

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00334 vom 25. Juli 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-07-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00334

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00334 du 25 juillet 2019

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00334 del 25 luglio 2019

Regeste

Submission | Beschaffung von Kehrblasgeräten zur Schneeräumung nach Testphase. Anlass für eine weitergehende Öffnung der Submissionsunterlagen an die Beschwerdeführerin besteht nicht (E. 3). Die Eignungskriterien bestimmen u.a., dass die Musskriterien gemäss Anforderungskatalog zu erfüllen seien (E. 4.1). Dabei handelt es sich bei den produktebezogenen Musskriterien nicht um Eignungskriterien (E. 4.2). Die strittige Anforderung (betreffend Seitenblasdüsen) weist keine besondere Bedeutung auf. Die Räumqualität des Kehrblasgeräts der Mitbeteiligten wurde nach einer Testphase als sehr gut beurteilt. Auf einer solchen Grundlage durfte die Vergabebehörde zum Ergebnis kommen, auf eine der zahlreichen technischen Anforderungen könne verzichtet werden (E. 4.4.2). Das Absageschreiben enthält kaum eine summarische Begründung im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV und es fehlt an der obligatorischen Rechtsmittelbelehrung. Zudem wurden die gemäss § 38 Abs. 3 SubmV minimal erforderlichen Angaben nicht bekanntgegeben. Weiter hatte die Vergabebehörde die Anforderungen (Musskriterien) in den Ausschreibungsunterlagen zu eng gefasst. Diese Umstände rechtfertigen es, die Kosten der Beschwerdeführerin lediglich zu 1/4 und der Beschwerdegegnerin zu 3/4 aufzuerlegen (E. 8.1). 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 = ZBI 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 drittplatzierte Beschwerdeführerin macht namentlich geltend, die Mitbeteiligte und die dritte Anbieterin F AS würden nicht alle Muss- bzw. Eignungskriterien erfüllen. Sie seien deshalb aus dem Submissionsverfahren auszuschliessen, weshalb der Zuschlag an sie selbst zu erfolgen habe. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen betreffend den Ausschluss der übrigen beiden Anbieterinnen durchdringen, hätte sie eine realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

E. 3

Zwar thematisiert, aber nicht näher ausgeführt wird in der Replik, dass bzw. inwiefern der Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht nur ungenügende Akteneinsicht gewährt worden sei. Der Beschwerdeführerin ist entsprechend der Praxis Einsicht in die Unterlagen gewährt worden. Dazu ist anzumerken, dass im Submissionsverfahren die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten garantiert ist (Art. 11 lit. g IVöB und § 18 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]); sie geniessen den Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Der unterlegene Bewerber hat grundsätzlich nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen. Diese Regelung kann nicht durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien für das besonders geartete Verfahren der Submission auch im Rechtsmittelstadium regelmässig keinen Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten gewähren. Als schützenswert fallen insbesondere Angaben von Mitbewerbenden über interne Produktionsabläufe, detaillierte Kalkulationsgrundlagen oder Qualifikationsprofile von Mitarbeitenden in Betracht. Berechtigten Geheimhaltungsinteressen von Konkurrenten kann durch die Verweigerung der Einsicht in bestimmte Aktenstücke oder durch die Modalitäten der Einsichtnahme Rechnung getragen werden. Auf dieser Grundlage ist es in der Regel möglich, einen sachgerechten Ausgleich zwischen Informationsbedürfnissen und Geheimhaltungsinteressen der Beteiligten zu finden (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 564 ff. Rz. 1191 f.; VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 3.1.1 mit Hinweisen). Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass für eine weitergehende Öffnung der Unterlagen an die Beschwerdeführerin.

E. 4.1

Gegenstand der streitbetroffenen Vergabe ist die Lieferung von sechs bis zehn Kehrblasgeräten zur Schneeräumung auf dem Flughafengelände Zürich-Kloten ab 1. Oktober 2019. Zudem war der Eintausch von sechs bisherigen Kehrblasgeräten zu offerieren. In den Angebotsbestimmungen der Ausschreibung heisst es unter dem Titel "2.2 Eignungskriterien" unter anderem, dass die Musskriterien gemäss Anforderungskatalog zu erfüllen seien. Der Anforderungskatalog umfasst im Abschnitt "Technik" 75 Positionen und im Abschnitt "Serviceorganisation" deren 14, insgesamt also 89 Positionen. Dabei ist jeweils vermerkt, wenn es sich um eine "Muss"-Anforderung handelt. Total sind in diesem Sinn 51 Positionen des Anforderungskatalogs als Musskriterien markiert, wobei die einzelnen Positionen in der Regel zusätzlich mehrere

Anforderungen enthalten.

E. 4.2

Entgegen der Formulierung der Angebotsbestimmungen handelt es sich bei den vorliegend im Streit stehenden produktebezogenen Musskriterien nicht um Eignungskriterien. Musskriterien sind von den Eignungskriterien zu unterscheiden: Nur letztere, nicht aber die Musskriterien, betreffen direkt die Eignung des Anbieters oder der Anbieterin (vgl. Galli et al., S. 251, Rz. 582). So umschreiben Eignungskriterien 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; Galli et al., Rz. 555). Sie betreffen gemäss § 22 SubmV insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden.

