

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00215 vom 29. Juli 2014**

ZH Verwaltungsgericht, 2014-07-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2014.00215](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00215)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00215 du 29 juillet 2014

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00215 del 29 luglio 2014

## **Regeste**

Submission | Mit einer Submissionsbeschwerde kann nicht verlangt oder erreicht werden, dass ein anderes Produkt beschafft wird als dasjenige, das bei zulässiger Umschreibung des Auftrags beschafft wird (E. 2.2.1). Die Begründung der Beschwerde, insbesondere auch der legitimationsbegründenden Umstände, muss grundsätzlich innerhalb der Beschwerdefrist erfolgen (E. 2.3.1). Da die Legitimation zur Beschwerde gegen Freihandvergaben nur potentiellen Anbietern zusteht, hat die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert darzutun, dass die von ihr angebotene Leistung funktional der freihändig vergebenen entspricht bzw. dass sie das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis mit einem entsprechenden bzw. gleichartigen Angebot zu befriedigen vermöchte. Vorliegend vermag die Beschwerdeführerin diesen Nachweis nicht zu erbringen (E. 2.3.2). Nichteintreten.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26).

### **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]). Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und macht er geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so erfüllt er diese Legitimationsvoraussetzungen, sofern er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (VGr, 5. Mai 2010, VB.2009.00667, E. 2; RB 2001 Nr. 20 = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen

Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1319 f. ).

### **E. 2.1**

Wie der Beschwerdegegner ausführt, erfolgt die Grundbuchführung im Kanton Zürich derzeit noch auf Papier, auch wenn sie IT-gestützt ist. So existiere bereits das sogenannte Teilgrundbuchsystem EV, welches für die speziellen Bedürfnisse, namentlich die Verzahnung der Geschäftsbereiche von Notariats- und Grundbuchwesen zugeschnitten bzw. entwickelt wurde und so in keinem anderen Kanton zu finden sei. Dieses sei sodann eingebettet in eine vorhandene Applikationslandschaft, hauptsächlich bestehend aus den Geschäftsapplikationen "Auftragssystem" und "Auskunftssystem" mit diversen Schnittstellen zu weiteren Applikationen wie Textverarbeitungssysteme, SP-Tool (Servitutenprotokolle) usw. Die einzelnen Komponenten des Grundbuchteilsystems seien mit verschiedenen Technologien und Konzepten umgesetzt worden, unter anderem: [...]. Kernstück dieses EDV-Systems sei das Auftragssystem, welches für die tägliche Arbeitsbewältigung auf allen Stufen und in allen Geschäftsbereichen von zentraler Bedeutung sei. Ferner seien verschiedene Bereiche wie die Leistungsabrechnung und die Buchhaltung bereits mit dem Auftragssystem verbunden bzw. das Kommunikationstool betreffend Handänderungsanzeigen sei darin integriert. Zudem gewährleiste eine Geometerschnittstelle das Zusammenspiel mit den aktuellen Geometerdaten. Ferner könne mit dem jetzigen System auf die Personenverwaltung der anderen Notariate zugegriffen werden, es könnten direkt Statistiken und Reports aus den Daten des Auftragssystems generiert werden und es bestehe eine Verknüpfung zum Zeiterfassungssystem "G". Dieses bestehende Teilsystem gelte es nun einerseits um die noch fehlenden Module zu erweitern und andererseits mit diversen Anpassungen in den bestehenden Komponenten zu einem bundesrechtskonformen elektronischen Grundbuch auszubauen. Wie die im Vorfeld der Vergabe getroffenen umfangreichen und eingehenden Abklärungen und Auswertungen gezeigt hätten, stelle die Umstellung auf ein Standard-Grundbuchsystem keine taugliche Option dar und ebenso wenig komme eine Mischung mit anderen Programmiersprachen und -philosophien infrage, da dies zu zusätzlichen Schnittstellen sowie zu einer Instabilität des gesamten Systems führen würde, was für den Beschwerdegegner nicht zumutbar wäre. Angesichts der Spezialität und Komplexität des bestehenden Teilsystems und nachdem dieses von der Mitbeteiligten über einen Zeitraum von zehn Jahren entwickelt und unterstützt wurde, sei letztere auch wie keine andere Anbieterin geeignet, Neuprogrammierungsleistungen und Anpassungen effizient, ohne Zeitverlust und Mehraufwand zu erbringen. Dementsprechend rechtfertige sich eine freihändige Vergabe an die Mitbeteiligte sowohl gestützt auf lit. c, f und h von § 10 Abs. 1 SubmV. Zur zeitlichen Dringlichkeit der Vergabe im Sinn von § 10 Abs. 1 lit. d SubmV verweist der Beschwerdegegner sodann insbesondere auf Art. 26 der Technischen Verordnung des EJPD und des VBS über das Grundbuch (TGBV) vom 28. Dezember 2012, wonach die Kantone gewisse Standards der Datenübertragung und des Datenbezugs bereits per 1. Januar 2014 umzusetzen hatten.

