

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00038 vom 2. Mai 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-05-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2023.00038

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00038 du 2 mai 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2023.00038 del 2 maggio 2023

Regeste

Submission | Freihändige Vergabe eines branchenspezifischen Softwarepakets nach Fusion an eine der beiden bisherigen Leistungserbringerinnen. Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB), ist im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (Art. 12bis Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1bis und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte ist die freihändige Beschaffung nur beim Vorliegen einer der gesetzlichen Ausnahmen von § 10 Abs. 1 SubmV zugelassen. Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist demnach einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags (E. 4.1). Bei gemischten Aufträgen ist nach der Rechtsprechung festzustellen, welchem Teil der Charakter der Haupt- und welchem derjenige der Nebenleistung zukommt (sogenannte Schwergewichts- oder Präponderanztheorie), wobei massgeblich auf den jeweiligen Auftragswert abgestellt wird. Die Beschaffung wurde demgemäss zutreffend als Dienstleistungsauftrag qualifiziert (E. 4.2). Der Auftragswert ist bei der Wahl des richtigen Verfahrens durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen. Eine solche Schätzung darf nicht zu knapp ausfallen, damit dadurch die Bestimmungen über die Schwellenwerte nicht umgangen werden können. Zudem ist die Schätzung zwingend vor Einholung der Offerten vorzunehmen. Es bestand vorliegend mit Blick auf den Auftragswert kein Raum für eine freihändige Vergabe (E. 4.3). Im Weiteren erwies sich die freihändige Auftragsvergabe auch nicht gestützt auf den Ausnahmetatbestand von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV als zulässig. Zwar wurden zur Begründung zu Recht technische Besonderheiten angeführt, doch lagen solche auch bei der Beschwerdeführerin vor. Darüber hinaus käme die Ausnahmeregel von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV ohnehin nur zum Tragen, wenn die Vergabe der früher erbrachten Leistung in einem rechtskonformen Verfahren erfolgt wäre, was vorliegend nicht der Fall ist (E. 5). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2023.00038 Urteil der 1. Kammer vom 2. Mai 2023 Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Sandra Wintsch (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A AG, vertreten durch RA B und/oder MLaw C, Beschwerdeführerin, gegen Spitex Zürich AG, vertreten durch RA D und/oder RA E, Beschwerdegegnerin, und F AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Spitex Zürich AG publizierte

am 16. Januar 2023 auf SIMAP den im freihändigen Verfahren erfolgten Zuschlagsentscheid vom 9. Januar 2023 für die Beschaffung der Spitex-Kernsoftware (Erweiterung infolge Fusion), eines branchenspezifischen Softwarepakets, an die F AG zum Preis von Fr. 148'148.75 (ohne MWST) für Ergänzungslizenzen, Implementierung und Support für vier Jahre, inkl. Migrationskosten. Bereits mit Schreiben vom 12. Januar 2023 hatte die Spitex Zürich AG die A AG über ihren Entscheid informiert. II. Die A AG erhob am 23. Januar 2023 gegen den Zuschlag Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, den angefochtenen Zuschlagsentscheid aufzuheben. Eventuell sei dessen Rechtswidrigkeit festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde – zunächst superprovisorisch – aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdegegnerin den Vertragsschluss bzw. die Vertragsverlängerung oder -erweiterung sowie sämtliche Vollzugsvorkehrungen zu untersagen. Sodann sei ihr Einsicht in die Vergabeakten, insbesondere die spezifisch genannten, zu gewähren. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWST) zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Präsidialverfügung vom 24. Januar 2023 wurde der Beschwerdegegnerin einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt, den Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen. Mit Beschwerdeantwort vom 14. Februar 2023 beantragte die Beschwerdegegnerin, auf die Beschwerde nicht einzutreten. Eventuell sei diese vollumfänglich abzuweisen. In prozessualer Hinsicht sei der Beschwerde keine aufschiebende Wirkung und der Beschwerdeführerin lediglich beschränkte Akteneinsicht zu gewähren. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Mit Präsidialverfügung vom 20. Februar 2023 wurde der Beschwerdegegnerin einstweilen weiterhin, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten untersagt. In ihrer Replik vom 13. März 2023 hielt die Beschwerdeführerin an den gestellten Sachbegehren fest und beantragte überdies, der Mitbeteiligten keine Einsicht in die von ihr als vertraulich bezeichneten Beilagen zu gewähren. Die Duplik der Beschwerdegegnerin wurde am 17. April 2023 mit ebenfalls unveränderten materiellen Begehren eingereicht. Prozessual beantragte sie den Entzug der aufschiebenden Wirkung sowie Einsicht in die Replikbeilagen. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit 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; RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372).

