

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00109 vom 23. Mai 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00109

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00109 du 23 mai 2019

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00109 del 23 maggio 2019

Regeste

Submission | Kooperierende Unternehmen als Anbietende; Auslegung der Eignungskriterien. Die Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen, wonach bei einem neu gegründeten Unternehmen die Eignungskriterien auf die jeweiligen Anteilseigner angewendet werden, kann bedeuten, dass sämtliche Eignungskriterien durch die Anteilseigner erfüllt werden müssen oder dass jeder Anteilseigner sämtliche Eignungskriterien erfüllen muss. Sinn und Zweck der Anforderung spricht für die erste Auslegungsvariante (E. 3.3). Die Vergabebehörde hat im Rahmen der Beantwortung einer Frage eine zulässige Präzisierung der Anforderung vorgenommen. Das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs spricht zusätzlich gegen eine restriktive Auslegung (E. 3.5). Die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit erfolgt mit Blick auf die zu erbringende Beschaffung zukunftsgerichtet (E. 3.6). Das durchgeführte Anbietergespräch mit den Mitbeteiligten entspricht dem in § 30 SubmV vorgesehenen Zweck (E. 3.7). Die Festlegung einer ungewöhnlich geringen Preisspanne gibt dem Preiskriterium eine Bedeutung, die im Widerspruch steht zur relativ geringen Gewichtung des Preiskriteriums (E. 4.1.1). Es ist eine korrigierte Preisspanne von 30 % anzuwenden (E. 4.1.3). Die Rügen sind teilweise begründet (E. 4.2). Zu einer Rangverschiebung führen sie indes nicht (E. 5). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

D AG,

E. 2

Firma E, beide vertreten durch RA F, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Flughafen Zürich AG eröffnete mit Ausschreibung vom 12. Oktober 2018 ein offenes Submissionsverfahren betreffend die Beschaffung von Assistenzleistungen an behinderten Flugpassagieren und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität (PRM) für die Jahre 2020 bis 2024. Gemäss Offertöffnungsprotokoll gingen innert Frist zwei Angebote ein mit bereinigten Offertsummen von Fr. 30'243'395.- für das Angebot der A AG und Fr. 24'410'337.- für das Angebot G. Am 4. Februar 2019 erteilte die Flughafen Zürich AG den Zuschlag an die G AG. Im Rahmen der Bewertung ging sie für den Zeitraum von fünf Jahren von einem Angebot der G AG im Umfang von Fr. 61'114'341.- aus. II. Gegen den Zuschlag gelangte die A AG am 14. Februar 2019 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht (Eingang 18. Februar 2019) und beantragte, den Zuschlag aufzuheben und die Zuschlagsempfängerin vom Submissionsverfahren auszuschliessen. Der Zuschlag sei der A AG zu erteilen, eventualiter sei das Verfahren an die Vergabestelle

zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Sodann verlangte sie eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer zulasten der Vergabestelle sowie eventuell der Zuschlagsempfängerin. In prozessualer Hinsicht beantragte die A AG, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und ihr Akteneinsicht zu gewähren. Am 15. Februar 2019 reichte die A AG ein korrigiertes Exemplar der Beschwerde nach. Mit Präsidialverfügung vom 18. Februar 2019 wurde der Flughafen Zürich AG der Vertragsschluss einstweilen untersagt. Deren Beschwerdeantwort erfolgte am 1. März 2019. Sie beantragte, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen sowie eine Parteientschädigung. Ebenfalls am 1. März 2019 ersuchten die D AG und die Firma E als aktuelle Zuschlagsempfängerinnen um Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden könne, sowie um Abweisung des Gesuchs um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der A AG. Bereits am 28. Februar 2019 hatte die im Ausland domizilierte E ihre Zustelladresse in der Schweiz mitgeteilt. Mit Replik vom 26. März 2019 hielt die A AG an den gestellten Anträgen fest. Die Dupliktschriften der Flughafen Zürich AG und der Mitbeteiligten erfolgten mit ebenfalls unveränderten Rechtsbegehren am 15. April 2019. Dazu äusserte sich die A AG am 9. Mai 2019. Die Kammer erwägt: 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 zweitplatzierte Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte 1 erfülle das Eignungskriterium der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nicht. Zudem habe die Vergabebehörde das betreffende Eignungskriterium auf Anfrage der Mitbeteiligten 1 zu deren Gunsten abgeändert, worin eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots liege. Zumindest im Zeitpunkt der Offertstellung sei die Eignung nicht gegeben gewesen. Des Weiteren beanstandet die Beschwerdeführerin die Bewertung der Angebote, sowohl betreffend Preis als auch der Qualität; nach ihrer Auffassung wäre ihr Angebot besser zu bewerten als dasjenige der Mitbeteiligten. Würde die Beschwerdeführerin 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

