Geschäftsnummer: **VB.2024.00754**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 27.03.2025
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:
AUSLEGUNG
AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN
MUSSKRITERIEN
SUBMISSION

Rechtsnormen:
Art. 44 Abs. I lit. b IVöB

Publikationen:
- keine -

Musskriterien; Auslegung der Ausschreibungsunterlagen.

Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Kriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergibt sich, dass die Musskriterien zum Zeitpunkt der Offerteinreichung erfüllt sein mussten (E. 3.4). Von der Mitbeteiligten wurden zum Zeitpunkt der Offerteinreichung vier Musskriterien nicht erfüllt. Dabei ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdegegner auch nicht geltend gemacht, dass es sich um unwesentliche Anforderungen handeln würde. Die Mitbeteiligte ist daher aus dem Verfahren auszuschliessen (E. 3.5.3).

Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2024.00754

Urteil

der 1. Kammer

vom 27. März 2025

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter José Krause, Verwaltungsrichter Josua Raster, Gerichtsschreiberin Nicole Rubin.

In Sachen

A AG,
vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Universitätsspital Zürich,

Beschwerdegegner,

und

D AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Das Universitätsspital Zürich eröffnete mit Ausschreibung vom 24. August 2024 auf Simap.ch, der elektronischen Beschaffungsplattform der Schweiz, ein offenes Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich betreffend eine Veranstaltungsplattform. Es gingen innert Frist vier Angebote mit Preisen inkl. Mehrwertsteuer zwischen Fr. 349'328.00 und Fr. 707'129.00 ein. Mit Verfügung vom 3. Dezember 2024 erteilte das Universitätsspital Zürich den Zuschlag der D AG zum Preis von Fr. 349'328.00. Auf dem zweiten Platz rangierte gemäss Bewertung der Vergabebehörde das Angebot der A AG.

II.

Die A AG gelangte dagegen mit Beschwerde vom 11. Dezember 2024 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Neubeurteilung der Angebote. Die D AG beantragte am 30. Dezember 2024 die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf eingetreten werden kann. Das Universitätsspital Zürich beantragte am 6. Januar 2025 die Abweisung der Beschwerde.

Mit Präsidialverfügung vom 13. Januar 2025 wurde der A AG teilweise Akteneinsicht gewährt. Mit Replik vom 16. Januar 2025 beantragte die nunmehr vertretene A AG, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen. Sodann beantragte sie, die Mitbeteiligte sei vom Verfahren auszuschliessen und der Zuschlag an sie zu erteilen. Eventualiter sei der Vergabeentscheid aufzuheben und mit der Anordnung, ihr den Zuschlag zu erteilen, an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Subeventualiter sei der Vergabeentscheid aufzuheben, die Sache zur Wiederholung des Verfahrens an die Vergabestelle zurückzuweisen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

Mit Präsidialverfügung vom 17. Januar 2025 wurde der Beschwerdegegnerin einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag abzuschliessen. Die D AG duplizierte am 30. Januar 2025 und beantragte zusätzlich, es sei zu prüfen, ob die Beschwerdeführerin alle Eignungskriterien und Musskriterien erfülle, und falls nicht, sei die Beschwerdeführerin vom Verfahren auszuschliessen und die Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte zu bestätigen. Das Universitätsspital Zürich reichte seine Duplik am 30. Januar 2025 ein. Die A AG triplizierte am 13. Februar 2025. Das Universitätsspital liess sich am 10. März 2025 erneut vernehmen.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 [BeiG IVöB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 24. August 2024 zugrunde liegt, gilt demnach neues Recht. Somit gelangen die Art. 51 ff. IVöB sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

1.2 Nach § 3 Abs. 1 BeiG IVöB ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (Bst. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig.

2.

2.1 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).

2.2 Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte hätte nicht sämtliche Musskriterien erfüllt und hätte daher vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Dringt sie mit ihrer Rüge durch, hat sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Die Beschwerdelegitimation ist mithin zu bejahen. Da die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

3.

3.1 Die Beschwerdeführerin rügt, die als "Anforderung" in den Ausschreibungsunterlagen bezeichneten Kriterien seien Musskriterien, welche bei korrekter Auslegung der Ausschreibungsunterlagen zum Zeitpunkt der Offerteinreichung vorliegen mussten, wobei sie sich auf mehrere Bundesgerichtsurteile bezieht. Die von der Mitbeteiligten angebotene Plattform würde nicht über eine automatische Zertifikatsausstellung, eine personalisierte Mediathek, ein Sponsorenverzeichnis, eine Schnittstelle Zahlungstool zu internem System sowie eine Schnittstelle zum Entra ID verfügen. Da die Mitbeteiligte mehrere in der Ausschreibung als zwingend erklärte Vorgaben bzw. Musskriterien nicht erfülle, sei sie auszuschliessen.

