

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00395 vom 17. September 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00395

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00395 du 17 septembre 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00395 del 17 settembre 2015

Regeste

Submission | Zulässigkeit der Ausschreibungsunterlagen. Allfällige bereits erfolgte Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen bzw. des Datenschutzes können durch die Wiederholung des Ausschreibungsverfahrens oder die Änderung der Ausschreibungsunterlagen nicht behoben werden (E. 2.1). Die vorliegend vorgesehene Vertragsdauer von vier Jahren mit der Option auf Verlängerung von zwei Mal einem Jahr erweist sich gerade noch als sachgerecht. Die Vergabebehörde ist gehalten, nach einer allfälligen Ausübung der Optionen erneut ein Vergabeverfahren durchzuführen (E. 2.4). Die mit der Ausschreibung verbundenen Unklarheiten konnten im Rahmen der Fragerunde unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbietenden beantwortet werden (E. 2.5 - 2.7). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2015.00395 Urteil der 1. Kammer vom 17. September 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Ersatzrichterin Nicole Tschirky, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A AG, Beschwerdeführerin, gegen Stadt Winterthur, Departement Finanzen, vertreten durch Stadt Winterthur, Fachstelle öffentliches Beschaffungswesen, RA B, Beschwerdegegnerin, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Stadt Winterthur eröffnete mit Ausschreibung auf Simap vom 19. Juni 2015 ein Submissionsverfahren betreffend "Obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG der Stadt Winterthur". II. Gegen diese Ausschreibung gelangte die A AG mit Beschwerde vom 26. Juni 2015 an das Verwaltungsgericht und beantragte, das laufende Ausschreibungsverfahren sei abzubrechen und die Stadt Winterthur aufzufordern, das Ausschreibungsverfahren mit neuen, gesetzeskonformen Ausschreibungsunterlagen zu wiederholen, eventualiter sei das laufende Ausschreibungsverfahren mit geänderten, gesetzeskonformen Ausschreibungsunterlagen fortzuführen unter Information sämtlicher möglicher Anbietenden. In verfahrensrechtlicher Hinsicht beantragte sie namentlich, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Präsidialverfügung vom 29. Juni 2015 wurde der Beschwerde provisorisch, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, aufschiebende Wirkung erteilt. Die Stadt Winterthur beantragte mit Beschwerdeantwort vom 10. Juli 2015, die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der A AG. Zudem sei die beantragte aufschiebende Wirkung nicht zu gewähren. Mit Präsidialverfügung vom 13. Juli 2015 wurde der Stadt Winterthur weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Mit der Replik vom 27. Juli 2015, Duplik

vom 6. August 2015 und Triplik vom 17. August 2015 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Öffentliche Ausschreibungen bzw. Vergabeentscheide 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 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. 1.2

Die Beschwerdeführerin ist zur Anfechtung der Ausschreibung "Obligatorische Unfallversicherung gemäss UVG der Stadt Winterthur" legitimiert. Als Anbieterin von Unfallversicherungen hat sie ein schutzwürdiges Interesse an der Überprüfung der Ausschreibung (vgl. § 21 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] in Verbindung mit § 2 Abs. 2 IVöB-BeitrittsG; VGr, 10. Dezember 2008, VB.2008.00347, E. 3).

E. 2.1

Die Beschwerdeführerin führt aus, es sei vorliegend nicht möglich, eine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende Offerte einzureichen. Die Ausschreibungsunterlagen würden in verschiedener Hinsicht gegen das Wettbewerbsrecht und das Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (UVG) verstossen. Insbesondere seien aufgrund der unzulässigen Bekanntgabe von geschäftlich relevanten und schutzwürdigen Daten und Geschäftsgeheimnissen der Beschwerdeführerin (Angaben zur Tarifierungs politik und -praxis bzw. zur Tarifstruktur, Gefahrenklassen und -stufen sowie zu den Prämien) Rückschlüsse auf die aktuelle Tarifierungspolitik, namentlich bei öffentlichen Verwaltungen, möglich. Der UVG-Tarif bzw. die Prämiensätze der Beschwerdeführerin seien jedoch geheim und dürften aus Wettbewerbsgründen den übrigen UVG-Versicherern nicht zur Verfügung stehen.

