

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00825 vom 11. April 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-04-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00825

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00825 du 11 avril 2022

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00825 del 11 aprile 2022

Regeste

Submission | IT-Beschaffung; funktionale Ausschreibung; Ausschluss aus dem Vergabeverfahren Bei der funktionalen Ausschreibung beschränkt sich das Leistungsverzeichnis auf die Festlegung des Beschaffungsziels bzw. eines Leistungsprogramms, ohne dass Gegenstand und Umfang der nachgesuchten Leistung abschliessend und genau umschrieben werden (E. 3.1). Die Anbieterinnen hatten eine eigene Bewertung zum Erfüllungsgrad ihres Angebots bezüglich der Kann-Kriterien abzugeben (E. 5.1). Es wurde nicht erwartet, dass zum Zeitpunkt der Offertabgabe ein vollständig ausgereiftes Produkt im Sinn der Zielvorgaben angeboten wurde. Nichtsdestotrotz gehörte die Erfüllung der Zielvorgaben zum funktionalen Beschaffungsgegenstand, worauf in den Ausschreibungsunterlagen explizit hingewiesen wurde. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vergabestelle die Angebote in qualitativer Hinsicht auf dem Stand Offertabgabe beurteilte, aber ein Preisangebot für die vollständige Erfüllung sämtlicher Zielvorgaben verlangte (E. 7, E. 8.2). Die Beschwerdeführerin ist den Vorgaben zur Preisgestaltung nicht nachgekommen; sie hat mithin lediglich ein unzulässiges Teilangebot eingereicht. Das hat zur Folge, dass ihr Angebot in wesentlichen Teilen nicht mit den übrigen Angeboten vergleichbar ist und daher zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde (E. 9.1). 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG). Die Beschwerdeführerin hat

mit Abstand das tiefste Angebot eingereicht. Erweisen sich ihre Einwände gegen den Verfahrensausschluss als begründet, hätte sie somit eine realistische Chance, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen. Ihre Legitimation ist daher zu bejahen. Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3

Zum Leistungsumfang der strittigen Beschaffung wird in Ziffer 10 des Pflichtenhefts festgehalten: "Der Beschaffungsgegenstand ist funktional zu betrachten, die Angebote haben sich an den Vorgaben der Soll-Lösung gemäss Ziffer 7 vorstehend auszurichten. Im Zweifelsfall ist bei der Frage, ob eine konkrete Leistung zum Beschaffungsgegenstand gehört oder nicht, eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip der Soll-Anforderungen vorzunehmen, um die Abgrenzung der Leistungen festzustellen, die vom Beschaffungsgegenstand erfasst oder allenfalls im Sinne einer Ausnahme ausgeschlossen werden."

E. 3.1

Bei der funktionalen Ausschreibung beschränkt sich das Leistungsverzeichnis auf die Festlegung des Beschaffungsziels bzw. eines Leistungsprogramms, ohne dass Gegenstand und Umfang der nachgesuchten Leistung abschliessend und genau umschrieben werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 190 Rz. 419).

E. 3.2

Demgemäss hat die Beschwerdegegnerin in Kapitel 7 des Pflichtenhefts ihre "Soll-Lösung" präsentiert, inklusive ihrer "Grundidee für den Lösungsaufbau". Diese sieht die Schaffung einer Basiskonfiguration vor, welche die Grundfunktionalität für sämtliche Zielgruppen abdeckt. Weiter werde erwartet, dass diese Basiskonfiguration um "schultypenspezifische" Zusatzfunktionalitäten erweitert werden könne. Dafür sei zusätzlicher Entwicklungsaufwand nötig, welcher im Rahmen des Projekts zu erbringen sei. Es sei darüber hinaus auch mit "schulspezifischen" Anpassungen bzw. Entwicklungen zu rechnen. Letztere lägen indes in der Verantwortung der jeweiligen Schule. Seitens des Projekts werde lediglich darauf geachtet, dass es "offene Schnittstellen und die notwendigen Parametrisierungsmöglichkeiten für solche Anpassungswünsche gebe".