E. 1.2

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]). Ob eine solche reelle Chance

besteht, ist anhand der Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (BGE 141 II 14, E. 4.9). Wenden sich interessierte Anbietende gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und machen – wie vorliegend – geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so ist diese Legitimationsvoraussetzung erfüllt, sofern sie in der Lage sind, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft machen (RB 2001 Nr. 20 = BEZ 2001 Nr. 55 = ZBl 104/2003, S. 57; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1319 f.; BGE 137 II 313 E. 3.6).

E. 1.2.1

Die Beschaffung betrifft vorliegend die Erweiterung der Spitex-Kernsoftware, eines branchenspezifischen Softwarepakets, und beinhaltet Ergänzungslicenzen, Implementierung und Support. Die genannte Geschäftssoftware dient der Erfassung von Kundendaten, der Dienst-, Einsatz- und Tourenplanung der Mitarbeitenden, der Leistungsplanung und -erfassung sowie der Abrechnung der entsprechenden Leistungen. Sodann muss der Datenaustausch mit der Finanzbuchhaltung (Abacus), die Erstellung von Statistiken und Auswertungen sowie der Einsatz auf mobilen Geräten möglich sein.

E. 1.2.2

Die Beschwerdeführerin hat bis anhin für den Verein Spitex Zürich Sihl Leistungen der vergebenen Art erbracht (vgl. E. 3.1), weshalb grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass sie in der Lage ist, die Leistungen nach der Fusion mit dem Verein Spitex Zürich Limmat auch für die Gesamtorganisation erbringen zu können. Entgegen der Beschwerdegegnerin hatte sie bei dieser Ausgangslage zur Begründung ihrer Beschwerdelegitimation nicht vertieft darzulegen, dass ihre Lösung im Sinn der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. BGE 137 II 313 E. 3.6) in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht gleichwertig wäre.

E. 1.2.2.1

Abgesehen davon wurde das Produkt der Beschwerdeführerin gemäss Protokoll eines vorgängig zur Vergabe erfolgten Gesprächs von der Beschwerdegegnerin als "vergleichbar einsetzbar" beziehungsweise "gleichwertig" bezeichnet. Zudem führt die Beschwerdegegnerin, welche die Legitimation der Beschwerdeführerin in Abrede stellt, in ihrer Beschwerdeantwort ebenfalls aus, die ERP-Lösungen der beiden bisherigen Anbieterinnen seien beide modulartig aufgebaut und mit Bezug auf ihre Funktionalität vergleichbar. Unterschiede bestehen demgemäss hinsichtlich der Kosten, insbesondere derjenigen für die Wartung.

E. 1.2.2.2

Ferner zeigt sich auch in der ebenfalls vorgängig gestellten Aufforderung zur Interessenbekundung am Auftrag durch die Beschwerdegegnerin, dass die Beschwerdeführerin als Leistungserbringerin weiterhin infrage käme. Mit dem entsprechenden Antwortschreiben der Beschwerdeführerin sowie ihren Ausführungen in der Beschwerde hat sie sodann ihr Interesse am (Gesamt-)Auftrag glaubhaft gemacht. Dass sie nicht in der Lage wäre, einen Auftrag dieser Grössenordnung zu übernehmen, ist schliesslich nicht ersichtlich. Insbesondere gibt es keine Hinweise, dass sie nicht in der Lage wäre, die erforderlichen personellen Kapazitäten für Migration und Support aufzubringen.