3.2 Musskriterien sind nicht mit Eignungskriterien bzw. Anforderungen gleichzusetzen. Nur Eignungskriterien, nicht aber Musskriterien, betreffen direkt die Eignung des Anbieters (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 251 Rz. 582). Erfüllt ein Anbieter oder eine Anbieterin die von der Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien nicht, so erfolgt ein Verfahrensausschluss (Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB). Wird eine einzelne Mussanforderung nicht erfüllt, so führt dies demgegenüber im Allgemeinen nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. Dies ergibt sich bereits aus der Rechtsprechung, wonach ein Ausschluss aus dem Verfahren nicht überspitzt formalistisch sein darf (vgl. etwa VGr, 6. November 2014, VB.2014.00396, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen).

3.3 Die von der Beschwerdeführerin referenzierten Bundesgerichtsentscheide beziehen sich alle auf den Zeitpunkt der Erfüllung von Eignungskriterien. Diesbezüglich gilt, dass Eignungskriterien grundsätzlich im Zeitpunkt des Vergabeentscheids erfüllt sein müssen. Aus der Ausschreibung kann sich aber Gegenteiliges ergeben, wobei sich dies nicht nur aus einer ausdrücklichen Anordnung, sondern auch aus der Auslegung der Ausschreibung ergeben kann. Im Rahmen einer Ausschreibung unklar formulierte Eignungskriterien sind auslegungsbedürftig, wobei die Grenzen des rechtlich Zulässigen unter anderem auch durch binnenmarktrechtliche Bestimmungen vorgegeben sind. Bei der Auslegung der Ausschreibung kann sich durchaus ergeben, dass die Eignung in der Fähigkeit einer Anbieterin besteht, mit hinreichender Sicherheit erst auf den Zeitpunkt der Vertragsausführung hin gewisse Bedingungen zu erfüllen; dabei sind gegebenenfalls auch beschaffungsrechtliche Zielsetzungen wie die Förderung des wirksamen Wettbewerbs, die Gleichbehandlung der Anbieter sowie die Sicherstellung von Transparenz und einer wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel zu beachten (BGr, 30. November 2020, 2D_17/2020, E. 1.2.4 f. mit Hinweis auf BGr, 2. Juli 2019, 2C_111/2018). Wenn die Vergabestelle der Ansicht ist, dass es aus praktischen Gründen, die mit der Realität des Marktes zusammenhängen, ausreicht, dass die Anbietenden sich darauf beschränken, zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung Garantien dafür zu geben, dass sie über die wesentlichen Elemente für die Ausführung des Auftrags verfügen, wenn dieser ausgeführt werden muss, dann muss sie dies in der Ausschreibung erwähnen. Tut sie dies nicht und lässt sich ein solcher Wille nicht eindeutig aus einer Auslegung der Ausschreibung ableiten, kann sie den Auftrag nachträglich nicht an ein Unternehmen vergeben, das zum Zeitpunkt der Vergabeentscheidung kein Eignungskriterium erfüllt, da andernfalls eine Verfälschung der Auftragsvergabe droht. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass andere konkurrierende Unternehmen, die am Markt teilnehmen wollten, zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe aber nicht alle Eignungskriterien erfüllen konnten, aufgrund des Inhalts der Ausschreibung darauf verzichtet haben (BGE 145 II 249 E. 3.3).

3.4 Die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben an ein Produkt müssen sachlich begründet sein. Der Vergabebehörde kommt indessen, wie bei der Bewertung von

