

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00396 vom 6. November 2014

ZH Verwaltungsgericht, 2014-11-06, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00396

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00396 du 6 novembre 2014

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00396 del 6 novembre 2014

Regeste

Submission | Vergabe von Versorgungseinheiten für Intensivstationen: Ausschluss vom Verfahren; Zulässigkeit der Zahlungsbedingungen; Gleichbehandlungsgebot. Die Beschwerdeführerin hat entgegen dem klaren Verbot der Änderung der Vorgaben im Leistungsverzeichnis die vorgegebenen Zahlungsbedingungen abgelehnt und abgeändert. Diese Abweichung von den Vorgaben ist als Änderung im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zu werten und stellt eine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses dar, was grundsätzlich zum Ausschluss vom Verfahren führt (E. 5.3). Der Vergabebehörde steht bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Vorgaben von § 15 SubmV ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Kriterien, welche einzelne Anbieter oder Unternehmen diskriminieren, sind jedoch unzulässig (E. 6.1). Dass kleinere Unternehmen durch die geforderten Zahlungsbedingungen faktisch vom Vergabeauftrag ausgeschlossen und damit gegenüber grösseren Unternehmen diskriminiert wurden, ist vorliegend nicht erstellt (E. 6.3). Abweisung.

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 = ZBI 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren finden 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren 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 VRG). Es stellt sich deshalb die Frage, ob die Beschwerdeführerin ohne den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren eine realistische Chance gehabt hätte, den Zuschlag für den betreffenden Auftrag zu erhalten.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin, welche neben der Zuschlagsempfängerin die einzige Offerentin war, rügt die von der Beschwerdegegnerin festgelegten Zahlungskonditionen, deren Ablehnung zum Ausschluss ihres Angebotes geführt hat. Sie bringt weiter vor, dass der Gesamtpreis für ihr Angebot falsch berechnet worden sei und für die gewählte Variante unter dem Angebot der Mitbeteiligten liege. Zudem habe sie in der hypothetischen Bewertung für das zweite massgebende Kriterium der Gesamtfunktionalität im Gegensatz zur Mitbeteiligten die Maximalpunktzahl erhalten.

E. 2.3

Erweisen sich die Rügen der Beschwerdeführerin berechtigt, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag gehabt. Dass eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin infolge eines allfälligen Vertragsabschlusses mit der Zuschlagsempfängerin nicht mehr möglich ist, ändert an ihrer Legitimation nichts, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt, die geforderten Zahlungsbedingungen, deren Ablehnung zum Ausschluss ihres Angebotes aus dem Vergabeverfahren geführt hat, seien unzulässig. Dem hält die Beschwerdegegnerin zunächst entgegen, die Rüge erweise sich als verspätet. Die Ausschreibungsunterlagen seien mit Publikation der Ausschreibung sofort bezugsbereit gewesen und deren Bedeutung klar. Die Zahlungsbedingungen seien daher Bestandteil der Ausschreibung gewesen, weshalb bereits diese auf dem Rechtsweg hätte gerügt werden müssen. Der Beschwerdeführerin sei zumindest verpflichtet gewesen, die Zahlungsbedingungen vor Abgabe eines Angebots ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens zu rügen. Dem widerspricht die Beschwerdeführerin und bringt vor, gerade wegen ihrer Rüge aus dem Verfahren ausgeschlossen worden zu sein.

E. 3.2

Nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung ist die selbständige Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen ausgeschlossen. Ihr Inhalt kann in der Regel noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden (VGr, 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2, je mit Hinweisen). Allerdings kann sich aus dem Grundsatz von Treu und Glauben eine Obliegenheit ergeben, Mängel in den Ausschreibungsunterlagen bereits frühzeitig ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Eine solche Obliegenheit ist jedoch nur bei offensichtlichen Mängeln anzunehmen. Ein Anbieter kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können. Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind an die Anbietenden keine strengen Anforderungen zu stellen (vgl. zum Ganzen BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1 mit Hinweisen).

E. 3.3

Vorliegend wurde in der Ausschreibung bezüglich der Zahlungsbedingungen auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, welche nach dem Gesagten nicht selbständig angefochten werden konnten. Da die Beschwerdeführerin bereits vor Einreichung der

Offerte in den Zahlungsbedingungen einen Mangel erblickt hat, wäre sie jedoch gehalten gewesen, diesen frühzeitig zu rügen. Ob die Bemerkung zur Ablehnung der Zahlungsbedingungen in der Offerte als eine eigentliche Rüge betrachtet werden kann ist fraglich und wäre wohl zu verneinen. Die Frage kann jedoch vorliegend aufgrund der materiellen Abweisung der Beschwerde offenbleiben (vgl. E. 6).