E. 4

In der Ausschreibung wurden sodann folgende Zuschlagskriterien festgelegt: 1. Technische und funktionale Kriterien inkl. Bedienerfreundlichkeit und Support (50 %) 2. Wirtschaftliche Kriterien; einmalige Kosten, Aufbaukosten, wiederkehrende Kosten (30 %) 3. Referenzen und Präsentation (20 %)

E. 4.1

Die technisch funktionalen Zuschlagskriterien wurden in Muss-Kriterien und bewertete Kriterien, sogenannte Kann-Kriterien, unterteilt. Bei den Musskriterien hatten die Anbieterinnen die jeweiligen Vorgaben mit erfüllt/nicht erfüllt bzw. bestätigt/nicht bestätigt zu quittieren. Bei nicht Erfüllen eines Musskriteriums drohte erklärtermassen der Ausschluss vom Verfahren. Für die Kann-Kriterien wurde in Ziffer 11.1.39 der Submissionsbedingungen eine Bewertungsskala von 0–5 Punkten vorgegeben und es wurde angemerkt, dass die Nichterfüllung der bewerteten Zuschlagskriterien nicht zum Ausschluss

aus der Submission führe. Gleichzeitig wurde aber ausdrücklich festgestellt: "Die Erfüllung sämtlicher Zuschlagskriterien (bewertet und als Muss-Kriterien ausgestattet) gehören zum Beschaffungsgegenstand und sind entsprechend den Anforderungen zu offerieren."

E. 4.2

Dementsprechend wurde im Pflichtenheft unter dem Titel "Kostenzusammenstellung" festgehalten: "Die Anbieterinnen haben die Gesamtkosten mit Ziel vollständige Erfüllung des Beschaffungsgegenstandes, das heisst, die vollständige Erfüllung sämtlicher technischer und funktionaler Kernkriterien anzubieten."

E. 5.1

Die detaillierte Auflistung der konkreten Leistungsanforderungen findet sich im Dokument "Decision Advisor". Dort hatten die Anbieterinnen entsprechend der von der Beschwerdegegnerin für die Angebotsbewertung vorgesehenen Punkteskala eine eigene Bewertung zum Erfüllungsgrad ihres Angebots bezüglich der Kann-Kriterien abzugeben. Für diese Selbstdeklaration war gemäss den Vorgaben der Vergabestelle "zwingend" der "aktuelle Erfüllungsgrad anzugeben (erfüllte Kriterien durch das angebotene Produkt zum Zeitpunkt der Offertabgabe)". Die Beschwerdeführerin hat bei 317 von insgesamt 400 Kriterien den maximalen Erfüllungsgrad (5) deklariert, während sie bei 83 Kriterien eine tiefere Punktzahl auswies.

E. 5.2

Anlässlich der Offertpräsentation wurde seitens der Vergabestelle bei allen Anbieterinnen nachgefragt, wie sie es mit der Umsetzung jener Funktionalitäten halten, welche gemäss Selbstdeklaration aktuell nicht vollständig erfüllt sind. Während die drei anderen Anbieterinnen erklärten, deren vollständige Umsetzung sei in der Preiskalkulation enthalten, hielt die Beschwerdeführerin fest, wo sie im Rahmen ihrer Selbstdeklaration einen tieferen Erfüllungsgrad angegeben habe, sei auch nur ein solcher offeriert. Im weiteren Schriftenwechsel, der dem Ausschluss voranging, und im Beschwerdeverfahren macht die Beschwerdeführerin hierzu geltend, es liege in der Natur von relativen Zuschlagskriterien, dass Abstriche bei der Qualität über den tieferen Preis kompensiert werden könnten. Wenn die Vergabestelle die vollumfängliche Erfüllung sämtlicher Kann-Kriterien wolle, sei dies zwar grundsätzlich machbar, müsste aber zusätzlich mandatiert und vergütet werden. Demgegenüber stellt sich die Beschwerdegegnerin auf den Standpunkt, dies entspreche nicht den funktionalen Zielvorgaben ihrer Ausschreibung. Wie in den Ausschreibungsbedingungen festgehalten, müsse das Preisangebot die vollständige Erfüllung sämtlicher Zielvorgaben abdecken. Nachdem sich die Beschwerdeführerin über diese zentrale Ausschreibungsvorgabe hinweggesetzt habe, müsse ihr Angebot als unvollständig qualifiziert und demzufolge von der Vergabe ausgeschlossen werden.

