

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00453 vom 7. Februar 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-02-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00453

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00453 du 7 février 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00453 del 7 febbraio 2023

Regeste

Submission | Vergabeverfahren betreffend Parkraumbewirtschaftung; Angebot im Betrag von Fr. 0.-; Abänderung des Leistungsverzeichnisses Die Ausschreibungsgrundlagen können vor dem Eingabetermin für die Offerten konkretisiert und präzisiert werden. In dieser Phase sind auch grundlegende Anpassungen an der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen möglich, sofern die potenziell interessierte Bieterschaft darüber gleichzeitig informiert wird. Nach Ablauf der Eingabefrist ist eine Änderung des Leistungsbeschreibs dagegen weitestgehend ausgeschlossen. Vorliegend erfolgte die strittige Änderung rechtzeitig und unmissverständlich (E. 4.2). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel der Ausschreibungsunterlagen auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Die Beschwerdeführerin durfte mit ihrer Rüge betreffend eine falsche Parkuhr-Typenbezeichnung nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen (E. 5.4). Ein Anbieter oder eine Anbieterin kann aus dem Verfahren ausgeschlossen werden, wenn er oder sie ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, ohne nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können (E. 7.1). Die Anbietenden sind nicht verpflichtet, kostendeckend zu offerieren, solange das Angebot den gestellten Anforderungen genügt. Da keine konkreten Hinweise bestehen, dass die Mitbeteiligte ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen könnte, wäre das Angebot, selbst wenn es ein Unterangebot darstellen würde, aus diesem Grund nicht auszuschliessen (E. 7.3.2). 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

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 Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin bringt im Wesentlichen vor, die von der Vergabestelle im Rahmen der Fragenbeantwortung gemachten Aussagen zum Leistungsumfang der Vergabe hätten eine verlässliche Preiskalkulation verunmöglicht. Ferner macht sie geltend, die Zuschlagsempfängerin hätte ausgeschlossen werden müssen, da sie zum einen nicht sämtliche Eignungskriterien erfülle und überdies ein unzulässiges Unterangebot eingereicht habe. Erweisen sich die Einwände der Beschwerdeführerin als begründet, hätte sie somit eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Gemäss den Ausschreibungsunterlagen beinhaltet die Parkraumbewirtschaftung auf dem Schlachthofareal (Hardgut-/ Hohl-/ Herderen- und Baslerstrasse) die Zuweisung eingezeichneter Parkfelder, den Einsatz einer Parkuhr sowie die Durchführung unregelmässiger Kontrollgänge, allfällige rechtliche Schritte inklusive Auferlegung einer Umtriebsentschädigung im Widerhandlungsfall und das Inkasso dieser Umtriebsentschädigung. Weiter heisst es, zum Einsatz komme eine Parkuhr des Typs C der Firma D. Die Parkzeit werde auf der Uhr selbst angezeigt. Die notwendigen codierten Chipkarten und ein Schlüssel für die Notöffnung würden von der Auftraggeberin leihweise zur Verfügung gestellt. Die Auswertung des Kassenwerts erfolge über ein von der Firma D zur Verfügung gestelltes Onlinesystem. Konkret soll der Auftrag folgende Arbeiten umfassen: "- Aufrechterhaltung der Parkordnung mit Kontrollgängen inkl. Kontrolle der bezahlten Parkzeiten (zweimal täglich an Werktagen, je zu unterschiedlichen Zeiten zwischen 7 Uhr und 17 Uhr) - Auferlegung von Umtriebsentschädigungen von CHF 50.00 bei Widerhandlungen - Zurverfügungstehen als Ansprechstelle für Mieter und Parkierende bezüglich Parkraumbewirtschaftung und Umtriebsentschädigung - Bedarfsoptimierte Entleerung der vorhandenen Parkuhr mit Geldtransport und -abgabe im Zweierteam [...] - Überwachung und Sicherstellung der Betriebsbereitschaft der Parkuhr mit Wartung und Unterhalt (first level support, komplexere Reparaturen werden der Auftraggeberin gemeldet) - Mahn- und Inkassoverfahren für die Umtriebsentschädigung mit anschliessender Vollzugsmeldung an die Auftraggeberin und der Erstellung eines monatlichen Rapports. Die Umtriebsentschädigungen stehen der Auftragnehmerin vollumfänglich zu; sie sind damit Teil der Entschädigung der Auftragnehmerin. Über die Einleitung des Inkassoverfahrens entscheidet die Auftraggeberin." Zum letzten Punkt wurde sodann in Anhang 1 der Ausschreibungsunterlagen ergänzend festgehalten: "[...] Falls sich die Auftraggeberin für die Durchsetzung der Umtriebsentschädigung entscheidet, ist die Auftragnehmerin verpflichtet, das entsprechende Inkassoverfahren einzuleiten und durchzuführen."