E. 1.2.3

Damit ist unter dem Titel des Legitimationsnachweises die Fähigkeit zur Auftrags Erfüllung ohne Weiteres ausreichend dargelegt und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft gemacht worden.

E. 1.3

Nachdem die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen ebenfalls gegeben sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 2

Mit dem heutigen Entscheid in der Sache erübrigt sich ein (separater) Entscheid zum Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung.

E. 3

Zum Sachverhalt ist vorab Folgendes festzuhalten:

E. 3.1

Die Spitex Zürich AG hat im Zuge der Fusion zwischen den Vereinen Spitex Zürich Limmat und Spitex Zürich Sihl ab Mitte 2022 das operative Geschäft beider Spitex-Organisationen übernommen. Die Arbeitsverhältnisse (ca. 1'100 Mitarbeitende der Spitex Zürich Limmat und ca. 400 Mitarbeitende der Spitex Zürich Sihl) gingen mit der Neuorganisation ebenfalls auf die Spitex Zürich AG über. Zentrales Thema im Fusionsprozess sind die Einführung einer einheitlichen IT-Infrastruktur und ERP-Lösung per Ende 2023. Aktuell sind noch zwei verschiedene ERP-Lösungen in Gebrauch ("G" der Mitbeteiligten bei der Spitex Zürich Limmat und "H" der Beschwerdeführerin bei der Spitex Zürich Sihl). Die Beschaffung diverser IT-Services ist bereits erfolgt; streitgegenständlich ist nun die Vergabe der ERP-Lösung (Geschäftssoftware) an die Mitbeteiligte.

E. 3.2

In einer freihändigen Vergabe wurde gestützt auf § 10 Abs. 1 lit. c der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) der Zuschlag für die Spitex-Kernsoftware (branchenspezifisches Softwarepaket) an das Produkt "G" der Mitbeteiligten erteilt. Zur Begründung lässt sich dem Zuschlagsentscheid entnehmen, aus betrieblichen und finanziellen Gründen komme nur die Lösung der Zuschlagsempfängerin infrage, welche bereits bei zwei Dritteln der Mitarbeitenden der künftigen Gesamtorganisation im Einsatz sei. Hinzu kämen zeitliche und finanzielle Gründe, da der Roll-out auf den Betriebsteil Spitex Sihl auf bestehenden Lizenzen aufgebaut werden könne. Die im Einsatz stehende Lösung "G" überzeuge durch ein sehr gutes Preis-Leistungs-Verhältnis und gute Fachunterstützung.

E. 3.3

In ihrer Beschwerdeantwort macht die Vergabestelle zur Begründung aus finanziellen Gründen fehlende angemessene Alternativen geltend. Weiter begründet sie die Zulässigkeit der ausnahmsweise freihändigen Vergabe mit den guten Funktionalitäten der Software (insbesondere der bereits implementierten automatisierten Touren- und Einsatzplanung und der modularen Erweiterungsmöglichkeiten), dem sehr guten Support und der Erfahrung der Mitbeteiligten. Sodann seien bereits zwei Drittel der Mitarbeitenden (1'100 Personen) mit der Software vertraut und müssten nur 400 Mitarbeitende umgeschult werden. Das Angebot der Mitbeteiligten sei zudem ausserordentlich preisgünstig, da diese aufgrund der

bestehenden Grundlizenzen hohe Rabatte gewähre und keine zusätzlichen Grundlizenzen erforderlich wären.

E. 4.1

Das Submissionsrecht kennt vier Verfahrensarten: Das offene, das selektive, das Einladungs- sowie das freihändige Verfahren (Art. 12 Abs. 1 IVöB). Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB), ist im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (Art. 12 bis Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte ist die freihändige Beschaffung nur beim Vorliegen einer der gesetzlichen Ausnahmen von § 10 Abs. 1 SubmV zugelassen (vgl. Robert Wolf, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 127 ff., Rz. 11). Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist demnach einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags (Galli et al., a. a. O., Rz. 323).

