VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: **VB.2025.00206**
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 16.04.2026
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: **Submission**

Stichworte:
AUSSCHREIBUNG
AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN
BESCHAFFUNGSGEGENSTAND
FREIHÄNDIGES VERFAHREN
WETTBEWERB
ZUSCHLAG

Rechtsnormen:
Art. 21 Abs. II IVöB
Art. 21 Abs. III IVöB
Art. 56 Abs. V IVöB

Publikationen:
- keine -

Beschaffung einer IT-Dienstleistung im freihändigen Verfahren.

Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in teilweiser Aufgabe der "Microsoft-Praxis" trägt die Vergabebehörde die Beweislast für das Fehlen einer Alternativlösung. In diesem Rahmen muss der Dritte, der Beschwerde erhebt, nicht mehr selbst diesen Beweis erbringen. Er kann sich darauf beschränken, auf glaubhafte und wahrscheinliche Weise geltend zu machen, ein potenzieller Lieferant der zur Diskussion stehenden Leistung zu sein, um das freihändige Verfahren anzufechten (E. 2.3). Die Beschwerdeführerin bringt vor, als spezialisierte IT-Dienstleisterin liege die ausgeschriebene Dienstleistung klar in ihrem Fachbereich (E. 2.4).

Zu prüfen ist, ob die Beschwerdeführerin die von der Vergabestelle definierte nachgefragte Leistung (oder eine damit substituierbare Leistung) erbringen kann und erbringen will. Es liegt in der Natur der Sache, dass potenzielle Beschwerdeführende bei Freihandvergaben die Vergabeunterlagen nicht kennen. Die Beschwerdeführerin konnte sich einzig auf die Simap-Publikation stützen. Dieser kommt insofern für ein transparentes Verfahren und einen möglichst wirksamen und fairen Wettbewerb zentrale Bedeutung zu, weshalb sie in Bezug auf Klarheit und Vollständigkeit in einer Weise auszugestalten ist, die potenzielle Anbietende in die Lage versetzt, nachzuvollziehen, um welchen Auftragsgegenstand es sich handelt (E. 2.6). Die Ausschreibung bestimmt den Beschaffungsgegenstand vorliegend in einer Weise, welche, indem sie den Fokus nicht allein auf die anzupassende Fachanwendung richtet, in sich inkohärent ist und das Bedürfnis der Vergabestelle nicht transparent definiert. Aufgrund dieser unklaren und missverständlichen Ausschreibung war es der Beschwerdeführerin von vornherein schwerlich möglich, auf glaubhafte und wahrscheinliche Weise geltend zu machen, eine potenzielle Lieferantin der zur Diskussion stehenden Leistung zu sein. Dies ist

aber nicht der Beschwerdeführerinanzulasten. Im Gegenteil kann es der Vergabebehörde auf dieser Grundlage nicht gelingen, den ihr obliegenden Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind. Entsprechend wäre der Zuschlag grundsätzlich aufzuheben. Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist (E. 2.7). Gutheissung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung

VB.2025.00206

Urteil

der 1. Kammer

vom 16. April 2026

Mitwirkend: Abteilungspräsident Daniel Schweikert (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Verwaltungsrichter José Krause, Gerichtsschreiberin Sabrina Susanna Gubler.

In Sachen

A AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Finanzdirektion des Kantons Zürich,
Steueramt,

Beschwerdegegnerin,

und

B AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Die Finanzdirektion des Kantons Zürich, Steueramt, publizierte am 25. März 2025 auf Simap.ch, der elektronischen Beschaffungsplattform der Schweiz, unter dem Projekttitel "TechUpgrade von Fachanwendung C auf Betriebssystem D, Version 02, und Datenbanksoftware E, Version 04" den im freihändigen Verfahren erfolgten Zuschlagsentscheid vom 11. März 2025 für die Beschaffung der "Migration des aktuellen Betriebssystems D, Version 01, auf Version 02, sowie von Datenbanksoftware E, Version 03, auf Version 04" an die B AG zum Preis von Fr. 423'211.50 (einschliesslich Mehrwertsteuer).

II.

