

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00001 vom 18. April 2024

ZH Verwaltungsgericht, 2024-04-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2024.00001](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2024.00001)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00001 du 18 avril 2024

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2024.00001 del 18 aprile 2024

## Regeste

Submission | Begründung des Zuschlagsentscheids; verpätete Rügen; Bekanntgabe von Unterkriterien. Anwendbares Recht (E. 1). Beschwerdelegitimation der Viertplatzierten (E. 2). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung. Sie kann sich lediglich noch auf die Nebenfolgen auswirken (E. 3). Das Transparenzgebot verlangt nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen (E. 6.2). Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Eine solche Obliegenheit besteht nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln (E. 8.2). Der Bewertungsbogen stellt eine transparente Bewertung sicher (E. 9). 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). Der Kanton Zürich ist der neuen Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) vom 15. November 2019 beigetreten (§ 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen von 15. November 2019 [BeiG IVÖB]). Das BeiG IVöB ist seit dem 1. Oktober 2023 in Kraft (RRB Nr. 826/2023 vom 28. Juni 2023). Gemäss Art. 64 Abs. 1 IVöB werden Vergabeverfahren, die vor dem Inkrafttreten dieser Vereinbarung am 1. Oktober 2023 eingeleitet wurden, nach bisherigem Recht zu Ende geführt. Für das vorliegende Beschwerdeverfahren, dem eine Ausschreibung vom 28. März 2023 zugrunde liegt, gilt demnach altes Recht. Somit gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (aIVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Für die Vergabe von Aufträgen gilt auch weiter die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (aSubmV).

### 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 i.V.m. § 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 Beschwerdeführerin belegt in der Gesamtbewertung lediglich den vierten Platz. Sie macht insbesondere geltend, die Vergabe bzw. die Bewertung sei intransparent, nicht nachvollziehbar und nicht überprüfbar erfolgt. Die Vergabe leide an einem schweren Mangel, da On-Premise- und Cloud-Lösungen nicht vergleichbar gemacht werden könnten. Cloud-Lösungen seien klar bevorzugt worden. Wenn sie dies gewusst hätte, hätte sie ebenfalls eine Cloud-Lösung angeboten. Soweit die Beschwerdeführerin mit ihren Rügen Mängel geltend macht, welche sich gegen die Ausschreibung richten bzw. zu einer Wiederholung des Verfahrens führen könnten, ist sie zur Beschwerde legitimiert.

### **E. 3.1**

Zunächst ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin zu prüfen, die Beschwerdegegnerin habe den Zuschlagsentscheid unzureichend begründet und die Beschwerdeführerin hätte innerhalb der Beschwerdefrist keine Möglichkeit für ein Debriefing gehabt.

### **E. 3.2**

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h aIVöB). § 38 Abs. 2 aSubmV verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e aSubmV).

### **E. 3.3**

Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 10 Abs. 1 VRG). Die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite von Entscheidungen Rechenschaft geben und diese in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 10 N. 25).

### **E. 3.4**

Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 aSubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit

ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, auf die Beschwerdeantwort und damit auf die ergänzende Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; 28. Februar 2019, VB.2018.00787, E. 4.1).

### **E. 3.5**

Die der Beschwerdeführerin zugegangene Zuschlagsverfügung enthält keine § 38 Abs. 2 aSubmV genügende Begründung. Die Vergabebehörde hat ihren Entscheid jedoch im Rahmen der Beschwerdeantwort ausführlich begründet und die Beschwerdeführerin erhielt Gelegenheit, sich in der Replik zu diesen Ausführungen zu äussern. Im Rahmen des allgemeinen Replikrechts erfolgten sodann weitere ergänzende Ausführungen. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen ist, gilt daher als geheilt und ist für den Verfahrensausgang nicht mehr von Bedeutung (vgl. VGr, 17. September 2015, VB.2015.00390, E. 3.1 mit Hinweisen; VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 4a = BEZ 2000 Nr. 25). Sie kann sich lediglich – aber immerhin – noch auf die Nebenfolgen auswirken (vgl. VGr, 2. Februar 2023, VB.2022.00719, E. 3.2; 23. März 2017, VB.2016.00793, E. 4.3).

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, es sei ein ausschreibungswidriger Zuschlag erfolgt, da im Zuschlagsentscheid ein anderer Beschaffungsgegenstand als in der Ausschreibung beschrieben worden sei. Es liege ein Widerspruch vor.

