

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00195 vom 16. Juli 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-07-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2015.00195](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00195)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00195 du 16 juillet 2015

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00195 del 16 luglio 2015

## Regeste

Submission | Submission. Akteneinsicht. Preiskriterium. Lernende. Mit Blick auf das Geschäftsgeheimnis wird in die Konkurrenzofferte, welche die Beschwerdeführerin einsehen möchte, praxisgemäss keine Akteneinsicht gewährt. Diese Regelung kann nicht durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden. Vorliegend sind keine besonderen überwiegenden Interessen der Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren ersichtlich, welche eine solche Akteneinsicht ausnahmsweise erforderlich machen würden (E. 3.) Die Beschwerdeführerin hat auf der ersten Seite ihres Angebots unter der Rubrik "Allgemeine Bauabzüge" den Prozentsatz von 1,3 % berücksichtigt. Richtig wäre allerdings ein Abzug von nur 0,9 % gewesen. Die Korrektur durch die Beschwerdegegnerin war somit zulässig, da offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler zu berichtigen sind (E. 5). Ebenso war es zulässig, für die Bewertung des Zuschlagskriteriums der Lernenden auf die Gesamtzahl der Mitarbeitenden der Zweigniederlassung und nicht der ganzen Firmengruppe abzustellen. Die Beschwerdeführerin hat ihr Angebot durch die Zweigniederlassung eingereicht. Ausserdem hätte sich die Bewertung nur marginal verändert, wären die Zahlen der ganzen Firmengruppe berücksichtigt worden (E. 6).  
Abweisung.

## Erwägungen

### E. 1

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). 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen bzw. eine Wiederholung des Submissionsverfahrens zu erreichen, in welchem sie ein neues Angebot vorlegen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; VGr, 19. Februar 21015, VB.2014.00562, E. 2; BGr, 15. September 2014, 2C\_380/2014, E. 4.5–4.8; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

## **E. 2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt die Bewertung ihres Angebots sowohl bezüglich des Preises als auch bezüglich des Zuschlagskriteriums "Lernende". Das Angebot der Beschwerdeführerin erreichte mit insgesamt 451 Punkten Rang 2 gegenüber dem Angebot der erstplatzierten Mitbeteiligten mit 454 Punkten. Falls sich die Rügen der Beschwerdeführerin als berechtigt erweisen, hätte sie eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Ihre Legitimation ist demnach zu bejahen. Ein bereits erfolgter Vertragsabschluss ändert an der Legitimation nichts; die Submissionbeschwerde steht auch dafür zur Verfügung, nach Vertragsabschluss die Rechtswidrigkeit einer Ausschlussverfügung feststellen zu lassen (vgl. Art. 18 Abs. 2 IVöB). Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls gegeben.

## **E. 3.1**

In prozessualer Hinsicht beantragt die Beschwerdeführerin zunächst, einen dritten Schriftenwechsel durchzuführen und der Beschwerdeführerin die für den vorliegenden Fall relevanten ergänzenden Akten des Vergabeverfahrens, insbesondere die ursprünglichen Angaben der Mitbeteiligten betreffend Lernende in ihrem Angebot, zur Verfügung zu stellen. Alternativ sei die Beschwerdeführerin auch damit einverstanden, wenn das Verwaltungsgericht die Stichhaltigkeit der Vermutungen der Beschwerdeführerin selber nachprüfe und seine Erkenntnisse im Urteil darlege.

## **E. 3.2**

Das Verwaltungsgericht entscheidet gemäss § 58 VRG nach pflichtgemäßem Ermessen, ob ein weiterer Schriftenwechsel anzuordnen ist. Die damit zusammenhängende, von der Beschwerdeführerin geforderte zusätzliche Akteneinsicht richtet sich nach den Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts (§ 2 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 8 Abs. 1 VRG). Art. 11 lit. g IVöB gewährleistet zudem den Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen anderer Anbietender. Im Submissionsverfahren wird die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten garantiert (Art. 11 lit. g IVöB und § 18 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]); sie geniessen den Schutz als Geschäftsgeheimnisse. Der unterlegene Bewerber hat grundsätzlich nur Anspruch auf Bekanntgabe jener Elemente, die von Gesetzes wegen zur Begründung des Zuschlags angeführt werden müssen. Diese Regelung kann nicht durch das blosses Einlegen eines Rechtsmittels umgangen werden, weshalb die unmittelbar durch die Verfassung gewährleisteten Minimalgarantien für das besonders geartete Verfahren der Submission auch im Rechtsmittelstadium regelmässig keinen Anspruch auf Einsicht in die Offertunterlagen von Konkurrenten gewähren (BGr, 2. März 2000, 2P.274/1999, E. 2c/aa = Praxis 2000 Nr. 134; 20. Februar 2003, 2P.226/2002, E. 2.1). Inwieweit allenfalls in einem Rechtsmittelverfahren aufgrund einer Interessenabwägung zwischen den geltend gemachten Geheimhaltungsinteressen und den Interessen an der Einsichtnahme direkt oder indirekt Einsicht in Konkurrenzofferten gewährt werden muss, ist umstritten (vgl. dazu Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, in: ZBl 104/2003 S. 1 ff., 22 ff.; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich etc. 2013, N. 1185 ff.; BGr, 21. Januar 2004, 2P.111/2003, E. 4.1.2).