E. 4.2

Der SIMAP-Publikation zufolge beträgt der Auftragswert vorliegend Fr. 148'148.75 und wurde der Auftrag einer ERP-Lösung als Dienstleistung ("branchenspezifisches Softwarepaket" mit CPV 48100000) qualifiziert. In ihrer Beschwerdeantwort führte die Beschwerdegegnerin aus, der Auftrag wäre korrekterweise als Lieferung zu betrachten. Bei einer Qualifikation als Lieferung wäre der Schwellenwert überschritten und eine freihändige Vergabe nur unter den Voraussetzungen von § 10 Abs. 1 SubmV zulässig, welche nach Ansicht der Vergabestelle erfüllt sind. Ginge man hingegen von einer Dienstleistung aus, würde – zumindest der publizierte – Auftragswert den Schwellenwert gerade noch nicht erreichen und wäre eine freihändige Vergabe unabhängig von der Erfüllung eines Ausnahmetatbestands zulässig.

E. 4.2.1

Der angefochtene Zuschlag über die Vergabe der ERP-Lösung (Betriebssoftware) umfasst gemäss SIMAP-Publikation Ergänzungslizenzen, Implementierung und Support für vier Jahre inklusive Migrationskosten sowie "allfällige weitere, im heutigen Zeitpunkt noch nicht bekannte Dienstleistungen und Anpassungen". Einerseits beinhaltet die strittige Beschaffung damit Lizenzen, welche an sich zu den Lieferungen im Sinn von Art. 6 Abs. 1 lit. b IVöB gezählt werden (Galli et al., a. a. O., Rz. 219). Dies trifft allerdings lediglich auf Lizenzen für Standardsoftware zu. Branchenspezifische Softwarepakete werden demgegenüber als Dienstleistungen betrachtet (Anhang I Annex 4 GPA; CPV: 48100000).

E. 4.2.2

Die Auftragssumme beinhaltet neben den Ergänzungslizenzen auch die Implementierung, die Migration und den Support für vier Jahre, wobei letztere den Dienstleistungsteil des Auftrags betreffen. Bei solchen gemischten Aufträgen ist nach der Rechtsprechung festzustellen, welchem Teil der Charakter der Haupt- und welchem derjenige der Nebenleistung zukommt (sogenannte Schwergewichts- oder Präponderanztheorie), wobei massgeblich auf den jeweiligen Auftragswert abgestellt wird (Galli et al., a. a. O., Rz. 240 ff. mit weiteren Hinweisen).

E. 4.2.2.1

Vorliegend betragen die (einmaligen) Kosten für Lizenzerweiterung auf den Betriebsteil Sihl Fr. 67'411.35 und die jährlich anfallenden Mehrkosten für den Updatevertrag mit Zürich Sihl (Support- und Wartungskosten) Fr. 16'434.35, d. h. für vier Jahre Fr. 65'737.40; insgesamt also Fr. 133'148.75 (ohne MWST). Für die Datenübernahme und Parametrisierung wurde zusätzlich ein Aufwand von ca. 50 Stunden bzw. Fr. 15'000.- (ohne MWST) geschätzt und hinzugerechnet. Da die (Um-)Schulung der Mitarbeitenden durch das (interne) IT-Personal der Spitex erfolgen soll, fällt hingegen der geschätzte Aufwand dafür von ca. 800 Stunden bei der Kostenberechnung ausser Ansatz.

E. 4.2.2.2

Darauf, dass die Beschaffung der ERP-Lösung in der SIMAP-Publikation zutreffend als Dienstleistungsauftrag qualifiziert wurde, deuten bereits die Bezeichnungen als "Branchensoftware" beziehungsweise "Spitex-Kernsoftware" hin. Darüber hinaus geht dies jedoch klar auch aus dem jeweiligen Kostenanteil der Leistungen hervor. So entfallen Fr. 67'411.35 auf Erweiterungslizenzen, Zusatzmodule und Updates und damit auf die Kategorie "Lieferung". Auf die Kategorie "Dienstleistung" entfallen demgegenüber Fr. 65'737.40 für Support- und Wartungskosten (auf die vierjährige Auftragsdauer gerechnet). Hinzu kommen hier jedoch noch etwa Fr. 15'000.- für Datenübernahme und Parametrisierung, womit der überwiegende Teil der Leistungen die Dienstleistungen betrifft. Dies ist auch dann noch der Fall, wenn mit der Beschwerdegegnerin davon ausgegangen wird, dass letztere lediglich Fr. 8'878.- betragen werden.

