

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00212 vom 5. Mai 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-05-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00212

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00212 du 5 mai 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00212 del 5 maggio 2022

Regeste

Submission | Pensionskasse der Stadt Winterthur: Ausschreibung Übernahme des Versichertenbestands. Die Beschwerdegegnerin behielt sich in der Ausschreibung vor, die Trägerschaft der beruflichen Vorsorge bei der Mitbeteiligten als bisheriger Anbieterin zu belassen. Die Zulässigkeit bzw. Rechtmässigkeit einer solchen Klausel ist grundsätzlich zu verneinen, denn mit einer solchen Klausel kann die Vergabebehörde die Ausschreibung letztlich als Marktsondierung benutzen. Dabei handelt es sich nicht um ein rechtskonformes Vorgehen. Als geradezu nichtig ist die Klausel unter den vorliegenden besonderen Umständen aber nicht zu werten. Da die Klausel von der Beschwerdeführerin nicht rechtzeitig angefochten wurde, hat sie Bestand. Die Vergabebehörde war folglich entsprechend dieser Klausel befugt, die Beschwerdeführerin trotz Gültigkeit ihres Angebots nicht zu berücksichtigen und die Leistungen aufgrund der erfolgten Beurteilung bei der Mitbeteiligten zu belassen. Analoges gilt für die Rüge der Beschwerdeführerin, die Mitbeteiligte sei von der Erfüllung verschiedener Eignungskriterien dispensiert und die Leistungen seien nicht befristet worden (E.4). Kostenverteilung nach dem Verursacherprinzip (E.6). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender 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 des Kantons Zürich 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, 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). 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

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde geltend, Ausschreibung und Zuschlagserteilung seien willkürlich und unter Verletzung der vergaberechtlichen Vorschriften erfolgt. Ferner macht sie eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör mangels hinreichender Begründung und verwehrter Akteneinsicht gemäss Art. 29 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV), § 10 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) und § 38 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) geltend. Würde sie mit den materiellen Rügen durchdringen, so hätte die Beschwerdeführerin als zweiplatzierte und einzige weitere Anbieterin mit einem Rückstand von 5,4 Punkten (80,7 gegenüber 75,3 Punkten) eine realistische Chance auf den Zuschlag bzw. auf eine Wiederholung des Verfahrens. Ihre Beschwerdelegitimation ist demnach zu bejahen. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Die Beschwerdeführerin macht in ihrer Beschwerde vorab eine Verletzung der Begründungspflicht der Vergabebehörde sowie ihres Akteneinsichtsrechts (Art. 29 Abs. 2 BV und § 10 Abs. 2 VRG) geltend.

E. 3.1

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 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).

E. 3.2

Die angefochtene Verfügung hält zwar lediglich fest, die Mitbeteiligte habe unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien das beste Angebot abgegeben. Zudem wurde darin erläutert, was bei den Kriterien Preis und Risikofähigkeit berücksichtigt bzw. beurteilt worden sei. Diese Begründung erfüllt die Voraussetzungen im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV nicht. Doch hat die Beschwerdeführerin von der Beschwerdegegnerin auf Nachfrage das Dokument "Fragen zur Bewertung" sowie die Präsentation der Bewertung der Zuschlagskriterien erhalten. Zudem wurde ein telefonisches Debriefing durchgeführt, womit § 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV Genüge getan ist.

E. 3.3

Die Beschwerdegegnerin hat ihren Entscheid sodann spätestens im Rahmen ihrer Beschwerdeantwort sowie im weiteren Schriftenwechsel hinreichend begründet und die Beschwerdeführerin hatte Gelegenheit, sich umfassend zu diesen Gründen und den ihr im Beschwerdeverfahren offengelegten Akten zu äussern. Eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs wäre dadurch geheilt (vgl. VGr, 5. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 17. September 2015, VB.2015.00390 E. 3.1 mit Hinweisen; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250).

E. 4.1

Die Beschwerdeführerin rügt die Ausschreibung in mehrfacher Hinsicht als qualifiziert fehlerhaft und nichtig. Die ausgeschriebenen Leistungen seien nicht befristet, die Mitbeteiligte von der Erfüllung verschiedener Eignungskriterien dispensiert und weitere Kriterien auf Letztere zugeschnitten worden. Zudem verstosse der Vorbehalt der Vergabe an die Mitbeteiligte gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung beziehungsweise der Nichtdiskriminierung. Dem hält die Beschwerdegegnerin entgegen, diese Rügen einer qualifizierten Fehlerhaftigkeit hätten bereits in einer Beschwerde gegen die Ausschreibung geltend gemacht werden müssen; sie seien im vorliegenden Beschwerdeverfahren allesamt verspätet.

