


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2022.00639

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 11.05.2023

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

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

[ERMESSENSSPIELRAUM](#)
[MUSSKRITERIEN](#)
[OPTIONEN](#)
[PREIS](#)
[ZUSATZLEISTUNG](#)
[ZUSCHLAGSKRITERIEN](#)

Rechtsnormen:

§ 13 Abs. 1 lit. m SubmV
 § 13 Abs. 2 SubmV
 § 33 SubmV

Publikationen:

- keine -

Bewertung Zuschlagskriterien.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst die Bewertung der Angebote im Zuschlagskriterium 1 (Angebotspreis). Angesichts der Natur von Muss-Kriterien ist es zulässig, wenn die Vergabestelle eine von der Anbieterin nur optional angebotene Ausstattung zum Angebotsgrundpreis hinzurechnet, wenn sie das Vorhandensein dieser Ausstattung zur Erfüllung des betreffenden Muss-Kriteriums in vertretbarer Weise als notwendig erachtet (E. 4.3). Ebenfalls ist es als zulässig zu qualifizieren, wenn die Vergabebehörde Kosten für optionale Zusatzleistungen, an denen sie interessiert ist, zum Angebotspreis hinzurechnet (E. 4.4). Zusammenfassend bewegt sich die Bewertung der Angebote im Zuschlagskriterium 1 im Ermessensspielraum der Vergabebehörde und ist damit rechtmässig erfolgt (E. 4.5).

Selbst wenn die Rüge betreffend das Zuschlagskriterium 3 (Life Cycle Cost) begründet wäre, würde dies der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen. Der Rüge ist folglich nicht weiter nachzugehen (E. 5.2).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2022.00639

Urteil

der 1. Kammer

vom 11. Mai 2023

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer,
Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiber Jonas Alig.

In Sachen

A AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Zürich ERZ Entsorgung + Recycling Zürich,

Beschwerdegegnerin,

und

B AG, vertreten durch RA C,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Beschaffungsobjekt ist die Lieferung von 13 vollelektrischen Kleinkehrsaugmaschinen für die Reinigung des öffentlichen Grundes der Stadt Zürich (Strassen, Fuss- und Radwege, Trottoirs). Die Ausschreibung des Lieferauftrags durch die Stadt Zürich, ERZ Entsorgung und Recycling, erfolgte am 18. März 2022. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 29. April 2022 gingen drei Angebote ein, darunter dasjenige der A AG zum tiefsten Preis von Fr. 2'406'491.88. Gemäss Auswertung erzielte die B AG mit 88,30 Punkten die höchste Punktzahl; das Angebot der A AG rangiert mit 86,40 Punkten auf Platz 2. Am 12. Oktober 2022 verfügte die Stadt Zürich den Zuschlag an die B AG zum Preis von Fr. 2'682'591.60.

II.

Dagegen gelangte die A AG am 24. Oktober 2022 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und ihr den Zuschlag zu erteilen, eventualiter die Sache mit der Anweisung, ihr den Zuschlag zu erteilen, an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen; subeventualiter sei die Sache zur neuen Entscheidung an die Vergabestelle zurückzuweisen. In prozessualer Hinsicht beantragte die A AG, der Beschwerde – zunächst superprovisorisch – aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Mit Präsidialverfügung vom 25. Oktober 2022 wurde der Stadt Zürich ein Vertragsabschluss einstweilen untersagt. Ihre Beschwerdeantwort erfolgte am 4. November 2022. Darin beantragte die Stadt Zürich, die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin, sowie in prozessualer Hinsicht der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zu erteilen. Die B AG beantragte mit Beschwerdeantwort vom 16. November 2021, die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Die Replik der Beschwerdeführerin erfolgte am 30. November 2022. Die Duplik der B AG erging am 19. Dezember 2022, diejenige der Stadt Zürich am 21. Dezember 2022, jeweils unter Festhalten an den gestellten Anträgen.

Mit Zwischenentscheid vom 12. Januar 2023 wurde der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung erteilt und der A AG Gelegenheit gegeben, sich zu den Duplikchriften zu äussern. Eine Stellungnahme erfolgte nicht.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weitergezogen werden (RB 1999

Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 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. Die Einzelheiten für die Vergabe von Aufträgen, die von der IVöB erfasst werden, sind in der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) geregelt.

