

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00393 vom 8. September 2010**

ZH Verwaltungsgericht, 2010-09-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2009.00393](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2009.00393)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00393 du 8 septembre 2010

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2009.00393 del 8 settembre 2010

## **Regeste**

Submission | Einführung der SAP-Software für Rechnungswesen, Controlling, Projektrechnung und Fakturierung (SAP-FI/CO): Vorbefassung der Mitbeteiligten, Begründung des Vergabeentscheids, Bewertung der Angebotspreise. Die Gewichtung des Preiskriteriums mit lediglich 20 % erweist sich angesichts der hohen Komplexität des Projekts gerade noch als vertretbar (E. 4.2). Aufgrund der engen zeitlichen Abfolge der betreffenden Vergabeverfahren kann eine Vorbefassung der Mitbeteiligten an der Vorbereitung der streitbetroffenen Vergabe ausgeschlossen werden (E. 5.1). Die Vergabebehörde trifft keine Pflicht zur Bekanntgabe detaillierter Unterkriterien für die Bewertung der Angebote (E. 5.2). Zur Wahrung der Kompatibilität mit bestehenden Systemen ist es zulässig, das besondere Vorwissen eines Anbieters beim Vergabeentscheid zu berücksichtigen, solange dies nicht zu einer für die anderen Anbieter aussichtslosen Schein-Ausschreibung führt (E. 5.3). Selbst wenn die Anforderungen an die Begründungspflicht der Vergabebehörde aufgrund der Unabhängigkeit und Fachkompetenz der Jury herabzusetzen wären, muss eine Bewertungsmatrix mit blossen Einzelnoten und ohne jegliche Begründung derselben als unzureichend qualifiziert werden. Daran vermögen auch die nachgeschobenen Erklärungsversuche der Vergabebehörde nichts mehr zu ändern (E. 6.2). Eine Rundung der für die Angebotspreise erteilten Noten ist unzulässig (E. 7.1). Ob die für das Preiskriterium berücksichtigte tatsächliche Spanne der Angebotspreise zu hoch und damit unzulässig ist, kann offen bleiben, zumal die Vergabebehörde bei der Festlegung der Notenskala offenbar von falschen Zahlen ausgegangen ist und die Beschwerdeführerin schon bei Zugrundelegung der richtigen Werte auf den ersten Rang vorrückt (E. 7.2). Gutheissung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 zur Anwendung.

### **E. 2**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den 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 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Vorliegend ist die Legitimation der Beschwerdeführerin gegeben. Sie hat das preislich günstigste Angebot eingereicht und belegt in der Gesamtbewertung den zweiten Platz. Bei Gutheissung der Beschwerde wäre ein Zuschlag an die Beschwerdeführerin in Betracht gekommen. Dass dies infolge des Vertragsschlusses nicht mehr möglich ist, hat keinen Einfluss auf die Beschwerdelegitimation, da die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB), und die Beschwerdeführerin für diesen Eventualfall überdies auch einen entsprechenden Feststellungsantrag gestellt hat.

### **E. 3**

Nach § 33 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) erfolgt der Zuschlag – sofern nicht ausnahmsweise das alleinige Kriterium des niedrigsten Preises (§ 33 Abs. 2 SubmV) zur Anwendung kommt – auf das wirtschaftlich günstigste Angebot. Bei der Bewertung der Angebote ist das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten, wobei neben dem Preis insbesondere die folgenden Kriterien berücksichtigt werden können: Qualität, Zweckmässigkeit, Termine, technischer Wert, Ästhetik, Betriebskosten, Nachhaltigkeit, Kreativität, Kundendienst, Lehrlingsausbildung, Infrastruktur. Die für eine bestimmte Beschaffung massgeblichen Zuschlagskriterien werden von der Vergabebehörde im Hinblick auf die Besonderheiten des Auftrags festgelegt. Dabei steht ihr ein erheblicher Beurteilungsspielraum zu, wie auch beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei (VGr, 7. Juli 1999, ZBl 2000, S. 271 = BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 3 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. 2 lit. c VRG). Zuschlagskriterien müssen sodann, um die notwendige Transparenz eines Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB) zu gewährleisten, in den Ausschreibungsunterlagen mit deren Rangordnung oder Gewichtung bekannt gegeben werden (§ 13 Abs. 1 lit. m SubmV). Vorliegend wurden in Ziffer 3.3.2 der Ausschreibungsunterlagen vier Zuschlagskriterien bekannt gegeben, deren prozentuale Gewichtung den Bewerbern indes erst im Anschluss an die Vergabe eröffnet wurde und sich folgendermassen präsentiert: - Lösungskonzept