E. 4

Im Rahmen der in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Fragerunde fragte die Beschwerdeführerin sinngemäss nach, was zum Inkassoverfahren gehöre und mit wie vielen solchen Verfahren zu rechnen sei. Hierzu nahm die Vergabestelle gegenüber allen

Anbieterinnen einmal am 17. Juni 2022 und abschliessend am 20. Juni 2022 Stellung. In der ersten Antwort vom 17. Juni 2022 wiederholte die Vergabestelle ihren der Ausschreibung zugrunde liegenden Entscheid, bei einem Verstoss gegen das Parkregime statt des möglichen "Strafverfahrens mit Busse" eine Umtriebsentschädigung einzufordern und, falls diese trotz Mahnung nicht gezahlt wird, gegebenenfalls ein Inkassoverfahren durchzuführen. Weiter hielt die Vergabestelle fest, es sei davon auszugehen, dass bei 20 % der Umtriebsentschädigungen gemahnt und bei 2 % ein Inkasso durchgeführt werden müsse. Bislang seien keine Inkassoverfahren durchgeführt worden, weshalb die Anbieterinnen für die Aufwandschätzung auf eigene Erfahrung zurückgreifen und diese auch darlegen sollten. Am 20. Juni 2022 teilte die Vergabestelle den Anbieterinnen mit, ihre erste Stellungnahme vom 17. Juni 2022 sei zu präzisieren. Nach erfolgloser Mahnung werde in Zukunft der strafrechtliche Weg beschritten. Die Strafanzeige werde von der Auftraggeberin selbst erstattet. Eine Umtriebsentschädigung entfalle in diesen Fällen. Im Ergebnis hält die Vergabestelle sodann fest, die das Inkassoverfahren betreffende "Aufwandschätzung aufgrund ihrer Erfahrungen entfällt für die Preiskalkulation". Für die Preiskalkulation sei nunmehr davon auszugehen, dass in 20 % der Fälle eine Mahnung erforderlich sei und "mit 2 % Ausfall bei den Bezahlungen" gerechnet werden müsse.

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, der Auftraggeberin sei es untersagt, das Leistungsverzeichnis nachträglich abzuändern. Der nachträgliche Verzicht auf die Durchführung von Inkassoverfahren sei daher von vornherein unzulässig. Im Übrigen sei die Kommunikation der Vergabestelle zu dieser Frage als widersprüchlich zu qualifizieren, was denn auch eine verlässliche Preiskalkulation "verunmöglicht" habe. Zum einen sei nach wie vor unklar, ob das ressourcenintensive Inkassoverfahren in der Angebotskalkulation zu berücksichtigen sei oder nicht. Darüber hinaus sei die Vergabestelle aber auch den Nachweis schuldig geblieben, dass ihre Prozentangaben zu Mahnaufwand und endgültigem Ausfall der Zahlung den Tatsachen entsprechen.

E. 4.2

Die Ausschreibungsgrundlagen können vor dem Eingabetermin für die Offerten konkretisiert und präzisiert werden. In dieser Phase sind auch grundlegende Anpassungen an der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen möglich, sofern die potenziell interessierte Bieterschaft darüber gleichzeitig informiert wird. Nach Ablauf der Eingabefrist ist eine Änderung des Leistungsbeschreibs dagegen weitestgehend ausgeschlossen (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 393 und 806).

E. 4.2.1

Vorliegend erfolgte die strittige Leistungsänderung bzw. der Verzicht auf die Durchführung von Inkassoverfahren vor dem Eingabetermin, mithin rechtzeitig. Sodann handelt es sich um ein Einladungsverfahren mit einem von vornherein geschlossenen Bieterkreis. Die Frage, ob sich infolge der geänderten Ausschreibungsgrundlagen allenfalls ein potenziell grösserer Bieterkreis angesprochen gefühlt hätte, stellt sich somit hier nicht. Die Vergabestelle hatte demnach nur die drei eingeladenen Anbieterinnen über die Änderung des Leistungsverzeichnisses zu informieren, was sie am 20. Juni 2022 getan hat.

