


**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

**Geschäftsnummer: VB.2022.00701**

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 15.05.2023

 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer  
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

**Betreff: Submission**

Stichworte:

[AKTUELLES RECHTSSCHUTZINTERESSE](#)  
[BEFRISTUNG](#)  
[GEGENSTANDSLOSIGKEIT](#)  
[GÜLTIGKEIT](#)  
[GÜLTIGKEITSDAUER](#)  
[SUBMISSIONSRECHT](#)  
[VORBEHALT](#)

Rechtsnormen:

- keine -

Publikationen:

- keine -

**Frage des aktuellen Rechtsschutzinteresses (unter den konkreten Umständen).**

Die Beschwerdeführerin hat mit der expliziten Befristung ihres Angebots auf sechs Monate indirekt einen Vorbehalt gegen die automatische Verlängerung der Gültigkeitsdauer im Anfechtungsfall angebracht, welcher dazu führte, dass ihr Angebot nach Ablauf von sechs Monaten dahingefallen ist. Unabhängig vom Vorliegen eines Ausschlussgrunds ist mit dem Wegfall eines gültigen Angebots auf Seiten der Beschwerdeführerin auch deren aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde entfallen.

**Gegenstandslos.**

Verwaltungsgericht  
des Kantons Zürich  
1. Abteilung



---

VB.2022.00701

**Beschluss**

der 1. Kammer

vom 15. Mai 2023

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichter José Krause,  
Ersatzrichterin Irene Egloff Martin, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

Einfache Gesellschaft Aargau, Glarus, Luzern, Zürich, vertreten  
durch Baudirektion Kanton Zürich,  
vertreten durch RA E, und/oder durch RA F,

**Beschwerdegegnerin,**

und

C AG, vertreten durch RA D,

**Mitbeteiligte,**

**betreffend Submission,**

hat sich ergeben:

## I.

Mit Ausschreibung vom 29. April 2022 eröffneten die Kantone Aargau, Glarus, Luzern und Zürich, unter der Federführung des Kantons Zürich (Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft), ein gemeinschaftliches Beschaffungsverfahren betreffend den Beizug einer externen Beratungsstelle, welche mit der Prüfung der "Fördergesuche energetischer Massnahmen an der Gebäudehülle" betraut werden soll. Innert der Eingabefrist gingen fünf Angebote mit Pauschalpreisen zwischen Fr. 149.- und Fr. 540.- pro Gesuch ein. Am 2. November 2022 erteilte der Regierungsrat des Kantons Zürich den Zuschlag der C AG, Zürich, für deren Angebot über Fr. 180.-/Gesuch. Das Submissionsergebnis wurde den Anbieterinnen mit Schreiben vom 10. November 2022 eröffnet.

## II.

Dagegen erhob die A AG, Bern, am 18. November 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, der Vergabeentscheid sei aufzuheben und der Zuschlag ihr zu erteilen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie Einsicht in sämtliche Verfahrensakten. Ferner verlangte sie eine Parteientschädigung (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Dezember 2022 beantragte die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin, die Beschwerde wie auch das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdeführerin. Die Beschwerdegegnerin beantragte am 12. Dezember 2022, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie vollumfänglich abzuweisen, ebenfalls unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdeführerin. Mit der Erteilung der aufschiebenden Wirkung erklärte sie sich sodann einverstanden.

Mit Präsidialverfügung vom 22. Dezember 2022 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdeführerin teilweise Einsicht in die mit der Beschwerdeantwort eingereichten Prozessakten gewährt.

In ihrer Replik vom 16. Januar 2023 erneuerte die Beschwerdeführerin ihr Gesuch um Akteneinsicht und beantragte den Beizug weiterer Akten.

Mit Präsidialverfügung vom 18. Januar 2023 wurde das Akteneinsichtsbegehren der Mitbeteiligten gutgeheissen und es wurden weitere Akten beigezogen.

Die Dupliktschriften der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten datieren vom 9. bzw. 7. Februar 2023.

Dem erneuerten Akteneinsichtsbegehren der Beschwerdeführerin wurde am 10. Februar 2023 teilweise entsprochen.