E. 6

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 Missachtung wesentlicher Formerfordernisse, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 4a Abs. 1 lit. b IVöB-BeitrittsG) sowie bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (§ 4a Abs. 1 lit. c IVöB-BeitrittsG). Bei der Beurteilung

solcher Mängel ist nach ständiger Rechtsprechung 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 (RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 E. 6 = ZBI 101/2000, S. 265; Galli et al., Rz. 456 f. und 470; Herbert Lang, Offertenbehandlung und Zuschlag im öffentlichen Beschaffungswesen, ZBI 101/2000, S. 225 ff., 235). Des Weiteren muss das verfassungsmässige Gebot der Verhältnismässigkeit (Art. 5 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999) berücksichtigt werden: Wegen unbedeutender Mängel in der Offerte dürfen Anbietende nicht ausgeschlossen werden (BGr, 26. Januar 2016, 2C_665/2015, E. 1.3.3; Galli et al., Rz. 444 f.). Der Vergabebehörde kommt jedenfalls, wie bei der Bewertung von Eignungskriterien, ein erheblicher Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG; VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen; Galli et al., Rz. 564). Vorliegend sind sich die Parteien insoweit einig, dass die Beschwerdeführerin mit ihrem Angebot sämtliche Eignungs- und Muss-Kriterien erfüllt. Auch hinsichtlich der sogenannten Kann-Kriterien ist unbestritten, dass die Deklaration eines nicht 100%-igen Erfüllungsgrads bei einzelnen Leistungsaspekten keinen Ausschlussgrund darstellt. Die Beschwerdeführerin wurde denn auch nicht ausgeschlossen, weil sie zum Zeitpunkt der Offertabgabe keinen 100%-igen Erfüllungsgrad liefern konnte, sondern weil sie die zu dessen Erreichung erforderlichen Projektentwicklungskosten und damit die Umsetzung der Zielvorgaben nicht offeriert hat.

E. 7

Wie die Beschwerdegegnerin in den Ausschreibungsgrundlagen mehrfach betont, handelt es sich vorliegend um eine funktionale Ausschreibung. Dementsprechend wurde nicht erwartet, dass zum Zeitpunkt der Offertabgabe ein vollständig ausgereiftes Produkt im Sinn der Zielvorgaben angeboten werden kann. Nichtsdestotrotz gehört die Erfüllung der Zielvorgaben zum funktionalen Beschaffungsgegenstand, worauf in den Ausschreibungsunterlagen sowohl in Ziffer 11.1.14 (Kostenzusammenstellung) als auch in Ziffer 11.1.39 (Zuschlagskriterien) jeweils explizit hingewiesen wurde.

E. 7.1

Wenn die Beschwerdeführerin aus dem Umstand, dass bei den Kann-Kriterien nach dem Erfüllungsgrad zum Zeitpunkt der Offerteinreichung gefragt wurde, zu ihren Gunsten ableiten will, mehr könne auch mit einer funktionalen Ausschreibung nicht verlangt werden, so kann ihr nicht gefolgt werden. Gerade bei komplexen Dienstleistungsaufträgen im Bereich der IT-Beschaffung erweist sich eine funktionale Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes durchaus als sachgerecht. Sodann räumt die Beschwerdeführerin selbst ein, dass die vollständige Umsetzung der fraglichen Funktionalität sehr wohl machbar wäre, aber ihrer Ansicht nach eben zusätzlich entschädigt werden müsste. Damit bestätigt sie aber auch, dass der nachgefragte Erfüllungsgrad vorliegend im Sinn der Beschwerdegegnerin durchaus als dynamische Grösse zu verstehen ist.

