

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00106 vom 17. Februar 2000

ZH Verwaltungsgericht, 2000-02-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.1999.00106

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00106 du 17 février 2000

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.1999.00106 del 17 febbraio 2000

Regeste

Submission | Vergabe eines Zusatzauftrags für den Ausbau einer Abwasseranlage. Beschwerde gegen eine freihändig erfolgte Vergabe: Wurde ein Auftrag ohne formellen Zuschlag vergeben, gilt der Vergabeentscheid spätestens mit dem Vertragsschluss als erfolgt. Ein benachteiligter Anbieter kann die Vergabe innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme mit Beschwerde anfechten (E. 2). Ausschreibungspflicht für umfangreiche öffentliche Vergaben (Art. 5 Abs. 2 BGBM; E. 4). Ausnahmsweise Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe, insbesondere wegen technischen Besonderheiten (§ 11 Abs. 1 lit. c SubmV) bzw. unvorhersehbaren Ereignissen, welche zusätzliche Bauleistungen nötig machen (§ 11 Abs. 1 lit. e SubmV; E. 5).

Erwägungen

E. 1

Gegen den Entscheid einer Gemeindebehörde über die Vergabe eines öffentlichen Auftrags steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung. Für Vergaben im Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) ergibt sich dies aus § 3 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) in Verbindung mit Art. 15 IVöB. Für andere Vergaben hat der Regierungsrat mit § 1 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) gestützt auf § 2 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 IVöB-BeitrittsG die Bestimmungen des Beitrittsgesetzes und der Verordnung auf öffentliche Beschaffungen der Gemeinden anwendbar erklärt, soweit es durch das Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM) verlangt wird. Gestützt darauf gelangt der in § 3 IVöB-BeitrittsG geregelte Rechtsschutz gegenüber allen nach dem vollständigen Inkrafttreten des Binnenmarktgesetzes ergangenen Vergabeentscheiden zur Anwendung (VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13, E. 1; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22).

E. 2

Vergabeentscheide gelten als Verfügungen, die mit den Rechtsmitteln des kantonalen und des Bundesrechts angefochten werden können (BGE 125 II 86 E. 3b; VGr, 24. März 1999, BEZ 1999 Nr. 13 E. 1d; vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 41 N. 22). Das entspricht auch den Anforderungen des Binnenmarktgesetzes, in dessen Anwendungsbereich Vergabeentscheide in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen sind und ein Rechtsmittel an eine unabhängige kantonale Instanz bestehen muss (Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM; vgl. BGE 125 I 406 E. 2). Die Beschwerdegegnerin hat, soweit aus der Sachdarstellung der

Parteien und den vorgelegten Unterlagen ersichtlich, keinen formellen Entscheid über die Vergabe des fraglichen Auftrags getroffen. Dieser Umstand vermag jedoch am Verfügungscharakter des Zuschlags nichts zu ändern; der Vergabeentscheid gilt spätestens mit dem Abschluss des Werkvertrags vom 16. Dezember 1998 als erfolgt (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 19 N. 10, 12). Nachdem der Entscheid der Beschwerdeführerin nicht mitgeteilt worden war, erhielt diese erstmals im Rahmen der Akteneinsicht am 23. März 1999 von der Vergabe Kenntnis. Da ihr aus der mangelhaften Eröffnung kein Nachteil erwachsen darf (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 62), war sie berechtigt, den Entscheid innert einer Frist von zehn Tagen nach der Kenntnisnahme mit Beschwerde anzufechten (Art. 15 IVöB). Die durch die Osterfeiertage verlängerte Rechtsmittelfrist (§ 11 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 [VRG]) wurde mit der Eingabe vom 6. April 1999 gewahrt. Auf die Beschwerde ist somit einzutreten. Das Beschwerdeverfahren richtet sich nach den Bestimmungen der §§ 3 ff. IVöB-BeitrittsG, ergänzt durch die sinngemäss heranzuziehenden Vorschriften der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen.