E. 4.2.2.3

Folglich ist der Auftrag nach der Schwergewichts- beziehungsweise Präponderanztheorie gesamthaft als Dienstleistung zu qualifizieren. Damit ist im Folgenden das beanstandete Zustandekommen des Auftragswerts zu prüfen, welcher mit Fr. 148'148.75 (ohne MWST) nur knapp unter dem für Dienstleistungen massgeblichen Schwellenwert von Fr. 150'000.- liegt.

E. 4.3

Der Auftragswert ist bei der Wahl des richtigen Verfahrens durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen (VGr, 3. November 1999, VB.1999.00125, E. 2b = RB 1999 Nr. 65, auch zum Folgenden). Eine solche Schätzung darf nicht zu knapp ausfallen, damit dadurch die Bestimmungen über die Schwellenwerte nicht umgangen werden können. Die Verfahrensart ist daher anhand der oberen Bandbreite der Schätzung auszuwählen (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 5.3). Bereits der effektive Auftragswert, zu welchem der Zuschlag erfolgt ist, deutet darauf hin, dass dessen vorsichtige Schätzung wohl zu einem höheren Betrag hätte führen müssen. Hinzu kommt, dass die Mitbeteiligte auf die Kosten der Lizenzerweiterung während vier Jahren nach Auftragserteilung einen (sehr hohen) Bundle-Rabatt von 80 % (analog Sidegrade-Rabatt) gewährt. Neben einem Projektrabatt von Fr. 8'000.- offerierte die Mitbeteiligte auf sämtliche Leistungen noch einen weiteren Rabatt von 18 %, wobei letzterer bisher lediglich 10 % betragen hat. Auch der Bundle-Rabatt fiel im Übrigen in der ersten Offerte vom 1. Februar 2022 mit 62 % noch deutlich tiefer aus, wobei dort allerdings erst die Erweiterung eines Lizenztyps nachgefragt wurde. Es musste der Beschwerdegegnerin daher bereits aufgrund des ersten Angebots der Mitbeteiligten klar sein, dass der Auftragswert bei vorsichtiger Schätzung oberhalb des Schwellenwerts zu liegen käme. Abgesehen davon ist die Schätzung des mutmasslichen

Auftragswerts vor Einholung vorzunehmen und ist es den Auftraggebenden verwehrt, das einzuschlagende Verfahren nachträglich aufgrund der eingegangenen Offerte(n) zu bestimmen (VGr, 3. November 1999, VB.1999.00125 = BEZ 1999 Nr. 36 = RB 1999 Nr. 65). Es bestand deshalb mit Blick auf den Auftragswert kein Raum für eine freihändige Vergabe. Folglich kann sich die freihändige Auftragsvergabe nur noch bei Erfüllung eines Ausnahmetatbestands als zulässig erweisen.

E. 5.1

§ 10 Abs. 1 SubmV sieht diverse Ausnahmetatbestände vor, die als solche grundsätzlich einschränkend auszulegen sind (VB.2020.00596, E. 6; VB.1999.00106, E. 5; Galli et al., a. a. O., Rz. 358). Unter anderem kann ein Auftrag gemäss § 10 Abs. 1 lit. c SubmV unabhängig vom Auftragswert direkt und ohne Veröffentlichung vergeben werden, vorausgesetzt, aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aus Gründen des Schutzes geistigen Eigentums kommt nur eine Anbieterin infrage und es gibt keine angemessene Alternative (vgl. auch Art. 10 Abs. 2 lit. c IVöB sowie Art. XIII.1 lit. b des Revidierten Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 [Government Procurement Agreement; GPA]).

E. 5.2

Vorliegend steht die Variante der technischen Besonderheiten infrage, deren Vorliegen die freihändige Vergabe eines Folgeauftrags rechtfertigen können. Kumulativ ist sodann das Fehlen einer angemessenen Alternative erforderlich.