## **E. 3.3**

Da sich die Stichhaltigkeit der Vermutungen der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall durch das Verwaltungsgericht anhand der vorliegenden Akten bzw. des vorliegenden Schriftenwechsels überprüfen lässt, ist ein weiterer Schriftenwechsel nicht erforderlich. Des Weiteren wird mit Blick auf das Geschäftsgeheimnis in die Konkurrenzofferte, welche die Beschwerdeführerin einsehen möchte, praxisgemäss keine Akteneinsicht gewährt. Auch sind keine besonderen überwiegenden Interessen der Beschwerdeführerin ersichtlich, welche eine solche Akteneinsicht ausnahmsweise erforderlich machen würden.

#### **E. 4**

Qualitäts- und Umweltsmanagementsysteme Gemäss der Bewertung dieser Zuschlagskriterien durch die Beschwerdegegnerin erreichte das Angebot der Beschwerdeführerin mit insgesamt 451 Punkten Rang 2. Das Angebot der erstplatzierten Mitbeteiligten erhielt 454 Punkte.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerde rügt die Zuschlagsverfügung zunächst bezüglich des Preiskriteriums. In diesem Kriterium wurden an die Beschwerdeführerin gewichtet 325 Punkte vergeben, an die Mitbeteiligte deren 303. Das Angebot der Beschwerdeführerin für das Gesamtprojekt definiere den Preis total netto inkl. MWST mit Fr. 1'062'192.05.-, der angefochtene Beschluss nenne dagegen als tiefsten Preis Fr. 1'066'498.10.-. Es sei der Beschwerdeführerin nicht klar, weshalb der tiefere Betrag ihres Angebots im angefochtenen Beschluss nicht erwähnt werde. Es liege deshalb eine fehlerhafte Erfassung oder eine unzulässige Veränderung des Angebots der Beschwerdeführerin vor.

#### **E. 5.2**

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 SubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt. Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich um Merkmale, die ein Angebot in mehr oder minder hohem Mass besitzt und die ein Abwägen des wirtschaftlichen Werts ermöglichen. Ob die Bewertung der Angebote im Licht der Vorbringen in der Beschwerde als mangelhaft erscheint, ergibt sich aus den nachfolgenden materiellen Ausführungen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass der Behörde beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 7. Mai 2015, VB.2014.00521, E. 5.3; 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 6.4).

#### **E. 5.3**

Es trifft zu, dass die Beschwerdeführerin ein Angebot mit dem Preis total netto inkl. MWST mit Fr. 1'062'192.05 einreichte. Dieser Wert hat auch Niederschlag gefunden ins Offertöffnungsprotokoll vom 16. Januar 2015. Wie die Beschwerdegegnerin richtig festhält, ist der Beschwerdeführerin dabei allerdings ein Fehler unterlaufen: Auf der ersten Seite ihres Angebots hat sie unter der Rubrik "Allgemeine Bauabzüge" den Prozentsatz von 1,3 % berücksichtigt und ist auf einen Abzug von Fr. 12'958.- gekommen (= 1,3 % von [Fr. 1'017'111.40–Fr. 20'342.25]). Richtig wäre gewesen, unter dem Titel der "Allgemeinen Bauabzüge" einen Abzug von nur 0,9 % zu berücksichtigen. Demnach ergeben 0,9 % (Fr. 1'017'111.40–Fr. 20'342.25) Fr. 8'970.90.-, womit die Beschwerdeführerin als Fr. 3'987.10.- zu viel in Abzug gebracht hat (Fr. 12'958.- abzüglich Fr. 8'970.90.-). Aus

diesem Abzug auf die Mehrwertsteuer ergibt sich so genau die von der Beschwerdeführerin kritisierte Differenz und ist der Preis von Fr. 1'062'192.05.- entstanden. Diese Berechnung durch die Beschwerdegegnerin war, entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin, auch zulässig, da offensichtliche Rechnungs- und Schreibfehler zu berichtigen sind (§ 28 Abs. 2 SubmV). Die Beschwerdeführerin hat offenbar bei der Einreichung ihres Angebots eine falsche erste Seite verwendet. Die Rüge betreffend das Preiskriterium erweist sich somit als nicht zutreffend.

### **E. 6.1**

Des Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, dass die Anzahl Mitarbeitender und Lernender der gesamten A AG und nicht – wie vorliegend geschehen – nur der Zweigniederlassung F berücksichtigt werden muss, da die A AG in ihrer rechtlichen Identität das Angebot eingereicht habe.

