

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00151 vom 17. August 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-08-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00151

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00151 du 17 août 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00151 del 17 agosto 2023

Regeste

Submission | Erfüllung der Eignungskriterien. Art. 11 lit. g IVöB gewährleistet den Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen anderer Anbietender (E. 3.2). Das Akteneinsichtsrecht im Submissionswesen ist dahingehend eingeschränkt, dass die Mitbewerbenden grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren keine Einsicht in die Konkurrenzofferten haben (E. 3.3). 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. Eine solche Obliegenheit besteht nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln (E. 4.2.1). Die Beschwerdeführerin hätte als erfahrene Anbieterin die Gelegenheit gehabt, die Vorgabe des Fahrzeugparks, welche sie als offensichtlich praxisuntauglich erachtet, spätestens mit der Eingabe ihrer Offerte zu beanstanden, was sie jedoch unterlassen hat (E. 4.2.2). 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 (E. 4.3.1). Die Beschwerdeführerin wurde zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen (E. 4.4). Die Mitbeteiligte erfüllt die Eignungskriterien (E. 4.5 f.). 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt, sie hätte nicht vom Verfahren ausgeschlossen werden dürfen, die Mitbeteiligte als einzige andere Anbieterin hätte ausgeschlossen werden müssen und selbst wenn beide Angebote zugelassen werden müssten, wäre sie deutlich besser zu bewerten gewesen als die Mitbeteiligte. Erweisen sich ihre Einwände als begründet, hätte sie somit eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder dass das Verfahren aufgrund fehlender Angebote wiederholt werden müsste. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

In der Stellungnahme zur Duplik vom 22. Juni 2023 verlangte die Beschwerdeführerin in prozessualer Hinsicht erneut umfassende Akteneinsicht (S. 3) bzw. Einsicht in die physische Konkurrenzofferte (S. 6).

E. 3.2

Die Akteneinsicht im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach den Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts (§ 2 Abs. 2 des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 [IVöB-BeitrittsG] in Verbindung mit § 8 f. VRG). Art. 11 lit. g IVöB gewährleistet zudem den Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen anderer Anbietender. Dem für das Submissionsrecht wesentlichen Grundsatz der Vertraulichkeit ist bei der Interessenabwägung Rechnung zu tragen (VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 3.1.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1191 ff., mit Hinweisen).

E. 3.3

Das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin ist bereits in der Präsidialverfügung vom 30. Mai 2023 ergänzend behandelt worden. Unter Hinweis auf die Praxis wurde dabei mit Blick auf das Geschäftsgeheimnis in die Konkurrenzofferte keine Akteneinsicht gewährt; jedoch wurde die Beschwerdeführerin bezogen auf den strittigen Prozessgegenstand und in Interessenabwägung nach § 9 Abs. 2 VRG über den Inhalt der Offerte ergänzend in Kenntnis gesetzt, nämlich über die Art der bisherigen Aufträge sowie über die Aufstellung der Fahrzeuge und der technischen Geräte. Von weitergehenden Mitteilungen wurde mit Blick auf das Geschäftsgeheimnis abgesehen. Die Ausführungen der Beschwerdeführerin in der Eingabe vom 22. Juni 2023 geben keinen Anlass für eine andere Beurteilung. Wenn sie Einsicht in die physische Offerte der Konkurrentin verlangt, so verkennt sie die massgeblichen gesetzlichen Grundlagen, die Praxis der kantonalen Gerichte und insbesondere auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach das Akteneinsichtsrecht im Submissionswesen dahingehend eingeschränkt ist, dass die Mitbewerbenden grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren keine Einsicht in die Konkurrenzofferten haben (BGE 139 II 489 E. 3.3; BGr, 7. Mai 2013, 2C_277/2013, E. 1.5, je mit Hinweisen). Die Präsidialverfügung vom 30. Mai 2023 trägt diesen Grundsätzen angemessen Rechnung.

E. 4.1

Die Vergabestelle schloss die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren aus, da diese das Eignungskriterium 3.2.2. a) nicht erfülle. Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass

Eignungskriterium 3.2.2. a) sei praxisuntauglich und willkürlich festgelegt worden. Das Eignungskriterium sei mit Blick auf die Strassen- und Verkehrssituation in der Stadt Zürich offensichtlich unhaltbar.