E. 4.2

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.2 f., mit zahlreichen Hinweisen; 24. November 1999, VB.1998.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Galli et al., N. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Dabei genügt es grundsätzlich, wenn die Rüge spätestens bei Offertstellung erfolgt (VGr, 18. Dezember 2019, VB.2019.0068, E. 4.2.2). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Anbietende können nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn sie den Mangel tatsächlich festgestellt haben oder bei gehöriger Vorsicht hätten feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und allenfalls beschränkter Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (vgl. BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 4.3.1

In den Ausschreibungsunterlagen hatte sich die Beschwerdegegnerin unter Ziffer "20. Besondere Bedingungen und Voraussetzungen" im dritten Absatz vorbehalten, trotz gültigen Angebots die Trägerschaft der beruflichen Vorsorge bei der bisherigen Leistungserbringerin/Mitbeteiligten zu belassen. Nach Meinung der Beschwerdeführerin verstösst dieser Vorbehalt der Vergabe an die Mitbeteiligte gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung beziehungsweise der Nichtdiskriminierung. Mit der Replik vertiefte die Beschwerdeführerin diesen Vorwurf und bezeichnete die Ausschreibung als "pro forma Ausschreibung", da von vornherein festgestanden habe, dass an der bestehenden Vorsorgelösung bei der Mitbeteiligten festgehalten werden sollte; sie verweist dazu auch explizit auf den Vorbehalt, "die Vorsorge unabhängig vom Vergabeverfahren bei der Mitbeteiligten zu belassen".

E. 4.3.2

Die Beschwerdegegnerin stellt in Abrede, dass die Ausschreibung nur "pro forma" erfolgt sei und misst auch dem Vorbehalt von Ziffer 20 Abs. 3 der Submissionsbedingungen nur eine beschränkte Bedeutung zu. Immerhin hat die Beschwerdegegnerin anfangs der

Beschwerdeantwort auch ausgeführt, bei der Ausschreibung sei es darum gegangen, auszuloten, welche Vorsorgelösung (ausser der bereits bestehenden bei der Mitbeteiligten) für die Beschwerdegegnerin zukünftig infrage käme respektive dem versicherten Personal zur Auswahl vorgelegt werden könnte. Konkret sei es bei der angefochtenen Ausschreibung also nicht darum gegangen, für ein vollkommen neues Projekt, welches von der Beschwerdegegnerin selbst nicht durchgeführt werden könnte, aus einer Vielzahl von Bewerbern einen Sieger zu erküren. Vielmehr sei es darum gegangen, zu entscheiden, ob es aufgrund der Angebote im Verfahren beim Status quo bleiben soll oder ob die Versicherten der Mitbeteiligten (vor der Abstimmung im Grossen Gemeinderat und der Volksabstimmung) darüber befragt werden sollen, ob sie von der Mitbeteiligten zur Beschwerdeführerin wechseln möchten.

E. 4.3.3

Der von der Beschwerdeführerin gerügte Vorbehalt in Ziffer 20 Abs. 3 der Submissionsbedingungen nimmt keinen Bezug auf die besonderen Entscheidungsabläufe, welche die Vergabebehörde in Ziffer 20 Abs. 1 und 2 genannt hat. Darin war klar festgehalten worden, dass der Zuschlag unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Aktivversicherten, des Grossen Rates und der Volksabstimmung stehe (Abs. 2). Bei Absatz 3 handelt es sich um einen selbständigen Vorbehalt, welcher darüber hinausgehend voraussetzungslos zulässt, die Vorsorge bei der Mitbeteiligten als bisheriger Leistungserbringerin zu belassen. Die Beschwerdeführerin hätte dies bei Anwendung der gehörigen Vorsicht ohne Weiteres feststellen können. Sie macht denn auch nicht geltend, sie habe die Ausschreibung bzw. die Unterlagen, etwa aus Zeitgründen, nicht ausführlich studieren können – im Gegenteil weist sie darauf hin, welch grosse Anzahl von Personen bei der Durchsicht der Ausschreibungsunterlagen und der Angebotserstellung beteiligt gewesen seien. Wenn diese Personen, wie die Beschwerdeführerin ausführt, darauf vertraut haben, dass die Vergabestelle als Gemeinwesen rechtmässige Ausschreibungsunterlagen erstellen würden, so liegt eben genau darin eine offenkundig mangelnde Vorsicht. Damit stellt sich die Frage nach den genügenden Rechtskenntnissen nur am Rande, wobei solche angesichts der aufgeführten kompetenten Personen ohnehin zu bejahen ist. Bei der gegebenen Sachlage besteht auch kein Raum für die Annahme, die Beschwerdeführerin habe aus Furcht vor Misserfolg von Beanstandungen abgesehen. Folglich wäre die Unzulässigkeit der Klausel nach geltender Rechtsprechung spätestens mit der Offerteinreichung bei der Vergabebehörde zu rügen gewesen. Die Beschwerdeführerin durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid nach Durchführung des Verfahrens positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde den Zuschlag bzw. die Wiederholung des Verfahrens verlangen. Damit erweist sich die Rüge als verspätet.

