

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00444 vom 25. Oktober 2018**

ZH Verwaltungsgericht, 2018-10-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2018.00444](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00444)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00444 du 25 octobre 2018

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00444 del 25 ottobre 2018

## **Regeste**

Submission | Legitimation. Ausschluss aus dem Verfahren. Zuschlagskriterien. Preisbewertung. Preisbereinigung. Die Vergabebehörde kann sich im Beschwerdeverfahren nicht neu auf einen Ausschluss der Beschwerdeführerin berufen, wenn ein Ausschluss - wie vorliegend - nicht als zwingend erscheint (E. 2.3.3). Die Vergabebehörde machte bei der Preisbewertung von einer anderen Preisformel als der in der Ausschreibung angegebenen Gebrauch. Dies führte zu einer unzulässigen Verflachung des grossen Preisunterschieds zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten. Bei einer Preisbewertung gemäss den Ausschreibungsunterlagen erreicht die Beschwerdeführerin insgesamt mehr Punkte als die Zuschlagsempfängerin. Es liegt eine Überschreitung des Ermessens bzw. eine Missachtung des Transparenzgebots durch die Vergabebehörde vor (E. 3). Gutheissung und Rückweisung zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin.

## **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 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.

### **E. 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).

### **E. 2.2**

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Anordnung und bringt vor, dass ihr Angebot bei der Bewertung zu wenig Punkte erhalten habe. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem Angebot eine realistische

Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation als gegeben erscheint.

### **E. 2.3**

Der Beschwerdegegner führt bezüglich der Legitimation der Beschwerdeführerin allerdings an, dass deren Angebot an sich auszuschliessen sei bzw. auszuschliessen gewesen wäre. Er macht dazu namentlich geltend, die Beschwerdeführerin habe entgegen den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen keine Standard-Software-Lösung offeriert.

#### **E. 2.3.1**

Ausgeschrieben war vorliegend die Beschaffung eines Software-Systems, das den Gesamtprozess der Zentralen Aufnahmeprüfung bezüglich Bedienungsfreundlichkeit, Automatisierung, Compliance-Vorgaben und Betriebssicherheit sicherstellen und optimal unterstützen soll. Dabei wurde in Ziffer 3.3.1 des Pflichtenhefts Folgendes festgehalten: "Standard-Software oder Individual-Entwicklung? Wenn möglich soll ein parametrisierbares Standard-Softwaresystem beschafft werden. Dieses Standard-Softwaresystem soll nur insoweit auf administrations-, organisations- und prozessspezifische Besonderheiten angepasst werden, dass die Releasefähigkeit des Standard-Softwaresystems gewährleistet bleibt. Falls ein parametrisierbares Standard-Softwaresystem die Leistungsfähigkeit des Ablaufs und die Organisation der ZAP nachteilig beeinflusst, kann auch ein Individualsystem beschafft werden."

#### **E. 2.3.2**

Die im Rahmen einer 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 bzw. der dort tätigen Personen kommt es nicht an. Doch verfügt die Vergabestelle bei der Formulierung und Anwendung der Eignungskriterien über einen grossen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum, den die Beschwerdeinstanzen – im Rahmen der Sachverhalts- und Rechtskontrolle – nicht unter dem Titel der Auslegung überspielen dürfen. Von mehreren möglichen Auslegungen hat die gerichtliche Beschwerdeinstanz nicht die ihr zweckmässig scheinende auszuwählen, sondern die Grenzen des rechtlich Zulässigen abzustecken (BGE 141 II 14 E. 7.1; Galli et al., Rz. 557 ff., 564 ff.; VGr, 27. September 2016, VB.2016.00025, E. 3.2).

#### **E. 2.3.3**

Die Vergabebehörde ging im Rahmen des Submissionsverfahrens offensichtlich davon aus, dass auch ein Individualsystem zulässig ist. So wurde das Angebot der Beschwerdeführerin zugelassen, obschon es im Bericht explizit als Individual-Entwicklung bezeichnet worden war. Tatsächlich kann besagte Ziffer 3.3.1 des Pflichtenhefts zwanglos dahingehend ausgelegt werden, dass vorzugsweise ein Standard-Softwaresystem beschafft werden und dies bei der Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien entsprechend berücksichtigt werden soll. Ob eine andere Auslegung von Ziffer 3.3.1, die entsprechend dem nunmehrigen Standpunkt des Beschwerdegegners im Beschwerdeverfahren zum Ausschluss der Beschwerdeführerin führen würde, auch möglich wäre, braucht nicht näher geklärt zu werden: Da sich die im Zuschlagsentscheid implizit gewählte Auslegung als zulässig erweist, erscheint ein Ausschluss der Beschwerdeführerin jedenfalls nicht als zwingend. In einem solchen Fall kann sich die Vergabebehörde nach der Praxis des Verwaltungsgerichts nicht im Beschwerdeverfahren neu auf einen Ausschlussgrund berufen (vgl. VGr, 8. März 2006, VB.2005.00286, E. 2.5 a. E; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf

2013, S. 203 Rz. 452).