E. 4.3

Erfüllt ein Anbieter oder eine Anbieterin die von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien bzw. Anforderungen nicht, so erfolgt ein Verfahrensausschluss (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB-BeitrittsG). Werden einzelne Mussanforderungen nicht erfüllt, so führt dies allerdings nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. Dies ergibt sich allein schon aus der Rechtsprechung, wonach ein Ausschluss aus dem Verfahren nicht überspitzt formalistisch sein darf (vgl. etwa VGr, 6. November 2014, VB.2014.00396, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben müssen gerechtfertigt sein. Mit anderen Worten: zwingende Vorgaben, deren Nichterfüllung zu einem Ausschluss führen muss, sind nur dann gerechtfertigt, wenn die Vorgaben konkret als zweckmässig erscheinen. Nicht umsonst verwenden denn auch Galli et al. bei der Nichterfüllung von Musskriterien für die Frage nach dem Ausschluss die Formulierung "kann bzw. muss" (Galli et al., S. 251, Rz. 582). Der Vergabebehörde kommt jedenfalls, wie bei der Bewertung von Eignungskriterien, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (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; Galli et al., S. 241, Rz. 564). Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es, wie gesagt, 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. 4.4

Streitgegenstand ist in erster Linie die Anforderung betreffend Seitenblasdüsen in Position 65 des Anforderungskatalogs. Darin wird neben den Heckblasdüsen das Vorhandensein von "Seitenblasdüsen vor dem Besen" gefordert mit einer Wirkung über die gesamte Besenräumbreite.

E. 4.4.1

Die Mitbeteiligte hat ihr Fahrzeug nur mit der "freien" Option "Seitenblasdüsen vor dem Besen" angeboten. Die Beschwerdegegnerin geht denn auch implizit davon aus, dass das Produkt der Mitbeteiligten keine Seitenblasdüsen aufweist. Ähnliches deponiert die

Mitbeteiligte selbst: Die gesamte Konstruktion ihres Geräts führe dazu, dass das Seitengebläse zur einwandfreien Schneeräumung hinfällig werde. Mithin ist zu prüfen, ob die Vergabebehörde in zulässiger Weise auf das Vorhandensein von Seitenblasdüsen vor dem Besen verzichten durfte.

E. 4.4.2

Die Angebotsbestimmungen bzw. der detaillierte Anforderungskatalog messen der Position Nr. 65 bzw. den darin aufgeführten Seitenblasdüsen keine besondere Bedeutung bei. Sodann wies das Produkt der Beschwerdeführerin gemäss Bewertung "auch ohne Seitendüsen" eine sehr gute Räumqualität auf. Diese Beurteilung konnte auf einer seriösen Grundlage erfolgen: Die Beschwerdegegnerin testete die offerierten Fahrzeuge im vergangenen Winter, wie dies die Angebotsbestimmungen bereits vorgesehen hatten; für die Mitbeteiligte war ein Fahrzeug ohne Blasdüsen beim Besen im Einsatz. Eine solche Testphase stellt eine optimale – und in der Regel gar nicht vorhandene – Möglichkeit dar, um die Qualität eines angebotenen Produkts in der Realität zu prüfen. Wenn die Vergabebehörde aufgrund einer solchen Testphase zum Ergebnis kommt, auf eine der zahlreichen technischen Anforderungen könne verzichtet werden, so ist dies nachvollziehbar.

E. 4.4.3

Zudem fällt Folgendes ins Gewicht: Die Submissionsbestimmungen sollen namentlich den wirksamen Wettbewerb fördern (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; vgl. auch Galli et al., Rz. 16 zur bundesrechtlichen Zweckbestimmung). Vorliegend sind in einem offenen Verfahren vier Angebote von lediglich drei Anbieterinnen eingegangen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist deswegen schon stark eingeschränkt. Würden die beiden Konkurrenzofferten – entsprechend dem Standpunkt der Beschwerdeführerin – ausgeschlossen, so bliebe gerade noch eine Anbieterin übrig. Die Anforderung erweist sich angesichts der damit verbundenen Einschränkung des wirksamen Wettbewerbs als nicht zweckmässig. Dies spricht zusätzlich gegen eine restriktive Handhabung der Ausschlussbestimmungen (vgl. VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 7.2.3; 4. Dezember 2014, VB.2014.00587, E. 3.7.2). Unter diesen Umständen durfte das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher gewichtet werden als ein formales Festhalten am strittigen Musskriterium gemäss dem Anforderungskatalog.

E. 4.4.4

Bei diesem Ergebnis, wo auf die Anforderung verzichtet werden durfte, bleibt es irrelevant, dass das von der Mitbeteiligten zusätzlich zur Grundofferte (optional) angebotene Fahrzeug mit Seitenblasdüsen vor dem Besen (noch) nicht im Einsatz steht und somit das Eignungskriterium gemäss Ziffer 2.2 al 3 nicht erfüllen würde. Denn das Fahrzeug ohne Seitenblasdüsen vor dem Besen (Grundangebot), welches die Beschwerdegegnerin getestet hat und offenbar auch beschaffen will, steht seit Längerem im Einsatz. Erweist sich der Zuschlag diesbezüglich als zulässig, so braucht auch nicht weiter geklärt zu werden, ob es tatsächlich möglich wäre, die Fahrzeuge der Mitbeteiligten mit Seitenblasdüsen vor dem Besen auszurüsten, bzw. wie die Qualität eines solchen Fahrzeugs zu bewerten wäre.

