


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2022.00740

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 16.03.2023

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

Rechtsgebiet: Submissionsrecht

Betreff: Submission

Stichworte:

[BEKANNTHEIT](#)
[BEWERTUNG](#)
[FEHLENDE UNTERLAGEN](#)
[GLEICHHEITSGEBOT](#)
[GLEICHRANGIGKEIT](#)
[MANGEL](#)
[ORTSANSÄSSIGKEIT](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[TRANSPARENZGEBOT](#)
[TREU UND GLAUBEN](#)
[ÜBERSPITZTER FORMALISMUS](#)
[WAHLRECHT](#)
[WILLKÜR](#)
[ZUSCHLAGSKRITERIUM](#)

Das Angebot der Beschwerdeführerin rangierte gemäss Offertauswertung mit einem Vorsprung von rund 10 % auf dem 1. Platz. Dennoch und ohne weitere Begründung ging der Zuschlag an die zweitplatzierte Mitbeteiligte: Der Stadtrat hat sich der aufgrund fehlender Angaben schlechten Bewertung durch die Vergabebehörde nicht angeschlossen. Mit der Begründung, dass ihm die Kapazitäten und die Termintreue der ortsansässigen Mitbeteiligten sehr gut bekannt seien, bewertete er dieses Kriterium mit der Maximalpunktzahl. Dieses Vorgehen stellt eine eklatante Missachtung fundamentaler vergaberechtlicher Grundsätze dar und kann nur als missbräuchliche Bevorzugung qualifiziert werden.

Rechtsnormen:

Art. 5 Abs. III BV
 Art. 9 BV
 Art. 1 Abs. III IVöB
 § 24 Abs. I SubmV

Publikationen:

- keine -

Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2022.00740

Urteil

der 1. Kammer

vom 16. März 2023

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

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Dietikon, Hochbauabteilung,

Beschwerdegegnerin,

und

C AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Am 9. September 2022 eröffnete die Stadt Dietikon, Hochbauabteilung, ein Einladungsverfahren zwecks Vergabe der im Zuge der Innensanierung der Liegenschaft "Bären", Bahnhofplatz 5, anfallenden Malerarbeiten (BKP 285). Eingeladen wurden sechs Anbieterinnen, von denen drei innert Frist ihre Angebote in der Höhe von Fr. 164'914.05 bis Fr. 169'693.15 einreichten. Am 17. November 2022 wurde den Anbieterinnen mitgeteilt, dass der Zuschlag zum Preis von Fr. 168'014.20 (netto, inkl. MWST) an die C AG, Dietikon, gegangen sei. Gleichzeitig wurde den unterlegenen Anbieterinnen Frist angesetzt, um "schriftlich den formellen Entscheid mit Begründung zu verlangen". Nachdem die A AG, von welcher das tiefste Angebot stammte, fristgerecht die Zustellung des Vergabeentscheids verlangt hatte, wurde ihr mit Schreiben vom 21. November 2022 der Stadtratsbeschluss Nr. 564-2022 vom 14. November 2022 eröffnet.

II.

Dagegen erhob die A AG am 2. Dezember 2022 Beschwerde beim Verwaltungsgericht und beantragte, der Stadtratsbeschluss Nr. 564-2022 sei aufzuheben und der Zuschlag an sie zu erteilen. Eventualiter sei die Sache an die Vergabestelle zurückzuweisen mit der Anordnung, den Zuschlag ihr zu erteilen. Subeventuell sei die Rechtswidrigkeit des Zuschlags festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie die "unverzügliche" Erteilung der aufschiebenden Wirkung sowie den Beizug sämtlicher Verfahrensakten. Ferner verlangte sie eine Parteientschädigung (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdegegnerin.

Mit Präsidialverfügung vom 5. Dezember 2022 wurde der Beschwerdegegnerin einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen.

Mit Beschwerdeantwort vom 12. Dezember 2022 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde wie auch das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung seien abzuweisen, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin.

In ihrer Replik vom 16. Januar 2023 hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Sachbegehren fest und beantragte überdies, es sei ihr Einsicht in die Offerte der Mitbeteiligten zu gewähren. Diesem Antrag widersetzte sich die Beschwerdegegnerin in ihrer Duplik vom 27. Januar 2023 ausdrücklich.