#### **E. 2.3.4**

Bei diesem Ergebnis kann offenbleiben, ob die Beschwerdeführerin tatsächlich ein Individualsystem angeboten hat oder ob ihre Offerte entsprechend ihrem eigenen Bekunden als Standard-Softwaresystem zu qualifizieren ist.

#### **E. 2.4**

Der Beschwerdegegner macht auch geltend, die Beschwerdeführerin habe zu knapp kalkuliert. Soweit er damit das Vorliegen eines ungewöhnlich niedrigen Angebots postuliert und damit den Ausschlussgrund von § 4a Abs. 1 lit. d IVöB-BeitrittsG ansprechen sollte, ist festzuhalten, dass diesbezüglich konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Ausschlussgrundes fehlen. Auf die Thematik einer allfälligen Preisbereinigung ist zurückzukommen.

#### **E. 2.5**

Schliesslich führt der Beschwerdegegner aus, die Beschwerdeführerin hätte wegen Vorbefassung im Grunde ausgeschlossen werden müssen. Er spricht damit den Umstand an, dass die Beschwerdeführerin als bisherige Anbieterin einen Wissensvorsprung hatte. Es bestehen allerdings keine Indizien dafür, dass die Beschwerdeführerin aufseiten der Vergabebehörde an der Ausschreibung mitgewirkt hat (vgl. dazu etwa Galli et al. S. 483 Rz. 1055). Dass die Beschwerdeführerin bisher die IT-Dienstleistungen im Zusammenhang mit den Aufnahmeprüfungen erbracht hat, führt nicht zur Annahme einer Vorbefassung im Sinn von § 9 der kantonalen Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003.

#### **E. 2.6**

Bestand somit kein zwingender Ausschlussgrund gegenüber dem Angebot der Beschwerdeführerin, so ist deren Legitimation abschliessend zu bejahen und auf die Beschwerde einzutreten.

#### **E. 3**

Die Beschwerde richtet sich mit Schwerpunkt gegen die Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis.

##### **E. 3.1**

Im Pflichtenheft hat der Beschwerdegegner die Bewertung des Preiskriteriums bei einer Gewichtung von 30 % wie folgt festgelegt: Grundlage der Bewertung sollten die bereinigten Gesamtkosten der ersten fünf Jahre gemäss Preisblatt sein. Die Punktevergabe sollte nach der gängigen Formel unter Annahme einer Bandbreite (Preispanne) von 75 % erfolgen. Als Preisbewertungsformel gab sie sie bekannt: In den Preisblättern der Ausschreibungsunterlagen wurde der bewertungsrelevante Preis sodann klar genannt; er setzte sich zusammen aus den Einmalkosten sowie aus den jährlichen Kosten für die Dauer von fünf Jahren. Diese im Voraus bekanntgegebenen Angaben zum Zuschlagskriterium waren für die Bewertung grundsätzlich verbindlich (vgl. dazu Galli et al., S. 387 Rz. 859).

##### **E. 3.2**

Tatsächlich ging die Vergabebehörde in der Folge jedoch anders vor, indem sie nun fünf Preiskategorien machte und dazu einzelne Noten mit anderen Bandbreiten vergab. Damit errechnete sie für die Beschwerdeführerin für das Kriterium Preis 237,4 Punkte und für die

Mitbeteiligte 225,6 Punkte. Eine Preisbewertung mit der in den Ausschreibungsunterlagen angekündigten Formel ergibt dagegen ein gänzlich anderes Ergebnis: Die Beschwerdeführerin würde mit dem preislich tiefsten Angebot die Maximalpunktzahl (300 Punkte) erreichen. Die Mitbeteiligte hingegen würde noch rund 109 Punkte erzielen. Mithin vergrössert sich der Vorsprung der Beschwerdeführerin gegenüber der Mitbeteiligten im Preiskriterium von bisher 11,8 auf 191 Punkte, womit das Angebot der Beschwerdeführerin angesichts des bisherigen Rückstandes von nur 43,1 Punkten in der Gesamtrechnung klarerweise auf den 1. Platz vorrückt.