## Die Kammer erwägt:

### 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). Vergaben, an denen mehrere dem Vergaberecht unterstehende Auftraggebende beteiligt sind, unterstehen dem Recht am Sitz der Hauptauftraggeberin bzw. des Hauptauftraggebers (Art. 8 Abs. 3 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. 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. Die Einzelheiten für die Vergabe von Aufträgen, die von der IVöB erfasst werden, sind in der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) geregelt. Das Verwaltungsgericht ist daher für die Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig (§ 41 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

Aufgrund der sich vorliegend stellenden Fragen von grundsätzlicher Bedeutung ist die Beschwerde auch bei Gegenstandslosigkeit durch die Kammer zu entscheiden (§ 38b Abs. 1 lit. b und Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]).

### 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 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 hat das betragsmässig tiefste Angebot eingereicht. Sie wehrt sich in ihrer Beschwerde nicht nur gegen die schlechtere Bewertung ihres Angebots bei den qualitativen Zuschlagskriterien, sondern macht überdies geltend, die Preisbewertung sei durch die Wahl einer unrealistisch breiten Preisspanne in unzulässiger Weise verwässert worden. Würde sie mit diesen Einwänden durchdringen, hätte sie eine realistische Chance, die Zuschlagsempfängerin vom ersten Rang in der Gesamtbewertung zu verdrängen. Ihre Legitimation ist daher im Grundsatz zu bejahen.

### 3.

Eine andere Frage ist es, ob das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführerin während des laufenden Beschwerdeverfahrens dahingefallen ist, was zu dessen Gegenstandslosigkeit führen würde, weil sie die Gültigkeit ihres Angebots auf sechs Monate befristet hat und diese Frist Mitte Dezember 2022 abgelaufen ist.

**3.1** Gemäss Ausschreibung wurde die Gültigkeit der Angebote auf sechs Monate festgesetzt. In den Ausschreibungsunterlagen vom 29. April 2022 wurde hierzu ergänzend statuiert, bei einer Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid verlängere sich die Angebotsdauer automatisch um die Dauer des Beschwerdeverfahrens zuzüglich eines Monats. Dagegen opponierte die Beschwerdeführerin mit E-Mail vom 18. Mai 2022 und hielt fest, sie erachte die Formulierung zur Gültigkeit der Angebote als unverhältnismässig und unhaltbar. Sie behalte sich deshalb vor, die Gültigkeit auf sechs Monate zu beschränken und die Offerte gegebenenfalls zurückzuziehen oder den Rechtsweg zu beschreiten. Im Rahmen der Fragenbeantwortung vom 20. Mai 2022 hat die Vergabestelle festgestellt, die Angebotsbindefrist gemäss Ziff. 2.9 der Ausschreibungsunterlagen könne nicht eingeschränkt werden. Die Angebotsbindefrist von sechs Monaten sei fix vorgegeben und von der Preisbindung bzw. der separat formulierten Teuerungsregelung zu unterscheiden. Mit der automatischen Verlängerung der Bindefrist im Fall eines Beschwerdeverfahrens werde sodann sichergestellt, dass nach dessen rechtskräftiger Erledigung bzw. im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses überhaupt noch gültige Angebote vorliegen. Ziehe ein Anbieter sein Angebot während dieser Phase der "automatischen" Verlängerung zurück, komme er für den Zuschlag nicht mehr in Frage. Diese Ausführungen haben die Beschwerdeführerin in der Folge nicht davon abgehalten, auf dem Deckblatt ihres Angebots vom 12. Juni 2022 den ausdrücklichen Vermerk "Gültigkeit: 6 Monate" anzubringen.

**3.2** Die Beschwerdegegnerin macht nun geltend, die Beschwerdeführerin sei in Kenntnis der Konsequenzen von den Ausschreibungsvorgaben abgewichen und habe die Gültigkeit ihres Angebots explizit auf sechs Monate befristet. Diese Frist sei am 12. Dezember 2022 abgelaufen, weshalb das Angebot der Beschwerdeführerin ab diesem Zeitpunkt nicht mehr berücksichtigt werden könne.

