

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00474 vom 12. September 2019**

ZH Verwaltungsgericht, 2019-09-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00474](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00474)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00474 du 12 septembre 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00474 del 12 settembre 2019

## **Regeste**

Submission | Submissionsverfahren. Akteneinsicht. Begründungspflicht der Vergabebehörde. Bewertung der Zuschlagskriterien. Das Vergaberecht gewährleistet den Schutz vertraulicher Geschäftsinformationen anderer Anbietender. Die in Submissionsverfahren oft verlangten "Technischen Berichte" erlauben detaillierte Einblicke in das unternehmerische Know-how der Anbietenden; deren Geheimhaltungsinteresse überwiegt vorliegend das Interesse an der Einsichtnahme (E. 3.1). Obwohl die Begründung von Verfügungen grundsätzlich so abgefasst sein muss, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können, dürfen Zuschlagsentscheide im Vergabeverfahren bloss summarisch begründet werden. Diesen Widerspruch löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörden Gelegenheit erhalten, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen. Vorliegend erfüllt das angefochtene Absageschreiben jedoch auch die Anforderungen an eine summarische Begründung nicht (E. 3.3). Der Vergabebehörde steht beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erhebliches Ermessen zu, in welches das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Die insgesamt bessere Bewertung der Zuschlagsempfängerin ist nicht zu beanstanden (E. 4.3 ff.). Abweisung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

ARGE A, c/o B AG,

### **E. 2**

B AG,

### **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, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

## **E. 2.2**

Gemäss Bewertung der Beschwerdegegnerin erzielte das Angebot der Zuschlagsempfängerin 579 Punkte, das Angebot der zweitplatzierten I AG 559 Punkte und das Angebot der Beschwerdeführerin 555 Punkte. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden unter anderem die Bewertung der Angebote. Würden sie mit ihren Rügen insbesondere betreffend die qualitativen Eignungskriterien durchdringen und damit eine bessere Bewertung als die Mitbeteiligte und die zweitplatzierte Anbieterin erreichen, hätten sie eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

## **E. 3**

C AG, alle vertreten durch RA D, Beschwerdeführerinnen, gegen Energie Uster AG, vertreten durch RA F, Beschwerdegegnerin, und G AG, vertreten durch RA H, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Energie Uster AG eröffnete mit Publikation vom 10. Mai 2019 ein offenes Submissionsverfahren im Bausektor. Gegenstand des Auftrags ist die Erneuerung von Leitungen und der Entwässerung an der K-Strasse in Uster. Gemäss Offertöffnungsprotokoll erfolgten innert Frist Angebote von sieben Unternehmen mit Angebotspreisen zwischen Fr. 2'630'897.85 und Fr. 3'215'043.-. Mit Verfügung vom 8. Juli 2019 wurde der Zuschlag für den Betrag von Fr. 2'630'897.85 an die G AG erteilt. II. Dagegen gelangte ARGE A, bestehend aus der B AG und der C AG, mit Beschwerde vom 18. Juli 2019 an das Verwaltungsgericht und beantragte im Hauptpunkt, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen bzw. die Vergabebehörde dahingehend anzuweisen; subeventualiter sei das Verfahren zu wiederholen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle, allenfalls der Mitbeteiligten. In prozessualer Hinsicht verlangte sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Präsidialverfügung vom 22. Juli 2019 wurde der Energie Uster AG ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Die G AG liess sich mit Eingabe vom 2. August 2019 vernehmen mit dem ausdrücklichen Verzicht auf Antragsstellung und Beteiligung am Verfahren. Mit Beschwerdeantwort vom 8. August 2019 beantragte die Energie Uster AG, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerinnen. Der Beschwerde sei keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Mit Replik vom 26. August 2019 hielten die Beschwerdeführerinnen an ihren Anträgen fest. Die Kammer erwägt: 1. Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 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. 2.