E. 4.2.2

Der Beschwerdeführerin kann im Weiteren auch nicht gefolgt werden, wenn sie geltend macht, diese Information sei inhaltlich missverständlich gewesen und habe eine verlässliche Preiskalkulation verunmöglicht. Die Vergabestelle hat hinlänglich klargemacht, dass sie säumige Zahler nun doch strafrechtlich belangen wolle, dass sie dies selbst zu tun gedenkt und dass es darum in diesen Fällen für die Anbieterinnen keine Umtriebsentschädigung zu holen gibt. Wo keine Umtriebsentschädigung anfällt, besteht folgerichtig auch keine Grundlage für ein Inkassoverfahren. Wie die Vergabestelle ausdrücklich und unmissverständlich feststellt, spielt der mit einem Inkassoverfahren verbundene Aufwand denn auch keine Rolle für die Preiskalkulation. Das hat offenbar auch die Beschwerdeführerin selbst so verstanden. Insbesondere hat sie weder behauptet, geschweige denn dargetan, dass sie die Angaben der Vergabestelle falsch verstanden und den Aufwand für die Durchführung von Inkassoverfahren in ihre Preiskalkulation einbezogen hat. Es ist denn auch nicht ersichtlich, inwiefern sie durch die rechtzeitige Änderung des Leistungsverzeichnisses beziehungsweise die Kommunikation der Vergabestelle beschwert wäre. Fehl geht auch der Einwand der Beschwerdeführerin, die für die Preiskalkulation relevanten Angaben zum prozentualen Anteil der Mahnverfahren und der definitiven Zahlungsausfälle seien nicht hinreichend belegt. Die Beschwerdeführerin erkennt offenbar, dass diese Angaben lediglich als Kalkulationsgrundlage und nicht als verbindliche Tatsache bzw. Zusicherung seitens der Vergabestelle zu verstehen sind. Es liegt in der Natur der Sache, dass die Zahl der Mahnverfahren und der Anteil der definitiven Ausfälle auch künftig variieren können. Bei den von der Vergabestelle gemachten Angaben handelt es sich erklärermassen um Erfahrungswerte, welche den Anbieterinnen nur, aber immerhin als Anhaltspunkt für ihre Kostenschätzung dienen sollten. Nachdem die Vergabestelle nicht davon ausgehen musste, dass ihre durchaus als willkommene Hilfestellung zu verstehenden Angaben grundlos in Zweifel gezogen werden, bestand für sie auch keine Veranlassung, diese näher zu belegen.

E. 5.1

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 unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Missachtung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG) sowie bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung 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 (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBI 101/2000, S. 265; Galli et al., Rz. 456 f. und 470; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBI 101/2000, S. 225 ff., 235). Des Weiteren muss das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel in der Offerte dürfen Anbietende nicht ausgeschlossen werden (BGr, 26. Januar 2016, 2C 665/2015, E. 1.3.3; Galli et al., Rz. 444 f.).

E. 5.2

Die Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, welche 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). 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 (vgl. § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Bei deren Festlegung und Anwendung steht ihr ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG). 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. 5.3

In den Ausschreibungsunterlagen wurde von den Anbieterinnen unter dem Titel "Eignung und Nachweise" unter anderem ein "Umsetzungskonzept" verlangt, welches wie folgt umschrieben ist: 3.2.1 Allgemein Es ist ein Umsetzungskonzept für die Erfüllung des Auftrags einzureichen, in welchem erläutert wird, wie die Anbieterin den Auftrag konkret erfüllen würde. Dabei ist die Zusammenarbeit mit der Auftraggeberin darzustellen und es sind weiter die nachfolgenden Themen zu erläutern/zu dokumentieren. 3.2.2 Angaben zur Unternehmung und Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit [...] 3.2.3 Schlüsselpersonen [...] 3.2.4 Sicherheitskonzept [...]

E. 5.3.1

Die Beschwerdeführerin macht nun unter Berufung auf vorstehende Ziffer 3.2.1 (Umsetzungskonzept, Allgemein) geltend, zu den Aufgabenbereichen der Auftragnehmerin gehöre gemäss Ziff. 1.2 des Leistungsbeschreibs auch die "Überwachung und Sicherstellung der Betriebsbereitschaft der Parkuhr mit Wartung und Unterhalt (First-Level-Support, komplexere Reparaturen werden der Auftraggeberin gemeldet)". Die Zuschlagsempfängerin verfüge aber nicht über die nötige Ausbildung für die auf dem Schlachthofareal eingesetzte Parkuhr. Sie sei daher weder berechtigt noch in der Lage, deren Betriebsbereitschaft sicherzustellen und einen First-Level-Support durchzuführen. Folglich müsse sie mangels Erfüllung dieses Eignungskriteriums aus dem Verfahren ausgeschlossen werden.