Dem hält die Beschwerdeführerin vorab entgegen, die Beschwerdegegnerin habe ihre Offerte nicht ausgeschlossen, woran sie auch im Beschwerdeverfahren gebunden bleibe. Sodann bedeute die Angabe einer Gültigkeitsdauer nicht, dass die Offerte nach deren Ablauf einfach dahinfalle. Vielmehr werde damit zum Ausdruck gebracht, dass danach allenfalls geänderten Verhältnissen Rechnung zu tragen wäre. Der Einwand, wonach die Verlängerung der Gültigkeitsdauer aufgrund von Rechtsmittelverfahren den Anbieterinnen nicht zuzumuten wäre, sei durchaus gerechtfertigt. So komme es denn auch nicht selten vor, dass sich Vergabebehörden während laufender Rechtsmittelverfahren bei den Verfahrensbeteiligten erkundigen, ob ihre Angebote nach wie vor gültig seien. Im Übrigen habe sie mit ihrer vor Ablauf der Gültigkeitsdauer eingereichten Beschwerde unmissverständlich kundgetan, dass ihr Angebot "nach wie vor und zumindest bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens gültig" sei. Unter diesen Umständen wäre es überspitzt formalistisch, der auf dem Angebot angegebenen Gültigkeitsdauer den von der Beschwerdegegnerin behaupteten Erklärungsinhalt beizumessen.

**3.3** Das Vergaberecht zeichnet sich gerade bei der Offerteingabe durch eine besondere Formstrenge aus (VGr, 18. Juni 2003, VB.2003.00032 = RB 2003 Nr. 49 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 37). Gemäss

§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG führen Abweichungen von den Ausschreibungsvorgaben denn auch grundsätzlich zum Ausschluss vom Verfahren. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; ein überspitzter Formalismus ist zu vermeiden (vgl. RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBl 101/2000, S. 265). Des Weiteren muss das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel in der Offerte dürfen Anbietende nicht ausgeschlossen werden (BGr, 26. Januar 2016, 2C\_665/2015, E. 1.3.3).

Vorliegend hat die Beschwerdeführerin gegen die Ausschreibungsbedingungen zur allfälligen Verlängerung der Bindungsfrist verstossen. Die Beschwerdegegnerin hat sich jedoch erklärermassen auf den Standpunkt gestellt, während der vorgegebenen Gültigkeit von sechs Monaten wäre ein einzig damit begründeter Ausschluss nicht verhältnismässig. Dementsprechend hat sie auf einen solchen verzichtet. Wie die Beschwerdeführerin zutreffend bemerkt, ist die Beschwerdegegnerin an diesen Verzicht gebunden (VGr, 2. Februar 2023, VB.2022.00719, E. 6.1). Am Erklärungsgehalt der beschwerdeführerischen Offerte ändert das allerdings nichts. Insbesondere bedeutet es nicht, dass die von der Beschwerdeführerin selbst vorgenommene Befristung damit hinfällig würde. Davon wäre nur auszugehen, wenn diese im Rahmen der Offertbereinigung korrigiert worden wäre. Gemäss § 29 Abs. 2 SubmV wäre dies jedoch nur möglich gewesen, wenn es sich dabei um ein Versehen und damit im Ergebnis um einen Schreibfehler gehandelt hätte. Angesichts des vorgängigen Protests seitens der Beschwerdeführerin und ihrer Androhung, die Gültigkeit ihres Angebots ausdrücklich auf sechs Monate zu befristen, kann ein solches Versehen indes ohne Weiteres ausgeschlossen werden.

**3.4** Die weitere Argumentation der Beschwerdeführerin zur generellen Gültigkeitsdauer von Offerten folgt sodann zwar der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung, wonach grundsätzlich keine Obliegenheit der Anbietenden besteht, bei Ablauf der in der Ausschreibung vorgegebenen Bindefrist die Verbindlichkeit der Offerte auf eigene Initiative zu verlängern, um einem Ausschluss aus dem Verfahren zu entgehen (VGr, 4. März 2021, VB.2020.00903, E. 4.8, auch zum Folgenden). Dass ein Angebot nach Ablauf der Bindefrist nicht berücksichtigt werden darf, setzt jedenfalls voraus, dass der Bieter eine Erneuerung oder Verlängerung der Verbindlichkeit nicht erklären will (vgl. dazu Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 985 Rz. 1903 f.).