35 % (Erfüllungsgrad der	
Pflichtenheft-Anforderungen) - Wirtschaftliche und fachliche Leistungsfähigkeit	
25 % - Projektreferenzen	20 % (erfolgreich
abgewickelte, vergleichbare Projekte) - Preis und	
Wirtschaftlichkeit	20 %

### **E. 4**

Die Beschwerdeführerin wendet sich nicht gegen die Auswahl der Zuschlagskriterien oder deren vorschriftsgemässe Publikation in den Ausschreibungsunterlagen. Sie rügt jedoch, die

nachträglich eingesetzte Gewichtung des Preiskriteriums mit 20 % sei zu tief.

#### **E. 4.1**

Dem hält der Beschwerdegegner vorab entgegen, diese Rüge erfolge verspätet. Die Reihenfolge der Kriterien sei bereits in der Ausschreibung bekannt gegeben worden. Dass dem letztgenannten von insgesamt vier Kriterien nicht mehr als 20 % Gewicht zukommen könne, liege auf der Hand. Wenn die Beschwerdeführerin dagegen Einwände erheben wollte, hätte sie diese bereits gegen die Ausschreibung vorbringen müssen. Die Zuschlagskriterien und deren Rangfolge wurden vorliegend nicht bereits mit der Ausschreibung, sondern erst in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegeben. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts werden die Ausschreibungsunterlagen von einer gegen die Ausschreibung gerichteten Beschwerde nicht erfasst, und deren Inhalt kann daher grundsätzlich noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden (vgl. VGr, 28. Januar 2004, BEZ 2004 Nr. 17 E. 3; VGr, 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4d, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Die entsprechende Rüge erfolgte daher nicht verspätet, unabhängig davon, ob bzw. inwieweit die Rangfolge der Kriterien deren maximale Gewichtung vorwegnahm.

#### **E. 4.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, nachdem ein Kostendach zu offerieren gewesen sei und es weder ausschliesslich noch überwiegend um schwer schätzbare konzeptuelle Dienstleistungen gehe, erweise sich ein Preisgewicht von lediglich 20 % als den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verletzend. Dem widerspricht der Beschwerdegegner mit der Begründung, gerade der Umstand, dass die Kostenfolgen vorgegeben seien, lege es nahe, dem Preis ein relativ geringes Gewicht beizumessen. Wie das Bundesgericht im Entscheid 129 I 313 E. 9 (= Praxis 2004 Nr. 64) feststellte, liegt eine auf das Preiskriterium entfallende Quote von 20 % "auch für einen komplexen Auftrag klar an der untersten Grenze des Zulässigen, wenn der Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht seines Gehalts entleert werden soll". Ausschlaggebend für die Zulässigkeit der umstrittenen Gewichtung von 20 % ist demnach, ob der streitige Vergabegegenstand als komplex zu qualifizieren ist. Davon ist mit dem Beschwerdegegner auszugehen. Projekte dieser Art sind grundsätzlich als komplex einzustufen, wobei die Komplexität vorliegend noch dadurch erhöht wird, dass Schnittstellen zu mehreren „Umsystemen“ auf verschiedenen Ebenen bestehen, welche durch die neue Lösung bedient werden müssen. Zum einen bezieht sich das Projekt E nicht nur auf eine, sondern auf drei Fachhochschulen mit „verschieden ausgeprägte[n] Informatiklandschaft[en]“ und „im Detail abweichende[r] Abbildung von Prozessen“. Zusätzlich ergeben sich sodann auch zahlreiche „externe“ Schnittstellen bedingt durch die angestrebte Anbindung der Schule D an das Kantonale IT-Projekt F. Letzteres betrifft den Personalmanagement- und Lohnadministrationsbereich der kantonalen Verwaltung und basiert auf einer SAP-Lösung. Im vorliegend zur Diskussion stehenden Bereich Finanz- und Rechnungswesen hat der Kanton im Rahmen des Projekts G ebenfalls eine SAP-Lösung (SAP FI/CO) eingeführt. In das Projekt F sind die D-Schulen direkt integriert, nicht dagegen in das Projekt G. Diesbezüglich wird mit dem streitbetroffenen Projekt E die Einführung der entsprechenden SAP-Lösung nachgeholt. Vor diesem Hintergrund erscheint das streitige Projekt als äusserst komplex und auch in einem umfassenderen Sinn als aufwendig. Denn neben dem Auftragspreis fallen aufseiten des Auftraggebers auch weniger klar zu beziffernde „interne“ Aufwendungen innerhalb der Institution an, welche stark lösungsabhängig sind und ebenfalls einen beträchtlichen Umfang annehmen können. Es erscheint daher als durchaus sachgerecht, den Schwerpunkt

