

## **BGE 143 II 553**

Bundesgericht (BGE), 2017-01-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge\\_BGE\\_143\\_II\\_553](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bge_BGE_143_II_553)

FR: ATF 143 II 553

IT: DTF 143 II 553

### **Regeste**

Regeste Art. 50 Abs. 1 BV, Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA, Art. 3 und 5 BGBM, Art. 13 lit. f IVöB; öffentliches Beschaffungswesen und Gemeindeautonomie, Gewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis", Bewertung der Plausibilität eines Angebots, vergaberechtliches Transparenzprinzip. Die Gemeinden des Kantons Zürich sind für ihre Beschaffungen an die einschlägigen Submissionsvorschriften gebunden. Soweit die Zuschlagskriterien einen direkten, sachlichen Bezug zur nachgesuchten Leistung aufweisen, verfügen die Gemeinden über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 6.1-6.3). Das wirtschaftlich günstigste Angebot im Sinne von Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA und Art. 13 lit. f IVöB definiert sich nicht allein über den tiefsten Preis. Bei komplexen Beschaffungen muss der Preis aber im Umfang von mindestens 20 % Berücksichtigung finden. Er darf als Zuschlagskriterium durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden (Bestätigung der Rechtsprechung; E. 6.4). Beim Zuschlagskriterium "Preis" ist das tiefste Angebot im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten zu bewerten. Bewertungsabzüge mit der Begründung, der Preis als solcher sei nicht plausibel oder nicht kostendeckend, sind nicht statthaft (Präzisierung der Rechtsprechung; E. 7.1). Die Bewertung eines Angebots unter dem Gesichtspunkt der Plausibilität ist aber zulässig, solange damit in objektivierbarer Weise die Leistungen bewertet werden, die vom Angebotspreis abgedeckt sind (E. 7.2-7.5). Die Bewertung der Plausibilität eines Angebots muss dabei mit dem vergaberechtlichen Transparenzprinzip vereinbar sein. Sie kann nicht ohne Weiteres im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Preis" erfolgen (E. 7.6-7.9).

Regeste Art. 50 al. 1 Cst., art. XIII ch. 4 let. b AMP, art. 3 et 5 LMI, art. 13 let. f AIMP; marchés publics et autonomie communale, pondération du critère d'attribution "prix", évaluation de la plausibilité d'une offre, principe de la transparence en droit des marchés publics. Dans le cadre de leurs marchés (publics), les communes du canton de Zurich sont liées par les conditions de soumission pertinentes. Dans la mesure où les critères d'attribution comportent une référence directe et concrète aux prestations recherchées, les communes disposent d'une liberté de décision relativement importante (confirmation de jurisprudence; consid. 6.1-6.3). L'offre économiquement la plus avantageuse au sens des art. XIII ch. 4 let. b AMP et 13 let. f AIMP ne se définit pas uniquement d'après le prix le plus bas. Dans les marchés complexes, le prix doit cependant être pris en compte au moins à hauteur de 20 %. En tant que critère d'attribution, il ne peut pas être atténué ultérieurement par le biais de la méthode d'évaluation appliquée (confirmation de jurisprudence; consid. 6.4). Pour le critère d'attribution "prix", l'offre la plus basse par rapport aux autres offres doit toujours recevoir la meilleure évaluation. Des pénalisations dans l'évaluation au motif que le prix en tant que tel ne serait pas plausible ou ne couvrirait pas les coûts ne sont pas admissibles (précision de jurisprudence; consid. 7.1). L'évaluation d'une offre sous l'angle de la plausibilité est toutefois autorisée, aussi longtemps que les prestations couvertes par le

prix de l'offre sont évaluées d'une manière pouvant être objectivée (consid. 7.2-7.5). L'évaluation de la plausibilité d'une offre doit à cet égard être compatible avec le principe de la transparence en droit des marchés publics. Elle ne peut pas intervenir purement et simplement dans le cadre du critère d'attribution "prix" (consid. 7.6-7.9).

