

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00241 vom 18. Dezember 2002**

ZH Verwaltungsgericht, 2002-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2002.00241](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2002.00241)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00241 du 18 décembre 2002

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2002.00241 del 18 dicembre 2002

## **Regeste**

Submission | Selektive Submission betr. Schulmöbel. Nichtberücksichtigung des preisgünstigsten Angebots. Detailreiches Leistungsverzeichnis. Legitimation (E. 4). Das Leistungsverzeichnis weist im vorliegenden Fall einen grossen Detailreichtum auf und erscheint eher als Produkte-, denn als Leistungsbeschreibung. Dies zeigt sich in der auffälligen Vermischung von Vergabekriterien und direkten Produkthanforderungen etwa bei den Kriterien Ergonomie und Stabilität. Der Beschreibung gibt bereits verbindlich vor, wie die gewünschte Qualität des Schulmobiliars erreicht werden müsse. Die detailreichen Anforderungen schränken die Produktauswahl von vornherein auf eine bestimmte Ausführungsart ein und schliessen damit Anbieter mit anderen Vorstellungen von ergonomischem, stabilem Schulmobilier ohne Not von der Teilnahme aus. Andererseits flossen in den Anforderungskatalog teilweise unnötig viele Details ein, die ohne Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien die Auswahl durch Material-, Bearbeitungs- und Designvorgaben derart einschränkten, dass wohl nur noch ganz vereinzelte Anbieter genau das ausgeschriebene Produkt mit den entsprechenden Erfahrungen und Referenzen präsentieren konnten (E. 5b). Dies führt bereits zur Gutheissung der Beschwerde. Im Übrigen war das Vorgehen der Beschwerdegegnerin auch unter dem Gesichtspunkt der vergaberechtlichen Vorbefassung unzulässig. Eine Vorinformation, wie sie im vorliegenden Fall durch einen bestimmten Anbieter stattgefunden hat, konnte bereits die Wahl, Reihenfolge oder Gewichtung der Vergabekriterien, aber auch das Leistungsverzeichnis selber, das in Kenntnis eines bereits eingeführten Produkts verfasst wurde, beeinflussen. Ebenso wenig kann eine Beeinflussung bei der Produktwahl am Ende ausgeschlossen werden. Liegt damit ein objektiv begründeter Anschein der Vorbefassung der Mitbeteiligten vor, so wäre diese vom weiteren Vergabeverfahren auszuschliessen gewesen (E. 5d). Möglichkeiten zur Behebung des Mangels (E. 5e).

## **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 finden 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 über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 Anwendung.

## **E. 2**

Die Beschwerdegegnerin verlangt, dass die Replik der Beschwerdeführerin wegen Verspätung aus dem Recht zu weisen sei. Dazu besteht kein Anlass. Der Abteilungspräsident hatte der Beschwerdeführerin zur Einreichung der Replik Frist gesetzt und diese am 17. September 2002 bis zum 26. September 2002 erstreckt. Die Replik der Beschwerdeführerin trägt das Datum vom 26. September und ist gemäss Poststempel auch an diesem Tag der Post übergeben worden. Aus welchem Vermerk des Verwaltungsgerichts die Beschwerdegegnerin ableiten will, dass die Replik erst am 27. September der Post übergeben worden sei, ist unerfindlich.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Beschwerdegegnerin habe sich bei ihrer Ausschreibung an den Produkten der mitbeteiligten D AG orientiert und diese Gesellschaft bei der Vergabe ungerechtfertigt bevorzugt. Das Angebot der Beschwerdeführerin entspreche dem Ausschreibungstext, stehe demjenigen der Mitbeteiligten in nichts nach und sei preislich 14 % günstiger. Die Beschwerdegegnerin bestreitet vorab die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin, da diese aus verschiedenen Gründen vom weiteren Submissionsverfahren auszuschliessen gewesen sei. Im Lichte der Vergabekriterien schneide das Produkt bei der Ergonomie, der Termingarantie und der Nachlieferbarkeit schlechter ab als dasjenige der Mitbeteiligten. Die Qualität und Verarbeitung der von der Beschwerdeführerin angebotenen Möbel habe nicht beurteilt werden können, weil diese noch gar nicht bestanden hätten und nur als Prototypen angefertigt worden seien.