E. 4.3.4

Auch wenn sich die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang – im Gegensatz zu anderen Rügen betreffend "qualifiziert fehlerhafte Ausschreibungsunterlagen" – nicht darauf berufen hat, kann sich dennoch die Frage stellen, ob die Klausel nichtig ist. Denn die Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Nichtigkeit wird allerdings nur ausnahmsweise angenommen, nämlich wenn der ihnen anhaftende Mangel besonders schwer ist, wenn er offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar ist und wenn zudem die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet wird. Inhaltliche Mängel einer Entscheidung führen nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit. Als Nichtigkeitsgründe fallen vorab funktionelle und

sachliche Unzuständigkeit der entscheidenden Behörde sowie krasse Verfahrensfehler in Betracht (BGE 138 II 501 E. 3.1, mit Hinweisen).

E. 4.3.5

Der zitierte Vorbehalt in Ziff. 20 der Ausschreibungsunterlagen ermöglicht es der Beschwerdegegnerin, die Trägerschaft der beruflichen Vorsorge ohne Weiteres bei der Mitbeteiligten als bisheriger Anbieterin zu belassen. Die Zulässigkeit bzw. Rechtmässigkeit einer solchen Klausel ist grundsätzlich zu verneinen, denn mit einer solchen Klausel kann die Vergabebehörde die Ausschreibung letztlich als Marktsondierung benutzen. Bei einer Ausschreibung zwecks Marktsondierung mittels Submissionsverfahren handelt es sich nicht um ein rechtskonformes Vorgehen (vgl. BVGer, 21. Oktober 2014, B-1772/2014, E. 3.5 Abs. 2; 29. Mai 2013, B-536/2013, E. 3.2.3.2 Abs. 2; je mit Hinweisen).

E. 4.3.6

Als geradezu nichtig ist die Klausel unter den vorliegenden besonderen Umständen aber nicht zu werten: Bei der Mitbeteiligten handelt es sich – wie schon der Name sagt – um die Pensionskasse der Stadt Winterthur, welche Anfang 2014 durch Umwandlung von einer unselbständigen Anstalt des öffentlichen Rechts in eine öffentlich-rechtliche Stiftung entstanden ist (Art. 2 Abs. 1 der Stiftungsurkunde). Die Stiftung führt die berufliche Vorsorge für die Behördenmitglieder und das Personal der Stadt Winterthur (Art. 4 Abs. 2). Gemäss Art. 4 der Stiftungsurkunde dürfen neben dem eigenen Personal grundsätzlich nur Institutionen angeschlossen werden, die eine Aufgabe im Interesse der Gemeinde erfüllen und durch Behörden des Staates oder Stadt beaufsichtigt werden (Abs. 1 lit. a), oder staatlich anerkannte Kirchgemeinden auf dem Gebiet der Stadt Winterthur (Abs. 1 lit. b). Dabei haben Institutionen, die auf eine Ausgliederung aus der Stadtverwaltung zurückgehen, grundsätzlich Anspruch auf den Anschluss an die Stiftung. Sodann war der Grosse Gemeinderat der Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt der Ausschreibung (und auch im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung) zuständig für den Erlass der Stiftungsurkunde und für allfällige spätere Änderungen (Art. 72a Abs. 2 der Gemeindeordnung der Stadt Winterthur in der damaligen Fassung). Zudem ist die Mitbeteiligte auch nach der Verselbständigung von der Beschwerdegegnerin finanziell abhängig geblieben. Im Rahmen der Verselbständigung leistete die Beschwerdegegnerin Einmaleinlagen von Fr. ... und hernach weitere Sanierungsbeiträge. Als weitere erforderliche Einmaleinlagen nennt die Beschwerdegegnerin den Betrag von Fr. Schliesslich werden das Finanzierungssystem sowie die Beiträge von Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch den Grossen Rat der Stadt Winterthur geregelt (Art. 3 Abs. 1 der Stiftungsurkunde).

