

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00068 vom 17. Februar 2000

ZH Verwaltungsgericht, 2000-02-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2000.00068

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00068 du 17 février 2000

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00068 del 17 febbraio 2000

Regeste

Submission | Vergabe des Architekturauftrags zur Sanierung eines Alterswohnheims. Die Ausstandsregeln gemäss § 5a VRG sind auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zu beachten. Ausstandsgründe sind sofort geltend zu machen. Dass die Beschwerdeführenden nicht den Staatskalender konsultierten, um allfällige Ausstandsgründe zu überprüfen, kann ihnen nicht als mangelnde Sorgfalt angelastet werden (E. 3c/aa). Offen gelassen, ob vorliegend die Ausstandspflicht verletzt wurde (E. 3c/bb). Ein Mitoffrieren von Anbietern, die bereits an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens mitgewirkt haben, lässt sich in der Regel nicht mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs vereinbaren, unabhängig davon, ob sich die vorbefassten Anbieter tatsächlich einen Vorteil verschafft haben (E. 4c/bb). Ausnahmen von diesem Grundsatz? (offen gelassen; E. 4c/cc). Wer als Architekt bereits vor der Ausschreibung im Auftrag der Vergabebehörde eine Grobkostenschätzung erstellt und insofern auf die finanziellen Rahmenbedingungen der Vergabe Einfluss nehmen sowie gegenüber den Konkurrenten von einem Wissensvorsprung profitieren kann, darf sich nicht als Submittent am Vergabeverfahren beteiligen (E. 4c/dd).

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 (IVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung vom 22. September 1996 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

Die Gemeinden wurden vom Regierungsrat gestützt auf § 2 Abs. 2 IVöB-BeitrittsG mit Wirkung ab 1. Januar 1999 in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung einbezogen (RRB Nr. 1501 vom 1. Juli 1998; LS 720.111) und unterstehen damit in Bezug auf den Ablauf des Vergabeverfahrens und die materielle Behandlung der Angebote den Bestimmungen des kantonalen Rechts. Die angefochtene Vergabe ist daher nach diesen Regeln zu beurteilen.

E. 3

a) Die Beschwerdeführenden beanstanden zunächst eine Verletzung der Ausstandspflicht insbesondere hinsichtlich des Leiters des Hochbauamts, Herrn K. Anlässlich der Ausarbeitung der Beschwerdeschrift sei zufällig festgestellt worden, dass F.1 nicht nur Architekt, sondern als Hochbauvorstand der Stadt X der direkte Vorgesetzte von Herrn K sei, welcher im Submissionsverfahren eine zentrale Rolle gespielt habe. Angesichts des Wesens des Submissionsverfahrens mit seinen zahlreichen Verfahrensbeteiligten sei es faktisch unmöglich gewesen, diesen Umstand schon früher zu bemerken, und habe es keine Veranlassung gegeben, nach allfälligen Ausschlussgründen zu forschen. Weil F.1 selber als Anbieter am Verfahren beteiligt gewesen sei, hätte Herr K nicht im Beurteilungsgremium Einsitz nehmen dürfen. Dies sei besonders gravierend, weil Herr K als einziger der Baukommission ein Baufachmann und demzufolge seinem Urteil innerhalb des Gremiums ein besonders hohes Gewicht zugekommen sei. Herr K habe persönlich die "Sachbearbeitung" des Beschaffungsgeschäfts übernommen, namentlich die Ausschreibungsunterlagen erstellt, die mündliche Präsentation der Anbieter geleitet und den Beurteilungsbericht vorbereitet bzw. abgefasst. Er habe somit als befangener Funktionär massgeblich am Zustandekommen des angefochtenen Entscheids mitgewirkt, weshalb der Zuschlag schon aus diesem Grund aufzuheben sei. Dass der Hochbauvorstand F.1 selber als privater Architekt eine Offerte eingereicht habe, sei sodann "unangebracht". Überhaupt seien das ganze Beurteilungsgremium wie auch der Stadtrat, der ohne weitere (eigene) Prüfung auf den Antrag des Beurteilungsgremiums abgestellt habe, bei der Vorbereitung bzw. beim Erlass des Zuschlagsentscheids befangen gewesen, wodurch die submissionsrechtlichen Prinzipien der Gleichbehandlung der Anbieter und der Vergabe an das wirtschaftlich günstigste Angebot verletzt worden seien. Die Zusammenarbeit der Stadtratsmitglieder führe im Kollegium zu einer gewissen Beziehungsnähe, welche den Anschein der Befangenheit hervorrufe. Eine einwandfreie, saubere Verwaltungstätigkeit erfordere die strikte Trennung politischer Ämter von beruflichen Interessen.

