

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00353 vom 7. Juli 1999

ZH Verwaltungsgericht, 1999-07-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2000.00353

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00353 du 7 juillet 1999

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2000.00353 del 7 luglio 1999

Regeste

Submission | Vergabe von Tiefbauarbeiten im Einladungsverfahren. Unzulässiger Ausschluss vom Verfahren. Unter den gegebenen Umständen durfte die Anbieterin, welche die Vergabebehörde über die problematische wirtschaftliche Lage der preislich am günstigsten offerierenden Mitbewerberin in Kenntnis setzte, wegen dieser Intervention nicht von der Teilnahme ausgeschlossen werden.

Erwägungen

E. 1

Abteilung/1. Kammer Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig. Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission Vergabe von Tiefbauarbeiten im Einladungsverfahren. Unzulässiger Ausschluss vom Verfahren. Unter den gegebenen Umständen durfte die Anbieterin, welche die Vergabebehörde über die problematische wirtschaftliche Lage der preislich am günstigsten offerierenden Mitbewerberin in Kenntnis setzte, wegen dieser Intervention nicht von der Teilnahme ausgeschlossen werden.
Stichworte: AUSSCHLUSS AUSSCHLUSSGRUND DENUNZIATION KANALBAU SUBMISSIONSRECHT TIEFBAUARBEITEN WIRTSCHAFTLICHE VERHÄLTNISSE
Rechtsnormen: § 26 SubmV § 29 SubmV
Publikationen: BEZ 2001 Nr. 25 RB 2001 Nr. 48
Gewichtung: (1 von hoher / 5 von geringer Bedeutung) Gewichtung: 3 I. Die Gemeinde X lud mit Ausschreibung vom 4. August 2000 sieben verschiedene Unternehmen ein, Offerten für das Projekt "T" einzureichen. Die Submission umfasste im Wesentlichen einen Kanalbau mit Aushub von 450 m

E. 3

a) Die Beschwerdegegnerin gab erstmals mit der Beschwerdeantwort vom 31. Oktober 2000 genauer darüber Auskunft, weshalb der Zuschlag nicht an die Beschwerdeführerin ergangen sei. Im Zeitpunkt der Offerteinreichung seien keine Ausschlussgründe im Sinn von § 26 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) bekannt gewesen. Noch bevor der mit damit beauftragte Ingenieur die Offerten geprüft habe, sei der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin beim Gemeindepräsidenten sowie beim Gemeindeingenieur vorstellig geworden und habe sie über die knappen finanziellen Verhältnisse bei der Firma G, welche das preislich günstigste Angebot eingereicht habe, in Kenntnis gesetzt. Die für den Vergabeentscheid wesentlichen Auskünfte würden indessen von Seiten der Vergabebehörde eingeholt. Ein Einbezug der Mitkonkurrenten komme diesbezüglich nicht in Frage, weil andernfalls die Vergabe nicht mehr fair und unbelastet erfolgen könne. Weil sich der Gemeinderat durch das Vorprellen der Beschwerdeführerin in unzulässiger Weise beeinflusst gesehen habe, sei die Beschwerdeführerin wie auch die erstrangierte Firma G

gemäss § 26 SubmV vom Verfahren ausgeschlossen worden. Damit habe sich der Gemeinderat dem Vorwurf entziehen wollen, die Beschwerdeführerin allein wegen der erwähnten Information begünstigt zu haben, was von den Mitkonkurrenten als Abrede im Sinn von § 26 Abs. 1 lit. e SubmV oder als unzulässige Verhandlung im Sinn von § 29 SubmV hätte ausgelegt werden können. b) Die Beschwerdeführerin wendet in ihrer Replik vom 28. November 2000 ein, die Ausschlussgründe bezüglich der preislich am günstigsten offerierenden Anbieterin hätten schon früher bestanden (was näher begründet wird). Weil die Firma G trotzdem wiederholt von der Beschwerdegegnerin Tiefbauaufträge erhalten habe, habe Anlass bestanden, der Beschwerdegegnerin die im Hinblick auf § 26 SubmV wesentlichen amtlichen Dokumente (Steuerausweis und Betriebsauskunft) zur Kenntnis zu bringen. Eine unzulässige Einflussnahme auf das Vergabeverfahren sei darin nicht zu erblicken. Jedenfalls sei eine objektive Bewertung des Submissionsergebnisses weiterhin möglich geblieben. Die Beschwerdeführerin sei zu Unrecht vom Verfahren ausgeschlossen worden. Insbesondere stelle § 26 Abs. 1 lit. e SubmV keine taugliche Grundlage dar, um die Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren auszuschliessen, zumal sich diese Bestimmung allein auf unzulässige Abreden unter den Anbietern beziehe. Ebenso wenig habe eine unzulässige Verhandlung zwischen Beschwerdeführerin und Beschwerdegegnerin im Sinn von § 29 SubmV stattgefunden. c) In ihrer Duplik vom 19. Dezember 2000 räumt die Beschwerdegegnerin ein, dass zwischen 1997 und 1999 der Firma G einige Tiefbauarbeiten übergeben worden seien. Damals seien aber dem Gemeinderat keine Ausschlussgründe bekannt gewesen und es habe auch keine Veranlassung bestanden, weitere Auskünfte einzuholen. Auch im Zeitpunkt der Ausschreibung des zu beurteilenden Vergabeverfahrens habe davon ausgegangen werden können, die finanziellen Verhältnisse bei der Firma G wären noch dieselben. Anderslautende Informationen hätten dazu geführt, dass diese Firma gar nicht zur Offerteinreichung eingeladen worden wäre. Abklärungen über die Bonität eines Anbieters würden nach ständiger Praxis durch die Verwaltung selbst getroffen. Vorliegend sei indessen die als Denunziation zu verstehende Information der Beschwerdeführerin schon vor dieser Abklärung erfolgt.