E. 3

Die in Frage stehende Beschaffung wird vom Geltungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen nicht erfasst. Insbesondere fällt das strittige Bauvorhaben als Teil des Projekts "Sanierung der Abwasserverhältnisse Zürich-Nord" nicht in den Anwendungsbereich des Sektors Wasserversorgung im Sinn von Art. 8 Abs. 1 lit. c IVöB (vgl. den heutigen Entscheid im Verfahren VB.99.00015, E. 2). Das Projekt ist ferner nicht zu mehr als 50% durch den Bund oder den Kanton subventioniert und fällt daher auch nicht nach Art. 8 Abs. 2 IVöB in den Anwendungsbereich des Konkordats. Nach den von der Beschwerdegegnerin eingereichten Unterlagen wird das gesamte Sanierungsvorhaben durch den Bund mit 15% und den Kanton Zürich mit 10% subventioniert; für das Teilprojekt Düker Leutschenbach und Meteorwasserkanal leistet lediglich der Kanton Beiträge von 5% (VB.99.00015, act. 43.34-43.36). Der vom Regierungsrat mit Wirkung ab 1. Januar 1999 angeordnete Einbezug der Gemeinden in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung (RRB Nr. 1501 vom 1. Juli 1998; LS 720.111) war zur Zeit der Durchführung der strittigen Vergabe, die vollständig im Jahr 1998 abgewickelt wurde, noch nicht wirksam. Die Vergabe unterstand daher mit Bezug auf den Ablauf des Vergabeverfahrens und die materielle Behandlung der Angebote grundsätzlich noch den Bestimmungen der Submissionsverordnung der Stadt Zürich vom 20. Dezember 1989. Bei deren Anwendung waren jedoch die übergeordneten Vorschriften des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt zu beachten, und soweit die städtische Verordnung keine eigene genügende Regelung enthielt, waren gemäss § 1 Abs. 3 SubmV die Bestimmungen des IVöB-BeitrittsG und der kantonalen Submissionsverordnung heranzuziehen (VGr, 16. Juni 1999, VB.99.00008, E. 4).

E. 4

Art. 5 Abs. 2 BGBM verlangt von den kantonalen und kommunalen Vergabestellen, dass Vorhaben für umfangreiche öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten amtlich publiziert werden. Bei welchem Auftragsvolumen eine umfangreiche Vergabe im Sinn dieser Bestimmung vorliegt, geht aus dem Gesetz nicht hervor, doch ist davon auszugehen, dass die Grenze jedenfalls nicht oberhalb der Schwellenwerte des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Pro-

curement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422) bzw. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen liegen kann (vgl. Karl Weber, Das neue Binnenmarktgesetz, SZW 1996, S. 164 ff., 171; Robert Wolf, Neues Submissionsrecht für Kantone und Gemeinden, PBG aktuell 1/1996, S. 5 ff., 17 f.). Im Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung sind Bauaufträge öffentlich auszuschreiben, wenn der Gesamtwert aller dasselbe Bauwerk betreffenden Aufträge den Betrag von Fr. 9'575'000.■ erreicht (Art. 7 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Abs. 2 IVöB). Der vorliegend strittige Auftrag ist Teil des Projekts "Sanierung der Abwasserverhältnisse Zürich-Nord", dessen gesamtes Auftragsvolumen den Schwellenwert der Interkantonalen Vereinbarung bei weitem übersteigt. Das Volumen des strittigen Auftrags übersteigt auch den Rahmen der sogenannten Bagatellklausel, nach welcher Bauaufträge, die für sich allein den Wert von 2 Millionen Franken nicht erreichen und zusammengerechnet 20% des Werts des gesamten Bauwerks nicht überschreiten, von der Anwendung des Konkordats ausgenommen werden können (Art. 7 Abs. 2 IVöB in Verbindung mit § 7 SubmV). Der Umfang der angefochtenen Vergabe liegt ferner oberhalb des Schwellenwerts von Fr. 500'000.■ gemäss Art. 2 lit. a der Submissionsverordnung der Stadt Zürich, bei dessen Überschreitung nach kommunalem Recht eine öffentliche Ausschreibung durchzuführen war. Ebenso ist die Grenze von Fr. 500'000.■ für die Vergabe von Bauaufträgen nach kantonalem Recht gemäss § 8 Abs. 2 lit. b SubmV überschritten. In Anbetracht des Auftragsvolumens war die Pflicht zur Ausschreibung des Auftrags somit grundsätzlich gegeben. Das bestreitet auch die Beschwerdegegnerin nicht.

