



Geschäftsnummer: VB.2023.00506

Entscheidart und - Endentscheid vom 11.04.2024

datum:

Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer

Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

ANFORDERUNG

AUSSCHLUSS

ERFÜLLUNG

MUSSKRITERIEN

SUBMISSIONSRECHT

Rechtsnormen:

§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrG

§ 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrG

Publikationen:

- keine -

Patiententransporte. Fehlende Erfüllung eines Musskriteriums durch die Zuschlagsempfängerin?

Musskriterien sind nicht mit Eignungskriterien bzw. Anforderungen gleichzusetzen. Nur Eignungskriterien, nicht aber Musskriterien, betreffen direkt die Eignung der Anbietenden. Ist ein von der Vergabestelle festgelegtes Eignungskriterium nicht erfüllt, so erfolgt ein Verfahrensausschluss (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB-BeitrG). Wird eine einzelne Mussanforderung nicht erfüllt, so führt dies demgegenüber nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. Der Vergabebehörde kommt allerdings, wie bei der Bewertung von Eignungskriterien, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Dass die Mitbeteiligte die strittige Anforderung erfüllt, hat der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort überzeugend dargelegt und ist auch belegt (E. 3).

Abweisung.



VB.2023.00506

Urteil

der 1. Kammer

vom 11. April 2024

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA Dr. B, und/oder RA C,

Beschwerdeführerin,

gegen

Universitätsspital Zürich, vertreten durch Rechtsdienst,
RA D,

Beschwerdegegner,

und

E AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Universitätsspital Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 17. Mai 2023 auf SIMAP ein offenes Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich zur Beschaffung der Dienstleistung "Patiententransporte Kategorie F" für die Dauer von fünf Jahren. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 28. Juni 2023 gingen zwei Angebote ein. Die A AG offerierte zu Fr. 5'566'781.65. Am 23. August 2023 erteilte das Universitätsspital Zürich den Zuschlag an die E AG zum Preis von Fr. 3'797'852.75 (exkl. MWST) und teilte dieses Ergebnis den Anbietenden per E-Mail mit. Tags darauf publizierte das Universitätsspital Zürich das Ergebnis auf SIMAP.

II.

Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 4. September 2023 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, die angefochtene Verfügung aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen; eventuell die Sache zur Neuurteilung im Sinn der Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen; subeventuell die Sache zur Wiederholung des Verfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen; subsubeventuell die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde superprovisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen und den Vertragsschluss zu untersagen sowie vollständige Akteneinsicht und einen zweiten Schriftenwechsel. Ferner beantragte sie den Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Präsidialverfügung vom 6. September 2023 wurde dem Beschwerdegegner ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt.

Das Universitätsspital Zürich beantragte mit Beschwerdeantwort vom 28. September 2023 innert erstreckter Frist, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen sowie eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin. In prozessualer Hinsicht beantragte es, der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu gewähren und den Vertragsschluss zu erlauben. Ferner beantragte es hinsichtlich der eingereichten Akten, schützenswerte bzw. vertrauliche Angaben und insbesondere die speziell gekennzeichneten Akten von der Akteneinsicht auszunehmen.

Dem Beschwerdegegner wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Oktober 2023 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig wurde das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin teilweise gutgeheissen. Die A AG replizierte am 24. Oktober 2023

innert erstreckter Frist und hielt vollumfänglich an den gestellten Anträgen fest. Mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2023 wurde dem Beschwerdegegner weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen und Frist Duplik angesetzt. Das Universitätsspital Zürich duplizierte am 16. November 2023 innert erstreckter Frist und hielt an den gestellten Anträgen fest.

Dem Beschwerdegegner wurde mit Präsidialverfügung vom 22. November 2023 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin teilweise Akteneinsicht gewährt. Der weitere Schriftenwechsel vom 11. und 27. Dezember 2023 erfolgte mit weiterhin unveränderten Anträgen.

Mit Präsidialverfügung vom 4. Januar 2024 wurde dem Beschwerdegegner vorbehaltlich allfälliger Kündigungsfristen laufender Verträge ermächtigt, betreffend die bis 31. März 2024 anfallenden Transportdienstleistungen Aufträge der Mitbeteiligten oder anderen Unternehmen zu erteilen. Im Übrigen wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung gewährt. Am 29. Januar 2024 erging eine letzte Stellungnahme der A AG mit unveränderten Anträgen. Die zur Gewährung des lückenlosen Betriebs unter Gewährung der aufschiebenden Wirkung bis 31. März 2024 erteilten Ermächtigung zur Auftragserteilung für anfallende Transportdienstleistungen wurde mit Präsidialverfügung vom 21. März 2024 bis zum 30. April 2024 verlängert.