E. 4

a) Es ist unbestritten, dass die Beschwerdeführerin der Beschwerdegegnerin im Anschluss an die den Anbietenden zur Kenntnis gebrachte Offertöffnung ein Schreiben der Treuhandfirma M vom 5. September 2000 übergab sowie Einblick in den Steuerausweis 1999 des Inhabers der Firma G und eine diese Person betreffende Betriebsauskunft gab. Dem Schreiben der Treuhandfirma M ist zu entnehmen, dass der Inhaber der Firma G 1998 kein Einkommen erzielt und per Ende 1998 über ein Vermögen von nur Fr. 32'000.- verfügt habe. Unter diesen Umständen sei die Firma G ausser Stande, grössere Aufträge zu übernehmen und auszuführen. - Aufgrund dieser Intervention wurden sowohl die preislich am günstigsten offerierende Firma G als auch die Beschwerdeführerin selbst vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Im Folgenden ist zu prüfen, ob der Ausschluss der Beschwerdeführerin rechtmässig ist. b) Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Vergabeverfahren mit dem Hinweis auf § 26 Abs. 1 lit. e SubmV, wonach ein Anbieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird, wenn er Abreden getroffen hat, die den wirksamen Wettbewerb beseitigen oder erheblich beeinträchtigen. Diese Bestimmung bezieht sich auf den Fall, dass sich Anbieter vor Einreichung der Angebote untereinander verständigen, um die öffentliche Auftraggeberin zur Annahme eines bestimmten Angebots zu veranlassen. Vorliegend erfolgte indessen der Ausschluss nicht infolge einer solchen unzulässigen Submissionsabrede unter den Anbietern, sondern

