

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00175 vom 13. September 2006

ZH Verwaltungsgericht, 2006-09-13, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2006.00175

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00175 du 13 septembre 2006

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2006.00175 del 13 settembre 2006

Regeste

Submission | Widerruf eines Zuschlags wegen Nichterfüllung der Anforderungen. Die Frage, ob ein Anbieter ein gleichwertiges Produkt offerieren darf, wenn im Zusammenhang mit der Beschaffung eines bestimmten Produkts die Ausschreibung selbst unter Verwendung von dessen Handelsmarke bzw. -name erfolgt, kann offen bleiben (E. 3.1). Auf die in § 16 Abs. 2 SubmV geforderte Zulassung gleichwertiger Produkte kann - in Analogie zu § 10 Abs. 1 lit. f SubmV, der für das freihändige Verfahren massgeblich ist - dann verzichtet werden, wenn sich nur mit den gleichen Produkten und/oder Dienstleistungen "die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen" gewährleisten lässt (E. 3.2.2). Abweisung (vereinigt mit VB.2006.00200).

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie § 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung zur Anwendung.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbieter sind zur Beschwerde gegen den 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 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend ist die Legitimation der Beschwerdeführerin ohne weiteres zu bejahen, da sie geltend macht, der ihr erteilte Zuschlag sei zu Unrecht widerrufen worden und der Zuschlag sei ihr (erneut) zu erteilen. Dass eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin infolge des Vertragsabschlusses mit der Mitbeteiligten nicht mehr möglich ist, ändert an der Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen

(Art. 18 Abs. 2 IVöB). Auf die frist- und formgerecht erhobenen Beschwerden ist daher einzutreten.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt in der Beschwerdeschrift zunächst sinngemäss, dass der Beschwerdegegner in der Ausschreibung die Verwendung bestimmter Fabrikate und Typen vorgeschrieben habe. An diesem Vorwurf hält sie auch in der Replik fest, wenngleich sie ausführt, dass sie "nicht die Ausschreibungsunterlagen rügen" und Beschwerde wegen unzulässiger Produktspezifikationen führen möchte. Gemäss § 16 Abs. 2 SubmV sind Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten nicht zulässig, es sei denn, dass es keine hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt, und sofern in den Ausschreibungsunterlagen die Worte "oder gleichwertig" einbezogen werden. Damit verbietet es das Submissionsrecht grundsätzlich, das Beschaffungsobjekt auf ein bestimmtes Produkt hin zu definieren, ohne dass die Voraussetzungen der freihändigen Vergabe erfüllt wären (RB 2001 Nr. 47 = BEZ 2001 Nr. 25 E. 2; VGr, 18. Dezember 2002, VB.2002.00241, E. 5a, www.vgrzh.ch). Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob die Vergabebehörde verpflichtet gewesen wäre, in der Ausschreibung neben der Bezeichnung "HP" einen Zusatz anzubringen, der das Anbieten gleichwertiger Produkte zulässt. Wenn in den Ausschreibungsunterlagen die Verwendung von bestimmten Fabrikaten und Typen vorgesehen ist, darf der Anbieter nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts gleichwertige Komponenten offerieren (RB 2003 Nr. 17 = BEZ 2003 Nr. 48 E. 3f). Wie es sich damit verhält, wenn im Zusammenhang mit der Beschaffung eines bestimmten Produkts die Ausschreibung selbst unter Verwendung von dessen Handelsmarke bzw. -name erfolgt, kann offen bleiben. Denn wie nachfolgend zu zeigen ist, war der Beschwerdegegner mit Hinblick auf die Ergänzung der bestehenden IT-Infrastruktur berechtigt, lediglich Offerten von HP SAN Switches zu berücksichtigen, womit auch ein entsprechender Zusatz in der Ausschreibung entbehrlich war.

E. 3.2

Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, dass der Zuschlag an sie zu Unrecht widerrufen worden sei, da sie ein gleichwertiges Produkt geliefert habe. – Der Beschwerdegegner macht dagegen geltend, der Widerruf des Zuschlags sei erfolgt, da er von der Beschwerdeführerin im Glauben gelassen worden sei, die angebotenen SAN Switches seien von HP.

E. 3.2.1

Die Voraussetzungen, unter denen ein Widerruf des Zuschlags in Frage kommt, wurden in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts noch wenig geklärt. § 36 SubmV sieht vor, dass der Zuschlag "unter den Voraussetzungen von § 28" widerrufen werden kann. § 28 SubmV umschreibt die Sachverhalte, bei deren Vorliegen ein Anbieter von der Teilnahme am Verfahren ausgeschlossen wird. Es handelt sich dabei vor allem um Gründe, welche die Eignung des Anbieters und sein Verhalten im Verfahren betreffen. Diese sind jedoch nur beschränkt als Widerrufsgründe tauglich. So können Umstände, die der Vergabebehörde zur Zeit des Zuschlagsentscheids bekannt waren, nicht nachträglich zur Rechtfertigung eines Widerrufs dienen. Ein Widerruf ist nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zu Tage treten, die für sich allein oder zusammen mit den früher festgestellten

Tatsachen zu einem andern Zuschlagsentscheid führen müssten. Andererseits ist ein Widerruf auch in Fällen zulässig, die von den Ausschlussgründen des § 28 SubmV nicht erfasst werden. So muss es z.B. möglich sein, den Zuschlag zu widerrufen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das angebotene Produkt den gestellten Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht entspricht (vgl. dazu VGr, 20. April 2005, BEZ 2005 Nr. 33 E. 3.4, unter Hinweis auf VGr, 15. Dezember 1999, BEZ 2000 Nr. 8 E. 2 und 4).