E. 5

Die Beschwerdegegnerin macht geltend, dass es ihr aufgrund technischer Besonderheiten des Projekts erlaubt gewesen sei, den Auftrag unter Vernachlässigung der Ausschreibungspflicht direkt zu vergeben. a) Ob beim Vorliegen eines umfangreichen öffentlichen Auftrags ausnahmsweise dennoch eine Vergabe ohne öffentliche Ausschreibung zulässig ist, geht aus Art. 5 Abs. 2 BGBM nicht hervor. Indessen muss es auch bei der Anwendung des Binnenmarktgesetzes gestattet sein, die im internationalen und interkantonalen Recht vorgesehenen Ausnahmen von der Publikationspflicht in Anspruch zu nehmen. Andererseits darf die Publikationspflicht nach Art. 5 Abs. 2 BGBM nicht durch die Anwendung weiter gehender kantonaler oder kommunaler Ausnahmegesetze umgangen werden. Der Ausnahmetatbestand von Art. 3 lit. c der Submissionsverordnung der Stadt Zürich, nach welchem ein Verzicht auf die Publikation generell erlaubt ist, "wenn bei Ergänzungen zu bereits erteilten Aufträgen eindeutige Rationalisierungsgründe für die direkte Vergabe sprechen und keine höheren Einheitspreise vereinbart werden", ist daher unter der Geltung von Art. 5 Abs. 2 BGBM nicht mehr anwendbar, da er zu weit und zu unbestimmt gefasst ist und in den massgeblichen Regeln des Bundes und des Kantons keine Entsprechung findet. Die Beschwerdegegnerin hat sich denn auch nicht auf diese Bestimmung berufen und keine substantiierten Hinweise auf allfällige "Rationalisierungsgründe" im Sinn derselben vorgebracht. Als massgebliche Umschreibung der zulässigen Ausnahmetatbestände ist somit die Aufzählung von § 11 Abs. 1 SubmV heranzuziehen, die ihrerseits auf den entsprechenden Vorbehalten des GATT/WTO-Übereinkommens und der Interkantonalen Vereinbarung beruht (Art. XV GPA, Art. 12 Abs. 2 IVöB; vgl. Art. 13 der Verordnung des Bundesrates vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen). Auch die Beschwerdegegnerin bezieht sich auf diese Ausnahmetatbestände. Sie beruft sich insbesondere auf § 11 Abs. 1 lit. c SubmV, nach welcher Bestimmung ein Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden kann,

