



VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZUG

VERWALTUNGSRECHTLICHE KAMMER

Mitwirkende Richter: lic. iur. Adrian Willimann, Vorsitz
lic. iur. Jacqueline Iten-Staub, Dr. iur. Matthias Suter
lic. iur. Ivo Klingler und Ersatzrichter lic. iur. Roger Grünvogel
Gerichtsschreiber: lic. iur. Peter Kottmann

URTEIL vom 3. April 2024 *[rechtskräftig]*
gemäss § 29 der Geschäftsordnung

in Sachen

A. _____
Beschwerdeführerin

gegen

Stadtrat von Zug, Stadthaus, Gubelstrasse 22, Postfach, 6301 Zug
Beschwerdegegner

betreffend

Submission

(Zuschlag Sondernutzungskonzession für den Betrieb eines E-Scooter-
Verleihs)

V 2024 4

A. Im Anschluss an eine öffentliche Ausschreibung nach internationalem und interkantonalem Recht (GATT/WTO) beschloss der Stadtrat von Zug am 19. Dezember 2023, der Zuschlag für die Vergabe einer Sondernutzungskonzession für den Betrieb eines E-Scooter-Verleihs auf öffentlichem Grund in der Stadt Zug für die Dauer von vier Jahren (1. Mai 2024 bis 30. April 2028) werde zu einem Abgabesatz von 20 % des Nettoumsatzes, mindestens aber einem Fixbetrag von CHF 24'000 exkl. MWST pro Jahr, der Firma B._____ erteilt. Begründet wurde dieser Entscheid wie folgt: "Die B._____ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl [152,88] erreicht. Dies insbesondere auch aus der Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Nachhaltigkeit des Betriebs', welches mit 35 % noch vor dem finanziellen Angebot (30 %) der höchsten Gewichtung unterliegt. Sie veranschaulicht eindrücklich, wie sie ihre strategischen Zielsetzungen über Aktionsbereiche mit konkreten Massnahmen umsetzt und wie sie ihre Umweltwirkung und die Leistungen mit einem standardisierten und zertifizierten Monitoring misst. Im Betriebskonzept wird detailliert aufgezeigt, wie das Angebot und die Infrastrukturen (Lager) in Zug aufgebaut und betrieben werden. Dabei wird auch die Zusammenarbeit mit der Zugerland Verkehrsbetriebe AG (ZVB), dem Mobility Hub Nord, GGZ@work und weiteren Partnern vor Ort gesucht. Zusätzlich zeichnet sich die B._____ durch ihre Innovationen bei der Entwicklung von Apps zur Verbesserung der Sicherheit und Ordnung beim Betrieb der Fahrzeuge aus. Die B._____ bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien – insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit – das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus."

Am 22. Dezember 2023 eröffnete die Abteilung Soziales, Umwelt und Sicherheit der Stadt Zug den Submissionsteilnehmern den Zuschlagsentscheid. Unter "Begründung des Zuschlags" wurde Folgendes angeführt: "Die B._____ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl erreicht. Sie bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien, insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus."

B. Am 8. Januar 2024 reichte die A._____ (nachfolgend: Beschwerdeführerin), welche im Vergabeverfahren mit einer gewichteten Punktzahl von 115,08 den vierten Rang von fünf erreicht hatte, gegen die Zuschlagsverfügung vom 19. Dezember 2023 Be-

schwerde ein und beantragte, es sei ihr eine Sondernutzungskonzession für den Betrieb eines E-Scooter-Verleihs auf öffentlichem Grund der Stadt Zug zu erteilen.

C. Mit Verfügung des Vorsitzenden der verwaltungsrechtlichen Kammer des Verwaltungsgerichts vom 9. Januar 2024 wurde der Beschwerde vorläufig und vorsorglich aufschiebende Wirkung erteilt. Gleichzeitig wurde der Beschwerdeführerin eine Nachfrist bis zum 15. Januar 2024 angesetzt, um ihre Beschwerde um eine Begründung zu ergänzen, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten werden könne.

