

ZG_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 66 vom 9. Oktober 2020

ZG Verwaltungsgericht, 2020-10-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_V_2020_66

FR: ZG_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 66 du 9 octobre 2020

IT: ZG_VERWALTUNGSGERICHT V 2020 66 del 9 ottobre 2020

Regeste

Verwaltungsrechtl. Kammer — Submission (Zuschlag)

Erwägungen

E. 2

Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in dem sie ein neues Angebot einreichen können (Claudia Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, 2. Aufl. 2018, S. 156); - die Beschwerdeberechtigung der Beschwerdeführerin, welche in der vorliegenden Vergabe den zweiten Rang erreicht hat, gegeben ist, weil allenfalls ihr Angebot den Zuschlag erhalten könnte, wenn sich herausstellen sollte, dass der Zuschlag rechtsfehlerhaft erfolgte; - die Beschwerde grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung hat (Art. 17 Abs. 1 IVöB), die Beschwerdeinstanz jedoch auf Gesuch oder von Amtes wegen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilen kann; - die Erteilung der aufschiebenden Wirkung voraussetzt, dass die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB); - aufgrund einer Prima-facie-Beurteilung darüber zu befinden ist, ob sich die Beschwerde mutmasslich als begründet oder unbegründet erweist, ohne dass zeitraubende Abklärungen vorgenommen werden müssen, und bei diesem Entscheid der zuständigen Beschwerdeinstanz ein erheblicher Ermessensspielraum zusteht; - das Bundesgericht dem Umstand, dass die vergaberechtliche Gesetzgebung Rechtsmitteln in der Regel keine aufschiebende Wirkung zukommen lässt, einen besonderen Stellenwert einräumt und daraus jedenfalls geschlossen werden kann, dass dem öffentlichen Interesse an einer möglichst raschen Umsetzung eines Vergabeentscheides ein erhebliches Gewicht zukommt (Urteil BGer 2P.103/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4.2); - gemäss Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB Rechtsverletzungen, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens, mit der Beschwerde gerügt werden können; Unangemessenheit kann jedoch nicht geltend gemacht werden (Abs. 2);

E. 3

- der Vergabestelle beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt (Urteil BGer 2C_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4); - das Gericht namentlich mit Bezug auf die Frage des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht sein eigenes Ermessen anstelle desjenigen der Vergabestelle setzt (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1389); - der Grundsatz, dass die Bewertungsmethode die bekannt gegebene Gewichtung zum Tragen zu bringen hat, für die Bewertung sämtlicher Zuschlagskriterien gilt (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 914

mit Hinweis auf das Urteil des Verwaltungsgerichtes Zürich VB.2006.00205 vom 30. August 2006 E 5.2.2); - die Beschwerdeführerin folgende Rechtsbegehren stellt: "1. Die Verfügung vom 9. Oktober 2020 betr. Zuschlag des Loses 2 in der Vergabe Fahrzeugbeschaffung für Elektrobusse C. _____, F. _____, D. _____, E. _____ sei aufzuheben. 2. Der vorliegenden Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. 3. Der Zuschlag für das Los 2 in der Vergabe Fahrzeugbeschaffung für Elektrobusse C. _____, F. _____, D. _____, E. _____ sei an die Beschwerdeführerin zu erteilen. Eventualiter (Rechtsbegehren 4 bis 6): 4. Der Beschwerdeführerin seien die gesamten Vorakten zur Einsichtnahme zuzustellen.