wenn aufgrund seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten nur ein Anbieter in Frage kommt und es keine angemessene Alternative gibt. b) Zur Begründung der beanspruchten Ausnahme bringt die Beschwerdegegnerin vor, die Ersetzung des Dükers (eines Kanals für Schmutz- und Regenwasser, der unter dem Leutschenbach hindurchführt) und des Meteorwasserkanals sei bereits im Zeitpunkt der Ausschreibung des Hauptauftrags vorgesehen gewesen. Bei der Fertigstellung der Ausschreibungsunterlagen im Mai 1998 sei jedoch die Planung dieses Teilprojekts noch nicht so weit fortgeschritten gewesen, dass es in die Ausschreibung hätte integriert werden können. Das Teilprojekt Düker Leutschenbach und Meteorwasserkanal sei daher in den Ausschreibungsunterlagen nur erwähnt, aber nicht in dieses integriert worden (vgl. Vorgaben für die Offertstellung, Teil A, S. 4 unten). Bei der weiteren Bearbeitung des Teilprojekts habe man dann festgestellt, dass die Vergabe eines separaten Auftrags für dasselbe aus technischen Gründen nicht möglich sei. Um das Hauptprojekt und insbesondere die Inbetriebnahme des gesamten Systems nicht zu gefährden, sei daher entschieden worden, die Bauarbeiten für den Düker und den Meteorwasserkanal demselben Generalunternehmer zu vergeben, der auch das Hauptprojekt ausführe. Zu den geltend gemachten technischen Gründen führt die Beschwerdegegnerin insbesondere aus: – die Integration in das Hauptprojekt ermögliche eine bessere Abstimmung auf die komplexe Gesamthydraulik der Bauwerke Glatt; – es werde eine abgestimmte Planung ermöglicht, welche sich auf die Zulaufverhältnisse zur Betriebszentrale Glatt und auf eine saubere Integration des gesamten Bauwerks auswirke; – beim Sicherheitskonzept für den Stollen werde eine Integration der Gasetektoren in die verschiedenen Zulaufkanäle zum Düker ermöglicht; – die Integration ermögliche eine effiziente Koordination bei der elektrischen Erschliessung der Betriebszentrale Glatt; – insgesamt entstünden derart weniger Schnittstellen, und es würden weniger Unternehmer innerhalb des ohnehin engen Bauplatzes der Kläranlage Glatt tätig. c) Nach der von der Beschwerdegegnerin angerufenen Bestimmung von § 11 Abs. 1 lit. c SubmV kann ein Auftrag ohne vorherige Veröffentlichung vergeben werden, wenn aufgrund seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aus Gründen des Schutzes des geistigen Eigentums nur ein Anbieter in Frage kommt und keine angemessene Alternative besteht. Dieser Ausnahmetatbestand ist jedoch erst dann erfüllt, wenn der Auftrag aufgrund der genannten Besonderheiten nur an einen bestimmten Auftraggeber erteilt werden kann, d.h. wenn dieser als einziger in der Lage ist, ein entsprechendes Produkt zu liefern bzw. eine entsprechende Bau- oder Dienstleistung zu erbringen. Diese Voraussetzung ist vorliegend zweifellos nicht erfüllt. Auch die Beschwerdegegnerin behauptet nicht, dass die bevorzugte Anbieterin als einzige Bauunternehmung in der Lage sei, die fraglichen Bauleistungen zu erbringen. d) Die Beschwerdegegnerin macht im Wesentlichen geltend, die Vergabe an die bevorzugte Anbieterin sei aus Gründen der Koordination mit dem Hauptauftrag erforderlich. Dieser Umstand lässt sich am ehesten unter den Ausnahmetatbestand von § 11 Abs. 1 lit. e SubmV einordnen. Nach dieser Bestimmung kann auf die Ausschreibung eines Auftrags verzichtet werden, wenn aufgrund unvorhergesehener Ereignisse zur Ausführung oder Abrundung eines zuvor im Wettbewerb vergebenen Bauauftrags zusätzliche Bauleistungen notwendig werden, deren Trennung vom ursprünglichen Auftrag aus technischen und wirtschaftlichen Gründen für die Auftraggeberin mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden wäre. Der Wert der zusätzlichen Bauleistungen darf in diesem Fall höchstens die Hälfte des Werts des ursprünglichen Auftrags betragen. Die Voraussetzungen dieser Ausnahme sind jedoch vorliegend ebenfalls nur teilweise erfüllt. Die von der Beschwerdegegnerin angeführten technischen Gründe zeigen zwar, dass eine Vergabe beider Projekte an

