

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00103 vom 14. Juli 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-07-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00103](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00103)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00103 du 14 juillet 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00103 del 14 luglio 2022

## Regeste

Submission (Los 2) | Bewertung der Zuschlagskriterien; Preiskriterium. Vorliegend hat die Vergabestelle den Vertrag mit der Mitbeteiligten zwar bereits abgeschlossen und eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ist mithin nicht mehr möglich. Dies ändert jedoch nichts an deren Legitimation, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (E. 2.2). Je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne ist, desto mehr ist eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich. Die Bewertung des Preiskriteriums durch die Vergabebehörde überzeugt nicht. Die vorliegend berücksichtigte Preisspanne von deutlich über 50 % (ca. 100 %) für eine technisch nicht komplexe Dienstleistung ist erklärungsbedürftig. Bei einer Berechnung mit einer – für eine derartige Dienstleistung auf den ersten Blick adäquat erscheinenden – Preisspanne von 50 % kommt die Beschwerdeführerin mit ihrer Gesamtpunktzahl deutlich (mit über 40 Punkten) vor der Mitbeteiligten zu liegen. Bereits aus diesem Grund wäre die Beschwerde gutzuheissen gewesen (E. 3.2.1). Teilweise Gutheissung.

## 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 des Kantons Zürich zur 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; § 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

Prozessgegenstand ist der Zuschlagsentscheid in der Submission für Kurierfahrten hinsichtlich des Loses 2 (Kurierfahrten "Gastro"; Tour zur Mahlzeitenlieferung für die Standorte Zürich und Winterthur). In den Submissionsunterlagen führte die Beschwerdeführerin vier Zuschlagskriterien auf, die sie gemäss ihrer Reihenfolge gewichtete, nämlich 1. Preis (Detaillierte Offerten zu Los 1 und/oder Los 2; ausgefülltes Preisabfrageblatt; 50 %), 2. "Struktur und Aufbau der Angebote gemäss Vorgaben Ziff. 4.3" (30 %), 3. Angabe von emissionsreduzierten Fahrzeugen in Prozent (Elektro, Hybrid, Erdgas, Wasserstoff; 15 %), 4. Ausbildungsbetrieb für Lernende (3.5 %). Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin, welche das preisgünstigste Angebot eingereicht hatte, liegt mit einer Gesamtbewertung von 355 Punkten um 11 Punkte hinter der mitbeteiligten Zuschlagsempfängerin mit 366 Punkten. Die Beschwerdeführerin beanstandet die Bewertung der Zuschlagskriterien 1–3. Wäre die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen durchgedrungen und hätte damit eine bessere Bewertung als die Mitbeteiligte erreicht, hätte sie eine realistische Aussicht auf den Zuschlag gehabt. Vorliegend hat die Vergabestelle den Vertrag mit der Mitbeteiligten zwar bereits abgeschlossen und eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ist mithin nicht mehr möglich. Dies ändert jedoch nichts an deren Legitimation, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG). Die Legitimation ist daher zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

### **E. 3.1**

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Zur nachfolgenden Überprüfung der Bewertung der Angebote ist vorab festzuhalten, dass die Vergabebehörde bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste ist, über einen erheblichen Beurteilungsspielraum verfügt (VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen). 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). Die Vergabebehörde trifft grundsätzlich keine Pflicht zur Bekanntgabe detaillierter Unterkriterien. Entscheidend ist, dass für die Anbietenden erkennbar wird, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind. Das Transparenzgebot verlangt nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen. Es ist nicht zu beanstanden, wenn die Vergabebehörde bei der Bewertung der Offerten die in den Ausschreibungsunterlagen genannten Kriterien weiter verfeinert, ohne diese Subkriterien der unteren Ebenen ihrerseits mit der Ausschreibung zu veröffentlichen (vgl. etwa BGr, 21. Januar 2003, 2P.111/2003, E. 2.1.1; 10. März 2003, 2P.172/2002, E. 2.3; VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2, mit zahlreichen Hinweisen). Werden in den Ausschreibungsunterlagen allerdings Angaben zur Bewertung gemacht, so sind sie in der Folge für die Vergabebehörde verbindlich (VGr, 9. Mai 2018, VB.2017.00854, E. 6.2.2; 16. November 2017, VB.2017.00495; E. 4.2; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 387 Rz. 859). Für die Bewertung sind die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den

Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1, mit Hinweisen).