b) Der Beschwerdegegner wendet zunächst ein, die Rüge der Ausstandspflicht sei verspätet erhoben worden. Da im Staatskalender des Kantons Zürich 1999/2000 F.1 als Stadtratsmitglied aufgeführt sei, könne davon ausgegangen werden, dass allfällige Ausstandsgründe schon viel früher bekannt gewesen seien. Auch materiell sei die Rüge der Befangenheit nicht gerechtfertigt, zumal Stadtrat F.1 am Entscheidungsprozess nicht mitgewirkt habe. Für Verwaltungsbehörden und insbesondere für politische Behörden gehe die Pflicht zur Unabhängigkeit weniger weit als für Gerichte. Die Ausstandsregeln dürften nicht dazu führen, dass nicht mehr die gewählten Volksvertreter, sondern irgendwelche, demokratisch nicht legitimierte neutrale Dritte die politischen Entscheide trafen. Ausstandsvorschriften dürften auch nicht das für die Schweiz zentrale Milizsystem aushöhlen. Nebenamtliche Exekutivmitglieder könnten deshalb von der Einreichung eines Angebots in einem Submissionsverfahren "ihrer" Gemeinde nicht ausgeschlossen werden. F.1 habe nur an einer Stadtratssitzung teilgenommen, welche das Alterswohnheim betraf. An dieser Sitzung sei lediglich der Bericht der Projektkommission zur Kenntnis genommen worden, weshalb darin keine Verletzung der Ausstandspflicht liege. Der Vorwurf der Befangenheit der übrigen Stadtratsmitglieder sowie der Mitglieder der Projekt- und Baukommission sei schon deshalb unbeachtlich, weil die Ausstandspflicht nur für natürliche Personen und nicht für ganze Behörden gelte. Wenn ein einzelnes Behördemitglied in einer Angelegenheit persönlich betroffen sei, müsse deswegen nicht die gesamte Behörde in den Ausstand treten. Im Übrigen bestehe abgesehen von F.1 momentaner Tätigkeit als Stadtrat und seiner früheren Tätigkeit als Mitglied der Fürsorgebehörde keine engere Beziehung zu den weite-

