

# ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2024 7 vom 3. April 2024

ZG Verwaltungsgericht, 2024-04-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg\\_verwaltungsgericht\\_V\\_2024\\_7](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zg_verwaltungsgericht_V_2024_7)

FR: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2024 7 du 3 avril 2024

IT: ZG\_VERWALTUNGSGERICHT V 2024 7 del 3 aprile 2024

## Regeste

Verwaltungsrechtl. Kammer — Submission (Zuschlag Sondernutzungskonzession für den Betrieb eines E-Scooter-Verleihs)

## Erwägungen

### E. 2

Urteil V 2024 7 A. Im Anschluss an eine öffentliche Ausschreibung nach internationalem und inter- kantonalem Recht (GATT/WTO) beschloss der Stadtrat von Zug am 19. Dezember 2023, der Zuschlag für die Vergabe einer Sondernutzungskonzession für den Betrieb eines E- Scooter-Verleihs auf öffentlichem Grund in der Stadt Zug für die Dauer von vier Jahren (1. Mai 2024 bis 30. April 2028) werde zu einem Abgabesatz von 20 % des Nettoumsat- zes, mindestens aber einem Fixbetrag von CHF 24'000 exkl. MWST pro Jahr, der Firma B.\_\_\_\_\_ erteilt. Begründet wurde dieser Entscheid wie folgt: "Die B.\_\_\_\_\_ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl [152,88] er- reicht. Dies insbesondere auch aus der Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Nachhaltig- keit des Betriebs', welches mit 35 % noch vor dem finanziellen Angebot (30 %) der höchs- ten Gewichtung unterliegt. Sie veranschaulicht eindrücklich, wie sie ihre strategischen Zielsetzungen über Aktionsbereiche mit konkreten Massnahmen umsetzt und wie sie ihre Umweltwirkung und die Leistungen mit einem standardisierten und zertifizierten Monitoring misst. Im Betriebskonzept wird detailliert aufgezeigt, wie das Angebot und die Infrastrukt- ren (Lager) in Zug aufgebaut und betrieben werden. Dabei wird auch die Zusammenarbeit mit der Zugerland Verkehrsbetriebe AG (ZVB), dem Mobility Hub Nord, GGZ@work und weiteren Partnern vor Ort gesucht. Zusätzlich zeichnet sich die B.\_\_\_\_\_ durch ihre In- novationen bei der Entwicklung von Apps zur Verbesserung der Sicherheit und Ordnung beim Betrieb der Fahrzeuge aus. Die B.\_\_\_\_\_ bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter- Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Aus- schreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien – insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit – das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus." Am 22. Dezember 2023 eröffnete die Abteilung Soziales, Umwelt und Sicherheit der Stadt Zug den Submissionsteilnehmern den Zuschlagsentscheid. Unter "Begründung des Zu- schlags" wurde Folgendes angeführt: "Die B.\_\_\_\_\_ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl erreicht. Sie bietet aufgrund der qualitati- ven Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb ei- nes E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien, insbesondere auch in Be- zug auf die Nachhaltigkeit, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus." B. Am 8. Januar 2024

liess die A. \_\_\_\_\_ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), welche im Vergabeverfahren mit einer gewichteten Punktzahl von 147,35 den zweiten Rang von fünf erreicht hatte, gegen die Zuschlagsverfügung vom 19. Dezember 2023 Beschwerde einreichen mit den folgenden Anträgen:

### **E. 2.1**

Gemäss dem Ausschreibungsdokument der Stadt Zug vom 11. September 2023 (Bg-Beil. 1 Ziff. 3.8) werden Angebote von Anbieterinnen, welche die Eignungskriterien erfüllen, nach den folgenden Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bewertet: a) Nachhaltigkeit des Betriebes 35 % b) Finanzielles Angebot 30 % c) Betriebskonzept 25 % d) Referenzen

### **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin führt aus, am 3. November 2023 habe sie der Vergabestelle ihr Angebot fristgerecht und unter Einhaltung der vorgegebenen Bedingungen der Ausschreibung eingereicht. Dabei seien ihr in ihrer Eingabe zwei Formfehler unterlaufen: Ein Formfehler betreffe das Angebotsformular, wo die Beschwerdeführerin fälschlicherweise den Fixbetrag für den Zeitraum von vier Jahren anstelle des Fixbetrags für ein Jahr eingefügt habe. Am 8. November 2023 habe Frau C. \_\_\_\_\_ von der Vergabestelle die Beschwerdeführerin telefonisch kontaktiert, um sie über den erwähnten Kalkulations- bzw. Schreibfehler in ihrem finanziellen Angebot zu informieren und die Beschwerdeführerin aufzufordern, diesen zu korrigieren. Daraufhin habe die Beschwerdeführerin der Vergabestelle aufforderungsgemäss eine korrigierte Version des finanziellen Angebots eingereicht. Dieser Formfehler habe daher bereinigt werden können.