### **E. 2.2**

In ihrer Beschwerde macht die Beschwerdeführerin nicht geltend, dass sie anstelle der Mitbeteiligten den Ausbau der bestehenden Individuallösung übernehmen könnte, sondern preist sich ausschliesslich als Anbieterin der standardisierten Grundbuchanwendung H an. Mithin leitet sie ihre Beschwerdelegitimation daraus ab, dass sie nicht bloss ein alternatives Produkt, sondern vielmehr sogar eine Alternative zum Beschaffungsgegenstand anbietet.

### **E. 2.2.1**

Wie das Bundesgericht in seinem von den Parteien mehrfach angerufenen Entscheid BGE 137 II 313, 320 ff. festhält, definiert grundsätzlich die Vergabestelle aufgrund ihrer Bedürfnisse, was sie beschaffen will. Beruft sich die Vergabestelle wie im vorliegenden Fall darauf, dass nur eine Anbieterin infrage komme, so muss zwar beschwerdeweise überprüfbar sein, ob die Umschreibung des Beschwerdegegenstandes rechtmässig ist. Auch in diesem Fall kann mit der Beschwerde aber nicht verlangt oder erreicht werden, dass ein anderes Produkt beschafft wird als dasjenige, das bei zulässiger Umschreibung des Auftrags beschafft wird.

### **E. 2.2.2**

Vorliegend hat der Beschwerdegegner den Beschaffungsgegenstand aufgrund einer eingehenden Evaluation festgelegt. Dafür hat er eine interne Fachgruppe eingesetzt, eine Risikoanalyse durchgeführt, externe Gutachter mit der Ausarbeitung von Gutachten und Machbarkeitsstudien betraut sowie mittels öffentlicher Ausschreibung einen fachlichen Berater bzw. Projektleiter bestellt. Diese weitreichenden Abklärungen werden denn auch von der Beschwerdeführerin als solche anerkannt. So räumt sie replicando ausdrücklich ein, die ihr offengelegten Akten würden belegen, dass der Beschwerdegegner eine ausführliche Evaluation der Varianten "Einführung einer Standardlösung / H" und "Erweiterung der bisherigen Anwendung" durchgeführt habe. Ob die Evaluation von Mischvarianten auch ausführlich erfolgt sei, könne sie mangels voller Akteneinsicht nicht beurteilen. Mit seinem Strategieentscheid habe der Beschwerdegegner die Variante "Erweiterung der bisherigen Lösung" gewählt. Dieser Strategieentscheid werde von der Beschwerdeführerin nicht hinterfragt und sei "somit gar nicht Gegenstand des Verfahrens". Was die Beschwerdeführerin mit ihrem Verweis auf die Evaluation von "Mischvarianten" meint und bezweckt, ist unklar, kann an dieser Stelle aber offenbleiben, da sie den Entscheid für den Beschaffungsgegenstand "Erweiterung der bisherigen Lösung" ausdrücklich anerkennt. Damit anerkennt sie gleichzeitig aber auch, dass sie mit ihrer in der Beschwerde noch ausschliesslich verfochtenen Standardlösung H nicht zu den potenziellen Anbietenden des als zulässig anerkannten Beschaffungsgegenstands zählt und ihr auf dieser Grundlage somit auch die Beschwerdelegitimation fehlt.

