

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00180 vom 4. August 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-08-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00180

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00180 du 4 août 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00180 del 4 agosto 2016

Regeste

Submission | Vergabe von medizinischen Gasen: Fehlende Bewilligung zur Führung einer Spitalapotheke. Grundsätzlich ist die Vergabebehörde an ihre in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien gebunden und führt das Fehlen der geforderten Nachweise zum Ausschluss vom Verfahren (E. 3.4 und 3.5). Da vorliegend lediglich ein Antrag zur Bewilligung für die Führung einer Spitalapotheke verlangt war, wozu bloss das allgemein zugängliche Formular ausgefüllt werden, jedoch kein Nachweis über die tatsächliche Erfüllung der Anforderungen beigebracht werden musste, erweist sich das Kriterium als untauglich für die Beurteilung der Eignung der Anbietenden. Beim fehlenden Antragsformular zum Betrieb einer Spitalapotheke handelt es sich damit nicht um einen Mangel, aufgrund dessen das Angebot der Mitbeteiligten auszuschliessen gewesen wäre (E. 3.5). Es ist sodann nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin, welche durch das Ausfüllen des Formulars lediglich einer Formalität nachgekommen ist, für die Erbringung der nachgefragten Leistungen besser geeignet sein sollte als die Mitbeteiligte und erweisen sich beide für die Erbringung der nachgefragten Leistungen als geeignet (E. 3.6). Obwohl der Angebotspreis der Mitbeteiligten massiv tiefer ausfiel, liegen keine Anhaltspunkte vor, dass diese die nachgefragten Dienstleistungen nicht erbringen bzw. den Auftrag nicht erfüllen könnte und durfte die Vergabebehörde die Musskriterien als erfüllt betrachten (E. 4.2). Im Übrigen sind die Anbietenden bei der Kalkulation ihrer Angebotspreise frei und es steht ihnen offen, nicht kostendeckend zu offerieren, sofern das Angebot den gestellten Anforderungen genügt (E. 4.3). Schliesslich widersprach die separate Vergabe der Lose 1 und 3 den Ausschreibungsunterlagen nicht und liegt kein Verstoss gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot vor (E. 5). Abweisung.

Erwägungen

E. 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2.1

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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.2

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die Mitbeteiligte habe zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht über eine Apothekenbewilligung (Spital) verfügt und deshalb das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt. Auf letzteres habe die Vergabebehörde unzulässigerweise nachträglich verzichtet. Weiter rügt sie das Angebot der Mitbeteiligten als unvollständig und macht aufgrund der separaten Vergabe von Los 1 und 3 eine Verletzung des Transparenzgebots geltend. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3.1

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche an die Anbietenden gestellt werden um zu gewährleisten, dass diese zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Galli et al., Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden und müssen sich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen. Es dürfen deshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden, die im Hinblick auf die nachgefragte Leistung erforderlich sind. Soweit die gestellten Anforderungen durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung grundsätzlich zulässig und sachgerecht, auch wenn damit eine gewisse Bevorzugung etablierter Unternehmungen einhergeht. Nicht zulässig ist es allerdings, den wirksamen Wettbewerb durch ungerechtfertigt strenge Eignungsanforderungen über Gebühr einzuschränken (VGr, 30. Juli 2015, VB.2015.00365, E. 4.1 mit Hinweisen). Innerhalb dieser Grenzen legt die Vergabebehörde die für die jeweilige Beschaffung erforderlichen Eignungskriterien im Hinblick auf deren Besonderheiten fest, bestimmt die zu erbringenden Nachweise und gibt diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt. Dabei steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift (Art. 16 Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

E. 3.2

Hinsichtlich der Eignungskriterien wird in der Ausschreibung auf das Pflichtenheft verwiesen. Gemäss Ziffer 3.1 des Pflichtenhefts hatten die Anbieter insgesamt sieben Eignungskriterien zu erfüllen und die dazu erforderlichen Nachweise zu erbringen. Bezüglich des streitbetreffenen Eignungskriteriums Nr. 7 wurde Folgendes verlangt: Nr. Eignungskriterium Geforderter Nachweis