E. 4.3.7

Bezieht ein öffentlicher Auftraggeber Leistungen von einer Institution, die über eine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt, aber von der Auftraggeberin kontrolliert wird, und entfaltet diese Institution grundsätzlich keine Tätigkeiten für andere Personen, so liegt eine Quasi-in-house-Vergabe vor, welche nicht dem Vergaberecht untersteht (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 638 ff., Rz. 1222 ff.; Galli et al., S. 109). Bei der Mitbeteiligten handelt es sich wie gesehen um eine Institution, die – wenn sie formal nicht als solche zu werten ist – einer Quasi-in-house-Anbieterin jedenfalls nahekommt. Die strittige Klausel von Ziffer 20 Abs. 3 bedeutet nichts anderes, als dass sich die Vergabebehörde vorbehalten hat, die Vorsorge für ihr Personal weiterhin

durch die mit ihr verbundene Mitbeteiligte verrichten zu lassen. Bei dieser besonderen Konstellation erscheint der Vorbehalt der Vergabe an die mit der Beschwerdegegnerin verbundene Mitbeteiligte als bisherige Leistungserbringerin nicht als derart schwerwiegender Mangel, dass Nichtigkeit anzunehmen wäre. Es bleibt folglich dabei, dass die entsprechende Rüge rechtzeitig (spätestens bei Offerteinreichung) hätte vorgebracht werden müssen und folglich mit der Beschwerdeerhebung verspätet erfolgt ist. Dabei bleibt anzumerken, dass entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin keine genügenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Beschwerdegegnerin einen Wechsel der Pensionskasse gar nie in Betracht gezogen hat ("Pro-forma-Ausschreibung"). Die Ausschreibung bzw. Ausschreibungsunterlagen mögen zwar rechtswidrige Bestimmungen enthalten (vgl. auch unten E. 4.4 und 4.5), erscheinen deswegen aber nicht als treuwidrig.

E. 4.3.8

Bei diesem Ergebnis hat die Klausel von Ziffer 20 Abs. 3 der Submissionsbedingungen Bestand. Weder wurde sie von der Beschwerdeführerin rechtzeitig angefochten, noch erweist sie sich als nichtig. Die Vergabebehörde war folglich entsprechend dieser Klausel befugt, die Beschwerdeführerin trotz Gültigkeit ihres Angebots nicht zu berücksichtigen und die Leistungen aufgrund der erfolgten Beurteilung bei der Mitbeteiligten zu belassen.

E. 4.4

Analoges gilt für die Rüge der Beschwerdeführerin, die Mitbeteiligte sei von der Erfüllung verschiedener Eignungskriterien dispensiert worden, weshalb sich die Ausschreibung und der darauf gestützte Zuschlag auch insoweit als nichtig erweise.

E. 4.4.1

In den Submissionsbedingungen Ziff. 8 war explizit festgehalten worden, dass die Mitbeteiligte von der Erfüllung der Eignungskriterien a, c und e ausgenommen ist. Die Beschwerdeführerin hätte dies ohne Weiteres feststellen können und durfte auch mit der diesbezüglichen Rüge grundsätzlich nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, um andernfalls gegen den gestützt auf die teilweise Dispensation der Mitbeteiligten ergangenen Zuschlagsentscheid Beschwerde zu führen .

E. 4.4.2

Zudem ist auch in diesem Punkt keine Nichtigkeit anzunehmen: Wie gesehen hatte sich die Beschwerdegegnerin voraussetzungslos vorbehalten, die Trägerschaft der beruflichen Vorsorge bei der Mitbeteiligten als bisheriger Anbieterin zu belassen, was in der vorliegenden Konstellation nicht als nichtig zu werten ist (vgl. vorn E. 4.3.7). Vor diesem Hintergrund erscheint es ebenso wenig als nichtig, wenn die Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsunterlagen bestimmt hat, dass das Angebot der Mitbeteiligten gewisse Kriterien nicht erfüllen muss. Diese grundsätzlich nicht rechtskonformen Vorgaben sind vorliegend allerdings als ein "Minus" zu qualifizieren gegenüber dem Vorbehalt, das Angebot Dritter überhaupt nicht zu berücksichtigen. Es bleibt damit auch in diesem Punkt dabei, dass die Rüge einer unzulässigen Dispensation der Mitbeteiligten verspätet erfolgt ist und demnach unberücksichtigt bleiben muss.

