

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00879 vom 4. März 2021

ZH Verwaltungsgericht, 2021-03-04, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2020.00879](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00879)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00879 du 4 mars 2021

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00879 del 4 marzo 2021

## Regeste

Submission | Ausschluss aus dem Submissionsverfahren. Bei einer der zwei vom Beschwerdeführer eingereichten Referenzen geht es nicht um ein Projekt mit vergleichbarer Komplexität und Grösse. Der diesbezügliche Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren erweist sich als verhältnismässig (E. 5.1). Dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzung einer ISO-Zertifizierung oder einer ähnlichen Zertifizierung im Zeitpunkt der Offerteingabe nicht erfüllte, ist unbestritten. Die nicht weiter belegte Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei materiell bereits ISO/IEC-27001-konform bzw. erfülle die Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit, ist nur schon unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten unbehelflich. Das Angebot der Beschwerdeführerin erweist sich mithin als unvollständig und erfüllt die Anforderungen nicht, was zum Ausschluss führt (E. 5.2). 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 = ZBI 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### E. 2

Da die Beschwerdeführerin als Initiantin des vorliegenden Beschwerdeverfahrens mit der Zustellung der Beschwerdeantwort rechnen musste, jedoch die eingeschriebene Sendung innert der Abholfrist nicht abholte, gilt die Sendung als zugestellt (Zustellungsfiktion). Die Vornahme einer zweiten Zustellung erübrigt sich in einem solchen Fall (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 10 Ziff. 86 ff., insb. 96).

### E. 3.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen Entscheide in 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]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und der Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14 E. 4.9).

### **E. 3.2**

Die Beschwerdeführerin wehrt sich gegen den Ausschluss ihres Angebots aus dem Verfahren. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen und zur Teilnahme am Verfahren zugelassen, so hätte sie grundsätzlich wiederum eine realistische Chance auf den Zuschlag, weshalb ihre Legitimation zu bejahen ist.

### **E. 4.1**

Gemäss § 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG werden Anbietende aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen, wenn sie die Voraussetzungen für die Teilnahme nicht oder nicht mehr erfüllen. Dies ist unter anderem der Fall bei fehlender Erfüllung der durch die Vergabestelle festgelegten Eignungskriterien (§ 4a Abs. 1 lit. a IVöB-BeitrittsG), bei Unvollständigkeit des Angebots (lit. b) bzw. bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). Bei der Beurteilung solcher Mängel ist im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes ein strenger Massstab anzulegen. Die Rechtsfolge des Ausschlusses ist allerdings nur dann adäquat, wenn es sich um einen wesentlichen Mangel handelt; einen überspitzten Formalismus gilt es zu vermeiden (vgl. VGr, 28. September 2011, VB.2011.00316, E. 5.1.1, mit weiteren Hinweisen).

### **E. 4.2**

In den allgemeinen Submissionsbedingungen wird vorliegend in Ziffer 9 festgehalten, dass die folgenden Teilnahmevoraussetzungen, Eignungskriterien und minimalen Produkte und/oder Dienstleistungsanforderungen Muss-Kriterien seien. Werde ein Kriterium davon nicht erfüllt, gehe die Vergabestelle von einem unvollständigen Angebot aus, welches vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werde. Dieselbe Information findet sich auf den einzelnen, von den Bewerbern auszufüllenden Beilagen.

### **E. 4.3**

Die Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 555). Die Vergabebehörde legt die für die jeweilige Beschaffung erforderlichen Eignungskriterien im Hinblick auf deren Besonderheiten fest, bestimmt die zu erbringenden Nachweise und gibt diese in den Ausschreibungsunterlagen bekannt (vgl. § 22 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Die 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 Beurteilungsspielraum, in den das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht, nicht eingreift. Zu prüfen ist dagegen eine allfällige Überschreitung oder ein Missbrauch des Ermessens (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 1 und 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Die Eignungskriterien müssen vor

dem Vergabeentscheid von der Auftraggeberin überprüft werden können, was insbesondere ausschliesst, dass wesentliche Elemente für die Ausführung des Auftrags vom Zuschlagsempfänger erst zu einem späteren Zeitpunkt erworben werden (BGE 145 II 249 [= Pra 109/2020 Nr. 46] E. 3.3; vgl. BGE 143 I 177 E. 2.3.2).

## **E. 5.1**

Gemäss Ausschreibungsunterlagen waren zwei Referenzen von vergleichbaren Projekten in der "DACH-Region" verlangt. Die Referenzen durften nicht älter als fünf Jahre sein.