### **E. 3.2.1**

Die Bewertung des Preiskriteriums durch die Vergabebehörde überzeugt nicht. Die Angebote sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts nach folgender Formel zu bewerten, damit das vorgegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (vgl. VGr, 28. März 2012, VB.2012.00074, E. 5.5; 5. Mai 2006, VB.2005.00582, E. 5.2; 21. April 2004, VB.2003.00469, E. 2.5 = BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004 S. 382): Wird die Bandbreite – wie vorliegend – erst nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 10. April 2013, VB.2013.00132, E. 5.1; 8. September 2010, VB.2009.00393, E. 7.2; 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2). Massgeblich ins Gewicht fallen können die tatsächlichen Angebote allerdings nur, wenn eine gewisse Anzahl Angebote eingingen und deshalb die Ergebnisse tatsächlich einen statistischen Wert haben. Sind dagegen wie vorliegend lediglich zwei Angebote eingegangen, so ist die Wahrscheinlichkeit gross, dass die Preisdifferenz zufällig und nicht Ausdruck der zu erwartenden Bandbreite ist (VGr, 23. Mai 2019, VB.2019.00109, E. 4.1.2). Dabei trifft die Vergabestelle eine erhöhte Begründungslast: Je ungewöhnlicher die gewählte Preisspanne ist, desto mehr ist eine triftige Begründung für diese Festlegung erforderlich. Begründet die Vergabebehörde die Wahl einer ungewöhnlichen Preisspanne nicht plausibel, überschreitet sie ihr Ermessen (VGr, 4. April 2012, VB.2011.00741, E. 4.4; 26. August 2009, VB.2009.00047, E. 4.1). In diesem Fall wendet das Gericht eine Spanne an, wie sie üblicherweise im Rahmen des Ermessens gewählt werden könnte (VGr, 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 6.4.2). Nach dem Gesagten ist es zwar unproblematisch, dass bei nur zwei Angeboten nicht von einer Preisspanne von bloss ca. 20 % (Unterschied zwischen dem Angebot der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten) ausgegangen wurde. Indes ist die vorliegend berücksichtigte Preisspanne von deutlich über 50 % (ca. 100 %) für eine technisch nicht komplexe Dienstleistung erklärungsbedürftig (vgl. etwa VGr, 20. August 2020, VB.2020.00159, E. 6.3.2). Bei einer Berechnung mit einer – für eine derartige Dienstleistung auf den ersten Blick adäquat erscheinenden – Preisspanne von 50 % kommt die Beschwerdeführerin mit ihrer Gesamtpunktzahl deutlich (mit über 40 Punkten) vor der Mitbeteiligten zu liegen. Bereits aus diesem Grund wäre die Beschwerde gutzuheissen gewesen.

### **E. 3.2.2**

Auf die Kritik der Beschwerdeführerin an der Bewertung der übrigen Zuschlagskriterien durch die Vergabebehörde muss bei diesem Ergebnis nicht mehr eingegangen werden.

### **E. 4**

Der Zuschlag erweist sich nach dem Gesagten als rechtswidrig. Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz, wie bereits erwähnt (vgl. E. 2), lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist. Der damit verbleibenden Ungewissheit über die Rechtmässigkeit der angefochtenen Vergabe trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Haftung für den einem Anbieter entstandenen Schaden auf den Ersatz der Aufwendungen beschränkt, die diesem im Zusammenhang mit dem Vergabe-

und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 3 Abs. 1 und 2 IVöB-BeitrittsG; vgl. RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 = ZBl 101/2000, S. 271).

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Zudem ist sie – angesichts dessen, dass der Beizug einer externen Vertretung gerechtfertigt gewesen wäre – zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die (nicht anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG); angemessen sind Fr. 1'500.-.

#### **E. 6**

Der Auftragswert für die nachgesuchte Dienstleistung übersteigt den massgeblichen Schwellenwert (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.