

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00683 vom 18. Dezember 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-12-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00683

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00683 du 18 décembre 2019

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00683 del 18 dicembre 2019

Regeste

Submission | Marktbeschränkende Ausschreibungsbedingungen; Rügeobliegenheit. Mit der Replik darf die Beschwerdebegründung ergänzt werden, wenn der angefochtene Entscheid im öffentlichen Beschaffungswesen erst mit der Beschwerdeantwort begründet wird. Dieses Recht erstreckt sich allerdings nicht auf die Anträge (E. 2.3). Als unzulässig lassen sich Eignungskriterien und Anforderungen qualifizieren, die ohne überwiegende Interessen die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb mehr bleibt (E. 4.1). Vorliegend erfüllte kein gültiges Angebot die Eignungskriterien und Anforderungen. Dies legt von vornherein nahe, dass die Ausschreibungsbedingungen eine weit reichende Einschränkung des Wettbewerbs bedeuten. Mangels überzeugenden Erklärungen für die geringe Teilnehmerzahl durch die Vergabebehörde ist erstellt, dass die Ausschreibungsbedingungen unnötig marktbeschränkend sind. Dies führt zur Aufhebung der Ausschreibung (E. 4.1.2). Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsunterlagen dazu führten, dass bestimmte Anbieter die Anforderungen nicht umsetzen können, womit sie ihrer Rügeobliegenheit rechtzeitig nachgekommen ist (E. 4.2.2). Die Beschwerdeführerin hätte den drohenden Ausschluss auch bei gehöriger Vorsicht nicht feststellen können, da dieser mit den fraglichen Formulierungen in den Submissionsbedingungen nicht klar zum Ausdruck gebracht wurde (E. 4.2.3). Gutheissung.

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 Beschwerde richtet sich in erster Linie gegen die Ausschreibung, da deren Bedingungen unnötige und zu hohe Anforderungen an die Anbieter stelle. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen gegen die Ausschreibung durchdringen, so liegt eine Wiederholung des Submissionsverfahrens mit weniger marktbeschränkenden Anforderungen (vgl. dazu unten E. 4.1.2) auf der Hand. Daran könnte sich die Beschwerdeführerin durchaus wieder beteiligen mit Chancen auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist deshalb zu bejahen. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde grundsätzlich einzutreten.

E. 2.3

Nicht einzutreten ist allerdings auf den erst mit der Replik gestellten Antrag, die Beschwerdegegnerin zur Neuausschreibung der Submission anzuweisen und der Beschwerdegegnerin zu verbieten, die ausgeschriebenen Leistungen freihändig zu vergeben: Anträge sind innert der Beschwerdefrist zu stellen (§ 54 Abs. 1 VRG). Wohl darf die Beschwerdebegründung mit der Replik ergänzt werden, wenn der angefochtene Entscheid – insbesondere im öffentlichen Beschaffungswesen – erst mit der Beschwerdeantwort begründet wird (vgl. Alain Griffel in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 54 N. 5). Dieses Recht erstreckt sich allerdings nicht auf die Anträge, sondern eben auf die Begründung der Beschwerde. Abgesehen davon hat die Vergabebehörde ihren Ausschlussentscheid bereits in der Verfügung vom 2. Oktober 2019 summarisch begründet und dabei die Ausschlussgründe einzeln aufgelistet.

E. 3

Gemäss dem Offertöffnungsprotokoll gingen zwei Angebote ein, nämlich dasjenige der Beschwerdeführerin zu einem Angebotspreis von Fr. 1'876'354.80 sowie ein verspätet eingereichtes Angebot einer anderen Anbieterin, das gemäss der Bemerkung im Protokoll ausgeschlossen wird. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist in der Folge mit der angefochtenen Verfügung vom 2. Oktober 2019 ausgeschlossen worden.

E. 4

Die Beschwerdeführerin rügt die Ausschreibung als "nicht produktneutral" und ungeeignet. So würden die technischen Bedingungen Android-Produkte ausschliessen. Weiter sei das Eignungskriterium der Grösse ungeeignet. Für eine Beschränkung der Anbieter auf solche, die bereits zweimal 500 Geräte geliefert haben, fehle jeder sachliche Grund; auch sei das Kriterium nicht produktneutral. Als Konsequenz bleibe nur, die widerrechtliche Ausschreibung aufzuheben.

