

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00267 vom 14. Juli 2016

ZH Verwaltungsgericht, 2016-07-14, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00267

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00267 du 14 juillet 2016

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00267 del 14 luglio 2016

Regeste

Submission | Auch wenn der Zuschlag an mehrere Anbietende erfolgt, kann mit Beschwerde der Ausschluss der Konkurrenzfirma beantragt werden (E. 2). Es ist zulässig, im Fall der Übernahme eines Geschäftsteils während des laufenden Submissionsverfahrens die Erfahrung beider Firmen zu berücksichtigen (E. 3.4). Für die Beurteilung der Eignung darf die Vergabebehörde auch Erfahrungen aus einem eigenen früheren Auftragsverhältnis in die Bewertung einbeziehen (E. 3.5). Die Eignung der beteiligten Konkurrenzfirma wurde zu Recht bejaht (E. 3.9). 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 Verwaltungsrechtspflegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung des angefochtenen Zuschlagsentscheids, soweit als Anbieterin die Mitbeteiligte berücksichtigt wurde. Zur Begründung beruft sie sich auf § 4a Abs. 1 IVöB, welcher den Ausschluss von Anbietenden aus dem Submissionsverfahren regelt. Im Wesentlichen bestreitet die Beschwerdeführerin die Eignung der Mitbeteiligten zur Ausführung der ausgeschriebenen Arbeiten.

E. 2.3

In der vorliegenden Submission betreffend das Los 4 besteht die Besonderheit, dass im Zuschlagsentscheid drei Anbieterinnen als Standardlieferantinnen der infrage stehenden

Dienstleistungen festgelegt wurden. Dieses Vorgehen stimmt überein mit Ziff. 1.6 der Ausschreibung Allgemeiner Teil. Darin behielt sich die Beschwerdegegnerin ausdrücklich vor, mehr als eine Anbieterin pro Los zu wählen. Sofern mehr als einem Anbieter der Zuschlag erteilt wird, werden die konkreten Aufträge entweder direkt an eine der Firmen erteilt oder nach Durchführung eines "Minitender"-Verfahrens (Einladungsverfahren) unter den jeweiligen Zuschlagsempfängenden.

E. 2.4

Es trifft – wie Beschwerdegegnerin und Mitbeteiligte ausführen – zu, dass der Zuschlag auch an die Beschwerdeführerin erfolgt ist. Deren Betroffenheit und Legitimation sind damit jedenfalls nicht offensichtlich. Bei bloss drei Zuschlagsempfängerinnen liegt es jedoch auf der Hand, dass die Chancen der Beschwerdeführerin, in der Folge auch tatsächlich zum Zug zu kommen, bei einem Ausschluss der Mitbeteiligten relevant grösser wären. Die Beschwerdegegnerin macht jedenfalls nicht geltend und es erschiene auch nicht plausibel, dass bei einem Ausschluss der Mitbeteiligten sämtliche Aufträge nur an die Firma I AG gehen würden und damit ein Ausschluss der Mitbeteiligten für die Beschwerdeführerin irrelevant wäre. Es ist deshalb davon auszugehen, dass im Verfahren – wie es von der Beschwerdegegnerin durchgeführt wurde – auch eine mitberücksichtigte Anbieterin legitimiert ist, den Ausschluss einer ebenfalls berücksichtigten Konkurrentin auf dem Rechtsweg zu beantragen. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist deshalb zu bejahen und auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie 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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden. Bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien steht der Vergabebehörde ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Dies gilt insbesondere auch beim Entscheid darüber, ob sie eine Referenzarbeit als mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar erachtet (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 3.2

Gegenstand der vorliegenden Beschaffung (Los 4) sind gemäss Ausschreibungsunterlagen sogenannte Rollout-Dienstleistungen, worunter die Vergabestelle die Leistungen ab erstmaliger Übergabe der Geräte durch die Hardwarelieferanten an den Rolloutpartner bis zur erstmaligen Übergabe zur Nutzung an den Endkunden versteht. Darunter fallen insbesondere Staging-Arbeiten sowie die Rücknahme von Geräten. Als Eignungskriterium nannten die Ausschreibungsunterlagen unter anderem den Nachweis bezüglich Erfahrung der Anbieterin und allfälliger Subunternehmer mit offerierten Dienstleistungen in vergleichbarer Grössenordnung in den letzten drei Jahren. Ebenfalls war der Nachweis einer ausreichenden Kapazität für eine sach- und zeitgerechte Ausführung der Leistungen zu erbringen (Allgemeiner Teil der Ausschreibungsunterlagen S. 14, Ziffer 5.1.3). Dazu