Die A AG erhob mit Eingabe vom 27. März 2025 beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich Beschwerde gegen den Zuschlagsentscheid und beantragte dessen Aufhebung sowie die Durchführung eines öffentlichen oder selektiven Vergabeverfahrens. In prozessualer Hinsicht ersuchte sie um Akteneinsicht. Mit Schreiben vom 3. April 2025 teilte die Finanzdirektion des Kantons Zürich, Steueramt, dem Verwaltungsgericht den Vertragsschluss mit. Am 20. April 2025 änderte die A AG das Rechtsbegehren ihrer Beschwerde infolge des Vertragsschlusses dahingehend, dass die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festzustellen sei, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen. Mit Eingabe vom 22. April 2025 beantragte die Finanzdirektion des Kantons Zürich, Steueramt, unter Kostenfolge Nichteintreten auf die Beschwerde; eventualiter sei diese abzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 8. Mai 2025 wurde der A AG teilweise Akteneinsicht gewährt. In der Folge verzichtete die A AG auf die Einreichung einer Replik. Die B AG liess sich nicht vernehmen.

Die Kammer erwägt:

1.

Nach § 3 Abs. 1 des Gesetzes über den Beitritt zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (BeiG IVöB) ist gegen Verfügungen gemäss Art. 53 IVöB, wozu auch der Zuschlag zählt (lit. e), unabhängig vom Auftragswert die Beschwerde an das Verwaltungsgericht als einzige kantonale Instanz zulässig. Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 51 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. November 2019 (IVöB) sowie § 3 BeiG IVöB zur Anwendung. Anwendbar ist sodann im Weiteren die Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (SVO).

2.

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 in Verbindung mit § 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).

2.2 Weiter kann gegen Zuschläge im freihändigen Verfahren nur Beschwerde führen, wer nachweist, dass er die nachgefragten Leistungen oder damit substituierbare Leistungen erbringen kann und erbringen will. Es kann nur gerügt werden, das freihändige Verfahren sei zu Unrecht angewandt oder der Zuschlag sei aufgrund von Korruption erteilt worden (Art. 56 Abs. 5 IVöB).

2.3 Nach der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung und in teilweiser Aufgabe der "Microsoft-Praxis" (BGE 137 II 313) trägt die Vergabebehörde nunmehr die Beweislast für das Fehlen einer Alternativlösung. In diesem Rahmen muss der Dritte, der Beschwerde erhebt, nicht mehr selbst diesen Beweis erbringen, sei es im Stadium der Prüfung der Zulässigkeit seiner Beschwerde oder der nachfolgenden Prüfung ihrer Begründetheit. Er kann sich darauf beschränken, auf glaubhafte und wahrscheinliche Weise geltend zu machen, ein potenzieller Lieferant der zur Diskussion stehenden Leistung zu sein, um das freihändige Verfahren anzufechten (BGE 150 II 105 [= Pra 113/2024 Nr. 37] E. 5.10).

2.4 Die Beschwerdeführerin bringt vor, als spezialisierte IT-Dienstleisterin mit Tätigkeit im Bereich der Systemarchitektur G, auf der das Betriebssystem D basiert, Cloud-Infrastrukturen sowie Migrationsprojekte in behördlichen IT-Umgebungen liege die ausgeschriebene Dienstleistung klar in ihrem Fachbereich. Sie hätte für die "Migration Betriebssystem D, Version 01, auf Version 02 / Datenbanksoftware E, Version 03, auf Version 04" ein Angebot einreichen können. Hingegen fehle jeglicher Nachweis, dass die Zuschlagsempfängerin über die notwendige Qualifikation für "Migrationen im Umfeld Betriebssystem D / Datenbanksoftware E " verfüge.

Die Beschwerdegegnerin begründet ihren Nichteintretensantrag damit, dass die Beschwerdeführerin weder die nachgefragten noch damit substituierbare Leistungen erbringen könne. Es sei mit Blick auf öffentlich zugängliche Informationen davon auszugehen, dass sie nicht über die notwendigen Fähigkeiten im Bereich von wesentlichen Systemkomponenten der Fachanwendung C verfüge.