6 Urteil V 2024 7 Ein zweiter Formfehler sei der Beschwerdeführerin im Formular Referenznachweis unterlaufen: Zwar habe sie darin als Referenz 2 korrekt die Stadt Zürich angegeben. Bei den konkreten Kontaktangaben habe sie in Referenz 2 jedoch versehentlich (erneut) die Kontaktangaben der Referenz 1 (Basel-Stadt, D. \_\_\_\_\_) hineinkopiert. Im Gegensatz zum ersten Formfehler habe die Vergabestelle die Beschwerdeführerin auf diesen zweiten Formfehler nicht hingewiesen und sie diesbezüglich auch nicht zu einer Berichtigung/Erläuterung aufgefordert. Die Vergabestelle habe die Referenz 2 der Beschwerdeführerin nicht berücksichtigt bzw. diese mit 0 Punkten bewertet. Zur Begründung werde in der Bewertungsübersicht ausgeführt, dass diese Referenz fehle bzw. 2x D. \_\_\_\_\_ angeführt werde. Diese Bewertung bzw. Nichtberücksichtigung der Referenz 2 der Beschwerdeführerin sei rechtswidrig, zumal es sich beim Fehler bei den Kontaktangaben um einen offensichtlichen Schreib- bzw. Formfehler handle, welcher von der Vergabestelle ohne Weiteres hätte bereinigt werden können und hätte bereinigt werden müssen. Damit verletze die Vergabestelle den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Korrektur eines offensichtlichen Schreibfehlers bzw. wende die entsprechenden Vorgaben rechtsfehlerhaft bzw. willkürlich an. Die Vergabestelle habe die Referenz der Stadt Zürich bei der Zuschlagsempfängerin (dort Referenz 3) mit 56 Punkten (gewichtete 5,6 Punkte) bewertet. Da die Beschwerdeführerin in Zürich ebenfalls einen sehr guten Ruf geniesse, sei davon auszugehen, dass diese Referenz bei der Beschwerdeführerin die gleiche Punktzahl erreiche. Soweit notwendig sei die Zürcher Referenz der Beschwerdeführerin (E. \_\_\_\_\_) direkt vom Gericht einzuholen und entsprechend zu bewerten bzw. diese Punktzahl zu bestätigen. Damit komme die Beschwerdeführerin auf insgesamt 153 (gewichtete Punkte) und liege punktemässig vor der gegenwärtig erstplatzierten Zuschlagsempfängerin. Antragsgemäss sei der Zuschlag an die

Zuschlagsempfängerin somit aufzuheben und dem Angebot der Beschwerdeführerin zu erteilen. Sollte das Verwaltungsgericht wider Erwarten der Auffassung sein, dass die korrekte Bewertung der Referenz 2 nicht direkt durch das Gericht vorgenommen werden könne, so sei der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin im Sinne des Eventualantrags aufzuheben und zur erneuten Bewertung bzw. Einholung der Referenz für Zürich und zum erneuten Entscheid im Sinne der vorstehenden Erwägungen an die Vergabestelle zurückzuweisen.

### **E. 2.3**

Wie in der Darstellung des Sachverhalts erwähnt, beschränkte sich die Vergabestelle darauf, dem Gericht zu beantragen, die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Die Vergabestelle verzichtete darauf, sich zu den Vor-7 Urteil V 2024 7 bringen der Beschwerdeführerin zu äussern und verwies lediglich auf den angefochtenen Zuschlagsentscheid sowie auf die diesem Entscheid zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen. 3.

### **E. 3**

Der Vergabestelle sei ohne vorgängige Anhörung (superprovisorisch) zu untersagen, den anderen Anbieterinnen (inkl. der B. \_\_\_\_\_) Einsicht in das Angebot bzw. die Offerte der A. \_\_\_\_\_ zu geben. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (inkl. MwSt.) zu Lasten der Vergabestelle bzw. der Staatskasse." Zur Beschwerdebeurteilung liess die Beschwerdeführerin zusammengefasst Folgendes vorbringen: Die Vergabestelle habe ihre Referenz 2 (Zürich) zu Unrecht nicht berücksichtigt bzw. mit null Punkten bewertet. Zudem sei das Preiskriterium, bei welchem die Beschwerdeführerin sehr gut abgeschnitten habe, von der Vergabestelle rechtswidrig unterbewertet worden. Im Übrigen gehe aus der Bewertungsübersicht der Vergabestelle nicht weiter hervor, wie die einzelnen Zuschlagskriterien und die jeweiligen Subkriterien genau bewertet worden seien. C. Mit Verfügung des Vorsitzenden der verwaltungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts vom 10. Januar 2024 wurde der Beschwerde vorläufig und vorsorglich aufschiebende Wirkung erteilt. D. Am 22. Januar 2024 beantragte das Departement Soziales, Umwelt und Sicherheit, die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Es teilte mit, zur Begründung stütze es sich auf den angefochtenen Zuschlagsentscheid sowie auf die diesem Entscheid zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen.

### **E. 3.1**

Im Vergaberecht gilt das Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten nach deren Einreichung bei der Vergabebehörde (BGE 141 II 353 E. 8.2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 710 ff.), an das im Übrigen auch in § 22 Abs. 4 der bis am 29. Februar 2024 in Kraft gestandenen Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (aSubV; BGS 721.53) erinnert; danach dürfen die Angebote nach Ablauf der Frist für die Einreichung der Angebote nicht mehr geändert werden. Dagegen werden offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler berichtigt (§ 27 Abs. 2 aSubV; Art. 28 Abs. 2 der Vergaberichtlinien vom 15. April 2003 zur IVöB vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [VRöB]; Art. XV Ziff. 3 des revidierten internationalen Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [GPA; SR 0.632.231.422]). Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber kann von den Anbieterinnen oder Anbietern Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebots verlangen (§ 28