Gegenstand der streitbetroffenen Vergabe ist die Erbringung von Assistenzleistungen an behinderten Flugpassagieren und Flugreisenden mit eingeschränkter Mobilität für die Jahre 2020 bis 2024. In den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung heisst es unter dem Titel "2.4 Eignungskriterien und -nachweise": " 1. ... 2.... 3....

E. 3.2

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.

E. 3.2.1

Eignungskriterien sind im Normalfall Ausschlusskriterien, die entweder erfüllt oder nicht erfüllt sind. Das Vorliegen der geforderten Eignung und Nachweise führt zur Zulassung, deren Fehlen zum Ausschluss vom Verfahren (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB-BeitrittsG). Bei der Beurteilung von Mängeln 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, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., Rz. 456 f.). Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; VGr, 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 3.7.1; Galli et al., Rz. 444 f.).

E. 3.2.2

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen (Art. 16 Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; BGE 141 II 14 E. 7.1; VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 4.2 je mit weiteren Hinweisen). 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). Den Vergabebehörden kommt auch bei Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (VGr, 21. September 2012, VB.2012.00243, E. 3.2; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.1; Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 2 VRG; Galli et al., Rz. 564).

E. 3.3

Die Formulierung des strittigen letzten Absatzes in Kapitel 2.4 der Angebotsbestimmungen ist nicht eindeutig. Der Absatz kann einerseits bedeuten, dass sämtliche Eignungskriterien durch die Anteilseigner erfüllt werden müssen oder er kann andererseits bedeuten, dass jeder Anteilseigner sämtliche Eignungskriterien erfüllen muss. Der Wortlaut dürfte mehr für die zweite Variante sprechen. Sinn und Zweck der Anforderung spricht hingegen für die erste Auslegungsvariante: Anders als bei bestehenden Anbietern und Bietergemeinschaften braucht die Vergabebehörde bei einer Firmenneugründung die Gewähr, dass die neue Firma wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit garantiert. Dabei liegt es auf der Hand, dass das Zusammengehen zweier Unternehmen im Sinn eines Joint Venture oder im Sinn einer eigentlichen Übernahme gerade die Leistungsfähigkeit auch in finanzieller Hinsicht gewährleisten oder steigern soll.

E. 3.4

Namentlich für den Fall, dass eine Formulierung in den Ausschreibungsbedingungen unklar ist, sieht die Gerichtspraxis ein Fragerecht bzw. eine Fragepflicht vor (vgl. Galli et al., Rz. 387 ff.). Dies hat die zürcherische Submissionsverordnung institutionalisiert und dahingehend geregelt, dass die Vergabestelle innert kurzer Frist Anfragen zu den Ausschreibungsunterlagen beantwortet, soweit die Zusatzinformation nicht unzulässige Vorteile im weiteren Verfahren gewährt (§ 17 Abs. 1 SubmV). Wichtige Auskünfte an einzelne Anbietende müssen gleichzeitig auch allen anderen mitgeteilt werden (Abs. 2).