E. 2.1.1

Zunächst ist festzuhalten, dass gemäss Art. 103 der Verordnung über die Unfallversicherung vom 20. Dezember 1982 (UVV) die Versicherer sich auf Anfrage gegenseitig über Unfälle, Berufskrankheiten, Leistungen und Einstufung im Prämientarif unentgeltlich Auskunft geben müssen, soweit es die Durchführung der Unfallversicherung erfordert. Das von der Beschwerdeführerin erstellte Dokument "Rendement Nichtleben" enthält Angaben zu Prämien, Schadenaufwand, Rückstellungen, der Belastung in Prozent und zur Anzahl Fälle. Einen Hinweis auf die vertrauliche Behandlung dieser Angaben enthält das Dokument nicht. Aus dem Anforderungsprofil für die UVG-Versicherung ergeben sich zudem die derzeitige Einreihung der Stadt Winterthur betreffend Gefahrenklassen bzw. -stufen sowie die Lohnsummen. Ob die Auskunftspflicht gemäss Art. 103 UVV, die insbesondere auch die Einstufung im Prämientarif umfasst, mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist, kann im vorliegenden Verfahren offenbleiben. Durch die Wiederholung des Ausschreibungsv erfahrens kann die Bekanntgabe von allfälligen Geschäftsgeheimnissen bzw. schutzwürdigen Daten nicht mehr rückgängig gemacht und damit auch ein allfälliger Mangel vergaberechtlich nicht mehr behoben werden. An diesem

Ergebnis vermag auch die beim Bundesamt für Gesundheit aufgeschaltete Musterausschreibungsunterlage im Bereich des UVG vom 11. September 2012 (Musterausschreibungsunterlagen), in welcher festgehalten wird, dass die Ausschreibungsunterlagen keine Angaben über die Prämiensätze und die Klassen- und Stufenzuteilungen beim bisherigen Versicherer enthalten dürfen, nichts zu ändern.

E. 2.1.2

Aus der Bekanntgabe der derzeitigen Prämien kann zudem – entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin – nicht abgeleitet werden, dass die anderen Versicherer aus diesem Grund unzulässige Rabatte gewähren bzw. nicht risikogerechte Prämien festlegen und damit gegen das UVG bzw. die UVV verstossen werden.

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, dass im Anforderungsprofil für die UVG-Versicherung klar festgelegt werde, in welche Gefahrenklassen bzw. -stufen die Stadt Winterthur von den Anbietenden eingereiht werden müsse. Dies sei unzulässig, da seit der Einführung individueller Prämientarife per 1. Januar 2007 die Versicherer eigene Tarifstrukturen hätten. Es würden längst nicht alle Versicherer dreistellige Gefahrenstufen kennen. Dies habe zur Folge, dass diese Versicherer gar kein Angebot einreichen könnten bzw. bei der Einreichung eines Angebots gegen ihren Prämientarif verstossen würden.

E. 2.2.1

Die Beschwerdegegnerin führt dazu aus, dass diese Angaben im Anforderungsprofil rein informativen Charakter hätten. Bei den Angaben zur aktuellen Risikoeinstufung sei es darum gegangen, möglichst aktuelle und präzise Angaben zum Risiko zu liefern, um dem Gebot der Gleichbehandlung der Anbietenden Rechnung zu tragen. Von den Anbietenden sei denn auch in diesem Zusammenhang keine Frage zur Zuteilung gestellt worden.

E. 2.2.2

Seit der Aufhebung des Gemeinschaftstarifs werden die Einstufungen von jedem Anbieter individuell vorgenommen (vgl. dazu Art. 92 Abs. 5 UVG). Tarifänderungen sind zu begründen und für die Nettoprämiensätze und die Einteilung der Risikonummern in die Risikogemeinschaften bzw. in die Klassen der BU, NBU und FV die vorgegebenen Excel-Formulare zu verwenden (Kreisschreiben Nr. 28 des Bundesamts für Gesundheit vom 20. Juni 2011). Für einen Anbieter von Unfallversicherungen ist aufgrund des Systems gesellschaftsindividueller Prämientarife und der detaillierten Vorgaben im Kreisschreiben Nr. 28 deshalb klar, dass es sich nicht um eine verbindliche Vorgabe handelt bzw. der Angabe rein informativer Charakter zukommt.