Regesto Art. 50 cpv. 1 Cost., art. XIII n. 4 lett. b AAP, art. 3 e 5 LMI, art. 13 lett. f CIAP; acquisti pubblici e autonomia comunale, ponderazione del criterio di aggiudicazione "prezzo", valutazione della plausibilità di un'offerta, principio della trasparenza nel diritto degli acquisti pubblici. Nell'ambito dei loro acquisti pubblici i Comuni del Cantone di Zurigo sono vincolati alle pertinenti disposizioni in materia di acquisti pubblici. Nella misura in cui i criteri di aggiudicazione contengono un riferimento diretto e concreto alle prestazioni richieste, i Comuni fruiscono di una libertà di decisione relativamente importante (conferma della giurisprudenza; consid. 6.1-6.3). L'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi degli art. XIII n. 4 lett. b AAP e 13 lett. f CIAP non si determina unicamente sulla base del prezzo più basso. Negli acquisti complessi, il prezzo deve tuttavia essere preso in considerazione per almeno il 20 %. In quanto criterio di aggiudicazione, esso non può essere ulteriormente relativizzato per mezzo del metodo di valutazione applicato (conferma della giurisprudenza; consid. 6.4). Per il criterio di aggiudicazione "prezzo", l'offerta più bassa rispetto alle altre offerte deve sempre ricevere la miglior valutazione. Introdurre delle penalizzazioni nella valutazione perché il prezzo in quanto tale non sarebbe plausibile o non coprirebbe i costi non è ammissibile (precisazione della giurisprudenza; consid. 7.1). È tuttavia possibile valutare un'offerta dal profilo della plausibilità fintantoché le prestazioni coperte dal prezzo dell'offerta sono vagliate in maniera oggettivabile (consid. 7.2-7.5). La valutazione della plausibilità di un'offerta deve inoltre essere compatibile con il principio della trasparenza nel diritto degli acquisti pubblici. Essa non può essere puramente e semplicemente applicata nell'ambito del criterio di aggiudicazione "prezzo" (consid. 7.6-7.9).

## **Erwägungen**

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz erachtete das Unterkriterium "Plausibilität" im Rahmen der Bewertung des Kriteriums "Honorarofferte" als unzulässig. Sie führte dazu aus, dass die Anbieter bei der Berechnung und Einrechnung des Personalaufwands frei seien. Eine Verpflichtung, die tatsächlich anfallenden Kosten vollständig im Offertpreis einzurechnen, bestehe nicht, zumal Pauschalpreise zu offerieren gewesen seien. Der Befürchtung, dass ein tiefer Preis Auswirkungen auf die Auftrags Erfüllung zeitigen könne, habe die Stadt Zürich bereits mit dem Kriterium "Qualität des Angebots" Rechnung getragen, das mit 30 % gleich hoch wie der Preis gewichtet worden sei. Das Vorgehen der Stadt Zürich führe zu einer verfälschten Bewertung des Angebotspreises und widerspreche der vorgängig bekannt gegebenen Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien. Entsprechend sei das Unterkriterium "Plausibilität" zu streichen und stattdessen seien die beiden verbleibenden Unterkriterien "Offertsumme" und "Ansätze für Zusatzaufträge" um je 25 % zu erhöhen.

### **E. 6.2**

Die Stadt Zürich rügt, dieses Vorgehen stelle eine Verletzung ihrer Gemeindeautonomie dar. Nach § 33 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (Submissionsverordnung, SubmV; LS 720.11) sei der Zuschlag für das wirtschaftlich

günstigste Angebot zu erteilen, wobei sich dieses nicht ausschliesslich über den Preis definiere. Die in § 33 SubmV festgelegten Kriterien zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots seien weit gefasst und nicht abschliessend genannt. Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien verfüge sie über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit. In diesen von der Gemeindeautonomie geschützten Bereich griff das Verwaltungsgericht nach Auffassung der Stadt Zürich ein, indem es die Zulässigkeit des Unterkriteriums "Plausibilität" verneinte und stattdessen die Punktezahl der Anbieter für die verbleibenden zwei Unterkriterien "Offertsumme" und "Zusatzaufträge" je proportional erhöhte.

### **E. 6.3**

Die Bundesverfassung gewährleistet die Gemeindeautonomie nach Massgabe des kantonalen Rechts ( Art. 50 Abs. 1 BV ). Gemeinden sind nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in einem Sachbereich autonom, wenn das kantonale Recht diesen nicht BGE 143 II 553 S. 558 abschliessend ordnet, sondern ihn ganz oder teilweise der Gemeinde zur Regelung überlässt und ihr dabei eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit einräumt. Der geschützte Autonomiebereich kann sich auf die Befugnis zum Erlass oder Vollzug eigener kommunaler Vorschriften beziehen oder einen entsprechenden Spielraum bei der Anwendung kantonalen oder eidgenössischen Rechts betreffen. Der Schutz der Gemeindeautonomie setzt eine solche nicht in einem ganzen Aufgabengebiet, sondern lediglich im streitigen Bereich voraus (vgl. BGE 141 I 36 E. 5.4 S. 43 f.; BGE 139 I 169 E. 6.1 S. 172 f.; BGE 138 I 242 E. 5.2 S. 244 f.).

#### **E. 6.3.1**

Bei der Gemeindeautonomie handelt es sich um ein verfassungsmässiges Recht (vgl. BGE 140 I 285 E. 1.2 S. 290 f., BGE 140 I 90 E. 2 S. 95). Die bundesgerichtliche Kognition im Verfahren der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten im Zusammenhang mit der Rüge einer Verletzung der Gemeindeautonomie unterscheidet sich somit nicht von jener im Verfahren der subsidiären Verfassungsbeschwerde (vgl. Art. 95 lit. c und Art. 116 BGG ; vgl. auch nicht publ. E. 5.1 und 5.2). Frei zu prüfen ist im Zusammenhang mit der Rüge einer Verletzung der Gemeindeautonomie folglich die Anwendung desjenigen kantonalen Verfassungsrechts, das die Aufgabenteilung zwischen Kanton und Gemeinde regelt. Ebenfalls frei prüft das Bundesgericht, ob die kantonale Rechtsmittelinstanz einen in den Anwendungsbereich der Gemeindeautonomie fallenden Beurteilungsspielraum respektiert hat ( BGE 141 I 36 E. 5.4 S. 43; BGE 136 I 395 E. 2 S. 397).