D. Am 15. Januar 2024 reichte die Beschwerdeführerin die schriftliche Begründung ihrer Beschwerde nach. Zudem beantragte sie eine Parteientschädigung, und die Verfahrenskosten seien der Stadt Zug bzw. dem Staat aufzuerlegen. Unter Bezugnahme auf mehrere Beispiele machte die Beschwerdeführerin geltend, die Vergabestelle habe gegen den Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung sowie auf Beurteilung verstossen, indem sie a) gleiche Punktzahlen und Benotungen vergeben habe, obwohl die Anbieter unterschiedliche bzw. keinerlei inhaltliche Angaben zu einzelnen Kriterien gemacht hätten, b) Punkte für Kriterien vergeben habe, die in den Ausschreibungsunterlagen zuvor nicht genannt gewesen seien, c) die Benotung fehle für Kriterien, welche in den Ausschreibungsunterlagen gefordert worden seien, oder d) die Bewertung einzelner durch die Anbieter angegebener Referenzen fehlerhaft erfolgt sei.

E. Am 24. Januar 2024 beantragte das Departement Soziales, Umwelt und Sicherheit, die Beschwerde unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin abzuweisen. Es teilte mit, zur Begründung stütze es sich auf den angefochtenen Zuschlagsentscheid sowie auf die diesem Entscheid zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen.

F. Die ebenfalls zur Vernehmlassung eingeladenene Zuschlagsempfängerin verzichtete auf die Einreichung einer Stellungnahme.

G. Der Beschwerdeführerin wurde die Stellungnahme der Stadt Zug vom 24. Januar 2024 zugestellt und ihr die Gelegenheit gegeben, dem Verwaltungsgericht bis zum 8. Februar 2024 eine Replik einzureichen. Die Beschwerdeführerin äusserte sich jedoch nicht mehr.

Das Verwaltungsgericht erwägt:

1.

1.1 Die Beschwerde wurde fristgerecht eingereicht. Sie erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen.

Das Angebot der Beschwerdeführerin ist zwar mit einer Punktzahl von 115,08 nur auf dem vierten Rang von gesamthaft fünf Angeboten gelandet. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen insbesondere betreffend die qualitativen Eignungskriterien durchdringen und damit eine bessere Bewertung als die drei vor ihr Platzierten erreichen, hätte sie jedoch eine realistische Aussicht auf den Zuschlag. Ob die vorgebrachten Rügen begründet sind, bildet Gegenstand der materiellen Beurteilung. Die Legitimation der Beschwerdeführerin ist daher zu bejahen, und auf die Beschwerde ist einzutreten.

Die Beurteilung erfolgt auf dem Zirkulationsweg gemäss § 29 der Geschäftsordnung des Verwaltungsgerichtes (GO VG; BGS 162.11).

1.2 Die Zuschlagsempfängerin hat sich trotz Beiladung nicht am Verfahren beteiligt, weshalb sie nicht mehr als Partei gilt.

1.3 Der Kanton Zug ist gemäss § 1 des am 1. März 2024 in Kraft getretenen Submissionsgesetzes vom 30. November 2023 (SubG; BGS 721.51) der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) beigetreten. Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor Inkrafttreten der IVöB eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt (BGer 2C_802/2021 vom 24. November 2022 E. 2.2). Nach § 6 Abs. 1 lit. a des bis am 29. Februar 2024 in Kraft gestandenen Submissionsgesetzes (aSubG) werden Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB; BGS 721.52) beurteilt. Das vorliegend zu beurteilende Vergabeverfahren wurde mit Ausschreibung vom 14. September 2023 eingeleitet, weshalb das bisherige Recht (aIVöB und aSubG mit dessen Verordnung) zur Anwendung gelangt.

1.4 Bei der Beurteilung der Angebote anhand der Zuschlagskriterien steht der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu. In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 aIVöB), nicht ein. Zu prüfen sind dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein

Missbrauch des Ermessens sowie eine unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes (Art. 16 Abs. 1 aIVöB).

2.