E. 3.5

Angesichts der mehrdeutigen Formulierung des strittigen Absatzes war die Frage zur Bedeutung der Bestimmung angebracht. Ebenso hat die Vergabebehörde mit der Beantwortung der Frage eine zulässige Präzisierung der Anforderung vorgenommen und damit kommuniziert, dass eine Erfüllung der Eignungskriterien nicht durch alle Anteilseigner verlangt wird. Vor diesem Hintergrund liegt in der präzisierenden Beantwortung der gestellten Frage keine unzulässige Abänderung der Angebotsbestimmungen, sondern vielmehr eine zulässige Präzisierung. Bei der Absteckung des rechtlich Zulässigen im Rahmen der Auslegung ist auch zu beachten, dass die Submissionsbestimmungen insbesondere den wirksamen Wettbewerb fördern sollen (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; vgl. auch Galli et al., Rz. 16 zur bundesrechtlichen Zweckbestimmung). Vorliegend sind in einem offenen Verfahren lediglich zwei Angebote eingegangen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist deswegen schon sehr stark eingeschränkt. Würde eine der beiden Offerten ausgeschlossen, so bliebe gerade noch eine Anbieterin übrig. Dies spricht zusätzlich gegen eine restriktive Auslegung und Handhabung der Eignungskriterien (vgl. zur Handhabung von Ausschlussbestimmungen: VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 7.2.3; 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 4.3.2). Unter diesen Umständen ist das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher zu gewichten als das Interesse an einer restriktiven Auslegung und Handhabung der Eignungskriterien. Zusammengefasst erweist es sich als zulässig, dass die Beschwerdegegnerin das Eignungskriterium "wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit" in besagtem Sinn ausgelegt bzw. präzisiert hat.

E. 3.6

Im Übrigen würde die Auslegung ohnehin nicht die allein entscheidende Rolle spielen. Denn die Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit erfolgt naturgemäss mit Blick auf die zu erbringende Beschaffung zukunftsgerichtet. Vorliegend

wurde die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten mit Blick auf ihr geplantes Zusammengehen zur Erbringung der Dienstleistung geprüft. Die Vergabebehörde hat ihr Ermessen nicht überschritten, wenn sie das strittige Eignungskriterium durch die Mitbeteiligte 1 als erfüllt betrachtet hat. Mit der Aufstellung von Eignungskriterien soll geprüft werden, ob die erforderliche Leistung erbracht werden kann (vgl. VGr, 7. April 2016, VB.2015.00715, E. 3.5.3 mit Hinweisen). Schliesslich ist auch festzuhalten, dass die Mitbeteiligte 1 einen aktuellen Betreuungsauszug eingereicht hat, aus dem sich keine Hinweise auf eine Beeinträchtigung der Zahlungsfähigkeit ergeben. Ferner liegen ein Schreiben der Bank und die erforderlichen Geschäftsberichte bei den Akten. Zudem fällt ins Gewicht, dass der Mitbeteiligten 1 – wie dies die Beschwerdegegnerin anführt – per 1. Dezember 2018 die Abfertigungsberechtigung am Flughafen neu erteilt wurde; diese Berechtigung verlangt, dass die wirtschaftliche Leistungsberechtigung gewährleistet werden kann.

E. 3.7

Im Zusammenhang mit der Eignungsprüfung bezüglich der Mitbeteiligten 1 rügt die Beschwerdeführerin sodann als unzulässig und rechtsungleich, dass den Mitbeteiligten Gelegenheit gegeben wurde, das Angebot zu erläutern.

E. 3.7.1

Auch die Erläuterung ist im Submissionsverfahren geregelt. Gemäss § 30 Abs. 1 SubmV kann die Vergabestelle von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre Eignung und ihr Angebot näher erläutern. Sie hält mündliche Erläuterungen schriftlich fest (Abs. 2).

E. 3.7.2

Gemäss Gesprächsnotiz (1 A4-Seite) haben sich Vertreter der Vergabebehörde und der beiden Mitbeteiligten am 10. Januar 2019 am Flughafen Zürich zu einem anderthalbstündigen "Anbietersgespräch" getroffen. Dabei erläuterten die Mitbeteiligten betreffend die Finanzierung der G AG unter anderem das vorgesehene Aktienkapital und ihre Aktionärsanteile. Die Mitbeteiligte 2 erklärte ihre Bereitschaft, bei entsprechender Notwendigkeit für gewisse Verpflichtungen der Mitbeteiligten 1 zu bürgen. Die Beschwerdegegnerin wies ferner darauf hin, dass bei zu niedrigen Annahmen bezüglich der Betriebsmittel notwendige Ergänzungen zu beschaffen seien. Zudem erklärten die Mitbeteiligten, eine Liquiditäts-/Kapitalplanung für die Jahre 2019 und 2020 einzureichen.