E. 4.5

Mit der Replik macht die Beschwerdeführerin neu geltend, die ebenfalls in Position Nr. 65 des Anforderungskatalogs verlangte "Luftumleit- bzw. Ablasklappe für rasche Leerförderung" seien beim Produkt der Mitbeteiligten nicht vorhanden. Dazu gilt zunächst

Analoges wie bezüglich der Seitenblasdüsen: Es bestehen keine Hinweise darauf, dass es sich hier um eine zentrale Anforderung handeln würde. Zudem fällt auch hier massgeblich ins Gewicht, dass die Beschwerdegegnerin das Fahrzeug der Mitbeteiligten getestet und als tauglich erachtet hat. Ob das Fahrzeug auch insoweit von der Anforderung gemäss Position Nr. 65 abweicht, ist damit nicht entscheidrelevant.

E. 5

Mit der Replik wird weiter ausgeführt, das Produkt der Beschwerdeführerin habe gegenüber demjenigen der Mitbeteiligten qualitative Vorteile und sei seinen (höheren) Preis wert. Aus der Bewertung der Vergabebehörde ergibt sich, dass das Produkt der Beschwerdeführerin in den qualitativen Zuschlagskriterien (Technik und Service) besser bewertet wurde als dasjenige der Mitbeteiligten. Die Beschwerdeführerin macht nicht näher geltend, die Punktevergabe sei falsch bzw. rechtswidrig erfolgt, weshalb auf die Bewertung der Zuschlagskriterien nicht weiter einzugehen ist.

E. 6

Zusammengefasst erweist es sich entgegen der Beschwerde als rechtskonform, dass die Vergabebehörde das Angebot der Mitbeteiligten im Verfahren belassen hat. Damit bleibt es beim Zuschlag an die Mitbeteiligte, welchen die Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort und den eingereichten Akten ausreichend begründet hat. Es besteht auch kein Anlass, um die Sache entsprechend Ziffer 5 des Rechtsbegehrens an die Beschwerdegegnerin zur Neuurteilung zurückzuweisen. Allerdings entfällt bei diesem Ergebnis das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin bezüglich Ziffer 3 ihres Rechtsbegehrens. Aus einem Ausschluss der Firma F AS vermöchte die Beschwerdeführerin nichts zu ihrem Vorteil abzuleiten. Insoweit ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Im Übrigen ist sie abzuweisen.

E. 7

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

E. 8.1

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, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Kommentar VRG, § 13 N. 59). Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben enthält kaum eine summarische Begründung im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV und es fehlt an der obligatorischen Rechtsmittelbelehrung. Zudem hat es die Beschwerdegegnerin offenkundig auch auf Nachfrage hin unterlassen, der Beschwerdeführerin die gemäss § 38 Abs. 3 SubmV minimal erforderlichen Angaben zu machen. Mit diesem Vorgehen hat die Vergabebehörde nach allgemeiner Erfahrung massgeblich zur Erhebung der Beschwerde beigetragen. Zudem hatte die Vergabebehörde die Anforderungen (Musskriterien) in den Ausschreibungsunterlagen bezüglich der Position 65 zu eng gefasst; auch dies dürfte mit zur Beschwerdeerhebung beigetragen haben. Diese Umstände rechtfertigen es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin trotz deren Unterliegens lediglich zu einem Viertel und der Beschwerdegegnerin zu drei Vierteln aufzuerlegen.

E. 8.2

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.). Dazu fällt vorab in Betracht, dass die Beschwerdegegnerin trotz ihres Obsiegens mangels besonderen Aufwands von vornherein keinen Entschädigungsanspruch hat; denn mit ihrer Beschwerdeantwort hat sie im Wesentlichen nur ihre Begründungspflicht nachgeholt. Analog zur Kostenverteilung ist die Beschwerdegegnerin somit zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin und eine auf 3/4 reduzierte Parteientschädigung zu bezahlen. Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 6'000.-. Sodann ist die obsiegende und anwaltlich vertretene Mitbeteiligte entschädigungsberechtigt. Angesichts des geringeren Aufwands für die Beschwerdeantwort ist ein Betrag von total Fr. 4'000.- angemessen. Dafür haben, entsprechend ihrem Kostenanteil, die Beschwerdeführerin zu 1/4 und die Beschwerdegegnerin zu 3/4 aufzukommen. Diese Parteientschädigungen sind ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen, da sowohl bezüglich der Beschwerdeführerin als auch bezüglich der Mitbeteiligten ein Recht auf Vorsteuerabzug anzunehmen ist (vgl. VGr, 2. März 2016, VB.2015.00702, E. 10.2).

E. 9

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 1 lit. a 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.