Abs. 1 aSubV). Das Vorliegen eines offensichtlichen Fehlers darf aufgrund der Missbrauchsgefahr jedoch nicht leichtfertig angenommen werden (vgl. BVGer B-1528/2017 vom 27. September 2017 E. 4.5.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 729). Offensichtlich (vgl. Art. 28 Abs. 2 VRöB) sind Rechnungs- und Schreibfehler nur dann, wenn von einer bestimmten mathematischen oder sprachlichen Textpassage objektiv und zweifelsfrei feststeht, dass der Bieter nicht das erklären wollte, was er geschrieben hat, sondern mit Gewissheit, dass er irgendetwas anderes erklären wollte. Der Fehler ist nur dann offensichtlich, wenn er sich als solcher aus dem Angebot selber schon ergibt, ohne dass es eines Hinweises oder sonstiger Erläuterungen des Bieters bedürfte, wenn also der Fehler bei Lektüre der Offerte ins Auge springt (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.4; BGer 2C\_418/2014 vom 20. August 2014 E. 4.1; vgl. auch Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, 2012, Rz. 2152). Des Weiteren ist zu beachten, dass allein die Offensichtlichkeit des Fehlers an sich nicht ausreicht, um diesen zu korrigieren (Beyeler, a.a.O., Rz. 2156). Vielmehr muss auch klar sein, was der Anbieter wirklich erklären wollte (vgl. auch BVGer B-1528/2017 vom 27. September 2017 E. 4.5.1). Letztlich geht es um Erklärungsirrtümer, die dann, wenn

8 Urteil V 2024 7 nicht nur sie selber, sondern auch der gewollte Erklärungsinhalt offensichtlich ist, in vergaberechtlich zulässiger Weise bereinigt werden können. Denn als Folge der Entdeckung des wirklichen Willens würde ohnehin der richtig erkannte (und nicht der irrtümlich erklärte) Wille zum Vertragsinhalt (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Die rein formal bleibende Bereinigung tangiert daher den Offertgehalt nicht. Der wirkliche Wille eines Anbieters kann sowohl aus dem Angebot und den Umständen als auch aus der Einholung von Erläuterungen beim Anbieter resultieren (vgl. BGE 141 II 353 E. 8.2.4; BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 3b). Zwar besteht die Gefahr, dass ein Bieter versucht, über eine abgegebene Erklärung betreffend seinen angeblichen wirklichen Willen eine materielle Offertänderung vorzunehmen. Indessen ist eine Berichtigung dann zulässig, wenn aufgrund der eingeholten Erläuterung der tatsächliche Wille des Anbieters eindeutig feststeht; ansonsten würde die Regelung, wonach ein Auftraggeber von den Anbietern Erläuterungen bezüglich ihres Angebots verlangen kann (Art. 29 VRöB), in vielen Fällen ihren Sinn und Zweck verfehlen (BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 3b). Die Grenze zwischen einer (zulässigen bzw. sogar gebotenen) nachträglichen Korrektur von unbedeutenden Formmängeln einerseits und einer dem Prinzip der Unveränderbarkeit der Offerten zuwiderlaufenden Abänderung der Angebote kann sich im Einzelfall als schwierig erweisen (BGE 141 II 353 E. 8.2.2). Ist eine Korrektur von Rechnungs- und Schreibfehlern vergaberechtlich nicht zulässig, weil entweder der Fehler nicht offensichtlich oder der wirkliche Wille nicht objektiv feststellbar ist, muss die Offerte nach Treu und Glauben ausgelegt werden. Grundsätzlich bleibt sie hierbei im Verfahren; indessen kann das Auslegungsergebnis ergeben, dass das Angebot ausgeschlossen werden muss, weil es bestimmten vergaberechtlichen Anforderungen nicht genügt, oder der Fehler zu einer (ausschreibungswidrigen) wesentlichen Lücke oder Unklarheit geführt hat (vgl. Beyeler, a.a.O., Rz. 2166 f.; zum Ganzen: BGer 2D\_64/2019 vom 17. Juni 2020 E. 3; siehe auch BGer 2C\_296/2022 vom 22. März 2023 E. 1.4).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV liegt ein überspitzter Formalismus vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, oder wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt.

Durch ein derartiges Vorgehen wird die Formstrenge zum blossen Selbstzweck, womit die Verwirklichung des materiellen Rechts in unhaltbarer Weise erschwert oder gar verhindert werden kann (vgl. dazu grundlegend BGE 132 I 249 E. 5). Aus dem

9 Urteil V 2024 7 Verbot des überspitzten Formalismus wie auch aus Art. 9 BV kann die Verpflichtung der Behörde abgeleitet werden, den Privaten in gewissen Situationen von Amtes wegen auf Verfahrensfehler hinzuweisen, die er begangen hat oder im Begriffe ist zu begehen. Das Bundesverwaltungsgericht leitet aus dem Verbot des überspitzten Formalismus ab, dass in vergaberechtlichen Verfahren dem Anbieter in bestimmten Fällen Gelegenheit zu geben ist, den ihm vorgehaltenen Formmangel zu beheben (BVGer B-2432/2020 vom 7. September 2020 E. 2.2 mit Hinweis).