E. 5

- die Beschwerdegegnerin ausführt, die Zuschlagsverfügung erscheine als ausreichend begründet; - die Beschwerdegegnerin geltend macht, der Beschwerdeführerin gelinge es nicht aufzuzeigen, inwiefern in ihren behaupteten (und bestrittenen) Rügen eine Überschreitung oder ein Missbrauch von Ermessen durch die Vergabestelle zu sehen sei; - die Beschwerdegegnerin zum Vorwurf der nicht nachvollziehbaren Gewichtung und Bewertung der Zuschlagskriterien im Wesentlichen wie folgt Stellung nimmt: Sofern sich die Beschwerdeführerin auf das Offertöffnungsprotokoll abstützen wolle, verkenne sie, dass das Offertöffnungsprotokoll lediglich die noch nicht bereinigten Preisangaben aufführe, in der Form, wie die Angebote von den Anbietern eingereicht worden seien. Diese seien aber nicht a priori vergleichbar gewesen, sondern hätten zunächst mittels einer Kaufpreisbereinigung bzw. einer Warenkorbbereinigung vergleichbar gemacht werden müssen. Es treffe zu, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Warenkorb als Alternative eine Garantie für die Ersatzbatterien angeboten habe. Diese Variante sei von der Beschaffungsgemeinschaft geprüft worden. Da die Übernahme der entsprechenden Werte über die ganze Lebensdauer der Fahrzeuge jedoch zu höheren Kosten führen würde als die von der Beschwerdeführerin angebotenen Ersatzbatterien, sei zu Gunsten der Beschwerdeführerin der günstigere Wert der Ersatzbatterien in die Nutzwertanalyse eingeflossen und beurteilt worden. Entgegen den Vorbringen der Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegnerin die Masse "275/70 R22.5" für die Reifendimensionen nicht in unzulässiger Weise angewendet, da es sich dabei um üblicherweise verwendete Masse handle, was sich auch daran zeige, dass die Mehrheit der Anbieter diese Reifendimensionen angeboten habe. Die von der Beschwerdeführerin angebotene Reifendimension 315/60 R22.5 sei eine technisch mögliche und zulässige Variante, welche jedoch die Reifenvielfalt bei den Verkehrsbetrieben erhöhe und somit indirekt zu Zusatzkosten führe. Auch andere Anbieter mit dieser gewählten Reifendimension seien deshalb – zulässigerweise – mit einer niedrigeren Note bewertet worden. Die Formulierung im Lastenheft "Prüfzertifikate zur Sicherung der verwendeten Batteriezellen und Batteriecontainer (z. Bsp. gemäss ECE R100)" lasse zweifelsfrei darauf schliessen, dass ein Zertifikat einzureichen gewesen sei. Es habe der Vergabestelle aufgrund des fehlenden Zertifikats freigestanden, bei der Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin

E. 6

einen Abzug vorzunehmen. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin liege es im Ermessen der Vergabestelle zu entscheiden, wie sie die Position 3016 im Lastenheft gemäss Ausschreibungsunterlagen Teil E ("Warmluftdüsen im Fussbereich der Lenksäule, Anzahl angeben") bewerten wolle. Es entspreche zudem der jahrelangen Betriebserfahrung der ausschreibenden Busbetriebe, dass mehrere Luftdüsen eine bessere Temperaturverteilung

ermöglichen würden, was für Fahrerinnen und Fahrer wiederum im täglichen Betrieb sehr relevant sei; - der Beschwerdegegnerin nicht zu folgen ist, wonach die Legitimation der Beschwerdeführerin zu verneinen und auf die Beschwerde nicht einzutreten sei, weil sie in ihrer Beschwerdeschrift nicht darlegen könne, weshalb sie eine höhere Punktzahl als die Zuschlagempfängerin hätte erhalten müssen; der Beschwerdeführerin wäre die Beschwerdelegitimation höchstens dann abzusprechen, wenn ihre Beschwerde beispielsweise in Sinne einer Rechtsmissbräuchlichkeit offensichtlich aussichtslos wäre, was nicht der Fall ist; zudem wurde bereits früher festgestellt, dass die Aufhebung der Zuschlagsverfügung der Beschwerdeführerin einen effektiven Vorteil einbringen würde, wenn sich herausstellen sollte, dass der Zuschlag rechtsfehlerhaft erfolgte; im Rahmen des vorliegenden Zwischenentscheidverfahrens betreffend aufschiebende Wirkung ist daher zu prüfen, ob sich die Beschwerde als mutmasslich begründet oder unbegründet erweist, was ohne Eintreten auf die Beschwerde nicht möglich wäre; im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beschwerdeführerin auch formelle Mängel rügt; - die Beschwerdegegnerin entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin den Erfordernissen von § 36 Abs. 2 und 3 der Submissionsverordnung (SubV; BGS 721.53) und von Art. 13 Abs. 1 lit. h IVöB sowie der entsprechenden Gerichtspraxis ohne weiteres nachgekommen ist, indem sie der Beschwerdeführerin mit Absageschreiben vom 7. Oktober 2020 (Bf-Beil. 3) die Zuschlagsverfügung zustellte, ihr die von ihr und der Zuschlagsempfängerin erzielte Punktzahl mitteilte und ihr die wesentlichen Aspekte für die Nicht-Berücksichtigung ("insbesondere die Kriterien Fahrzeugkonzept und technische Ausführung sowie der Fahrversuch") nannte; anlässlich eines Debriefings am 8. Oktober 2020 wurden einer Vertretung der Beschwerdeführerin die Nutzwertanalyse des Loses 2 in zusammengefasster Form dargelegt und die wesentlichen Punkte, in denen die Beschwerdeführerin unterdurchschnittlich war, dargelegt und mündlich erläutert (siehe Protokoll

E. 7

Debriefing, Bg-Beil. 6 A); und schliesslich stellte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 14. Oktober 2020 eine mehrseitige "Begründung Resultat der Nutzwertanalyse E-Bus-Ausschreibung" zu, worin die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung und die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebotes dargelegt wurden (Bg-Beil.