### **E. 2.3**

In der Replik macht die Beschwerdeführerin nun erstmals geltend, sie wolle dem Beschwerdegegner nicht nur ihr Standardprodukt H anbieten. Vielmehr "gehe es ihr" durchaus (auch) um "die Weiterentwicklung des bestehenden IT-Systems". So trete sie auf dem Markt "Softwareentwicklung für öffentliche Verwaltungen" im Wesentlichen als Anbieterin von Dienstleistungen für die Entwicklung von Individualsoftware auf. Mit dem Bereich Softwareentwicklung erziele sie einen Umsatz von rund Fr. 26'000'000.- (Stand 2012), davon mache der Anteil Individualsoftware rund 70 % aus. Der Anteil mit Entwicklung und Pflege von Standardsoftware nur 30 %. Dies zeige, dass die Beschwerdeführerin nachweislich auch ein grosses Interesse habe, dem Beschwerdegegner Individualsoftware anzubieten und für diesen zu realisieren. – Der Beschwerdegegner wertet diese nachträgliche Ausweitung der Legitimationsgründe als verspätet und daher unbeachtlich.

### **E. 2.3.1**

Die Begründung der Beschwerde, insbesondere auch der legitimationsbegründenden Umstände, muss grundsätzlich innerhalb der Beschwerdefrist erfolgen. Ausnahmsweise kann die Begründung mit der Replik insoweit ergänzt werden, als die Beschwerdeantwort dazu Anlass gibt. Vorbehalten bleibt das nachträgliche Vorbringen erheblicher Tatsachen oder Beweismittel, welche die Parteien nicht früher beibringen konnten (Alain Griffel in: derselbe [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 23 N. 23). Die Beschwerdeführerin macht hierzu geltend, im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung habe sie lediglich gewusst, dass es vorliegend um einen kostenintensiven Ausbau des bestehenden Grundbuchsystems gehe. Mehr habe sie mangels Pflichtenheft nicht gewusst bzw. nicht wissen können. – Soweit sie daraus ableiten will, aus der Formulierung des Beschaffungsgegenstand sei für sie nicht erkennbar gewesen, dass es um den Ausbau einer bestehenden Individuallösung und nicht um die Einführung eines Standardprodukts gehe, kann ihr nicht gefolgt werden. In der öffentlichen Publikation des Vergabeentscheids heisst es: "Ausbau des bestehenden Grundbuchteilsystems des Zürcher Notariatswesens um fehlende Softwaremodule zu einem rechtsgültigen elektronischen Grundbuchsystem inkl. Unterstützung bei dessen Einführung". Ausbau ist nicht gleich Einführung, sondern setzt etwas Bestehendes voraus, an dem überdies ausdrücklich festgehalten wird. Dies geht unmissverständlich aus der Publikation hervor und war der Beschwerdeführerin im Übrigen sehr wohl bekannt, führt sie doch in der Beschwerde selbst aus: "[...] nur der Kanton Zürich bzw. die Vergabestelle setzt nach dem Projektabbruch weiterhin auf ihre bestehende Individuallösung". Mithin war ihr zweifellos auch bewusst, dass sie mit dem in der Beschwerde geforderten Umschwenken auf ihr Standardprodukt die Beschaffungsvorgaben missachtete. Die nachträglich im Rahmen der Replik erfolgte Ausweitung ihres "Angebots" im Sinn der geforderten Weiterentwicklung einer bestehenden Individuallösung erweist sich somit als nachgeschoben bzw. verspätet.