2.1 Gemäss dem Ausschreibungsdokument vom 11. September 2023 werden Angebote von Anbieterinnen, welche die Eignungskriterien erfüllen, nach den folgenden Zuschlagskriterien und deren Gewichtung bewertet:

a) Nachhaltigkeit des Betriebes	35 %
b) Finanzielles Angebot	30 %
c) Betriebskonzept	25 %
d) Referenzen	10 %
Total	100 %

2.2 Die Beschwerdeführerin, welcher die von der Vergabestelle vorgenommene Bewertung der Angebote zur Verfügung stand, macht im Wesentlichen geltend, die Stadt Zug habe bei einer Vielzahl von Kriterien einzelnen Anbietern die gleiche Punktzahl bzw. Benotung vergeben, obwohl von den Anbietern zu einzelnen Kriterien keine oder unterschiedliche inhaltliche Angaben gemacht worden seien. Sie führt dazu auf 2,5 A4-Seiten zahlreiche Beispiele an. Weiter vergebere die Stadt Zug eine Benotung für ein Kriterium im Rahmen des Betriebskonzepts (hier: Bezug zu DSG [plus] sowie Nutzersensibilisierung, Animation [plus]). Die Benotung für ein Kriterium, welches nicht in den Ausschreibungsunterlagen benannt gewesen sei, stelle jedoch eine Rechtswidrigkeit dar. Die Stadt Zug habe zudem in den Ausschreibungsunterlagen auch nach Angaben verlangt, welche bei der Bewertung nicht oder fehlerhaft berücksichtigt worden seien. Und schliesslich schienen die Referenzen nicht überprüft oder fehlerhaft bewertet worden zu sein.

2.3 Der Entscheid über den Zuschlag bedarf einer ausreichenden Begründung. Aufgrund der Sonderregeln des Vergaberechts ist die Vergabestelle zwar bei der Eröffnung des Zuschlags zunächst nur zur Mitteilung einiger vorwiegend formeller Angaben verpflichtet (Art. 13 lit. h aIVöB und § 36 Abs. 2 aSubV). Auf Gesuch hin hat die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Anbieterinnen oder Anbietern verschiedene Begründungselemente bekannt zu geben, darunter die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (§ 36 Abs. 3 lit. d aSubV) sowie die ausschlaggebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots, soweit dadurch nicht gegen gesetzliche Vorschriften verstossen wird oder berechnigte wirtschaftliche Interessen der Anbieterinnen

oder Anbieter beeinträchtigt werden (§ 36 Abs. 3 lit. e aSubV). Die Rechtsprechung lässt sodann zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung des Vergabeentscheids noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben kann (VGer ZH VB.2009.000393 vom 8. September 2010 E. 6).

2.4 Die Abteilung Soziales, Umwelt und Sicherheit der Stadt Zug eröffnete den Submissionsteilnehmern am 22. Dezember 2023 den Zuschlagsbeschluss des Stadtrats von Zug vom 19. Dezember 2023 und begründete diesen wie folgt: "Die B._____ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl erreicht. Sie bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien, insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit, das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus."

Dies genügt zwar den vergaberechtlichen Mindestanforderungen an die verlangte summarische Begründung bei der Eröffnung des Zuschlags. Zu prüfen ist aber, ob den im Anschluss daran gemachten Ausführungen der Abteilung Soziales, Umwelt und Sicherheit entsprechend § 36 Abs. 3 lit. d und e aSubV in ausreichendem Mass die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots entnommen werden können.

2.5 Zusammen mit der Eingabe des Departements Soziales, Umwelt und Sicherheit der Stadt Zug vom 22. Januar 2024, welche wie erwähnt keine Erwiderung der Vorbringen der Beschwerdeführerin enthielt, sondern lediglich auf den angefochtenen Zuschlagsentscheid sowie auf die diesem Entscheid zugrunde liegenden Ausschreibungsunterlagen verwies, stellte das Gericht der Beschwerdeführerin den Beschluss des Stadtrats von Zug vom 19. Dezember 2023 zu, in welchem der Zuschlagsentscheid wie folgt begründet wurde: "Die B._____ hat in der detaillierten Auswertung der Angebote die höchste gewichtete Punktzahl erreicht. Dies insbesondere auch aus der Bewertung des Zuschlagskriteriums 'Nachhaltigkeit des Betriebs', welches mit 35 % noch vor dem finanziellen Angebot (30 %) der höchsten Gewichtung unterliegt. Sie veranschaulicht eindrücklich, wie sie ihre strategischen Zielsetzungen über Aktionsbereiche mit konkreten Massnahmen umsetzt und wie sie ihre Umweltwirkung und die Leistungen mit einem standardisierten und zertifizierten Monitoring misst. Im Betriebskonzept wird detailliert aufgezeigt, wie das Angebot

