

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00226 vom 1. Juni 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-06-01, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2017.00226

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00226 du 1 juin 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2017.00226 del 1 giugno 2017

Regeste

Submission | Ersatzbeschaffung Software: Ausschluss aufgrund fehlender Eignung; Auslegung des Kriteriums; technische Erfüllbarkeit. Die Auslegung des Eignungskriteriums durch die Vergabebehörde, wonach CT-Studien mit mind. 1000 Bildern innerhalb von 3 Sekunden unabhängig von der Archivierungsart verfügbar sein müssen, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und lag innerhalb des ihr zustehenden Ermessensspielraums (E. 3). In diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz von mehreren möglichen Auslegungen nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken hat (E. 3.4.3). Selbst wenn das Kriterium technisch nicht erfüllbar wäre, zwingt dies die Vergabebehörde nicht, eine andere, grosszügigere Auslegung zu treffen: Würde keines der Angebote die in der Ausschreibung Anforderungen erfüllen (können), so wäre das Verfahren vielmehr abzubrechen und mit modifiziertem Kriterium neu auszuschreiben. Dies wird indessen von der Beschwerdeführerin nicht beantragt; sie verlangt vielmehr, dass die Sache zur Neubewertung der bereits vorhandenen Angebote und zum neuen Zuschlag zurückgewiesen wird (E. 4.2). Zwar sicherte die Beschwerdeführerin zu, dass ihr Angebot das Kriterium erfülle. Indes legte die Vergabebehörde gestützt auf die detailliert angegebenen Werten im Performance-Konzept zutreffend dar, dass diese sehr deutlich über den gestellten Anforderungen liegen. Daher durfte sie die Eignung der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung verneinen (E. 5.1). 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 des Kantons Zürich 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin richtet sich mit ihrem Rechtsmittel gegen den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren und beantragt dessen Wiederholung unter Einbezug ihres Angebots. Würde das Angebot der Beschwerdeführerin in die Bewertung einbezogen, so lässt sich jedenfalls nicht sagen, sie hätte keine Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist grundsätzlich zu bejahen.

E. 3

Es ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde das Angebot der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung vom Verfahren ausschliessen durfte.

E. 3.1

Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist insbesondere bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien der Fall (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG). 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 (vgl. auch VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 456 f.).

E. 3.2

Die Vergabebehörde legt 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. Bei deren Festlegung steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift. Dieser grosse Beurteilungsspielraum darf die Beschwerdeinstanz – der eine Sachverhalts- und Rechtskontrolle zusteht – auch nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen (Art. 16 Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; BGE 141 II 14 E. 7.1, mit Hinweisen; 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. 3.3

Im Pflichtenheft der Ausschreibungsunterlagen hat der Beschwerdegegner unter Ziff. 7.2 (Eignungskriterien) als zweite Voraussetzung für die Eignung (EK02, "Aufruf Bilder bei Referenzen von EK02") festgehalten: "Der Anbieter garantiert, dass bei einem der oben genannten (EK01) Spitälern/Instituten eine Referenzinstallation besteht, bei welchem die Studien innerhalb von 3 Sekunden (ohne Prefetching), unabhängig von der Archivierungsart (Online, Langzeit etc.) auf dem Client verfügbar und bearbeitbar sind.

Referenzwert: Art der Studie = CT Studie mit mind. 1000 Bildern"

E. 3.4

Nach Auffassung des Beschwerdegegners erfüllt das Angebot der Beschwerdeführerin diese Anforderung nicht. Die Beschwerdeführerin macht mit der Replik zwar geltend, der angegebene Referenzwert sei im Sinn, wie er vom Beschwerdegegner verstanden werde, technisch nicht erfüllbar; sie hält indes an ihrem Standpunkt gemäss Beschwerdebegründung fest, wonach sie das (richtig ausgelegte) Eignungskriterium EK02 erfüllt habe.