E. 3.7.3

Aufgrund dieses Protokolls ist davon auszugehen, dass die Beschwerdegegnerin das Anbietersgespräch zwecks näherer Erläuterung der Eignung der Mitbeteiligten anberaumt und durchgeführt hat. Damit entspricht es dem erwähnten in § 30 SubmV vorgesehenen Zweck für ein Erläuterungsgespräch. Da Erläuterungen auch schriftlich erfolgen können, ist es ferner nicht zu beanstanden, dass die Mitbeteiligten nachträglich zur Einreichung einer Liquiditäts-/Kapitalplanung für die Jahre 2019 und 2020 aufgefordert wurden. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die neuen Angaben der Mitbeteiligten das Angebot in einer möglicherweise relevanten Art verändert hätten, was als unzulässiges Vorgehen zu qualifizieren wäre. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass das Erläuterungsgespräch unrechtmässig wiedergegeben wurde (vgl. die Beschwerdeführerin) oder das damit das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot missachtet wäre.

E. 3.7.4

Die Beschwerdeführerin vermag schliesslich auch aus dem Grundsatz, dass die Eignung im Zeitpunkt der Offerteinreichung vorhanden sein muss, nicht Entscheidendes zu ihren Gunsten abzuleiten. Das Erläuterungsgespräch durfte durchaus dazu dienen, sich von der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten 1 und von der Ausgestaltung des neu zu gründenden Unternehmens ein besseres Bild zu machen. Wenn die Vergabebehörde die Eignung der Mitbeteiligten 1 aufgrund der Akten und des Erläuterungsgesprächs bejahte, so bedeutet dies nicht, dass die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten 1 im Zeitpunkt der Angebotseinreichung nicht vorhanden gewesen wäre. Massgebend ist, dass die Beschwerdegegnerin aufgrund der Unterlagen und der Erläuterung das Erfordernis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit der Mitbeteiligten 1 ohne Überschreitung des Ermessensspielraums als erfüllt betrachten durfte. Da die Mitbeteiligten nicht eine Bietergemeinschaft bilden, sondern ein gemeinsames Unternehmen planen, kommt im Übrigen die von der Beschwerdeführerin angerufene Praxis zu Bietergemeinschaften nicht zur Anwendung.

E. 3.8

Mit der Stellungnahme zur Duplik stellt die Beschwerdeführerin auch den Nachweis für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit durch die Mitbeteiligte 2 infrage. Die gegen einen Vergabeentscheid beschwerdeführende Partei darf die Beschwerde mit der Replik nur soweit ergänzen, als die Vergabebehörde ihren Entscheid erst mit der Beschwerdeantwort eingehend begründet. Erst recht sind neue Rügen in der Triplik nur zulässig, wenn ergänzende Ausführungen in der Duplik dazu Anlass geben. Vorbehalten bleibt allerdings stets das nachträgliche Vorbringen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, welche die Partei nicht früher beibringen konnte (vgl. dazu Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 52 N. 34; Alain Griffel, Kommentar VRG, § 54 N. 5). Davon zu unterscheiden sind nachträglich eingetretene Tatsachen, die als Noven stets ins Verfahren eingebracht werden können. Die Beschwerdeführerin hat die Eignung der Mitbeteiligten 2 oder das Vorliegen ausreichender Unterlagen betreffend die Eignung der Mitbeteiligten 2 weder in der Beschwerdebegründung noch mit der Replik infrage gestellt. Es handelt sich mithin um eine neue Rüge bzw. um neue Vorbringen. Es ist nicht ersichtlich, dass diese Vorbringen durch die Duplikchriften veranlasst worden wären. Zudem hätten die Vorbringen ohne Weiteres bereits früher beigebracht werden können. Die Rüge erweist sich damit als verspätet .

E. 3.9

Zusammengefasst ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde davon ausging, dass die Mitbeteiligten die Eignungskriterien und übrigen Anforderungen für die Zulassung des Angebots erfüllt haben. Entgegen der Beschwerde ist das Angebot der Mitbeteiligten nicht vom Verfahren auszuschliessen.

E. 4

Die Beschwerde richtet sich des Weiteren gegen die Bewertung der Angebote in verschiedenen Zuschlagskriterien.

E. 4.1

Bezüglich des zu 47 % gewichteten Unterkriteriums "Totalkosten über fünf Jahre" hält die Beschwerdeführerin die gewählte Preisspanne von 15 % für unzulässig. Sie erachtet die Anpassung der Preisspanne auf einen Wert zwischen 30 und 50 % als erforderlich.