E. 3.3

Im Rahmen der Gesprächsrunde vom 11. November 2015 forderte die Beschwerdegegnerin bei der Mitbeteiligten einen Nachweis, dass diese über eine gültige Bewilligung für die Abgabe von Arzneimitteln an das Universitätsspital als Endverbraucher ohne Apothekenbewilligung verfügt. Am 19. November 2015 erklärte die Mitbeteiligte schriftlich, unter der Voraussetzung, dass beim Universitätsspital ein Konsignationslager eingerichtet werde, könne der Standort in ihre Grosshandels-/Betriebsbewilligung aufgenommen werden. Die Produktfreigabe erfolge bereits am Herstellstandort und sei damit gewährleistet. Die Beschwerdegegnerin gelangte darauf zum Schluss, das strittige Eignungskriterium sei nicht sachgerecht, da es über das gesetzlich Erforderliche hinausgehe. Sie teilte dies den beiden Anbieterinnen am 3. Februar 2016 mit und erklärte, dass sie auf die Anwendung des Eignungskriteriums Nr. 7 zu verzichten beabsichtige. Gleichzeitig fragte sie die Anbieterinnen, ob diese auch "auf der Basis Hersteller- und Grosshandelsbewilligung beim Anbieter/keine Bewilligungen bei USZ" an ihren Angeboten festhalten würden. Nachdem lediglich die Mitbeteiligte, nicht aber die Beschwerdeführerin einem Verzicht auf das Eignungskriterium Nr. 7 zugestimmt hat (Schreiben vom 11. bzw. 26. Februar 2016), teilte ihnen die Beschwerdegegnerin am 7. März 2016 mit, sich für die Weiterführung des Vergabeverfahrens unter dessen Anwendung entschieden zu haben. In der Folge bejahte die Beschwerdegegnerin nach einer Prüfung der Eignungs- und Zuschlagskriterien die Eignung der Mitbeteiligten und schlug ihr aufgrund der besten Erfüllung der Zuschlagskriterien die Lose 1 und 3 zu. Dieses Vorgehen wird von der Beschwerdeführerin als unzulässig gerügt.

E. 3.4

Die Vergabebehörde ist an ihre in der Ausschreibung festgelegten Eignungskriterien gebunden (VGr, 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.5 mit Hinweisen, auch zum Folgenden). Möglich ist einzig die Konkretisierung bzw. Präzisierung der Anforderungen im Rahmen der Fragenbeantwortung vor dem Eingabetermin, sofern die Auskünfte allen Anbietenden gleichzeitig erteilt werden (§ 17 SubmV). Die Änderung eines Eignungskriteriums nach Eingang der Offerten ist hingegen ausgeschlossen. Wenn die Beschwerdegegnerin argumentiert, eine Änderung wäre mit Zustimmung der Beschwerdeführerin möglich gewesen, verkennt sie, dass Änderungen nach Ablauf der Eingabefrist im Rahmen von Verhandlungen lediglich bei Vergabeverfahren auf Bundesebene unter bestimmten Voraussetzungen zulässig sind (vgl. Art. 20 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB]; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 807). Dagegen gilt in kantonalen Verfahren ein absolutes Verhandlungsverbot (vgl. Art. 11 lit. c IVöB).