der Bewertung auf die qualitativen Aspekte zu legen und den Stellenwert des Auftragspreises auf das absolute Minimum zu beschränken.

## **E. 5**

Gemäss Mitteilung des Submissionsergebnisses war insbesondere die "beste Erfüllung" mit Bezug auf das „Sichern der Schnittstellen zwischen dem Projekt F und der SAP-Einführung im Finanz- und Controllingwesen" ausschlaggebend für die Zuschlagserteilung an die Mitbeteiligte.

### **E. 5.1**

Hierzu wendet die Beschwerdeführerin vorab ein, selbst wenn die Mitbeteiligte bezüglich der angesprochenen Schnittstellen überhaupt eine bessere Lösung vorgeschlagen hätte, dann nur, weil sie bereits das Projekt F betreue und daher über vielfältiges Spezialwissen verfüge, das die übrigen Anbieter nicht haben könnten und das sich auch nicht aus den Ausschreibungsunterlagen, aus dem Pflichtenheft oder aus dem Anforderungskatalog ergebe. Es verstehe sich zudem von selber, dass ein Anbieter, der beide Projekte miteinander betreue, die Schnittstellen nach seinem Gutdünken ausgestalten könne, währenddem bei gesonderter Vergabe nur im Rahmen des jeweils ausgeschriebenen Projekts ein Gestaltungsspielraum bestehe. Auch darin liege eine Wettbewerbsverzerrung. Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden (Art. 1 Abs. 3 IVöB). Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Personen oder Unternehmungen, welche als Anbieter an einer Submission teilnehmen wollen, dürfen daher grundsätzlich nicht an der Vorbereitung der Vergabe mitwirken. Sie hätten sonst unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für sie günstigen Weise zu beeinflussen, und könnten allenfalls auch von einem Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren (VGr, 19. Mai 2010, VB.2009.00668, E. 6.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Wie der Beschwerdegegner zutreffend bemerkt, wurde der Auftrag zur Realisierung des Personalmanagement- und Lohnverarbeitungssystems F mit Regierungsratsbeschluss vom 6. Januar 2009 an die Mitbeteiligte vergeben, und bereits drei Tage später erfolgte die Ausschreibung der streitbetroffenen Vergabe. Eine Vorbefassung der Mitbeteiligten in dem Sinn, dass sie sich an der Vorbereitung Letzterer hätte beteiligen können, kann somit schon angesichts der zeitlichen Abfolge der Vergabeverfahren ohne Weiteres ausgeschlossen werden. In der vorliegenden Vergabe waren die Angebote sodann bis 23.02.2009, 12.00 Uhr, einzureichen. Dass sich die Mitbeteiligte in diesem kurzen Zeitraum ein Spezialwissen aus der Betreuung des Projekts F aneignen und zu Nutze machen konnte, ist unwahrscheinlich und letztlich auch irrelevant. Denn wie das Verwaltungsgericht wiederholt entschieden hat, ist ein Wissensvorsprung, der nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten entspringt, unter dem Titel „Vorbefassung“ nicht zu beanstanden (VGr, 13. August 2003, VB.2003.00161, E. 3a, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2001 Nr. 44 = BEZ 2001 Nr. 24 E. 4c; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, Rz. 516). Entsprechendes gilt mit Bezug auf einen allfälligen Wissensvorsprung, der aus der Beteiligung an der Ausschreibung zum Projekt F resultierte. Hierzu ist überdies anzumerken, dass auch die Beschwerdeführerin über einen entsprechenden "Wissensvorsprung" verfügen dürfte, war sie doch als Subakkordantin ebenfalls an der Ausschreibung für das Projekt F beteiligt.