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 = 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. Die Einzelheiten für die Vergabe von Aufträgen, die von der IVöB erfasst werden, sind in der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) geregelt.

2.

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 i. V. m. § 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).

2.2 Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin liegt mit 368 von 1'500 möglichen Punkten in der Gesamtrangierung hinter der Zuschlagsempfängerin, welche das Punktemaximum erzielt hat. Sie macht geltend, die Zuschlagsempfängerin verfüge über keine Anbindung an das EBAK-System für die elektronische Transportabwicklung von F-Transporten und erfülle daher das entsprechende Musskriterium nicht. Da es sich um ein wesentliches Musskriterium handle, hätte dies zu deren Ausschluss führen müssen. Ferner macht sie in diesem Zusammenhang geltend, die Vergabestelle habe ihre Pflicht zur weiteren Sachverhaltsabklärung zur Sicherstellung der Ausschreibungskonformität verletzt.

2.3 Erwiesen sich diese Vorbringen als berechtigt, würde dies zur Aufhebung des Zuschlags führen. Als zweitplatzierte Anbieterin hätte die Beschwerdeführerin realistische Chancen auf den Zuschlag oder könnte im Falle eines Abbruchs des Verfahrens ein neues Angebot einreichen (vgl. VGr, 8. Februar 2024, VB.2023.00426, E. 4, m. w. H.). Folglich ist die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

Vorliegend wird die fehlende Erfüllung eines "Musskriteriums" moniert.

3.1 Musskriterien sind nicht mit Eignungskriterien bzw. Anforderungen gleichzusetzen. Nur Eignungskriterien, nicht aber Musskriterien, betreffen direkt die Eignung des Anbieters (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 251 Rz. 582). Erfüllt ein Anbieter oder eine Anbieterin die von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien nicht, so erfolgt ein Verfahrensausschluss (§ 4a Abs. 1 lit. a und c IVöB-BeitrittsG). Wird eine einzelne Mussanforderung nicht erfüllt, so führt dies 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 m. w. H.).

Die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben an das Produkt müssen sodann sachlich begründet sein. Zwingende Vorgaben, deren Nichterfüllung zu einem Ausschluss führen muss, sind nur dann gerechtfertigt, wenn die Vorgaben konkret als zweckmässig erscheinen (VGr, 4. Oktober 2018, VB.2018.00346, E. 3.2.2). Der Vergabebehörde kommt allerdings, 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, 27. Juli 2017, VB.2017.00367, E. 6.3 m. w. H.; Galli et al., S. 241 Rz. 564).

3.2 Die Musskriterien wurden vorliegend im Leistungsverzeichnis als Anforderungen aufgeführt. Unter dem Titel "ICT – Elektronische Transportauftragsabwicklung über die ELZ" war verlangt, dass die Anbietenden über eine Schnittstelle zum EBAK-System der Einsatzleitzentrale (ELZ) verfügen. Ferner mussten demgemäss die Transporteinsätze über eine Einsatzleitzentrale disponiert und koordiniert werden.

Gemäss Pflichtenheft für Patiententransporte der Kategorie F hatten die Angebote die Muss-Kriterien (inkl. verlangte Nachweise) vollständig zu erfüllen. Bei fehlender Erfüllung eines dieser Musskriterien war der Ausschluss des Angebots vom Verfahren vorgesehen. Die Frage, ob es sich dabei um ein Musskriterium oder eine Anforderung mit zwingender Ausschlussfolge handelt, ist vorliegend nicht strittig und kann – wie sich aus dem Folgenden ergibt – offengelassen werden.

3.3 Aus der Bewertung des Leistungsverzeichnisses ergibt sich, dass der Beschwerdegegner die genannten Musskriterien bei beiden Anbieterinnen als erfüllt erachtete. Entsprechend führte der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort aus, die Mitbeteiligte verfüge über eine EBAK-Anbindung und könne seit über einem Jahr Transportbestellungen der Kategorien E und F von allen Spitälern, welche über das EBAK-System Transporte anmeldeten, direkt über das EBAK-System der ELZ entgegennehmen. Um den optimalen Ablauf für alle Beteiligten zu finden, stehe sie im regelmässigen Austausch mit der Transportdisposition von Schutz & Rettung Zürich, welche E- und F-Transporte disponierten.

3.3.1 Letzterer Ausführung des Beschwerdegegners steht eine Antwort in der Fragerunde gegenüber: Die Beschwerdeführerin hatte im Rahmen der Fragerunde – allerdings in Bezug auf die Erwähnung der "ELZ ZH" im Dienstleistungsvertrag – angefragt, ob die Kategorie F entgegen ihrem Wissen von der ELZ disponiert würde. Darauf wurde seitens des Beschwerdegegners ausgeführt, F-Transporte würden nicht über die ELZ disponiert, sondern durch die Leitstelle des zukünftigen Vertragspartners. Eine EBAK-Anbindung sei zwingend notwendig.