waren Referenzen anzugeben.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin hat sich mit der Eignung der Mitbeteiligten ausführlich auseinandergesetzt. Die Sachlage ist vorliegend insoweit eine besondere, als das Angebot von der Firma G AG eingereicht worden war, der publizierte Zuschlag indes an die Mitbeteiligte erging. Dies erklärt sich indessen dadurch, dass die Mitbeteiligte per 1. Januar 2016 von der G AG deren Geschäftsteil Spezialtransporte (Hightech-Logistik) erworben hat. Bereits in ihrem Angebot hatte die G AG diesen Vorgang transparent dargelegt. Sodann war der Anforderungskatalog – mit Ausnahme der Fragen zu den Zuschlagskriterien – zusätzlich bereits durch die Mitbeteiligte ausgefüllt worden. Vor diesem Hintergrund war für die Vergabestelle transparent, dass die Offerte zwar noch von der Firma G AG eingereicht, der Auftrag im Fall eines Zuschlags jedoch durch die Mitbeteiligte ausgeführt würde. Es sind insoweit keine Gründe für ein unzulässiges Vorgehen ersichtlich.

E. 3.4

Bei der gegebenen Sachlage war es auch zulässig, dass die Vergabestelle die Eignung der Mitbeteiligten unter massgeblicher Berücksichtigung der Erfahrung der G AG beurteilte, welche diese im übernommenen Bereich gesammelt hatte. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde die Referenzen der G AG berücksichtigt hat. Auch dass die Beschwerdegegnerin das Angebot unter dem Aspekt der Zertifizierungen zugelassen hat, ist nicht zu beanstanden. Ähnlich wie bei Bietergemeinschaften (vgl. dazu Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, S. 783 ff.) war es auch hier möglich, die Erfahrungen beider Firmen im fraglichen Geschäftsbereich in die Beurteilung der Eignung einfließen zu lassen.

E. 3.5

Die Beschwerdeführerin bezeichnet die Firma G AG als inkompetent und verweist dazu auf einen Auftrag, den G AG nach Ansicht des damaligen Auftraggebers nicht habe erfüllen können. Dem steht allerdings gegenüber, dass die G AG im Projekt des IT-Programms "M" bereits für die Stadt Zürich im Rollout-Bereich tätig ist. Gestützt auf die dabei gemachten Erfahrungen erscheint es als zulässig, wenn die Beschwerdegegnerin das Angebot grundsätzlich als geeignet betrachtet hat; nach der Rechtsprechung dürfen auch Erfahrungen aus einem eigenen früheren Auftragsverhältnis in die Bewertung mitberücksichtigt werden (VGr, 10. Dezember 2015, VB.2015.00513, E. 5.2 mit Hinweisen). Auch wenn die Tätigkeit der G AG nicht dieselbe Grösse hatte wie der nun ausgeschriebene Auftrag, so kann doch ebenfalls von einem Grossauftrag ausgegangen werden: Im Rahmen von "M" verfügt die Stadt Zürich derzeit über 8300 Computer. Jedenfalls erscheint es als vertretbar, wenn die Beschwerdegegnerin vom Vorliegen einer genügenden Referenztätigkeit ausgeht (vgl. dazu auch weitere neun Referenzangaben in der Offerte für Rollout-Dienstleistungen in den Jahren 2013 bis "laufend", wovon zwei mit substantiierten Angaben im Dokument "Referenzen Los 4"). Hinzu kommt schliesslich, dass die G AG bereits in ihrer Offerte auf die bei der Mitbeteiligten schon vor der Übernahme des Geschäftsbereichs vorhandene Erfahrung mit Rollouts hingewiesen hat.

E. 3.6

Sodann erscheint es unter Berücksichtigung des der Vergabebehörde zukommenden Ermessens (vgl. vorn E. 3.1) als zulässig, wenn die Beschwerdegegnerin aufgrund der

Angaben in der Offerte davon ausgeht, die Mitbeteiligte verfüge nach der Übernahme des Geschäftsteils der G AG über ausreichenden Kapazität für eine sach- und zeitgerechte Ausführung der Leistungen (vgl. auch VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.000164, E. 3.3; 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.5.3, mit Hinweisen). Dazu bleibt ferner anzumerken, dass für eine Vergabebehörde grundsätzlich keine Pflicht besteht, die Richtigkeit von Referenzangaben zu überprüfen, noch sich bei den Referenzgebenden nach der Leistung zu erkundigen (VGr, 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.5.3). Die Beschwerdeführerin hält es denn auch selbst für möglich, dass die Mitbeteiligte heute über eine Stagingkapazität von 500 Geräten pro Woche verfügt.