### **E. 3.3**

Gemäss Ziff. 3.8 lit. d der Ausschreibungsunterlagen (Bf-Beil. 5) hatte die Anbieterin mit dem Formular "Referenzen" drei Referenzen bezüglich des Betriebes von E-Scootern im Verleihsystem der Schweiz bekanntzugeben. Die Beschwerdeführerin nahm das wie folgt vor (Bf-Beil. 8): Stadt/Gemeinde Kontaktperson 1. Basel-Stadt Name: D. \_\_\_\_\_ Funktion: Leiter Mobilitätsstrategie Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt Telefon: F. \_\_\_\_\_ E-Mail: D. \_\_\_\_\_ 2. Zürich Name: D. \_\_\_\_\_ Funktion: Leiter Mobilitätsstrategie Bau- und Verkehrsdepartement des Kantons Basel-Stadt Telefon: F. \_\_\_\_\_ E-Mail: D. \_\_\_\_\_ 3. Sion Name: G. \_\_\_\_\_ Funktion: Vizepräsident, Stadt Sion Gemeinderat Telefon: H. \_\_\_\_\_ E-Mail: G. \_\_\_\_\_

### **E. 3.4**

Es ist der Beschwerdeführerin recht zu geben, dass es sich bei den fehlerhaften Angaben zur Kontaktperson bei Referenz 2 (Zürich) um einen offensichtlichen und untergeordneten Schreib- bzw. Formfehler handelt, welcher von der Vergabestelle ohne Weiteres hätte bereinigt werden können und müssen. Es ist offensichtlich, dass die Anbieterin bei der Referenz 2 (Zürich) versehentlich die genau gleichen Angaben betreffend die Aus-

### **E. 4**

Urteil V 2024 7 E. Die ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladene Zuschlagsempfängerin verzichtete auf die Einreichung einer Stellungnahme. F. Am 8. Februar 2024 replizierte die Beschwerdeführerin, und am 19. Februar 2024 teilte das Departement Soziales, Umwelt und Sicherheit mit, es verzichte auf die Einreichung einer Duplik. Das Verwaltungsgericht erwägt: 1. 1.1 Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht. Sie erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen. Die Beschwerdeführerin erreichte im Vergabeverfahren den zweiten Platz. Sie rügt u.a. eine falsche Bewertung ihres Angebots. Die Beschwerdeführerin hat bei einer Gutheissung der Beschwerde realistische Chancen, mit ihrem eigenen Angebot zum Zuge zu kommen. Allenfalls hat sie auch die Möglichkeit, eine Wiederholung des Zuschlagsverfahrens zu erreichen. Ihre Beschwerdeberechtigung ist offensichtlich gegeben und wird von der Vergabebehörde auch nicht bestritten. Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11). 1.2 Die Zuschlagsempfängerin hat sich trotz Beiladung nicht am Verfahren beteiligt, weshalb sie nicht mehr als Partei gilt. 1.3 Der Kanton Zug ist gemäss § 1 des am 1. März 2024 in Kraft getretenen Submissionsgesetzes vom 30. November 2023 (SubG; BGS 721.51) der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15.

November 2019 (IVöB) beigetreten. Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der IVöB eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (BGer 2C\_802/2021 vom 24. November 2022 E. 2.2). Nach § 6 Abs. 1 lit. a des bis am 29. Februar 2024 in Kraft gestandenen Submissionsgesetzes (aSubG) werden Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinba-

#### **E. 4.1**

Weiter rügt die Beschwerdeführerin, das finanzielle Angebot (Preiskriterium), bei welchem die Beschwerdeführerin sehr gut abgeschnitten habe, sei vorliegend nur mit 30 % gewichtet worden. Die Gewichtung liege somit knapp über der vom Bundesgericht definierten absoluten Mindestgewichtung von 20 %. Hinzu komme vorliegend jedoch, dass die Vergabestelle die Spannbreite der Preisangebote nicht weiter beschränkt habe. Sowohl bei der Punkteberechnung des Fixbetrags als auch bei der Punkteberechnung des Abgabesatzes habe das höchste Angebot jeweils 100 Punkte erhalten, wobei bei den übrigen Angeboten pro 1 % tieferem Angebot gegenüber dem höchsten Angebot jeweils 1 Punkt abgezogen worden sei. Dadurch ergebe sich letztlich eine Spannbreite von 100 %, womit das Preiskriterium zusätzlich erheblich verwässert werde. Konkret habe die Zuschlagsempfängerin beim Fixbetrag ein rund 62 % [genau: 62,20 %] niedrigeres Angebot als die Beschwerdeführerin eingereicht. Gleichfalls habe sie für ihr Angebot noch rund 38 Punkte [genau: 37,80 Punkte] erhalten. Damit werde die Gewichtung des Preiskriteriums zusätzlich – und zum offensichtlichen Nachteil der Beschwerdeführerin – erheblich abgeschwächt. Vorliegend führe die ohnehin bereits relativ geringe Gewichtung des Preis-

#### **E. 4.2**

Gemäss Ziff. 3.7 der Ausschreibungsunterlagen ist ein jährlicher Fixbetrag (dieser Betrag ist mindestens geschuldet) und ein jährlicher Abgabesatz in Prozenten des Nettoumsatzes für den Verleih der E-Scooter zu offerieren. Per Ende jedes Kalenderjahres ist die Summe gemäss Abgabesatz in Prozent des Nettoumsatzes auszuweisen. Übersteigt diese Summe den Fixbetrag, ist die Differenz zusätzlich an die Vertragsgeberin auszuführen. Wie erwähnt, wird das Zuschlagskriterium "Finanzielles Angebot" mit einer Gewichtung von 30 % bewertet. Die Angebote für den Fixbetrag (Minimalbetrag) und den Abgabesatz in Prozent des Nettoumsatzes werden gleich gewichtet. Das jeweils höchste Angebot erhält die maximal mögliche Punktezahl. Für tiefere Angebote ergibt sich eine lineare Punkteverteilung (Prozent im Verhältnis zum höchsten Angebot; Ziff. 3.8 der Ausschreibungsunterlagen).