#### **E. 6.3.2**

Die Verfassung des Kantons Zürich räumt den Gemeinden Autonomie ein (Art. 85 KV; SR 131.211). Wie weit diese im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens reicht, bestimmt die Kantonsverfassung nicht ausdrücklich. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung steht indes fest, dass die Gemeinden als Vergabestellen zwar an die einschlägigen Submissionsvorschriften gebunden sind, dabei aber über eine relativ erhebliche Entscheidungsfreiheit verfügen und somit Autonomie geniessen. Das gilt namentlich bei der Festlegung des Verfahrens, der Zuschlagskriterien und schliesslich beim Zuschlag selber ( BGE 140 I 285 E. 4.1 S. 292 f. [Kanton Genf]; BGE 138 I 143 E. 3.1 S. 150 [Kanton Zürich]; BGE 129 I 313 E. 5.2 S. 320 [Kanton Wallis]; vgl. auch Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung vom 15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB; AS 2003 196], welcher sich der Kanton Zürich gemäss § 1 Abs. 1 des

Beitrittsgesetzes angeschlossen hat; BGE 143 II 553 S. 559 BGE 141 II 353 E. 3 S. 362 f.; Urteil 2D\_52/2011 vom 10. Februar 2012 E. 3.2). In Bezug auf die Zuschlagskriterien besteht ein erheblicher Spielraum der Gemeinden jedenfalls insoweit, als sie einen direkten, sachlichen Bezug zur nachgesuchten Leistung aufweisen (vgl. BGE 140 I 285 E. 5.2 S. 295 f.; BGE 139 II 489 E. 2.2.1 S. 491 f.; BGE 129 I 313 E. 8.1 S. 323 f.; je mit Hinweisen).

#### **E. 6.4**

In Übereinstimmung mit Art. XIII Ziff. 4 lit. b des Übereinkommens vom 15. April 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA; SR 0.632.231.422) und Art. 13 lit. f IVöB sieht § 33 Abs. 1 SubmV vor, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält. Zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots können neben dem Preis weitere Zuschlagskriterien berücksichtigt werden (vgl. BGE 141 II 353 E. 7.1 S. 369), insbesondere die Qualität der angebotenen Leistung. Das "wirtschaftlich günstigste Angebot" wird damit gerade nicht ausschliesslich über den tiefsten Preis definiert (vgl. BGE 138 I 143 E. 4.2 S. 151). Vielmehr kann das Zuschlagskriterium Preis nur bei der Beschaffung von standardisierten Gütern das allein massgebliche Kriterium bilden (GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 879 S. 394 f.; vgl. auch § 33 Abs. 2 SubmV). Demgegenüber kommt dem Preis zur Bestimmung des wirtschaftlich günstigsten Angebots bei der Beschaffung komplexer Werke oder Dienstleistungen regelmässig weniger Gewicht zu; hier rücken andere Kriterien wie Qualität oder Termine in den Vordergrund. Allerdings muss der Preis einer nachgesuchten Leistung auch bei komplexen Beschaffungen im Umfang von mindestens 20 % Berücksichtigung finden (vgl. BGE 130 I 241 E. 6.3 S. 253; BGE 129 I 313 E. 9.2 S. 327; Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.1). Zudem darf eine relativ geringe Gewichtung des Kriteriums Preis durch die verwendete Bewertungsmethode nicht weiter abgeschwächt werden ( BGE 130 I 241 E. 6.1 S. 250 f.; BGE 129 I 313 E. 9.2 S. 327 f.; Urteil 2P.230/2006 vom 5. März 2007 E. 4.1).