ren Behördemitgliedern. Ebenso wenig könne allein aus dem Umstand, dass Herr K zu F.1 in einem formellen Unterordnungsverhältnis stehe, auf eine Befangenheit von K geschlossen werden. Eine nähere Beziehung zwischen den beiden, die einen Ausschluss rechtfertigen würde, bestehe nicht. c) aa) Auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens sind die Ausstandsregeln von § 5a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959/8. Juni 1997 (VRG) zu beachten. Zur Frage der Rechtzeitigkeit dieser Rüge ist zu sagen, dass auch im öffentlichrechtlichen Vergabeverfahren Ausstandsgründe sofort nach Kenntnis der Zusammensetzung der anordnenden Instanz geltend zu machen sind. Ein Untätigbleiben oder eine Einlassung in ein Verfahren im Wissen um das Vorliegen von Ausstandsgründen gilt als Verzicht und führt grundsätzlich zum Verwirken des Anspruchs (BGE 121 I 225 E. 3; Kölz/Bosshart/Röhl, § 5a N. 5, auch zum Folgenden). Nur wenn eine Verfahrenspartei von Umständen, welche ein Ausstandsbegehren begründet erscheinen lassen, erst zusammen mit der Verfügung Kenntnis erhält, kann sie die Verletzung der Ausstandsregeln auch noch im anschliessenden Rechtsmittelverfahren rügen, sofern ihr keine mangelnde Sorgfalt vorzuwerfen ist. Alsdann kann die Missachtung der Ausstandsbestimmungen als Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift gemäss § 50 Abs. 2 lit. d VRG bei der zuständigen Rechtsmittelinstanz gerügt werden. Diese übernimmt bei dieser Sachlage die Funktion der Aufsichtsbehörde im Sinn von § 5a Abs. 2 VRG, um eine Gabelung des Rechtswegs zu vermeiden und sicherzustellen, dass alle Verfahrensmängel von derselben Rechtsmittelbehörde beurteilt werden (Kölz/Bosshart/Röhl, § 5a N. 21). Vorliegend war den Beschwerdeführenden zwar bekannt, dass das "Team F" für die 2. Stufe qualifiziert wurde (Verfügung vom 18. Oktober 1999; act. 12.2.A26). Indessen kann nicht gesagt werden, dass die Beschwerdeführenden wussten oder wissen mussten, dass es sich bei F.1 gleichzeitig um ein Mitglied des Stadtrats von X handelt. Aus der vom Beschwerdegegner zitierten Literatur und Judikatur ergibt sich lediglich, dass von einer anwaltschaftlich vertretenen Partei die Kenntnis der personellen Zusammensetzung der verfügenden Behörde erwartet wird, sofern diese einer allgemein zugänglichen Publikation entnommen werden kann. Die Beschwerdeführenden sind indessen erst seit Beginn des Rechtsmittelverfahrens durch einen Rechtsanwalt vertreten. Somit kann den Beschwerdeführenden aus dem Umstand, dass sie nicht den Staatskalender konsultierten, um allfällige Ausstandsgründe zu überprüfen, keine mangelnde Sorgfalt angelastet werden. Dafür, dass sie tatsächlich über die Identität des Mitbewerbers F.1 mit dem städtischen Bauvorstand Bescheid gewusst hätten, fehlen im Übrigen jegliche Anhaltspunkte. Mithin hatten die Beschwerdeführenden keine Veranlassung, bereits im Anschluss an die Präqualifikationsverfügung vom 18. Oktober 1999 ein Ausstandsbegehren gegen Herrn K zu stellen. Die Rüge bezüglich einer allfälligen Verletzung der Ausstandspflicht durch Herrn K erweist sich somit nicht als verspätet. bb) Während F.1 selbst - mit Ausnahme der Sitzung vom 15. Juli 1999 - bei den Stadtratssitzungen jeweils in den Ausstand trat und abgesehen von der Sitzung vom 23. Juni 1999 und von seiner Präsentation der Grobkostenschätzung am 15. Juli 1999 auch an den Sitzungen der Projektkommission nicht teilnahm, war Herr K als Leiter Hochbauamt/Baupolizei Stadtverwaltung X stets an den Sitzungen der Projekt- bzw. Baukommission anwesend und auch an der Bewertung der eingegangenen Offerten massgeblich beteiligt. Mithin hatte Herr K wesentlichen Einfluss auf den Vergabeentscheid. Es wäre daher zu prüfen, ob darin, dass Herr K in seiner Stellung als Leiter Hochbau dem Hochbauvorstand F.1 unterstellt war, ein Ausstandsgrund liegt. Gemäss § 5a Abs. 1 VRG haben Personen, die eine Anordnung zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, in den

Ausstand zu treten, wenn sie persönlich befangen erscheinen. Als persönliche Befangenheit gilt insbesondere ein persönliches Interesse (lit. a), eine – im einzelnen umschriebene – Verwandtschaft (lit. b) oder die Vertretung einer Partei (lit. c). Ausstandspflichtig ist nicht nur, wer selber verfügt oder (mit-)entscheidet, sondern auch, wer auf das Zustandekommen von Verwaltungsakten Einfluss nehmen kann, namentlich Sachbearbeiter oder Protokollführer (Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 9 N. 7; Kölz/Bosshart/Röhl, § 5a N. 9; Peter Hänni/Marco Scruzzi, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, BR 1999, S. 135). Andererseits lässt sich im Rahmen der kommunalen Verwaltungstätigkeit nicht ausschliessen, dass immer wieder auch Eingaben von Behördemitgliedern (z.B. ein Baugesuch eines Bauvorstands) von den dafür zuständigen Verwaltungszweigen zu behandeln sind. Liegt wie hier keiner der in § 5a Abs. 1 VRG beispielhaft aufgezählten Ausstandsgründe vor, so ist zu prüfen, ob allgemein Umstände vorhanden sind, die den Betroffenen als persönlich befangen erscheinen lassen. Massgeblich ist dabei eine objektive Betrachtungsweise (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 5a N. 11). Ob vorliegend die Ausstandspflicht verletzt wurde, kann offen bleiben, da die Beschwerde - wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt - ohnehin gutzuheissen ist. Dies gilt nicht nur mit Bezug auf Herrn K, sondern auch hinsichtlich des Stadtrats und der Projektkommission. Ob eine Ausstandspflicht deshalb verletzt wurde, weil F.1 trotz seiner Vorbefassung sich als Submittent am Vergabeverfahren beteiligte, ist Gegenstand der nachfolgenden Ausführungen.