E. 3.7

Dass die Mitbeteiligte bezüglich IT-Security-Vorgaben noch ein Audit für kleinere Anpassungen für erforderlich hielt, bedeutet im Übrigen noch keine fehlende Eignung. Dafür dass G AG im Angebot Fragen falsch beantwortet hätte, bestehen sodann keine Anhaltspunkte. Mit der Replik macht die Beschwerdeführerin unter Verweis auf die Medienmitteilung der G AG vom 1. Januar 2016, wonach deren Kernkompetenzen im Umzug und in der Aktenlagerung lägen, substanziiert eine Falschangabe im Angebot geltend. Aus dieser Medienmitteilung lässt sich jedoch deshalb nichts gegen die Fragenbeantwortung ableiten, weil die G AG den hier interessierenden Bereich auf diesen Zeitpunkt eben verkauft hatte. Es besteht folglich kein Widerspruch zwischen dieser Medienmitteilung und der Angabe der G AG in der Offerte, als sie die ausgeschriebenen Leistungen als zu ihrem Kerngeschäft gehörend bezeichnet hatte.

E. 3.8

Gänzlich unsubstanziert bleibt demgegenüber die Behauptung der Beschwerdeführerin, die massgebenden Entscheidungsträger bei der Vergabebehörde hätten die G AG bzw. neu die Mitbeteiligte aus persönlichen Gründen für die ausgeschriebene Leistung berücksichtigt. Auf eine in solch pauschaler Art vorgetragene Rüge ist nicht näher einzugehen.

E. 3.9

Zusammenfassend erweist es sich als rechtmässig, wenn die Beschwerdegegnerin die Eignung der Mitbeteiligten aufgrund der Angaben in der Offerte und aufgrund ihrer eigenen Erfahrungen mit der G AG bejaht hat. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte für eine sachfremde Evaluation. Auf die Anordnung eines Gutachtens zur Frage der Eignung und auf die Abnahme weiterer Beweise, wie dies die Beschwerdeführerin beantragt, kann verzichtet werden.

E. 4

Mit der Beschwerde hatte die Beschwerdeführerin sodann angenommen, das Angebot der G AG sei als ungewöhnlich niedrig vom Verfahren auszuschliessen. Nachdem mit der Replik dazu keine näheren Ausführungen erfolgten, erweist sich die Rüge als unsubstanziert. Im Übrigen sind keine Anhaltspunkte für eine unzulässige Preisgestaltung ersichtlich.

E. 5

Am Rand äussert sich die Beschwerdeführerin auch zur Bewertung der Angebote durch die Beschwerdegegnerin. Sie bezeichnet es insbesondere als unklar, wie die Bewertung genau erfolgt sei. Nachdem auch die Beschwerdeführerin den Zuschlag für ihr Angebot erhalten hat, könnte sie aus einem besseren Resultat nichts für sich ableiten. Denn die

Beschwerdegegnerin hat nicht festgelegt, an welche der drei Firmen, die den Zuschlag erhalten haben, die einzelnen Aufträge vergeben werden. Damit können die Anbieterinnen für die Vergabe der einzelnen Aufträge keine Rechtsansprüche aus der bisherigen Punktevergabe ableiten. Auf die Frage der Bewertung der Angebote ist deshalb nicht weiter einzugehen.

E. 6

Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Mit dem Entscheid in der Sache wird das Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Sodann erübrigt es sich, die mit der Beschwerdeantwort durch die Mitbeteiligte gestellten Akteneinsichtsbegehren zu behandeln.

E. 7.1

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG).

E. 7.2

Da die Beschwerdeführerin unterliegt, steht ihr von vornherein keine Parteientschädigung zu. Dasselbe gilt für die Beschwerdegegnerin, die mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen lediglich ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist; damit fehlt es an einem besonderen Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG. Nach dieser Bestimmung hat die Beschwerdegegnerin jedoch der Mitbeteiligten eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen; diese Entschädigung ist allerdings ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen, da bezüglich der Mitbeteiligten ein Recht auf Vorsteuerabzug anzunehmen ist (vgl. VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 10.2).

E. 8

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.