#### **E. 4.3**

Der Bewertung der Angebote (Bg-Beil. 3) lässt sich betreffend die finanziellen Angebote der Submissionsteilnehmerinnen folgende Punkteberechnung entnehmen:

Punkteberechnung Fixbetrag Anbieter Angebot in CHF Abweichung vom höchsten

Angebot in % Punkteabzug Effektive Punktzahl A. \_\_\_\_\_ 63'497.00 - - 100.00

I. \_\_\_\_\_ 30'000.00 52.75 52.75 47.25 B. \_\_\_\_\_ 24'000.00 62.20 62.20 37.80

J. \_\_\_\_\_ 22'200.00 65.04 65.04 34.96 K. \_\_\_\_\_ 10'000.00 84.25 84.25 15.75

Das höchste Angebot erhält 100 Punkte. Pro 1 % tieferem Angebot gegenüber dem höchsten Angebot wird 1 Punkt abgezogen.

#### **E. 4.4**

Tatsächlich stellt sich die Frage, ob die von der Vergabestelle angewandte Preisspanne zulässig ist. Bei der Punkteberechnung Fixbetrag profitiert die Zuschlagsempfängerin gegenüber der Beschwerdeführerin allenfalls übermässig. Hingegen ist es bei der Punktebewertung Abgabesatz die Beschwerdeführerin selbst, welche gegenüber der Zuschlagsempfängerin Vorteile aus der angewandten Preisspanne zieht, allerdings in geringerem Ausmass, als es die Zuschlagsempfängerin bezüglich des Fixbetrags macht. Die Frage kann jedoch offenbleiben, denn die Beschwerdeführerin muss sich entgegenhalten lassen, dass sie die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen nicht rechtzeitig angefochten hat.

#### **E. 4.5**

Die Ausschreibung des Auftrags gilt gemäss Art. 15 Abs. 1 bis lit. a aIVöB als selbständig anfechtbare Verfügung. Nach der Praxis des Bundesgerichts sind allfällige Einwände gegen die Ausschreibung oder gegen die in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Anordnungen grundsätzlich ohne Verzug zu erheben, d.h. in dem Moment, in dem sie einem Anbieter zur Kenntnis gebracht werden. Stehen die Ausschreibungsunterlagen zusammen mit der Ausschreibung zur Verfügung, so sind sie als integrierender Bestandteil derselben zu verstehen. Können aber die Ausschreibung und die Ausschreibungsunterlagen, in denen auch die Angaben betreffend Eignungs- und Zuschlagskriterien

#### **E. 4.6**

Im Amtsblatt des Kantons Zug und auf der Internetplattform simap.ch wurde am

#### **E. 4.7**

Damit war klar ausgewiesen, wie die Punktverteilung in Bezug auf das finanzielle Angebot erfolgen soll. Die Beschwerdeführerin hätte ihre Rüge betreffend das Preiskriterium somit nach dem Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen vorbringen können, zumal in den Ausschreibungsunterlagen eine Rechtsmittelbelehrung enthalten war, was sie jedoch unterlassen hat. Mit Beschwerde gegen den Zuschlag kann der allfällige Mangel im Zusammenhang mit der Art der Punktverteilung bezüglich des finanziellen Ange-

#### **E. 5**

Urteil V 2024 7 rung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB; BGS 721.52) beurteilt. Das vorliegend zu beurteilende Vergabeverfahren wurde mit Ausschreibung vom 14. September 2023 eingeleitet, weshalb das bisherige Recht (aIVöB und aSubG mit dessen Verordnung) zur Anwendung gelangt. 1.4 Bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 aIVöB), nicht ein. Zu prüfen sind dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens sowie eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 16 Abs. 1 aIVöB). 2.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin bringt vor, aus der Bewertungsübersicht der Vergabestelle (Bf-Beil. 9) gehe im Übrigen nicht weiter hervor, wie die einzelnen Zuschlagskriterien und die jeweiligen Subkriterien genau bewertet worden seien. Abgesehen von vereinzelt punktuellen Bemerkungen sei insbesondere nicht ersichtlich, wie die punktemässige Beurteilung (1–3) bei den einzelnen Messgrössen/Prüfpunkten (vierte Spalte von links der je-

weiligen Angebotsbewertungen) genau zustande gekommen sei. Es sei davon auszugehen, dass auch bei den übrigen Zuschlagskriterien keine rechtskonforme und rechtsgleiche Bewertung vorgenommen worden sei, zumal die Vergabestelle offenbar über keine über die Bewertungsübersicht bzw. das Bewertungsraster (Bf-Beil. 9) hinausgehende Angebotsbewertung verfüge.

### **E. 5.2**

Der Entscheid über den Zuschlag bedarf einer ausreichenden Begründung. Aufgrund der Sonderregeln des Vergaberechts ist die Vergabestelle zwar bei der Eröffnung des Zuschlags zunächst nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Art. 13 lit. h aIVöB und § 36 Abs. 2 aSubV). Auf Gesuch hin hat die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen oder Anbietern verschiedene Begründungselemente bekannt zu geben, darunter die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (§ 36 Abs. 3 lit. d aSubV) sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots, soweit dadurch nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstossen wird oder berechnigte wirtschaftliche Interessen der Anbieterinnen oder Anbieter beeinträchtigt werden (§ 36 Abs. 3 lit. e aSubV). Die Rechtsprechung lässt sodann zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung des Vergabeentscheids noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (VGer ZH VB.2009.000393 vom 8. September 2010 E. 6).