### **E. 3.1**

In formeller Hinsicht erneuern die Beschwerdeführerinnen mit der Replik ihr Gesuch um Akteneinsicht in die Technischen Berichte der Mitbeteiligten und der zweitplatzierten I AG. Die Akteneinsicht im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor Verwaltungsgericht richtet sich nach den Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts (§ 2 Abs. 2 IVöB-Beitrittsgesetz in Verbindung mit § 8 f. VRG). Art. 11 lit. g IVöB gewährleistet

zudem den Schutz von vertraulichen Geschäftsinformationen anderer Anbieter. Dem für das Submissionsrecht wesentlichen Grundsatz der Vertraulichkeit ist bei der Interessenabwägung Rechnung zu tragen (VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 3.1.1; Peter Galli/André Moser/ Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1191 ff., mit Hinweisen). Gerade die in Submissionsverfahren oft verlangten sogenannten Technischen Berichte ergeben detaillierte Einblicke in das unternehmerische Know-how der Anbieter, werden darin doch etwa die internen Abläufe, die Planung und der Einsatz der Mittel detailliert beschrieben. Es besteht deshalb ein überwiegendes Interesse der Anbieter gegen eine Einsichtnahme durch die Konkurrenten.

### **E. 3.2**

Nicht stattzugeben ist des Weiteren dem Antrag der Beschwerdeführerinnen, die Eingabe der Mitbeteiligten vom 2. August 2019 aus dem Recht zu weisen. Die Mitbeteiligte verzichtete in besagter Eingabe auf Antragsstellung und Beteiligung. Dies führt allerdings nicht dazu, dass die Eingabe unbeachtlich wäre. Immerhin könnte allenfalls der Schluss gezogen werden, dass der Beschwerde trotz Verzichtserklärung auf Anträge sinngemäss opponiert wurde und deshalb bei Unterliegen eine Kosten- und Entschädigungspflicht besteht. Dem ist im Hinblick auf den Ausgang des vorliegenden Beschwerdeverfahrens allerdings nicht weiter nachzugehen.

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerinnen halten in der Replik dafür, dass auch mit der Beschwerdeantwort keine ausreichende Begründung des Vergabeentscheids erfolgt sei. Sie verlangten deshalb, dass die Vergabestelle auch bei deren allfälligem Obsiegen die Gerichts- und Parteikosten zu tragen hat.

#### **E. 3.3.1**

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonal massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und ausreichend im Sinn des allgemeinen

Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

### **E. 3.3.2**

Das den Beschwerdeführerinnen zugegangene Absageschreiben enthält keine genügende Begründung im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV. Nach Mitteilung des Zuschlags wurden die Beschwerdeführerinnen auf ihr Begehren hin innert laufender Beschwerdefrist per Mail und in einem Debriefing allerdings weitergehend informiert dann hat die Beschwerdegegnerin ihren Entscheid im Rahmen der Beschwerdeantwort ausreichend begründet und die Beschwerdeführerinnen haben Gelegenheit erhalten, sich mit der Replik umfassend zu diesen Gründen zu äussern. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt damit als geheilt (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390, E. 3.1 mit Hinweisen).

### **E. 3.4**

Mit der Beschwerde wurde geltend gemacht, die Firma J AG, welche im Submissionsverfahren für die Beschwerdegegnerin mitgewirkt hat, sei befangen. Die Beschwerde begründet die Rüge einzig mit der nach ihrer Ansicht offensichtlich rechtswidrigen Bewertung und dem Umstand, dass die Firma J AG ebenso wie die Zuschlagsempfängerin in Winterthur domiziliert sei. Diese Ausführungen sind keineswegs ausreichend, um den behaupteten Anschein der Befangenheit zu begründen, weshalb auf die Rüge nicht weiter einzugehen ist.

### **E. 4.1**

In den Ausschreibungsunterlagen (S. 5 f. Ziffer 16) waren die drei Zuschlagskriterien Preis (Gewichtung 50 %), Fachliche Kompetenz des Schlüsselpersonals (20 %) sowie Technischer Bericht und Auftragsanalyse Unternehmung (projektbezogene Kriterien) (30 %) festgelegt worden. Entsprechend erfolgte die Bewertung.

### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerinnen richten sich gegen die Bewertung ihres Angebots im Kriterium C "Technischer Bericht und Auftragsanalyse Unternehmung (projektbezogenen Kriterien)". In den Ausschreibungsunterlagen (S. 6) wurde dazu folgender Inhalt verlangt: - "Auftragsanalyse mit Aufzeigen von Risiken und Schnittstellenproblematiken max. eine A4 Seite" - "Bauprogramm mit Etappierungsvorschlag / Vorgehensweise, Leistungsannahmen unter Einhaltung der vorgegebenen Rahmenterminen oder schneller / Bauzeitoptimierung (siehe Besondere Bestimmungen)" (gemäss Bewertung als Z12 bezeichnet) - Ressourceneinsatz - Massnahmen zur Qualitätssicherung / Baubegleitung, Belagseinbau mit 100 % Recyclingmaterial (gemäss Bewertung als Z14 bezeichnet) Für diese vier Unterkriterien wurden jeweils die Noten 0–6 vergeben. Angesichts der Gewichtung dieser einzelnen Unterkriterien mit 7,5 % (total 30 % für das Kriterium C gemäss Ausschreibungsunterlagen) entspricht eine Note in den Unterkriterien 7,5 Punkten in der Gesamtrechnung.

### **E. 4.3**

Zur Bewertung ist vorab festzuhalten, 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). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG).

#### **E. 4.4**

Die Beschwerdeführerinnen beanstanden im Einzelnen zunächst die Bewertung der Angebote im Unterkriterium Z11. Sie verlangten unter Hinweis auf ihre Ausführungen im Technischen Bericht eine Betterbewertung ihres Angebots um mindestens 15 Punkte. Das Angebot der Beschwerdeführerinnen erhielt hier die Note 3 (bzw. 22,5 Punkte) und das Angebot der Mitbeteiligten die Note 5 (bzw. 37,5 Punkte). Für das Unterkriterium Z11 wurde das Aufzeigen von Risiken und Schnittstellenproblematiken auf einer A4-Seite verlangt. Die Mitbeteiligte legte die Risiken in einem separaten Kapitel des Technischen Berichts im Umfang einer guten A4-Seite detailliert und weitgehend projektbezogen dar. Damit erfüllte sie die Anforderung betreffend das Aufzeigen von Risiken optimal. Hingegen enthielt das Kapitel keine expliziten Bemerkungen zu Schnittstellenproblematiken. Der Technische Bericht der Beschwerdeführerinnen enthielt demgegenüber kein Kapitel oder eine separate Seite zum Thema Risiken oder Schnittstellenproblematiken. Auch wenn sich die Mitbeteiligte auf die Risikoanalyse beschränkt hat, war es angesichts des Fehlens einer spezifischen Seite oder eines Kapitels in der Offerte der Beschwerdeführerinnen zulässig, deren Angebot vorab aus formalen Gründen tiefer zu bewerten als dasjenige der Mitbeteiligten. Die Beschwerdeführerinnen verkennen in diesem Zusammenhang, dass die Ausschreibungsunterlagen – wie gesehen – zumindest sinngemäss eine separate Darstellung der Problematiken verlangt haben, was ohne Weiteres zulässig ist. Bei der Bewertung des Inhalts ergibt sich kein anderes Bild: Die Mitbeteiligte stellte in ihrer Analyse 14 Risiken plausibel dar. Die Beschwerdeführerinnen zeigten nach eigenem Bekunden substantiiert drei Risiken und vier Schnittstellenprobleme auf. Damit hat die Mitbeteiligte insgesamt deutlich mehr Punkte diskutiert als die Beschwerdeführerinnen. Es lag im Ermessen der Vergabebehörde, die insgesamt umfassenderen Ausführungen durch die Mitbeteiligte um zwei Noten besser zu bewerten als diejenigen der Beschwerdeführerinnen. Damit bleibt es im Unterkriterium Z11 bei der Vergabe von gewichtet 22,5 Punkten für die Beschwerdeführerinnen und 37,5 Punkten für die Mitbeteiligte.