## **E. 4**

a) Ein nicht berücksichtigter Anbieter ist zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn er bei deren Gutheissung eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem er ein neues Angebot einreichen kann; andernfalls fehlt ihm das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11). Die Legitimationsfrage hängt eng mit den gegen einen submissionsrechtlichen Entscheid vorgebrachten Beschwerdegründen zusammen. Werden allein Mängel des Vergabeentscheids beanstandet, so entfällt bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gegen die beschwerdeführende Partei deren Anfechtungsrecht, da sie diesfalls von vornherein keine Chance auf den Zuschlag hätte. Zielen die Vorbringen des auszuschliessenden Anbieters hingegen auf Mängel des Submissionsverfahrens, die dessen ganze Wiederholung rechtfertigen können, so ist er mit der Beschwerde dann zuzulassen, wenn dank einer Neuausschreibung Unzulänglichkeiten des eigenen Angebots behoben werden können. Verschafft hingegen auch eine Neuausschreibung nicht die erhoffte Chance, da es dem unterlegenen Anbieter etwa an persönlichen Voraussetzungen mangelt, so ist auf seine Beschwerde auch in diesem Fall nicht einzutreten. Es ist daher vorab zu prüfen, ob Ausschlussgründe gegen die Beschwerdeführerin vorliegen. b) § 26 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997 (SubmV) zählt verschiedene Gründe auf, die einen Ausschluss des Anbieters zur Folge haben können, so etwa, wenn dieser die geforderten Eignungskriterien nicht oder nicht mehr erfüllt (lit. a) oder wenn er sich im Konkursverfahren befindet (lit. g). Lit. d der Bestimmung sieht den Ausschluss vor, wenn ein Anbieter wesentliche Formvorschriften verletzt hat, insbesondere durch Nichteinhaltung der Eingabefrist, fehlende Unterschrift,

Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung des Angebotstextes. Allerdings ist der Ausschluss in allen Fällen nur dann adäquat, wenn es sich um wesentliche Mängel handelt (vgl. RB 1999 Nr. 61 = BEZ 1999 Nr. 25 = ZBI 101/2000, S. 265 E. 6). Auch nach Art. 19 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen sind nur Angebote mit wesentlichen Formfehlern vom Verfahren auszuschliessen. Diese Vorschriften sind Ausdruck des aus Art. 29 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 abgeleiteten Verbots des überspitzten Formalismus (vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 18. Dezember 1997, Baurecht 4/98 S. 126 Nr. 334; dazu Bemerkung Peter Gauch, Baurecht 4/98, S. 127). Der Verfahrensausschluss muss einem Anbieter nicht mit einer eigenständigen Verfügung eröffnet werden. Dies gilt nicht nur beim Ausschluss infolge Nichterfüllens der Eignungskriterien (vgl. RB 2000 Nr. 70 E. 6c = BEZ 2000 Nr. 25), sondern auch beim Ausschluss infolge von Mängeln der eingereichten Offerte. Es steht der vergebenden Behörde frei, im Rahmen des Zuschlags über den Ausschluss zu befinden. In solchen Fällen impliziert die Zuschlagsverfügung den Ausschluss (vgl. Eidgenössische Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen, 7. November 1997, Baurecht 4/98, S. 126 Nr. 335 E. 3; 8. Februar 2000, Baurecht 4/2000, S. 124 Nr. 30).

aa) Im vorliegenden Fall wies die Vergabebehörde in den Ausschreibungsunterlagen neben den Kriterien der Auftragsvergabe darauf hin, dass reine Handelsfirmen oder Büro-/Wohneinrichter, welche bei der Lieferung von Schulmobiliar in ähnlich grossem Umfang keine Erfahrung aufwiesen, zur Offertstellung nicht zugelassen würden. Die Beschwerdegegnerin bezweifelt, ob die Beschwerdeführerin dieses Eignungskriterium erfülle, nachdem sie, wie sie selber mit Brief vom 16. April 2002 offen gelegt hatte, die Auffanggesellschaft der in Konkurs geratenen E AG sei. Die Beschwerdeführerin befindet sich nicht in einem Konkursverfahren. Ein Ausschlussgrund im Sinne von § 26 Abs. 1 lit. g SubmV liegt damit nicht vor. Aber auch der von der Beschwerdegegnerin selber aufgestellte Ausschlussgrund ist nicht erfüllt, da es sich bei der Beschwerdeführerin um eine Möbelproduzentin und nicht um eine Handelsfirma oder einen Büro-/Wohneinrichter handelt. Allein solche Unternehmen des Zwischenhandels sollen nach dem Wortlaut der entsprechenden Klausel bei fehlender Erfahrung von der Offertstellung ausgeschlossen sein. Insofern kommt es auch nicht darauf an, ob sich die Beschwerdeführerin die Erfahrung bezüglich Lieferung von Schulmobiliar der konkursiten E AG anrechnen lassen darf oder nicht. Immerhin hat die Beschwerdeführerin dazu unwidersprochen dargelegt, dass sie nicht nur die laufenden Aufträge und Techniken, sondern auch fast alle Arbeitsverträge sowie die Arbeitsorganisation dieser Gesellschaft übernommen habe. Da die Beschwerdeführerin als Aktiengesellschaft am 28. März 2002 gegründet wurde und dabei von der E AG, über die tags zuvor der Konkurs eröffnet worden war, Rohmaterial, angefangene Arbeiten, Halb- und Fertigfabrikate, Fahrzeuge, EDV, übrige Sachanlagen und immaterielle Werte zum Maximalpreis von Fr. 250'000.- übernommen hat (vgl. Tagebucheintrag Nr. 01 vom 28. März 2002 aus dem Handelsregister des Kantons Y), erscheinen ihre Vorbringen auch als glaubhaft. Unter diesen Umständen spräche auch nichts dagegen, der Beschwerdeführerin die spezifische Erfahrung ihrer Vorgängerin im Schulmöbelbau anzurechnen. Soweit die Beschwerdegegnerin aus der Eigenschaft der Beschwerdeführerin als Auffanggesellschaft Befürchtungen betreffend künftiger Beständigkeit der Unternehmung ableitet, gehören diese nicht zu den Ausschlussgründen, sondern zu den Vergabekriterien ("Garantie Nachlieferbarkeit").

