

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00261 vom 8. Mai 2002

ZH Verwaltungsgericht, 2002-05-08, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2001.00261](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2001.00261)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00261 du 8 mai 2002

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00261 del 8 maggio 2002

## Regeste

Submission | Vergabe der Ingenieurarbeiten für die Festsetzung des Quartierplans an den Gemeindeingenieur, der bereits das Einleitungsverfahren betreut hat. Zuständigkeit und anwendbares Recht (E. 1). Vorbefassung eines von der Behörde zur Vorbereitung des Submissionsverfahrens beigezogenen Anbieters sowie Fragen der Ausstandspflicht, wenn ein Anbieter in einer engen Beziehung zur Gesamtbehörde steht (E. 2a). Die gesonderte Vergabe der Ingenieurarbeiten für Einleitungs- und Festsetzungsverfahren stellt keine unzulässige Aufteilung des Auftrags dar (E. 2c). Der mit der Planung der Quartierplaneinleitung beauftragte Ingenieur hat sich einen projektbezogenen Wissensvorsprung gegenüber seinen Konkurrenten verschaffen können und die Vergabebehörde hat nichts vorgekehrt, um die damit begründete Vermutung der Vorbefasstheit umzustossen (E. 2d). Die Frage, ob dieser Anbieter als Gemeindeingenieur und Mitglied der Quartierplankommission in einer derart nahen Beziehung zum Gemeinderat als Vergabebehörde steht, dass er auch aus diesem Grund vom Verfahren ausgeschlossen werden müsste, bleibt offen (E. 2e). Der nachträgliche Ausschluss eines von drei Anbietern im Einladungsverfahren führt nicht zur Wiederholung des Verfahrens (E. 3).

## 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

a) 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 ein solcher 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, ist dieser oder ein Dritter, zu dem er enge rechtliche oder persönliche Verbindungen unterhält, als Anbieter vom Verfahren auszuschliessen (vgl. VGr, 6. April 2001 [VB.2000.00068], BEZ 2001 Nr. 24; VGr, 16. Juni 1999 [VB.1999.00008], 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). 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 gleich lautenden § 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 (VGr, 6. April 2001 [VB.2000.00068], BEZ 2001 Nr. 24 und VGr, 6. April 2001, VB.2000.00206; 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, Baurecht 2/00, 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 vorbefassten Planer oder Unternehmer beherrschen oder von diesen beherrscht werden. Unabhängig von der Mitwirkung eines Anbieters bei der Vorbereitung des Submissionsverfahrens stellt sich die Frage der Ausstandspflicht, wenn ein Anbieter in einer besonders nahen Beziehung zur Vergabebehörde selber steht. Besteht die enge Beziehung nur zu einem einzelnen Mitglied der Behörde, so hat das betreffende Mitglied in den Ausstand zu treten bzw. ist bei Verletzung der Ausstandspflicht der Vergabeentscheid aufzuheben (VGr BE, 8. September 2000, BVR 2001, 284; Eidg. Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 3. September 1999, RDAF 2000 I 181, E. 2b). Besteht die enge Beziehung aber zur Gesamtbehörde, wie dies etwa dann zutreffen kann, wenn ein (im Nebenamt tätiger) Gemeinderat in der nämlichen Gemeinde als Anbieter auftritt, so ist der Gefahr oder dem Anschein, dass sachfremde Interessen des entscheidenden Gemeinderats das Verfahren beeinflussen, nur mit dem Ausstand der ganzen Behörde oder aber dem Ausschluss des betreffenden Anbieters beizukommen. Da nach der Rechtsprechung (BGE 97 I 860 E. 4; VPB 1996 Nr. 2 E. 1.1; kritisch: Alfred Kölz/Isabelle Häner, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege

des Bundes, 2. A., Zürich 1998, Rz. 253) – aber im Rahmen des Submissionsverfahrens wohl auch aus praktischen Gründen – ein Ausstand der Gesamtbehörde nicht in Betracht fällt, kommt in solchen Fällen als taugliche Sanktion wohl nur der Ausschluss des Anbieters in Frage (vgl. VGr, 6. April 2001, BEZ 2001 Nr. 24, wo der Zuschlag an einen Anbieter erfolgte, an dem ein Exekutivmitglied der Vergabeinstanz beteiligt war, der Ausschluss aber wegen der Vorbefassung dieses Anbieters im Rahmen der früheren Projektierungsarbeit erfolgte).

