

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00460 vom 1. Juli 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-07-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2008.00460](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00460)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00460 du 1 juillet 2009

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00460 del 1 luglio 2009

## Regeste

Submission | Aufteilung eines Auftrags für die Durchführung von Deutschkursen in acht identische Lose und Zuschlag eines Loses pro Anbieter. Dass pro Anbieter nur ein Los zugeteilt wird, geht weder aus der Ausschreibung noch aus den Ausschreibungsunterlagen hervor. Vielmehr lassen diese keinen anderen Schluss zu, als dass der Zuschlag mehrerer Lose an einen Anbieter möglich war. Die Vergabebehörde kann sich auch nicht auf ihre bisherige Vergabepraxis berufen und daraus eine aus Treu und Glauben fließende Pflicht zur frühzeitigen Beanstandung des Vergabesystems ableiten. Zum einen wurde auf diese Praxis in den Ausschreibungsunterlagen nicht hingewiesen; zum anderen erweist sich diese nicht als durchwegs konsistent (E. 4). Ein Vergabesystem, bei dem unabhängig von der Rangfolge der Bewertung der Angebote pro Anbieter ein Los zugeteilt wird, kann dazu führen, dass die massgeblichen Zuschlagskriterien im Verhältnis einzelner Anbieter zueinander überhaupt nicht mehr zum Tragen kommen. Es erweist sich im Licht der Ziele des wirksamen Wettbewerbs und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel sowie des Prinzips des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot als problematisch. Derartige Eingriffe in den Wettbewerb bedürfen einer besonderen Begründung. Vorliegend ist nicht ersichtlich und wurde von der Vergabebehörde auch nicht dargelegt, dass eine weniger breite Streuung der acht Lose eine ernstliche Gefahr für die künftige Angebots- und Wettbewerbslage darstellen könnte. Der Ausschluss des zweiten Loses des Angebots der bestplatzierten Anbieterin als überzählig war demnach unzulässig (E. 5). Gutheissung und Rückweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Die Vergabe der strittigen Teilaufträge erfolgte in Anwendung des öffentlichen Beschaffungsrechts und weist sämtliche Merkmale einer auf Wettbewerb ausgerichteten öffentlichen Beschaffung auf (vgl. dazu VGr, 1. Oktober 2008, VB.2007.00531; 26. September 2007, VB.2005.00495; jeweils unter [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Derartige Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 zur Anwendung.

## **E. 2**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den 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 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin hat sich um zwei der insgesamt acht ausgeschriebenen Lose beworben, jedoch nur für eines den Zuschlag erhalten und dies, obwohl ihr Angebot in der Gesamtbewertung den ersten Rang belegte. Mit ihrer Beschwerde verlangt sie nun die uneingeschränkte Berücksichtigung ihres Angebots bzw. den Zuschlag für ein weiteres Los; hierzu ist sie ohne Weiteres legitimiert.

## **E. 3**

Gemäss Offertöffnungsprotokoll hat die Beschwerdeführerin das preislich günstigste Angebot im Betrag von Fr. 8'900.- eingereicht. Demgegenüber handelt es sich bei demjenigen der Mitbeteiligten über Fr. 16'360.- um das teuerste der eingegangenen Angebote. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis mit einem Gewicht von 30 % und das Kriterium "Qualität der Leistung" mit einem Gewicht von 70 % genannt. Die Beurteilung des letzteren Kriteriums erfolgte anhand eines von den Anbietenden anonym einzureichenden Kurskonzepts zu fünf vorgegebenen Teilbereichen. Bei der Bewertung des Zuschlagskriteriums "Preis" hat die Beschwerdeführerin das Maximum von 30 Punkten erzielt, während das fast doppelt so teure Angebot der Mitbeteiligten bei diesem Kriterium keine Punkte zugeteilt erhielt. Auch beim Qualitätskriterium hat die Beschwerdeführerin das beste Resultat erzielt und dafür 56 Punkte erhalten. Das Angebot der Mitbeteiligten erzielte dagegen mit 40.77 Punkten nur die siebtbeste bzw. dritt schlechteste Bewertung. Insgesamt belegt die Beschwerdeführerin mit einem Total von 86 Punkten den ersten Platz. Die Mitbeteiligte rangiert mit 40.77 Punkten auf dem achten Platz und hat dafür immerhin noch das "letzte" der acht Lose erhalten.