#### **E. 4.5**

Im Unterkriterium Z12 erzielte das Angebot der Beschwerdeführerinnen die Note 5 bzw. 37,5 Punkte und dasjenige der Mitbeteiligten die Maximalnote 6 bzw. 45 Punkte. Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, ihr Angebot sei hier ebenfalls mit dem Punktemaximum zu bewerten, zumal sie die kürzeste Bauzeit offeriert habe. Die übrigen Angebote hätten wegen der längeren Bauzeit Punkteabzüge erhalten müssen. Die Mitbeteiligte machte im Technischen Bericht verschiedene Ausführungen unter dem Titel Bauzeit und Bauprogramm; sie veranschlagte darin die gesamte Bauzeit auf ca. 9,5 Monate (S. 9). Ferner legte sie ein Bauprogramm (A3-Seite) bei mit detaillierten Angaben zu den benötigten Bautagen und zum Personaleinsatz in Gruppen. Es trifft zu, dass die

Beschwerdeführerin im Technischen Bericht umfassendere Ausführungen gemacht hat, namentlich zur Umsetzung und zu Beschleunigungsvorschlägen mit einem Abschluss der Arbeiten im Mai 2020 gegenüber einem Abschluss bei der Mitbeteiligten im Juni 2020. Allerdings hat die Mitbeteiligte – im Unterschied zu den Beschwerdeführerinnen – detailliertere Angaben zur Gruppenarbeit deponiert und im Bauprogramm mehr einzelne Bauetappen ausgewiesen. Insgesamt erscheint es vor diesem Hintergrund zwar nicht als haltbar, das Angebot der Mitbeteiligten besser zu bewerten als dasjenige der Beschwerdeführerinnen. Unter Berücksichtigung des Ermessens der Vergabebehörde erscheint eine gleiche Bewertung jedoch als vertretbar. Dementsprechend ist den Beschwerdeführerinnen ebenfalls das Punktemaximum (45 Punkte) zu vergeben, womit sich ihr Gesamtrückstand von 24 Punkten um 7,5 auf 16,5 Punkte verringert.

#### **E. 4.6**

Schliesslich rügen die Beschwerdeführerinnen die Bewertung im Unterkriterium Z14 und machten geltend, ihr Angebot hätte mit 45 statt mit nur 30 Punkten bewertet werden müssen. Darauf ist nicht näher einzugehen: Auch wenn den Beschwerdeführerinnen hier das Punktemaximum und somit 15 Punkte mehr vergeben würden, könnten sie den Rückstand im Gesamtergebnis von 16,5 Punkten (vgl. oben E. 4.5) nicht mehr wettmachen. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 5.1**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59). Es besteht vorliegend insoweit Anlass für ein Abweichen vom Unterliegerprinzip, als die Beschwerdegegnerin mit der zu knapp ausgefallenen Begründung des Zuschlagsentscheids mit einem Grund für die Beschwerdeerhebung gesetzt hat. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin trotz deren Unterliegens lediglich zu drei Vierteln und der Beschwerdegegnerin zu einem Viertel aufzuerlegen.

#### **E. 5.2**

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte; entschädigungspflichtig ist grundsätzlich die unterliegende Partei. Ausnahmsweise können jedoch – analog zur Kostenverlegung – auch die Parteientschädigungen unter (Mit-)Berücksichtigung des Verursacherprinzips zugesprochen werden (vgl. Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 25 ff.). Dazu fällt in Betracht, dass die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihre Begründungspflicht nachgeholt hat. Für die Beschwerdeführerinnen besteht unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips trotz ihres Unterliegens ein reduzierter Anspruch auf Parteientschädigung gegenüber der Vergabebehörde. Die Mitbeteiligte trifft auch unter Berücksichtigung des Verursacherprinzips keine Entschädigungspflicht.

#### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauwerke nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die

Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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