### **E. 4.2**

In den Ausschreibungsunterlagen (Allgemeiner Teil) wurde unter "Gegenstand der Ausschreibung" aufgeführt: "Mit dieser Ausschreibung soll eine Lieferantin evaluiert werden, die der Stadt Zürich eine Signatur-Lösung bereitstellt, sie gemäss den Anforderungen der ausschreibenden Stelle konfiguriert und für mindestens 8 Jahre ab Inbetriebnahme weiterentwickelt und betreibt". Im Zuschlagsentscheid wurde unter dem Titel Gegenstand und Umfang des Auftrags ausgeführt: "Mit diesem Zuschlag werden Beschaffung, Aufbau und Betrieb einer Signaturlösung einschliesslich Lizenzen, Bereitstellen als 'Software as a Service' sowie Leistungen für Integration, Einführung, Support, Wartung und Weiterentwicklung für die nächsten maximal acht Jahre vergeben.". Inwiefern sich die beiden Beschreibungen widersprechen sollen, ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht näher begründet, stellt die Beschreibung im Zuschlagsentscheid doch bloss eine konkretisierte Beschreibung des Ausschreibungsgegenstands dar. In dem Umstand allein, dass die beiden Beschreibungen nicht den gleichen Wortlaut haben, lässt sich noch kein Widerspruch erkennen.

### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin bringt an, im Zuschlag werde ein Preis für acht Jahre inklusive Wachstum angegeben, während in den Ausschreibungsunterlagen eine Kostenbetrachtung für vier Jahre verlangt wurde. Sodann entspreche der Preis für acht Jahre auch nicht dem doppelten von vier Jahren, weshalb der Zuschlag auch diesbezüglich intransparent sei. Es würde ein Verstoss gegen das Gleichbehandlungsgebot der Anbietenden vorliegen.

### **E. 5.2**

Der Umstand, dass im Zuschlag ein Preis für acht Jahre genannt wurde, ergibt sich daraus, dass der vierjährige Vertrag um weitere vier Jahre verlängert werden kann. Die Beschwerdegegnerin führt aus, der Zusatz "inklusive Wachstum" beziehe die Kosten, welche weitere Signaturen (gemäss dem Personalwachstum, von welchem sie in den nächsten Jahren ausgeht) auslösten, mit ein. Diese Ausführungen erweisen sich als nachvollziehbar. Sodann ist es auch nachvollziehbar, dass der Preis für acht Jahre nicht dem Doppelten des Preises für vier Jahre entspricht, da gewisse Kosten einmalig sind. Im Vorgehen der Beschwerdegegnerin ist kein Mangel ersichtlich, welcher die Wiederholung des Verfahrens gebieten könnte.

#### **E. 6.1**

Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die Gewichtung der Zuschlagskriterien sei in der Ausschreibung ebensowenig angegeben worden wie gewisse Unter-Unterkriterien.

#### **E. 6.2**

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern diese Rüge zu einer Wiederholung des Verfahrens führen könnte. Im Übrigen erweist sie sich auch als unbegründet. Nach der Gerichtspraxis muss für die Anbietenden aufgrund der Ausschreibungsunterlagen erkennbar sein, welche Aspekte eines Angebots für dessen Bewertung wesentlich sind (vgl. § 13 Abs. 1 aSubmV). Abgesehen davon verlangt das Transparenzgebot nicht zwingend eine vorgängige Bekanntgabe von Unterkriterien oder Kategorien, welche bloss der Konkretisierung der publizierten Kriterien dienen (VGr, 21. Juli 2021, VB.2021.00282, E. 4.3.1 mit Hinweis auf BGr, 21. Januar 2003, 2P.111/2003, E. 2.1.1; 10. März 2003, 2P.172/2002, E. 2.3; VGr, 22. Juni 2017, VB.2017.00283, E. 3.3.2, mit zahlreichen Hinweisen; Galli et al., Rz. 970). Die massgeblichen Zuschlagskriterien sind vorliegend in den Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen aufgelistet worden. Gemäss der § 13 Abs. 1 lit. m und Abs. 2 aSubmV sind die Zuschlagskriterien in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung mit ihrer Rangordnung oder Gewichtung in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen; damit wird die notwendige Transparenz (Art. 1 Abs. 3 lit. c aIVöB) gewährleistet; eine Nummerierung der Kriterien ist dazu nicht notwendig (vgl. VGr, 10. Februar 2017, VB.2016.00300, E. 3.2; 10. April 2013, VB.2013.00132, E. 4.1; 27. Juni 2012, VB.2012.00026, E. 5; 18. Dezember 2002, VB.2001.00095, E. 3 = RB 2002 Nr. 47 = BEZ 2003 Nr. 13). Der Transparenz wurde daher mit der Reihenfolge in den Ausschreibungsunterlagen Genüge getan. Eine solche Rüge erweist sich im Übrigen auch als verspätet, da Mängel des Verfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden sind (vgl. nachfolgend E. 8.2).

#### **E. 7.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Berechnung des Zuschlagskriteriums "Kosten der angebotenen Leistung" sei intransparent. Interne Mehrkosten hätten nicht hinzugerechnet werden dürfen; die Hinzurechnung führe zu einer Bevorteilung von Cloud-Lösungen.