b) Die Beschwerdeführerin macht geltend, der erfolgreiche Anbieter habe im Vergabeverfahren in mehrfacher Weise unzulässige Vorteile gehabt. Erstens sei er unter freihändiger Vergabe mit der Planung für die Einleitung des Quartierplanverfahrens betraut worden, was wohl nur dazu gedient habe, die Schwellenwerte zu unterlaufen. Zweitens habe er sich im Rahmen der Quartierplaneinleitung einen Wissensvorsprung gegenüber den Mitbewerbern verschaffen können, was insbesondere von Bedeutung sei, als das Angebot mit Kostendach hätte eingereicht werden müssen. Schliesslich habe er auch als Mitglied der Quartierplankommission und Gemeindeingenieur der Beschwerdegegnerin über ein Vorwissen über das Quartierplangebiet und die bereits vorhandenen Erschliessungsanlagen und deren Zustand verfügt, was ihm eine zuverlässigere Abschätzung des zukünftigen Planungsaufwands ermöglicht und damit die Bezifferung des Kostendachs erleichtert habe. Jedenfalls sei aufgrund dieser Umstände und der persönlichen und beruflichen Verflechtungen des erfolgreichen Anbieters mit der Vergabebehörde der Anschein eines möglichen Vorteils entstanden.

c) Selbst wenn die gesonderte Vergabe der Ingenieurleistungen für das Einleitungsverfahren eine im Sinn von § 5 SubmV unzulässige Aufteilung der Quartierplanung darstellen würde, führt dies für sich allein nicht zu unzulässigen Vorteilen des mit dem Einleitungsverfahren betrauten Anbieters. Abgesehen davon dürfte die gesonderte Vergabe dieser Ingenieurleistungen keine unzulässige Aufteilung des Auftrags darstellen. Mehrere Leistungen müssen im Hinblick auf die Anwendung der Schwellenwerte nur zusammengerechnet werden, soweit zwischen ihnen ein rechtlicher oder enger sachlicher Zusammenhang besteht. Einleitungs- und Festsetzungsverfahren betreffen zwar das nämliche Gebiet und dienen beide im Rahmen des Quartierplanverfahrens der Herbeiführung der Baureife dieses Gebiets. Sie stellen jedoch deutlich von einander abgegrenzte Verfahrensschritte dar, was sich schon darin zeigt, dass die Einleitung zwingend durch das Gemeinwesen erfolgt, während die Ausarbeitung des Quartierplans gemäss § 160a des Planungs- und Baugesetzes vom 7. September 1975/1. September 1991 (PBG) den Grundeigentümern überlassen werden kann. Aus dieser Sicht ist die Beauftragung des Gemeindeingenieurs mit den Planungsarbeiten für das Einleitungsverfahren zweckmässig und submissionsrechtlich unbedenklich.

d) Der Grundsatz, wonach vorbereitete Bieter vom Vergabeverfahren auszuschliessen sind, zielt auf solche Bewerber, die ihren Wissensvorsprung gerade dem Umstand verdanken, dass sie an der Vorbereitung der laufenden Ausschreibung beteiligt waren. Er gilt dann absolut, wenn sie an der Vorbereitung nicht bloss beteiligt, sondern mit der ganzen Vorbereitung oder gar mit dem Ausschreiben selbst betraut waren (Gauch/Stöckli, S. 15), was hier nicht zutrifft. Wie die Beschwerdegegnerin unwidersprochen ausgeführt hat, war der erfolgreiche Bieter mit der Vorbereitung dieser Ausschreibung nicht unmittelbar beauftragt, sondern wurde diese von der Beschwerdegegnerin mit fachlicher Unterstützung des Ingenieur- und Vermessungsbüros D durchgeführt (vgl. Beschwerdeantwort S. 2). Hingegen war der erfolgreiche Anbieter als Gemeindeingenieur und insbesondere als Verfasser der Grundlagen für die Quartierplaneinleitung, nämlich des Plans des Beizugsgebiets, des