E. 4

a) Die Beschwerdeführenden rügen in der Replik vom 13. Juni 2000 eine unzulässige Vorbefassung von F.1, weil dieser einen ersten Kostenvoranschlag ausgearbeitet habe. Ferner habe F.1 am 23. Juni 1999 an einer Sitzung der Projektkommission teilgenommen und in einer weiteren Kommissionssitzung vom 15. Juli 1999 die Grobkostenschätzung persönlich vorgestellt. Sodann habe die Projektkommission beschlossen, die von F.1 gelieferten Vorarbeiten "strikte vertraulich" zu behandeln und den anderen Anbietern zu verheimlichen. Durch die Vorbefassung von F.1 in Verbindung mit der gleichwohl erfolgten Teilnahme an der Submission sei der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt worden. Ein zusätzlicher Verstoss gegen dieses Gebot liege insofern vor, als F.1 für seine Vorarbeiten entschädigt worden sei, während die Beschwerdeführenden sämtliche Kosten für die Ausarbeitung ihrer Offerte selber hätten tragen müssen. b) Der Beschwerdegegner hält es für unbedenklich, dass in der Vorbereitungsphase der Submission - noch bevor feststand, ob die Planungsarbeiten überhaupt ausgeschrieben werden mussten - F.1 als Architekt mit der Erstellung einer Grobkostenschätzung beauftragt und dafür mit rund Fr. 6'000.- entschädigt wurde. F.1 sei jedenfalls dadurch gegenüber den übrigen Anbietern nicht in ungerechtfertigter Weise bevorteilt worden. Es gebe keine Regel, wonach Personen, die vergabeseitig an der Submission mitgewirkt hätten, generell als Anbieter ausgeschlossen wären. Ein Ausschluss von vorbefassten Anbietern käme nur dann in Betracht, wenn die von der Vorbefassung entstandenen Vorteile nicht ausgeglichen werden könnten. Der Beitrag von F.1, d.h. die von ihm erstellte Grobkostenschätzung, sei von untergeordneter Bedeutung. F.1 sei nicht mit der Ausarbeitung von Plänen beauftragt worden. Lediglich um die Grobkosten ermitteln zu können, hätten bürointerne Problemanalysen durchgeführt und Lösungsmöglichkeiten studiert werden müssen, was auch in Planskizzen festgehalten worden sei. Im Rahmen seiner Arbeit habe F.1 keine Kenntnisse erlangt, die nicht auch aus den Submissionsunterlagen ersichtlich gewesen seien. Auch habe er in keiner Weise bei der

