

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00177 vom 18. Juli 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-07-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2024.00177](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2024.00177)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00177 du 18 juillet 2024

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00177 del 18 luglio 2024

## Regeste

Submission | Ausschreibung zur Beschaffung von 13 Aufzugsanlagen: Zur Anfechtung der Ausschreibung ist jede potenzielle Anbieterin legitimiert, die ein Interesse an einer konkreten Beschaffung hat und deren Rechtsstellung durch den gerügten Mangel beeinträchtigt wird. Daran hat das revidierte Vergaberecht nichts geändert. Die Sachurteilsvoraussetzungen sind erfüllt; auf die Beschwerde ist einzutreten (E. 1). Inzwischen steht fest, dass die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin ein Angebot eingereicht hat. In dieser Konstellation wird die beanstandete Gewichtung der Zuschlagskriterien bei einer allfälligen Bewertung irrelevant sein. Für den Erhalt des Zuschlags wird mangels Konkurrenzofferten nur noch die Erfüllung der Eignungskriterien und der formellen Anforderungen massgebend sein. Demzufolge ist das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin nicht mehr aktuell bzw. dahingefallen. Sie wirft eine theoretische Rechtsfrage auf, welche keine interessensbegründende Wirkung entfalten kann. Zwar könnte sich diese Frage jederzeit wieder stellen, jedoch ist eine rechtzeitige Überprüfung in einem entsprechenden Vergabeverfahren möglich. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses ist in der vorliegenden Konstellation nicht ausnahmsweise abzusehen (E. 2). Gegenstandslos.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2024.00177 Beschluss der 1. Kammer vom 18. Juli 2024 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Josua Raster, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, und/oder RA C, Beschwerdeführerin, gegen Universitätsspital Zürich, vertreten durch RA D und/oder RA E, Beschwerdegegner, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Das Universitätsspital Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 19. März 2024 auf der elektronischen Beschaffungsplattform SIMAP ein offenes Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich zur Beschaffung von 13 Aufzugsanlagen (Bauftrag; BKP 261) im Zusammenhang mit dem geplanten Neubau der ersten Etappe "Campus Mitte 1|2". II. Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 8. April 2024 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, in teilweiser Aufhebung der Ausschreibung die Gewichtung des Zuschlagskriteriums 1 (Preis) bei 40 % festzusetzen und die Gewichtung der übrigen Zuschlagskriterien pro rata zu erhöhen. Eventuell sei die Gewichtung des Zuschlagskriteriums 1 (Preis) in teilweiser Aufhebung der Ausschreibung bei höchstens 50 % festzusetzen und die Gewichtung der übrigen Zuschlagskriterien pro rata zu erhöhen. Subeventuell sei die Ausschreibung teilweise aufzuheben und die Angelegenheit an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der

Anweisung, die Gewichtung der Zuschlagskriterien im Sinn der Erwägungen vergaberechtskonform festzusetzen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde zunächst superprovisorisch und danach provisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Vergabestelle anzuweisen, das Beschaffungsverfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids zu sistieren. Die Fristen zur Einreichung der Fragen bis 8. April 2024 und zur Abgabe der Angebote bis 6. Mai 2024 seien den Anbieterinnen abzunehmen. Eventuell sei der Beschwerde zunächst superprovisorisch und danach provisorisch insofern aufschiebende Wirkung zu erteilen, als die Vergabestelle bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheids mit der Bewertung der Angebote, der Erteilung des Zuschlags und sämtlichen Vollzugshandlungen zuzuwarten habe. Ferner beantragte sie den Beizug der vollständigen Ausschreibungsunterlagen und machte gegenüber anderen Anbieterinnen Geheimhaltungsinteressen an ihrer Beschwerde samt Beilagen geltend; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle. Mit Präsidialverfügung vom 11. April 2024 wurde dem Beschwerdegegner einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, das Submissionsverfahren weiterzuführen, den Zuschlag zu erteilen oder den Vertrag abzuschliessen. Der Beschwerdegegner beantragte mit Beschwerdeantwort vom 2. Mai 2024, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, eventuell die Angelegenheit zur Neubeurteilung zurückzuweisen sowie eine Parteientschädigung zulasten der Beschwerdeführerin. In prozessualer Hinsicht beantragte er, der Beschwerde die superprovisorisch erteilte aufschiebende Wirkung zu entziehen und das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Dem Beschwerdegegner wurde mit Präsidialverfügung vom 3. Mai 2024 weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, das Submissionsverfahren weiterzuführen, den Zuschlag zu erteilen oder den Vertrag abzuschliessen. Am 17. Mai 2024 wurde das Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin vom 15. Mai 2024 gutgeheissen und ihr Einsicht in die Beschwerdeantwortbeilagen 4–10 gewährt. Am 21. Mai 2024 wurde der Beschwerdeführerin auf Ersuchen die Replikfrist verlängert. Gleichentags beantragte der Beschwerdegegner, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell das Beschwerdeverfahren zufolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben, subeventuell die vorsorglich angeordnete aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufzuheben und die Weiterführung des Submissionsverfahrens zu erlauben. Am 23. Mai 2024 wurde der Beschwerdeführerin die erstreckte Replikfrist abgenommen, neu angesetzt und ihr gleichzeitig Gelegenheit gegeben, zur Eingabe des Beschwerdegegners vom 21. Mai 2024 Stellung zu nehmen. Die Beschwerdeführerin replizierte am 31. Mai 2024 und hielt an den gestellten (materiellen) Begehren vollumfänglich fest. Neu beantragte sie, den Antrag auf Nichteintreten abzuweisen, die vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde aufzuheben und dem Beschwerdegegner zu erlauben, das Vergabeverfahren weiterzuführen. Über eine allfällige Gegenstandslosigkeit des Beschwerdeverfahrens sei von Amtes wegen zu entscheiden. Mit Präsidialverfügung vom 7. Juni 2024 wurde das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgewiesen. Die vorsorglich erteilte aufschiebende Wirkung der Beschwerde wurde aufgehoben und dem Beschwerdegegner erlaubt, das Vergabeverfahren fortzuführen. Der Beschwerdegegner reichte am 20. Juni 2024 seine Duplik ein und hielt an den materiellen Anträgen gemäss Beschwerdeantwort vom 2. Mai 2024 sowie an den prozessualen Anträgen 1 und 2 gemäss Eingabe vom 21. Mai 2024 vollumfänglich fest. Die Beschwerdeführerin reichte am 3. Juli 2024 mit unveränderten Anträgen ihre