Allerdings lässt sich dem seitens der Beschwerdeführerin mit der Replik eingereichten Antwortschreiben von Schutz & Rettung vom 9. Oktober 2023 entnehmen, dass die Dispositionen bzw. Alarmierungen über die Einsatzleitzentrale Schutz & Rettung Zürich (ELZ) erfolgen würden und die Mitbeteiligte zurzeit via EBAK keine solchen vornehmen könne. Diese Ausführungen bestätigen diejenigen in der Beschwerdeantwort.

3.3.2 Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin muss die Mitbeteiligte nicht in der Lage sein, selbst über das EBAK-System die Disponierungen durchzuführen, sondern dies kann auch über die Einsatzleitzentrale von Schutz & Rettung erfolgen. So lautet die Formulierung der Anforderung denn auch, dass die Transporteinsätze über *eine* Einsatzleitzentrale disponiert und koordiniert werden müssten. Damit wurde offengelassen, durch wen die Koordination und Disposition vorzunehmen ist.

Wesentlich war hingegen, dass Koordination und Disposition über eine *Einsatzleitzentrale* vorgenommen werden. Entsprechend war gemäss den Anforderungen unter dem Titel "Elektronische Transportauftragsabwicklung über die ELZ" verlangt, dass die Anbietenden über eine Schnittstelle zum EBAK der ELZ verfügen. Dies wiederum stimmt mit der in der Antwort der Fragerunde ebenfalls enthaltenen Aussage überein, wonach eine EBAK-Anbindung zwingend notwendig sei.

3.3.3 Dass die Mitbeteiligte die strittige Anforderung erfüllt, hat der Beschwerdegegner in seiner Beschwerdeantwort überzeugend ausgeführt. Demnach verfügt die Mitbeteiligte über die verlangte Schnittstelle zum EBAK-System der ELZ. Sie empfängt Auftragsinformationen von der ELZ direkt über EBAK und diese sieht darin den Erfüllungsstatus direkt im System. Auf Aufforderung hin hat die Mitbeteiligte zudem eine Bestätigung von Schutz & Rettung eingereicht (datierend vom 12. September 2023), dass sie seit Mitte 2022 an EBAK angebunden sei und durch die Einsatzleitzentrale Schutz & Rettung alarmiert werde. Die Beschwerdeführerin vermag mit ihren Ausführungen nicht infrage zu stellen, dass die Mitbeteiligte über die verlangte Schnittstelle bzw. Anbindung zum EBAK-System der ELZ verfügt.

3.4 Zum Vorbringen, die Vergabestelle habe ihre Pflicht zur weiteren Sachverhaltsabklärung zur Sicherstellung der Ausschreibungskonformität verletzt, ist Folgendes festzuhalten: Die Anbietenden mussten in der Selbstdeklaration lediglich bestätigen, dass sie das strittige Muss-Kriterium erfüllen würden; ein Nachweis war dazu nicht erforderlich.

Weiter fällt in Betracht, dass die Mitbeteiligte in ihrer Offerte zu wahrheitsgemässen Angaben verpflichtet war (vgl. § 4a Abs. 1 lit. i IVöB-BeitrittsG; VGr, 28. Juni 2016, VB.2016.000164, E. 3.4). Sodann bestand für die Vergabestelle kein Anlass, daran zu zweifeln, dass die Mitbeteiligte über eine EBAK-Anbindung verfügt. Sie hatte ihren Ausführungen zufolge bereits vorgängig informell bei Schutz & Rettung angefragt, welche Unternehmen über eine solche Anbindung verfügen würden, wobei sowohl die Beschwerdeführerin als auch die Mitbeteiligte genannt worden seien.

Zusammengefasst durfte die Vergabebehörde die Erfüllung des strittigen Musskriteriums durch die Mitbeteiligte ohne Rechtsverletzung bejahen. Demgemäss ist die Beschwerde abzuweisen.

4.

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

5.

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen.

Ein Entschädigungsanspruch der Beschwerdeführerin entfällt von vornherein (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Auch der Beschwerdegegnerin ist keine Entschädigung zuzusprechen, da ihr kein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG entstanden ist.

6.

Der 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).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 10'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 355.-- Zustellkosten,
Fr. 10'355.-- Total der Kosten.
3. Die Kosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an:
 - a) die Parteien;
 - b) die Mitbeteiligte.