E. 3.2.2

Gegenstand der Beschaffung ist gemäss dem Kurzbeschrieb die "Lieferung von HP SAN Switches, Module und Software". Herstellerin der zu beschaffenden SAN Switches ist die Cisco Systems Inc. Die von der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten offerierten Leistungen unterscheiden sich somit lediglich in Bezug auf die Supportleistungen, welche nach den Vorgaben des Beschwerdegegners von HP zu erbringen sind, beim Angebot der Beschwerdeführerin dagegen von EMC Computer Systems (nachfolgend EMC) erbracht würden. Von der Beschwerdeführerin unbestritten ist, dass im vorliegenden Fall die Ergänzung der vorhandenen IT-Infrastruktur des Spitals C vorgesehen war. Für die dortige SAN- und Serverstruktur besteht ein Wartungsvertrag mit HP. Der Beschwerdegegner hat daher in der Ausschreibung für alle Anbieter klar zum Ausdruck gebracht, dass er nur HP SAN Switches und damit entsprechende Supportleistungen von HP beschaffen will. Diese bereits in der Ausschreibung vorgenommene Interessenabwägung zwischen einem zentralen Support und einer möglichst preiswerten Ergänzung der IT-Infrastruktur ist nicht zu beanstanden. Auf die in § 16 Abs. 2 SubmV geforderte Zulassung gleichwertiger Produkte kann – in Analogie zu § 10 Abs. 1 lit. f SubmV, der für das freihändige Verfahren massgeblich ist – dann verzichtet werden, wenn sich nur mit den gleichen Produkten und/oder Dienstleistungen "die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen" gewährleisten lässt. Unerheblich ist damit, ob die von der Beschwerdeführerin offerierten Supportleistungen von EMC im Übrigen gleichwertig zu denjenigen von HP sind, da eine Aufteilung der Support- und Wartungsleistungen zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den verschiedenen Supportleistungserbringern führen würde.

E. 3.2.3

Aus der zu den Ausschreibungsunterlagen gehörenden Anforderungs- und Preistabelle ist auf den ersten Blick nicht klar ersichtlich, ob es sich um HP- oder Cisco-Produktenummern handelt, da kein Hinweis auf die Vertreiberin HP enthalten ist. Weil die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte diese vom Beschwerdegegner vorgegebenen Nummern in der Anforderungstabelle weiterhin aufgeführt hatte, durfte aber der Beschwerdegegner seinerseits ohne weiteres davon ausgehen, dass es sich beim Angebot um ein HP-Produkt handelte. Dies war jedoch nicht die Absicht der Beschwerdeführerin, sodass sich der Beschwerdegegner im Zeitpunkt des Zuschlags bezüglich des Inhalts der Offerte in einem Irrtum befand. Nachdem die Beschwerdeführerin nun selber deklariert, keinen Support durch HP angeboten zu haben, hat sie klarerweise die in der Ausschreibung gestellten Anforderungen nicht erfüllt. Es kann somit offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin dem Beschwerdegegner falsche Auskünfte im Sinn von § 28 lit. b SubmV erteilt hat, da der Widerruf des Zuschlags bereits wegen der Nichterfüllung der Produkteanforderungen zulässig war.

E. 4.1

Nachdem der Widerruf des Zuschlags somit rechtmässig erfolgt ist, bleibt im vorliegenden Fall auch kein Raum für eine Anfechtung des Zuschlags an die Mitbeteiligte. Die Mitbeteiligte erzielte in der Bewertung der Angebote durch den Beschwerdegegner das zweithöchste Resultat und erhielt nach dem Widerruf des Zuschlags folgerichtig ihrerseits den Zuschlag. Die von der Beschwerdeführerin per E-Mail vom 5. April 2006 nachgereichte Offerte mit den verlangten "HP SAN Switches" ist wegen Verspätung unbeachtlich.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin erhebt schliesslich sinngemäss den Einwand, dass ein Preiskartell der "HP-Partner" durch eine Einschränkung des Vertriebskanals gestützt würde und will dies durch die Preisspanne der verschiedenen Angebote belegen. Tatsächlich beträgt die Differenz zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und dem der Mitbeteiligten 14 %, diejenige zwischen dem Angebot der Mitbeteiligten und dem höchsten der übrigen Angebote 6 %. Da der Beschwerdegegner nach dem oben Gesagten berechtigt war, die Ausschreibung auf ein bestimmtes Produkt mit einem definierten Support einzuschränken, ist das Angebot der Beschwerdeführerin jedoch von vornherein nicht in einen Preisvergleich mit einzubeziehen. Eine Preisspanne von 6 % unter den restlichen Mitbewerbern ist aufgrund des Umstands, dass nur ein Produkt eines Anbieters in Betracht kam, nicht so ungewöhnlich, dass auf eine wettbewerbswidrige Abrede im Sinne von § 28 lit. e SubmV geschlossen werden müsste.

E. 5

Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und ist abzuweisen. Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG), und sie hat den Beschwerdegegner für seine Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Beschwerdegegner mit der Beschwerdeantwort weit gehend nur die ihm obliegende Begründung des Widerrufs des ersten Vergabeentscheids sowie diejenige des zweiten Vergabeentscheids nachgeholt hat. Als angemessen erweist sich somit eine (reduzierte) Umtriebsentschädigung von Fr. 1'500.- (§ 12 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 26. Juni 1997, LS 175.252). Demgemäss entscheidet die Kammer:

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