"Schlussbemerkungen" ein. Die Kammer erwägt:

#### **E. 1.1**

Am 1. Oktober 2023 trat die revidierte Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) im Kanton Zürich in Kraft. Die Beschwerde richtet sich gegen die Ausschreibung vom 19. März 2024. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren gilt demnach neues Recht (vgl. Art. 64 Abs. 1 IVöB e contrario). Somit gelangen die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 20. März 2023 (BeiG IVöB) zur Anwendung. Regelungen betreffend Einzelheiten über die Vergabe von Aufträgen sind zudem der Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO) zu entnehmen .

#### **E. 1.2**

Die Ausschreibung eines Auftrags ist mit Beschwerde anfechtbar, wobei Anordnungen in den Ausschreibungsunterlagen, deren Bedeutung erkennbar ist, zusammen mit der Ausschreibung angefochten werden müssen (Art. 53 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB). Für entsprechende Beschwerden ist das Verwaltungsgericht zuständig (§ 3 Abs. 1 BeiG IVöB und Art. 52 Abs. 1 IVöB).

#### **E. 1.3**

Zur Anfechtung der Ausschreibung ist jede potenzielle Anbieterin legitimiert, die ein Interesse an einer konkreten Beschaffung hat und deren Rechtsstellung durch den gerügten Mangel beeinträchtigt wird (vgl. § 21 lit. a und § 49 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG] in Verbindung mit § 3 Abs. 2 BeiG IVöB; VGr, 8. Februar 2024, VB.2023.00311, E. 2.2; VGr, 26. September 2019, VB.2019.00368, E. 2.2; VGr, 10. Dezember 2008, VB.2008.00347, E. 3 mit weiteren Hinweisen ). Daran hat das revidierte Vergaberecht nichts geändert. Die Beschwerdeführerin wäre als auf Herstellung, Vertrieb, Montage und Unterhalt von Aufzügen und Fahrtreppen spezialisiertes Unternehmen mit Erfahrungen bei Liftinstallationen in Spitälern offensichtlich in der Lage, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Ihr Interesse an der Ausschreibung hat sich inzwischen manifestiert: Sie hat (als einzige Anbieterin) ein Angebot eingereicht. Schliesslich liegt es im schutzwürdigen Interesse von Anbietenden, dass Vergaben rechtmässig durchgeführt werden. Die Beschwerdeführerin ist folglich zur vorliegenden Beschwerde legitimiert.

#### **E. 1.4**

Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 2.1**

Inzwischen ist die in der angefochtenen Ausschreibung vorgesehene Eingabefrist für die Offerten abgelaufen. Gemäss Ausführungen des Beschwerdegegners hat die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin eine Offerte eingereicht. Da Letztere die Ausschreibung einzig hinsichtlich der Preisgewichtung beanstandet, welche bei der Bewertung von einem einzigen Angebot nicht mehr zum Tragen kommt, betrachtet der Beschwerdegegner das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin als dahingefallen. Dagegen wendet die Beschwerdeführerin ein, sie werfe die bislang nicht entschiedene Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung auf, ob das revidierte Vergaberecht im Fall komplexer Leistungen eine Mindestgewichtung der Qualitätskriterien

bzw. eine Maximalgewichtung des Preiskriteriums verlange. An der Klärung dieser Frage bestehe ein erhebliches öffentliches Interesse und sie könnte sich jederzeit wieder stellen, wobei eine rechtzeitige gerichtliche Beurteilung kaum je rechtzeitig zu erhalten wäre.