Die Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen.

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). 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG).

Gemäss Offertauswertung der Vergabestelle rangiert das Angebot der Beschwerdeführerin mit einem Vorsprung von rund 10 %, gemessen an der möglichen Gesamtpunktzahl, auf dem 1. Platz. Dennoch ging der Zuschlag an die zweitplatzierte Mitbeteiligte. Unter diesen Umständen kann ohne Weiterungen festgestellt werden, dass die Beschwerdeführerin durchaus eine realistische Chance auf den Zuschlag hat. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen.

Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1 In den Ausschreibungsunterlagen wurden folgende vier Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge ihrer Gewichtung bekannt gegeben:

1. Preis (gemäss Deckblatt Total)
2. Qualität/Referenzobjekte (gemäss Formular A)
3. Kapazität/Terminsicherheit (gemäss Formular B)
4. Nachwuchsausbildung (gemäss Punkt 9.11)

Gemäss Ziffer 17 der Ausschreibungsunterlagen hatten die Anbieterinnen ihrem Angebot überdies auch einen aktuellen Betriebsauszug sowie eine aktuelle GAV-Bescheinigung (beides max. 12 Monate alt) beizulegen.

3.2 Der von der Mitbeteiligten beigelegte Betriebsauszug datiert vom März 2020 und erfüllt die zeitliche Vorgabe somit klar nicht. Eine GAV-Bescheinigung fehlt gänzlich. Das für die Bewertung des Zuschlagskriteriums "Kapazität/Terminsicherheit" massgebliche Formular B hat die

Mitbeteiligte sodann nur in einem von 6 Punkten ausgefüllt. Dieser bezieht sich auf die Einhaltung des von der Bauleitung vorgegebenen Terminprogramms. Von den offengelassenen Positionen betreffen vier den konkreten Einsatz personeller Kapazitäten und eine Position den Aspekt der Organisations- und Lieferkapazitäten. Das Fehlen sämtlicher Angaben zum Thema "Kapazität" ist denn auch in die Zuschlagsbewertung der Vergabestelle eingeflossen, welche sich wie folgt präsentiert:

	Gewichtung max. Punkte	Mitbeteiligte	Beschwerdeführerin
Preis	75	72,16	75
Qualität/Referenzen	10	9.50	10
Kapazität/Termine	10	1,70	10
Nachwuchsausbildung	5	4	2
Total/Rang	100	87,36 (2)	97 (1)

3.3 Das Ergebnis dieser Auswertung wurde so auch im angefochtenen Vergabeentscheid vom 14. November 2022 festgehalten. Dessen ungeachtet wurde der Zuschlag ohne entsprechende Begründung der zweitplatzierten Mitbeteiligten erteilt.

In der Beschwerdeantwort heisst es dazu, der Stadtrat habe sich der vorstehenden Bewertung beim Kriterium "Kapazität/Termine" nicht anschliessen können. Die Kapazitäten und die Termintreue der ortsansässigen Mitbeteiligten seien dem Stadtrat 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. Der Stadtrat habe deshalb die Bewertung der Mitbeteiligten beim Zuschlagskriterium 3 (Kapazität/Terminsicherheit) auf 10 Punkte festgesetzt. Entsprechend erhöhe sich die Bewertung der Mitbeteiligten auf 95,66 Punkte. Damit liege sie zwar immer noch 1,34 Punkte hinter der Beschwerdeführerin. Der Stadtrat werte diese Differenz allerdings als gering und gehe daher von gleichrangigen Angeboten aus. Die Gleichrangigkeit der Angebote eröffne dem Stadtrat ein Wahlrecht, wofür er auf seine eigenen Erfahrungen mit den Anbieterinnen abgestellt habe. Mangels eigener Erfahrungen mit der Beschwerdeführerin einerseits und wegen sehr guter Erfahrungen mit der Mitbeteiligten andererseits sei die Wahl eben auf Letztere gefallen.

4.