denselben Auftragnehmer die notwendige Koordination der Bauausführung erleichtern würde. Dasselbe gilt jedoch für zahlreiche Teilaufgaben bei der Realisierung eines Bauwerks und ist für sich allein kein Grund, zusätzliche Teilaufträge ohne neue Ausschreibung zu vergeben. Auch im vorliegenden Fall treten im Rahmen des Gesamtprojekts an verschiedenen Nahtstellen zu Nebenunternehmern vergleichbare Koordinationsanforderungen auf (vgl. die Vorgaben für die Offertstellung, Teil A, Ziff. 3.2.4); inwiefern diejenigen beim Düker Leutschenbach ein höheres Mass erreichen, ist nicht ersichtlich. Oft sprechen gute Gründe dafür, zusammenhängende Teilbereiche eines Bauvorhabens an denselben Auftragnehmer zu vergeben. Dieser Entscheid ist jedoch vor der Ausschreibung zu treffen und kann grundsätzlich nicht durch die nachträgliche Ergänzung eines bereits vergebenen Auftrags nachgeholt werden. Eine Ausnahme sieht § 11 Abs. 1 lit. e SubmV lediglich für den Fall vor, dass unvorhersehbare Ereignisse die Ergänzung eines bereits erteilten Auftrags notwendig machen. Ereignisse dieser Art macht die Beschwerdegegnerin jedoch nicht geltend. Sie rechtfertigt ihr Vorgehen zur Hauptsache mit Gründen, die sich aus dem Ablauf ihrer Planung ergeben. Die Planung des Teilprojekts Düker Leutschenbach und Meteorwasserkanal sei bei der Fertigstellung der Ausschreibungsunterlagen im Mai 1998 noch nicht so weit fortgeschritten gewesen, dass es in die Ausschreibung hätte integriert werden können, und man habe daher erst bei der weiteren Bearbeitung des Teilprojekts festgestellt, dass dieses aus technischen Gründen mit Vorteil an denselben Generalunternehmer vergeben werde, der auch das Hauptprojekt ausführe. Diese Schwierigkeiten, die aus dem Planungsablauf herrühren, hat die Beschwerdegegnerin selber zu verantworten; eine objektive Unvorhersehbarkeit, wie sie § 11 Abs. 1 lit. e SubmV voraussetzt, bestand dabei nicht. Vergleichbare Umstände bestehen in zahlreichen Fällen; würden diese als Rechtfertigung für einen Verzicht auf die Ausschreibung anerkannt, wäre keine sinnvolle Abgrenzung mehr möglich. Die Voraussetzungen einer Ausnahme nach § 11 Abs. 1 lit. e SubmV sind damit nicht erfüllt. Andere Ausnahmegründe von § 11 Abs. 1 SubmV fallen hier nicht in Betracht. Der Verzicht auf die Ausschreibung des Auftrags war daher nicht gerechtfertigt.

E. 6

Erweist sich die Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid als begründet, nachdem der Vertrag mit dem ausgewählten Anbieter bereits abgeschlossen ist, stellt die Beschwerdeinstanz lediglich fest, dass der Entscheid rechtswidrig ist (Art. 9 Abs. 3 BGGM). Dasselbe gilt nach Art. 18 Abs. 2 IVöB; wie weit diese Bestimmung auf das vorliegende Verfahren bereits anwendbar ist, kann offen bleiben. Die Beschwerdeführerin hat denn auch nur beantragt, es sei festzustellen, dass der Zuschlag betreffend die Bauarbeiten für den Düker Leutschenbach und den Meteorwasserkanal rechtswidrig sei. Diesem Begehren ist in Gutheissung der Beschwerde zu entsprechen.

E. 7

... Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. In Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die Vergabe der Bauarbeiten für den Düker Leutschenbach und den Meteorwasserkanal durch die Stadt Zürich gemäss Werkvertrag vom 16. Dezember 1998 rechtswidrig ist. 2. ...