## **E. 5.2**

Weiter wendet die Beschwerdeführerin ein, ein Zuschlagskriterium „Sichern der Schnittstellen zum Projekt F“ sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht aufgeführt worden und könne folglich auch nicht zuschlagsrelevant sein. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts trifft die Vergabebehörde grundsätzlich keine Pflicht zur Bekanntgabe detaillierter Unterkriterien. Entscheidend ist, dass für die Anbietenden erkennbar wird, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.1, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2002 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13 E. 3).

Vorliegend lautet das vorrangigste Zuschlagskriterium (A) „Lösungskonzept, Erfüllungsgrad der Pflichtenheftanforderungen“. Im Pflichtenheft wird sodann nicht nur das Integrationserfordernis mit dem Projekt F aufgezeigt (Ziff. 6.2.2.2), sondern es werden explizit auch die Anforderungen an die Schnittstellen Projekt E – Projekt F definiert (Ziff. 7.6.3.4). Damit war für die Anbietenden ersichtlich, dass ein Zusammenhang zu einem bereits vergebenen Projekt besteht und die betreffende Schnittstellenproblematik bewertungsrelevant sein würde. Die Verwendung der Unterkriterien A2.6 „Schnittstellen zu Projekt F“ und A4.2 „Konzept/Kompetenz Schnittstellen“ war daher ohne ausdrückliche vorgängige Bekanntgabe zulässig.

## **E. 5.3**

Es fragt sich indes, ob bzw. inwieweit es zulässig war, bei der Bewertung darauf abzustellen, dass die Mitbeteiligte als Zuschlagsempfängerin im Projekt F am besten in der Lage ist, besagte Schnittstellen zu betreuen. Dafür spricht, dass eine solche Betrachtungsweise dem Vergaberecht nicht fremd ist. So kann zur Wahrung der Kompatibilität mit schon vorhandenen Produkten und Dienstleistungen gegebenenfalls sogar ein freihändiger Zusatzauftrag erteilt werden (§ 10 Abs. 1 lit. f SubmV; vgl. VGr, 9. November 2001, ZBl 102/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55 E. 4d; VGr, 13. September 2006, BEZ 2006 Nr. 61 E. 6). Wo dieser Aspekt nicht so dominierend ist, dass er die freihändige Vergabe rechtfertigt, muss es immerhin gestattet sein, ihn als Bewertungskriterium zu berücksichtigen. Andererseits darf dies nicht dazu führen, dass eine für andere Anbieter aussichtslose Scheinausschreibung durchgeführt wird, deren Resultat von vornherein feststeht. Vorliegend wurde die Handhabung der Schnittstellen zwischen den Projekten E und F beim Unterkriterium A2.6 mit insgesamt 1,05 % gewichtet und beim Unterkriterium A4.2 mit 2,19 %, wobei sich dieses Kriterium auf sämtliche Schnittstellen bezieht und diejenigen zum Projekt F daher insofern nur als Teilaspekt einflussen. Unter diesen Umständen kann ausgeschlossen werden, dass die Gewichtung des fraglichen Aspekts in den Zuschlagskriterien eine kritische Höhe erreichte. Die angegebene Gewichtung liegt jedenfalls im Rahmen des Vertretbaren.

## **E. 6**

Die Beschwerdeführerin rügt, es fehle durchwegs an einer nachvollziehbaren Bewertungsbegründung. Die vorgelegte Bewertungsmatrix enthalte nur Noten, aber weder eine explizite noch eine implizite Begründung derselben. Eine solche sei auch weder mit der Beschwerdeantwort noch mit der Duplik nachgeliefert worden. Der Entscheid über den Zuschlag bedarf einer ausreichenden Begründung (VGr, 28. März 2007, VB.2006.00309, E. 3, mit Hinweisen, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). 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 IVöB und § 38 Abs. 2 SubmV). Auf Gesuch eines nicht berücksichtigten Anbieters hat sie jedoch gemäss § 38 Abs. 3

SubmV verschiedene Begründungselemente bekannt zu geben, darunter die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung (lit. d) und die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots (lit. e). 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 (RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a). Eine weitere Ergänzung im Rahmen eines vom Gericht angeordneten zweiten Schriftenwechsels ist dagegen grundsätzlich nicht zulässig (RB 2003 Nr. 56 = BEZ 2003 Nr. 50).