E. 5.3.2

Dem ist vorab mit der Beschwerdegegnerin entgegenzuhalten, dass im besagten Eignungskriterium 3.2.1 nur die Lieferung eines Umsetzungskonzeptes verlangt wird und kein Schulungsnachweis für ein bestimmtes Parkuhrenmodell. Gegebenenfalls könnte denn auch die Erlangung weiterer Schulungsnachweise Gegenstand eines solchen Umsetzungskonzeptes sein, womit dem Kriterium in dieser allgemeinen Form bereits Genüge getan wäre.

E. 5.3.3

In den Ausschreibungsunterlagen wurde indes ausdrücklich festgehalten, es werde eine Parkuhr des Typs C der Firma D eingesetzt. Wie die Firma D mit Schreiben vom 9. November 2022 und nochmals mit E-Mail vom 21. November 2022 bestätigte, wurde die

Mitbeteiligte auf dem der Ausschreibung entsprechenden Modell geschult und verfügt demzufolge auch über die Berechtigung zur Durchführung des First-Level-Supports. Mithin ist unbestritten, dass das Angebot der Mitbeteiligten insofern ausschreibungskonform ist.

E. 5.4

Wie die Beschwerdeführerin geltend macht, wird auf dem streitbetroffenen Areal jedoch nicht das in der Ausschreibung genannte Modell, sondern das Modell E eingesetzt. Als bisherige Leistungserbringerin verfüge sie über die nötige Schulung und die Berechtigung zur Durchführung des First-Level-Supports, nicht aber die Mitbeteiligte.

E. 5.4.1

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.2 f., mit zahlreichen Hinweisen; 24. November 1999, VB.1998.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Galli et al., N. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Dabei genügt es grundsätzlich, wenn die Rüge spätestens bei Offertstellung erfolgt (VGr, 18. Dezember 2019, VB.2019.0068, E. 4.2.2). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings 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). Anbietende können nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn sie den Mangel tatsächlich festgestellt haben oder bei gehöriger Vorsicht hätten feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und allenfalls beschränkter Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 5.4.2

Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der Beschwerdeführerin um die bisherige Leistungserbringerin. Für sie war es daher offensichtlich, dass das in den Ausschreibungsunterlagen genannte Parkuhrenmodell nicht mit dem tatsächlich eingesetzten Modell übereinstimmt. Besondere Rechtskenntnisse waren für diese Feststellung nicht erforderlich. Auch macht sie geltend, dass auf dieser Grundlage von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren habe durchgeführt werden können. Gemäss den vorstehenden Ausführungen traf sie daher die Obliegenheit, die Vergabestelle auf die fehlerhafte Typenbezeichnung hinzuweisen. Der festgestellte Mangel lässt im Übrigen keinen anderen Schluss zu, als dass es sich um ein Versehen handelt, dessen Korrektur zweifellos im Interesse der Vergabestelle gelegen hätte. Es kann daher ausgeschlossen werden, dass die Beschwerdeführerin ihre Chancen im Submissionsverfahren kompromittiert hätte, wenn sie die Vergabestelle auf dieses Versehen aufmerksam gemacht hätte. Nach Treu und Glauben wäre die falsche Typenbezeichnung folglich spätestens mit der Offerteinreichung bei der Vergabebehörde zu rügen gewesen. Die Beschwerdeführerin durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen. Ihre

auf der falschen Typenbezeichnung basierenden Rügen betreffend die Eignung der Mitbeteiligten und die Qualität des von der Mitbeteiligten eingereichten Angebots erweisen sich daher als verspätet. Mithin erübrigen sich auch weitere Ausführungen zu dem von der Beschwerdeführerin in ihrer Triplik gestellten Unterlassungsantrag betreffend einen allfälligen Austausch der vorhandenen Parkuhr.

E. 6

In der Ausschreibung wurden sodann folgende Zuschlagskriterien samt ihrer Gewichtung festgelegt: 1. Preis (Pauschale pro Kontrollgang) 70 % 2. Erfahrung (Referenzen) 15 % 3. Qualität (Umsetzungskonzept) 15 %

Zur Angebotskalkulation wurde auf den Ausschreibungsgegenstand gemäss Leistungsbeschreibung in Ziff. 1.2 der Ausschreibungsunterlagen und in deren Anhängen 1 (Vertragsentwurf) und 2 (Parkierungsplan Parkplatzordnung des zu bewirtschaftenden Areals) verwiesen. Sodann wurde festgehalten, erfahrungsgemäss würden pro Jahr rund 300 Umtriebsentschädigungen anfallen, welche die Auftragnehmerin als Teil ihrer Entschädigung einbehalten könne.

