

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00587 vom 4. Dezember 2014

ZH Verwaltungsgericht, 2014-12-04, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00587

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00587 du 4 décembre 2014

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00587 del 4 dicembre 2014

Regeste

Submission | Beschwerde gegen Vergabe von Informatikdienstleistungen. Frage, ob die Zuschlagsempfängerin wegen irreführender Angaben aus dem Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Interessenabwägung. Beurteilungsspielraum der Vergabebehörde. Ein so gravierender Mangel in der Offerte, der unabhängig von den weiteren Umständen zum Ausschluss führen müsste, liegt nicht vor. Vielmehr steht der Vergabebehörde im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu (E. 4.3). Im Rahmen der Interessenabwägung ist zu beachten, dass die Submissionsbestimmungen insbesondere den wirksamen Wettbewerb fördern sollen. Trotz offenem Verfahren haben sich lediglich zwei Firmen zur Einreichung eines Angebots entschlossen. Würde einer der beiden Anbieter ausgeschlossen, so bliebe gerade noch ein Anbieter übrig. Dies spricht grundsätzlich gegen eine strenge Handhabung der Ausschlussbestimmungen. Sodann fällt aus öffentlicher Sicht ins Gewicht, dass das Angebot der Beschwerdeführerin deutlich als das wirtschaftlich günstigere bewertet wurde. Auf der anderen Seite besteht auch ein grosses öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots und damit an der Verhinderung, dass Anbieter durch irreführende Angaben einen Vorteil erlangen. Das mit den vergaberechtlichen Bestimmungen verfolgte Kernziel, die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs, spricht indessen massgeblich für die Zulassung beider Offerten. Wenn die Vergabebehörde unter diesen Umständen das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher als die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots gewichtet hat, hat sie den ihr in dieser Konstellation zustehenden Beurteilungsspielraum jedenfalls nicht überschritten (E. 4.3.2). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren finden 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung.

E. 2.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen ihren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren 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]).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, das Konkurrenzangebot der Mitbeteiligten sei gemäss § 4a Abs. 1 lit. i IVöB-BeitrittsG aus dem Verfahren auszuschliessen. Dringt sie mit dieser Rüge durch, so verbliebe die Beschwerdeführerin als einzige Anbieterin. Damit ist ihre Beschwerdelegitimation offensichtlich.

E. 3.1

Teil der Ausschreibungsunterlagen bildet ein von den offerierenden Firmen auszufüllender Anforderungskatalog T3-03 betreffend "Betrieb und Unterhalt Telematik-Infrastruktur". Die Positionen dieses Anforderungskatalogs beziehen sich jeweils auf das Pflichtenheft T2-00 der Ausschreibung. Der Katalog enthält unter den Titeln Software-Wartung (3.2.15) und Software-Aktualisierung (3.2.16) verschiedene Positionen mit der Erklärung, dass die Software-Wartung sämtliche Aktivitäten und Kosten umfasse, um die eingesetzte Software nachhaltig betriebstüchtig zu halten bzw. immer auf dem neusten Stand zu halten. In den Positionen 99, 101 und 102 wurde verlangt, dass die im Pflichtenheft beschriebene Telematik-Infrastruktur respektive die Software vollumfänglich durch die Anbieterin gewartet und deren Life Cycle vollumfänglich garantiert werden müsse. Dies betreffe die Software selbst, sämtliche Konfigurationen und die dafür notwendigen Lizenzen. Die strukturierten wiederkehrenden Kosten müssten sämtliche Updates und Upgrades enthalten. Diese Anforderungen waren durch die Anbieterinnen zu bestätigen und Ausnahmen lückenlos aufzulisten. Schliesslich mussten auch allfällige wiederkehrende Lizenzkosten von bereits vorhandenen Lizenzen enthalten sein.

E. 3.2

Neben anderen Produkten verwendet der Beschwerdegegner in der kantonalen Verwaltung die Applikation "E". Unter den erwähnten Positionen 99, 101 und 102 machte die Mitbeteiligte in ihrer Offerte zur Applikation E keine spezifischen Vorbehalte, weder bezüglich Software-Wartung, Software-Aktualisierung oder Lizenzen.