E. 7.2

Die Anknüpfung an den aktuellen Erfüllungsgrad zum Zeitpunkt der Offertabgabe erfolgte vorliegend explizit nur in Bezug auf die Grundlagen der qualitativen Zuschlagsbewertung und mit dem ausdrücklichen Vermerk, dass der Beschaffungsgegenstand darüber

hinausgehe. Mithin kann daraus auch nur abgeleitet werden, dass die Vergabestelle zwar sämtliche Leistungsaspekte qualitativ beurteilt, aber eben basierend auf dem Stand Offertabgabe und nicht Projektabschluss. Unter dem Gesichtspunkt der Vergleichbarkeit der Angebote ist dieser Ansatz nachvollziehbar, zumal die offerierten Produkte unbestrittenermassen durchwegs einen Erfüllungsgrad aufweisen, welcher eine hinreichende Leistungsbeurteilung erlaubt. Angesichts des der Vergabebehörde bei der Festsetzung der Bewertungsgrundlagen zustehenden Ermessensspielraums erweist sich der beschwerdegegenerische Bewertungsansatz daher jedenfalls als vertretbar. Er wird von der Beschwerdeführerin im Übrigen auch nicht substantiiert infrage gestellt.

E. 7.3

Die Beschwerdeführerin bemängelt dagegen, dass die Preisbewertung nicht auf der gleichen Bewertungsgrundlage basiere, sondern die Gesamtkosten gemäss den Zielvorgaben zum Gegenstand hat. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten ist insofern kein Widerspruch erkennbar. Die Kostenzusammenstellung bezieht sich vorliegend auf den gleichen Katalog von Leistungsaspekten wie die qualitative Beurteilung. Der Preisaspekt hat indessen neben den qualitativen auch die quantitativen Aspekte des Beschaffungsgegenstandes abzubilden. Vorliegend bedeutet das ein Mehr an Entwicklungsbedarf, welches zusätzlich zum bereits vorhandenen Lösungsansatz nachgefragt wurde und wofür die Anbieterinnen ein Kostendach zu offerieren hatten.

E. 8

Damit Angebotspreise vergleichbar sind, hat die Vergabestelle einerseits die zu erbringenden Leistungen qualitativ und quantitativ ausreichend zu definieren und zu beschreiben. Andererseits muss sie in den Ausschreibungsunterlagen verständliche Angaben zur Art des anzubietenden Preises machen und festlegen, wie die einzelnen Leistungen anzubieten sind, damit die Angebote verglichen werden können (Claudia Schneider Heusi, Die Bewertung des Preises in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 333 Rz. 20 f.; VGr, 25. November 2021, VB.2021.00229 E. 3.2).

E. 8.1

Dass es vorliegend an einer ausreichenden Leistungsumschreibung gefehlt hätte, wurde nicht substantiiert behauptet und ist auch nicht ersichtlich. Immerhin waren die Anbieterinnen anhand der Leistungsvorgaben ohne Weiteres in der Lage, den derzeitigen Erfüllungsgrad ihrer Angebote zu beziffern, was nur möglich ist, wenn auch das Endprodukt bzw. der noch anstehende Entwicklungsbedarf hinreichend bestimmbar ist.

E. 8.2

Was die Angaben der Vergabestelle zur Art des anzubietenden Preises betrifft, so kann der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden, wenn sie diese als missverständlich bezeichnet. Die Beschwerdegegnerin hat in den Submissionsbedingungen wiederholt und unmissverständlich die Offerte eines verbindlichen Kostendachs für die Umsetzung sämtlicher Zielvorgaben verlangt. Die Beschwerdeführerin hat diese Vorgaben ohne vorgängige Rückfrage ignoriert und begründet ihr Vorgehen nun mit einem Verweis auf Ziffer 11.1.19 der Submissionsbedingungen und die Position EK18 des "Decision Advisor". Dort findet sich unter dem Titel "Ergänzungen" bzw. der Randbemerkung "Zusätzliche Kosten" jeweils folgende, vom Wortlaut her identische Aussage: "Wenn zur Erreichung des im Anforderungskatalog angegebenen Erfüllungsgrads kostenrelevante Zusätze notwendig sind, so sind diese in der Aufstellung wirtschaftliche Kriterien (Reiter 03) enthalten."