### **E. 2.3.2**

Selbst wenn die Beschwerdeführerin rechtzeitig behauptet hätte, dass sie gewillt und in der Lage sei, die auf der bestehenden Lösung aufbauenden Leistungen entsprechend den Beschaffungsvorgaben zu erbringen, wäre damit ihre Legitimationsnachweis nicht ohne Weiteres erbracht (vgl. BGE 137 II 313, 323 ff.). Da die Legitimation zur Beschwerde gegen Freihandvergaben nur potenziellen Anbietenden zusteht, hat die Beschwerdeführerin hinreichend substantiiert darzutun, dass die von ihr angebotene Leistung funktional der freihändig vergebenen entspricht bzw. dass sie das hinter der Beschaffung stehende Bedürfnis mit einem entsprechenden bzw. gleichartigen Angebot zu befriedigen vermöchte. Hinsichtlich des gebotenen Substanziierungsgrads weist die Beschwerdeführerin zwar zutreffend darauf hin, dass von ihr kein Angebot auf ein ihr nicht bekanntes Pflichtenheft verlangt werden kann. Umgekehrt kann indes auch von der Vergabestelle kein strikter Beweis dafür verlangt werden, dass keine angemessenen Alternativen bestehen: "Das Vorhandensein angemessener Alternativen ist die anspruchsbegründende Tatsache, aus welcher die [Beschwerdeführerin] die Unrechtmässigkeit der Freihandvergabe und damit ihre Zulassung zu einem Submissionsverfahren [ableitet]; sie [trägt] deshalb dafür nach Art. 8 ZBG die Beweislast" (BGE 137 II 313, 325 E. 3.5.2, auch zum Folgenden). Der Vergabestelle die Beweislast für das Fehlen angemessener Alternativen aufzuerlegen, würde darauf hinauslaufen, einen Beweis negativer Tatsachen zu verlangen. Dies wird grundsätzlich nur zurückhaltend angenommen und würde nach Treu und Glauben auch die Mitwirkungspflicht der Gegenseite erhöhen, deren Verletzung bei der Beweiswürdigung

dann wiederum zu berücksichtigen wäre. Wie das Bundesgericht weiter festhält (a. a. O.) stünde eine solche Beweislastverteilung überdies im Widerspruch zum Wesen des Freihandverfahrens: "Um abklären zu können, ob günstigere Angebote vorhanden sind, müsste nämlich die Vergabebehörde Alternativofferten einholen. Damit wäre als Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Freihandverfahrens eine Art offenes oder selektives Verfahren durchzuführen, was dem Wesen des Freihandverfahrens gerade widerspricht. Der Dritte, der behauptet, es bestünden angemessene Alternativen, muss daher substantiiert solche Alternativen anbieten und darlegen, dass sie angemessen sind, und zwar unabhängig davon, ob die Frage im Rahmen des Eintretens oder der materiellen Beurteilung geprüft wird." Die Beschwerdeführerin begründet ihren potenziellen Anbieterstatus einzig damit, dass sie auf dem Markt "Softwareentwicklung für öffentliche Verwaltungen" als Anbieterin von Dienstleistungen für die Entwicklung von Individualsoftware auftrete. Bei dieser unsubstanzierten Aussage lässt sie es im Weiteren bewenden. Es ist denn auch nicht ansatzweise dargetan, welcher Art ihr bisheriger Leistungsausweis für die Entwicklung von Individualsoftware ist und insbesondere auch nicht, ob er funktional und wirtschaftlich auch nur einigermassen einschlägige Referenzprojekte umfasst. Andererseits hat sie aber sehr wohl ausgeführt, sie betreue mit ihrer – hier nicht zur Diskussion stehenden – standardisierten Grundbuch-Anwendung H inzwischen über zehn Kantone und sei in jenem Segment eine qualifizierte Anbieterin. Wie der Beschwerdegegner nachvollziehbar und überzeugend darlegt, handelt es sich vorliegend nicht um einen beliebigen Programmierauftrag, sondern um den Ausbau und die Aktualisierung einer vielschichtigen und komplexen Speziallösung mit einer beträchtlichen bzw. noch weiter anwachsenden Schnittstellenproblematik. Dass die Beschwerdeführerin als potenzielle Anbieterin des betreffenden Beschaffungsgegenstands zu qualifizieren wäre, ist durch nichts belegt und dementsprechend auch nicht ersichtlich. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten kann das "Thema" ihrer Eignung auch nicht einfach unerörtert bleiben, weil es angeblich "zahlreiche" (andere) Anbieter gebe, "die selbst komplexe Individualsoftware realisieren und bestehende Systeme ergänzen könnten". Für die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin kommt es einzig auf ihre eigene Qualifikation an; würde die Legitimation weiter gefasst, käme das Verfahren einer unzulässigen Populärbeschwerde gleich.