Die Beschwerdeführerin verkennt aber offenbar, dass es vorliegend im Ergebnis genau um eine solche Weigerung ihrerseits geht. Die Besonderheit liegt einzig darin, dass die Beschwerdegegnerin die besagte Verbindlichkeitserklärung nicht erst nach Ablauf der sechsmonatigen Gültigkeitsdauer, sondern bereits mit dem Angebot eingefordert hat. Die Beschwerdeführerin hat sich diesem Ersuchen als einzige Anbieterin widersetzt und dies sowohl vorgängig schriftlich als auch im Angebot selbst, durch die zuvor angekündigte explizite Beschränkung auf eine fixe Bindungsdauer von sechs Monaten, kundgetan. Damit hat sie unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie

die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Verlängerung der Bindungsfrist im Anfechtungsfall trotz der drohenden Konsequenzen von vornherein ausschliesst.

Entgegen ihrem Dafürhalten erscheint es denn auch keineswegs überspitzt formalistisch, wenn die Beschwerdegegnerin sie auf dieser verbindlich erklärten Weigerung behaften will. Angebote dürfen nach Ablauf der Eingabefrist grundsätzlich nicht mehr verändert werden (Christoph Jäger, Änderungen im Vergabeverfahren, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 379 Rz. 56 f., auch zum Folgenden). Dementsprechend ist das Angebot der Beschwerdeführerin mit Ablauf der angegebenen Gültigkeitsdauer dahingefallen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Beschwerdeführerin selbst noch vor Ablauf der Bindefrist das Rechtsmittelverfahren eingeleitet hat. Darin kann unter den gegebenen Umständen höchstens ein nachträgliches neues Angebot gesehen werden, welches jedoch vergaberechtlich nicht mehr berücksichtigt werden kann. Offenbleiben kann daher auch, ob die Beschwerdeführerin ihr ursprüngliches Angebot inhaltlich unverändert aufrechterhalten wollte, oder eben nur unter dem Vorbehalt, dass nach Ablauf der sechsmonatigen Gültigkeitsdauer "allenfalls geänderten Verhältnissen Rechnung zu tragen" wäre.

Zusammenfassend ist der Beschwerdegegnerin beizupflichten, dass die Beschwerdeführerin mit der expliziten Befristung ihres Angebots indirekt einen Vorbehalt gegen die automatische Verlängerung der Gültigkeitsdauer im Anfechtungsfall angebracht hat, welcher dazu führte, dass ihr Angebot nach Ablauf von sechs Monaten dahingefallen ist.

**3.5** Unabhängig vom Vorliegen eines Ausschlussgrunds ist mit dem Wegfall eines gültigen Angebots auf Seiten der Beschwerdeführerin auch deren aktuelles Rechtsschutzinteresse an der Beurteilung der vorliegenden Beschwerde entfallen. Demgemäss ist das Beschwerdeverfahren infolge Gegenstandslosigkeit abzuschreiben.

#### **4.**

**4.1** Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Bei Gegenstandslosigkeit entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen, wobei es in Betracht zieht, wer die Gegenstandslosigkeit bzw. das gegenstandslos gewordene Verfahren verursacht hat oder welche Partei vermutlich obsiegt hätte. Die Kosten können aber auch – besonders wenn die erwähnten Kriterien versagen – anderweitig nach Billigkeit verlegt werden (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 13 N. 75; § 17 N. 31).

Vorliegend stellt die Gegenstandslosigkeit eine direkte Folge der von den Ausschreibungsvorgaben abweichenden Angaben der Beschwerdeführerin zur Gültigkeitsdauer ihres Angebots dar. Als Verursacherin der Gegenstandslosigkeit wird sie daher kostenpflichtig. Anzumerken bleibt, dass die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr) im Vergleich zur Normalgebühr angemessen zu reduzieren ist.

4.2 Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug einer Rechtsvertretung rechtfertigte. Diese Voraussetzungen sind sowohl für die Mitbeteiligte als auch für die Beschwerdegegnerin erfüllt, wobei bei Letzterer zu berücksichtigen ist, dass sie mit der Erstattung der Beschwerdeantwort zu einem wesentlichen Teil nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

## 5.

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). Gegen diesen Entscheid 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).

Demgemäss beschliesst die Kammer:

1. Die Beschwerde wird als gegenstandslos geworden abgeschrieben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 2'500.--; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 205.-- Zustellkosten,  
Fr. 2'705.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) und der Mitbeteiligten eine solche von Fr. 3'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Beschlusses.
5. Gegen diesen Beschluss kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an:
  - a) die Parteien und die Mitbeteiligte;
  - b) die Wettbewerbskommission.