E. 3.5

Grundsätzlich führt das Vorliegen der geforderten Eignung und Nachweise zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 4a Abs. 1 lit. a, b und c IVöB). Eine Bewilligung für den Grosshandel mit Arzneimitteln, deren Erteilung in der Kompetenz des Bundes liegt, unterscheidet sich wesentlich von der kantonalen Bewilligung für die Abgabe von Arzneimitteln in Apotheken, Drogerien und anderen Detailhandelsgeschäften (Art. 28 Abs. 1 und Art. 30 Abs. 1 des Heilmittelgesetzes vom 15. Dezember 2000 [HMG]). Die klare Formulierung des Eignungskriteriums Nr. 7 liess damit – entgegen der Ansicht der Beschwerdegegnerin – keinen Spielraum für eine Auslegung nach dessen Sinn und Zweck. Gemäss Ausschreibung war allerdings lediglich verlangt, dass die Anbietenden zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe eine Apothekenbewilligung beantragt haben. Dies hat die

Beschwerdeführerin denn auch gemacht, indem sie beim Kanton das entsprechende Formular zum Betrieb einer Spitalapotheke einreichte. Aufgrund des Erfordernisses des Antrags, für dessen Erfüllung lediglich das allgemein zugängliche Formular ausgefüllt werden, jedoch kein Nachweis über die tatsächliche Erfüllung der Anforderungen beigebracht werden musste, erweist sich das Kriterium als untauglich für die Beurteilung der Eignung der Anbietenden. Beim fehlenden Antragsformular zum Betrieb einer Spitalapotheke handelt es sich daher nicht um einen Mangel, aufgrund dessen das Angebot der Mitbeteiligten auszuschliessen gewesen wäre.

E. 3.6

Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Beschwerdeführerin, welche durch das Ausfüllen des Formulars lediglich einer Formalität nachgekommen ist, für die Erbringung der nachgefragten Leistungen besser geeignet sein sollte als die Mitbeteiligte. Vom strittigen Kriterium abgesehen, welches nach dem Gesagten untauglich und damit nicht relevant ist, erfüllen beide Anbieterinnen sämtliche weiteren Eignungskriterien. Insbesondere ist auch nicht davon auszugehen, dass es der Mitbewerberin nicht (ebenfalls) möglich wäre, die Spitalapothekenbewilligung effektiv zu erhalten, sofern sich dies denn überhaupt als notwendig erweisen sollte. Sowohl die Beschwerdeführerin als bisherige Teillieferantin als auch die Mitbeteiligte sind demzufolge für die Erbringung der nachgefragten Leistungen geeignet. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich damit als nicht stichhaltig.

4. 4.1 Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, das Angebot der Mitbeteiligten erscheine im Vergleich zu ihrem eigenen Angebot als ungewöhnlich tief. Da allein der Preis der Gase bzw. des Trockeneises nur einen Bruchteil, die verlangten Dienstleistungen hingegen den Grossteil des Gesamtpreises ausmachen würden, schliesst die Beschwerdeführerin auf ein unzulässiges Teilangebot oder das Fehlen der verlangten Dienstleistungen im Angebot der Mitbeteiligten.

4.2 Teilangebote einzelner Lose und Teilangebote betreffend Teile einzelner Lose waren gemäss Ausschreibung ausdrücklich nicht erlaubt. Die Beschwerdeführerin weist auch zutreffend darauf hin, dass bezüglich Service für die einzelnen Lose je eigenständige Konzepte einzureichen waren. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin hat die Mitbeteiligte jedoch sowohl für Los 1 als auch für Los 3 sämtliche nachgefragten Dienstleistungen angeboten und eine vollständig ausgefüllte Offerte eingereicht. Obwohl der Angebotspreis der Mitbeteiligten massiv tiefer ausfiel, liegen keine Anhaltspunkte vor, dass diese die Dienstleistungen nicht erbringen bzw. den Auftrag nicht erfüllen könnte. Demzufolge liegt weder ein unzulässiges Teilangebot noch ein unvollständiges Angebot vor. Die Beschwerdegegnerin hat daher zu Recht – nachdem sie letzte Fragen abgeklärt hatte – die Musskriterien als erfüllt bewertet. Zur Einholung weiterer Erkundigungen um sich zu vergewissern, dass die Auftragsbedingungen erfüllt werden können, war sie aufgrund dieser Umstände nicht verpflichtet.