E. 3.4.1

Der Beschwerdegegner legt das EK02 dahingehend aus, dass CT Studien mit mindestens 1'000 Bildern innerhalb von drei Sekunden ohne Prefetching auf dem Client verfügbar und bearbeitbar sind, und zwar unabhängig von der Archivierungsart. Dabei bedeute Verfügbarkeit und Bearbeitbarkeit, dass die Bilder innert dieser Zeit vollständig vorhanden seien. Diese Auslegung entspricht dem im Pflichtenheft zum EK02 Aufgeführten.

E. 3.4.2

Die Beschwerdeführerin will demgegenüber eine andere Auslegung aus den zusätzlichen Angaben gemäss Ziffer 6.2 im Anhang 7 (Service Level Agreement [SLA] PACS-System) zum Pflichtenheft ableiten. Indessen hat der Beschwerdegegner an eben dieser Stelle der Ausschreibungsunterlagen nicht danach unterschieden, wann ein erstes Bild und wann alle Bilder verfügbar sein müssen. Vielmehr legte er fest, dass die Bilder in Studien und Serien innerhalb von drei Sekunden verfügbar sein müssen. Darüber hinaus legte er für komplette Studien und Serien eine komplette Ladungszeit von maximal 30 Sekunden fest. Aus diesen Anforderungen ist mithin nicht der Schluss zu ziehen, dass sich die Zeit von drei Sekunden gemäss dem EK02 nur auf das Erscheinen des ersten Bildes beziehe, wovon die Beschwerdeführerin in ihrem Angebot offenbar ausgegangen war. Dass sich die Anforderung im EK02 allgemein auf das Vorhandensein der Bilder bezieht, zeigt denn auch bereits sein Randtitel offenkundig; er erwähnt explizit den "Aufruf Bilder".

E. 3.4.3

In diesem Zusammenhang ist schliesslich daran zu erinnern, dass der Vergabebehörde bei der Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum verfügt (vgl. vorn E. 3.2). Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1; Galli et al., Rz. 557 ff., 564 ff.; VGr, 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 3.2). Die Auslegung der Ausschreibungsunterlagen durch den Beschwerdegegner liegt nach dem Gesagten innerhalb des rechtlich Zulässigen.

E. 4

Die Beschwerdeführerin macht mit der Replik betreffend das EK02 geltend, es sei nicht möglich, den verlangten Referenzwert, wie ihn der Beschwerdegegner verstanden haben will, zu erfüllen.

E. 4.1

Nach der Rechtsprechung darf die Begründung mit der Replik nur insoweit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort oder deren Beilagen dazu Anlass geben (Galli et al., Rz. 1287,

S. 636; Marco Donatsch, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 52 N. 34). Da die Auslegung von EK02 durch den Beschwerdegegner ohne Weiteres nachvollziehbar ist, erscheint es als fraglich, ob die Rüge in der Replik noch zuzulassen ist. Die Frage kann jedoch offengelassen werden, da die Rüge – wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen – bereits aus einem anderen Grund unbehelflich ist.

E. 4.2

Selbst wenn das Kriterium EK02 technisch nicht (oder allenfalls nur knapp) erfüllbar wäre, zwingt dies die Vergabebehörde nicht, eine andere, grosszügigere Auslegung zu treffen: Würde vorliegend – wie die Beschwerdeführerin sinngemäss geltend macht – keines der Angebote die in der Ausschreibung und in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllen (können), so wäre das Verfahren vielmehr abzubrechen und mit erfüllbaren Anforderungen neu auszuschreiben (vgl. § 37 Abs. 1 lit. a der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]; vgl. auch VGr, 19. August 2015, VB.2015.00058, E. 8). Indessen beantragt die Beschwerdeführerin keinen Abbruch des Verfahrens: Ihre Rechtsbegehren enthalten keinen Antrag auf eine Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens bzw. Neuausschreibung mit modifizierten Eignungskriterium; unter Ziff. 4 zur Hauptsache wird vielmehr beantragt, die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen zur Wiederholung des Vergabeverfahrens, "unter Einbezug des Angebotes der Beschwerdeführerin". Damit wird klarerweise lediglich angestrebt, dass die Sache zur Neubewertung der bereits vorhandenen Angebote und zum neuen Zuschlag zurückgewiesen wird.