4.1 Angebote sind schriftlich, vollständig und fristgerecht bei der in der Ausschreibung genannten Stelle einzureichen (§ 24 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Dabei müssen die in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweise in der Eingabe enthalten sein (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 572; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche

Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 337). Die Beurteilung der Angebote erfolgt grundsätzlich in dem Stand, in welchem sie der Vergabebehörde bei der Offerteingabe eingereicht werden. Vorbehalten sind nachträgliche Korrekturen offensichtlicher Rechnungs- und Schreibfehler (§ 29 Abs. 2 SubmV) sowie Erläuterungen im Sinn von § 30 SubmV. Erläuterungen dienen in erster Linie der Beseitigung von Unklarheiten. Sie können ferner zur Behebung von geringfügigen Mängeln dienen, um derentwillen ein Ausschluss vom Verfahren unverhältnismässig wäre. Im Rahmen von Erläuterungen kann die Behörde zusätzliche Belege oder Bestätigungen einverlangen. Dieses Vorgehen dient jedoch nicht dazu, ein klar ungenügendes Angebot nachträglich zu ergänzen (VGr, 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 4.2 mit Hinweisen; 7. Juni 2000, VB.2000.00101, E. 3d).

4.2 Die Vergabestelle hat das Fehlen der beiden explizit verlangten aktuellen Dokumente zum Betriebsstatus und zur Einhaltung des GAV als geringfügigen Mangel eingestuft, "da die Verhältnisse der [Mitbeteiligten] der Stadtverwaltung auch ohne Bescheinigungen genügend bekannt sind, sodass ein Ausschluss [...] zum vorneherein einem überspitzten Formalismus gleichkäme und der Vergabestelle zudem weites Ermessen zukommt". Das beinhaltet nach Auffassung der Vergabestelle offenbar auch, dass der festgestellte Mangel nicht durch einen nachträglichen Bezug der betreffenden Dokumente, sondern durch ihr erklärtes Wohlwollen "geheilt" wurde. Entsprechend geheilt wurden auch die fehlenden Angaben zu fünf der sechs Positionen auf dem der Bewertung des Kriteriums "Kapazität/Terminsicherheit" zugrunde liegenden Formular B.

4.3 Die Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen haben zum Ziel, einen echten, fairen und transparenten Wettbewerb zu gewährleisten, in welchem alle Anbietenden gleichbehandelt werden (vgl. Art. 1 Abs. 3 IVöB). In vergaberechtlichen Verfahren sind insbesondere das Transparenz- und das Gleichbehandlungsgebot zu beachten. Die Vergabebehörde hat sich sodann ohne Willkür und nach Treu und Glauben zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]).

4.3.1 Mit diesen Grundsätzen lässt es sich nicht vereinbaren, wenn der Vergabestelle "bekannte" Anbieterinnen explizit verlangte Angaben nicht machen müssen, weil man deren Erfüllung wohlwollend voraussetzt. Auch wenn die Vergabestelle einen Ausschluss wegen der fehlenden bzw. veralteten Nachweise als überspitzt formalistisch wertete, wäre sie dennoch gehalten gewesen, die betreffenden Nachweise nachträglich einzufordern und damit die Einhaltung zwingender Vorgaben zu dokumentieren. Wie die nachfolgenden Erwägungen zeigen, kommt diesem Aspekt indes vorliegend keine entscheidrelevante Bedeutung zu, weshalb er nicht weiter zu verfolgen ist.

4.3.2 In Bezug auf die fehlenden Angaben zu fünf von insgesamt sechs Fragen auf dem Formular B war eine Nachbesserung dagegen von vornherein ausgeschlossen. Die nachträgliche Ergänzung eines in diesem Umfang unvollständigen Angebots ist unzulässig. Immerhin führen ungenügende Angaben zu den Zuschlagskriterien nicht zum Ausschluss des Angebots, sind aber

selbstverständlich bewertungsrelevant. Dementsprechend hat die mit der Durchführung der Vergabe betraute Stelle der Mitbeteiligten beim betreffenden Zuschlagskriterium auch nur einen Sechstel der möglichen Punkte vergeben.