#### **E. 7.1**

Die Vorinstanz hat zutreffend erwogen, dass die Anbieter bei der Kalkulation ihrer Offertpreise grundsätzlich frei sind. Angebote, die unter den Gestehungskosten liegen (sogenannte "Unterangebote"; vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1109 S. 515), sind deshalb als solche nicht unzulässig, solange der Anbieter die Eignungskriterien und Zuschlagsbedingungen gleichwohl erfüllt. Bestehen daran Zweifel, etwa weil das (Unter-)Angebot ungewöhnlich BGE 143 II 553 S. 560 niedrig ist, kann die Vergabestelle ergänzende Erkundigungen einholen (Art. XIII Ziff. 4 lit. a GPA; vgl. BGE 143 II 425 E. 5.2 S. 439; BGE 141 II 14 E. 10.3 S. 48 f.; BGE 130 I 241 E. 7.3 S. 255 f.). Zeigt sich aufgrund der zusätzlichen Abklärungen, dass das besonders niedrige Angebot tatsächlich Mängel aufweist, wird es wegen dieser Mängel ausgeschlossen oder schlechter bewertet, nicht wegen des niedrigen Preises (ROBERT WOLF, Preis und Wirtschaftlichkeit, in: Vergaberecht 2004, BR 2004 [Sonderheft] S. 13). Während der Preis für die Leistung des Gemeinwesens steht, die es für den Auftrag zu erbringen hat, dienen die anderen Zuschlagskriterien (z.B. Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Betriebskosten etc.; vgl. § 33 Abs. 1 SubmV) der Bewertung der Gegenleistung, die dem Gemeinwesen für den Preis angeboten wird. Entsprechend ist das preislich tiefste Angebot beim Zuschlagskriterium "Preis" im Verhältnis zu den anderen Angeboten stets am besten, aber nicht zwingend mit der Maximalnote zu bewerten (vgl. WOLF, a.a.O., S. 12; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 912 S. 411; DENIS ESSEIVA, Les

problèmes liés aux prix, in: Vergaberecht 2004, BR 2004 [Sonderheft] S. 34; ferner ETIENNE POLTIER, Droit des marchés publics, 2014, Rz. 336 S. 211; CARRON/SIMEONI, Prix [Rechtsprechungsbericht], BR 2011 S. 102 f.; BERTRAND REICH, RDAF 2012 S. 70). Mithin darf ein tiefes Angebot allein aufgrund seines Preises nicht schlechter bewertet werden als höhere Angebote, worauf die Vorinstanz im angefochtenen Urteil und die WEKO in ihrer Stellungnahme mit Blick auf Art. 5 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM; SR 943.02) ebenfalls hinweisen (vgl. dazu auch EVELYNE CLERC, in: Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2. Aufl. 2013, N. 125 zu Art. 5 BGBM ; OESCH/ZWALD, in: Wettbewerbsrecht, Kommentar, Oesch/Weber/Zäch [Hrsg.], Bd. II, 2011, N. 3 zu Art. 5 BGBM ). Beim Zuschlagskriterium "Preis" einen Bewertungsabzug vorzunehmen mit der Begründung, dieser sei unplausibel, weil er als solcher nicht den Erwartungen entspreche oder weil er nicht kostendeckend sei, ist demzufolge unzulässig. In diesem Sinne ist auch die in BGE 130 I 241 (vgl. dort E. 7.3 S. 255 f.) noch offengelassene Frage, ob ungewöhnlich niedrige Angebote allein aufgrund ihres tiefen Preises sanktioniert werden dürfen, zu verneinen.

### **E. 7.2**

Aus dem Dargelegten folgt, dass die Bewertung eines Angebots unter dem Titel der "Plausibilität" unstatthaft ist, sofern sich dieses Kriterium auf den Angebotspreis als solchen bezieht. Andere Aspekte einer Offerte im Rahmen der Zuschlagskriterien unter dem BGE 143 II 553 S. 561 Gesichtswinkel der "Plausibilität" zu bewerten, ist der Vergabestelle hingegen nicht verwehrt, solange damit in objektivierbarer Weise die Leistungen bewertet werden, die vom Angebotspreis abgedeckt sind: In diesem Fall dient das Kriterium der "Plausibilität" in grundsätzlich zulässiger Weise der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (vgl. Art. XIII Ziff. 4 lit. b GPA, Art. 13 lit. f IVöB , § 33 Abs. 1 SubmV), sodass ein solches Vorgehen auch mit Blick auf das binnenmarktrechtliche Prinzip des diskriminierungsfreien Zugangs zu öffentlichen Beschaffungen ( Art. 5 Abs. 1 BGBM ; vgl. BGE 141 II 113 E. 3.1.4 und 3.1.5 S. 125 f. mit Hinweisen) nicht generell ausgeschlossen ist. Entsprechend war es auch nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die eingegangenen Angebote in dem Beschaffungsverfahren, das Anlass für das bundesgerichtliche Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 gab, auf ihre "Plausibilität" hin prüfte und bewertete: Massgebende Variable für die Bewertung des Kriteriums "Plausibilität" bildete dort nicht der Angebotspreis, sondern das offerierte Zeitbudget für komplexe Ingenieurdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Bau eines Pumpspeicherkraftwerks (vgl. Urteil 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7 und 8). Die vorgeschlagene Stundenzahl wurde herangezogen, um unter anderem anhand eines nach objektiven Kriterien geschätzten Mengengerüsts zu benoten, wie gut die Offerte in Umfang und Qualität den Anforderungen des ausgeschriebenen Auftrags entsprach. Nicht der Angebotspreis als solcher bildete demnach Gegenstand des Kriteriums "Plausibilität", sondern das offerierte Zeitbudget mit Blick auf die zur Auftragserfüllung notwendigen Arbeiten und die dabei verlangte Qualität.