E. 3.3

Wie die Beschwerdeführerin darlegt, handelt es sich bei der Applikation E um eine von ihr entwickelte CTI-Software, welche sie auch beim Beschwerdegegner einsetze. Sie selbst besitze alle Rechte an der betreffenden Software und keine ihrer Lizenznehmer habe das Recht, Unterlizenzen an Dritte zu erteilen. Der Mitbeteiligten sei es deshalb aus urheberrechtlichen Gründen verwehrt, die Anwendung von der Applikation E entsprechend dem Anforderungskatalog bei der kantonalen Verwaltung auszubereiten, zu aktualisieren und zu warten. Auch fehle ihr der für Aktualisierung und Wartung erforderliche Zugang zu den Quellcodes. Ohne Mitwirkung der Beschwerdeführerin sei die Mitbeteiligte somit nicht in der Lage, die "Muss-Anforderungen" zu erfüllen, namentlich nicht die Anforderungen 99, 101 und 102. In der Bestätigung der Anforderungen 99–106 durch die Mitbeteiligte erblickt die Beschwerdeführerin eine bewusste Erteilung falscher Auskünfte, was nach § 4a Abs. 1 lit. i IVöB-BeitrittsG zum Ausschluss aus dem Verfahren führen müsse. Es liege insofern auch ein unvollständiges Angebot vor § 4a Abs. 1 lit. b

IVöB-BeitrittsG) sowie eine Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG).

E. 3.4

Gemäss § 4a Abs. 1 lit. i IVöB-BeitrittsG (bisher § 28 lit. b der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) werden Anbietende von der Teilnahme unter anderem ausgeschlossen, wenn sie der Vergabestelle falsche Auskünfte erteilt haben.

E. 3.5

Wie erwähnt trifft es zu, dass die Mitbeteiligte unter den erwähnten Positionen 99–106 des Anforderungskatalogs keine Vorbehalte betreffend die Applikation E anbrachte. Aus den mit der Beschwerdeantwort eingereichten Akten ergibt sich allerdings auch, dass sie unter Position 113 des Anforderungskatalogs durchaus spezifische Anmerkungen zur Applikation E gemacht hat: "Die CTI Applikation E basiert auf den ICS API WEB Services. Die D AG verfügt schweizweit über 18 Techniker, welche auf den ICS WEB-Services ausgebildet sind. 10 davon auf dem höchsten Hersteller Level ACSE. Die D AG hat im Angebot eine Migration der E-Applikation zum D AG eigenen Produkt X eingerechnet. Diese Applikation verfügt über alle Funktionen der E-Applikation plus weitere und ist zusätzlich kompatibel mit der Open Touch Plattform. Falls die E-Applikation nicht migriert werden soll, wird die D AG den E-Software Support der Hersteller Firma untervergeben."

E. 3.6

Mit diesen Angaben wurde zum Ausdruck gebracht, dass die Mitbeteiligte zwar Angestellte mit Kenntnissen zur Anwendung von der E-Applikation habe; dennoch würde im Falle der Beibehaltung von E-Applikation nicht sie selbst E betreiben, sondern die Herstellerfirma, also die Beschwerdeführerin. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin in der Replik ist diese Anmerkung dahin zu verstehen, dass – falls der Beschwerdegegner am Produkt E festhalten sollte – sämtlicher Support, also auch urheberrechtlich relevanter Support, an die Mitbeteiligte untervergeben würde. Denn es würde offensichtlich keinen Sinn machen, der Beschwerdeführerin als Herstellerfirma lediglich "normalen", nicht aber den urheberrechtlich geschützten Support zu übergeben. Dass die Beschwerdeführerin in der Lage und berechtigt wäre, den Support an ihrer eigenen Applikation zu erbringen, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Klar wird aus dem Angebot der Mitbeteiligten auch, dass sie die Kosten, die mit einer Untervergabe an die Beschwerdeführerin anfallen, selbst tragen würde. Es liegt in der Natur einer Untervergabe, dass die ausführende Firma durch die Anbieterin, hier also durch die Mitbeteiligte, entschädigt würde. Damit hat die Mitbeteiligte den Hinweis auf ihren fehlenden eigenen Support betreffend die E-Applikation zwar nicht bei allen damit zusammenhängenden Positionen angebracht (vgl. namentlich die Positionen 99, 101 und 102). Darin liegt allerdings keine Falschangabe; denn auch wenn der Hinweis an diesen Stellen unterblieb, ergibt sich aus der Anmerkung zu Position 113 eindeutig die Absicht der Mitbeteiligten, den E-Support nicht selbst – sondern mittels Untervergabe an die Beschwerdeführerin – zu erbringen. Die Mitbeteiligte hat bei Erstellung ihrer Offerte offenkundig damit gerechnet, dass die Beschwerdeführerin – falls der Beschwerdegegner am Produkt E festhalten sollte – den entsprechenden Support in Untervergabe übernehmen würde. Dies liegt denn auch ohne Weiteres auf der Hand; es sind jedenfalls keine plausiblen Gründe dafür ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin den Support für ihr Produkt nicht erbringen sollte. Die Angabe der Beschwerdeführerin im