E. 4.3

Vor diesem Hintergrund, wo keine Wiederholung des gesamten Verfahrens beantragt wird, ist auch der mit der Replik erhobene sinngemässen Rüge der Beschwerdeführerin, die Mitbeteiligte und die übrigen Anbietenden seien ebenfalls vom Verfahren auszuschliessen, nicht weiter nachzugehen. Würde kein gültiges Angebot vorliegen, so bestände kein Anlass für die beantragte Wiederholung des Verfahrens unter Einbezug der bestehenden Angebote. Es braucht deshalb nicht geklärt zu werden, inwieweit das Angebot der Mitbeteiligten bzw. die Angebote anderer Anbietender das EK02 erfüllen. Folglich ist den diesbezüglichen Begehren der Beschwerdeführerin betreffend Akteneinsicht bzw. Einholung einer technischen Expertise nicht stattzugeben.

E. 5

Zu prüfen ist hingegen, ob die Vergabebehörde zu Recht annehmen durfte, das Angebot der Beschwerdeführerin erfülle die Vorgaben des EK02 nicht.

E. 5.1

Zwar sicherte die Beschwerdeführerin im Rahmen der gestellten Fragen zu, dass ihr Angebot das EK02 erfülle. Indes legte der Beschwerdegegner zutreffend dar, dass die Beschwerdeführerin im Performance-Konzept ergänzend lediglich für das erste Bild den Wert von maximal drei Sekunden zusicherte, jedoch für eine vollständige mittlere CT-Studie (650 Bilder) einen Wert von maximal ... Sekunden und für eine vollständige grosse CT-Studie (2'000 Bilder) einen Wert von maximal ... Sekunden angegeben hat. Es ist nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner die Eignung der Beschwerdeführerin nach diesen detailliert angegebenen Werten im Performance-Konzept beurteilt hat. Die Beschwerdeführerin zeigt nicht auf, dass ihr Angebot die Vorgaben des EK02 entgegen der

konkret dargelegten Angaben im Performance-Konzept erfüllen würde. Da diese von der Beschwerdeführerin angegebenen Werte sehr deutlich über den Anforderungen des EK02 liegen, durfte der Beschwerdegegner die Eignung der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung verneinen. Der Ausschlussgrund von § 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG ist erfüllt.

E. 5.2

Dabei bleibt es auch unerheblich, wenn für den Beschwerdegegner ein Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin – wie diese insinuiert – nicht von Anfang an feststanden hat. Allein darin kann noch keine Verletzung des Transparenz- oder des Fairnessgebots erblickt werden. Auf eine Befragung der angebotenen Zeugen ist daher zu verzichten, zumal eine vorläufige Prüfung durchaus dazu führen konnte, die Eignung der Beschwerdeführerin zu bejahen: Wie gesehen, hatte sie die Einhaltung des EK02 zunächst garantiert – erst die konkreten Angaben im Performance-Konzept führten zu einer anderen Beurteilung.

E. 6

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde die Eignung der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung verneinen durfte. Es besteht daher kein Anlass für die beantragte Aufhebung von Ausschlussverfügung und Zuschlagsentscheid bzw. für eine Wiederholung des Verfahrens unter Einbezug des von der Beschwerdeführerin eingereichten Angebots. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 7

Mit dem vorliegenden Entscheid in der Sache wird das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 8

Entsprechend dem Verfahrensausgang wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin angesichts ihres Unterliegens nicht zu (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Dem Beschwerdegegner ist mit der Erstattung der Beschwerdeantwort weitgehend nur seiner Pflicht zur Begründung des Vergabeentscheids nachgekommen. Zusätzliche besondere Aufwendungen sind ihm im vorliegenden Beschwerdeverfahren nicht entstanden, weshalb ein Anspruch auf Parteientschädigung zu verneinen ist.

E. 9

Da der Wert des zu vergebenden Lieferauftrags im Umfang von Fr. 2'893'200.- den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. a 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]), ist gegen diesen Entscheid 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; andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.