E. 4.2.1

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, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 4.3.1; 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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit besteht 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). Ein Anbieter oder eine Anbieterin kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er oder sie 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

In den Ausschreibungsunterlagen war unter dem Eignungskriterium 3.2.2. a) festgehalten worden: Verfügbarkeit von zwei Lastwagen mit Kranvorrichtung und Seilwinde mit 20 Tonnen Zugkraft bzw. ein eigener Lastwagen und die Möglichkeit, im Bedarfsfall umgehend einen zweiten entsprechend ausgerüsteten Lastwagen hinzuziehen zu können. Die Anforderungen an den Fahrzeugpark waren somit klar umschrieben, und die Beschwerdeführerin durfte nicht davon ausgehen, dass sie ihre Eignung auch anders erfüllen bzw. nachweisen könne. Somit hätte die Beschwerdeführerin als erfahrene Anbieterin die Gelegenheit gehabt, die Vorgabe des Fahrzeugparks, welche sie als offensichtlich praxisuntauglich erachtet, spätestens mit der Eingabe ihrer Offerte zu beanstanden, was sie jedoch unterlassen hat. Die Rüge der Beschwerdeführerin ist daher unter dem Aspekt von Treu und Glauben als verspätet zu qualifizieren. Die Beschwerdeführerin durfte unter den gegebenen Umständen nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen, gab sie doch mehrfach in ihrer Beschwerde an, dass das Eignungskriterium offensichtlich mangelhaft sei.

E. 4.3.1

Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG) oder bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c

IVöB-BeitrittsG).

E. 4.3.2

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 SubmV). Bei deren Festlegung und Anwendung steht ihr ein weiterer 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. 4.4

Die Beschwerdeführerin hat in ihrer Offerte keine zwei Lastwagen mit Kranvorrichtung und Seilwinde mit 20 Tonnen Zugkraft bzw. ein eigener Lastwagen und die Möglichkeit, im Bedarfsfall umgehend einen zweiten entsprechend ausgerüsteten Lastwagen hinzuziehen zu können, aufgeführt. Es kann daher offenbleiben, ob derjenige Lastwagen der Beschwerdeführerin, welcher eine Kranvorrichtung und Seilwinde mit 20 Tonnen Zugkraft hat, die Voraussetzungen an die Luftreinhaltung einhält bzw. einhalten muss, da die Beschwerdeführerin keinen zweiten solchen Lastwagen im Bedarfsfall anbieten kann. Sodann ist es auch unbeachtlich, ob der Auftrag auch mit anderen Fahrzeugen ausgeführt werden kann, sind die Eignungskriterien doch klar und erweisen sich wie dargelegt die dagegen vorgebrachten Rügen der Beschwerdeführerin als verspätet. Die Beschwerdeführerin erfüllt das Eignungskriterium 3.2.2. a) nicht und wurde daher zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

E. 4.5.1

Die Beschwerdeführerin rügt sodann, auch die Mitbeteiligte würde das Eignungskriterium 3.2.2. a) nicht erfüllen und sei daher auszuschliessen. Diejenigen Fahrzeuge, welche die Voraussetzungen des Eignungskriteriums in Bezug auf den Kran und die Seilwinde erfüllen könnten, seien auf ihrer Homepage nicht bei den Abschleppfahrzeugen aufgeführt, sondern unter "LKW und Spezialfahrzeuge". Eine etwaige Zweckentfremdung der Fahrzeuge sei augenscheinlich.

E. 4.5.2

Die Mitbeteiligte hat in ihrem Angebot zwei Fahrzeuge aufgeführt, welche die Anforderungen des Eignungskriteriums 3.2.2. a) bezüglich Kran und Seilwinde erfüllen. Unter welchem Titel die Mitbeteiligte diese Fahrzeuge auf ihrer Homepage führt, ist unbeachtlich, es ist nur wesentlich, ob diese die Eignungskriterien erfüllen und für den Auftrag verwendet werden können. Die aufgeführten Fahrzeuge sind zum Abschleppen und Bergen von Fahrzeugen geeignet und müssen zur Auftragserfüllung nicht zweckentfremdet werden. Demgemäss hat die Mitbeteiligte das Eignungskriterium 3.2.2. a) erfüllt.

E. 5.1

Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Mitbeteiligte hätte sodann auch aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen, da sie die Eignungskriterien 3.2.1. a) Uneingeschränkte Betriebsbereitschaft an 365 Tagen während 24 Stunden mit ihrem Personal nicht erfüllen könne, da sie nicht über genügend Fachpersonal mit ausreichender Ausbildung, wie mit Eignungskriterium 3.2.4. a) verlangt, verfüge. Keiner der Mitarbeitenden verfüge über das Diplom "Strassenhelfer/-in mit eidg. Fachausweis". Drei Personen würden nicht einmal über einen Führerausweis für Lastwagen verfügen. Auch könne sie nicht auf zwei Grossereignisse gleichzeitig reagieren und damit das Eignungskriterium 3.2.1. c) nicht erfüllen, da ihre Mitarbeitenden den Ruhezeitenregelungen der Chauffeurverordnung ARV 1 unterliegen würden.