### **E. 5.1.1**

Die Beschwerdeführerin moniert, dass sämtliche Angaben zu den Referenzurkunden gemäss den Submissionsunterlagen beschrieben worden seien. Die Referenzobjekte seien detailliert offengelegt worden. Die Beschwerdegegnerin habe sich damit nicht auseinandergesetzt. Indes beanstandete die Beschwerdegegnerin nicht formale Mängel bzw. ungenügende Angaben zu den Referenzobjekten, sondern die fehlende materielle Gleichwertigkeit eines Referenzprojekts mit dem ausgeschriebenen Projekt. Die Beschwerdegegnerin führt in ihrer Beschwerdeantwort überzeugend aus, dass es zumindest bei einer der zwei vom Beschwerdeführer eingereichten Referenzen – nämlich bei jener betreffend die Stadt C – nicht um ein Projekt mit vergleichbarer Komplexität und Grösse gehe. Es handle sich beim Referenzprojekt um eine einfache Authentifizierung der Daten (Nachweis der eigenen Identität als berechtigter Benutzer von Daten) für zwei angehängte Systeme. Verschiedene Leistungen die für die vorliegende Vergabe relevant seien, seien im erwähnten Referenzprojekt erst angeplant. Gemäss Lastenheft gebe es in Winterthur mehrere hundert Fachanwendungen. Ein zentraler Bereich seien die Prozesse der Mitarbeiterverwaltung, die im Referenzprojekt vollkommen fehlen würden. Die Komplexität der Mitarbeiterverwaltung bestehe insbesondere auch darin, dass verschiedene Verwaltungseinheiten die Berechtigungen in ihrem Bereich selbst bearbeiten könnten. Im Wesentlichen hatte die Beschwerdegegnerin diese Argumentation schon im Rahmen der Ausschlussbegründung vertreten. Die Beschwerdeführerin bringt nichts vor, was die Ausführungen der Beschwerdegegnerin infrage stellt. Sie behauptet nicht, dass es im Referenzprojekt einen Mitarbeiter-Prozess "Eintritt-Mutation-Austritt" gebe oder dass im Bereich Mitarbeiterverwaltung auch nur annähernd ähnlich viele Fachanwendungen an die Basisinfrastruktur angehängt seien wie dies im ausgeschriebenen Projekt gemäss dem Lastenheft erforderlich wäre. In der Tat ist davon auszugehen, dass beim Referenzobjekt viele Projekte erst in Planung sind; in der Referenz selbst ist etwa davon die Rede, dass "+ 50 weitere Anwendung in der Pipeline" seien, während es zur Anzahl Identitäten heisst: "Ca. 5'000, Wachstum auf 1'000'000". Inwiefern das Referenzprojekt im massgeblichen Zeitpunkt der Offerteingabe mit dem ausgeschriebenen Projekt hinsichtlich Komplexität und Grösse vergleichbar sein soll, ergibt sich aus den Erläuterungen der Beschwerdeführerin schlicht nicht. Demgemäss lag es im Ermessen der Beschwerdegegnerin, die genannte Referenz als nicht vergleichbar zu erachten.

### **E. 5.1.2**

Schliesslich muss die Verhältnismässigkeit des Verfahrensausschlusses berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel der Offerte darf eine Anbieterin nicht ausgeschlossen werden. Vorbehalten sind somit Fälle, in denen die Abweichungen von der Ausschreibung geringfügig sind und schliesslich Fälle, wo die amtlichen Vorgaben ihrerseits schwere Mängel enthalten (VGr, 24. Mai 2018, VB.2018.00184, E. 3.1). Bei der

Beurteilung der Ausschlussmängel ist wie oben erwähnt (E. 3.1) im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote und des Gleichbehandlungsgrundsatzes (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) ein strenger Massstab anzulegen. Bei der Nennung von Referenzprojekten handelt es sich nicht bloss um untergeordnete Angaben wie etwa eine fehlende separate Unterzeichnung (vgl. VGr, 4. Januar 2017, VB.2016.00761, E. 2), sondern um eine projektbezogene Zusammenstellung von Objekten und Personen. Erfüllen Referenzen die Anforderungen nicht, liegt kein kleiner, rein formeller Mangel vor, welcher ohne Weiteres nachträglich behoben werden darf. Demzufolge erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin aus dem Verfahren als verhältnismässig.

## **E. 5.2**

Gemäss Ausschreibungsunterlagen war sodann als Teilnahmevoraussetzung statuiert, dass die Anbieterfirma bestätigt, im Bereich des Datenschutzes und der Datensicherheit entsprechend zertifiziert zu sein (Bsp. ISO-Zertifizierung und gleichwertig) und in regelmässigen zeitlichen Abständen auditiert zu werden. Die Vergabestelle könne entsprechende Nachweise verlangen. Weiter war rot und kursiv vermerkt, dass das Dokument zur Zertifizierung beizulegen sei.