### **E. 7.3**

In ihrer Stellungnahme an das Bundesgericht führt die WEKO aus, dass ein Zuschlagskriterium, das die "Plausibilität" eines Angebots bewertet, mit dem binnenmarktrechtlichen Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot im Bereich öffentlicher Beschaffungen ( Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 BGBM ) sowie dem Anspruch auf freien Marktzugang ( Art. 3 BGBM ) in Konflikt geraten kann. Sie tut dies unter der

Prämisse, dass der Preis als solcher bzw. die Schätzung des Auftragswerts unter dem Titel der "Plausibilität" zur Bewertung des Angebots dient, was nach den vorstehenden Erwägungen in der Tat bereits aus beschaffungsrechtlicher Sicht nicht angeht. Allerdings weist die Stadt Zürich zutreffend darauf hin, dass sich die WEKO in ihrer Stellungnahme nicht eingehend mit der Bewertung des Kriteriums "Plausibilität" im konkreten Fall auseinandersetzt. BGE 143 II 553 S. 562 Der Standpunkt der WEKO kann denn auch nicht so verstanden werden, dass die Plausibilität eines Angebots als Zuschlagskriterium selbst dann ausgeschlossen sein soll, wenn damit unter Beachtung des binnenmarktrechtlichen Gleichbehandlungs- und Transparenzgebots nach objektivierbaren Kriterien jene Leistungen bewertet werden, die der Offertpreis abdeckt. Eine Benachteiligung besonders effizienter oder innovativer Anbieterinnen ist bei diesem letzteren Verständnis ebenfalls nicht zu befürchten.

#### **E. 7.4**

Die Vorinstanz hat die Zulässigkeit des Unterkriteriums "Plausibilität" verneint, ohne näher zu prüfen, welche Aspekte die Vergabebehörde damit im Rahmen der Offertbewertung erfasste. Mit Blick auf die vorstehenden Erwägungen (vgl. E. 7.2 und 7.3) greift die Argumentation des Verwaltungsgerichts zu kurz. Im Folgenden ist deshalb zunächst der Frage nachzugehen, ob die Stadt Zürich mit dem Unterkriterium "Plausibilität" allein den Angebotspreis bewertete, was unzulässig wäre, oder aber ein Bewertungskriterium zur Anwendung brachte, auf das sie in Ausübung ihrer Gemeindeautonomie grundsätzlich abstellen durfte.

##### **E. 7.4.1**

Das Zuschlagskriterium "Honorarofferte" bewertete die Stadt Zürich mit einem Gewicht von 30 % gestützt auf die Unterkriterien "Offertsumme" (Gewichtung: 70 %), "Ansätze für Zusatzleistungen" (Gewichtung: 10 %) und "Plausibilität" (Gewichtung: 20 %). Zur Operationalisierung des Unterkriteriums "Plausibilität" hat die Stadt Zürich zwanzig Punkte vergeben und unter der Bezeichnung "Nachvollziehbarkeit der Honorarberechnung" (5 Punkte), "Plausibilisierung des Stundenaufwands" (10 Punkte) sowie "Kommentar, Bemerkungen" (5 Punkte) weitere Subkriterien gebildet.

##### **E. 7.4.2**

Für die Verteilung der Punkte in den erwähnten Subkriterien war nach den Ausführungen der Stadt Zürich massgebend, ob für die Honorarberechnung realistische Faktoren (namentlich in Bezug auf den Schwierigkeitsgrad der Arbeiten) gewählt wurden, ob das von ihr vorgesehene Konzept bei der Erneuerung des Seewasserwerks Moos mit der errechneten Stundenzahl realistisch umgesetzt werden kann und wie allfällige Bemerkungen in der Offerte im Lichte dieser Parameter interpretiert werden können. Die Stadt Zürich führt weiter aus, sie habe bei der Bewertung des Unterkriteriums "Plausibilität" namentlich berücksichtigt, dass das Angebot der X. AG auf nicht nachvollziehbar tiefen Faktoren zum Schwierigkeitsgrad der Arbeiten beruhe, zu anderen Angeboten einen eklatanten Unterschied BGE 143 II 553 S. 563 beim errechneten Stundenaufwand aufweise und dass die X. AG zudem vorgeschlagen habe, einen Teil der Engineering-Leistungen, die sie gemäss der Ausschreibung selber erbringen müsste, frühzeitig auf Lieferanten zu übertragen. Die Differenz beim stundenmässigen Gesamtaufwand zwischen der Offerte der X. AG und jener der Y. GmbH betrage 17'000 Stunden, was rund 10 Mannjahre ausmache. Betroffen sei davon mit 16'000 Stunden weit überwiegend der Bereich Verfahrenstechnik,

der das Herzstück des Projekts ausmache. Indem sie entgegen der städtischen Anforderungen von einer Verlagerung von Ingenieurleistungen auf andere Unternehmen ausgehe, habe die X. AG ihrer Offerte genau hier ein Vorgehen zugrunde gelegt, das mit dem Ausschreibungskonzept nicht übereinstimme. Es ergäben sich aufgrund der Auftragsanalyse und der errechneten Stundenaufwände deutliche Lücken im Bereich der für das Gelingen des Projekts zentralen Engineering-Leistungen, was namentlich Anlass zur Befürchtung gebe, dass sich im Verlauf des komplexen, mehrjährigen Projekts Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzleistungen ergeben würden.