4.3 Ferner ist darauf hinzuweisen, dass die Anbietenden bei der Kalkulation ihrer Angebotspreise, insbesondere auch bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands frei sind (vgl. VGr, 15. Dezember 2010, VB.2010.00402, E. 2.2.2). Die Beschwerdegegnerin führt zudem zutreffend darauf aus, dass es den Anbietenden offensteht, nicht kostendeckend zu offerieren, sofern das Angebot den gestellten Anforderungen genügt. Die Anbietenden sind daher nicht verpflichtet, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen (VGr, 8. August 2012, VB.2012.00257, E. 3.5 mit Hinweisen). Da die Dienstleistungen vom Angebotspreis gedeckt sein mussten, hätte die Mitbeteiligte die Folgen einer allfälligen Fehlkalkulation des Aufwands selber zu tragen.

5. 5.1 Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, verstösst die

separate Vergabe der Lose 1 und 3 nicht gegen das Transparenzgebot im Sinn von Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB und erweist sich auch diese Rüge als unbegründet. 5.2 Gemäss den Angaben im Leistungsverzeichnis besteht die Ausschreibung aus vier Losen, wobei alle vier Lose anzubieten und Teilangebote zu einzelnen Losen nicht erlaubt waren. Die Beschwerdegegnerin behielt sich darin vor, die in Los 4 ausgeschriebenen Leistungen nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zu beziehen. Sie führte sodann aus, einen Gesamtzuschlag aller vier Lose an einen einzigen Anbieter zu präferieren, weshalb zwingend auch je ein Kombinationsangebot über alle vier Lose sowie über die Lose 1–3 anzubieten sei. 5.3 Die Beschwerdeführerin äussert sich zwar zutreffend dahingehend, dass die separate Vergabe der Lose 1 und 3 den Ausschreibungsunterlagen nicht widerspricht. Denn bezüglich allfälliger vom Zuschlag ausgenommener Leistungen hatte sich die Beschwerdegegnerin ausdrücklich vorbehalten, das Verfahren abzubrechen (Teilabbruch) und diese Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt zu vergeben. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin bezieht sich dieser Vorbehalt allerdings nicht lediglich auf Los 4, sondern auf "allfällige vom Zuschlag ausgenommene Leistungen". Damit gemeint ist gemäss Beantwortung der Anbieterfragen nicht das Absehen von einzelnen Leistungen innerhalb der Lose, sondern von einzelnen Losen als Gesamtes. Bezüglich Los 4 wurde der Vorbehalt, die darin ausgeschriebenen Leistungen nicht oder erst zu einem späteren Zeitpunkt zu beziehen, zusätzlich separat formuliert. Da dieses vom Kombinationsangebot über Los 1–3 ausgenommen, jedoch trotzdem zwingend einzureichen war, wurden mit dieser Formulierung sämtliche Optionen abgedeckt. 5.4 Indem neben den einzelnen Angeboten für die Lose 1, 2 und 3 ein Kombinationsangebot über alle drei Lose verlangt wurde, blieb die Möglichkeit einer separaten Beurteilung der einzelnen Lose sowie auch des Kombinationsangebots gewährleistet. Die Beschwerdeführerin hat denn auch zu Recht nicht geltend gemacht, eine separate Beurteilung der einzelnen Lose wäre aufgrund einer etwaigen Mischrechnung nicht möglich. Zudem wurde die Vergabe der Lose 1–3 von der Vergabebehörde nicht zugesichert, sondern lediglich als präferiert bezeichnet. Insgesamt steht daher die separate Vergabe der Lose 1–3 nicht im Widerspruch zum submissionsrechtlichen Transparenzgebot. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. 6. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht ihr von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen ist sie zu einer Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort teilweise nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat. Ebenso hat sie die Mitbeteiligte für deren Aufwendungen angemessen zu entschädigen.

E. 7

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [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.