E. 4.1.1

Die Vergabebehörde ist offenbar von einem eher komplexeren Auftrag ausgegangen, gewichtete sie doch das Preiskriterium zu vergleichsweise tiefen 55 % und das Unterkriterium Totalkosten über fünf Jahre mit nur 47 %. Damit hat sie der Qualität eine vergleichsweise hohe Bedeutung beigemessen, was für eine eher komplexere Beschaffung spricht. Liegt in diesem Sinn eine eher komplexere Beschaffung vor, so ist bei den Angebotspreisen erfahrungsgemäss mit einer verhältnismässig grösseren Preisspanne zu rechnen und ist die Preisspanne dementsprechend festzulegen. Die Festlegung einer ungewöhnlich geringen Preisspanne gibt dem Preiskriterium eine Bedeutung, die im Widerspruch steht zur angekündigten relativ geringen Gewichtung des Preiskriteriums.

E. 4.1.2

Wird die Bandbreite – wie vorliegend – erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 10. April 2013, VB.2013.00132, E. 5.1; 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 7.2; 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2). Dabei trifft die Vergabestelle eine erhöhte Begründungslast: Je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne ist, desto mehr ist eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich. Begründet die Vergabebehörde die Wahl einer ungewöhnlichen Preisspanne nicht plausibel, überschreitet sie ihr Ermessen (VGr, 4. April 2012, VB.2011.00741, E. 4.4; 26. August 2009, VB.2009.00047, E. 4.1). Massgeblich ins Gewicht fallen können die tatsächlichen Angebote allerdings nur, wenn eine gewisse Anzahl an Angeboten eingegangen und deshalb die Ergebnisse tatsächlich einen statistischen Wert haben. Sind dagegen wie vorliegend lediglich zwei Angebote eingegangen, so ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass die Preisdifferenz zufällig und nicht Ausdruck der zu erwartenden Bandbreite ist.

E. 4.1.3

Die Beschwerdegegnerin hat namentlich mit Blick auf die detaillierten Vorgaben allerdings nachvollziehbar dargelegt, dass mit einer relativ geringen Preisdifferenz habe gerechnet werden können. Auch unter Berücksichtigung des Ermessens der Vergabebehörde erscheint eine Preisspanne von weniger als 30 % dennoch als unzulässig und damit als rechtsverletzend. Unter Anwendung einer Preisspanne von 30 % statt der von der Vergabebehörde angewendeten Preisspanne von 15 % ergibt sich folgende Korrektur bei der Bewertung des Unterkriteriums "Totalkosten über 5 Jahre": Das tiefere Angebot, nämlich dasjenige der Mitbeteiligten, beläuft sich auf Fr. 61'114'341.- Damit beträgt die 30 %-ige Preisspanne Fr. 18'334'302.-. Das Angebot der Beschwerdeführerin beläuft sich auf Fr. 64'353'395.-. Unter Zugrundelegung der Preisspanne von 30 % resultiert mit der gängigen Formel (vgl. VGr, 28. März 2012, VB.2012.00074, E. 5.5; 21. April 2004, VB.2003.00469, E. 2.5 = BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004 S. 382) Tiefstes Angebot + Preisspanne (in Franken) – Beurteiltes Angebot × Gewichtung Preisspanne (in Franken) für die Offerte der Mitbeteiligten unverändert das Maximum von 5 Punkten und für die Offerte der Beschwerdeführerin neu 4.12 statt 3.23 Punkte bzw. gewichtet für die Mitbeteiligte unverändert 235 Punkte und für die Beschwerdeführerin neu 193.64 statt 151.81. Damit ergeben sich folgende Gesamtpunktzahlen: Das Angebot der Mitbeteiligten bleibt unverändert bei 479.25 Punkten, während das Angebot der Beschwerdeführerin neu 432.71 statt 390.88 Punkte erreicht; damit reduziert sich der Rückstand der Beschwerdeführerin auf 46.54 Punkte.