Ausarbeitung der Submissionsunterlagen mitgewirkt. Des Weiteren seien die Eingabefristen genügend lang angesetzt worden, so dass F.1 aus der Vorbefassung keinen Vorteil ziehen können. Selbst wenn eine Pflicht bestanden hätte, die Mitwirkung von F.1 offen zu legen (was in Abrede gestellt wird), könnte deren Verletzung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit nicht zur Gutheissung der Beschwerde führen, zumal die Leistung der Submittenten nicht davon abhängt, ob diese über die Mitwirkung eines Mitkonkurrenten bei der Budgetierung informiert würden oder nicht. Sodann seien die für die Submittenten relevanten Informationen sämtlichen Teilnehmern bekannt gegeben worden. Eine (zusätzliche) Offenlegung der ersten Planskizzen hätte eine mit den submissionsrechtlichen Grundsätzen unvereinbare Benachteiligung von F.1 zur Folge gehabt und zudem hätten die Mitbewerber nicht mehr unbefangen ein eigenes Projekt erarbeiten können. Demzufolge sei es nicht zu beanstanden, dass diese Unterlagen von der Projektkommission als vertraulich bezeichnet worden seien. Schliesslich sei auch nicht ersichtlich, inwieweit den Mitbewerbern durch den Umstand, dass F.1 für die Grobkostenschätzung entschädigt worden sei, ein erheblicher Nachteil erwachsen sei. Auch die mündliche Präsentation der Kostenschätzung an einer Planungskommissionssitzung sei nicht zu beanstanden. c) aa) Der Umstand, dass F.1 mit einer Grobkostenschätzung beauftragt worden war, ist erst im Lauf des Beschwerdeverfahrens bekannt geworden; die diesbezügliche Rüge durfte deshalb noch im Rahmen der Replik vorgebracht werden. bb) Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbieter gleich zu behandeln sind. Von zentraler Bedeutung ist, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Wirkt ein Anbieter bereits vor der Ausschreibung bei der Vorbereitung der Vergabe in irgendeiner Weise mit, hat er unter Umständen die Möglichkeit, die Voraussetzungen der Vergabe in einer für ihn günstigen Weise zu beeinflussen. Ausserdem kann er gegenüber den Mitbewerbern von einem Wissensvorsprung sowie von Vorteilen in zeitlicher Hinsicht profitieren (vgl. VGr AG, AGVE 1998, S. 350 E. II/2 = ZBl 100/1999, S. 387; AGVE 1997, S. 348 E. 3, auch zum Folgenden). Damit ist aber die Chancengleichheit der Anbieter nicht mehr gewährleistet. Ein Mitoffrieren von Anbietern, die bereits an der Projektverfassung oder der Erstellung von Ausschreibungsgrundlagen mitgewirkt haben, lässt sich deshalb in der Regel nicht mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB) vereinbaren. Dabei kommt es nicht darauf an, ob sich der vorbefasste Anbieter im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft, sondern es genügt bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils (Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 3. September 1999, VPB 64/2000 Nr. 30 E. 2, mit weiteren Hinweisen). Zieht die Vergabebehörde zur Vorbereitung der Submission einen Ingenieur oder Architekten hinzu, muss dieser absolut unabhängig sein und darf insbesondere nicht mit irgendeinem der potentiellen Anbieter rechtliche, tatsächliche oder persönliche Verbindungen haben (VGr, 16. Juni 1999, BEZ 1999 Nr. 25 E. 5 = ZBl 101/2000, S. 265; Michael H. Wiehen, Auftragsvergabe, in: Mark Pieth/Peter Eigen, Korruption im internationalen Geschäftsverkehr, Neuwied u.a. 1999, S. 500). Die Frage der Vorbefassung ist eng mit jener der Ausstandspflicht verwandt. Fachleute und Unternehmen, die bei einer öffentlichen Vergabe als Submittenten teilzunehmen gedenken, haben aufgrund dieses Umstands gestützt auf § 5a VRG bei der Vorbereitung der Submission in den Ausstand zu treten. Umgekehrt ergibt sich nach dem Gebot der Fairness und dem Gleichbehandlungsprinzip ein grundsätzliches Verbot für vorbefasste Anbieter, sich als Submittent am Vergabeverfahren zu beteiligen. cc) Positiv-submissionsrechtlich