### **E. 7.4.3**

Aus diesen Vorbringen, die sich in Bezug auf das Vorgehen bei der Bewertung auf die Feststellungen des Verwaltungsgerichts und die vorinstanzlichen Akten stützen können ( Art. 105 und Art. 118 BGG ), ergibt sich Folgendes: Ausgehend von der Erfahrung der Wasserversorgung als Fachbehörde nahm die Stadt Zürich eine Einschätzung dazu vor, ob die Anbieter den Komplexitätsgrad der jeweiligen Fachbereiche in einer Weise beurteilten, die den Anforderungen des Projekts gerecht werden. Eine realistische Einschätzung des Komplexitätsgrads durch den Anbieter gibt Aufschluss über die Qualität des Angebots und kann sich auf die Auftragserfüllung auswirken ("Nachvollziehbarkeit der Honorarofferte"). Weiter berücksichtigte die Stadt Zürich, ob mit dem vorgesehenen personellen Aufwand die verlangten Leistungen in Qualität und Umfang vernünftigerweise erbracht werden können. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass im Rahmen komplexer Dienstleistungsaufträge ein grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Leistungsqualität und Personaleinsatz nicht von der Hand zu weisen ist. Damit ist zwar weder gesagt, dass die Qualität einer Leistung mit Einsatz von mehr Personal stets zunimmt, noch dass Anbieter einen tiefen Personalaufwand mit Erfahrung, Qualifikation oder Innovation nicht wettmachen können. Beides hat die Vergabestelle zu beachten, was bei der Stadt Zürich der Fall war ("Plausibilisierung des Stundenaufwands", vgl. auch nicht publ. E. 8). BGE 143 II 553 S. 564 Kommentare und Bemerkungen zur Kalkulation einer Honorarofferte können schliesslich ihrerseits Hinweise auf die Qualität des Anbieters und der vorgesehenen Leistungserbringung geben ("Kommentare, Bemerkungen"). Keines der Subkriterien im Unterkriterium "Plausibilität" bezieht sich damit direkt auf den Angebotspreis. Vielmehr stehen sie nach dem Gesagten in sachlichem Bezug zur angebotenen Leistung. Mit dem als "Plausibilität" bezeichneten Unterkriterium hat die Stadt Zürich im Ergebnis also nicht den Angebotspreis als solchen bewertet, sondern letztlich eine Einschätzung zur Qualität des Angebots vorgenommen. Dabei handelt es sich um ein Zuschlagskriterium, das von der Submissionsverordnung vorgesehen ist (§ 33 Abs. 1 SubmV) und bei dessen Ausgestaltung die Stadt Zürich für Beschaffungen in ihrem Zuständigkeitsbereich über einen durch die Gemeindeautonomie geschützten Gestaltungsbereich verfügt (vgl. E. 6.3.2 hiavor).

### **E. 7.5**

Ohne sich grundsätzlich gegen eine Plausibilitätsprüfung von Offerten zu wenden, bringt die X. AG vor, dass eine Plausibilitätsprüfung im konkreten Fall unzulässig gewesen sei. Im Einklang mit den Ausführungen der Vorinstanz im angefochtenen Urteil macht sie geltend, dass die Vergabestelle in der Ausschreibung Pauschalangebote mit Fixpreisen verlangt habe. Wenn die Vergabestelle unter diesen Umständen ein Angebot als grundsätzlich zuschlagswürdig erachte, verbiete es sich, auch noch dessen Plausibilität zu bewerten.

#### **E. 7.5.1**

Dieser Einwand mag bei Leistungen zutreffen, die nach Eigenschaft, Qualität und Umfang bereits in der Ausschreibung und den zugehörigen Unterlagen detailliert bestimmt werden können. Die Vergabestelle kann in solchen Fällen gestützt auf die eingereichten Offerten abschliessend beurteilen, ob die offerierten Leistungen im Einzelnen der Ausschreibung entsprechen, und Angebote widrigenfalls vom Verfahren ausschliessen (vgl. Urteil 2C\_257/2016 vom 16. September 2016 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Die Offerte in Verbindung mit dem konkreten Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung kann beim Zustandekommen eines Vertrags mit einer Anbieterin sodann als Grundlage für kauf- oder werkvertragliche Rechtsbehelfe der Vergabestelle dienen ( BGE 141 II 14 E. 10.3 S. 48 f.; Urteil 2C\_346/2013 vom 20. Januar 2014 E. 1.3.3).