Beschwerdeverfahren, sie sei angesichts der unterblieben vorgängigen Anfrage nun aber nicht bereit zur erforderlichen Lizenzerteilung, erscheint als wenig plausibel und vielmehr darauf gerichtet, ihre Prozesschancen zu verbessern. Die Beschwerdeführerin führt denn auch selbst aus, dass sie durchaus ein Interesse gehabt hätte, mit der Mitbeteiligten eine entsprechende (Lizenz-)Vereinbarung zu treffen, hätte sie doch in diesem Fall auch bei einem Zuschlag an die Mitbeteiligte finanziell profitieren können. Dass die Beschwerdeführerin nun nach eigenen Angaben nicht zur Zusammenarbeit bereit ist, macht die damalige Aussage der Mitbeteiligten nicht zur Falschangabe. Auch kann der Mitbeteiligten deshalb kein Verstoss gegen § 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG zur Last gelegt werden.

E. 3.7

Entsprechend den substantiierten Ausführungen der Beschwerdeführerin erscheint es allerdings als glaubhaft, dass der Beschwerdegegner die Anmerkungen der Mitbeteiligten zu Position 113 nicht in voller Tragweite erkannt hat. Unter diesem Aspekt stellt sich die Frage, ob die Angaben der Mitbeteiligten in der Offerte insgesamt als irreführend und deshalb dennoch als verpönte Angaben im Sinn von § 4a Abs. 1 lit. i IVöB-BeitrittsG zu qualifizieren sind (vgl. VGr, 24. März 2010, VB.2009.00585, E 2.5). Die Frage kann allerdings offen gelassen werden. Denn wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, würde auch die Annahme objektiv irreführender bzw. missverständlicher Angaben nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen.

E. 3.7.1

Wie jedes staatliche Handeln hat die Anordnung eines Verfahrensausschlusses das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit zu beachten (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; VGr, 21. Mai 2008, VB.2007.00540, E. 3.8; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 200 f., Rz. 444 f.). Wie erwähnt konnte die Mitbeteiligte aufgrund der Umstände zu Recht annehmen, die Beschwerdeführerin sei an der Übernahme des Supports für ihr Produkt E interessiert. Ihre Angaben lassen sich damit nicht als bewusst irreführend qualifizieren. Der Umstand, dass die Mitbeteiligte auf eine Beschwerdeantwort verzichtet hat, lässt entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin nicht auf einen Täuschungsvorsatz schliessen. Ein so gravierender Mangel in der Offerte, der quasi unabhängig von den weiteren Umständen zum Ausschluss führen müsste, liegt nicht vor. Vielmehr steht der Vergabebehörde im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung ein gewisser Beurteilungsspielraum zu, in welchen das Verwaltungsgericht nicht eingreift (§ 50 Abs. 2 VRG). Dies gilt auch für den Umstand, dass die Mitbeteiligte für den Beizug der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin kein Firmenblatt ausgefüllt hat. Wohl könnte daraus entsprechend dem Standpunkt der Beschwerdeführerin auf eine Unvollständigkeit des Angebots geschlossen werden, was grundsätzlich den Tatbestand von § 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG erfüllt. Auch hier steht der Vergabebehörde im Rahmen der Prüfung eines Ausschlusses jedoch ein Beurteilungsspielraum zu. Dabei ist vorab zu beachten, dass dem Beschwerdegegner die Firma der Beschwerdeführerin selbstredend bekannt war und deshalb der Verzicht auf die Einreichung eines Firmenblatts nur gering wiegt.