befasst sich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]) mit der Problematik der Vorbefassung. Diese Bestimmung wurde mit dem gleichlautenden § 18 Abs. 4 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) in das kantonale Submissionsrecht überführt. Danach ist es den Vergabestellen untersagt, auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Ratschläge einzuholen oder anzunehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Auch daraus lässt sich ableiten, dass Planer oder Unternehmer, die an die Vorbereitung der Ausschreibung Beiträge geleistet haben, vom nachfolgenden Vergabeverfahren grundsätzlich auszuschliessen sind (Peter Gauch/Hubert Stöckli, Thesen zum neuen Vergaberecht des Bundes ■ Vergabethesen 1999, Freiburg 1999, Ziff. 8.2, S. 15, auch zum Folgenden; vgl. auch die Bemerkungen von Stefan Scherler, BR 2000, S. 52 f.). Derartige Anbieter verfügen über einen projektbezogenen Wissensvorsprung, der die Gleichbehandlung der übrigen Anbieter und infolgedessen einen funktionierenden Wettbewerb gefährdet. Dasselbe gilt für Unternehmen, welche die vorbereiteten Planer oder Unternehmer beherrschen oder von diesen beherrscht werden. Vorliegend wird das "Team F" vom federführenden Architekten, dem vorbereiteten F.1 beherrscht. Indessen gilt der Grundsatz, wonach sich vorbereitete Anbieter nicht als Submittenten am Verfahren beteiligen dürfen, nicht ausnahmslos. Entspringt etwa ein Wissensvorsprung nicht dem Submissionsverfahren, sondern der bisherigen Tätigkeit des Submittenten, so ist dies nicht zu beanstanden. Soll zum Beispiel ein Dienstleistungsdauerauftrag (z.B. ein Buslinienbetrieb oder Friedhofsgärtnerarbeiten) neu ausgeschrieben werden, hat der bisherige Leistungserbringer, der sich wiederum um den Auftrag bewirbt, gegenüber den Mitbewerbern einen gewissen Wissensvorsprung, ohne dass deswegen ein Ausschluss zu erfolgen hätte. In Lehre und Rechtsprechung wird sodann darüber diskutiert, ob ausnahmsweise auch Anbieter, die an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens mitwirkten, unter gewissen Voraussetzungen selber ein Angebot einreichen dürfen (VGr AG, AGVE 1998, S. 350 = ZBl 100/1999, S. 387; Gauch/Stöckli, Ziff. 8.3, S. 16). Ob und unter welchen Voraussetzungen letzteres zulässig ist, braucht hier nicht entschieden zu werden. dd) Vorliegend war sich F.1 bereits im Zeitpunkt der Grobkostenschätzung bewusst, dass er sich als Anbieter am Vergabeverfahren beteiligen möchte. Seine Absicht teilte er anlässlich der Präsentation der Kostenschätzung am 15. Juli 1999 der Projektkommission mit. F.1 hatte durch den Schätzungsauftrag die Möglichkeit, auf die finanziellen Randbedingungen der Vergabe Einfluss zu nehmen. Indem F.1 den Kostenvoranschlag erstellte, hat er sich zudem mit den Problemen und Lokalitäten vor Ort bedeutend intensiver und schon viel früher auseinandersetzen können als der Rest der Anbieter, die sich erst anlässlich der Besichtigung vom 28. Oktober 1999 sowie anhand der Situations- und Grundrisspläne und den weiteren, dem Präqualifikationsentscheid beigelegten Unterlagen ein Bild über die tatsächlichen Verhältnisse machen konnten. Beispielsweise diente F.1 das "Konzept Neuausrichtung Alterswohnheim" vom Juni 1999 bereits als Basis für die Grobkostenschätzung; er hatte somit bereits anfangs Juli 1999 davon Kenntnis, während die übrigen zugelassenen Bewerber dieses zentrale Grundlagenpapier erst mit dem Präqualifikationsentscheid vom 18. Oktober 1999 zugestellt erhielten. Die Offerten (Grobkonzept mit Honorarofferten) waren bis zum 24. November 1999 an das Hochbauamt X einzureichen. Es kann somit unter diesen Umständen entgegen der Ansicht des Beschwerdegegners (Duplik S. 8) nicht gesagt werden, die Eingabefristen seien so angesetzt worden, dass der