### **E. 6.1**

Der Beschwerdegegner vertritt den Standpunkt, die Anforderungen an die Begründungspflicht seien vorliegend herabzusetzen, da bereits die Fachkompetenz des Evaluationsteams eine objektive Beurteilung der Offerten und dementsprechend einen sachgerechten Entscheid gewährleiste. Die konkrete Benotung ergebe sich aus dem Durchschnitt der individuellen Benotung durch die Mitglieder des Evaluationsteams. Für die Findung der konkreten Benotung seien die einzelnen Beurteilungspunkte der Teammitglieder diskutiert und abschliessend die Note bestimmt worden. Indes seien weder die Diskussion noch die Beweggründe der einzelnen Mitglieder protokolliert worden. Dokumente, welche die konkreten Benotungen näher begründen, seien daher keine vorhanden. Die Rechtsprechung anerkennt zwar, dass in Vergabeverfahren, die auf einem Wettbewerb mit anonymen Beiträgen und einer unabhängigen Jury beruhen, wegen der dadurch gewährleisteten erhöhten Objektivität und Transparenz geringere Anforderungen an die Begründungspflicht bestehen als in anderen Verfahren (RB 2000 Nr. 60). Entsprechendes gilt auch, wenn die Prüfung der anonymisierten Angebote durch ausgewiesene Fachpersonen und anhand einer detaillierten Bewertung mit zahlreichen Unterkriterien erfolgte (RB 2007 Nr. 44). Vorliegend bestand das neunköpfige Evaluationsteam des Beschwerdegegners aus einem externen Berater und acht Vertretern der unter der Bezeichnung Schule D zusammengefassten Schulen. Die fachliche Qualifikation dieses Gremiums blieb unbestritten. Auch wurden die Angebote anhand zahlreicher Unterkriterien eingehend geprüft und bewertet. Die Bewertung erfolgte indes nicht aufgrund anonymisierter Beiträge, sondern in voller Kenntnis der Anbieter. Es erscheint daher fraglich, ob die erhöhten Ansprüche an Objektivität und Transparenz des Verfahrens hinreichend erfüllt sind. Die Frage kann indes offenbleiben, da auch die Befolgung eines geeigneten Verfahrens keinen völligen Verzicht auf eine inhaltliche Begründung des Vergabeentscheids rechtfertigt. Die wesentlichen Gesichtspunkte, die für die Bewertung des Angebots von Bedeutung waren, sind in jedem Fall bekannt zu geben (RB 2007 Nr. 44).

### **E. 6.2**

Vorliegend enthält die Beschwerdeantwort des Beschwerdegegners keine über die Bewertungsmatrix hinausgehende Begründung des Vergabeentscheids. In der Duplik wird angemerkt, die Offertauswertung habe gezeigt, dass die Angebote der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten als nahezu gleichwertig zu beurteilen seien. Insbesondere aufgrund klarer Vorteile beim Zuschlagskriterium A (Lösungskonzept, Erfüllungsgrad der Pflichtenheft-Anforderungen) habe die Mitbeteiligte aber dennoch das bessere Resultat erzielt und den Zuschlag erhalten. Zu diesen Vorteilen des bevorzugten Angebots heisst es im Regierungsratsbeschluss (RRB 1079) vom 1. Juli 2009: „Die Anforderungen wurden

