

**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2023.00475

Entscheidart und - Endentscheid vom 26.10.2023

datum:

Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

AUSSCHLUSSEIGNUNGSKRITERIUMREFERENZ

Rechtsnormen:

§ 4a Abs. I IVöB-BeitrittsG

§ 4a Abs. I lit. a IVöB-BeitrittsG

Publikationen:

- keine -

Ausschluss aus dem Vergabeverfahren infolge Nichterfüllung eines Eignungskriteriums.

Die Beschwerdegegnerin hatte in den Ausschreibungsbedingungen mehrere Eignungskriterien genannt, deren Nichterfüllung zum Ausschluss führen konnte. Vorliegend war mit zwei Referenzprojekten Erfahrung in der Auslieferung von ICT-Geräten nachzuweisen (E. 3.2).

Das fragliche Referenzprojekt der Beschwerdeführerin belegt ihre Kompetenz bei der Auslieferung von ICT-Geräten nicht. Die Vergabebehörde hat das betreffende Eignungskriterium zulässigerweise als nicht erfüllt qualifiziert. Der Ausschluss erweist sich als adäquate Folge des Mangels (E. 3.3 f.).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2023.00475

Urteil

der 1. Kammer

vom 26. Oktober 2023

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

A AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Obergericht Zürich,

Beschwerdegegner,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Obergericht des Kantons Zürich eröffnete mit Publikation vom 5. Juni 2023 ein offenes Submissionsverfahren betreffend Beschaffung von Monitoren. Die A AG offerierte ihre Leistung zum Preis von Fr. 1'986'139.99. Mit Verfügung des Obergerichts vom 21. August 2023 wurde das Angebot der A AG wegen Nichterfüllung eines Eignungskriteriums aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen.

II.

Gegen diese Ausschlussverfügung gelangte die A AG mit Beschwerde vom 23. August 2023 (Datum des Poststempels) an das Verwaltungsgericht und ersuchte, wieder in das Vergabeverfahren aufgenommen zu werden. Mit Beschwerdeantwort vom 6. September 2023 beantragte das Obergericht, die Beschwerde abzuweisen. Die A AG hat sich in der Folge nicht mehr vernehmen lassen.

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). 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 2003 (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. Wäre dieser widerrechtlich erfolgt, so hätte sie grundsätzlich Chancen auf den Zuschlag gehabt. Auf die Beschwerde ist einzutreten.

3.

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).

3.2 Der Beschwerdegegner hatte in den massgeblichen Ausschreibungsunterlagen unter anderem folgendes Eignungskriterium genannt: "EK07 – Erfahrung des Anbieters: Der Anbieter bestätigt, dass er in der Lage ist, einen Rollout (Rüstung und Auslieferung von ICT-Geräten) gemäss vorliegender Ausschreibung durchzuführen. Als Nachweis beschreibt der Anbieter zwei Referenzaufträge, welche folgende Anforderungen abdecken: Die Referenzaufträge dürfen nicht älter als 3 Jahre sein (2020 oder später); der Auftrag umfasst mind. 150 Geräte; der Rollout muss innerhalb eines Jahres stattgefunden haben. [...]"

Der strittige Verfahrensausschluss erfolgte wegen Nichterfüllung dieses Eignungskriteriums (EK07): Das Referenzprojekt 1 der Beschwerdeführerin (Amt B) erfülle die Anforderungen gemäss Kriterium nicht: Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin und des Referenzgebers sei die Auslieferung von ICT-Geräten nicht Bestandteil des Auftrags gewesen.

3.3 Mit ihrer Beschwerde machte die Beschwerdeführerin geltend, sie habe mit ihrem Referenzprojekt 1 nachgewiesen, dass auch die Auslieferung der fraglichen Geräte ausgeführt worden sei. Der Referenzgeber habe die Erbringung dieser Leistung denn auch bestätigt.

Der Beschwerdegegner führt aus, die Auslieferung der zu beschaffenden Geräte an verschiedene Standorte sei zentral für die Beschaffung, was aus den Ausschreibungsunterlagen hervorgehe. In den Angaben der Beschwerdeführerin zum Referenzprojekt 1 sei jedoch kein Hinweis auf etwaige Liefertätigkeiten zu finden gewesen.

Die daraufhin durch das Evaluationsteam vorgenommene Referenzabfrage habe ergeben, dass die Lieferungen ausschliesslich durch die Firma C aufgrund einer Bestellung durch das Amt B erfolgt sei. Folglich habe das Evaluationsteam davon ausgehen müssen, dass die Referenz die Leistung der "Lieferung" nicht enthalten hatte, sondern nur Leistungen betreffend "Staging" bzw. "Rollout Support", was zum Verfahrensausschluss der Beschwerdeführerin geführt habe. Ferner sei darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin auch wegen Nichterfüllung des Eignungskriteriums "EK08 – Support vor Ort" aus dem Verfahren hätte ausgeschlossen werden können.

Diesen Ausführungen zu den Anforderungen bezüglich Auslieferung setzte die Beschwerdeführerin nichts weiter entgegen. Vielmehr hat sie auf eine Replik stillschweigend verzichtet. Aus ihrem Angebot ergibt sich denn auch, dass sie bei ihrem Referenzprojekt 1 keine ausreichenden Angaben gemacht hatte: Unter dem Punkt "Ausgeführte Lieferung von Hardware (genaue Beschreibung der Hardware-Lieferung inkl. Garantie)" finden sich keine Ausführungen zur Lieferung; unter "Rolle des Anbieters (Lieferant, Support, Maintenance etc.)" findet sich bloss der Hinweis "Rollout Support". Diese Angaben lassen sich jedenfalls nicht als ausreichenden Nachweis für eine Auslieferung von Geräten im Sinn des Eignungskriteriums EK07 werten. Die Vergabebehörde hat das Eignungskriterium zulässigerweise als nicht erfüllt qualifiziert.

3.4 Wie oben dargelegt, ist bei der Prüfung der Eignung und damit bei der Beurteilung von Mängeln beim Eignungsnachweis ein strenger Massstab anzulegen (E. 3.1). Von einem bloss unwesentlichen oder untergeordneten Mangel ist vorliegend nicht auszugehen. Vielmehr ergibt sich aus der Ausschreibung des Beschwerdegegners, dass die Beschaffung wesentlich die Auslieferung umfasst (vgl. auch das Referenzformular mit einzelnen auszufüllenden Punkten betreffend die Auslieferung). Die Beschwerdeführerin macht nichts anderes geltend. Der Ausschluss erweist sich damit als adäquate Folge des Mangels. Überspitzter Formalismus liegt nicht vor. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

4.

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 65a in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG).

5.

Der Auftragswert 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).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 1'800.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 95.-- Zustellkosten,
Fr. 1'895.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
5. Mitteilung an die Parteien.