1.2 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 i. V. m. § 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 rügt die Bewertung der Offerten bezüglich des Zuschlagskriteriums 1 (Angebotspreis) und bezüglich des Zuschlagskriteriums 3 (Life Cycle Cost) und macht geltend, bei korrekter Bewertung würde ihr Angebot mehr Punkte als dasjenige der Mitbeteiligten erhalten. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, so hätte die Beschwerdeführerin eine realistische Chance auf den Zuschlag. Demzufolge ist ihre Legitimation zu bejahen. Da auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Zuschlagskriterien dienen zur Bewertung des Preis-Leistungs-Verhältnisses im Hinblick auf die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots (§ 33 SubmV). Wie die Eignungskriterien werden auch die Zuschlagskriterien von der Vergabebehörde entsprechend den Anforderungen des jeweiligen Auftrags festgelegt und in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben (vgl. § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 SubmV). Bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, verfügen die Vergabebehörden über einen erheblichen Beurteilungsspielraum (BGE 143 II 553 E. 6.3.2; VGr, 20. April 2017, VB.2017.00132, E. 3.4 mit weiteren Hinweisen).

In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a IVöB; vgl. § 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. a VRG). Ferner kann vor Verwaltungsgericht eine unrichtige oder ungenügende Feststellung des Sachverhalts gerügt werden (§ 50 Abs. 1 in Verbindung mit § 20 Abs. 1 lit. b VRG).

3.

3.1 Vorliegend definierte die Vergabebehörde die Zuschlagskriterien gemäss den massgeblichen Unterlagen der Ausschreibung wie folgt:

ZK1	Angebotspreis	50 %
ZK2	Praxisbeurteilung	35 %
ZK3	Total Life Cycle Cost	15 %

Die Bewertung der eingereichten Angebote führte bei den beiden prozessbeteiligten Anbieterinnen zu folgendem Schlussergebnis:

	Mitbeteiligte	Beschwerdeführerin
	Punkte	Punkte
Angebotspreis (50 %)	46,77	50,00
Praxisbeurteilung (35 %)	31,81	27,78
Total Life Cycle Cost – TLCC (15 %)	9,72	8,62
Total	88,30	86,40
Rang	1.	2.

Entsprechend dieser Rangierung erfolgte der Zuschlag mit der angefochtenen Verfügung an die Mitbeteiligte.

4.

Die Beschwerdeführerin rügt zunächst die Bewertung der Angebote im Zuschlagskriterium 1 (Angebotspreis).

4.1 Wie eingangs erwähnt, verzeichnet das Offertöffnungsprotokoll vom 29. April 2022 für das Angebot der Beschwerdeführerin einen Preis von total Fr. 2'406'491.88. Demgegenüber nahm die Beschwerdegegnerin als Grundlage für die Bewertung einen höheren Preis von Fr. 2'598'570.- an. Zu dieser Erhöhung des Totalpreises für die Bewertung hat Folgendes geführt: Die Beschwerdegegnerin hat zum Angebotspreis der Beschwerdeführerin pro Fahrzeug einen Betrag von Fr. 13'719.- aufgerechnet. Dabei bezog sich die Beschwerdegegnerin auf das Leistungsverzeichnis und die dortigen drei Muss-Kriterien A303, A314 und A801 sowie auf die vier Kann-Kriterien A305, A902, A1301 und A1302.

4.2 Die Beschwerdeführerin bezeichnet dieses Vorgehen der Vergabebehörde als unzulässig und rechtsverletzend. Verschiedene dieser zusätzlich hinzugefügten Optionen seien nicht Bestandteil des Leistungsverzeichnisses. Weiter seien von der Beschwerdegegnerin Optionen zum angebotenen Preis dazugerechnet worden, welche in vergleichbarer Form im Angebot der Beschwerdeführerin inkludiert seien, womit die Kriterien gemäss Leistungsverzeichnis erfüllt seien. Unter Berücksichtigung ihres (korrekten) Angebotspreises erziele sie im Zuschlagskriterium 1 weiterhin

das Maximum von 50,0 Punkten, wogegen die Mitbeteiligte aufgrund der grösseren Preisdifferenz 5,73 Punkte weniger und damit lediglich 41,4 Punkte erhalte.

4.3 Wie gesehen ist zunächst die Angebotsbewertung durch die Beschwerdegegnerin in drei Muss-Kriterien strittig. Angesichts der Natur von Muss-Kriterien ist es zulässig, wenn die Vergabestelle eine von der Anbieterin nur optional angebotene Ausstattung zum Angebotsgrundpreis hinzurechnet, wenn sie das Vorhandensein dieser Ausstattung zur Erfüllung des betreffenden Muss-Kriteriums in vertretbarer Weise als notwendig erachtet.