E. 4.2

Mit der Beschwerde rügte die Beschwerdeführerin die Angebotsbewertung auch hinsichtlich der Bewertung der weiteren Zuschlagskriterien ("Qualitätskriterien"), dass die Vergabebehörde ihr Ermessen rechtsfehlerhaft ausgeübt habe und sachfremde Gesichtspunkte habe einfließen lassen. Angesichts des bisherigen Verhaltens der Vergabebehörde liege es auf der Hand, dass sie das Rechtsgleichheitsgebot und die Neutralität auch bei der Beurteilung der Qualitätskriterien nicht mehr wahrnehmen können. Mit der Replik ergänzte die Beschwerdeführerin ihre generelle Kritik an der Qualitätsbewertung: Die Punkteabzüge bei der Mitbeteiligten seien auf nicht nachvollziehbare Weise zu niedrig ausgefallen bzw. die Bewertung sei zu hoch; umgekehrt sei die Beschwerdeführerin bei Abzügen zu streng bewertet worden und in Bezug auf die Erfüllung der Voraussetzungen grundsätzlich zu tief. Zudem substantiierte die Beschwerdeführerin ihre Kritik an der Bewertung, worauf die Beschwerdegegnerin die gerügten Punktevergaben mit der Duplik ergänzend begründete. Nachfolgend ist auf die substantiiert gerügten Punktevergaben in den einzelnen Zuschlagskriterien (ZK) näher einzugehen.

E. 4.2.1

ZK Organisation und Betriebsmittel Für die Position "Liste der personellen Ressourcen" erhielten die Beschwerdeführerin 4.57 Punkte und die Mitbeteiligten 4.43 Punkte. Die Beschwerdeführerin weist darauf hin, dass in der Bewertungsübersichtstabelle der Beschwerdegegnerin stehe, die Mitbeteiligten hätten keine Angaben zur Mitarbeiterzahl gemacht, weshalb ihr keine Punkte hätten vergeben werden dürfen. Aus den Akten ergibt sich, dass die Mitbeteiligten durchaus Angaben zu den Mitarbeitern gemacht hatten: Gemäss ihrer Offerte sind rund 120 Beschäftigte geplant. Die Beschwerdeführerin rechnet mit derselben Zahl von eigenen Beschäftigten, plant allerdings noch zusätzliche Teilzeitstellen. Mit der Punktevergabe hat die Beschwerdegegnerin die grösseren Personalressourcen der Beschwerdeführerin zu wenig berücksichtigt. Bei einer Bewertung des Angebots der Beschwerdeführerin mit 4.57 Punkten rechtfertigt die vorhandene Differenz eine Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten mit nur 4.0 Punkten. Damit reduziert sich die Punktzahl der Mitbeteiligten ungewichtet (und gewichtet) um 0.43 Punkte. Für die Position "Ressourcenplanung" erhielt die Beschwerdeführerin 4.14 Punkte und die Mitbeteiligten 4.43 Punkte. Die Beschwerdeführerin begründet ihre Kritik vorab mit der unzutreffenden Annahme, wonach die Mitbeteiligten keine Angaben zu den Mitarbeitern gemacht hätten, weshalb die Rüge grundsätzlich ins Leere stösst. Allerdings ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beschwerdegegnerin das Angebot der Mitbeteiligten hier besser bewertet hat als dasjenige der Beschwerdeführerin. Dementsprechend sind der Beschwerdeführerin ebenfalls 4.43 Punkte, also gleichviel wie den Mitbeteiligten, zu vergeben. Damit erhöht sich die Punktzahl der Beschwerdeführerin hier um 0.29 Punkte bzw. gewichtet um 0.58 Punkte.

E. 4.2.2

ZK Prozesse und Qualität In der Position "Nachverfolgbarkeit Case Management/Personaleinsatz" erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin 4.71 Punkte und dasjenige der Mitbeteiligten 5.00. Nach Auffassung der Beschwerdegegnerin sind die Fälle einzeln im Dispositionstool und mit Time Stamps für jeden Prozessschritt dokumentiert. Damit nimmt die Beschwerdegegnerin Bezug auf das Tool der Mitbeteiligten, welches den Umfang der Toolfunktionen eingehend darlegt. Mit ihren Ausführungen und Verweisen hat

die Beschwerdegegnerin die leicht bessere Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten nachvollziehbar dargelegt. Dasselbe gilt für die Position "Dokumentation Datenverfügbarkeit", wo für das Angebot der Beschwerdeführerin 4.0 Punkte und für dasjenige der Mitbeteiligten 5.0 resultierten. Die Mitbeteiligten haben das Thema ausführlich behandelt und die Beschwerdegegnerin hat die Besserbewertung des Angebots der Mitbeteiligten mit den Ausführungen in der Duplik plausibel begründet.