### **E. 4.1**

Zur Sicherstellung der Transparenz des Vergabeverfahrens (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB) haben die Ausschreibung und/oder die Ausschreibungsunterlagen mindestens die in §§ 13 ff. der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) angeführten Angaben zu enthalten. Nach § 13 Abs. 1 lit. d in Verbindung mit § 15 SubmV gehören dazu unter anderem Informationen über die Bildung von Losen. Dementsprechend kann die Vergabebehörde gemäss § 34 SubmV den Auftrag nur dann und insoweit aufteilen und an mehrere Anbietende vergeben, als sie dies in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen bekannt gemacht hat oder vor der Vergabe das Einverständnis der betreffenden Anbietenden eingeholt hat.

### **E. 4.2**

Gemäss Ausschreibung und Ausschreibungsunterlagen ist die hier streitige Beschaffung in Lose aufgeteilt. Für die Jahre 2009 bis 2011 wurden insgesamt 168'000 Teilnehmendentage (TN-Tage) ausgeschrieben. Vorgesehen war, das Gesamtvolumen in acht Lose aufzuteilen; die Zuschlagserteilung pro Anbieter sollte voraussichtlich 21'000 TN-Tage enthalten. In der Ausschreibung wurden Offerten für mehrere Lose als zulässig bezeichnet und in den

Submissionsbedingungen heisst es, es sei "möglich, einem Anbieter mehrere Lose zuzuschlagen".

#### **E. 4.3**

Der Beschwerdegegner vertritt den Standpunkt, aufgrund der Ausschreibung, der Ausschreibungsunterlagen und seiner bisherigen eindeutigen Vergabepaxis sei klar gewesen, dass pro Anbieter nur ein Los zugeteilt werde. Es sei zwar die Möglichkeit der Zuteilung mehrerer Lose an einen Anbieter vorbehalten worden, jedoch nur für den Fall, dass keine genügende Anzahl gültiger Angebote eingereicht werde. Bei einer Vergabe mit Losbildung wie der hier streitigen würde sie regelmässig so vorgehen, dass grundsätzlich pro Anbieter ein Los verteilt werde, entsprechend der Rangfolge, die sich aus der Bewertung der Angebote ergibt. Damit bezwecke er, die grosse Vielzahl der durchzuführenden Kurse auf möglichst viele Anbieter zu verteilen, um gleichsam zu verhindern, dass sich der Markt auf einige wenige Anbieter konzentriere, die gar nicht mehr in der Lage wären, ein so grosses Auftragsvolumen zu bewältigen. Ein Systemwechsel komme für ihn nicht in Frage. Weder wolle er ein System, bei dem die Verteilung der Lose so erfolge, dass diese nur unter den auf den ersten Rängen rangierten Anbietern aufgeteilt werden, entsprechend den offerierten Losen pro Angebot, noch wolle er ein System, bei dem nur Angebote berücksichtigt werden dürfen, die eine bestimmte Mindestpunktzahl erfüllen. Nur untaugliche, unvollständige Angebote oder solche von ungeeigneten Anbietenden sollen ausser Betracht fallen. Die bisherige Praxis sei von den Teilnehmenden, einschliesslich der Beschwerdeführerin, auch so akzeptiert worden. Die Beschwerde erweise sich dementsprechend nicht nur als unbegründet, sondern verstosse überdies auch gegen den Grundsatz von Treu und Glauben.

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerin hält dem entgegen, ein Vorbehalt, wonach pro Anbieter lediglich dann mehrere Lose vergeben würden, wenn nicht genügend gültige Angebote vorlägen, sei weder in der Ausschreibung enthalten noch sei er ihr gegenüber zuvor je kommuniziert worden. Vielmehr habe sie selbst bei einer Vergabe im Jahr 2005 zwei von insgesamt acht zu vergebenden Losen erhalten, weil die in der Gesamtauswertung auf den Plätzen 7–11 rangierenden Angebote allesamt nur ungenügend qualifiziert gewesen seien. Wo die Grenze zwischen einem genügenden und einem ungenügenden Angebot verlaufe, sei weder damals noch heute transparent deklariert worden. Immerhin sei aber mit dem damaligen Vorgehen bei der Beschwerdeführerin ein Vertrauen begründet worden, dass mehrere Lose zugunsten der Bestplatzierten verteilt werden könnten, auch wenn anderen rangierten Mitbewerbern gar kein Los zugeteilt werde.

