

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2025.00181 vom 3. Juli 2025

ZH Verwaltungsgericht, 2025-07-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2025.00181

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2025.00181 du 3 juillet 2025

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2025.00181 del 3 luglio 2025

Regeste

Submission | Legitimation zur Anfechtung eines im freihändigen Verfahren erteilten Zuschlags nach neuem Submissionsrecht. Gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren kann nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt worden oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden (Art. 56 Abs. 5 IVöB). Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in teilweiser Aufgabe der "Microsoft-Praxis" trägt die Vergabebehörde nunmehr die Beweislast für das Fehlen einer Alternativlösung. In diesem Rahmen muss der Dritte, der Beschwerde erhebt, nicht mehr selber diesen Beweis erbringen, sei es im Stadium der Prüfung der Zulässigkeit seiner Beschwerde oder der nachfolgenden Prüfung ihrer Begründetheit. Er kann sich darauf beschränken, auf glaubhafte und wahrscheinliche Weise geltend zu machen, ein potenzieller Lieferant der zur Diskussion stehenden Leistung zu sein, um das freihändige Verfahren anzufechten (E. 2.2). Vorliegend gelingt es der Beschwerdeführerin nicht, den geforderten Legitimationsnachweis zu erbringen (E. 2.6). Nichteintreten.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2025.00181 Beschluss der 1. Kammer vom 3. Juli 2025 Mitwirkend: Abteilungspräsident Daniel Schweikert (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Regina Meier. In Sachen Unternehmen A, vertreten durch B AG, Beschwerdeführerin, gegen Elektrizitätswerk der Stadt Zürich, Beschwerdegegner, und C AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission (freihändige Vergabe), hat sich ergeben: I. Am 17. März 2025 publizierte das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich den im freihändigen Verfahren erfolgten Zuschlagsentscheid für die Beschaffung von Abspannmasten und Leuchtkandelabern/Auslegern für den Bedarf 2025 bis 2029 (Lose 1 und 2) zum Preis von Fr. 5'567'240.- an die C AG. II. Mit Beschwerde vom 17. März 2025 beantragte die Unternehmen A die Aufhebung des Zuschlagsentscheids. Am 15. April 2025 beantragte das Elektrizitätswerk der Stadt Zürich die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, soweit darauf einzutreten sei, und reichte die Vergabeakten ein. Die Unternehmen A liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen. Auch die C AG liess sich nicht vernehmen. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren ist das neue Recht anwendbar. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

E. 1.2

Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (lit. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

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

Weiter kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden (Art. 56 Abs. 5 IVöB).

E. 2.3

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in teilweiser Aufgabe der "Microsoft-Praxis" (BGE 137 II 313) trägt die Vergabebehörde nunmehr die Beweislast für das Fehlen einer Alternativlösung. In diesem Rahmen muss der Dritte, der Beschwerde erhebt, nicht mehr selber diesen Beweis erbringen, sei es im Stadium der Prüfung der Zulässigkeit seiner Beschwerde oder der nachfolgenden Prüfung ihrer Begründetheit. Er kann sich darauf beschränken, auf glaubhafte und wahrscheinliche Weise geltend zu machen, ein potenzieller Lieferant der zur Diskussion stehenden Leistung zu sein, um das freihändige Verfahren anzufechten (BGE 150 II 105 [= Pra 113/2024 Nr. 37] E. 5.10).

E. 2.4

Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie sei gut in der Lage, den fraglichen Auftrag zu erfüllen, und habe bereits einer anderen Auftraggeberin Masten geliefert. Die Vorgehensweise des Beschwerdegegners gefährde den Wettbewerb, und seine Leistungsabklärung (Request for Information; RFI) betreffend die Vergabe sei zu einem ungünstigen Zeitpunkt versendet worden. Sie sei bereit, sich mit der Hälfte der bereitzustellenden Mengen Abspannmasten (Los 1) zufriedenzugeben. Der

Beschwerdegegner macht demgegenüber geltend, die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, den betreffenden Auftrag zu erfüllen, weshalb auf die Beschwerde nicht einzutreten sei. Alternativ sei die Beschwerde abzuweisen, da die Freihandvergabe gestützt auf Art. 21 Abs. 2 lit. c IVöB zulässig gewesen sei.

E. 2.5

Der Beschwerdegegner hat die nachgefragten Leistungen in der Vergangenheit bereits zweimal öffentlich ausgeschrieben, wobei jeweils nur die Mitbeteiligte innert Frist ein Angebot einreichte. Für die streitgegenständliche Beschaffung hat der Beschwerdegegner daher am 29. Juli 2024 ein RFI durchgeführt, an dem nur die Mitbeteiligte teilnahm. Der Beschwerdegegner stellt sich vor diesem Hintergrund auf den Standpunkt, dass kein Markt für die nachgefragten Leistungen bestehe. Die Beschwerdeführerin hat sich dazu nicht konkret geäußert, sondern brachte in ihrer Beschwerde lediglich vor, das RFI sei zu einem Zeitpunkt versandt worden, als ihre beteiligten Mitarbeiter im Urlaub waren. Die Frist vom 12. August 2024 sei in die Betriebsferien gefallen.

E. 2.6

Den Beschwerdebeilagen der Beschwerdeführerin ist zu entnehmen, dass diese zwar grundsätzlich Abspannmasten und Kandelaber liefert. Allerdings weichen ihre Abspannmasten deutlich von den Anforderungen der Vergabestelle ab, welche diese im Rahmen des RFI klar kommuniziert hatte. Die Abweichungen betreffen Korrosionsschutz, Statik-Konstruktion und Masttürchen; namentlich entspricht die Konstruktion der Masten hinsichtlich Stabilität (Rollenbefestigung, Anzahl Verstrebrungen) nicht den Anforderungen. Entgegen der geforderten Konstruktion sollen keine Vollstahl-Rollen verwendet werden und die Anzahl der Befestigungen ist reduziert. Weiter ist auch der Korrosionsschutz (Beschichtung) weniger haltbar als in den beschwerdegegnerischen Vorgaben vorgesehen und umfasst nicht den gesamten Abspannmast. Zu ihren Leuchtkandelabern macht die Beschwerdeführerin sodann überhaupt keine konkreten Angaben.

E. 2.7

Angesichts der nachvollziehbaren und schlüssigen beschwerdegegnerischen Ausführungen, welche mangels Replik der Beschwerdeführerin unbestritten blieben, der den Akten zu entnehmenden Spezifikationen zu den beschwerdeführerischen Abspannmasten, welche von den geforderten Masten und Kandelabern wesentlich abweichen, und den fehlenden näheren Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Frage, ob sie die nachgefragte oder eine damit substituierbare Leistung erbringen könnte, ist die Vorgehensweise des Beschwerdegegners nicht zu beanstanden. Die Beschwerdeführerin hat ihre Legitimation nicht glaubhaft gemacht im Sinn des vorstehend in E. 2.2 Ausgeführten. Sie hat mithin den ihr obliegenden Legitimationsnachweis im Sinn von Art. 56 Abs. 5 IVöB nicht erbracht und daher ist auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

E. 3

Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Die Beschwerdegegnerin hat keinen Entschädigungsanspruch, da sie mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen lediglich ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist; ein besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG ist nicht ersichtlich.

E. 4

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 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.