


**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

**Geschäftsnummer: VB.2017.00512**

Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 05.10.2017  
 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer  
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.  
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht  
**Betreff: Submission**

Stichworte:

DISKRIMINIERUNGSVERBOT  
LEHRLINGSAUSBILDUNG  
STAATSVERTRAGSBEREICH  
SUBMISSION  
ZUSCHLAGSKRITERIUM

Rechtsnormen:

GPA  
 Art. 11 lit. a IVöB  
 § 33 Abs. I SubmV

Publikationen:

- keine -

**Berücksichtigung des Kriteriums "Lernendenausbildung" im Staatsvertragsbereich, wenn keine ausländischen Anbietenden am Submissionsverfahren teilnehmen.**

**Gemäss § 33 Abs.1 SubmV kann die Vergabebehörde das – an sich vergabefremde – Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" berücksichtigen. Im internationalen Verhältnis dürfen jedoch keine Zuschlagskriterien verwendet werden, die ausländische gegenüber inländischen Anbietenden diskriminieren. Da das schweizerische Ausbildungssystem mit Berufslehren nur bedingt mit Ausbildungssystemen in anderen Staaten vergleichbar ist, besteht bei Verwendung des Kriteriums die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Diskriminierung ausländischer Anbietender. Die Lernendenausbildung darf mithin in denjenigen Konstellationen nicht berücksichtigt werden, in welchen sich diese Gefahr andernfalls verwirklichen würde; in der Regel findet es im Staatsvertragsbereich keine Anwendung, wenn ausländische Anbietende am Verfahren teilnehmen, die keine mit derjenigen in der Schweiz vergleichbare Berufsausbildung kennen (E. 3.2). Das Zuschlagskriterium "Lernendenausbildung" ist jedoch im Staatsvertragsbereich nicht generell untersagt. Vorliegend haben keine ausländischen Anbietenden am Verfahren teilgenommen und das Kriterium hat sich nicht diskriminierend ausgewirkt (E. 3.4).**

**Abweisung.**

Verwaltungsgericht  
 des Kantons Zürich  
 1. Abteilung



---

VB.2017.00512

## Urteil

der 1. Kammer

vom 5. Oktober 2017

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

A GmbH, vertreten durch RA B und RA C,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

Kongresshaus-Stiftung Zürich, vertreten durch RA E,

**Beschwerdegegnerin,**

und

F AG, vertreten durch RA G,

**Mitbeteiligte,**

**betreffend Submission,**

hat sich ergeben:

### I.

Mit Ausschreibung vom 17. Februar 2017 eröffnete die Kongresshaus-Stiftung Zürich (vertreten durch das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich) ein offenes Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich betreffend den Einbau von Combisteamern im Rahmen des Umbaus des Kongresshauses. Innert Frist gingen elf Offerten von acht Anbietenden ein. Mit Verfügung vom 3. August 2017 wurde der Auftrag zu einem Preis von Fr. 219'681.30 an die F AG vergeben.

### II.

Gegen die Verfügung der Kongresshaus-Stiftung Zürich gelangte die A GmbH mit Beschwerde vom 14. August 2017 an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung der angefochtenen Verfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie selbst. Eventualiter sei die Sache mit der verbindlichen Anordnung an die Auftraggeberin zurückzuweisen, das Zuschlagskriterium "Ausbildung" bei der Angebotsbewertung nicht zu berücksichtigen und die Leistungspositionen 16.6 und 16.8 ohne Aufrechnung mit den von der Beschwerdeführerin offerierten Fr. 0.- zu bewerten, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. In prozessualer Hinsicht verlangte sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen sowie Akteneinsicht. Mit Präsidialverfügungen vom 15. und vom 31. August 2017 wurde der Kongresshaus-Stiftung Zürich einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, der Vertragsschluss untersagt und der A AG eingeschränkt Akteneinsicht gewährt.

Die F AG reichte am 25. August 2017 eine Stellungnahme zur Beschwerde ein, worin sie auf das Stellen von Anträgen ausdrücklich verzichtete; sie erklärte aber, es sei ihr für die Ausarbeitung ihrer Eingabe eine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Kongresshaus-Stiftung Zürich beantragte am 29. August 2017 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Diese hielt in ihrer Replik vom 15. September 2017 an ihren Anträgen fest, soweit diese noch nicht beurteilt worden oder gegenstandslos geworden waren. Bereits beurteilt war zu diesem Zeitpunkt das Begehren um Akteneinsicht; ausserdem zog die Beschwerdeführerin den Antrag betreffend die Bewertung der Leistungspositionen 16.6 und 16.8 in ihrer Replik zurück.