#### **E. 7.5.2**

Im Rahmen komplexer Beschaffungen wie der vorliegenden, bei denen die zu erbringende Dienstleistung nach Eigenschaft, Qualität und Umfang in der Ausschreibung nicht bereits in allen Einzelheiten fixiert werden kann (vgl. MARTIN BEYELER, Der BGE 143 II 553 S. 565 Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2013, Rz. 2846 ff. S. 1554 ff.), bleibt es der Vergabestelle demgegenüber auch bei Angeboten zu Pauschalpreisen unbenommen, deren "Plausibilität" im Sinne einer Qualitätsbewertung einzuschätzen (vgl. auch Urteile 2D\_39/2014 vom 26. Juli 2014 E. 4; 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 8.5-8.6). Diese kann das notorische Risiko späterer Auseinandersetzungen über Nachträge und Zusatzaufträge miteinbeziehen, zu denen es auch bei Verträgen mit Pauschalpreisen regelmässig kommt. Dabei handelt es sich im Vergleich zum Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren wegen (wahrscheinlicher) Abweichungen der Offerte vom ausgeschriebenen Leistungsumfang um die mildere Massnahme. Sie belässt dem betroffenen Anbieter unter Berücksichtigung des Risikos für spätere Auseinandersetzungen über Leistungsumfang und -qualität weiterhin die Chance auf den Zuschlag. Vorausgesetzt für eine Bewertung der so verstandenen "Plausibilität" eines Angebots ist freilich, dass die Qualitätsprognose nach objektivierbaren Kriterien erfolgt. Das war hier wie gezeigt der Fall (vgl. E. 7.4 hiervor). Die Einwände der Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren sind damit nicht stichhaltig.

#### **E. 7.6**

Nach dem Dargelegten ist das Kriterium "Plausibilität", wie es die Stadt Zürich bei der Offertbewertung im konkreten Fall zur Anwendung brachte, nicht von vorneherein unzulässig, sondern bewegt sich im Rahmen der ihr zustehenden Autonomie auf dem Gebiet gemeindeeigener Beschaffungen. Allerdings bewertete die Stadt Zürich die "Plausibilität" der Offerten als Unterkriterium im Zuschlagskriterium "Preis". Deshalb ist weiter zu prüfen, ob das Vorgehen der Stadt Zürich mit dem Transparenzprinzip (vgl. E. 7.7 hiernach) und den Vorgaben zur Mindestgewichtung des Zuschlagskriteriums "Preis" zu vereinbaren ist (vgl. E. 7.8 hiernach).

#### **E. 7.7**

Der Grundsatz der Transparenz ist für öffentliche Beschaffungen der Kantone und Gemeinden in Art. 5 Abs. 2 BGBM und Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB verankert. Er verlangt unter anderem, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung bekannt gegeben werden ( BGE 141 II 353 E. 6.4 S. 367 f.; BGE 125 II 86 E. 7 S. 101; Urteile 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ; 2P.148/2006 vom 2. Oktober 2006 E. 3.1). Eine nachträgliche Änderung dieser Kriterien ist grundsätzlich

unzulässig ( BGE 130 I 241 E. 5.1 S. 248 f.; BGE 125 II 86 E. 7 S. 99 ff.; Urteil 2C\_384/2016 vom 6. März 2017 E. 1.2.4, nicht publ. in: BGE 143 I 177 ). Die Zuschlagskriterien sind nach prozentualer Gewichtung oder zumindest BGE 143 II 553 S. 566 nach der Reihenfolge zu nennen. Die Angabe von Unterkriterien ist hingegen unter Verfassungsgesichtspunkten nicht zwingend erforderlich, sofern sie bloss die Hauptkriterien konkretisieren ( BGE 130 I 241 E. 5.1 S. 248 f.; Urteile 2C\_91/2013 vom 23. Juli 2013 E. 4.1, nicht publ. in: BGE 139 II 489 ; 2D\_49/2011 vom 25. September 2012 E. 7.4; 2C\_549/2011 vom 27. März 2012 E. 2.4).