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, dass die im Dokument "Rendement Nichtleben" angegebenen Prämien von den im Rahmen des sogenannten Mitteilungsdienstes gelieferten Auskünften wesentlich abweichen würden. Beispielsweise würden sämtliche Schadensaufwendungen dargestellt und der Endprämie nicht risiko relevante Elemente wie Verwaltungskostenzuschlag, Umlage- und Unfallverhütungsbeitrag gegenübergestellt. Im Kreisschreiben Nr. 31 des Bundesamtes für Gesundheit vom 5. Dezember 2013 werde dazu festgehalten, dass nur Zahlungen für Kurzfristleistungen sowie Rückstellungen für Kurz- und Langfristleistungen zu liefern seien. Die Auskunft über den Schadenverlauf habe grundsätzlich auf dem Weg des sogenannten Mitteilungsdienstes nach den Vorgaben des

Bundesamts für Gesundheit durch den jeweiligen Vorversicherer zu erfolgen. Nur so könne garantiert werden, dass korrekte, sachdienliche Auskünfte erteilt würden, welche eine Berechnung einer korrekten, risikogerechten Prämie ermöglichen würden.

E. 2.3.1

Angaben des Vorversicherers über den Schadenverlauf sind notwendig für die Einreichung einer Offerte. Ob diese Auskünfte über den Schadenverlauf von den Anbietenden direkt beim Vorversicherer eingeholt werden oder die notwendigen Angaben schriftlich in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt werden, spielt grundsätzlich keine Rolle. Entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin kann auch aus den Musterausschreibungsunterlagen nichts anders abgeleitet werden.

E. 2.3.2

Im Kreisschreiben Nr. 31 wird festgehalten, welche Angaben der bisherige Versicherer den anfragenden UVG-Versicherern zur Verfügung stellen muss. Weiter wird festgehalten, dass der Vorversicherer verpflichtet ist, offerierenden Versicherern auf Anfrage detailliertere Auskünfte zu geben, welche die Aufschlüsselung des Pauschalbetrags "Zahlungen" in Heilungskosten und Taggelder betreffen. Auch die Verwendung der vom Bundesamt für Gesundheit zur Verfügung gestellten elektronischen Formulare ist nicht zwingend. Es muss jedoch sichergestellt sein, dass die offerierenden Versicherer gestützt auf diese Angaben das UVG-Risiko korrekt tarifieren können. Es stellt sich somit die Frage, ob für die anderen Versicherer aus dem von der Beschwerdeführerin verfassten Dokument "Rendement Nichtleben" hervorgeht, dass es sich um ein an den bisherigen Versicherungsnehmer gerichtetes Dokument handelt, aus dem unter anderem sämtliche Schadensaufwendungen (inkl. Schadenbearbeitungskosten) aufgeführt sind. Das Dokument "Rendement Nichtleben" richtet sich an die Beschwerdeführerin als Versicherungsnehmerin. Es fehlen auf dem Dokument die Lohnsummen sowie die Aufteilung zwischen dem Schadensaufwand der Berufsunfallversicherung und Nichtberufsunfallversicherung. Dabei handelt es sich um wesentliche Informationen zur Tarifierung des Risikos. Anstelle dieser Angaben werden auf dem Dokument "Rendement Nichtleben" die bisher bezahlten Prämien aufgeführt. Diese Information ist für die Tarifierung des Risikos nicht notwendig. Zudem dürfte diese Information gegenüber Konkurrenten – wie auch die Beschwerdeführerin geltend macht – nicht freiwillig offen gelegt werden. Für die anderen Versicherer war aufgrund dieser Umstände somit ersichtlich, dass es sich nicht um eine Auskunft gemäss Art. 103 UVV handelt, sondern um ein internes vom bisherigen Versicherer an den Versicherungsnehmer gerichtetes Dokument. In diesem Zusammenhang führt auch die Beschwerdeführerin aus, dass es lediglich dann zu einer unrichtigen Tarifierung komme, wenn auf die Mitteilungsdienstanfrage bei der Beschwerdeführerin verzichtet werde.