erkannt und die Lösungsvorschläge sind zielführend und pragmatisch. Zudem kann mit diesem Anbieter die Schnittstelle zum Projekt F bestmöglich gesichert werden, da es sich um den gleichen Anbieter handelt“. Das Zuschlagskriterium A gliedert sich in 4 Unterkriterien mit insgesamt 16 Bewertungselementen. Lediglich zwei dieser Bewertungselemente (A2.6 und A4.2) betreffen die angesprochene Schnittstellenproblematik (vgl. hierzu E. 5.2). Aus deren konkreter Bewertung resultiert denn auch ein Vorsprung der Mitbeteiligten gegenüber der Beschwerdeführerin von 0,0267 gewichteten Punkten. Insgesamt erzielt die Mitbeteiligte beim Zuschlagskriterium A jedoch eine um 0,0657 gewichtete Punkte bessere Bewertung. Mehr als die Hälfte ihres Bewertungsvorsprungs lässt sich demnach nicht mit der angeblich besseren Schnittstellenbetreuung begründen. Aus der Bewertungsmatrix geht zwar hervor, unter welchem Titel die jeweils bessere Bewertung erfolge; welche Gründe dafür massgebend waren, ist indessen nicht ersichtlich, zumal auch im Regierungsratsbeschluss nicht auf die detaillierten Bewertungskriterien Bezug genommen wird. In der Duplik wird seitens des Beschwerdegegners ergänzend geltend gemacht, die schlechtere Beurteilung der Beschwerdeführerin bei den Kriterien A2.1–A2.4 sei im Wesentlichen darauf zurückzuführen, dass ihre Lösungskonzeption das Beurteilungsgremium etwas weniger zu überzeugen vermochte. Woran das konkret gelegen hat, lässt der Beschwerdegegner jedoch weiterhin offen. Ansonsten führt er noch aus, auch beim Kriterium A3.2 sei die schlechtere Note durch die wenig überzeugende Präsentation der Beschwerdeführerin begründet. Die Mitbeteiligte sei besser auf die Ausgangslage eingegangen und habe eine stimmige und kostengünstige Variante präsentiert, welche bezüglich Betrieb und einer möglichen Weiterentwicklung besser bewertet worden sei. Was demgegenüber an der preislich noch günstigeren Offerte der Beschwerdeführerin weniger „stimmig“ gewertet wurde, wird dann aber wiederum nicht weiter begründet und bleibt dementsprechend ebenfalls im Dunkeln. In dem von der Beschwerdegegnerin als Duplikbeilage eingereichten Protokoll der Verwaltungsdirektorenkonferenz vom 31. März 2009 heisst es sodann mit Bezug auf das Angebot der Beschwerdeführerin, ein „Nachteil könnte sein, dass sie keine ausgewiesenen FI/CO-Kenntnisse habe, auch habe sie keine Kostenrechnung vorgestellt“. Nachdem diese Argumentation nicht in den Regierungsratsbeschluss vom 1. Juli 2009 eingeflossen ist und der Beschwerdegegner sie auch nicht explizit in seine Rechtschriften aufgenommen hat, erscheint deren Relevanz von vornherein fraglich. Inhaltlich erweist sich die damit zum Ausdruck gebrachte Kritik im Übrigen denn auch kaum als stichhaltig. Obwohl die Beschwerdeführerin angeblich keine ausgewiesenen FI/CO-Kenntnisse vorweisen kann, wurde sie hinsichtlich ihrer fachlichen Leistungsfähigkeit (Kriterien B2.1–B.2.9) wie auch bezüglich Vergleichbarkeit (Branche, Implementierungsumfang) und Breite ihrer Projektpreferenzen (Kriterien C1–C2) gleich bewertet wie die Mitbeteiligte. Entsprechendes gilt auch mit Bezug auf die Kostenrechnung, welche angeblich nicht „vorgestellt“, vom Beschwerdegegner beim Kriterium A2.2 aber dennoch mit der Note 5 honoriert wurde. Nach dem Gesagten waren die vom Beschwerdegegner gemachten Angaben offenkundig nicht geeignet, der Beschwerdeführerin die wesentlichen Gründe für ihre Nichtberücksichtigung bekannt zu geben. Er wiederholt grösstenteils nur das Resultat der Bewertung, das bereits aus der vorgenommenen Punkteverteilung herausgelesen werden kann. Die inhaltlichen Gründe für diese Beurteilung bzw. die ausschlaggebenden Merkmale der beurteilten Angebote werden weder im zitierten Regierungsratsbeschluss noch in den Rechtschriften des Beschwerdegegners genannt. Ob die im Rahmen des dritten Schriftenwechsels eingereichte, nachträglich erweiterte Bewertungsmatrix eine