E. 6.1

Was die Kalkulationsgrundlagen betrifft, so macht die Beschwerdeführerin in ihrer Replik erstmals geltend, "es wäre zwingend angezeigt gewesen, die tatsächliche Anzahl von 7 auf dem Schlachthofareal zu bewirtschaftenden Parkplätzen in den Ausschreibungsunterlagen zu erwähnen und nicht einen Anhang 2 zu publizieren, aus welchem hervorgeht, dass es sich um 220 Einheiten handelt".

E. 6.2

Mit der Replik dürfen Submissionsbeschwerden noch insoweit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort oder deren Beilagen dazu Anlass geben (vgl. Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 VRG [Kommentar VRG], § 52 N. 34).

E. 6.2.1

Die Beschwerdeführerin erhebt ihre Rüge unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Abschnitt II Ziffer 7 der Beschwerdeantwort. In der Beschwerdeantwort findet sich indes weder in diesem Abschnitt noch an anderer Stelle eine Aussage der Beschwerdegegnerin zur Zahl der zu bewirtschaftenden Parkplätze. Es kann daher nicht gesagt werden, die neue Rüge sei überhaupt erst durch Aussagen der Beschwerdegegnerin in der Beschwerdeantwort provoziert worden, was eine entsprechende Ausweitung der Beschwerdegründe allenfalls gerechtfertigt hätte. Der Einwand, wonach in Anhang 2 der Ausschreibungsunterlagen unzutreffende Angaben zur Anzahl der zu bewirtschaftenden Parkplätze gemacht würden, erfolgt damit verspätet.

E. 6.2.2

Im Übrigen erweist sich der Einwand aber ohnehin als unbegründet und erfolgt wohl auch wider besseres Wissen. Gemäss Ziffer 1.2 der Ausschreibungsunterlagen wird auf dem gesamten Areal eine Parkuhr eingesetzt, was die Zahl der davon erfassten Parkplätze von vornherein erheblich einschränkt. Aus dem besagten Anhang 2 der Ausschreibungsunterlagen geht sodann hervor, dass sich auf dem Areal insgesamt 220 Parkplätze befinden, welche bis auf 11 "Besucher-Parkplätze" allesamt fremdvermietet sind. Nur im Bereich dieser Besucher-Parkplätze findet sich denn auch der Vermerk

"Parkgebühr 50 Rp/h. max 2h". Objektiv bestand für die Anbieterinnen somit keine Veranlassung anzunehmen, es gelte Parkuhren für insgesamt 220 Parkplätze zu kontrollieren. Das bedeutet indes nicht, dass die nicht von der Parkuhr erfassten Parkplätze nicht ebenfalls zu kontrollieren und Widerhandlungen gegen die Parkordnung mit einer Umtriebsentschädigung zu ahnden sind. Gemäss der klaren Vorgabe in Ziffer 1.2 der Submissionsunterlagen umfasst die ausgeschriebene Parkraumbewirtschaftung das gesamte Areal. Dementsprechend räumt auch die Beschwerdeführerin in ihrer Triplik ein, dass sich die Kontrolltätigkeit auf das gesamte Areal erstrecke. Ihrer wiederholten Behauptung, es bestehe eine für die Preiskalkulation relevante Diskrepanz zwischen Parkraumbewirtschaftung und Kontrolltätigkeit, kann mangels Substanziierung nicht gefolgt werden. Nicht nachvollziehbar sind vorliegend denn auch nicht die Ausschreibungsgrundlagen, sondern die teilweise ausschweifenden Ausführungen der Beschwerdeführerin. Wenn die Beschwerdeführerin mit ihrer Rüge und der "Fotografischen Aufnahme der auf dem Schlachthofareal zu bewirtschaftenden Parkplätze" geltend machen will, die effektive Zahl der Besucher-Parkplätze liege entgegen der Darstellung in Anhang 2 nicht bei 11, sondern lediglich bei 7 Parkplätzen, verhält sie sich treuwidrig. Als bisherige Leistungserbringerin weiss sie sehr genau, wie viele Besucherplätze tatsächlich ausgeschildert sind. Wenn sie eine Abweichung in diesem Punkt als wesentlich erachtete, wäre sie nach Treu und Glauben gehalten gewesen, die Vergabestelle umgehend und nicht erst mit ihrer Replik darüber in Kenntnis zu setzen (vgl. vorne E. 5.4.1).