E. 2.4

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, bei Versicherungsdienstleistungen sei in der Regel eine Vertragsdauer von mehr als fünf Jahren (inkl. allfälliger optionaler Verlängerungen) nicht mehr zulässig. Gemäss § 2 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) darf die Laufzeit eines Dauervertrags nicht so gewählt werden, dass andere Anbietende unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen bleiben. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist die Dauer eines Auftrags daher stets im Voraus zu beschränken, da es nicht im Belieben der Vergabebehörde stehen kann, das Vertragsverhältnis mit einem Auftragnehmer auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit

jede weitere Vergabe aus zuschliessen (VGr, 16. Juli 2008, VB.2008.00111, E. 8, mit weiteren Hinweisen). Vorliegend ist eine Vertragsdauer von vier Jahren mit der Option auf Verlängerung von zwei Mal einem Jahr vorgesehen. Diese Vertragsdauer erweist sich gerade noch als sachgerecht. Die Beschwerdegegnerin ist jedoch gehalten, nach der allfälligen Ausübung der Optionen erneut ein Vergabeverfahren durchzuführen.

E. 2.5

Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass die obligatorische Unfallversicherung von der Stempelabgabe befreit ist. Diese Frage wurde in der schriftlichen Fragerunde ebenfalls gestellt und durch die Beschwerdegegnerin dahingehend beantwortet, dass keine Stempelabgabe geschuldet sei. Aufgrund der Beantwortung dieser Frage entsteht aus der irrtümlichen Aufführung der Stempelabgabe für keinen der Anbietenden ein Nachteil. Ein Abbruch des Vergabeverfahrens ist daher nicht gerecht fertigt.

E. 2.6

In Ziff. 21 der Ausschreibungsunterlagen wurde als zweiter Punkt folgende besondere Bedingung statuiert: " - jährlich flexible Anpassung der Prämien auf der Basis des jeweiligen Schadenrendements: Besondere Bedingung mit Vermerk, dass die Prämie nach Ablauf eines Versicherungsjahres bei gutem Schadenverlauf per nächstem Verfall nach unten korrigiert wird, das heisst erstmalig per 01.01.2017. Gewünscht sind konkrete Zahlenangaben." Zu dieser besonderen Bedingung gingen mehrere Fragen ein. Die Beschwerdegegnerin stellte daraufhin klar, dass die Prämie im Fall eines schlechten Schadenverlaufs ebenfalls angepasst werden könne. Damit wurde für alle Anbietenden klargestellt, dass risikogerechte Prämien im Sinn von Art. 92 Abs. 1 UVG erhoben werden können bzw. gesetzeskonforme Prämienanpassungen aufgrund des Schadenverlaufs sowohl nach oben als auch nach unten möglich sind. Damit erübrigen sich weitere Ausführungen zu den diesbezüglichen Beanstandungen der Beschwerdeführerin.

E. 2.6.1

Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, das Kriterium "flexibel" sei nicht bestimmbar und damit kein zulässiges Zuschlagskriterium. Mit dem Kriterium "jährlich flexible Anpassung der Prämien auf der Basis des jeweiligen Schadensrendements" hat die Beschwerdegegnerin zum Ausdruck gebracht, dass die Prämie nicht während der gesamten Vertragsdauer fixiert bleiben, sondern den konkreten Rahmenbedingungen angepasst werden sollen. Damit wird die Erhebung risikogerechter Prämien nicht verunmöglicht. Diese Vorgehensweise steht auch nicht in Widerspruch mit dem Modell der Erfahrungstarifizierung. Bei der Erfahrungstarifizierung wird mit mathematischen Modellen die individuelle Schadenserfahrung eines Kunden untersucht und diese der Gesamtbelastung aus allen UVG-Verträgen eines Versicherers (in derselben Risikoklasse) gegenübergestellt. Neben der Schadenerfahrung des gesamten Bestands wird somit auch die individuelle Schadenerfahrung berücksichtigt, indem aus dem Schadenverlauf in der Vergangenheit Rückschlüsse auf die Risikomerkmale des individuellen Risikos und damit auf dessen risikoadäquate Prämie gezogen werden.