E. 9

- die Prima-facie-Beurteilung der Beschwerde somit ergibt, dass diese nicht als ausreichend begründet erscheint und der Antrag auf Erteilung des Zuschlags an die Beschwerdeführerin wohl eher nicht gutgeheissen werden kann, was zur Aufhebung der vorläufig und vorsorglich erteilten aufschiebenden Wirkung und zur Feststellung führt, dass der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt werden kann; - die Beschwerdeführerin verlangt, es seien ihr die gesamten Vorakten zur Einsichtnahme zuzustellen; - die Parteien gemäss § 16 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG, BGS 162.1) Anspruch auf Einsicht in die Akten haben, soweit nicht überwiegende öffentliche oder private Interessen entgegenstehen; die Verweigerung ist in den Akten zu vermerken; der wesentliche Inhalt eines Aktenstücks, in das die Einsicht verweigert wird, muss insoweit mitgeteilt werden, als es ohne Verletzung der zu schützenden Interessen möglich ist (§ 16 Abs. 2 VRG); - das Submissionsrecht in § 17 SubV eine Sonderregelung bezüglich Vertraulichkeit und Urheberrechte enthält; hier wird in Abs. 1 bestimmt, dass eingereichte Unterlagen, soweit Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse betroffen sind,

vertraulich behandelt werden müssen; vertrauliche Unterlagen dürfen ohne das Einverständnis der Anbieterin oder des Anbieters oder ohne gesetzliche Grundlage weder genutzt noch an Dritte weitergeleitet oder diesen bekannt gegeben werden; vorbehalten bleibt die Herausgabe an gerichtliche Instanzen im Rahmen von Rechtsmittelverfahren (§ 17 Abs. 2 SubV); gemäss Rechtsprechung hat der unterlegene Bewerber nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen; diese Regelung kann nicht durch das Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb auch im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich kein Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten besteht (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1191; Urteil BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 3.1; vgl. auch GVP 2013 133 f.); - der Beschwerdeführerin somit Einsicht in die Akten zu gewähren ist, soweit sie nicht Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse der Zuschlagsempfängerin, deren

E. 10

Referenzauskunft sowie die Offerten der restlichen Bewerber und deren Bewertungen betreffen; - die Beschwerdegegnerin Beilagen A eingereicht hat, welche ihrer Ansicht nach der Beschwerdeführerin zur Einsichtnahme offengelegt werden können; - die Beschwerdegegnerin Beilagen B eingereicht hat, in welche nach ihrer Ansicht die Einsicht aus Vertraulichkeitsgründen zu verweigern sei; - die Beschwerdegegnerin zudem je die Offerten der Zuschlagsempfängerin und der Beschwerdeführerin eingereicht hat; - die Durchsicht dieser Unterlagen ergibt, dass die nicht mit "A" bezeichneten Dokumente allesamt schützenswerte Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse (z.B. vollständige Offerte der Zuschlagsempfängerin, Bewertungsbögen) enthalten oder der Beschwerdeführerin bereits bekannt sind (z.B. eigene Offerte, Ausschreibungsunterlagen); - gestützt darauf die Akteneinsicht in die von der Beschwerdegegnerin als vertraulich bezeichneten Beilagen und Vergabeakten zu verweigern ist; - das Gericht gestützt auf § 26 VRG von der Partei, die ein Verfahren einleitet, einen angemessenen Kostenvorschuss verlangen kann; wird der Kostenvorschuss nicht innert der angesetzten Frist geleistet, so kann das Verfahren abgeschrieben werden; - gegen diese Verfügung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden kann, sofern sich nach der Meinung der Beschwerdeführerin eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; beim Bundesgericht kann ebenfalls eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde eingereicht werden, sofern die Beschwerdeführerin der Meinung ist, mit der Verfügung würden verfassungsmässige Rechte verletzt;

E. 11

Folgendes verfügt:

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