E. 4.1

Der Vergabebehörde kommt bei der Wahl und Formulierung der Eignungskriterien sowie bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen ein grosser Ermessensspielraum zu. Als unzulässig lassen sich jedoch Eignungskriterien und Anforderungen qualifizieren, die ohne überwiegende Interessen die Anzahl möglicher Anbieter derart einschränken, dass kein hinreichender Restwettbewerb mehr bleibt (Peter

Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 401, Rz. 407 ff., Rz. 557).

E. 4.1.1

Nach Auffassung der Vergabebehörde liegt kein gültiges Angebot vor, welches die Eignungskriterien der Submissionsbedingungen erfüllt. Die dabei von der Vergabebehörde getroffene Auslegung der Submissionsunterlagen erscheint zwar nicht als zwingend, aber als zulässig. Dabei ist zu beachten, dass die gerichtliche Beschwerdeinstanz von mehreren möglichen Auslegungen nicht die ihr zweckmässig scheinende auswählen darf, sondern nur die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken hat (BGE 141 II 14 E. 7.1 mit Hinweisen; VGr, 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 3.2; Galli et al., Rz. 557 ff., 564 ff.).

E. 4.1.2

Konnte die Vorinstanz demnach zu Recht annehmen, dass kein gültiges Angebot die Eignungskriterien und Anforderungen erfüllt, so legt dies von vornherein nahe, dass die Ausschreibungsbedingungen eine weit reichende Einschränkung des Wettbewerbs bedeuten. Sodann enthält die Beschwerdeantwort respektive die Duplik keine nähere Auseinandersetzung mit den detaillierten Ausführungen in der Beschwerde und der Replik, mit denen die Beschwerdeführerin das Vorliegen einer unzulässigen Marktbeschränkung dargelegt hat. Auch fehlt es an überzeugenden Erklärungen für die geringe Teilnehmerzahl wie etwa, dass im Bereich der Beschaffung nur wenige Anbieter auf dem Markt wären oder dergleichen. Trotz des Ermessensspielraums der Vergabebehörde ist damit vorliegend erstellt, dass die Ausschreibungsbedingungen unnötig marktbeschränkend sind. Damit widersprechen sie fundamentalen Prinzipien des Beschaffungsrechts, welches explizit den wirksamen Wettbewerb und die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel fördern soll. Die Ausschreibung ist infolgedessen als rechtswidrig zu qualifizieren, was grundsätzlich zu deren Aufhebung führt.

E. 4.2

Allerdings wendet die Beschwerdegegnerin ein, dass die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen gegen die Ausschreibungsunterlagen verspätet sei.

E. 4.2.1

Nach Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB kann die Ausschreibung des Auftrags selbständig angefochten werden. Gemäss konstanter Praxis des Verwaltungsgerichts ist aus dieser Möglichkeit zur selbständigen Anfechtung der Ausschreibung allerdings nicht der Schluss zu ziehen, der Anbieter müsse die Ausschreibung zur Wahrung seiner Rechte sofort anfechten. Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich jedoch die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel jedenfalls ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Galli et al., Rz. 667 f., Rz. 1259; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter kann

nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 4.2.2

Die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Offerte unter dem Titel "Vorwort" darauf hingewiesen, dass die Ausschreibungsunterlagen dazu führten, dass Anbieter mit Android-Geräten nicht in der Lage seien, die Anforderungen umzusetzen. Dies habe verschiedene Anbieter veranlasst, von einem Angebot abzusehen. Damit hatte die Beschwerdeführerin mit der Einreichung ihrer Offerte nachvollziehbar zum Ausdruck gebracht, dass sie die Anforderungen der Ausschreibung für zu eng gefasst hielt. Sie ist ihrer Rügeobliegenheit insofern grundsätzlich rechtzeitig nachgekommen (vgl. dazu VGr, 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.3). Daran ändert auch nichts, dass die Anbieterfirmen gemäss Ziffer 27 der Submissionsbedingungen gehalten waren, bei der Feststellung von Unklarheiten oder Widersprüchen, beim Fehlen von Leistungen und bei Bedenken bezüglich Machbarkeit oder Wirtschaftlichkeit spätestens bis zur Fragerunde mit der Vergabebehörde Kontakt aufzunehmen. Die Auffassung der Beschwerdeführerin, wonach die Ausschreibung Anbieter von Android-Produkten faktisch ausschliesse, ist von diesem Sachverhalten nicht umfasst. Folglich kann die Beschwerdegegnerin aus dem Umstand, dass die Beschwerdeführerin diese Rüge erst mit der Offerteinreichung deponiert hat, nichts Entscheidendes für eine Verspätung der Rüge ableiten.