4.3.1 Zu Position A303 (Sichtverhältnisse) rechnete die Beschwerdegegnerin beim Angebot der Beschwerdeführerin optional angebotene Spiegel zum Preis von total Fr. 666.- hinzu. Es ist vertretbar, wenn die Vergabebehörde zur Gewährleistung der Sicherheit diese von der Beschwerdeführerin optional angebotenen Spiegel hinzugerechnet hat, zumal die Mitbeteiligte in der Beschwerdeantwort ausführte, dass ihr Angebot diese Leistungen auch enthält.

4.3.2 Zu Position A314 (Steckdose) rechnete die Beschwerdegegnerin beim Angebot der Beschwerdeführerin den optional angebotenen USB-Anschluss zum Preis von Fr. 180.- hinzu. Angesichts der Angabe "Optional USB-Anschluss" im Angebot der Beschwerdeführerin zu dieser Position durfte die Beschwerdegegnerin in guten Treuen davon ausgehen, dass der in den Vorgaben verlangte USB-Anschluss nur optional, also mit dem Zusatzpreis von Fr. 180.-, angeboten wurde. Die Mitbeteiligte offerierte Position A314 ohne Vorbehalt. Die Hinzurechnung des Betrages beim Angebot der Beschwerdeführerin ist nicht zu beanstanden.

4.3.3 Zu Position A801 (Seitenbesen) rechnete die Beschwerdegegnerin beim Angebot der Beschwerdeführerin die optional angebotene Funktion "Neigungsverstellung elektrisch, Besen" zum Preis von Fr. 1'086.- hinzu. Da die Verstellbarkeit der Besen im Leistungsverzeichnis verlangt war, ist die Hinzurechnung der Option als Voraussetzung zur Kriteriumserfüllung nachvollziehbar. Die Mitbeteiligte offerierte Position A801 ohne Vorbehalt. Die Hinzurechnung des Betrages beim Angebot der Beschwerdeführerin ist nicht zu beanstanden.

4.4 Für die vier aufgerechneten Positionen bei den Kann-Kriterien fällt vorab Folgendes in Betracht: Im Vergabeverfahren besteht die Pflicht, die Angebote fair und transparent vergleichbar zu machen (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 289, 293 ff.). Es ist deshalb als zulässig zu qualifizieren, wenn die Vergabebehörde Kosten für optionale Zusatzleistungen, an denen sie interessiert ist, zum Angebotspreis hinzurechnet (im Gegensatz zu nicht erwünschten Optionen, welche Gegenstand des mit der Beschwerde angerufenen Entscheids [VGr, 5. Dezember 2013, VB.2013.00599, E. 4.4] waren; vgl. VGr, 4. Oktober 2018, VB.2018.00346, E. 5.1 Abs. 3). Andernfalls würde der Zuschlag aufgrund der Bewertung eines Produktes erfolgen, das voraussichtlich nicht dem entspricht, was tatsächlich beschafft wird.

4.4.1 Die Aufrechnungen zu den Positionen A305 (Fahrersitz), A1301 (Werkzeug) und A1302 (Dokumentenfach) hat die Beschwerdeführerin nicht weiter gerügt.

4.4.2 Zu Position A902 (Seitenschwalldüsen) rechnete die Beschwerdegegnerin die von der Beschwerdeführerin optional angebotenen Seitendüsen (Fr. 516.-) sowie die optional angebotene "Hockdruck-Wasserpumpe mit Spritzlanze" (Fr. 7'234.-) im Totalbetrag von Fr. 7'750.- hinzu.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass ihr zu dieser Position lediglich die Seitendüsen hätten aufgerechnet werden dürfen. Indessen durfte die Beschwerdegegnerin aufgrund der Wortwahl der Beschwerdeführerin im Leistungsverzeichnis nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Erfüllung dieses Kann-Kriteriums auch die Beschaffung der zum Preis von Fr 7'234.- angebotenen Hockdruck-Wasserpumpe voraussetzte. So schrieb die Beschwerdeführerin im Leistungsverzeichnis zu Position A902, es sei eine "Hockdruck-Wasserpumpe mit Spritzlanze" erforderlich. Eben diesen Ausdruck verwendete die Beschwerdeführerin in ihrem Optionsblatt: "Hockdruck-Wasserpumpe mit Spritzlanze" zum Preis von Fr. 7'234.-. Auf was sich die Beschwerdeführerin mit der Produktnummer berief und dass sie bei der Optionsposition Seitendüsen gegebenenfalls etwas anderes meinte, ist hingegen aus sich heraus nicht ersichtlich und namentlich auch nicht, dass die erforderliche Pumpe im Grundpreis oder in der Option für die Seitendüsen bereits eingerechnet sein sollte. Anzumerken bleibt, dass die Mitbeteiligte dieses Kann-Kriterium gemäss ihren Angaben im Leistungsverzeichnis erfüllte unter Hinweis auf diesbezügliche Optionsangebote, die in ihrem Angebotspreis bereits enthalten waren. Die gerügte Aufrechnung ist als zulässig zu qualifizieren.