vorbefasste F.1 aus seiner längeren Beschäftigung mit dem Projekt keinen Vorteil ziehen können. Nachdem bereits der Anschein eines möglichen Vorteils genügt, kann es letztlich offen bleiben, ob und inwieweit F.1 aus seiner Vorbefassung tatsächlich einen Vorteil gezogen hat. Besonderes Gewicht hat auch der Umstand, dass mit der Grobkostenschätzung nicht irgendein externes Architekturbüro beauftragt wurde, sondern eben der Hochbauvorstand F.1. Gerade weil F.1 zum Beschwerdegegner in einer besonderen engen Beziehung steht, wäre eine zusätzliche Zurückhaltung angezeigt gewesen, um jeglichen Anschein einer Bevorzugung zu vermeiden (vgl. VGr AG, AGVE 1997, S. 348 E. 3c). Hinzu kommt, dass den weiteren Wettbewerbsteilnehmern nicht mitgeteilt wurde, dass F.1 bereits einen Kostenvoranschlag erstellt und sich insoweit an den Vorbereitungen der Ausschreibung beteiligt hatte. Ebenso wenig erhielten die Mitbewerber überhaupt von dieser Kostenschätzung Kenntnis. Der Grundsatz der Transparenz verlangt aber, dass die Mitwirkung einzelner Unternehmer in der Planungs- und Projektierungsphase und bei der Vorbereitung der Submission - soweit diese überhaupt zulässig ist - offengelegt werden muss. Sodann ist den Mitbewerbern Einsicht in die entsprechenden Unterlagen zu gewähren, um einen allfälligen Wissensrückstand zu kompensieren (VGr AG, AGVE 1998, S. 350 E. II/2.c/bb = ZBl 100/1999, S. 387). ee) Zusammenfassend entstand vorliegend zumindest der Anschein, dass F.1 aus seiner Vorbefassung vergaberechtlich unzulässige Vorteile hat ziehen können und dass möglicherweise vergabefremde Interessen in das Verfahren eingeflossen sein könnten. F.1 hätte sich nicht als Submittent am Verfahren beteiligen dürfen oder aber nach den Regeln über die Ausstandspflicht bereits von der Erstellung der Grobkostenschätzung Abstand nehmen müssen. Nachdem er nach seiner Vorbefassung dennoch eine Offerte einreichte, hätte er gestützt auf § 26 Abs. 1 lit. d SubmV in Verbindung mit Art. 11 lit. a IVöB von der Teilnahme ausgeschlossen werden müssen. Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde. Anzuführen ist, dass nebenamtliche Exekutivmitglieder im Rahmen eines Vergabeverfahrens in ihrer Wohngemeinde nicht generell von der Einreichung einer Offerte ausgeschlossen sind. Ein Ausschluss ist jedoch immer dann angezeigt, wenn Exekutivmitglieder, die sich als Submittenten bewerben möchten, bereits bei der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens mitwirken und so das Gleichbehandlungsgebot verletzt wird.

E. 5

Da die Beschwerde ohnehin gutzuheissen ist, kann offen gelassen werden, ob auch die weiteren Rügen, namentlich hinsichtlich der Bekanntgabe und Bewertung der Zuschlagskriterien sowie der Begründungspflicht, begründet sind.

E. 6

a) Nachdem das mitbeteiligte Team F vom Submissionsverfahren auszuschliessen ist, kommen nur die Beschwerdeführenden, die im Beurteilungsbericht hinter dem Team F auf dem 2. Rang platziert wurden, als Empfänger des Zuschlags in Frage. Was der Beschwerdegegner gegen eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführenden vorbringt, sticht nicht. Die festgestellten Mängel führen allein zum Ausschluss des mitbeteiligten Teams F und nicht zu einer Wiederholung des gesamten Vergabeverfahrens. Da dem Gericht jedoch nicht bekannt ist, ob mit dem Zuschlag allenfalls Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen – z.B. mit Bezug auf die durch das Beschwerdeverfahren verzögerte Terminplanung – zu verbinden sind (vgl. dazu VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 5b), wäre es nicht zweckmässig, den Zuschlag unmittelbar mit dem Beschwerdeentscheid zu erteilen. Die Sache ist vielmehr mit einer entsprechenden Weisung

an die Vorinstanz zurückzuweisen. Selbstverständlich dürfen den Beschwerdeführenden aber mit dem Zuschlag keine Auflagen gemacht werden, die von der Sache her nicht gerechtfertigt sind oder dem von der Vergabestelle bevorzugten Anbieter unter gleichen Voraussetzungen nicht auferlegt würden. b) ... Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben. Die Sache wird an den Stadtrat X zurückgewiesen, um den Zuschlag an die Beschwerdeführenden zu erteilen. 2. ...

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.