weil die beschwerdeführende Anbieterin nach Einreichung der Offerten Informationen über die finanziellen Verhältnisse einer Mitbewerberin an die Beschwerdegegnerin, d.h. an die Vergabebehörde, weiterleitete. § 26 Abs. 1 lit. e SubmV fällt damit von vornherein als Grundlage für einen Ausschluss ausser Betracht. Auch der Hinweis der Beschwerdegegnerin auf § 29 SubmV geht fehl. Nach dieser Bestimmung sind Verhandlungen zwischen Auftraggeberin und Anbietern über Preise, Preisnachlässe und Änderungen des Leistungsinhalts unzulässig. Vorliegend beschlugen indessen die von der Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin gemachten Äusserungen weder die offerierten Preise, noch allfällige Preisnachlässe oder Änderungen des Leistungsinhalts. Überhaupt fanden keine eigentlichen Verhandlungen zwischen den Parteien statt, sondern ging es allein um eine (einseitige) Information der Beschwerdeführerin an zwei mit dem Vergabeverfahren befasste Personen der Beschwerdegegnerin. c) aa) Auch wenn sich der Ausschluss nicht auf die von der Beschwerdegegnerin angerufenen Bestimmungen stützen lässt, kann noch nicht auf die Unzulässigkeit des Ausschlusses geschlossen werden. Ebenso wenig ergibt sich die Unrechtmässigkeit des Ausschlusses daraus, dass auch die weiteren, in § 26 Abs. 1 SubmV ausdrücklich genannten Ausschlussgründe hier nicht zur Anwendung gelangen. Gemäss § 26 Abs. 1 (Ingress) SubmV stellen die in lit. a - h erwähnten Fälle keinen abschliessenden Katalog aller in Frage kommenden Ausschlussgründe dar. Es ist deshalb zu prüfen, ob sich der Ausschluss aus in § 26 Abs. 1 SubmV nicht genannten Gründen rechtfertigen lässt. bb) Die Beschwerdegegnerin wirft der Beschwerdeführerin vor, sie habe mit ihrer Intervention den Gemeinderat auf unzulässige Weise bei der Zuschlagserteilung zu beeinflussen versucht. Es sei Sache der Vergabebehörde, die für den Zuschlag relevanten finanziellen Verhältnisse der Anbietenden abzuklären; diese dürften sich nicht in die Offertprüfung einmischen. Vergaberegeln bezwecken die Förderung eines wirksamen Wettbewerbs, die Gewährleistung der Gleichbehandlung aller Anbietenden und einer unparteiischen Vergabe, die Sicherstellung der Transparenz der Vergabeverfahren sowie die wirtschaftliche Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 Abs. 2 IVöB). Zur Gewährleistung dieser Ziele ist die Durchführung eines ungestörten Entscheidverfahrens durch die Vergabebehörde von grosser Bedeutung. Man kann sich mit Fug fragen, ob Anbieter, die sich in die von der Vergabebehörde vorzunehmende Eignungs- und Offertprüfung einmischen, unter gewissen Umständen von der Teilnahme ausgeschlossen werden können oder müssen. Diese Frage kann indessen offen bleiben, da vorliegend die Intervention der Beschwerdeführerin als gerechtfertigt zu betrachten ist. So beschlugen die an die Beschwerdegegnerin weitergegebenen Informationen, welche als blosser Anzeige zu werten sind, die finanziellen Verhältnisse eines Mitkonkurrenten, welche im Rahmen der Eignungsprüfung von grosser Bedeutung sind (§ 22 SubmV). Ausserdem war vorliegend die "wirtschaftliche Lage (Liquidität/Solvenz/ Bonität)" in der Ausschreibung ausdrücklich als Zuschlagskriterium vorgesehen. Nachdem die Beschwerdegegnerin der Firma G in den Jahren 1997 bis 1999 verschiedene Tiefbauarbeiten übertragen hatte, durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, die finanziellen Verhältnisse dieser Firma seien der Beschwerdegegnerin nicht oder zu wenig bekannt. Selbst die Beschwerdegegnerin räumt ein, zum damaligen Zeitpunkt seien dem Gemeinderat keine Ausschlussgründe bezüglich der Firma G bekannt gewesen und habe kein Anlass zur Einholung weiterer Auskünfte bestanden. Auch noch als die hier streitige Vergabe ausgeschrieben wurde, hatte die Beschwerdegegnerin keine Ausschlussgründe feststellen können. Es ist vor diesem Hintergrund nicht zu beanstanden, dass die Beschwerdeführerin die Vergabebehörde auf die offenbar problematische wirtschaftliche Lage der Firma G aufmerksam machte.

E. 5

a) Zusammenfassend erweist sich der Ausschluss der Beschwerdeführerin als rechtswidrig. Dies führt indessen entgegen dem diesbezüglichen Beschwerdeantrag nicht ohne weiteres zur Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin, auch wenn diese ein preislich günstigeres Angebot unterbreitet hat als die Mitbeteiligte. Vielmehr hat die Vergabebehörde das Angebot der Beschwerdeführerin anhand der publizierten Zuschlagskriterien mit den Angeboten der Mitbewerber, insbesondere demjenigen der Mitbeteiligten, zu vergleichen. Beim Urteil darüber, welches Angebot anhand der Zuschlagskriterien das wirtschaftlich günstigste sei, steht der Vergabebehörde ein erheblicher Ermessensspielraum zu (VGr, 7. Juli 1999, BEZ 1999 Nr. 26 E. 6a, mit Hinweisen). In dieses Ermessen greift das Verwaltungsgericht, dem keine Überprüfung der Angemessenheit des Entscheids zusteht (Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht ein. Die Sache ist daher an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, damit diese erneut über den Zuschlag befindet. b) Die Beschwerde ist demgemäss teilweise gutzuheissen. Wie es sich mit den weiteren, von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Rügen verhält, braucht nicht geprüft zu werden. Immerhin ist festzuhalten, dass es entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ohne weiteres zulässig war, neben dem Preis noch acht weitere Zuschlagskriterien mit unterschiedlicher Gewichtung vorzusehen. Dies steht im Einklang mit § 31 Abs. 1 SubmV, wonach bei der Bewertung das Preis-Leistungs-Verhältnis zu beachten ist und dabei neben dem Preis eine Reihe weiterer Kriterien berücksichtigt werden kann.

E. 6

Angesichts dieses Verfahrensausgangs wird die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig. ... Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht: 1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und der angefochtene Zuschlag aufgehoben. Das Verfahren wird an die Beschwerdegegnerin zurückgewiesen und diese wird eingeladen, die Angebote unter Einschluss desjenigen der Beschwerdeführerin zu prüfen und den Zuschlag neu zu vergeben. 2. ...

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