E. 6.2.3

Anzumerken bleibt, dass bei der Preiskalkulation weniger die Zahl der zu kontrollierenden Parkplätze, sondern vielmehr die in Aussicht gestellten rund 300 Umtriebsentschädigungen/Jahr im Vordergrund standen. Diese Ausschreibungsvorgabe wurde von der Beschwerdeführerin nie infrage gestellt.

E. 7

In preislicher Hinsicht fällt auf, dass die Beschwerdeführerin und die dritte Anbieterin je ein Angebot im Betrag von rund Fr. 60.- pro Kontrollgang einreicht haben, während das Angebot der Mitbeteiligten auf Fr. 0.- lautet. Die Beschwerdeführerin macht denn auch geltend, das "Null-Franken-Angebot" der Mitbeteiligten sei als ungewöhnlich niedrig im Sinn von § 32 SubmV zu qualifizieren und hätte als unzulässiges Unterangebot vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

E. 7.1

Nach § 32 SubmV kann die Vergabestelle, wenn sie ein Angebot erhält, das ungewöhnlich niedriger ist als andere Angebote, beim Anbieter oder bei der Anbieterin Erkundigungen einziehen, um sich zu vergewissern, dass dieser oder diese die Teilnahmebedingungen einhalten und die Auftragsbedingungen erfüllen kann. Gemäss § 4a Abs. 1 lit. d IVöB-BeitrittsG kann ein Anbieter oder eine Anbieterin ausgeschlossen werden, wenn er oder sie ein ungewöhnlich niedriges Angebot einreicht, ohne nachzuweisen, dass die Teilnahmebedingungen eingehalten werden und die Auftragsbedingungen erfüllt werden können. Allerdings führt der Umstand allein, dass der offerierte Preis die Selbstkosten des Anbieters oder der Anbieterin nicht deckt, nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts – im Einklang mit der in der Schweiz vorherrschenden Lehre und Rechtsprechung – in aller Regel nicht zum Ausschluss des Angebots. Angebote, welche unter Kalkulation eines Verlusts zustande kommen, stehen nicht notwendig im Widerspruch

zur Zielsetzung einer wettbewerbsorientierten Auftragsvergabe. Ein derartiges Angebot kann aus der Sicht des Anbieters oder der Anbieterin gerechtfertigt sein, um z. B. die Beschäftigung seiner oder ihrer Arbeitnehmenden in einer kritischen Phase zu gewährleisten oder in einem neuen Geschäftsbereich Fuss zu fassen. Diese Art von Preisbildung ist im Geschäftsverkehr unter Privaten weder ungewöhnlich noch gilt sie grundsätzlich als unzulässig; ein Verbot dieses Vorgehens würde den Anbietenden das Eindringen in neue Märkte erschweren und bestehende Marktstrukturen zementieren, was nicht der Zielsetzung des Vergaberechts entspricht (VGr, 8. April 2009, VB.2008.00194 E. 7; vgl. zum Ganzen RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48, E. 3b–d, mit Hinweisen; Robert Wolf, Preis und Wirtschaftlichkeit, Baurecht [BR], Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 12 f., mit Hinweisen).

E. 7.2

Vorliegend geht die Vergabestelle, der mit Bezug auf die Notwendigkeit und das Ausmass von Erkundigungen nach § 32 SubmV ein erhebliches Ermessen zusteht (RB 2003 Nr. 50 = BEZ 2003 Nr. 48), nicht vom Vorliegen eines Unterangebots aus. Die auf ihre Nachfrage hin eingereichte Kalkulation der Mitbeteiligten sei nachvollziehbar und es würde ihr sogar ein kleiner Gewinn resultieren. Das Angebot entspreche überdies dem üblichen Geschäftsmodell der Mitbeteiligten, welche sich einzig über die eingenommenen Umtriebsentschädigungen finanziere und das offenbar bereits seit Längerem sehr erfolgreich. Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, den aus 300 Umtriebsentschädigungen zu Fr. 50.- fliessenden Fr. 15'000.-/Jahr stehe ein Kontrollaufwand von 520 Kontrollgängen/Jahr (2 Kontrollgänge je Werktag während 52 Wochen) gegenüber. Daraus resultiere eine Entschädigung von lediglich Fr. 28.85 pro Kontrollgang, was mit Blick auf eine gehörige Erfüllung des Auftrags viel zu tief sei.