E. 4.5

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass in den Ausschreibungsunterlagen jegliche Befristung der ausgeschriebenen Leistung fehlt. Die Ausschreibung und der gestützt darauf ergangene "ewige Zuschlag" seien nichtig, eventuell rechtswidrig .

E. 4.5.1

Tatsächlich nannte die Ausschreibung keine Befristung der Vertragsdauer. Die Beschwerdeführerin hätte dies bei Anwendung der gehörigen Vorsicht ohne Weiteres feststellen können. Folglich wäre das Fehlen einer Befristung nach dem Grundsatz von Treu und Glauben ebenfalls spätestens mit der Offerteinreichung bei der Vergabebehörde zu rügen gewesen.

E. 4.5.2

Indessen wäre die Verspätung auch in diesem Punkt allenfalls irrelevant, wenn aus dem Fehlen einer Befristung auf Nichtigkeit der Ausschreibung bzw. des Zuschlags zu schliessen wäre. Es ist zutreffend, dass Dauerverträge nach Submissionsrecht zu befristen sind (Galli et al., S. 508 ff.). In diesem Sinn hält § 2 Abs. 3 SubmV fest, dass die Laufzeit eines Dauerauftrags nicht so gewählt werden darf, dass andere Anbietende unangemessen lange vom Markt ausgeschlossen werden (vgl. ferner § 13 Abs. 1 lit. c SubmV). Indes ist zu beachten, dass es sich bei den vorliegenden Versicherungs- und Vorsorgeleistungen um Leistungen besonderer Art handelt, für die namentlich eine langfristige Sicherheit erforderlich und damit ein langer Planungshorizont von Belang ist. Wenn die vorliegende Ausschreibung keine Befristung der Vertragsdauer enthält, so mag dies wohl dennoch als rechtsverletzend erscheinen, ist aber mit Blick auf die erwähnten Besonderheiten der ausgeschriebenen Leistung noch nicht als besonders schwerer Mangel zu werten, der zur Nichtigkeit führen würde. Sodann steht der angefochtene Vergabeentscheid auch hier in Übereinstimmung mit der anwendbaren Ausschreibung.

E. 5

Zusammenfassend vermag die Beschwerde nicht durchzudringen. Es ist davon auszugehen, dass die Vergabebehörde in Übereinstimmung mit den verspätet gerügten Ausschreibungsunterlagen befugt war, die Beschwerdeführerin nicht zu berücksichtigen und die Leistungen wie bisher durch die Mitbeteiligte erbringen zu lassen. Ob die Auswahl der Zuschlagskriterien und die Bewertung der beiden Angebote nach submissionsrechtlichen Grundsätzen korrekt erfolgt ist, bedarf bei diesem Ergebnis keiner Prüfung. Weiter bestand weder ein Anlass, die Mitbeteiligte vom Verfahren auszuschliessen, noch eine Pflicht, den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen oder die Ausschreibung zu wiederholen. Schliesslich besteht kein Raum für eine Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. Nichtigkeit der angefochtenen Verfügung.

E. 6.1

Mehrere am Verfahren Beteiligte tragen die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Darüber hinaus können die Kosten nach dem Verursacherprinzip (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VRG) oder nach Billigkeit verlegt werden (vgl. dazu Kaspar Plüss, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [Kommentar VRG], 3. A., Zürich 2014, § 13 N. 55 ff. und N. 63 f.). Vorliegend fällt massgeblich ins Gewicht, dass die Beschwerdegegnerin das Beschwerdeverfahren im Wesentlichen durch ihre ungewöhnliche Vorgehensweise verursacht hat. Zusätzlich hat sie das Beschwerdeverfahren dadurch begünstigt, dass sie die Beschwerdeführerin trotz Ausschreibung mit Vorteilen für die bisherige Leistungserbringerin implizit zur Abgabe einer Offerte animiert hatte (ähnlich VGr, 18. November 2021, VB.2020.00687, E. 4.1). Insgesamt erscheint es als gerechtfertigt, die Verfahrenskosten vollumfänglich der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

E. 6.2

Aus denselben Gründen wird die Beschwerdegegnerin entschädigungspflichtig (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG; Plüss, Kommentar VRG, § 17 N. 19, N. 27 f. und N. 31). Angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 10'000.- (MWST inbegriffen).

E. 7

Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass der Auftragswert für die nachgesuchte Dienstleistung den massgeblichen Schwellenwert übersteigt (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). Gegen dieses Urteil ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f. BGG).

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