Daraus will die Beschwerdeführerin unter Berufung auf Treu und Glauben ableiten, dass sich der Angebotspreis nur auf den durch die Anbieterinnen angegebenen Erfüllungsgrad beziehen müsse. Tatsächlich ergibt sich aus der betreffenden Formulierung und dem Kontext, in dem sie steht, aber nur, dass kostenrelevante Zusätze bzw. Ergänzungen, welche bereits zum Zeitpunkt der Offertabgabe als notwendige Lösungsbestandteile erkannt wurden, kostenmässig in der Offerte enthalten sein müssen. Für weitere Rückschlüsse bietet die Formulierung keine taugliche Grundlage. Insbesondere lässt sie nicht darauf schliessen, dass die Kostenzusammenstellung damit abgeschlossen wäre. Was diese zu umfassen hat, findet sich bereits vorgängig unter dem Titel "Kostenzusammenstellung" in Ziffer 11.1.14 der Submissionsbedingungen. Demnach hatten die Anbieterinnen "die Gesamtkosten mit Ziel vollständige Erfüllung des Beschaffungsgegenstandes, das heisst, die vollständige Erfüllung sämtlicher technischer und funktionaler Kriterien anzubieten". Diese Vorgabe lässt in ihrer Klarheit keinen Raum für die von der Beschwerdeführerin vertretene gegenteilige Auffassung.

E. 9

Die Beschwerdeführerin ist den Vorgaben zur Preisgestaltung gemäss Ziffer 11.1.14 der Submissionsbedingungen als einzige Anbieterin nicht nachgekommen. Konkret heisst das, dass sie zu rund einem Fünftel der Leistungspositionen gemäss "Decision Advisor" lediglich ein unzulässiges Teilangebot eingereicht hat. Das hat zur Folge, dass ihr Angebot in wesentlichen Teilen nicht mit den übrigen Angeboten vergleichbar ist und daher zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Die Beschwerde erweist sich demgemäss als unbegründet und ist abzuweisen.

E. 9.1

Damit braucht auch den ausführlichen Parteivorbringen zum Entwicklungsumfang gemäss Ziffer 7.4 des Pflichtenhefts bzw. der Unterscheidung zwischen schultypenspezifischen und schulspezifischen Funktionalitäten nicht weiter nachgegangen zu werden. Immerhin bleibt anzumerken, dass insofern gar keine Differenz der Parteistandpunkte festgestellt werden kann. Wie die Beschwerdeführerin im Schreiben vom 14. Oktober 2021 festhält, geht sie mit der Beschwerdegegnerin einig, dass entsprechender zusätzlicher Entwicklungsaufwand für beide Funktionalitäten zu leisten ist, aber nur für schulspezifische Funktionalitäten separat honoriert wird.

E. 9.2

Nicht entscheiderelevant war sodann auch die von der Beschwerdegegnerin mit der Beschwerdeantwort eingereichte Kostenschätzung zu dem von der Beschwerdeführerin nicht offerierten Umfang des Beschaffungsgegenstands. Es kann daher auf die von der Beschwerdeführerin hierzu beantragte Editierung weiterer Unterlagen verzichtet werden.

E. 10

Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

E. 11

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten. Letztere ist ihrer Begründungspflicht bereits im vorgängig zum Verfahrensausschluss

geführten Schriftenwechsel hinreichend nachgekommen. Der ihr im Beschwerdeverfahren entstandene Aufwand ist daher uneingeschränkt als besonderer Aufwand im Sinn von § 17 Abs. 2 lit. a VRG zu qualifizieren.

E. 12

Der Gesamtwert der Vergabe übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für 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.