### **E. 6.2**

Im konkreten Fall hatte die Beschwerdegegnerin mit E-Mail-Verkehr vom 9./10. März 2015 bei der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten zusätzliche Angaben betreffend Personal und Lernender für verschiedene Geschäftsbereiche eingefordert. Bei beiden Unternehmen forderte sie insbesondere die betreffende Anzahl für die jeweilige ganze Gruppe und für engere Geschäftsbereiche. Die Beschwerdeführerin hat in ihrer E-Mail vom 9. März 2015 und in ihrer Offerte die Mitarbeiterzahl der gesamten A-Gruppe auf 1'592 Personen, die Anzahl der Lernenden auf 80 Personen beziffert. Die Mitarbeiterzahl für die Zweigniederlassung F wurde mit 557 Personen, die Anzahl der Lernenden mit 28 Personen ausgewiesen. Die Mitbeteiligte wies die Mitarbeiterzahl für die ganze D-Gruppe auf 160 Personen, die Anzahl der Lernenden auf 8 Personen aus, die Mitarbeiterzahl in der D-Untergruppe auf 33 Personen, die Anzahl der Lernenden auf 3 Personen. Für die Bewertung des Zuschlagskriteriums der Lernenden stellte die Beschwerdegegnerin im Anschluss auf die Gesamtzahl der Mitarbeitenden der Zweigniederlassung in F ab und hat sodann folgende Formel für eine konkrete Bewertung angewendet:  $\text{Lernende} \times 10 / \text{Anzahl Mitarbeitende} \times 50 / 10$  Ergebnis = Punkte Lernende. Die Anwendung dieser Formel führte unter Berücksichtigung der Mitarbeiterzahlen der Zweigniederlassung F zu einem Wert von 2,5135 ( $[28 \times 10] / 557 \times 50 / 10$ ) und so zu insgesamt 25 Punkten.

### **E. 6.3**

Der Beschwerdegegnerin ist beizustimmen, dass es als zulässig erscheint, auf die Mitarbeiterzahlen der Zweigniederlassung in F abzustellen, da entgegen den Ausführungen der Beschwerdeführerin nicht die A AG insgesamt, sondern die Zweigniederlassung F das Angebot eingereicht hat. Ebenso war es der Geschäftsführer der Zweigniederlassung, welcher das Angebot unterzeichnet hat und hat die Beschwerdeführerin ihrem Angebot einen Auszug aus dem Handelsregister der Zweigniederlassung F beigelegt. Schliesslich hat sie in ihrer E-Mail vom 10. März 2015 mit Bezug auf die Niederlassung F farblich deutlich hervorgehoben ergänzt: "für den Auftrag zuständig". Es erscheint somit gerechtfertigt, dass die Beschwerdeführerin auf die Zahlen der Zweigniederlassung F abgestellt hat (vgl. ähnlich VGr, 4. Juni 2014, VB.2014.00117, E. 4.5). Im Übrigen erscheint es ebenfalls als zutreffend, wenn die Beschwerdegegnerin einwendet, dass sich der fragliche Wert nur marginal verändert hätte, wenn die Zahlen wie von der Beschwerdeführerin gewünscht auf die ganze A AG abgestellt worden wären. Die Mitarbeiterzahl der gesamten A-Gruppe hat die Beschwerdeführerin in ihrer E-Mail vom 9. März 2015 mit 1'592 Personen, die

Anzahl Lernender mit 80 Personen angegeben. Diese Zahlen führen entsprechend oben dargestellter Formel zu einem Wert von 2,5126 ( $= [80 \times 10] / [1592 \times 50 / 10]$ ), was wiederum ebenfalls eine Bewertung mit insgesamt 25 Punkten zur Folge hätte. Somit erweist sich auch das Argument der Beschwerdeführerin als unbegründet, die Beschwerdegegnerin habe diverse Zahlen bezüglich der Mitarbeitenden bzw. Lernenden für verschiedene Geschäftsbereiche nachgefordert, um dann bewusst den Geschäftsbereich für die Bewertung zu wählen, der die Mitbeteiligte bevorzuge. Schliesslich erweist sich auch die Vermutung der Beschwerdeführerin als unbegründet, die Mitbeteiligte habe in ihrem Angebot bezüglich Lernender ebenfalls – wie die Beschwerdeführerin – eine Angabe gemacht, die ein Verhältnis von Lernenden zum gesamten Personal von ca. 5 % ausgewiesen habe (Angebot der Mitbeteiligten, in welches praxisgemäss keine Akteneinsicht gewährt wird). Die Beschwerdeführerin wurde gegenüber der Mitbeteiligten somit insgesamt nicht diskriminiert oder benachteiligt. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 7**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Als unterliegende Partei ist ihr sodann keine Entschädigung zuzusprechen. Weil das obliegende Gemeinwesen mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur der ihr obliegenden Begründungspflicht des Vergabeentscheids nachgekommen ist, ist auch ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen.

#### **E. 8**

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 SR 172.056.12]). Gegen diesen Entscheid steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen.

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