E. 5.2

Das Eignungskriterium 3.2.4. a) verlangt: Für den Auftrag ausreichende Ausbildung und Ausrüstung des Personals. Nachweis: Formular "Angaben zum Personal", evtl. ergänzende Unterlagen (z. B. Fähigkeitsausweis, Fachkurs-Nachweise etc.). Das Eignungskriterium verlangt keine spezielle Berufsausbildung wie dies die Beschwerdeführerin mit ihren Hinweisen zum "Strassenhelfer/-in mit eidg. Fachausweis" wohl geltend machen will. Vielmehr lässt der Hinweis auf Fachkurs-Nachweise vermuten, dass der Nachweis der Fachkompetenz nicht durch eine spezifische Ausbildung, sondern durch mehrere Ausbildungen und Kurse erbracht werden kann. So verfügen mit Ausnahme der Geschäftsleiterin (kaufmännische Ausbildung) sämtliche Mitarbeitenden der Mitbeteiligten sowie deren Aushilfen über eine oder mehrere Ausbildungen im Automobilbereich wie beispielsweise Automechaniker oder LKW-Chauffeur CZV. Zudem haben alle festen Mitarbeitenden (mit Ausnahme der Geschäftsleiterin) Kurse wie beispielsweise "Unfallberger Kanton Zürich" oder "SICHERES ARBEITEN AN HOCHVOLT-FAHRZEUGEN in Pannen- und Unfallsituationen" absolviert. Zwei feste Mitarbeitende sowie zwei Aushilfen sind sodann Kranführer. Demgemäss erweist sich die Auffassung der Beschwerdegegnerin, dass die Mitbeteiligte über genügend Fachpersonal zur Erfüllung des Eignungskriteriums verfüge, als vertretbar. So erscheint doch aufgrund dieser Ausbildungen und Kurse das technische Know-how der Mitarbeitenden der Mitbeteiligten zur Ausführung des Auftrags als gegeben.

E. 5.3

Das Eignungskriterium 3.2.1. a) setzt voraus: Uneingeschränkte Betriebsbereitschaft an 365 Tagen während 24 Stunden im Jahr mit einer einzigen, ständig bedienten Kontakttelefonnummer. Nachweis: Angaben zur Unternehmung, Angaben zum Personal (Bestand, Ausbildung, Dienstbetrieb). Das Eignungskriterium 3.2.1. c) verlangt: Gewähr, dass rund um die Uhr gleichzeitig zwei grössere Ereignisse – z. B. Bergung eines Lastwagens und gleichzeitiges Abschleppen eines anderen schweren Fahrzeuges – an verschiedenen Örtlichkeiten innerhalb der Stadt bewältigt werden können. Nachweis: Angaben zum Fahrzeugpark (siehe 3.2.2.); Angaben zum Personal (siehe Personalliste), evtl. Augenschein durch die Vergabestelle. Die Mitbeteiligte verfügt über einen Schichtbetrieb und genügend Mitarbeitende sowie auf Abruf stehende Hilfskräfte, um einen solchen gewährleisten zu können. Der Schichtbetrieb ist sodann dergestalt ausgearbeitet, dass die gesetzlichen Ruhezeiten eingehalten werden können. Die Mitbeteiligte verfügt auch mithilfe ihrer auf Abruf bereitstehenden Hilfskräfte über genügend ausgebildetes Personal, um zwei Grossereignisse gleichzeitig abfertigen zu können, ohne dass dabei die Gefahr besteht, dass ihre Mitarbeitenden die gesetzlichen Ruhezeiten nicht mehr einhalten

können. Die Beschwerdegegnerin hat ihr Ermessen nicht überschritten, indem sie die Erfüllung dieser organisatorischen Eignungskriterien durch die Mitbeteiligte angenommen hat. Die Mitbeteiligte war demgemäss nicht aus dem Verfahren auszuschliessen und durfte ihr, als einzig verbliebener Anbieterin, der Auftrag erteilt werden. Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen.

E. 6

Mit dem vorliegenden Urteil wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 7

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 8

Der geschätzte Auftragswert übersteigt 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). 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, 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.