### **E. 3.3**

Es ist nicht nachvollziehbar, nach welchen Grundsätzen die Vergabebehörde bei ihrem Vorgehen eine Formel gewählt hat, welche den grossen Preisunterschied zwischen den Angeboten der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten massiv verflacht. Es liegt nahe, dass die neue Preisformel letztlich ergebnisorientiert gewählt wurde. Wohl steht der Vergabebehörde bei der Festlegung der Zuschlagskriterien sowie beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, ein erheblicher Beurteilungsspielraum zusteht (VGr, 4. Mai 2017, VB.2016.00799, E. 3.1 m. w. H.). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB; § 50 Abs. 2 VRG), nicht ein. Indem der Beschwerdegegner vorliegend weder aus nachvollziehbaren Gründen noch in einer nachvollziehbaren Weise von einer üblichen, in den im Pflichtenheft der Ausschreibungsunterlagen vorgesehenen Bewertung abgewichen ist, liegt jedoch eine Überschreitung des Ermessens. Das Vorgehen erweist sich in Missachtung des Transparenzgebots als unzulässig und die entsprechende Bewertung demnach als rechtswidrig.

### **E. 3.4**

Es fragt sich immerhin, ob stattdessen eine Preisbereinigung hätte erfolgen müssen bzw. ob eine solche nachzuholen ist. Eingereichte Offerten müssen von der Vergabebehörde soweit nötig in technischer und rechnerischer Hinsicht bereinigt werden, damit sie objektiv vergleichbar sind (Galli et al., S. 289, Rz. 664; S. 293 Rz. 675). In diesem Sinn ist nach Auffassung des Beschwerdegegners in der Beschwerdeantwort eine Preisbereinigung nötig für den Fall, dass die Bewertung des Preises nach der im Pflichtenheft vorgesehenen Formel vorgenommen wird. Mit der Duplik hält er dies jedoch nicht (mehr) für machbar oder zielführend; die Angebote seien nicht vergleichbar. Dementsprechend macht er über Anmerkungen und Vermutungen zur Preiskalkulation hinaus keine Ausführungen, wie die Preisbereinigung zu erfolgen hätte und zeigt insbesondere nicht auf, dass eine Preisbereinigung überhaupt Auswirkungen auf die Rangierung hätte. Es ist bei der gegebenen Konstellation nicht Sache des Gerichts, eine unterbliebene Preisbereinigung nachzuholen, zumal die Akten die Notwendigkeit einer solchen nicht aufzeigen. So ergibt sich aus dem Angebot der Beschwerdeführerin durchaus etwa, dass diese – im Gegensatz zur Mitbeteiligten – hohe Kosten für die Anpassungen gemäss Kriterienkatalog veranschlagt hat. Hat die Vergabebehörde eine Preisbereinigung unterlassen, so kann eine solche auch nicht durch die Einholung einer Expertise nachgeholt werden; dies umso weniger vorliegend, wo der Beschwerdegegner eine Preisbereinigung zur Untermauerung ihres Zuschlagsentscheids ohnehin nicht (mehr) für zweckmässig hält.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend bleibt es damit dabei, dass die Bewertung durch den Beschwerdegegner in Missachtung der Vorgaben gemäss den Ausschreibungsunterlagen und damit des Transparenzgebots erfolgte. Da keine Gründe für die Notwendigkeit einer Preisbereinigung ersichtlich sind, ist von den Zahlen gemäss den Angeboten auszugehen. Dies führt – wie gesehen – zu einer Besserbewertung des Angebots der Beschwerdeführerin mit der Folge, dass ihr Angebot in der Gesamtbewertung vor demjenigen der Mitbeteiligten zu liegen kommt.

### **E. 3.6**

Die Beschwerde ist somit gutzuheissen und die angefochtene Verfügung des Beschwerdegegners vom 13. Juli 2018 dementsprechend aufzuheben. Die Vergabe hat an die Beschwerdeführerin zu erfolgen. Praxisgemäss erteilt das Verwaltungsgericht den Zuschlag jedoch nicht selber; die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Anordnung an den Beschwerdegegner zurückzuweisen (vgl. VGr, 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33).

### **E. 4.1**

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 Vergabe an die Beschwerdeführerin gilt diese als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten dem Beschwerdegegner aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

### **E. 4.2**

Schliesslich ist der Beschwerdegegner zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheinen Fr. 3'500.-.

### **E. 5**

Da der Wert der zu vergebenden Dienstleistungen den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [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 dagegen 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.