Die Kammer erwägt:

**1.**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

**2.**

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).

Die (zweitplatzierte) Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Anordnung und die Erteilung des Zuschlags an sie selbst. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin wurde mit 458,0 und das Angebot der Beschwerdeführerin mit 411,5 Punkten bewertet. Die Beschwerdeführerin bringt vor, aufgrund einer unrechtmässigen Bewertung durch die Vergabebehörde seien der Zuschlagsempfängerin 50 Punkte zu viel erteilt worden. Würde sie damit durchdringen, würde sie den Zuschlag erhalten. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

### 3.

**3.1** Bei der Bewertung der eingereichten Angebote hat die Vergabebehörde das Zuschlagskriterium "Lernende" zu 10 % gewichtet. Insgesamt konnten 500 Punkte erzielt werden. Die Beschwerdeführerin bildet keine Lernenden aus und erhielt 0 Punkte, die Mitbeteiligte erhielt die Maximalbewertung von 50 gewichteten Punkten.

Die Beschwerdeführerin bringt (als einzige verbleibende Rüge) vor, dass das Kriterium "Lernende" im Staatsvertragsbereich generell unzulässig sei – unabhängig davon, ob tatsächlich ausländische Anbietende am Vergabeverfahren teilnehmen. Die Offerten seien ohne Berücksichtigung des Kriteriums zu bewerten, weshalb der Mitbeteiligten die dafür erhaltenen 50 Punkte abzuziehen seien.

**3.2** Gemäss § 33 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) kann die Vergabebehörde das – an sich vergabefremde – Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" berücksichtigen. Es ist jedoch zu beachten, dass im internationalen Verhältnis keine Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen, die ausländische gegenüber inländischen Anbietenden diskriminieren (Art. III Abs. 1 und Art. VIII lit. b des Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen [Government Procurement Agreement; GPA]; Art. 11 lit. a IVöB). Das schweizerische Ausbildungssystem mit Berufslehren ist nur bedingt mit Ausbildungssystemen in anderen Staaten vergleichbar; wird die Lernendenausbildung als Zuschlagskriterium verwendet, besteht deshalb die Gefahr einer wettbewerbswidrigen Diskriminierung ausländischer Anbietender (Markus Lanter, Die Bewertung der Lernendenausbildung im Vergaberecht, ZBl 114/2013, S. 599 ff., 602). Die Lernendenausbildung darf daher in denjenigen Konstellationen nicht berücksichtigt werden, in welchen sich diese Gefahr andernfalls verwirklichen würde (VGr, 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 8.5). Wenn ausländische Anbietende am Verfahren teilnehmen, die keine mit derjenigen in der Schweiz vergleichbare Berufsausbildung kennen, findet das Kriterium mithin im Staatsvertragsbereich in der Regel keine Anwendung (Lanter, a.a.O., S. 602). Allgemein gilt, dass die Zuschlagskriterien sich nicht diskriminierend auswirken dürfen (Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 872).

**3.3** Vorliegend haben keine ausländischen Anbietenden am Vergabeverfahren teilgenommen. Die Beschwerdeführerin argumentiert jedoch, dass das Kriterium der Lehrlingsausbildung im Staatsvertragsbereich generell unzulässig sei – mithin bei sämtlichen kantonalen Vergabeverfahren betreffend Bauvorhaben mit einem Gesamtwert von mehr als Fr. 9'575'000.- (Anhang 1 IVöB). Zur Begründung verweist sie auf das Zürcher Handbuch für Vergabestellen, wo dies so festgehalten sei, und macht weiter geltend, es handle sich beim Kriterium "Lehrlingsausbildung" um eine verbotene faktische Teilnahmebeschränkung für ausländische Anbietende, welche zumindest potenziell diskriminierend wirke und eine gleichwertige Chance auf den Erhalt des Zuschlags für diese verhindere. Sie bringt auch vor, ausländische Anbietende könnten durch das Kriterium von vornherein von einer Offertstellung abgehalten werden.