kriterienbezogene und sachlich nachvollziehbare Begründung enthält, kann offenbleiben. Neue Vorbringen sind nach der Beschwerdeantwort nur noch gestattet, soweit diese durch entsprechend ergänzte Vorbringen der Gegenseite veranlasst wurden oder sich auf nachträglich entdeckte erhebliche Tatsachen beziehen (vgl. VGr, 19. Juni 2002, VB.2001.00360, E. 5d, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)). Diese Voraussetzungen waren hier bereits hinsichtlich der Ergänzungen im Rahmen der Duplik fraglich, mit Bezug auf diejenigen im Rahmen des dritten Schriftenwechsels aber klar nicht mehr erfüllt. Insgesamt ergibt sich damit, dass der Beschwerdegegner auch im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht keine ausreichende Begründung des angefochtenen Entscheids vorgebracht hat. Obschon die Beschwerde bereits aus diesem Grund gutzuheissen ist, erscheint es angebracht, nachfolgend noch auf einzelne Rügen der Beschwerdeführerin zur Preisbewertung näher einzugehen. Nicht weiter nachzugehen ist dagegen den gegen die Referenzbewertung erhobenen Einwänden.

## **E. 7**

Das Preiskriterium D gliedert sich in vier Unterkriterien mit folgender Gewichtung: rel.

Gewicht	Abs. Gewicht	D1 Implementierungskosten	rel.
50 %	10 %	D2 Lizenzkosten	20 %
4 %	D3 Kosten Option	20 %	4 %
D4 Dienstleistungen	10 %	2 %	D4 Preise f.

Der Beschwerdegegner hat bei seiner Bewertung durchwegs eine Notenskala von 1 bis 6 verwendet, wobei er die konkreten Bewertungen jeweils auf halbe und ganze Noten rundete.

### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin moniert zu Recht, dass die mit der Rundung der Preisbewertung erzielte Stufung zu einem unerwünschten Auseinanderklaffen von effektiver Preisdifferenz und Bepunktung führt. Ein solches Vorgehen ist vergaberechtlich denn auch nicht zulässig (VGr, 9. April 2008, VB.2007.449, E. 7.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); RB 2006 Nr. 47 E. 4.3).

### **E. 7.2**

Ferner wendet die Beschwerdeführerin ein, es sei die vorgegebene Gewichtung unterlaufen worden, weil die bei der Bewertung der Implementierungskosten berücksichtigte Preisspanne unrealistisch bzw. unverhältnismässig weit angesetzt worden sei. Sie beruft sich dabei auf die in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts entwickelten Anforderungen an die Bewertung der Angebotspreise. Danach steht der Vergabestelle bei dieser Bewertung – ebenso wie bei den anderen Zuschlagskriterien – ein erheblicher Ermessensspielraum zu. Die Bewertung muss jedoch der Gewichtung des Kriteriums Rechnung tragen, damit das im Voraus bekannt gegebene Gewicht tatsächlich zum Tragen kommt (VGr, 18. Dezember 2002, BEZ 2003 Nr. 13 E. 3g und 4b, mit Hinweisen). Das bedeutet insbesondere, dass auch beim Preiskriterium nur die tatsächlich infrage kommende Bandbreite möglicher Werte zu berücksichtigen ist (VGr, 21. April 2004, BEZ 2004 Nr. 34 = ZBl 105/2004, S. 382 E. 2.2; 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4b, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); 28. Oktober 2002, BEZ 2003 Nr. 14 E. 4c; RB 2002 Nr. 52 = BEZ 2003 Nr. 13 E. 4b; vgl. zum Ganzen auch Beat Denzler, Bewertung der Angebotspreise, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 20). Welche Bandbreite bei den Angebotspreisen realistischerweise erwartet werden kann, ist von der infrage stehenden Beschaffung abhängig. So ist bei einfachen Bauarbeiten in der Regel mit einer geringeren Preisspanne zu rechnen als bei technisch anspruchsvollen Konstruktionen bzw. Dienstleistungen. Wird die Bandbreite erst