#### **E. 2.4**

Zusammenfassend hat die Beschwerdeführerin den gebotenen Legitimationsnachweis somit nicht erbracht und ist daher auf ihre Beschwerde nicht einzutreten.

#### **E. 3**

Anzumerken bleibt, dass die Beschwerde auch in materieller Hinsicht wenig Aussicht auf Erfolg hätte. Die in § 10 Abs. 1 lit. f SubmV genannte Voraussetzung für eine freihändige Vergabe des Auftrags, wonach "einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet" sei, dürfte vorliegend zwar nicht in absoluter Form erfüllt sein. In Anwendung von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV und mit Blick auf die Verhältnismässigkeit des Vorgehens fallen indes der Aufwand, den die Koordination des neuen Auftrags mit bereits vorhandenen Leistungen verursacht, wie auch das damit einhergehende gesteigerte Erfolgsrisiko, sehr wohl ins Gewicht (vgl. VGr, 5. Mai 2010, VB. 2009.00667, E. 3; 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 4c). Die Komplexität der vorhandenen "Applikationslandschaft" und die technologische und konzeptionelle Diversität bei den einzelnen Komponenten des Grundbuchteilsystems begründen vorliegend

zweifelloso eine aussergewöhnliche Schnittstellenproblematik und dementsprechend einen ebensolchen Koordinationsbedarf. Wie der Beschwerdegegner glaubhaft geltend macht, würden anbieterbedingte Änderungen von Programmiersprache und -philosophie die Stabilität des gesamten Systems in unzumutbarer Weise gefährden. Insgesamt erbringt er – wie von der Literatur gefordert – den Nachweis dafür, dass die Voraussetzungen von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV erfüllt sind (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 300 f.). Das Ausmass der Schnittstellenproblematik kann offenbar auch er selbst nicht abschliessend bestimmen. Derzeit wäre dazu wohl höchstens die Mitbeteiligte in der Lage, welche die bestehende Individuallösung über einen Zeitraum von 10 Jahren entwickelt und unterstützt hat und damit als einzige über vertiefte Kenntnisse des bestehenden Systems, der verwendeten Konzepte und des Aufbaus des Source-Codes verfügt. Die Beschwerdeführerin hält dem zwar entgegen, all diese Informationen seien üblicherweise einer ordentlich geführten Entwicklungsdokumentation zu entnehmen und dort so beschrieben, dass jeder fachlich versierte Entwickler sie verstehen und nutzen könne. Selbst wenn dem so wäre, würde eine solche Dokumentation indes höchstens einen Teil des systembezogenen technischen Kenntnissstands der Mitbeteiligten wiedergeben. Ihre gesammelten prozessualen Kenntnisse zu den spezifischen Bedürfnissen des Zürcher Notariatswesens würden darin sodann gar nicht abgebildet. Die Besorgnis des Beschwerdegegners hinsichtlich der Bewältigung der Schnittstellenproblematik erscheint daher durchaus begründet und gleichermaßen nachvollziehbar wie die Schlussfolgerung, die Mitbeteiligte sei wie keine andere Anbieterin geeignet, Neuprogrammierleistungen und Anpassungen effizient, ohne Zeitverlust und Mehraufwand zu erbringen. Ob dem zeitlichen Aspekt dabei die Qualität eines selbständigen Vergabegrunds im Sinn von § 10 Abs. 1 lit. d SubmV zukommt, kann dahingestellt bleiben. Der steigende Druck, baldmöglichst über ein elektronisches Grundbuch zu verfügen, wird von keiner Seite in Abrede gestellt und ist mit Blick auf die Angemessenheit einer Alternative im Sinn von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV auch unter diesem Titel zu berücksichtigen. Soweit die freihändige Vergabe an die Mitbeteiligte auf § 10 Abs. 1 lit. c SubmV abgestützt wird, erscheint sie denn auch als hinreichend begründet.

#### **E. 4**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an den Beschwerdegegner zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG); angemessen sind Fr. 1'800.-.

#### **E. 5**

Da der Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015), 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 dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.