**3.4** Indessen sind die vorstehenden Grundsätze (E. 3.2) von Lehre und Praxis genau zu dem Zweck entwickelt worden, faktische Teilnahmebeschränkungen, Chancenungleichheiten und drohende Diskriminierungen zu verhindern, ohne dass das Zuschlagskriterium "Lehrlingsausbildung" im Staatsvertragsbereich generell untersagt werden müsste. Die Beschwerdeführerin macht denn auch nicht geltend, dass sich die Bewertung der Angebote durch die Vergabestelle diskriminierend ausgewirkt hätte; ebenso wenig ergibt sich eine Diskriminierung aus den Akten. Mithin kann nicht generell gesagt werden, dass sich das Kriterium im Staatsvertragsbereich stets diskriminierend auswirke. Dass sich möglicherweise in Einzelfällen rechtsunkundige ausländische Anbietende mit Blick auf das fragliche Kriterium von einer Offertstellung abhalten lassen, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern.

**3.5** Für den vorliegenden Fall nicht relevant ist, wie die Bewertung konkret hätte vorgenommen werden müssen und ausgefallen wäre, wenn ausländische Anbietende am Verfahren teilgenommen hätten. Zudem hat die Vergabestelle im hier zu beurteilenden Fall die Zuschlagskriterien genauso wie in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt bewertet. Abgestützt wurde einzig auf die gleichbehandelnd geprüfte Eignung der Anbietenden und die Wirtschaftlichkeit ihrer Angebote (vgl. hierzu Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz. Ein Beitrag zur Dogmatik der Marktteilnahme des Gemeinwesens, Diss. Freiburg 2004, Rz. 237). Ebenso unerheblich ist weiter, dass die Beschwerdeführerin zu einer Unternehmensgruppe gehört, welche auch Niederlassungen im Ausland hat, in denen Lernende ausgebildet werden: Massgeblich ist im Submissionsverfahren einzig die Niederlassung in der Schweiz (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich etc. 2012, Rz. 1419).

**3.6** Nach dem Gesagten erweist sich die Beschwerde insgesamt als unbegründet und ist abzuweisen.

#### **4.**

Offengelassen werden kann bei diesem Verfahrensausgang, ob die Beschwerdeführerin bereits nach Erhalt der Ausschreibungsunterlagen die Verwendung des streitbetreffenen Kriteriums hätte beanstanden müssen und ihre Rüge mithin verspätet war. Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass

das Kriterium aus der Ausschreibung ohne Weiteres ersichtlich war und die Beschwerdeführerin sich auf den Standpunkt stellte, dass von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren möglich gewesen sei. Unter solchen Umständen trifft Anbietende grundsätzlich die Obliegenheit, einen allfälligen Mangel frühzeitig bei der Vergabebehörde informell zu beanstanden; es verstösst gegen Treu und Glauben und verursacht unnötigen Verfahrensaufwand, wenn vor einer allfälligen Beschwerdeerhebung zunächst das Ergebnis des Vergabeverfahrens abgewartet wird (vgl. ausführlich zum Ganzen VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; VGr, 3. April 2017, VB.2013.00758, E. 2.4.1).

## 5.

Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

## 6.

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Dementsprechend sind der Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen.

Der obsiegenden Beschwerdegegnerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen, da sie über die Begründung des Vergabeentscheids hinaus, zu welcher sie ohnehin verpflichtet war, keinen erheblichen Aufwand getätigt hat (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG und § 38 SubmV). Die Mitbeteiligte wurde mit Präsidialverfügung vom 15. August 2017 darauf hingewiesen, dass sie durch das Stellen von formellen Anträgen Parteistellung erhalte, was zu Kosten- und Entschädigungsfolgen führen könne. In ihrer Eingabe vom 25. August 2017 weist sie mehrfach darauf hin, keine Anträge stellen und keine Kostenfolgen im Verfahren gewärtigen zu wollen. Entsprechend erscheint es als inkohärent, dass sie eine Parteientschädigung beantragt, weshalb ihr keine solche zuzusprechen ist.

## 7.

Der Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 2'500.--; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 150.-- Zustellkosten,  
Fr. 2'650.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
5. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an ...