E. 7.3

Die Mitbeteiligte hat auf Nachfrage der Vergabestelle nicht nur eine, sondern zwei Kalkulationen eingereicht; eine basierend auf den bisherigen rund 300 Umtriebsentschädigungen/Jahr und eine weitere unter der Annahme einer deutlich höheren Anzahl Umtriebsentschädigungen/Jahr.

E. 7.3.1

Die Beschwerdeführerin wendet hierzu ein, damit bringe die Mitbeteiligte zum Ausdruck, dass sie die Parkraumbewirtschaftungs- und Kontrolltätigkeit zu intensivieren gedenke, was von der Beschwerdegegnerin weder gewollt noch erwünscht sei. Dem ist mit der Beschwerdegegnerin entgegenzuhalten, dass es der Mitbeteiligten unbenommen ist, aufgrund ihrer Erfahrung mit einer höheren Anzahl Umtriebsentschädigungen zu rechnen. Wenn sie dafür auch einen höheren Kontrollaufwand in Kauf nimmt, ist ihr das freigestellt. Ein Widerspruch zum Interesse der Auftraggeberin an einer gehörigen Auftragserfüllung ist jedenfalls nicht erkennbar. Auch ändert die zusätzliche Kalkulation nichts an der Nachvollziehbarkeit der Offerte. Massgeblich ist vielmehr, dass die Mitbeteiligte die gehörige Auftragserfüllung auf der Grundlage von 300 Umtriebsentschädigungen plausibel aufzeigen konnte.

E. 7.3.2

Dazu führt die Mitbeteiligte einleitend aus, dass sie über ein grosses Geschäftsvolumen verfüge. "Die Kosten für Material, Personal, Fahrzeuge, Software, Anfahrten, etc., welche bei einer Parkplatzkontrolle anfallen [ver]teilen sich somit auf eine riesige Menge an

Umtriebsentschädigungen und lassen sich deshalb pro ausgestellte Umtriebsentschädigung kaum mehr berechnen". Die Beschwerdeführerin leitet daraus ab, unter diesen Umständen könne die Kalkulation der Mitbeteiligten von vornherein nicht nachvollziehbar und letztlich auch nicht kostendeckend sein. Diese Befürchtung ist unbegründet. Die einleitenden Ausführungen der Mitbeteiligten stehen im Zusammenhang mit dem von ihr offenbar erfolgreich betriebenen Geschäftsmodell der "kostenlosen Parkkontrolle". In der beigelegten Kalkulation macht die Mitbeteiligte sehr wohl detaillierte Angaben zu den einzelnen Aufwandpositionen der Bereiche Kontrolle, Administration, Kassenleerung und Material. Die Kalkulation der Mitbeteiligten zeigt auf der Ertragsseite, dass sie sogar mit einem höheren Ausfall als den von der Vergabestelle genannten 2 % rechnet. Im Weiteren zeigt sie detailliert auf, dass sie mit dem verbleibenden Ertrag die Kosten für die Kontrollen, die Administration inkl. Behandlung von Einsprachen sowie die Kassenleerung mit zwei Mitarbeitenden abdecken kann. Der für die Kontrollen eingesetzte Zeitaufwand erscheint zwar eher tief, aber deswegen noch nicht unrealistisch. Auch fällt auf, dass für die Anfahrt kein Aufwand eingerechnet wird. Die Mitbeteiligte deklariert dazu jeweils in einer Klammerbemerkung, dass ihre Mitarbeitenden bereits heute mehrmals täglich am Streitobjekt vorbeifahren. Einen nennenswerten Gewinn erzielt die Mitbeteiligte nicht, was der Plausibilität ihrer Berechnungen indes keinen Abbruch tut. Alles in allem erweist sich die Kalkulation der Mitbeteiligten für das Gericht als nachvollziehbar, weshalb in antizipierter Beweiswürdigung auch auf ein gerichtliches Gutachten verzichtet werden kann (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 7 N. 18 ff.). Demgemäss ist nicht von einem offensichtlichen Unterangebot auszugehen. Ferner ist darauf hinzuweisen, dass selbst wenn die Kalkulation so nicht zutreffen sollte, die Anbietenden bei der Kalkulation ihrer Angebotspreise, insbesondere auch bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands, grundsätzlich frei sind, sofern nicht unzulässig tiefe Löhne gezahlt werden (vgl. VGr, 4. August 2016, VB.2016.00180, E. 4.3). Aufgrund der Akten ist jedoch nicht von unzulässig tiefen Löhnen auszugehen. Auch führt die Beschwerdegegnerin in diesem Zusammenhang aus, dass die Mitbeteiligte Mitglied des Verbands Schweizerischer Sicherheitsdienst-Unternehmen ist und dem Gesamtarbeitsvertrag der privaten Sicherheitsdienste untersteht, was von der Beschwerdeführerin nicht in Abrede gestellt wurde. Die Beschwerdegegnerin weist sodann zutreffend darauf hin, dass es den Anbietenden offensteht, nicht kostendeckend zu offerieren, sofern das Angebot den gestellten Anforderungen genügt. Die Anbietenden sind daher nicht verpflichtet, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen (E. 3.2; VGr, 8. August 2012, VB.2012.00257, E. 3.5 mit Hinweisen). Da die Dienstleistungen vom Angebotspreis gedeckt sein mussten, hätte die Mitbeteiligte die Folgen einer allfälligen Fehlkalkulation des Aufwands selbst zu tragen (VGr, 4. August 2016, VB.2016.00180, E. 4.3). Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Angebot immerhin eine verbindliche Vertragsofferte darstellt, und sich der Anbieter oder die Anbieterin damit – sofern der Vertrag zustande kommt – verpflichtet, die verlangte Leistung zu erbringen. Sollte sich erweisen, dass die Leistung nicht dem Angebotenen bzw. vertraglich Vereinbarten entspricht, stehen der Vergabestelle die privatrechtlichen Rechtsbehelfe sowie die vorgesehenen Sanktionen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Verfügung. Die Vergabestelle darf sich deshalb bis zu einem gewissen Grad darauf verlassen, dass der Anbieter oder die Anbieterin seinen oder ihren Vertragspflichten nachkommt, solange keine konkreten Hinweise darauf bestehen, dass dies nicht der Fall ist (BGE 141 II 14 E. 10.3; BGr, 20. Januar 2014, 2C_346/2013, E. 1.3.3). Da aufgrund der Akten keine konkreten