Eignungskriterien, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 4.2.2 mit Hinweisen). Sind Anforderungen an ein Produkt als Eignungskriterien ausgestaltet, gelten auch diese Anforderungen als absolute Kriterien, deren Nichterfüllung zum Ausschluss eines Angebots führt (BGr, 24. April 2020, 2C_698/2019, E. 4.1). Wie die Anbietenden das durch die Vergabestelle im Einzelfall Formulierte verstehen dürfen und müssen, ist jedoch keine Ermessensfrage, sondern unterliegt der Auslegung und demzufolge der uneingeschränkten gerichtlichen Überprüfung. Die im Rahmen der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien sind so auszulegen und anzuwenden, wie sie von den Anbietenden in guten Treuen verstanden werden konnten und mussten. Auf den subjektiven Willen der Vergabestelle kommt es nicht an (BGE 141 II 14 E. 7.1). Die vorstehend erwähnte Rechtsprechung ist – wie der Beschwerdegegner und die Mitbeteiligte zu Recht vorbringen – im Zusammenhang mit Eignungskriterien ergangen; inwiefern sich diese Rechtsprechung auch auf Musskriterien übertragen lässt, kann vorliegend offenbleiben. Angesichts dessen, dass die Ausschreibungsunterlagen unter dem Punkt "Bewertung der Angebote" festhalten, dass Anbietende, die nicht alle MUSS-Spezifikationen und MUSS-Eignungskriterien erfüllen, ohne inhaltliche Prüfung ihrer Offerten aus dem Verfahren ausscheiden, wird aus den Ausschreibungsunterlagen deutlich, dass die Musskriterien zum Zeitpunkt der Offerteingabe erfüllt sein müssen, wie gleich nachfolgend aufgezeigt wird.

3.5

3.5.1 Zunächst ist festzustellen, dass im Pflichtenheft vom 23. August 2024 als Teil der Ausschreibungsunterlagen unter Ziffer 5.1 festgehalten wurde, dass ein Angebot die unter www.xatena.com angegebenen Musskriterien einschliesslich der verlangten Nachweise vollständig erfüllen müsse. Werde eines dieser Musskriterien nicht erfüllt, werde das Angebot gestützt auf Art. 44 Abs. 1 Bst. b IVöB ausgeschlossen. Würden Nachweise nur teilweise bzw. unzureichend erbracht, führe dies ebenfalls zum Ausschluss. Bei "Xatena" handelt es sich gemäss Angaben im Pflichtenheft um eine webbasierte Marktplattform, auf welcher Anbietende ihr Angebot erstellen.

In den weiteren Ausschreibungsunterlagen (Auszug aus dem Beschaffungsprojekt auf der Plattform Xatena) wird unter Ziffer 1.2.1 der Ablauf des Vergabeverfahrens beschrieben und unter "Evaluationsvorgehen" die Prüfung der Eignungskriterien aufgeführt (lit. a). Genauer wird dies unter "Bewertung der Angebote" wie folgt umschrieben: "In einem zweiten Schritt werden die allgemeinen Anforderungen und die Eignung des Anbietenden gemäss den Spezifikationen und Eignungskriterien im Ausschreibungstool (Xatena) beurteilt. Anbietende, die nicht alle MUSS-Spezifikationen und MUSS-Eignungskriterien erfüllen, scheiden ohne inhaltliche Prüfung ihrer Offerten aus dem Verfahren aus." Weiter wird unter Ziffer 1.2.2 mit den Bedingungen zu "Muss-Kriterien und akzeptieren von Bedingungen und Beilagen" festgehalten: "Mit der Bestätigung 'Anforderung erfüllt' akzeptiert der Lieferant die jeweilige Spezifikation, die darin enthaltenen Informationen

und hält die beschriebenen Anforderungen ein." Gleich anschliessend wird unter "Allgemeine Anforderungen und Eignungskriterien" angeführt: "Die allgemeinen Anforderungen und Eignungskriterien gemäss den Spezifikationen und Eignungskriterien in dieser Ausschreibung müssen erfüllt werden. Sie umfassen insbesondere die finanzielle, wirtschaftliche, technische, fachliche und organisatorische Leistungsfähigkeit. Nichterfüllung eines Kriteriums führt zum Ausschluss der betreffenden Offerte aus dem Verfahren ohne weitere inhaltliche Prüfung."

3.5.2 Gemäss eigenen Angaben der Mitbeteiligten in ihrem Angebot hält sie die als Anforderung und daher als Musskriterien aufgeführten Punkte "4.8 Archiv/Mediathek: Personalisierte Mediathek", "5.2 Schnittstellen: E-Mail Schnittstelle und E-Mail Versand" sowie "5.2 Schnittstellen: Schnittstelle Zahlungstool zu internem System" nicht ein, fügt aber jeweils folgenden Kommentar an: "Aktuell nicht, kann implementiert werden". Weiter hält die Mitbeteiligte unter "6.4.4 Security: Trennung Nutzer- und Administratorenrechte" ohne Kommentar fest, dass die Anforderung nicht erfüllt werde.