E. 4.2.3

Wie gesehen, rügt die Beschwerdeführerin auch die Beschränkung der Zulassung der Anbieter auf solche, die bereits zweimal 500 Geräte geliefert haben, als unsachlich und unzulässig. Auch diese Rüge erweist sich als rechtzeitig. Zu den Eignungskriterien führten die Submissionsbedingungen zunächst aus, dass Anbieterfirmen geeignet sind, wenn sie unter anderem ihre Erfahrung bei vergleichbaren Projekten nachweisen. Zum Eignungskriterium EA01 wurde verlangt, dass die Anbieterfirma über ausreichend Erfahrung in der Ausführung von Leistungen gleicher Grösse und Komplexität in Bezug auf den Ausschreibungsgegenstand verfüge. Vergleichbar seien namentlich Projekte: "- in welchem die wesentlichen Komponenten (Geräte und Software) der angebotenen Applikation eingesetzt wurden - in welchem die ausgelieferten Geräte und Benutzer in einem Mengengerüst ab 500 Stück waren" Dazu waren zwei Referenzaufträge nachzuweisen. Mit diesen Formulierungen in den Submissionsbedingungen, insbesondere mit dem Hinweis darauf, dass vergleichbar "namentlich" Projekte der beschriebenen Art seien, wurde nicht klar zum Ausdruck gebracht, dass die Vergabebehörde nur zulässt, wer bereits zweimal mindestens 500 Geräte geliefert hat. Dies wurde letztlich erst klar, als die Beschwerdeführerin die Ausschlussverfügung erhalten hat, mit welcher ihr Angebot mit der Begründung ausgeschlossen wurde, die zweite Referenz erreiche die geforderte Anzahl an Geräten (500 Stück) nicht. Daran ändert auch nichts, dass beim Referenzformular aufgeführt war, es müssten mindestens 500 Geräte eingesetzt werden, zumal die Referenzen auch als Zuschlagskriterium dienten. Jedenfalls war die von der Beschwerdeführerin beanstandete Anforderung in den Ausschreibungsunterlagen nicht offensichtlich. Es lässt sich der Beschwerdeführerin deshalb nicht vorwerfen, sie habe den drohenden Ausschluss

tatsächlich festgestellt oder hätte diesen bei gehöriger Vorsicht feststellen können.

E. 4.2.4

Dementsprechend sind die massgeblichen Rügen der Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibungsunterlagen im vorliegenden Beschwerdeverfahren zuzulassen.

E. 4.3

Wie gesehen sind die Ausschreibungsbedingungen als unnötig marktbeschränkend zu qualifizieren und ist die Ausschreibung deshalb als rechtswidrig zu bezeichnen. Die festgestellte Missachtung grundlegender vergaberechtlicher Prinzipien gebietet es in Anwendung von Art. 18 Abs. 1 IVöB, die Ausschreibung vom 26. Juli 2019 aufzuheben. Damit fällt das Submissionsverfahren im Sinn des Hauptantrags der Beschwerde dahin und ebenso die weiteren Anordnungen der Vergabebehörde im Rahmen des bisherigen Submissionsverfahrens. Mit Gutheissung des Hauptantrags erübrigt sich eine Prüfung des Eventualantrags der Beschwerdeführerin.

E. 5

Die Verfahrenskosten sind ausgangsgemäss der in der Hauptsache unterliegenden Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung für den gerechtfertigten Beizug der Rechtsvertretung im Beschwerdeverfahren auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 6

Der Auftragswert von Fr. 1'876'354.80 (Angebot der Beschwerdeführerin) 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 dieses Urteil 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.