nach dem Vorliegen der Angebote festgelegt, können auch die tatsächlich offerierten, ernsthaften Preise als Anhaltspunkte berücksichtigt werden (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 3.2, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch); 21. April 2004, BEZ 2004 Nr. 34 = ZBI 105/2004, S. 382 E. 2.6; 28. Oktober 2002, BEZ 2003 Nr. 14 E. 4c). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin mit Fr. 1'003'908.- (vom Beschwerdegegner nicht bestritten) die tiefsten Implementierungskosten offeriert und wurde dafür mit der Note 6 honoriert. Gemäss dem Protokoll der Offertöffnung betragen die Gesamtkosten des nachträglich zurückgezogenen Angebots der teuersten Anbieterin Fr. 5'028'009.-. Über dessen Implementierungskosten lassen sich den zur Verfügung stehenden Akten keine genauen Angaben entnehmen. Da sich aber die Lizenzkosten für die SAP-Software bei allen eingereichten Angeboten auf Fr. 1'268'154.- belaufen, müssen die Implementierungskosten der teuersten Anbieterin mit Sicherheit unter Fr. 3'760'000.- gelegen haben. Im Vergleich zum günstigsten Angebot ergibt sich daraus eine Preisspanne von ungefähr 275 %. Ob eine derart hohe Bandbreite angesichts der Komplexität des Auftrags noch zulässig ist, erscheint fraglich, kann jedoch offenbleiben, da der Beschwerdegegner bei der Festlegung der Notenskala ohnehin nicht von den tatsächlichen Implementierungskosten der teuersten Anbieterin ausgegangen ist. Die bezüglich Implementierungskosten für das Angebot der Beschwerdeführerin und dasjenige der Mitbeteiligten erteilten (gerundeten) Noten von 6 bzw. 5.5 lassen nämlich angesichts der Kostendifferenz von 57,85 % auf eine Preisspanne von über 385 % schliessen. Dem Anschein nach hat der Beschwerdegegner bei der Festsetzung der Preisspanne anstelle der Implementierungskosten fälschlicherweise die von der teuersten Anbieterin veranschlagten Gesamtkosten zum Bezugspunkt für die Note 1 genommen; anders lässt sich seine Berechnung nicht nachvollziehen. Diesfalls läge der vom Beschwerdegegner verwendeten Notenskala sogar einer preisliche Bandbreite von rund 400 % zugrunde. Korrigiert man den Fehler, indem man von den wirklichen Implementierungskosten der teuersten Anbieterin ausgeht, muss das Angebot der Mitbeteiligten auf die Note 4.95 zurückgestuft werden. Daraus ergibt sich für dieses Angebot eine Durchschnittsnote von 5.10 statt 5.16, womit es in der Gesamtwertung auf den zweiten Rang hinter das mit durchschnittlich 5.13 benotete Angebot des Beschwerdeführers zurückfällt. Anzumerken ist, dass die Festlegung der unteren Grenze der Notenskala bei einer Note 1 (anstatt 0) eher unpraktisch ist, da sie die Berechnung erschwert; unzulässig ist dieses Vorgehen allerdings nicht (VGr, 9. April 2008, VB.2007.449, E. 7.3, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)).

### **E. 7.3**

Im Weiteren rügt die Beschwerdeführerin, die relative Gewichtung der Unterkriterien D1 und D3 entspreche nicht ihrem tatsächlichen Gewichtsverhältnis. Der Beschwerdegegner bestreitet dies und weist zudem darauf hin, dass die Mitbeteiligte einen Teil der ausgeschriebenen Optionen nicht als solche offeriert, sondern diese in die Implementierungskosten eingerechnet habe. Ein solches Vorgehen wirft grundsätzliche Fragen hinsichtlich der Vergleichbarkeit der Angebote und eines allfälligen Ausschlusses der Mitbeteiligten auf (RB 2006 Nr. 46). Nachdem die Beschwerde ohnehin gutzuheissen ist, ist diesen indes nicht weiter nachzugehen.

### **E. 8**

Der angefochtene Zuschlag kann bei Gutheissung der Beschwerde nur aufgehoben werden, wenn der Vertrag mit den Mitbeteiligten noch nicht abgeschlossen ist (Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [BGBM], Art. 18 Abs. 2

IVöB). Vorliegend hat das Gericht daher lediglich die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Entscheids festzustellen.

#### **E. 9**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdegegner kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihm eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist er zu einer solchen an die Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG); angemessen sind Fr. 2'500.-.

#### **E. 10**

Da der geschätzte Wert des strittigen Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des EVD vom 11. Dezember 2009 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das erste Semester des Jahres 2010; SR 172.056.12), ist gegen diesen Entscheid 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 gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Demgemäss entscheidet die Kammer :

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.