E. 4.2.3

ZK Businessplan In der Position "Abgrenzung zu anderen Dienstleistungen" erreichte die Offerte der Beschwerdeführerin 3.71 Punkte gegenüber 4.43 Punkte bei den Mitbeteiligten. Die Beschwerdeführerin erachtet ihre tiefere Bewertung als nicht nachvollziehbar. Wohl enthält die Offerte der Mitbeteiligten eine umfassende Darstellung ihrer Dienstleistungen (Kapitel 7); darin finden sich jedoch kaum Hinweise auf Abgrenzungen zu anderen Dienstleistungen. Nachvollziehbare Gründe für eine Besserbewertung des Angebots der Mitbeteiligten sind nicht ersichtlich. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist dementsprechend ebenfalls mit 4.43 Punkten zu bewerten. Dies bewirkt eine Verbesserung um 0.72 Punkte bzw. gewichtet um 1.44 Punkte. Nicht nachvollziehbar ist auch die von der Beschwerdeführerin gerügte Bewertung in der Position "Plausibilisierung Preisgestaltung", wo das Angebot der Beschwerdeführerin 4.86 und dasjenige der Mitbeteiligten 5.00 Punkte erreichten. Dementsprechend und im Sinn der Beschwerdeführerin rechtfertigt es sich nicht, ihrem Angebot weniger Punkte zu vergeben als dem Angebot der Mitbeteiligten; das Angebot der Beschwerdeführerin ist ebenfalls mit 5.00 Punkte zu bewerten. Damit ergibt sich hier für die Beschwerdeführerin ungewichtet (und gewichtet) ein Punkteplus von 0.14.

E. 4.2.4

ZK QM-System In der Position "Qualitätszertifikation (z. B. ISO) / Dokumentation" erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin 4.43 und das Angebot der Mitbeteiligten 4.86 Punkte. Die Beschwerdeführerin rügt dies als willkürlich, da ein Unterschied schlicht nicht ersichtlich sei; auch bei den Mitbeteiligten sei nur das ISO-Zertifikat erwähnt. Die Beschwerdegegnerin weist in der Duplik namentlich darauf hin, dass bei der Mitbeteiligten 2 zusätzlich die "ISAGO Auszeichnungen" hinsichtlich Sicherheit mitbeurteilt worden seien. Tatsächlich weist die Mitbeteiligte 2 entsprechende Zertifikate aus; es handelt sich dabei um zwei "IATA"-Zertifikate betreffend "IATA Safety Audit für ground operations program" betreffend zwei verschiedene Flughäfen. Die leicht bessere Bewertung ist deshalb vertretbar.

E. 4.2.5

ZK Schulungskonzept Zu diesem Kriterium bezieht sich die Beschwerdeführerin explizit auf die Positionen "Zweckmässigkeit der Schulungen" und "Umfang der Schulungen". Angesichts der Bemerkung "Schulung im Kontinuitätsfall nicht vorhanden" sei es willkürlich, das Angebot der Mitbeteiligten in den beiden Positionen besser zu bewerten als ihr eigenes. Die Beschwerdegegnerin hat die Bewertung in der Duplik plausibel begründet. Sie bezeichnete das Schulungskonzept der Mitbeteiligten als umfassender; es gebe insgesamt 26 Kursmodule; die Beschreibungen der Trainings seien präzise und genau abgefasst; sie seien hinsichtlich Zweckmässigkeit und Umfang überzeugend. Die Bewertung ist durchaus vertretbar: Die Mitbeteiligten legten ein umfassendes Konzept vor mit der Darstellung der angebotenen Kurse, welches deutlich umfassender ist als dasjenige der Beschwerdeführerin und in nachvollziehbarer Weise auch als zweckmässiger beurteilt

wird. Die leicht besseren Bewertungen des Angebots der Mitbeteiligten in den Positionen "Zweckmässigkeit der Schulungen" (Beschwerdeführerin 4.71, Mitbeteiligte 5.00) und "Umfang der Schulungen" (Beschwerdeführerin 4.43, Mitbeteiligte 4.71) sind folglich nicht zu beanstanden.