2.5 Ausweislich der Beschwerdeantwort der Vergabestelle handelt es sich bei der vorliegend streitgegenständlichen Vergabe um eine Anpassung der Fachanwendung C,

damit diese auf den zu erneuernden Versionen des Betriebssystems ("Betriebssystem D, Version 02") und der Datenbanksoftware ("Datenbanksoftware E, Version 04") lauffähig werde. Nur diese Umstellung bilde Gegenstand der beanstandeten Vergabe, während die Erneuerung des Betriebssystems und der Datenbanksoftware als der Plattformkomponenten nicht Teil dieser Vergabe seien.

In Übereinstimmung mit diesen Ausführungen ist die Offerte der Zuschlagsempfängerin mit "Fachanwendung C Wartungsrelease - Betriebssystem D, Version 02 / Datenbanksoftware E, Version 04" betitelt. Der zugrunde liegende Hauptvertrag trägt den Titel "Support und Wartung der Fachanwendung C". Die Beschwerdeantwort mitsamt den massgeblichen Unterlagen zum Beschaffungsgegenstand (vgl. dazu auch BVGr, 23. Juni 2015, B-562/2015, E. 4.3.2) lässt somit nur den Schluss zu, dass die Vergabestelle mit der fraglichen Ausschreibung eine Anpassung der Fachanwendung C freihändig beschaffen wollte, damit diese Fachanwendung C auf den ebenso – aber ausserhalb dieser Vergabe – zu erneuernden Plattformkomponenten (Betriebssystem und Datenbanksoftware) funktionsfähig werde.

2.6 Zu prüfen ist nun, ob die Beschwerdeführerin die in dieser Weise von der Vergabestelle definierte nachgefragte Leistung (oder eine damit substituierbare Leistung) erbringen kann und erbringen will. Es liegt in der Natur der Sache, dass potenzielle Beschwerdeführende bei Freihandvergaben die Vergabeunterlagen nicht kennen (Claudia Schneider Heusi/Laura Mazzariello, Die freihändige Microsoft-Vergabe der Bundesverwaltung, Jusletter vom 23. Mai 2011, Rz. 26). Entsprechend waren der Beschwerdeführerin im vorliegenden freihändigen Verfahren keine Ausschreibungsunterlagen oder Pflichtenhefte zugänglich, weshalb sich diese zur Geltendmachung, eine potenzielle Lieferantin der fraglichen Leistung zu sein, einzig auf die Simap-Publikation vom 25. März 2025 stützen konnte. Dieser kommt insofern für ein transparentes Verfahren und einen möglichst wirksamen und fairen Wettbewerb zentrale Bedeutung zu, weshalb sie in Bezug auf Klarheit und Vollständigkeit in einer Weise auszugestalten ist, die potenzielle Anbietende in die Lage versetzt, nachzuvollziehen, um welchen Auftragsgegenstand es sich handelt.

2.7 Die Simap-Publikation ist mit "TechUpgrade Fachanwendung C auf Betriebssystem D, Version 02, und Datenbanksoftware E, Version 04" betitelt, was sich ohne Weiteres mit der von der Vergabestelle im vorliegenden Beschwerdeverfahren getätigten Umschreibung des Beschaffungsgegenstands in Einklang bringen lässt. Weiter unten in der Kategorie "Beschaffungsgegenstand" führte die Vergabestelle unter "Gegenstand und Umfang des Auftrags" aus: "Migration des aktuellen Betriebssystems D, Version 01, auf Version 02 sowie von Datenbanksoftware E, Version 03, auf Version 04." Diese Auftragsumschreibung erwähnt die Fachanwendung C, deren Anpassung gemäss der Beschwerdeantwort Gegenstand der angefochtenen Vergabe ist (oben E. 2.5), mit keinem Wort; vielmehr lenkt sie das Augenmerk auf die Erneuerung des Betriebssystems und der Datenbanksoftware, welche aber ausweislich der Beschwerdeantwort (oben E. 2.5) gerade nicht beschafft

