


**VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH**

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

**Geschäftsnummer:** VB.2020.00148  
**Entscheidart und -datum:** Endentscheid vom 25.06.2020  
**Spruchkörper:** 1. Abteilung/1. Kammer  
**Weiterzug:** Dieser Entscheid ist rechtskräftig.  
**Rechtsgebiet:** Submissionsrecht  
**Betreff:** Submission

Stichworte:

[AUSSCHLUSS](#)  
[AUSSCHLUSS AUS DEM VERFAHREN](#)  
[AUSSCHLUSS EINES ANBIETERS](#)  
[MUSSKRITERIEN](#)  
[SUBMISSIONSRECHT](#)  
[WESENTLICHER MANGEL](#)

Rechtsnormen:

§ 4a Abs. 1 IVöB-BeitrittsG

Publikationen:

- keine -

**IT-Beschaffung: Ausschluss aus dem Verfahren wegen Nichterfüllung technischer Musskriterien.**

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 fehlender Erfüllung der Eignungskriterien (lit. a) oder bei Nichterfüllung der Anforderungen der Vergabestelle an die Angaben und Nachweise (lit. c). Musskriterien und Eignungskriterien sind keine identischen Begriffe. Werden einzelne Mussanforderungen nicht erfüllt, so führt dies nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. Dies ergibt sich allein schon aus der Rechtsprechung, wonach ein Ausschluss aus dem Verfahren nicht überspitzt formalistisch sein darf. Die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben an das Produkt müssen sodann sachlich begründet sein. Vorliegend steht die als Musskriterium statuierte Einhaltung zweier Vorgaben der sogenannten ICT-Standards infrage (Serverinfrastruktur und Datenhaltung). Dabei handelt es sich um einheitliche interne Richtlinien und Standards, welche die Beschwerdegegnerin auf sämtliche IT-Beschaffungen anwendet. Die Beschwerdeführerin erfüllt die Vorgabe an die Datenhaltung nicht. Es ist gerechtfertigt, wenn dem Aspekt der Datensicherheit ein hoher Stellenwert beigemessen wird. Die Vorgabe ist daher sachlich gerechtfertigt. Demzufolge handelt es sich bei dessen fehlenden Erfüllung um einen wesentlichen Mangel.

**Abweisung.**

Verwaltungsgericht  
 des Kantons Zürich  
 1. Abteilung



VB.2020.00148

# Urteil

der 1. Kammer

vom 25. Juni 2020

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Ersatzrichterin Irene Egloff Martin, Gerichtsschreiberin Laura Diener.

In Sachen

A AG,

**Beschwerdeführerin,**

gegen

Stadt Winterthur, vertreten durch Stadt Winterthur, RA B,

**Beschwerdegegnerin,**

**betreffend Submission,**

hat sich ergeben:

## **I.**

Mit Ausschreibung vom 7. Oktober 2019 eröffnete die Stadt Winterthur ein offenes Submissionsverfahren zur Beschaffung eines gesamtstädtischen Lern-Management-Systems (LMS). Innert der Eingabefrist gingen neun Angebote mit bereinigten Offertsummen zwischen Fr. 446'600.- und Fr. 902'695.- (jeweils netto, exkl. MWST) ein. Am 3. März 2020 verfügte die Vergabestelle den Ausschluss der Anbieterin A AG, C, wegen Nichterfüllens von technischen Musskriterien.

## **II.**

Dagegen erhob die ausgeschlossene A AG am 6. März 2020 Beschwerde beim Verwaltungsgericht mit dem Antrag, die Ausschlussverfügung sei als "nicht rechtens zu erklären" und sie wieder zum Verfahren zuzulassen.

Mit Beschwerdeantwort vom 19. März 2020 beantragte die Beschwerdegegnerin, die Beschwerde sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin.

Mit Sendung vom 24. März 2020 versuchte das Verwaltungsgericht, der Beschwerdeführerin die Beschwerdeantwort der Vorinstanz zur Kenntnis und zur fristgebundenen Stellungnahme zukommen zu lassen. Diese Gerichtsurkunde wurde nach Ablauf der Abholfrist mit dem Vermerk "nicht abgeholt" retourniert. Am 9. April 2020 erfolgte eine zweite Sendung per A-Post und mit einem ausdrücklichen Vorbehalt bezüglich des Fristenlaufs. – Die Beschwerdeführerin liess sich in der Folge nicht mehr vernehmen.

Die Kammer erwägt:

## **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.

## 2.

**2.1** 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).

**2.2** 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.

## 3.

**3.1** 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).

**3.2** In den Allgemeinen Submissionsbedingungen wird vorliegend in Ziffer 8.3 festgehalten, dass neben den Eignungskriterien auch gewisse funktionale und systemtechnische Anforderungen als sogenannte Muss-Kriterien definiert und entsprechend gekennzeichnet sind. Weiter heisst es, wird "ein Muss-Kriterium nicht erfüllt, wird die anbietende Firma nicht weiter berücksichtigt, da das Kriterium benötigt wird um die Systemnutzung wie angedacht zu gewährleisten".