Technischen Berichts und des Grundstücks- und Eigentümerverzeichnis, an der Vorbereitung der Ausschreibung in ähnlicher Weise beteiligt, wie dies bei einem Bauvorhaben durch das Verfassen einer Studie oder eines Vorprojekts zutreffen kann (vgl. VGr AG, 16. Juli 1998, Baurecht 4/98 Nr. 341). Er konnte sich damit einen deutlichen Wissensvorsprung vor seinen beiden Mitbewerbern verschaffen. Eine solche Vorbefassung durch Studien, Vorprojekte und dergleichen im Vorfeld der Vergabe führt nicht zwingend zum Ausschluss des Anbieters. Sie wird von einem Teil der Rechtsprechung und der Lehre ausnahmsweise als zulässig erachtet, wenn die ausgeschriebene Leistung nur von wenigen Anbietern erbracht werden kann oder wenn ein Unternehmen nur in untergeordneter Weise an der Vorbereitung der Ausschreibung beteiligt gewesen ist. Nach dieser Auffassung besteht gleichsam die Vermutung einer rechtlich bedeutsamen Vorbefassung, welche die Vergabebehörde durch geeignete Vorkehren jedoch umstossen kann (Scherler, S. 53, auch zum Folgenden): Erstens müssen in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen die in der (früheren) Planung beigezogenen Unternehmer unter Angabe von Art und Weise ihrer Mitwirkung genannt werden; zweitens muss sichergestellt sein, dass der Inhalt der Ausschreibung bzw. der Ausschreibungsunterlagen nicht auf die besonderen Fähigkeiten des vorbefassten Anbieters zugeschnitten ist; drittens ist durch geeignete Ausgleichsmechanismen (Einsicht in die entsprechenden Unterlagen, Auskunftserteilung, ausreichende Eingabefristen etc.) den übrigen Bewerbern Gelegenheit zu geben, einen allfälligen Wissensrückstand zu kompensieren (VGr AG, 16. Juli 1998, Baurecht 4/98 Nr. 341; Gauch/Stöckli, Ziff. 8.3, S. 16). Bereits der Umstand, dass der Mitbeteiligte die Quartierplaneinleitung planerisch betreut hat, dürfte nicht mehr als untergeordnete Beteiligung an der Vorbereitung der Vergabe durchgehen. Zudem hat die Beschwerdegegnerin, soweit sich aufgrund der Akten ergibt, nichts vorgekehrt, um die unter solchen Umständen gebotene Transparenz herzustellen und für alle Bewerber gleiche Wettbewerbschancen zu gewährleisten. Wird bei einem Einladungsverfahren ein Unternehmer zur Offertstellung eingeladen, der im Vorfeld der Submission an deren Vorbereitung beteiligt war, so erheischt es das Gebot der Transparenz, dass den weiteren Eingeladenen dieser Umstand zur Kenntnis gebracht wird; nur so können diese Anbieter auf einen allfälligen Wissensvorsprung des Konkurrenten aus der Vorbereitung der Submission in geeigneter Weise reagieren, indem sie beispielsweise Einsicht in weitere Unterlagen oder die Erteilung zusätzlicher Auskünfte verlangen. Eine solche Bekanntgabe ist hier, soweit aus den Akten ersichtlich, nicht erfolgt, und selbst in den Ausschreibungsunterlagen wird der mit dem Einleitungsverfahren betraute Ingenieur nicht genannt, sondern erscheint dessen Name lediglich auf den dem Einleitungsbeschluss zugrunde liegenden Dokumenten. Dieser Mangel an Transparenz und damit zusammenhängend das entsprechende Fehlen von Ausgleichsmechanismen wiegt hier umso schwerer, als die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Ermittlung des für die Bewertung der Offerten massgeblichen "mittleren Stundenansatzes" eine "krasse Fehleinschätzung der zu erwartenden Problembearbeitung" vorwirft; dass diese Einschätzung nicht aufgrund der Ausschreibungsunterlagen, aber auch nicht aufgrund des Einleitungsbeschlusses bzw. der diesem zugrunde liegenden Dokumente wie Plan des Beizugsgebietes und Technischer Bericht korrekt vorgenommen werden konnte, liegt auf der Hand. Fehlt es damit an der Transparenz und der Gewährleistung gleicher Wettbewerbschancen, wie sie bei Einladung eines im Vorfeld der Ausschreibung beteiligten Bieters in besonderer Weise geboten sind, so ist dieser Bieter, das heisst der Mitbeteiligte, vom Verfahren auszuschliessen. Die an diesen erfolgte Vergabe erweist sich damit als rechtswidrig. e) Der Mitbeteiligte ist