E. 3.7.2

Bei der Abwägung der gegenseitigen Interessen im Rahmen der Prüfung des Ausschlusses unter dem Aspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes fällt sodann Folgendes ins Gewicht: Das Interesse der Mitbeteiligten am Zuschlag ist naturgemäss gross. Wird aber eine irreführende Wirkung ihrer Angaben eingerechnet, so kann ihr Interesse nur beschränkt berücksichtigt werden. Auf der anderen Seite ist zu beachten, dass die Angabe der Mitbeteiligten zum Beizug der Beschwerdeführerin als Subunternehmerin deshalb zur Problematik geworden ist, weil die Beschwerdeführerin im Beschwerdeverfahren eine Zusammenarbeit ohne plausible Begründung ablehnt. Das Interesse der Beschwerdeführerin am Zuschlag ist zwar, ebenso wie dasjenige der Mitbeteiligten, gross; es ist aber vor diesem Hintergrund, ebenso wie dasjenige der Mitbeteiligten, im Rahmen der Interessenabwägung nur beschränkt zu berücksichtigen. Insgesamt sind die einander zuwiderlaufenden privaten Interessen damit in etwa gleich stark in die Interessenabwägung einzubeziehen. Mit Bezug auf die öffentlichen Interessen ist zu beachten, dass die Submissionsbestimmungen insbesondere den wirksamen Wettbewerb fördern sollen (Art. 1 Abs. 3 lit. a IVöB; vgl. auch Galli et al. S. 10 Rz. 16 zur bundesrechtlichen Zweckbestimmung). Vorliegend haben sich – trotz offenem Verfahren – lediglich zwei Firmen zur Einreichung eines Angebots entschlossen. Die Wirksamkeit des Wettbewerbs ist deswegen schon beträchtlich eingeschränkt. Würde einer der beiden Anbieterinnen ausgeschlossen, so bliebe gerade noch eine Anbieterin übrig. Dies spricht grundsätzlich gegen eine strenge Handhabung der Ausschlussbestimmungen. Sodann fällt aus öffentlicher Sicht hier ins Gewicht, dass das Angebot der Beschwerdeführerin deutlich als das wirtschaftlich günstigere bewertet wurde. Das Submissionsrecht dient denn auch der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (vgl. Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB). Auf der anderen Seite besteht auch ein grosses öffentliches Interesse an der Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots und damit an der Verhinderung, dass Anbietende durch irreführende Angaben einen Vorteil erlangen. Das mit den vergaberechtlichen Bestimmungen verfolgte Kernziel, die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs, spricht indessen massgeblich für die Zulassung beider Offerten. Wenn die Vergabebehörde unter diesen Umständen das öffentliche Interesse an der Förderung des wirksamen Wettbewerbs höher als die Durchsetzung des Gleichbehandlungsgebots gewichtet hat, hat sie den ihr in dieser Konstellation zustehenden Beurteilungsspielraum jedenfalls nicht überschritten. Der Verzicht auf einen Ausschluss erweist sich damit selbst dann als rechtmässig, wenn den Angaben der Mitbeteiligten eine objektiv irreführende Wirkung beigemessen wird.

E. 3.8

Zusammenfassend ist es bei den gegebenen Umständen nicht zu beanstanden, dass der Beschwerdegegner auf einen Ausschluss des Angebots der Mitbeteiligten verzichtet hat. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde. Das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde wird bei diesem Ergebnis gegenstandslos.

E. 4

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Damit entfällt ihr Anspruch auf eine Parteientschädigung von vornherein (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Für den Beschwerdegegner ist im Beschwerdeverfahren kein besonderer Aufwand angefallen, da er mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur seiner Pflicht zur Begründung des Zuschlags nachgekommen ist. Auch für den Beschwerdegegner besteht damit kein Anspruch auf Parteientschädigung.

E. 5

Der geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (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 [SR 172.056.12]). 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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