4.5 Zusammenfassend bewegt sich die Bewertung der Angebote im Zuschlagskriterium 1 im Ermessensspielraum der Vergabebehörde und ist damit rechtmässig erfolgt.

5.

5.1 Des Weiteren moniert die Beschwerdeführerin die Bewertung des Zuschlagskriteriums 3 (Life Cycle Cost). Gemäss ihrem Angebot hätten die massgeblichen Kosten für die Garantieverlängerung für das 5. Jahr Fr. 4'502.- und nicht, wie von der Beschwerdegegnerin angenommen, Fr. 14'008.- betragen.

Die Mitbeteiligte nannte in ihrem Angebot für die Verlängerung für das 5. Jahr den Betrag von Fr. 5'950.-.

5.2 Die geltend gemachte Korrektur zugunsten der Beschwerdeführerin würde die Bewertung für Position A313 (Erweiterung Garantie 5. Jahr) wie folgt ändern: Mit dem tiefsten Preis würde die Beschwerdeführerin neu das Maximum von 0,91 statt wie bisher 0 Punkte erreichen. In Anwendung der von der Beschwerdegegnerin anzuwendenden Formel würde die Mitbeteiligte neu noch 0,32 statt wie bisher 0,91 Punkte, also 0,59 Punkte weniger als bisher, erhalten.

Damit verbliebe die Gesamtrangierung allerdings unverändert: Das Angebot der Mitbeteiligten käme mit 87,71 Punkten nach wie vor auf Platz 1 und die Beschwerdeführerin mit 87,31 Punkten auf Platz 2. Der Rüge betreffend das Zuschlagskriterium 3 ist folglich nicht weiter nachzugehen. Selbst wenn die Rüge begründet wäre, würde dies der Beschwerde nicht zum Erfolg verhelfen.

6.

Zusammengefasst erweist sich die von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Angebotsbewertung mit der Schlussrangierung, wonach die Beschwerdeführerin hinter der Mitbeteiligten Platz 2 einnimmt, als vertretbar. Der Zuschlag an die Mitbeteiligte ist demzufolge nicht zu beanstanden. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

7.

Bei diesem Ergebnis ist auch der Frage, ob das Angebot der Beschwerdeführerin entsprechend der Meinung insbesondere der Mitbeteiligten wegen Nichterfüllung von Muss-Kriterien hätte ausgeschlossen werden müssen, nicht näher nachzugehen. Immerhin ist anzumerken, dass sich die Vergabebehörde, die sich nicht bereits während des Submissionsverfahrens zu einem Ausschluss entschieden hat, nicht nachträglich, während des Beschwerdeverfahrens, auf bei der Vergabe bereits bestehende Gründe für einen Ausschluss der Beschwerde führenden Anbieterin berufen kann, es sei denn, es bestünde ein zwingender Ausschlussgrund (vgl. VGr, 22. Oktober 2020, VB.2020.00503, E. 3; 8. März 2006, VB.2005.00286, E. 2.5; Galli et al, Rz. 452).

8.

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Sodann ist sie zu verpflichten, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- sowie der anwaltlich vertretenen Mitbeteiligten eine solche von Fr. 2'500.- zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

9.

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 1919 [BöB] in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2), weshalb gegen diesen Beschluss die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig ist, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 4'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 305.-- Zustellkosten,
Fr. 4'305.-- Total der Kosten.
3. Die Kosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- und der Mitbeteiligten eine Parteientschädigung von Fr. 2'500.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.
5. Gegen dieses Urteil kann Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann unter den Voraussetzungen von Art. 93 BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung des Beschlusses an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
6. Mitteilung an:
 - a) die Parteien;
 - b) die WEKO.