**3.3** Musskriterien und Eignungskriterien sind keine identischen Begriffe. Nur letztere, nicht aber die Musskriterien, betreffen direkt die Eignung des Anbieters (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 251 Rz. 582). Werden einzelne Mussanforderungen nicht erfüllt, so führt dies nicht zwingend zum Ausschluss aus dem Verfahren. Dies ergibt sich allein schon aus der Rechtsprechung, wonach ein Ausschluss aus dem Verfahren nicht überspitzt formalistisch sein darf (vgl. etwa VGr, 6. November 2014, VB.2014.00396, E. 5.1 mit weiteren Hinweisen). Die in der Ausschreibung enthaltenen Vorgaben an das Produkt müssen sachlich begründet sein. Der

Vergabebehörde kommt indessen, 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 sowie VGr, 27. Juli 2017, VB.2017.00367, E. 6.3; 29. Juli 2014, VB.2014.00175, E. 3.1; je mit weiteren Hinweisen; Galli et al., S. 241 Rz. 564).

**3.4** Vorliegend steht die als Musskriterium statuierte Einhaltung der sogenannten ICT-Standards infrage (Position STA20 des Anforderungskatalogs). Dabei handelt es sich um einheitliche interne Richtlinien und Standards, welche die Beschwerdegegnerin erklärermassen auf sämtliche IT-Beschaffungen anwendet. Konkret geht es im vorliegenden Fall um die Erfüllung zweier Vorgaben.

**3.4.1** Im Streit liegt einerseits die Vorgabe 2.3.1 zur "Serverinfrastruktur", welche lautet: "Es stehen ausschliesslich VM Server basierend auf VMware Hypervisor Infrastruktur zur Verfügung (physikalische Server sind nicht verfügbar)".

Zur Erläuterung ihres Angebots aufgefordert, hat die Beschwerdeführerin diesbezüglich am 12. Februar 2020 erklärt, es werde bestätigt, dass die angebotene "Betriebsumgebung [...] von Beginn weg virtualisiert erfolgen werde". Man sei aktuell dabei, sämtliche "Kunden von Hardware-basierten Betriebsumgebungen auf die virtualisierte Betriebsumgebung zu migrieren".

Die Beschwerdegegnerin hat bereits in der Publikation der Ausschreibung betont, es sei ihr wichtig, "dass das Angebot ein bewährtes, bereits mehrfach eingesetztes Standardprodukt ist – also eine bereits verfügbare Systemlösung". Wie sie nun in ihrer Beschwerdeantwort feststellt, fehlt es der Beschwerdeführerin in Bezug auf die virtuelle Umsetzung der Serverinfrastruktur an der geforderten Erfahrung. Das Umstellen von physikalischen auf virtuelle Lösungen stelle einen anspruchsvollen Prozess dar, dessen Risiken sich umso stärker manifestierten, wenn eine Leistungsanbieterin diesen Prozess erst noch bereitstellen müsse. Die entsprechenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin in ihrer Beschwerdeantwort blieben unwidersprochen. Ihre Bedenken hinsichtlich der Umsetzungsrisiken sind im Übrigen durchaus nachvollziehbar. Ob sie für sich allein geeignet sind, den Ausschluss der Beschwerdeführerin zu begründen, ist indes fraglich, zumal die Beschwerdeführerin eine virtuelle Serverinfrastruktur ausdrücklich anbietet und das betreffende Musskriterium damit zumindest formell zu erfüllen scheint. Mit Sicherheit lässt sich aber auch das nicht sagen. Wie aus einem internen Bericht hervorgeht, war es dem Informatikdienst der Beschwerdegegnerin nämlich nicht möglich, abschliessend zu "beurteilen, ob die virtualisierte Umgebung Bestandteil des Angebots war oder die hardware-basierte Umgebung". All diese Fragen können jedoch offenbleiben, wenn sich nachfolgend zeigt, dass der Ausschluss der Beschwerdeführerin bereits aus einem anderen Grund als gerechtfertigt erscheint.

**3.4.2** Umstritten ist im Weiteren auch die Vorgabe 2.2.2 zur "Datenhaltung", wonach die Daten "real-time an zwei Standorte gespeichert" werden müssen.

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, ihr Angebot erfülle das infrage stehende Musskriterium. Ihre Ausführungen im Rahmen der Angebotserläuterung legen allerdings den

gegenteiligen Schluss nahe. Auf Nachfrage der Beschwerdegegnerin erklärte die Beschwerdeführerin nämlich am 12. Februar 2020, ihr Angebot beinhalte keine real-time Datenspiegelung an den zweiten Serverstandort. Die "Dual-DataCenter Lösungen mit verteilter aktiver (oder passiver) Infrastruktur und Daten in zwei geo-redundanten DataCenter kann auf Anfrage angeboten werden, ist aber aktuell nicht Teil der Lösung". Desgleichen hielt sie in einer späteren, unmittelbar nach ihrem Ausschluss erfolgten Stellungnahme fest, betreffend "Echtzeitspiegelung auf 2 Standorte haben wir Ihnen mitgeteilt, dass dies aktuell nicht eingesetzt ist, dies aber möglich wäre, sofern dies absolut gefordert ist und wir dies nachreichen könnten".

