.00276, E. 4.2, auch zum Folgenden). 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 für eine schlechtere Punktebewertung bei fehlenden Referenzauskünften. 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).

3.5 Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Auskunftsperson für die Referenz 2, D, hätte sie am 23. November 2023 gebeten, ihn künftig nicht mehr als Auskunftsperson für Referenzen anzugeben. Sie sei davon ausgegangen, dass dies eine Reaktion auf die Anfrage der Vergabestelle im vorliegend zu beurteilenden Verfahren gewesen sei. Dass die Vergabestelle aber offenkundig erst später die Anfrage gestellt habe, sei ihr nicht bekannt gewesen. Die Vergabebehörde habe die Referenzauskünfte nicht unmittelbar nach der Offertöffnung vom 14. November 2023 eingeholt, sondern erst am 5. Dezember 2023, wobei kein Grund für diese Verzögerung ersichtlich sei.

Mit E-Mail vom 5. Dezember 2023 gab D gegenüber der Vergabestelle an, dass er für die Beschwerdeführerin keine Referenz mehr abgebe. Ihrem Angebot legte die Beschwerdeführerin zu ihrer Referenzliste schriftliche Referenzen zu den genannten Referenzobjekten bei. So findet sich für das Referenzobjekt 2 eine schriftliche Referenz von D (aus einem alten Vergabeverfahren, damals "Unterlage 1.1: Referenzobjekt 1") vom 17. November 2022 in den Angebotsunterlagen. D bewertete dabei die Qualität der Ausführung, die Einhaltung der Termine sowie das Kostenmanagement jeweils mit dem Punktemaximum von 5 Punkten, was einer sehr guten Erfüllung entspricht. Diese von der Beschwerdeführerin eingereichte Referenzauskunft zum Referenzobjekt 2 wurde von der Beschwerdegegnerin unberücksichtigt gelassen. Indem die Beschwerdegegnerin sich bloss auf die verweigerte Auskunftserteilung von D stützte und die schriftlich mit dem Angebot eingereichte Auskunft von ihm unberücksichtigt liess, hat sie ein von der Beschwerdeführerin offeriertes Beweismittel nicht abgenommen, den Sachverhalt nicht genügend erstellt und damit eine Gehörsverletzung begangen. In dieser Konstellation war die

Beschwerdegegnerin dazu gehalten, die aus den Akten ersichtlichen Sachumstände bei der Bewertung zu berücksichtigen.

Dementsprechend ist vorliegend nicht über den Zuschlag zu entscheiden und die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen. Der angefochtene Vergabeentscheid ist aufzuheben und die Sache aufgrund des Ermessensspielraums der Beschwerdegegnerin bei der Bewertung zu neuem Entscheid an diese zurückzuweisen. Die Beschwerdegegnerin wird bei der neuen Beurteilung die Referenz 2 unter Einbezug des sich im Angebot der Beschwerdeführerin befindlichen Schriftstücks zur Referenz 2 bewerten und gestützt hierauf erneut über den Zuschlag entscheiden müssen.

4.
Mit dem vorliegenden Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

5.
Eine Rückweisung zu neuem Entscheid bei offenem Ausgang ist in Bezug auf die Nebenfolgen als Obsiegen der beschwerdeführenden Partei zu behandeln, wenn die Rechtsmittelinstanz reformatorisch oder kassatorisch entscheiden kann (BGE 137 V 2010 E. 7.1; BGr, 28. April 2014, 2C_846/2013, E. 3.2). Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Antragsgemäss ist sie ausserdem zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

6.
Der Auftragswert übersteigt den Schwellenwert für Lieferungen 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 Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. a BöB). Folglich kann gegen den vorliegenden Entscheid nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 14. Juni 2024 aufgehoben. Die Sache wird zum Neuentscheid an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 230.-- Zustellkosten,
   Fr. 2'230.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.

5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.

6. Mitteilung an die Parteien.