Zur Anforderung "5.2 Schnittstellen: Schnittstelle zum Entra ID (ADFS)" kommentiert die Mitbeteiligte, dass sie die Anforderung ab Q4 2024 erfülle. Da sie ihr Angebot am 4. Oktober 2024 einreichte, erfüllte sie gemäss eigenen Aussagen zum Zeitpunkt der Offerteinreichung dieses Kriterium. Alle weiteren Anforderungen werden gemäss Angaben in der Offerte der Mitbeteiligten eingehalten.

3.5.3 Von der Mitbeteiligten werden zum Zeitpunkt der Offerteinreichung somit vier Anforderungen und damit Musskriterien nicht erfüllt. Dabei ist nicht ersichtlich und wird vom Beschwerdegegner auch nicht geltend gemacht, dass es sich um unwesentliche Anforderungen handeln würde. Besonders die personalisierte Mediathek wurde unter Ziffer 1.1 im Auszug aus dem Beschaffungsprojekt "Vergabestelle/Bedarf & Ziel: Ziel dieser Ausschreibung" mehrfach erwähnt. Aus der Formulierung in den Ausschreibungsunterlagen, dass bei Nichtvorliegen der Musskriterien das Angebot ohne weitere Prüfung ausgeschlossen wird, musste davon ausgegangen werden, dass die Musskriterien zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung vorliegen mussten. Sodann lassen auch die weiteren Anforderungen, welche unter die Kategorie "Fragen" fallen, darauf schliessen, dass im Gegenzug zu diesen die "Anforderungen" bereits bei Offerteinreichung erfüllt sein müssen. So wird beispielsweise unter der Frage "5.2 Schnittstellen: ServiceNow" festgehalten: "Ist eine Schnittstelle zu ServiceNow, um Probleme im Zusammenhang mit Ihrer Lösung zu melden bereits vorhanden? Bitte beschreiben Sie die Möglichkeiten, welche bereits umgesetzt sind, oder was geplant ist." Demgemäss war aufgrund der Ausschreibungsunterlagen davon auszugehen, dass die Musskriterien zum Zeitpunkt der Offerteinreichung erfüllt sein mussten. Da die Mitbeteiligte vier der plattformspezifischen Musskriterien nicht erfüllte und es sich dabei nicht lediglich um untergeordnete Punkte handelte, erfüllte sie die Anforderungen der Ausschreibung nicht und

wäre aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen gewesen. Demgemäss ist die Mitbeteiligte vorliegend aus dem Verfahren auszuschliessen.

3.6 Die Mitbeteiligte beantragte, dass zu prüfen sei, ob die Beschwerdeführerin sämtliche Eignungskriterien und Musskriterien erfülle, und dass diese gegebenenfalls aus dem Vergabeverfahren auszuschliessen sei. Aus dem Umstand, dass der Beschwerdegegner das Angebot der Beschwerdeführerin bewertete, ergibt sich mit Blick auf die Ausschreibungsunterlagen (oben E. 3.5.1), dass er sämtliche Eignungs- und Musskriterien als erfüllt erachtete. Gemäss den Angaben der Beschwerdeführerin in ihrem Angebot erfüllt sie sodann sämtliche Musskriterien; sodann ist auch nicht ersichtlich und wird nicht substanziiert dargelegt, dass die Beschwerdeführerin ein Muss- oder Eignungskriterium nicht erfüllt. Demgemäss ist in Gutheissung der Beschwerde der Vergabeentscheid vom 3. Dezember 2024 aufzuheben und die Sache an den Beschwerdegegner zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin – welche aufgrund des Ausschlusses der Mitbeteiligten auf den ersten Platz vorrückt – zurückzuweisen.

4.
Bei diesem Ergebnis wird das prozessuale Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

5.
Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an den Beschwerdegegner zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten des Beschwerdeverfahrens dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Sodann ist er zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

6.
Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (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 erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid des Beschwerdegegners vom 3. Dezember 2024 aufgehoben. Die Sache wird an den Beschwerdegegner

zurückgewiesen, um den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 3'000.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 255.-- Zustellkosten,
   Fr. 3'255.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden dem Beschwerdegegner auferlegt.

4. Der Beschwerdegegner wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.

5. Gegen dieses Urteil 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 die Parteien.