#### **E. 7.7.1**

Mit dem Unterkriterium "Plausibilität" nahm die Stadt Zürich eine Einschätzung zur Qualität der eingegangenen Angebote vor und bewertete nicht den Offertpreis als solchen (vgl. E. 7.4 und 7.5 hiervor). Im Unterschied zu den beiden anderen Unterkriterien "Offertsumme" und "Ansätze für Zusatzleistungen" stellt das Unterkriterium "Plausibilität" deshalb nicht bloss eine Konkretisierung des Zuschlagskriteriums "Honorarofferte" bzw. "Preis" dar. Im Rahmen des Zuschlagskriteriums "Honorarofferte" ist das Unterkriterium "Plausibilität" daher als (preis-)fremdes Kriterium zu betrachten, was mit dem Transparenzprinzip nicht ohne Weiteres vereinbar ist. Im vorliegenden Fall hat die Stadt Zürich in der Ausschreibung jedoch klar festgehalten, dass sie das Zuschlagskriterium "Honorarofferte" anhand der genannten Unterkriterien bewerten werde. Zum Unterkriterium "Plausibilität" erwähnte sie zudem ausdrücklich, dass "Abzüge für nicht plausible Annahmen oder Berechnungen vorgenommen" würden. Folglich war für die Anbieter erkennbar, dass im Rahmen des Unterkriteriums "Plausibilität" nicht eigentlich der Angebotspreis bewertet, sondern eine qualitative Einschätzung des Angebots vorgenommen wird. Vor diesem Hintergrund ist die Anwendung eines Unterkriteriums "Plausibilität" im erwähnten Sinne (vgl. E. 7.4 und 7.5) für das Zuschlagskriterium "Preis" mit dem Transparenzgebot vereinbar. Mangels entsprechender Rügen der Beschwerdeführer (Art. 106 Abs. 2 [i.V.m. Art. 117] BGG, vgl. nicht publ. E. 5.1 und 5.2) ist im Übrigen nicht weiter zu untersuchen, ob die Vorinstanz nach dem anwendbaren (inter-)kantonalen Recht überhaupt befugt war, die prinzipielle Zulässigkeit des in der Ausschreibung aufgeführten Unterkriteriums "Plausibilität" noch im Rahmen der Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid zu überprüfen, nachdem gegen die Ausschreibung kein Rechtsmittel ergriffen worden war (vgl. BGE 130 I 241 E. 4 S. 245 ff.; BGE 129 I 313 E. 6 S. 321 ff.; BGE 125 I 203 E. 3a S. 205 ff.; Urteil 2C\_409/2015 vom 28. September 2015 E. 4.2).

#### **E. 7.8**

Mit der Verwendung des Unterkriteriums "Plausibilität" (Gewichtung: 20 %) verringerte sich die effektive Gewichtung des BGE 143 II 553 S. 567 Zuschlagskriteriums "Preis" von 30 % auf 24 %. Da das Unterkriterium "Ansätze für Zusatzleistungen" seinerseits mit 10 % gewichtet wurde, floss der Preis für das Grundangebot noch mit einer Gewichtung von 21 % in die Gesamtbewertung der Offerten ein (vgl. E. 7.4.1 hiervor). Die Gewichtung des Preises für das Grundangebot bewegt sich damit am untersten Rand dessen, was die bundesgerichtliche Rechtsprechung bei der Beschaffung komplexer Werke und Dienstleistungen noch erlaubt (vgl. E. 6.4 hiervor). Von einer solchen hohen Komplexität des ausgeschriebenen Auftrags ist mit Blick auf seine Grösse und die technischen, baulichen sowie denkmalpflegerischen Besonderheiten im vorliegenden Fall auszugehen; die tiefe Gewichtung des Preises erscheint daher gerade noch als zulässig. Dass die Bewertungsmethode keine steile Preiskurve vorsah, ändert daran im vorliegenden Fall

nichts (vgl. E. 6.4 hiervor): Gemäss einlässlicher Prüfung der Vorinstanz orientierte sich die Stadt Zürich bei ihrer Bewertungsmethode mit linearer Skala an einer Preisspanne, die gestützt auf die eingereichten Angebote realistisch erscheint, was die Beschwerdegegnerin im bundesgerichtlichen Verfahren im Übrigen auch nicht mehr in Frage stellt.

### **E. 7.9**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die Verwendung eines Zuschlagskriteriums unter dem Titel der "Plausibilität" in der konkreten Ausgestaltung zulässig war, weil es nicht den Angebotspreis als solchen, sondern die vom Angebot umfassten Leistungen nach zulässigen Kriterien beurteilte (vgl. E. 7.4 und 7.5 hiervor). Dabei bewegte sich die Stadt Zürich innerhalb des Beurteilungsspielraums, der ihr im Rahmen ihrer Gemeindeautonomie auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens zusteht (vgl. E. 6.3.2 hiervor). Dass die "Plausibilität" als Unterkriterium zum Offertpreis beurteilt wurde, ist mit dem beschaffungsrechtlichen Transparenzprinzip vereinbar, weil die Vergabebehörde in der Ausschreibung ausdrücklich auf dieses Vorgehen hinwies und die Anbieter erkennen konnten, was unter der zu beurteilenden "Plausibilität" zu verstehen war (vgl. E. 7.7 hiervor). Schliesslich führte die Anwendung des Unterkriteriums "Plausibilität" nicht dazu, dass der Preis zu wenig stark gewichtet wurde (vgl. E. 7.8 hiervor). Folglich dringt die Stadt Zürich in diesem Punkt mit ihrer Beschwerde (Verfahren 2C\_1021/2016) durch. (...)

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