werden sollte. Diese Missverständlichkeit liegt bereits dem (internen) Bericht gemäss Art. 21 Abs. 3 IVöB vom 15. Januar 2025 (der im Übrigen die darzulegenden Anwendungsvoraussetzungen von Art. 21 Abs. 2 IVöB klar ungenügend ausweist) mit der darin enthaltenen Umschreibung der Art der beschafften Leistung ("Technisches Upgrade Workflow: Im Rahmen des regulären Lebenszyklus wird das Betriebssystem auf die Version Datenbanksoftware E, Version 04, und Betriebssystem D, Version 02, umgestellt.") sowie der dazugehörigen Begründung ("Im Rahmen des regulären Lebenszyklus soll die Migration des aktuellen Betriebssystems D, Version 01, sowie von Datenbanksoftware E, Version 03, bis spätestens Ende 2025 durchgeführt werden.") zugrunde. Die Vergabebehörde ist bei der Umschreibung des Gegenstands einer Beschaffung zwar weitgehend frei; die Art der Umschreibung des Beschaffungsgegenstands kann aber namentlich dann rechtlich relevant sein, wenn sie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den potenziellen Anbietenden zeitigt (vgl. VGr, 26. September 2019, VB.2019.00368, E. 3.2 mit Hinweisen). In der Ausschreibung (und in den Ausschreibungsunterlagen) hat die Vergabebehörde den Beschaffungsgegenstand im Interesse der Vergleichbarkeit der Angebote klar und vollständig zu umschreiben (VGr, 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 5.1). Wenn sich die Vergabestelle für das freihändige Vergabeverfahren entscheidet, ist sie gehalten, ihr Bedürfnis transparent und unter Beachtung der Konkurrenz zu definieren (BGE 150 II 105 [= Pra 113/2024 Nr. 37] E. 5.9.1).

Dies ist vorliegend wie gezeigt nicht geschehen. Die Ausschreibung bestimmt den Beschaffungsgegenstand in einer Weise, welche, indem sie den Fokus nicht allein auf die anzupassende Fachanwendung C richtet, in sich inkohärent ist und das Bedürfnis der Vergabestelle nicht transparent definiert. Vor diesem Hintergrund ist nicht weiter überraschend, dass die Beschwerdeführerin sich in ihren Eingaben auf ihren Status als Partnerin in der höchsten Stufe von Softwareunternehmen F, dem Entwickler von Betriebssystem D, konzentriert, und damit ihre Eigenschaft als potenzielle Lieferantin zu begründen versucht sowie zugleich wegen des Fehlens des Partnerstatus diese der Mitbeteiligten abspricht. Aufgrund dieser unklaren und missverständlichen Ausschreibung war es der Beschwerdeführerin von vornherein schwerlich möglich, auf glaubhafte und wahrscheinliche Weise geltend zu machen, eine potenzielle Lieferantin der zur Diskussion stehenden Leistung zu sein.

Dies ist aber nicht der Beschwerdeführerin anzulasten. Im Gegenteil kann es der Vergabebehörde auf dieser Grundlage nicht gelingen, den ihr obliegenden Nachweis zu erbringen, dass die Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe gegeben sind. Entsprechend wäre der Zuschlag grundsätzlich aufzuheben (vgl. VGr, 2. Mai 2023, VB.2023.00038, E. 5). Nachdem die Beschwerdegegnerin den Vertrag mit der Mitbeteiligten jedoch erlaubterweise bereits abgeschlossen hat, kann die Beschwerdeinstanz

lediglich noch feststellen, dass der angefochtene Zuschlag rechtswidrig ist, wie das die Beschwerdeführerin unter Hinweis auf Art. 58 Abs. 2 IVöB verlangt.

3.
Die Beschwerde ist gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass der Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 11. März 2025 betreffend "TechUpgrade Fachanwendung C auf Betriebssystem D, Version 02, und Datenbanksoftware E, Version 04" rechtswidrig ist.

4.
Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Zudem ist sie – angesichts dessen, dass der Beizug einer externen Vertretung gerechtfertigt gewesen wäre – zur Bezahlung einer Parteientschädigung an die (nicht anwaltlich vertretene) Beschwerdeführerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG; vgl. VGr, 14. Juli 2022, VB.2022.00103, E. 5); angemessen sind Fr. 1'500.-.

5.
Der Auftragswert für die nachgesuchte Dienstleistung übersteigt 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).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass der Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 11. März 2025 rechtswidrig ist.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
   Fr. 3'500.--; die übrigen Kosten betragen:
   Fr. 205.-- Zustellkosten,
   Fr. 3'705.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 1'500.- zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen nach Rechtskraft des vorliegenden Entscheids.

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:
   a) die Parteien und die Mitbeteiligte;
   b) die Wettbewerbskommission (WEKO).