#### **E. 7.2**

Die Beschwerdegegnerin legte in ihrer Beschwerdeantwort sowie Duplik die Berechnung der Kosten nachvollziehbar dar. Soweit sich die Beschwerdeführerin gegen die Hinzurechnung von internen Mehrkosten bzw. deren Höhe wendet, sind ihre Rügen unbehelflich, da bei einer allfälligen Korrektur der Kosten auch die hinzugerechneten internen Mehrkosten bei den vor ihr liegenden Zweit- und Drittplatzierten zu streichen wären. Auch insoweit wäre ein allfälliger Mangel nicht so wesentlich, dass das Verfahren

deswegen wiederholt werden müsste.

### **E. 8.1**

Die Beschwerdeführerin bringt sodann vor, Cloud-Lösungen und On-Premise-Lösungen seien nicht vergleichbar und könnten auch nicht vergleichbar gemacht werden.

### **E. 8.2**

Aus dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt sich die Obliegenheit der Anbietenden, gewisse Mängel auch ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens möglichst frühzeitig zu beanstanden, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (vgl. dazu BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 6. August 2018, VB.2018.00350, E. 4.3.1; 11. Juli 2012, VB.2011.00598, E. 3.7; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; 24. November 1999, VB.98.00327, E. 4c = BEZ 2000 Nr. 10; Galli et al., Rz. 667 f.; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 10). Eine solche Obliegenheit anzunehmen, rechtfertigt sich nach der Praxis allerdings nur bei offensichtlichen Mängeln. Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 2. März 2017, VB.2016.00778, E. 3.2; 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Ein Anbieter kann nur dann vom Rechtsweg ausgeschlossen werden, wenn er den Mangel tatsächlich festgestellt hat oder bei gehöriger Vorsicht hätte feststellen können (VGr, 3. April 2014, VB.2013.00758, E. 2.4.1). Angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

### **E. 8.3**

Aus dem Pflichtenheft, welches zwischen Anforderungen für On-Premise-Lösungen und Cloud-Lösungen unterschied, ging klar hervor, dass sowohl On-Premise-Lösungen als auch Cloud-Lösungen angeboten werden durften. Folglich wären dahingehende Beanstandungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben spätestens mit der Offerteinreichung bei der Beschwerdegegnerin zu deponieren gewesen. Die Beschwerdeführerin durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen (VGr, 27. Juni 2019, VB.2019.00033, E. 4.3). Damit erweist sich die Rüge als verspätet.

### **E. 9.1**

Von der Beschwerdeführerin wird sodann vorgebracht, die Bewertungssystematik sei nicht transparent, nicht nachvollziehbar und nicht überprüfbar. Bewertungsmaßstäbe, welche eine vergleichbare Bewertung durch die Bewerber sichergestellt hätten, hätten nicht vorgelegen.

### **E. 9.2**

Die Rüge ist nicht stichhaltig und erweist sich auch als unbehelflich. Die Beschwerdegegnerin hat einen 17-seitigen Bewertungsbogen mit einem klar vorgegebenen Notenschlüssel erstellt, welchen die verschiedenen Bewerber ausfüllen mussten. Sodann sollten teilweise Bewertungen, welche von der Note 4 abweichen, kurz in Stichworten begründet werden. Dieser Bewertungsbogen stellt eine transparente, nachvollziehbare und überprüfbare Bewertung sicher. Was die Beschwerdeführerin dagegen vorbringt, vermag

daran nichts zu ändern, richten sich ihre Rügen doch vielmehr gegen einzelne Bewertungen. Solche Rügen sind jedoch vorliegend nicht zielführend, da diese keine Wiederholung des Verfahrens, sondern lediglich eine bessere Bewertung gegenüber der Mitbeteiligten bewirken könnten, wodurch die Beschwerdeführerin aber die Zweit- und Drittplatzierte im Vergabeverfahren nicht überholen könnte. Diese hatten ebenfalls keine reinen Cloud-Lösungen offeriert und lagen vor der Beschwerdeführerin. Eine systematische Besserstellung von Cloud-Lösungen ist nicht ersichtlich.

#### **E. 10**

Zusammengefasst sind keine Rechtsverletzungen zulasten der Beschwerdeführerin ersichtlich, die antragsgemäss eine Wiederholung des Verfahrens erforderlich machen würden. Die Beschwerde ist demgemäss abzuweisen. Mit dem vorliegenden Endentscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

#### **E. 11**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Jedoch können die Kosten einem Beteiligten nach dem Verursacherprinzip auch ohne Rücksicht auf den Ausgang des Verfahrens überbunden werden (vgl. Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 59). Es besteht vorliegend insoweit Anlass für ein Abweichen vom Unterliegerprinzip, als die Beschwerdegegnerin durch die Gehörsverletzungen mit einem Grund für die Beschwerdeerhebung gesetzt hat. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdeführerin trotz deren Unterliegens lediglich zu drei Vierteln und der Beschwerdegegnerin zu einem Viertel aufzuerlegen. Ausgangsgemäss steht der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Hingegen ist sie zu einer Entschädigung an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG), wobei zu berücksichtigen ist, dass diese mit der Beschwerdeantwort teilweise nur die ihr obliegende Begründung des Vergabeentscheids nachgeholt hat.

#### **E. 12**

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (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.