### **E. 5.3**

Die Abteilung Soziales, Umwelt und Sicherheit der Stadt Zug eröffnete den Submissionsteilnehmern am 22. Dezember 2023 den Zuschlagsbeschluss des Stadtrats von Zug vom 19. Dezember 2023 und begründete diesen wie folgt: "Die B. \_\_\_\_\_ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl erreicht. Sie bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter

### **E. 5.4**

Auf Verlangen der Beschwerdeführerin stellte die Vergabestelle der Beschwerdeführerin am 28. Dezember 2023 per E-Mail eine Bewertung der Angebote zu (Bf-Beil. 9). Daraus geht zu jeder von der Vergabestelle festgelegten Messgrösse bzw. zu jedem Prüfungspunkt der einzelnen Hauptkriterien bzw. Subkriterien eine Benotung zwischen 0 und 3 hervor. Zu den meisten Benotungen gibt es zudem eine stichwortartige Bemerkung.

### **E. 5.5**

Folgende Punkte führte die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde vom 8. Januar 2024 an, bei denen für sie nicht nachvollziehbar sei, weshalb ihre Offerte schlechter bewertet wurde als jene der Zuschlagsempfängerin: "- Hauptkriterium a) Nachhaltigkeit des Betriebs: - Transporte: das Angebot der Beschwerdeführerin wurde in diesem Punkt ohne nachvollziehbare Gründe und damit zu Unrecht lediglich mit einer 1 (7 Punkte) anstelle einer 3 (20 Punkte) benotet; - Nutzersensibilisierung: das Angebot der Beschwerdeführerin wurde in diesem Punkt ohne jegliche Gründe und damit zu Unrecht lediglich mit einer 2 (13 Punkte) anstelle einer 3 (20 Punkte) bewertet; - Innovation, Eigenentwicklung: das Angebot der Beschwerdeführerin wurde in diesem Punkt ohne nachvollziehbare Gründe und damit zu Unrecht lediglich mit einer 2 (17 Punkte) anstelle einer 3 (25 Punkte) bewertet. - Hauptkriterium c) Betriebskonzept:

### **E. 5.6**

Zusammen mit der Eingabe des Departements Soziales, Umwelt und Sicherheit der Stadt Zug vom 22. Januar 2024, welche wie erwähnt keine Erwiderung der Vorbringen der Beschwerdeführerin enthielt, sondern lediglich auf den angefochtenen Zuschlagsentscheid sowie auf die diesem Entscheid zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen verwies, stellte das Gericht der Beschwerdeführerin den Beschluss des Stadtrats von Zug vom 19. Dezember 2023 (Bg-Beil. 4) zu, in welchem der Zuschlagsentscheid wie folgt begründet wurde: "Die B. \_\_\_\_\_ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl erreicht. Dies insbesondere auch aus der Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Nachhaltigkeit des Betriebs', welches mit 35 % noch vor dem finanziellen Angebot (30 %) der höchsten Gewichtung unterliegt. Sie veranschaulicht eindrücklich, wie sie ihre strategischen Zielsetzungen über Aktionsbereiche mit konkreten Massnahmen umsetzt und wie sie ihre Umweltwirkung und die Leistungen mit einem standardisierten und zertifizierten Monitoring misst. Im Betriebskonzept wird detailliert aufgezeigt, wie das Angebot und die Infrastrukturen (Lager) in Zug aufgebaut und betrieben werden.

### **E. 5.7**

In ihrer Replik vom 8. Februar 2024 rügte die Beschwerdeführerin zusätzlich insbesondere die folgenden Bewertungen: - Zuschlagskriterium "Nachhaltigkeit des Betriebs" - Subkriterium "Energie- und Klimaschutz" - Prüfpunkt "Reichweite eScooter" - Prüfpunkt "Bilanzierung CO2" - Prüfpunkt "Nutzersensibilisierung, Animation" - Subkriterium "Ressourcenschutz" - Prüfpunkt "Wechselakku, Zellqualität, Ladezyklen" - Prüfpunkt "Innovation, Eigenentwicklungen" - Zuschlagskriterium "Betriebskonzept" - Subkriterium "Zielsetzung des Anbieters" - Prüfpunkt "Strategische, quantitative Zielsetzungen (zur Nachhaltigkeit)" - Subkriterium "Organisation" - Prüfpunkt "Zertifizierungen nach ISO" - Subkriterium "Prozesse" - Prüfpunkt "Bezug zu SDG (plus)"

### **E. 5.8**

Die Vergabestelle äusserte sich auch dazu nicht und teilte dem Gericht lediglich mit, sie verzichte auf die Einreichung einer Duplik.