#### **E. 4.5**

Die Formulierungen in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen betreffend Aufteilung der Vergabe in Lose (vorn, E. 4.2) lassen keinen anderen Schluss zu, als dass der Zuschlag mehrerer Lose an einen Anbieter möglich war. Dass es sich bei dieser Möglichkeit um einen Vorbehalt handelte, der vorsorglich aufgenommen worden sei für den Fall, dass keine genügende Anzahl gültiger Angebote eingereicht werden, damit diesfalls einem (oder mehreren) Anbietern mehrere Lose zugeschlagen werden könnten, geht aus den Angebotsunterlagen nicht hervor. Der Beschwerdegegner räumt denn auch ein, dass aus der Formulierung alleine, dass es möglich sei, einem Anbieter mehrere Lose zuzuteilen, nicht hervorgehe, dass grundsätzlich pro Anbieter ein Los verteilt werde

(Duplik, Ziff. 6, S. 4). Den Grundsatz, dass bei der vorliegenden Vergabe nicht mehr als ein Los zugeteilt werde, hätte die Vergabebehörde aber von Anfang in der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen transparent machen müssen. Der Beschwerdegegner kann sich zur Verteidigung seines Standpunkts auch nicht auf seine bisherige Vergabepaxis und den Umstand, dass diese der Beschwerdeführerin bekannt gewesen sei, berufen. Das Wissen um eine gefestigte Praxis begründet allenfalls eine aus Treu und Glauben fliessende Pflicht zur frühzeitigen Beanstandung. Vorliegend kann der Beschwerdeführerin diesbezüglich aber keine Pflichtverletzung angelastet werden. Zum einen wurde, wie oben ausgeführt, auf die Vergabepaxis des Beschwerdegegners in den Ausschreibungsbedingungen nicht hingewiesen. Hinzu kommt, dass die Vergabepaxis des Beschwerdegegners in dem von der Beschwerdeführerin kritisierten Punkt keineswegs eindeutig war. Wie er selbst einräumt, haben bei einer Vergabe im Jahr 2005 die beiden bestplatzierten Anbieterinnen, unter ihnen die heutige Beschwerdeführerin, zwei statt ein Los erhalten, weil die auf den hinteren Plätzen rangierenden Angebote als "ungenügend" bewertet wurden. Seinem nicht näher substantiierten Einwand, wonach bei jenen nicht berücksichtigten Angeboten eigentlich die Voraussetzungen für einen formellen Ausschluss vom Verfahren im Sinn von § 28 SubmV erfüllt gewesen wären, kommt dabei keine weitere Bedeutung zu. Massgeblich ist, dass kein Ausschluss erfolgte und damit gleichzeitig gegen aussen zum Ausdruck gebracht wurde, auch gültige Angebote würden ab einem gewissen Bewertungsrückstand als ungenügend qualifiziert und nicht mehr berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin durfte folglich in guten Treuen davon ausgehen, die Vergabepaxis des Beschwerdegegners erlaube die Zuteilung mehrerer Lose an einen Anbieter nicht erst dann, wenn nicht genug gültige Angebote eingingen, sondern bereits dann, wenn nicht genug ausreichend gut bewertete Angebote vorliegen. Insbesondere hat der Beschwerdegegner auch weder ex- noch implizit im Sinn von § 34 (zweiter Satzteil) vor der Vergabe das Einverständnis der betreffenden Anbietenden zur Loszuteilung nach seiner bisherigen Praxis eingeholt. Der Ausschluss des zweiten Loses des Angebots der Beschwerdeführerin als überzählig war demnach unzulässig und der Vergabeentscheid ist deshalb schon aus diesem Grund – im gerügten Umfang (hinten E. 5.1) – aufzuheben (vgl. auch VGr, 7. April 2004, VB.2003.00319, E. 3.3, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

## **E. 5**

Im Übrigen erscheint die vom Beschwerdegegner verfochtene Vergabepaxis – wie auch die Beschwerdeführerin im Wesentlichen weiter vorbringt – mit Blick auf die Zielsetzungen des wirksamen Wettbewerbs und die wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Mittel (Art. 1 Abs. 3 lit. a und d IVöB) als problematisch. Für einen wirksamen Wettbewerb ist vorab erforderlich, dass eine genügende Anzahl von Anbietern zur Verfügung steht. Zur Erreichung und/oder Erhaltung dieser Voraussetzung kann es angezeigt sein, ein grosses Auftragsvolumen in mehrere kleinere Lose aufzuteilen und an mehrere Anbietende zu vergeben. Dabei muss das für den Gesamtvertrag massgebliche Verfahren angewandt werden, und die getrennte Vergabe zusammenhängender Leistungen darf auch nicht zu anderweitigen Wettbewerbsverzerrungen führen (RB 1999 Nr. 60 = BEZ 1999 Nr. 37, E. 4b). Im zitierten Entscheid, in welchem die Vergabe von zusammenhängenden Lieferaufträgen (Lieferung von Lebensmitteln) im Streit stand, erwog das Verwaltungsgericht, dass insbesondere das Gesamtvolumen sowie eine allfällige Option auf Folgeaufträge von vornherein ersichtlich sein und es den Anbietern freistehen müsse, sich gleichzeitig für alle oder mehrere Aufträge zu bewerben. Vorliegend kann das Vergabesystem des Beschwerdegegners, wie die strittige Vergabe des achten Loses an die

