

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte,
Dezember 2023

Submission: Missbräuchliche Bevorzugung einer Anbieterin

Ein Stadtrat im Kanton Zürich vergab einen Auftrag an eine lokale Unternehmung, obwohl diese ein schlechteres Angebot als eine andere Unternehmung eingereicht hatte. Er begründete dies mit seiner Vertrautheit mit der lokalen Unternehmung. Das Verwaltungsgericht Zürich kritisierte diese Entscheidung als eklatante Missachtung fundamentaler vergaberechtlicher Grundsätze ([Entscheid VB.2022.00740 vom 16. März 2023](#)).



(Bild der Justitia mit KI generiert.)

Bei der Eingabe der Offerte hatte die ortsansässige C AG ein Formular für die Bewertung des Zuschlagskriteriums «Kapazität/Terminsicherheit» nicht vollständig ausgefüllt. Die Verwaltung, welche die Offerte geprüft hatte, beurteilte einen Ausschluss der C AG aus dem Verfahren jedoch als unverhältnismässig; dieser Mangel sei nicht gravierend und werde «geheilt». Bei der nachfolgenden Zuschlagsbewertung erteilte sie der C AG wegen diesem Mangel dann nur 1.70 von 10 möglichen Punkten. Damit rangierte die C AG insgesamt hinter der A AG. Trotzdem erteilte der Stadtrat als Vergabebehörde den Zuschlag an die C AG. Er argumentierte, er habe

sich der Auswertung durch die Verwaltung und damit der schlechten Bewertung der C AG beim Kriterium «Kapazität/Terminsicherheit» nicht anschliessen können. Die Kapazitäten und die Termintreue der ortsansässigen Mitbeteiligten C AG seien ihm sehr gut bekannt und er habe das grösste Vertrauen, dass sie nur dann eine Offerte einreiche, wenn sie den Auftrag auch zeitgerecht und zuverlässig erledigen könne. Deshalb habe er deren Bewertung bei diesem Zuschlagskriterium auf 10 Punkte festgesetzt. Damit sei sie die Erstplatzierte, vor der A AG.

Auf Beschwerde der A AG hin hob das Verwaltungsgericht diesen Zuschlag auf. Es argumentierte, das Vergabeverfahren wolle einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb gewährleisten, in welchem alle Anbietenden ohne Willkür und nach Treu und Glauben gleichbehandelt würden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). Es gehe nicht an, wenn der Vergabestelle «bekannte» Anbieterinnen explizit verlangte Angaben nicht einreichen müssten, weil man deren Erfüllung wohlwollend voraussetze. Auch wenn die Vergabestelle einen Ausschluss wegen fehlenden Nachweisen als überspitzt formalistisch wertete, wäre sie dennoch gehalten gewesen, die betreffenden Nachweise nachträglich einzufordern und damit die Einhaltung zwingender Vorgaben zu dokumentieren. Dass der Stadtrat den Zuschlag dem teureren und schlechter bewerteten Angebot einer ihm «bestens bekannten» Anbieterin erteilt habe, stelle eine eklatante Missachtung fundamentaler Grundsätze des Vergaberechts dar und könne nur als missbräuchliche Bevorzugung qualifiziert werden.

Dem Entscheid ist zuzustimmen. Hier sind zwei Fehler gemacht worden. Erstens müssten Angebote, welche zwingende Angaben nicht enthalten, vom Verfahren ausgeschlossen werden, unwesentliche Mängel vorbehalten. Auf eine Nachforderung zu verzichten und dafür das Angebot schlechter zu bewerten, geht nicht an. Zweitens und noch gravierender ist die eigenmächtige Abweichung von der Auswertung durch den Stadtrat, weil er die ortsansässige C AG kannte. Das ist ein klarer Fall von «Heimatschutz», der im Vergabeverfahren auf diese Weise untersagt ist.

Es bestehen zwar Möglichkeiten, ortsansässigen Anbieterinnen potentiell einen Vorsprung zu verschaffen. Das muss jedoch vorgängig durch die geschickte Festlegung von Eignungskriterien für die Anbieterinnen und

Zuschlagskriterien für die Bewertung der Angebote erfolgen. Die bekanntgegebenen Kriterien sind danach einzuhalten und auf alle Anbieterinnen und Angebote rechtsgleich anzuwenden. Andernfalls setzt sich eine Vergabebehörde dem Risiko einer Beschwerde aus, die gute Aussichten auf Erfolg hat.