### **E. 5.9**

Tatsächlich ist es auch dem Gericht nicht möglich, aufgrund der wenig vorhandenen Stichworte bzw. Bemerkungen in der Bewertungsübersicht nachzuvollziehen, warum bei den einzelnen Messgrössen/Prüfpunkten welche Noten erteilt wurden. Daran ändert auch die im Stadtratsbeschluss vom 19. Dezember 2023 enthaltene, wenig aussagekräftige

### **E. 10**

Urteil V 2024 7 kunfts person und die Auskunftsstelle hineinkopierte wie bei der Referenz 1 (Basel-Stadt). Dass es sich bei der Auskunfts person der Stadt Zürich bezüglich der Beschwerdeführerin um E. \_\_\_\_\_ handeln muss, liegt auf der Hand, haben doch alle anderen Anbieterinnen, welche offenbar alle ebenfalls in der Stadt Zürich tätig sind, E. \_\_\_\_\_ als Referenz angegeben. Somit verfügte die Vergabestelle über alle notwendigen Angaben zu E. \_\_\_\_\_. Zumindest wäre aber die Vergabestelle gehalten gewesen, von der Beschwerdeführerin diesbezüglich eine Erläuterung bzw. Bereinigung ihres Angebots zu verlangen (§ 28 aSubV) und hätte diese auch umgehend erhalten. Dies umso mehr als die Vergabestelle die Beschwerdeführerin bereits einmal kontaktiert und zur Bereinigung des Angebots aufgefordert hatte, weil die Beschwerdeführerin

fälschlicherweise den Fixbetrag für den Zeitraum von vier Jahren anstelle des Fixbetrags für ein Jahr eingefügt hatte und die Beschwerdeführerin dies auf Rückmeldung der Vergabestelle hin bereinigen konnte, indem die Beschwerdeführerin eine korrigierte Version des finanziellen Angebots einreichte. Die Vergabestelle verstieß damit gegen den Anspruch der Beschwerdeführerin auf Korrektur von offensichtlichen Schreibfehlern und berücksichtigte die Referenz 2 der Beschwerdeführerin unzulässigerweise nicht. Diesbezüglich ist die Beschwerde gutzuheisen. 4.

#### **E. 10.00**

50.00 50.00 50.00 J. \_\_\_\_\_ 7.15 64.25 64.25 35.75 Das höchste Angebot erhält 100 Punkte. Pro 1 % tieferem Angebot gegenüber dem höchsten Angebot wird 1 Punkt abgezogen. Dies ergibt bezüglich des Zuschlagskriteriums "Finanzielles Angebot" für die Beschwerdeführerin eine Punktzahl von 185 (100 + 85) bzw. gewichtet (30 %) 55,5, und für die Zuschlagsempfängerin (B. \_\_\_\_\_) eine solche von 138 (38 + 100) bzw. gewichtet (30 %) 41,4.

#### **E. 11**

Urteil V 2024 7 Kriterien mit 30 %, zusammen mit der sehr flachen Preiskurve bzw. der Bandbreite von rund 100 %, zu einer in ihrem Resultat rechtswidrigen Untergewichtung des Preiskriteriums. Damit werde der Zuschlag an das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht mehr gewährleistet (Art. 13 lit. f aIVöB, § 12 lit. m aSubV), womit sich die Bewertung der Vergabestelle auch in dieser Hinsicht als rechtswidrig erweise.

#### **E. 12**

Urteil V 2024 7 Punkteberechnung Abgabesatz Anbieter Angebot in Prozent Abweichung vom höchsten Angebot in % Punkteabzug Effektive Punktzahl B. \_\_\_\_\_ 20.00 - - 100.00 A. \_\_\_\_\_ 17.00 15.00 15.00 85.00 I. \_\_\_\_\_

#### **E. 13**

Urteil V 2024 7 enthalten sind, selbständig angefochten werden, so darf auf sie im Anschluss an den Zuschlag grundsätzlich nicht mehr zurückgekommen werden, denn es verstiesse gegen Treu und Glauben, wenn ein Anbieter, der sich auf ein Submissionsverfahren eingelassen hat, obwohl er die von ihm als ungenügend erachtete Umschreibung der Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung hätte anfechten können, noch in diesem Zeitpunkt dagegen Beschwerde führen könnte. Eine Einschränkung gilt insofern, als nur die Mängel der Ausschreibung, welche auf Anrieb und nicht erst im Zeitpunkt des Zuschlags erkennbar sind, innert der für die Anfechtung der Ausschreibung des Auftrags festgelegten Frist gerügt werden müssen (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1258 mit Hinweisen auf diverse Entscheide des Bundesgerichts; Urteil des Verwaltungsgerichts Zug V 2015 46 vom 30. Juni 2015 E. 2a). Erkennt ein Anbieter die Mangelhaftigkeit der Ausschreibung oder hätte er sie erkennen müssen, so verwirkt er sein Beschwerderecht, wenn er sie nicht sofort anfight.

#### **E. 14**

Urteil V 2024 7 bots nicht mehr geltend gemacht werden. Aus diesem Grund rechtfertigt es sich, auf die vorgebrachte Beanstandung nicht mehr einzutreten. 5.

#### **E. 15**

Urteil V 2024 7 Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien, insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus." Dies genügt zwar den vergaberechtlichen Mindestanforderungen an die verlangte summarische Begründung bei der Eröffnung des Zuschlags. Zu prüfen ist aber, ob den im Anschluss daran gemachten Ausführungen der Abteilung Soziales, Umwelt und Sicherheit entsprechend § 36 Abs. 3 lit. d und e aSubV in ausreichendem Mass die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots entnommen werden können.