E. 5.2.1

Da die Beschwerdegegnerin bereits zwei laufende Verträge für ERP-Lösungen hatte, war die beabsichtigte Beschaffung von Zusatzlizenzen samt Support aus rechtlichen und technischen Gründen von vornherein nur bei einer der beiden bisherigen Anbieterinnen möglich. Sie beruft sich zudem auf die Problematik, dass die Zusammenlegung und Vereinheitlichung der ERP-Lösungen für einen der beiden Betriebsteile Personalschulungen sowie Datenmigration erfordere.

E. 5.2.2

In der Literatur werden die genannten Umstände zu den technischen Gründen gezählt, welche eine Beschaffung beim bisherigen Anbieter rechtfertigen (Wolf, a. a. O., Rz. 24; Gianni Fröhlich-Bleuler, Die Vergabe von IT-Verträgen / I. – III., in: Zufferey Jean-Baptiste/Beyeler Martin/Scherler Stefan (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2016 / Marchés publics 2016, Zürich – Basel – Genf 2016, S. 269 ff., Rz. 49 ff.). Auch nach der Rechtsprechung fallen mit Blick auf die Verhältnismässigkeit der Aufwand, den die Koordination des neuen Auftrags mit bereits vorhandenen Leistungen verursacht, wie auch das damit einhergehende gesteigerte Erfolgsrisiko, sehr wohl ins Gewicht (VGr, 29. Juli 2014, VB.2014.00215, E. 3 mit Hinweis auf VGr, 5. Mai 2010, VB. 2009.00667, E. 3; 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 4c).

E. 5.2.3

Damit kann jedoch nicht begründet werden, dass die Mitbeteiligte als einzige Anbieterin infrage käme. Die genannten Gründe treffen – wenn zwar nicht im gleichen Umfang, so aber doch im Wesentlichen – auch auf die Beschwerdeführerin zu. Demzufolge ist bereits die erste Voraussetzung von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV nicht erfüllt. Das Fehlen einer angemessenen Alternative ist daher nicht mehr zu prüfen.

E. 5.3

Es bleibt darauf hinzuweisen, dass die Ausnahmeregel von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV ohnehin nur zum Tragen kommen kann, wenn die Vergabe der früher erbrachten Leistung in einem rechtskonformen Verfahren erfolgt ist (VGr, 13. September 2005, VB.2005.00557, E. 6.1; Galli et al., a. a. O., Rz. 1194). Diesbezüglich führte die Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort aus, die Branchensoftware "G" der Mitbeteiligten sei bereits seit über 20 Jahren im Einsatz. Die Beschwerdegegnerin führte auch aus, dass deren Einsatz nach einer Neu-Evaluation der Geschäftssoftware in einem "Beauty-Contest" vor 10 Jahren bestätigt worden sei. Ein rechtskonformes Vergabeverfahren wurde folglich nie durchgeführt. Genauso wenig war dies gemäss Beschwerdegegnerin allerdings auch der Fall beim Wechsel der Spitex Zürich Sihl zur Software der Beschwerdeführerin im Jahr 2014. Zusammengefasst hätte der strittige Auftrag mangels Vorliegen einer technischen Besonderheit und damit fehlender Erfüllung des Ausnahmetatbestands von § 10 Abs. 1 lit. c SubmV nicht freihändig vergeben werden dürfen. Die Beschwerde erweist sich auch in diesem Punkt als begründet. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde und Aufhebung des angefochtenen Zuschlagsentscheids.

E. 6

Ausgangsgemäss sind die Kosten des Verfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG). Bei diesem Ergebnis steht ihr von vornherein keine Parteientschädigung zu. Sodann ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 3'000.- (MWST inbegriffen).

E. 7

Die Vergabestelle qualifizierte die nachgesuchten Leistungen zutreffend (vgl. E. 5.2) als Dienstleistungen. Davon ausgehend übersteigt der vorsichtig geschätzte Auftragswert (vgl. E. 5.3) den massgeblichen Schwellenwert (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). Gegen dieses Urteil 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.