4.4 Diese Bewertung hat der Stadtrat nicht übernommen, sondern seinerseits der Mitbeteiligten die maximalen 10 Punkte zugesprochen, weil man darauf vertraue, dass der Auftrag durch die ortsansässige und dem Stadtrat sehr gut bekannte Anbieterin zuverlässig erfüllt werde. Dabei verkennt der Stadtrat, dass ein solches Argumentarium gegebenenfalls nur, aber immerhin, unter dem Titel "eigene Referenz" beim Kriterium "Qualität/Referenzen" in die Bewertung einfließen kann (vgl. VGr, 10. Dezember 2015, VB.2015.00513). Auch hat das Verwaltungsgericht in früheren Entscheiden eine gewisse Bevorzugung ortsansässiger Anbietender im Einladungsverfahren insofern geschützt, als es der Vergabebehörde grundsätzlich erlaubt sei, für einen bestimmten Auftrag nur einheimische Unternehmen zur Einreichung einer Offerte einzuladen. Würden aber – wie im vorliegenden Fall – auch auswärtige Unternehmen eingeladen, sei die Vergabebehörde ihnen gegenüber an das Gebot der Gleichbehandlung bzw. das Verbot der Diskriminierung gebunden (vgl. VGr, 24. November 2004, VB.2004.00305, E. 5.1; VGr, 6. Juni 2001, VB.2000.00391, E. 3c).

Für den Offertvergleich unter dem vorliegend strittigen Aspekt der eingesetzten Personal- und Lieferkapazitäten sind weder die guten Erfahrungen mit einer Anbieterin noch deren Ortsansässigkeit von Relevanz. Vielmehr geht es in diesem Zusammenhang einzig um auftragsspezifische Angaben der Anbieterinnen zu ihren Einsatzkapazitäten. Soweit solche Angaben vorliegen, verfügt die Vergabestelle bei deren Bewertung unbestrittenermassen über einen gewissen Ermessensspielraum. Wo die verlangten Angaben indes fehlen, gibt es von vornherein keinen Bewertungsspielraum. Das musste auch dem Stadtrat bewusst sein. Abgesehen davon, dass er auf einer Stufe amtiert, die ihn als erfahrene Vergabebehörde ausweist, lag ihm auch ein korrekt begründeter Vergabeantrag der vorbereitenden Stelle vor. Dass er dennoch den Zuschlag dem teureren und schlechter bewerteten Angebot einer ihm "bestens bekannten" Anbieterin erteilte, stellt eine eklatante Missachtung fundamentaler Grundsätze des Vergaberechts dar und kann nur als missbräuchliche Bevorzugung qualifiziert werden.

4.5 Es stellt sich höchstens noch die Frage, ob es allenfalls vertretbar gewesen wäre, dem Teilkriterium "Terminsicherheit" im Verhältnis zum Teilkriterium "Kapazität" mehr Gewicht beizumessen als die von der vorbereitenden Stelle vorgeschlagenen 1,7 Punkte. Nachdem sich ein Gewicht von mehr als 50 % bzw. 5 Punkte sachlich aber ohnehin nicht rechtfertigen lässt, kann die Frage letztlich offengelassen werden. Die Mitbeteiligte würde dadurch höchstens 3,3 zusätzliche Bewertungspunkte erzielen. In der Gesamtbewertung läge sie damit immer noch 6,34 Punkte hinter der Beschwerdeführerin.

4.6 Die Frage nach der Gleichwertigkeit eines um 1,34 Punkte schlechter bewerteten Angebots ist unter den gegebenen Umständen nicht mehr entscheidungsrelevant. Den diesbezüglichen

Parteivorbringen ist daher nicht weiter nachzugehen. Vielmehr ist klar, dass das Angebot der Beschwerdeführerin in der Gesamtbewertung mit einem deutlichen Abstand an erster Stelle rangiert.

5.

Der Zuschlag an die Mitbeteiligte erweist sich nach dem Ausgeführten als rechtswidrig.

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin vom 14. November 2022 aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selbst; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

6.

Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos. Ebenso erübrigt sich die Beurteilung des von der Beschwerdeführerin gestellten Gesuchs betreffend Akteneinsicht in die Offerte der Mitbeteiligten.

7.

Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Zudem ist sie in Anwendung von § 17 Abs. 2 lit. a und b VRG zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten; angemessen sind Fr. 3'000.- (inkl. Mehrwertsteuer).

8.

Beim vorliegenden Auftragswert ist der Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht erreicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BöB). Gegen den vorliegenden Entscheid kann daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Vergabeentscheid vom 14. November 2022 aufgehoben. Die Sache wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen, um den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 3'500.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 180.-- Zustellkosten,
Fr. 3'680.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft dieses Entscheids.
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 die Parteien und die Mitbeteiligte.