Mitbeteiligte zeigt, dazu führen, dass die massgeblichen Zuschlagskriterien im Verhältnis einzelner Anbieter zueinander überhaupt nicht mehr zum Tragen kommen. Von einem echten Wettbewerb und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel kann daher insoweit keine Rede mehr sein. Der Beschwerdegegner bestreitet das nicht, hält sein Vorgehen aber für gerechtfertigt, weil er zur Aufrechterhaltung der Angebots- und Wettbewerbslage möglichst viele Anbieter im Markt halten möchte. Ein solches Anliegen kann je nach Marktsituation durchaus legitim sein. Bei seiner Umsetzung gilt es aber in jedem Fall, das Verhältnismässigkeitsprinzip zu beachten, das heisst, die Eingriffe in den Wettbewerb haben sich jeweils auf das erforderliche Mass zu beschränken. Zum Teil wird dieses bereits mit der Aufteilung des Auftrags und der damit verbundenen Ausweitung des Anbieterkreises erreicht. Weitergehende Schritte, mit denen wie vorliegend vom Prinzip des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot (§ 33 Abs. 1 SubmV) abgewichen wird, dürften dagegen nur in den seltensten Fällen gerechtfertigt sein und bedürfen einer besonderen Begründung. Eine solche ist hier nicht ersichtlich. Selbst wenn man die nicht näher substantiierten Befürchtungen des Beschwerdegegners zur künftigen Angebotslage vom Grundsatz her als begründet erachten will, erweist sich sein Markteingriff im konkreten Fall als zu weitgehend. Es ist nicht ersichtlich und wurde vom Beschwerdegegner weder explizit behauptet noch nachvollziehbar dargelegt, dass eine etwas weniger breite Streuung der acht Lose eine ernstliche Gefahr für den künftigen Wettbewerb darstellen könnte. Ob allenfalls andere Gründe, wie beispielsweise der Wunsch nach einer möglichst breiten Palette verschiedener Unterrichtsmethoden, für eine derart breite Streuung sprechen, liegt nicht im Streit und kann daher offen gelassen werden. Dies gilt auch für die Frage nach anderen, sachgerechteren Richtlinien oder Systemen zur Vergabe von Losen. Diese Frage kann nicht generell, sondern nur im jeweiligen Einzelfall entschieden werden. Vorliegend würde sie sich nur stellen, wenn der Vergabeentscheid insgesamt aufzuheben wäre, was indes mangels eines dahingehenden Beschwerdeantrags nicht der Fall ist.

#### **E. 5.1**

Zusammenfassend ist die Beschwerde antragsgemäss gutzuheissen, der Vergabeentscheid des Beschwerdegegners vom 16. September 2008 ist teilweise, das heisst mit Bezug auf den Zuschlag eines Loses an den Mitbeteiligten, aufzuheben. Aus Rücksicht auf allenfalls erforderliche Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen ist der Zuschlag diese Loses an die Beschwerdeführerin nicht mit dem Beschwerdeentscheid zu treffen, sondern die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Vorinstanz zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, BEZ 2002 Nr. 33).

#### **E. 6**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG) und steht ihm eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist er zur Bezahlung einer solchen an die Beschwerdeführerin zu verpflichten; angemessen erscheinen vorliegend Fr. 1'500.-.

#### **E. 7**

Da der geschätzte massgebliche Gesamtwert der betreffenden Dienstleistungsaufträge für die Jahre 2009 bis 2011 (vgl. Art. 4 Abs. 1 und 3 SubmV; RB 1999 Nr. 60 = BEZ 1999 Nr. 37, E. 4) den gemäss Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 26. November 2009 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr

2009 (SR 172.056.12) massgeblichen Schwellenwert erreicht, kann gegen diesen Entscheid, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) erhoben werden; andernfalls ist nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 113 BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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