und die Infrastrukturen (Lager) in Zug aufgebaut und betrieben werden. Dabei wird auch die Zusammenarbeit mit der Zugerland Verkehrsbetriebe AG (ZVB), dem Mobility Hub Nord, GGZ@work und weiteren Partnern vor Ort gesucht. Zusätzlich zeichnet sich die B. _____ durch ihre Innovationen bei der Entwicklung von Apps zur Verbesserung der Sicherheit und Ordnung beim Betrieb der Fahrzeuge aus. Die B. _____ bietet aufgrund der qualitativen Kriterien und Referenzen Gewähr für einen geordneten und nachhaltigen Betrieb eines E-Scooter-Verleihs in der Stadt Zug. Das Angebot weist unter Berücksichtigung der in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Vergabekriterien – insbesondere auch in Bezug auf die Nachhaltigkeit – das wirtschaftlich vorteilhafteste Angebot aus."

2.6 Es ist dem Gericht nicht möglich, aufgrund der wenig vorhandenen Stichworte bzw. Bemerkungen in der Bewertungsübersicht nachzuvollziehen, warum bei den einzelnen Messgrössen/Prüfpunkten welche Noten erteilt wurden. Daran ändert auch die im Stadtratsbeschluss vom 19. Dezember 2023 enthaltene, wenig aussagekräftige Begründung nichts. Es kann nicht Aufgabe des Gerichts sein, in den einzelnen Offerten herauszusuchen, ob die Benotung/Beurteilung jeder Messgrösse/jedes Prüfpunktes vertretbar ist oder nicht. Es wäre erforderlich gewesen, dass die Vergabestelle die entsprechenden Grundlagen dem Gericht geliefert und Stellung zu den Rügen der Beschwerdeführerin genommen hätte. Die Abklärungen betreffend die Referenzen hat die Vergabestelle zudem nicht dokumentiert. Eine wirksame Überprüfung des Vergabeentscheids durch die Rechtsmittelbehörde ist daher nicht möglich.

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Vergabestelle auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keine ausreichende Begründung des angefochtenen Entscheids vorgebracht hat. Die Beschwerde erweist sich daher als begründet, weshalb sie gutzuheissen ist.

3.

3.1 Gemäss Art. 18 Abs. 1 aIVöB kann die Beschwerdeinstanz – wenn der Vertrag noch nicht abgeschlossen ist – die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen.

3.2 Wie ausgeführt, ist die Beschwerde gutzuheissen und somit die Zuschlagsverfügung aufzuheben. Dabei ist Folgendes anzuordnen: Die Vergabestelle wird aufgefordert, im Rahmen der neu zu erlassenden Zuschlagsverfügung die entsprechende Notenvergabe in geeigneter Form ausreichend zu begründen, so dass sie für die Beschwerdeführerin

nachvollziehbar ist und diese in die Lage versetzt wird, zu entscheiden, ob sie gegen die neue Verfügung ein Rechtsmittel ergreifen will oder nicht.

4. Die Beschwerde wird daher insofern gutgeheissen, als die Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache zur Neuurteilung gemäss der Anordnung in E. 3.2 an den Stadtrat von Zug zurückgewiesen wird.

5. Gestützt auf § 23 Abs. 1 Ziff. 3 und § 24 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRG; BGS 162.1) werden dem Stadtrat von Zug die Kosten des Verfahrens auferlegt. Der nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin ist keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Beschwerde wird in dem Sinne gutgeheissen, als die angefochtene Zuschlagsverfügung aufgehoben und die Sache an den Stadtrat von Zug zur Neuerteilung und Neuentscheidung zurückgewiesen wird.
2. Dem Stadtrat von Zug werden die Verfahrenskosten von Fr. 800.– auferlegt.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der schriftlichen Eröffnung beim Schweizerischen Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden.
4. Mitteilung an die Beschwerdeführerin (mit ausführlicher Rechtsmittelbelehrung), an den Stadtrat von Zug (im Doppel, Rechnung folgt nach Rechtskraft des Urteils) sowie zur Kenntnis an die Wettbewerbskommission, Hallwylstrasse 4, 3003 Bern.

Zug, 3. April 2024

Im Namen der
VERWALTUNGSRECHTLICHEN KAMMER
Der Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

versandt am