#### **E. 16**

Urteil V 2024 7 - Zertifizierungen nach ISO: das Angebot der Beschwerdeführerin wurde in diesem Punkt ohne nachvollziehbare Gründe und damit zu Unrecht lediglich mit einer 2 (33 Punkte) und damit gleich wie jenes der Zuschlagsempfängerin bewertet. Und dies, obwohl die Zertifizierungen im Angebot der Beschwerdeführerin über jene im Angebot der Zuschlagsempfängerin hinausgehen. - Freischaltpreis: das Angebot der Beschwerdeführerin wurde in diesem Punkt ohne nachvollziehbare Gründe und damit zu Unrecht lediglich mit einer 2 bewertet. Dies obwohl das Angebot der Beschwerdeführerin mit CHF 1,00 einen erheblich tieferen Freischaltpreis vorsieht als das Angebot der Zuschlagsempfängerin, welches einen Freischaltpreis von rund CHF 1,50 vorsieht und trotz dieses offensichtlichen Preisunterschieds ebenfalls (und damit zu Unrecht) mit einer 2 bewertet wurde. - Hauptkriterium d) Referenzen: - Abgesehen von der rechtswidrigen Nichtberücksichtigung der Referenz 2 (Zürich) der Beschwerdeführerin ist auch die Bewertung der übrigen Referenzen in keiner Weise nachvollziehbar. Die übrigen Referenzen der Beschwerdeführerin wurden ohne jegliche Gründe und damit zu Unrecht schlechter beurteilt als jene der Beschwerdeführerin."

#### **E. 17**

Urteil V 2024 7 Dabei wird auch die Zusammenarbeit mit der Zugerland Verkehrsbetriebe AG (ZVB), dem Mobility Hub Nord, GGZ@work und weiteren Partnern vor Ort gesucht. Zusätzlich zeichnet sich die B.\_\_\_\_\_ durch ihre Innovationen bei der Entwicklung von Apps zur Verbesserung der Sicherheit und Ordnung beim Betrieb der Fahrzeuge aus. Die B.\_\_\_\_\_ bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien – insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit – das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus."

#### **E. 18**

Urteil V 2024 7 ge Begründung nichts. Es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, in den einzelnen Offerten herauszusuchen, ob die Benotung/Beurteilung jeder Messgrösse/jedes Prüfpunktes vertretbar ist oder nicht. Es wäre erforderlich gewesen, dass die Vergabestelle die entsprechenden Grundlagen dem Gericht geliefert und Stellung zu den Rügen der Beschwerdeführerin genommen hätte. Die Abklärungen betreffend die Referenzen hat die Vergabestelle zudem nicht dokumentiert. Eine wirksame Überprüfung des Vergabeentscheids durch die Rechtsmittelbehörde ist daher nicht möglich. Insgesamt ergibt sich damit, dass die Vergabestelle auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keine ausreichende Begründung des angefochtenen Entscheids vorgebracht hat. Auch diesbezüglich ist daher die Beschwerde gutzuheissen. 6. 6.1 Gemäss Art. 18 Abs. 1 aIVöB

kann die Beschwerdeinstanz – wenn der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist – die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen. 6.2 Wie ausgeführt, ist die Beschwerde gutzuheissen und somit die Zuschlagsverfügung aufzuheben. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin kann aber ohne Abklärungen und Rückfragen betreffend die Referenz 2 (Zürich) der Beschwerdeführerin nicht einfach die gleiche Punktzahl zugesprochen werden wie der Zuschlagsempfängerin. Diese Abklärungen bzw. Rückfragen können jedoch nicht durch das Gericht erfolgen. Die entsprechende Referenz ist von der Vergabestelle einzuholen, insbesondere deshalb, weil sie im Interesse der Vergleichbarkeit in der gleichen Art und mit den gleichen Fragestellungen zu erfolgen hat, wie sie die Vergabestelle bei den anderen Referenzgebern vorgenommen hat. Wie dies erfolgt ist, ist dem Gericht nicht bekannt. Im Anschluss an die Einholung dieser Referenz hat die Vergabestelle diesbezüglich eine neue Bewertung vorzunehmen und in der Sache neu zu verfügen. Sinnvollerweise begründet die Vergabestelle dabei ihre entsprechende Notenvergabe ausreichend und für die Beschwerdeführerin nachvollziehbar. 6.3 Was die Bewertung der übrigen Punkte, welche die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Bewertung der Zuschlagskriterien und deren Prüfpunkte bemängelt, betrifft, ist Folgendes anzuordnen: Die Vergabestelle wird aufgefordert, im Rahmen der neu zu erlassenden Zuschlagsverfügung die entsprechende Notenvergabe in geeigneter

#### **E. 19**

Urteil V 2024 7 Form ausreichend zu begründen, so dass sie für die Beschwerdeführerin nachvollziehbar ist und diese in die Lage versetzt wird, zu entscheiden, ob sie gegen die neue Verfügung ein Rechtsmittel ergreifen will oder nicht. 7. Die Beschwerde wird daher insofern gutgeheissen, als die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung gemäss den Anordnungen in E. 6.2 f. an den Stadtrat von Zug zurückgewiesen wird. 8. 8.1 Gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 und § 24 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) werden dem Stadtrat von Zug die Kosten des Verfahrens auferlegt. 8.2 Im Rechtsmittelverfahren ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei zulasten der unterliegenden Partei eine Parteientschädigung nach Massgabe ihres Obsiegens zuzusprechen (§ 28 Abs. 2 VRG). Das Gericht erachtet Fr. 4'000.– (inkl. MWST) als angemessene Entschädigung für das Honorar und die notwendigen Barauslagen der berufsmässigen Vertretung der obsiegenden Beschwerdeführerin. Sie ist vom Stadtrat von Zug zu bezahlen.

#### **E. 20**

Urteil V 2024 7 Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

---