E. 4.2.6

ZK Kontinuitätsplan In der Position "Vollständigkeit" erhielt das Angebot der Beschwerdeführerin 4.00 Punkte und dasjenige der Mitbeteiligten 4.71 Punkte. Nach Meinung der Beschwerdeführerin ist dieser Punkteunterschied nicht erklärbar. Die Beschwerdegegnerin führte in der Duplik aus, dass die Mitbeteiligten eine detaillierte Risikoanalyse erstellt hätten, die sehr viele Fälle abdecke; es sei besser dargelegt, wie Krisensituationen bewältigt werden. Tatsächlich enthält das Angebot der Mitbeteiligten eine umfangreiche Darstellung von 24 Seiten zur Kontinuitätsplanung bei Betriebsstörungen. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, sich (ebenso) umfassend zu Risiken geäußert zu haben; der von ihr eingereichte Kontinuitätsplan gestaltet sich denn auch weit knapper. Die bessere Bewertung des Angebots der Mitbeteiligten ist gerechtfertigt.

E. 4.2.7

Mit diesen Korrekturen erreicht die Beschwerdeführerin gewichtet ein Plus von 2.16 Punkten. Demgegenüber verschlechtert sich die Bewertung der Mitbeteiligten um 0.43 Punkte. Insgesamt vermag die Beschwerdeführerin damit das Ergebnis bei der Bewertung der Qualitätskriterien zu drehen, in dem sie neu 208.09 Punkte erhält und die Mitbeteiligten neu nur noch 206.14 Punkte. Mit diesem Vorsprung von 1.95 Punkten vermag die Beschwerdeführerin ihren Rückstand aus dem Kriterium Preis von 46.54 Punkte allerdings bei Weitem nicht aufzuholen. Weiter ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin für alle Qualitätskriterien höhere Punkte bzw. das Punktemaximum für ihr Angebot verlangt hat; es fehlen jedoch substantiierte Ausführungen für eine Besserbewertung ihres Angebots, soweit die pauschal beanspruchten Punkte über das hinausgehen, was gemäss obigen Ausführungen (E. 4.2.1–6) zu korrigieren ist. Ebenso wenig lässt sich pauschal sagen, die Beschwerdegegnerin habe bei der Punktevergabe in den Qualitätskriterien zu wenig differenziert. Beim vorliegenden deutlichen Ergebnis würde zudem selbst eine deutliche Spreizung der Qualitätspunkte nicht dazu führen, dass damit der Vorsprung der Mitbeteiligten aus dem Preiskriterium aufzuholen wäre. Schliesslich bestehen entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdegegnerin die Mitbeteiligten ohnehin bevorzugen wollte und deshalb deren Angebot konsequent besser bewertet hätte. Eine Missachtung des Gleichbehandlungsgebots liegt nicht vor.

E. 5

Insgesamt vermag die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen zwar teilweise durchzudringen. Auch soweit die Rügen begründet sind, führt dies allerdings weder zum Ausschluss der Mitbeteiligten aus dem Verfahren noch zu einer Rangverschiebung in der Gesamtbewertung der Angebote. Schliesslich besteht auch kein Anlass für die eventualiter beantragte Rückweisung an die Vergabebehörde. Die Beschwerde ist abzuweisen.

E. 6

Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird mit dem vorliegenden Urteil gegenstandslos.

E. 7.1

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59). Wie sich aus den Ausführungen zur Sache ergibt, hat die Beschwerdegegnerin in den Angebotsbestimmungen die Eignungsanforderungen für den Fall eines neu zu gründenden Unternehmens unklar formuliert. Damit hat sie nach allgemeiner Lebenserfahrung mit zur Erhebung der vorliegenden Beschwerde beigetragen. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin je zur Hälfte aufzuerlegen.

E. 7.2

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte; entschädigungspflichtig ist grundsätzlich die unterliegende Partei. Ausnahmsweise können jedoch – analog zur Kostenverlegung – auch die Parteientschädigungen unter (Mit)-Berücksichtigung des Verursacherprinzips zugesprochen werden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 25 ff.). Analog zur Kostenverteilung sind die kostenpflichtigen Parteien zu verpflichten, den Mitbeteiligten je hälftig eine Parteientschädigung zu bezahlen. Als angemessen erscheint eine Parteientschädigung von insgesamt Fr. 10'000.-.

E. 8

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [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.