Hinweise bestehen, dass die Mitbeteiligte ihren vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommen könnte, wäre das Angebot, selbst wenn es ein Unterangebot darstellen würde, aus diesem Grund nicht auszuschliessen.

E. 8.1

Bei der Preisbewertung erzielte das Angebot der Mitbeteiligten das Maximum von 280 Punkten, dasjenige der Beschwerdeführerin 70 Punkte. Nachdem die Modalitäten der Preisbewertung und die Gewichtung dieses Zuschlagskriteriums unbestritten geblieben sind, verfügt die Mitbeteiligte somit über einen Vorsprung von 210 Punkten.

E. 8.2

Bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 konnten vorliegend je 60 Punkte bzw. zusammengerechnet maximal 120 Punkte erzielt werden. Das reicht nicht aus, um den Vorsprung der Mitbeteiligten beim Preiskriterium wettzumachen. Inwieweit die Bewertung der Mitbeteiligten bei den Zuschlagskriterien 2 und 3 gerechtfertigt ist, kann unter diesen Umständen offengelassen werden. Dennoch ist an dieser Stelle noch kurz auf die Referenzbewertung einzugehen, nämlich soweit es das Geschäftsmodell der Mitbeteiligten betrifft. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend feststellt, basieren alle drei Referenzobjekte der Mitbeteiligten auf dem vorliegend umstrittenen Finanzierungsmodell. In allen drei Fällen sind die eingeholten Referenzen für die Mitbeteiligte sehr gut ausgefallen. Entgegen den von der Beschwerdeführerin unter Berufung auf Medienberichte geäußerten Zweifeln ist die Zufriedenheit bei den Kunden der Mitbeteiligten demnach erklärermassen hoch. Dass die Zufriedenheit bei den mit einer Umtriebsentschädigung belegten Falschparkern nicht so hoch ist, versteht sich von selbst, ändert aber vorliegend nichts. Anzumerken ist, dass die strittigen Fälle, wie eingangs festgestellt (vgl. E. 4 und E. 4.2.2), bereits nach erfolgloser Mahnung der Auftraggeberin zu übergeben sind. Sie und nicht die Auftragnehmerin hat es daher letztlich in der Hand, mit wie viel Augenmass bei der Durchsetzung des Parkregimes vorgegangen wird.

E. 9

Zusammenfassend erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 10

Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 11

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu beachten ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist (vgl. § 38 SubmV). Die Mitbeteiligte hat keine Parteientschädigung beantragt.

E. 12

Soweit der – auf Grundlage von zwei Kontrollgängen täglich an 260 Tagen zu Fr. 60.- pro Kontrollgang während der Vertragsdauer von vier Jahren zuzüglich Umtriebsentschädigung geschätzte – Auftragswert den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche

Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019) übersteigt, ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt; andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.