Gemeindeingenieur der Beschwerdegegnerin und Mitglied der Planungskommission. Nachdem sich die Vergabe bereits aus einem anderen Grund als rechtswidrig erweist, kann offen bleiben, ob der Gemeindeingenieur in einer derart nahen Beziehung zur Vergabebehörde steht, dass er auch aus diesem Grund von der Vergabe auszuschliessen ist. Mindestens aber trägt dieser Umstand dazu bei, den Vorwurf der mangelnden Transparenz und damit des Anscheins der Vorbefasstheit zu verstärken. Anzumerken ist, dass sich für das von der Beschwerdegegnerin gewählte Vorgehen, nämlich die Einleitung des Quartierplanverfahrens dem Gemeindeingenieur und die Durchführung des Submissionsverfahrens einem anderen Ingenieurbüro zu übertragen, keine zwingenden praktischen Gründe erkennen lassen. Wenn es wie erwähnt als zulässig erscheint, mit der Einleitung von Quartierplanverfahren aufgrund einer regelkonformen Ausschreibung generell den Gemeindeingenieur zu beauftragen, so ergibt sich zwanglos, ihn auch mit der Durchführung des Vergabeverfahrens für die weiteren Planungsarbeiten zu betrauen, womit er als Bieter von vornherein nicht mehr in Frage kommt. Andererseits können seine Dienste wieder beansprucht werden, wenn es um Abrechnung und Leistungskontrolle geht; auch insofern ist nämlich auf eine konsequente personelle und organisatorische Trennung zu achten (vgl. Peter Hänni/Marco Scruzzi, Zur Ausstandspflicht im Rahmen von Submissionsverfahren, Baurecht 4/99, S. 136 Anm. 43). Es dürfte auch nicht ausgeschlossen sein, im Rahmen einer regelkonformen Submission die Funktion des Gemeindeingenieurs so zu umschreiben, dass dazu auch die im Zusammenhang mit der Aufstellung von kleineren Quartierplänen anfallenden Ingenieurarbeiten gehören.

### **E. 3**

Da der Vertrag mit dem Mitbeteiligten bis heute nicht abgeschlossen wurde, ist der Vergabeentscheid des Gemeinderats X vom 7. August 2001 aufzuheben. Die Beschwerdegegnerin macht geltend, im Falle eines Ausschlusses des Mitbeteiligten müsse die Vergabe gemäss § 9 Abs. 2 SubmV wiederholt werden. Es trifft zwar zu, dass nach dieser Bestimmung im Einladungsverfahren wenn möglich mindestens drei Angebote eingeholt werden müssen. Dieser Anforderungen ist hier jedoch nachgelebt worden, der nachträgliche Ausschluss eines Anbieters vermag daran nichts zu ändern. Nachdem die Beschwerdeführerin bei der Auswertung der Offerten mit geringem Punkteabstand zum Mitbeteiligten und deutlich vor dem dritten Anbieter auf Platz 2 rangiert worden ist, kommt nach dem Ausschluss des Mitbeteiligten nur der Zuschlag an die Beschwerdeführerin in Betracht. Da dem Gericht jedoch nicht bekannt ist, ob mit dem Zuschlag allenfalls Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen zu verbinden sind, ist übungsgemäss der Zuschlag nicht unmittelbar mit dem Beschwerdeentscheid zu erteilen, sondern ist die Sache mit einer entsprechenden Weisung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Selbstverständlich dürfen mit dem Zuschlag aber keine Auflagen verbunden werden, die von der Sache her nicht gerechtfertigt sind oder dem von der Vergabestelle bevorzugten Anbieter unter gleichen Voraussetzungen nicht auferlegt würden.

### **E. 4**

... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Vergabeentscheid aufgehoben. Die Sache wird an den Gemeinderat X zurückgewiesen, um den Zuschlag an die Beschwerdeführerin zu erteilen. 2. ...