E. 4.1

Die Zahlungskonditionen wurden für das vorliegende Vergabeverfahren unter Punkt 4.2 des Pflichtenhefts mit 90 % nach technischer Abnahme und 10 % nach betrieblicher Schlussabnahme festgelegt. Die Beschwerdeführerin hat diese Zahlungskonditionen in Ziff. 38.01 ihrer Offerte mit "nein" beantwortet und folgende Bemerkung angebracht: Es könne nicht sein, dass nach erfolgter Simulation und klaren Vertragsabsprachen respektive nach Unterzeichnung das wirtschaftliche Risiko nur bei der Industrie sei. Der Auftraggeber sei daher mit Teilzahlungen nach Leistung zu beteiligen.

E. 4.2

Die Beschwerdegegnerin hielt in ihrem Schreiben vom 19. Juni 2014 fest, dass die geforderten Zahlungsbedingungen ein Muss-Kriterium darstellen würden, welches das Angebot der Beschwerdeführerin nicht erfülle, da diese die entsprechende Frage mit "nein" beantwortet und dem Kriterium in ihrer Bemerkung auch explizit widersprochen habe. Sie führte weiter aus, dass derartige Abweichungen von den Vorgaben der Ausschreibung submissionsrechtlich unzulässig seien und gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen würden.

E. 4.3

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, dass die geforderte Vorauszahlung kleinere Anbieter von vornherein ausschliesse, da diese eine solche Vorauszahlung nicht selber tragen könnten. Die Zahlungsbedingungen verletzen damit den Gleichbehandlungsgrundsatz, weshalb ein darauf gestützter Ausschluss unzulässig sei.

E. 5.1

Gemäss § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG (bisher § 28 lit. h der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen, wenn sie wesentliche Formerfordernisse missachtet haben, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift, Unvollständigkeit des Angebots oder des Antrags auf Teilnahme im selektiven Verfahren oder durch Änderung der Ausschreibungsunterlagen. 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, 27. Februar 2013, VB.2012.00797, E. 5.1; 21. Dezember 2011, VB.2011.00537, E. 4.1; 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1; Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 456 f.).

E. 5.2

Angaben zu den Zahlungsbedingungen müssen gemäss § 15 lit. c SubmV zwingend in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sein. Bei den Zahlungsbedingungen handelt es sich um einen derjenigen Angebotspunkte, welche die Vergabebehörde in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen fixieren und welche die Anbieter zwingend in ihr Angebot

aufnehmen müssen, um nicht vom Verfahren ausgeschlossen zu werden. Auf die zwingende Natur solcher Angebotspunkte werden die Anbieter in der Regel durch einen entsprechenden Verweis im Angebot auf die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen aufmerksam gemacht (Alexis Leuthold, Offertverhandlungen in öffentlichen Vergabeverfahren, Diss. Zürich 2009, N. 338 und 358 f. mit Hinweisen; vgl. auch Daniela Lutz, Die fachgerechte Auswertung von Offerten - Spielräume, Rezepte und Fallstricke, in: Jean-Baptiste Zufferey/Hubert Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich etc. 2008, S. 215 ff., N. 39).

E. 5.3

Die Beschwerdegegnerin legt auf der ersten Seite des Leistungsverzeichnisses ganz oben unter dem Titel "Wichtige Hinweise zum Ausfüllen der Submission" fest, dass Positionen, welche in der Spalte C mit "Vorgabe" bezeichnet seien, verbindliche Anforderungen an das Angebot (Muskriterien) darstellten und nicht abgeändert werden dürften. In Ziff. 38.01 verweist die Beschwerdegegnerin bezüglich der Zahlungskonditionen auf die allgemeinen Bedingungen zur Submission und bezeichnet diese in der Spalte C als Vorgabe. Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin die von der Beschwerdegegnerin festgelegten Zahlungsbedingungen in ihrer Offerte nicht akzeptiert und eine Teilzahlung nach Leistung verlangt hat. Vorliegend hat die Beschwerdeführerin damit entgegen dem klaren Verbot der Änderung der Vorgaben im Leistungsverzeichnis die vorgegebenen Zahlungsbedingungen abgelehnt und abgeändert. Diese Abweichung von den Vorgaben ist als Änderung im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG zu werten (VGr, 27. Februar 2013, VB.2012.00797, E. 5.2; Galli et al., N. 472). Eine solche Änderung stellt eine Verletzung eines wesentlichen Formerfordernisses dar, welche grundsätzlich zum Ausschluss vom Verfahren führt. Vorliegend stellt sich jedoch die Frage, ob die strittigen Zahlungsbedingungen das submissionsrechtliche Gleichbehandlungsgebot beachten und ein darauf gestützter Ausschluss vom Verfahren zulässig war.