Es steht demnach ausser Frage, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die als Musskriterium formulierte Vorgabe 2.2.2 zur "Datenhaltung" nicht erfüllt. Eine nachträgliche Ergänzung des Angebots ist entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten ausgeschlossen; Angebote sind nach Ablauf der Eingabefrist unveränderlich (Galli et al., S. 312, Rz. 710 ff.). Das Angebot der Beschwerdeführerin erweist sich mithin als unvollständig und erfüllt die Anforderungen nicht, was grundsätzlich für einen Ausschluss nach § 4a Abs. 1 lit. b bzw. lit. c IVöB-BeitrittsG spricht.

**3.4.3** Es bleibt indes zu prüfen, ob die strittige Vorgabe 2.2.2 betreffend Datenhaltung sachlich begründet erscheint und der entsprechende Mangel daher auch als wesentlich zu qualifizieren ist.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet dies. Sie hält dafür, ihr Angebot vermöge den festgestellten Mangel hinsichtlich der Echtzeitspiegelung dadurch zu kompensieren, dass die Daten bei ihrem Angebot nicht nur an zwei, sondern an drei Standorte gespiegelt würden. Ihre Lösung müsse daher als gleichwertig angesehen werden, was den Ausschluss als unverhältnismässig erscheinen lasse. Im Übrigen hätten sie und ihr langjähriger Vertragspartner in zahlreichen Projekten den Beweis erbracht, dass sie Sicherheitsstandards zu erfüllen vermögen, welche weit über den Bedarf einer Lernplattform/Kursverwaltung hinausgehen.

Demgegenüber vertritt die Beschwerdegegnerin den Standpunkt, sämtliche in ihrem Standardregelwerk zusammengefassten Massnahmen zur Datensicherung seien als wesentlich zu werten, insbesondere auch die strittige Echtzeitspiegelung der Daten an unterschiedlichen Standorten. Dem kann ohne Weiteres gefolgt werden. Die Beschwerdegegnerin verfolgt mit ihren ICT-Standards ein einheitliches Sicherheitskonzept, was sowohl aus organisatorischer als auch aus technischer Sicht als sachgerecht erscheint. Ob diese Standards, wie von der Beschwerdeführerin angedeutet, teilweise über den "Bedarf einer Lernplattform/Kursverwaltung" hinausgehen, mag dahingestellt bleiben. Die Vergabebehörde verfügt bei der Bedarfsumschreibung über einen weiten Ermessensspielraum. Dass sie diesen vorliegend überschritten hätte, ist weder substantiiert dargetan noch ersichtlich. Vielmehr erscheint es sehr wohl als gerechtfertigt, wenn dem Aspekt der Datensicherheit auf allen Ebenen der Verwaltungstätigkeit ein hoher Stellenwert beigemessen wird. Zudem stellt die Beschwerdeführerin nicht substantiiert in Abrede, dass das strittige Instrument der Echtzeitspiegelung in der vorliegenden Beschaffung einen bedarfsgerechten Standard darstellt. Unwiderrprochen blieb auch, dass damit wesentlich zur Risikominimierung beigetragen wird. Ihr

Einwand, dass auch ein zusätzlicher Speicherstandort die Sicherheit erhöhen könne, greift sodann zu kurz. Abgesehen davon, dass diesem Aspekt mit der Vorgabe von zwei Standorten bereits angemessen Rechnung getragen wurde, spricht nichts dagegen, die Risiken eines Datenverlusts nicht nur in räumlicher, sondern auch in zeitlicher Hinsicht zu minimieren.

**3.5** Zusammenfassend kann denn auch festgestellt werden, dass es vorliegend im Rahmen des der Vergabehörde zustehenden Ermessens lag, wenn sie das Erfordernis der Echtzeitspiegelung an unterschiedlichen Standorten als zwingend im Sinn eines wesentlichen Musskriteriums wertete. Mithin war auch der mit der Nichterfüllung dieser Vorgabe begründete Ausschluss der Beschwerdeführerin gerechtfertigt.

Die Beschwerde erweist sich demgemäss als unbegründet und ist abzuweisen.

#### 4.

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

**4.2** 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.

#### 5.

Da der geschätzte Auftragswert den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert übersteigt (Art. 1 lit. a der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [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.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 3'500.--; die übrigen Kosten betragen:  
Fr. 95.-- Zustellkosten,  
Fr. 3'595.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

4. Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
  5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
  6. Mitteilung an ...
-