### **E. 2.2**

Gemäss § 21 lit. a in Verbindung mit § 49 VRG ist zum Rekurs und zur Beschwerde berechtigt, wer durch die angefochtene Anordnung berührt ist und ein schutzwürdiges Interesse an deren Änderung oder Aufhebung hat. Das geltend gemachte Interesse muss grundsätzlich aktuell sein und sowohl im Zeitpunkt der Rechtsmittelerhebung als auch im Zeitpunkt des Entscheids vorliegen (Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kanton Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 24 ). Fällt das schutzwürdige Interesse im Laufe des Verfahrens dahin, wird die Sache als gegenstandslos abgeschlossen (Bertschi, Kommentar VRG, § 21, N. 26); fehlte es schon bei der Beschwerdeeinreichung, ist auf die Eingabe nicht einzutreten (BGE 137 I 23, E. 1.3 mit Hinweisen).

### **E. 2.3**

Vorliegend steht inzwischen fest, dass die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin ein Angebot eingereicht hat. In dieser Konstellation wird die beanstandete Gewichtung der Zuschlagskriterien bei einer allfälligen Bewertung irrelevant sein. Für den Erhalt des Zuschlags wird mangels Konkurrenzofferten nur noch die Erfüllung der Eignungskriterien und der formellen Anforderungen massgebend sein. Demzufolge ist das Interesse der Beschwerdeführerin nicht mehr aktuell bzw. dahingefallen.

### **E. 2.4**

Vom Erfordernis des aktuellen Interesses kann nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ausnahmsweise abgesehen werden, wenn sich die aufgeworfenen Fragen (kumulativ) jederzeit unter gleichen oder ähnlichen Umständen wieder stellen könnten, wenn kaum je rechtzeitig eine Prüfung im Einzelfall stattfinden könnte und wenn aufgrund der grundsätzlichen Natur der Fragen ein hinreichendes öffentliches Interesse an der Beantwortung besteht (BGE 137 I 23, E. 1.3.1; 131 II 670, E. 1.2; 117 Ia 193, E. 1a).

### **E. 2.5**

Die Beschwerdeführerin wirft die bisher noch nicht entschiedene Rechtsfrage auf, ob das revidierte Vergaberecht eine Mindestgewichtung der Qualitätskriterien bzw. eine Maximalgewichtung des Preiskriteriums verlangt, wenn es sich um komplexe Leistungen handelt. Dabei handelt es sich indes um eine theoretische Rechtsfrage, welche keine interessenbegründende Wirkung entfalten kann (Bertschi, Kommentar VRG, § 21 N. 25 mit weiteren Hinweisen). Zwar könnte sich diese Frage jederzeit wieder stellen, jedoch ist eine rechtzeitige Überprüfung in einem entsprechenden Vergabeverfahren möglich. Wird einem Gesuch um superprovisorische Erteilung der aufschiebenden Wirkung in einer Beschwerde gegen eine Ausschreibung entsprochen, hat dies zwar erst ein Verbot der weiteren Handlungsschritte der Vergabebehörde zur Folge, nicht jedoch die Fristabnahme zur Einreichung der Angebote. Dies vermag indes nichts daran zu ändern, dass eine rechtzeitige Überprüfung möglich ist. Bei der vorliegenden Konstellation, in welcher die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin ein Angebot einreichte, was erst die Bewertung und damit die Anwendung des beanstandeten Preiskriteriums obsolet macht, handelt es sich um einen Einzelfall. Vom Erfordernis des aktuellen Interesses ist in der vorliegenden Konstellation nicht ausnahmsweise abzusehen und das Beschwerdeverfahren folglich als

gegenstandslos geworden abzuschreiben.

### **E. 3**

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Das VRG enthält jedoch keine Vorschrift über die Kostenaufgabe bei Gegenstandslosigkeit des Verfahrens. Diesfalls befindet das Verwaltungsgericht nach Ermessen über die eigenen Nebenfolgen; dabei berücksichtigt es, welche Partei vermutlich obsiegt hätte oder wer die Gegenstandslosigkeit bzw. das gegenstandslos gewordene Verfahren verursacht hat; besonders bei Versagen dieser Kriterien lässt sich aber auch nach Billigkeit vorgehen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 74 f.). Ursächlich für die Gegenstandslosigkeit des Verfahrens war, dass einzig die Beschwerdeführerin ein Angebot eingereicht hat, womit die Beurteilung der beanstandeten Preisgewichtung hinfällig wurde. Angesichts dieser Ausgangslage sind die – in Anwendung von § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr) reduzierten – Kosten der Beschwerdeführerin und dem Beschwerdegegner je zur Hälfte aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Parteientschädigungen sind vor diesem Hintergrund keine zuzusprechen.

### **E. 4**

Der geschätzte Auftragswert erreicht den Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht, womit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten unzulässig ist (Art. 83 Abs. 2 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Folglich kann gegen die vorliegende Verfügung nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

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