E. 6.1

Der Vergabebehörde steht bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Vorgaben von § 15 SubmV ein erheblicher Ermessensspielraum zu (Galli et al., N. 401; vgl. auch VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024; E. 2c [nicht publiziert]). Als Grundlage des vergaberechtlichen Verfahrens hat sie den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Anbieterinnen und Anbieter stets zu beachten (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB). Sodann gelten die vergaberechtlichen Grundsätze des wirksamen Wettbewerbs, der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel sowie der Transparenz (Art. 1 Abs. 3 IVöB). Staatliches Handeln muss zudem im öffentlichen Interesse liegen (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]). Kriterien, welche einzelne Anbieter oder Unternehmen diskriminieren, sind folglich unzulässig (vgl. Matthias Hauser, Zuschlagskriterien im Submissionsrecht, AJP 2001, S. 1405 ff., S. 1407; Galli et al., N. 402).

E. 6.2

Die von der Beschwerdegegnerin festgelegten Zahlungsbedingungen werden von der Beschwerdeführerin als absolut branchenunüblich gerügt. Letztere bringt weiter vor, dass diese zu einer Ungleichbehandlung der Anbieter führen und daher als rechtswidrig zu qualifizieren seien, was sie wie folgt begründet: Der im Pflichtenheft festgelegte Zeitplan, wonach zwischen Simulation und betrieblicher Schlussabnahme rund 26 Wochen und

zwischen Installation und betrieblicher Schlussabnahme rund 12 Wochen liegen, würde die Anbieter zu einer erheblichen Vorfinanzierung zwingen. Wenn man von den üblichen Materialkosten von etwa 70 % des Auftragsvolumens ausgehe, betrage die Vorfinanzierung vorliegend rund Fr. 1.4 Mio. Diese lasse sich – sofern nicht durch Barmittel abdeckbar – nur mittels erheblicher Verschuldung und mit nicht geringen Zinskosten realisieren. Eine derartige Vorfinanzierung sei für kleinere und mittlere Unternehmen nicht zu bewältigen, weshalb andere potenzielle Mitbewerber von Anfang an auf die Teilnahme am Verfahren verzichtet hätten.

E. 6.3

Aus den Schreiben derjenigen Anbieter, welche nicht am Verfahren teilgenommen haben, lässt sich nichts ableiten, was die Ansicht der Beschwerdeführerin stützen würde. Für die Entscheidung, nicht am vorliegenden Vergabeverfahren teilzunehmen, nannte keiner der anderen Anbieter die umstrittene Vorfinanzierung als Grund. Im Weiteren ist durch die eingereichten Verträge, welche unterschiedliche Teilzahlungsmodalitäten vorsehen, nicht belegt, dass die vorliegenden Zahlungsbedingungen generell unüblich sind. Die als Beleg eingereichten Weisungen der KBOB beziehen sich auf die Zahlungsfristen, welche vorliegend nicht zur Diskussion stehen und im Übrigen den Weisungen entsprechen würden. Die SIA-Norm 118 gelangt sodann vorliegend nicht zur Anwendung. Die Beschwerdeführerin hat auch nicht geltend gemacht, sie habe sich vergeblich um eine Finanzierungsmöglichkeit im Sinn der Vorgaben gemäss Ausschreibung bemüht. Es ist damit nicht substantiiert dargelegt, dass kleinere Unternehmen durch die geforderten Zahlungsbedingungen faktisch vom Vergabeauftrag ausgeschlossen und damit gegenüber grösseren Unternehmen diskriminiert wurden. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass trotz der Vorgaben der Beschwerdegegnerin auch kleinere Unternehmungen wie die Beschwerdeführerin eine Finanzierung hätten finden und am Wettbewerb hätten teilnehmen können.

E. 7.1

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die vorliegenden Zahlungsbedingungen nicht gegen das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot verstossen. Durch deren Änderung hat die Beschwerdeführerin wesentliche Formvorschriften im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG verletzt. Ihr Ausschluss aus dem Vergabeverfahren aufgrund der Änderung der Zahlungsbedingungen erweist sich daher als zulässig. Die Beschwerde ist demzufolge abzuweisen.

E. 7.2

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat.

E. 8

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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