E. 2.6.2

Im Zusammenhang mit der Erfahrungstarifizierung führt die Beschwerdeführerin zudem aus, dass eine Anpassung per 1. Januar 2017 nicht möglich sei. Gemäss Art. 92 Abs. 5 UVG könne der Versicherer aufgrund der Risikoerfahrung die Zuteilung bestimmter Betriebe zu den Klassen und Stufen des Prämientarifs jeweils auf den Beginn des Rechnungsjahrs

ändern. Solche Änderungen müssten den betroffenen Betrieben bis spätestens zwei Monate vor Ende des laufenden Rechnungsjahres mitgeteilt werden (Art. 113 Abs. 3 UVV). Eine Prämienanpassung müsste somit im Verlauf des Oktobers 2016 berechnet werden. In diesem Zeitpunkt könne aber noch gar nicht die Schadenserfahrung eines Jahres vorliegen. Zudem würden die meisten Versicherer eine Beobachtungszeit von drei Jahren kennen. Die jährliche Anpassung der Prämie sei daher nicht vereinbar mit der Beobachtungszeit der Erfahrungstarifizierung. Die risikogerechte Tarifizierung erfolgt auf der Basis der vom Antragsteller gemachten Angaben und der Angaben des Vorversicherers. Mit der Auskunftspflicht wird die vorher tragliche Informationsasymmetrie von vornherein reduziert, indem der Versicherer das Risiko von Anfang an besser einzuschätzen vermag. Ob diese Informationen auf den eigenen Erfahrungen des Versicherers oder der Auskunft des Vorversicherers gemäss Art. 103 UVV beruhen, erweist sich nicht als massgeblich. Bei einem Wechsel des Versicherers wird die Prämie für das erste Jahr auch alleine aufgrund der Angaben des Vorversicherers festgelegt.

E. 2.6.3

Schliesslich kann anhand eines konkreten Beispiels aufgezeigt werden, was für einen Einfluss der Schadenverlauf auf die Versicherungsprämie hat. Der künftige Schadenverlauf stellt jedoch selbstverständlich eine Unbekannte dar und kann nicht vorhergesehen werden.

E. 2.7

Die Beschwerdeführerin führt weiter aus, es sei nicht nachvollziehbar, was für Folgeaufträge sich im vorliegenden Fall ergeben könnten. Die Beschwerdegegnerin hält dazu fest, dass es sich um eine Standardbestimmung handle, die in sämtlichen Ausschreibungen enthalten sei. Im vorliegenden Fall bestehen keine Anhaltspunkte, dass unzulässigerweise Folgeaufträge vergeben werden. Aus dieser Bestimmung resultiert somit für die Anbietenden kein Nachteil.

E. 2.8

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass allfällige bereits erfolgte Verletzungen von Geschäftsgeheimnissen bzw. des Datenschutzes durch die Wiederholung des Verfahrens oder die Änderung der Ausschreibungsunterlagen nicht behoben werden können und die mit der Ausschreibung verbundenen Unklarheiten im Rahmen der Fragerunde unter Wahrung der Gleichbehandlung der Anbietenden beantwortet werden konnten. Die Beschwerde ist daher abzuweisen.

E. 3

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird damit gegenstandslos.

E. 4

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Entsprechend ihrem Unterliegen hat die Beschwerdeführerin keinen Anspruch auf Parteientschädigung (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Die Beschwerdegegnerin ersucht ebenfalls um Zusprechung einer Parteientschädigung. In der Regel entfällt jedoch die Entschädigungsberechtigung des Gemeinwesens, weil das Erheben und Beantworten von Rechtsmitteln zu den angestammten amtlichen Aufgaben gehört und die Behörden gegen über den Privaten meist über einen Wissensvorsprung verfügen (RB 2008 Nr. 18 E. 2.3.1; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich

, 3. A., Zürich etc. 2014, [Kommentar VRG], § 17 N. 51). Vorliegend besteht kein Anlass, von diesem Grundsatz abzuweichen. Dem Verfahren lagen keine ausserordentlich komplexen Sachverhalte oder schwierigen rechtlichen Fragen zugrunde, und der entstandene Aufwand ist nicht als ungewöhnlich gross zu bezeichnen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Der Beschwerdegegnerin ist deshalb keine Parteientschädigung zuzusprechen. Da im vorliegenden Fall nicht der Zuschlag, sondern die Ausschreibung angefochten wurde, rechtfertigt sich aufgrund des damit einhergehenden Streitinteresses der Beschwerdeführerin die Erhebung einer reduzierten Gerichtsgebühr in der Höhe von Fr. 10 ' 000.-.

E. 5

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. b 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.