### **E. 5.2.1**

Die Frage der Zertifizierung im Bereich des Datenschutzes und der Datensicherheit betrifft im vorliegenden Fall – in dem es um die Zertifizierung des Unternehmens und nicht um jene ihres Produktes geht – direkt die Eignung des Anbieters (vgl. Galli et al., Rz. 582; vgl. auch Rz. 561, 600). Es handelt sich hier nicht um ein von den Eignungskriterien zu unterscheidendes Musskriterium (dazu VGr, 25. Juni 2020, VB.2020.00148, E. 3.3; vgl. Galli et al., Rz. 561). Die entsprechende Anforderung muss zum Zeitpunkt der Offerteingabe erfüllt sein (VGr, 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 5.4; vgl. E. 4.3).

### **E. 5.2.2**

Dass die Beschwerdeführerin die Voraussetzung einer ISO-Zertifizierung oder einer ähnlichen Zertifizierung im Zeitpunkt der Offerteingabe nicht erfüllte, ist unbestritten. Ein Dokument zur Zertifizierung konnte sie nicht einreichen, sondern bloss ein eigenes Dokument mit der Behauptung, dass sie bereits ISO-27001-konform sei und sich in einem Zertifizierungsverfahren zur Erreichung der ISO-27001-Zertifizierung befinde. Die nicht weiter belegte Behauptung der Beschwerdeführerin, sie sei materiell bereits ISO/IEC-27001-konform bzw. erfülle die Anforderungen an Datenschutz und Datensicherheit, ist nur schon unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten unbehelflich. Da kein Zertifizierungsdokument eingereicht werden konnte und auch kein regelmässig stattfindendes Audit behauptet wird, ist die Teilnahmevoraussetzung offensichtlich nicht erfüllt. Auch der Verweis auf langjährige Kundenbeziehungen in datensicherheitssensiblen Bereichen reicht nicht aus. Das Eignungskriterium der ISO-Zertifizierung ist für die zur Diskussion stehende Vergabe nicht sachfremd und daher zulässig (vgl. zu Zertifizierungen als Eignungskriterium auch VGr, 17. November 2016, VB.2016.00481, E. 3; 15. Januar 2015, VB.2014.00417, E. 4 f.; 5. Dezember 2013, VB.2013.00656, E. 3). Es handelte sich nicht um einen geringfügigen Mangel, dessen Behebung problemlos möglich gewesen und aufgrund dessen ein Ausschluss unverhältnismässig gewesen wäre. Das Angebot der Beschwerdeführerin erweist sich mithin als unvollständig und erfüllt die Anforderungen nicht, was zum Ausschluss nach § 4a Abs. 1 lit. b bzw. lit. c IVöB-BeitrittsG führt.

## **E. 5.3**

Ob ein Ausschluss der Beschwerdeführerin auch aus den weiteren von der Vergabestelle geltend gemachten Gründen zulässig gewesen wäre, muss im vorliegenden Verfahren nicht im Einzelnen geprüft werden. Sodann ist eine Verletzung submissionsrechtlicher Vorschriften, welche aufgrund ihrer Tragweite zur Wiederholung des gesamten Verfahrens führen müsste, nicht ersichtlich. Daraus, dass die Beschwerdeführerin geltend macht, sie habe zum Leistungsumfang eigene Annahmen machen und Abgrenzungen vornehmen müssen, lässt sich nicht darauf schliessen, dass eine ungenügende Submission vorlag. Die Vorgaben im Lastenheft waren genügend klar und präzise. Aus dem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten Werkvertragsentwurf war denn auch klar, dass – soweit Mitwirkungshandlungen der Leistungsbezügerin überhaupt notwendig gewesen wären – "sämtliche notwendigen, meist von der Leistungserbringerin zu nennenden und von der Leistungsbezügerin zu prüfenden Mitwirkungshandlungen" von der Beschwerdeführerin ausdrücklich zu nennen waren. Festzuhalten ist zudem, dass es – entgegen der Beschwerdeführerin – nicht zu beanstanden ist, dass die Beschwerdegegnerin zur Einreichung von Fragen bis am 3. Juli 2020 nur eine – vom Zeitpunkt der Publikation auf simap am 25. Juni 2020 an gerechnete – Frist von acht Tagen ansetzte. Innert dieser Frist gingen denn auch 119 Fragen ein.

#### **E. 6**

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Vergabebehörde die Eignung der Beschwerdeführerin ohne Rechtsverletzung verneinen durfte. Es besteht daher kein Anlass für die beantragte Aufhebung der Ausschlussverfügung sowie für die eventualiterweise beantragte Wiederholung des Submissionsverfahrens. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

#### **E. 7**

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

#### **E. 8.1**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG).

#### **E. 8.2**

Der Beschwerdegegnerin steht trotz ihres Obsiegens keine Entschädigung zu. Weder ist die Beschwerde als offensichtlich unbegründet im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. b VRG zu qualifizieren, noch ist der Beschwerdegegnerin ein besonderer Verfahrensaufwand entstanden (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), zumal nur ein Schriftenwechsel stattfand.

#### **E. 9**

Der Auftragswert übersteigt den für das Einladungsverfahren massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen und Dienstleistungen (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).

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