bb) Weiter macht die Beschwerdegegnerin geltend, die Beschwerdeführerin habe nicht bestimmte bestehende

Schulmöbel, sondern deren Bau angeboten. Ausgeschrieben sei ein Kauf- und nicht ein Werkvertrag gewesen. Dementsprechend habe das bemusterte Pult nicht den Anforderungen entsprochen und als Prototyp nicht auf Qualität und Verarbeitung hin beurteilt werden können. Diese Vorwürfe erweisen sich insofern als unbegründet, als sie in einem direkten Zusammenhang mit der auf ein bestimmtes Produkt zugeschnittenen Ausschreibung stehen (vgl. E. 5 nachfolgend). Der Beschwerdeführerin können keine Angebotsmängel entgegengehalten werden, die auf Mängel der Devisierung zurückzuführen sind. Sodann ist die Behauptung der Beschwerdegegnerin, wonach die Beschwerdeführerin an der Bemusterung nur Zweierpulte gezeigt hätte, durch die Akten nicht belegt. Die Beschwerdeführerin legte mit der Beschwerdeschrift und unter ausdrücklichem Hinweis in der Rechtsschrift vier Fotografien des von ihr präsentierten Einerpults ins Recht. Diese Fotografien scheint die Beschwerdegegnerin bei der Ausarbeitung ihrer Replik übersehen zu haben, so dass sie sich dazu auch nicht äusserte. Beim Musterpult handelte es sich zwar nach dem Eingeständnis der Beschwerdeführerin nicht um ein bis auf 120 cm verstellbares Pult. Dies ist jedoch kein Mangel, da die für die Unterstufe ausgeschriebenen Schülerpulte nur bis auf eine Höhe von 85 cm verstellbar sein mussten. Inwiefern das gezeigte Pult ansonsten vom Leistungsbeschrieb abgewichen wäre, legt die Beschwerdegegnerin nicht weiter dar. cc) Das Angebot der Beschwerdeführerin war nach Auffassung der Vergabebehörde auch wegen Unvollständigkeit auszuschliessen, da daraus nicht ersichtlich gewesen sei, welche Möbel wie viel kosten. Der Vorwurf findet in den Akten keine Stütze. Das Angebot der Beschwerdeführerin ist für jedes Schulhaus einzeln unter Angabe der Stückpreise ausgefüllt und in einer Preisübersicht zusammengefasst. dd) Die Beschwerdegegnerin bringt weiter vor, die Beschwerdeführerin habe ihr Angebot nach Ablauf der Submissionsfrist durch Einreichen einer Prospektdokumentation ergänzt und mittels eines Zusatzangebots in unzulässiger Weise abgeändert. Die Beschwerdeführerin behauptet demgegenüber, das Zusatzangebot habe sie auf entsprechende Aufforderung der Beschwerdegegnerin hin eingereicht. Dieser Sachverhalt beschlägt keinen Ausschlussgrund, da die umstrittene Unzulässigkeit der nachträglichen Eingabe von vornherein nicht zum Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin, sondern nur zur Unbeachtlichkeit des nachträglichen Zusatzangebots führen kann. Das ursprüngliche Angebot, welches ohne Änderung des Angebottextes unterbreitet wurde, bleibt – allfällige offensichtliche Versehen vorbehalten – trotz allenfalls unzulässiger Korrektur innert der Gültigkeitsfrist verbindlich. ee) Weiter sieht die Beschwerdegegnerin einen Ausschlussgrund darin, dass die Beschwerdeführerin ihrem Angebot keine Referenzen beigelegt habe. In der Vorstellung ihres Unternehmens vom 1. Mai 2002 hatte die Beschwerdeführerin neben der Marginalie "Referenzen" auf einen beiliegenden Referenzauszug hingewiesen und bemerkt, dass weitere Referenzen auf Anfrage hin erhältlich seien. In den Akten befindet sich jedoch kein solcher Referenzauszug. Unter diesen Umständen wäre es der Beschwerdegegnerin nach Treu und Glauben zuzumuten gewesen, die Beschwerdeführerin auf dieses offensichtliche Versehen aufmerksam zu machen und die fehlende Beilage nachträglich einzufordern. Jedenfalls kann das Fehlen des Referenzauszugs nicht als wesentlicher, den Ausschluss gebietender Formmangel angesehen werden (vgl. VGr, 23. November 2001, VB.2001.215, E. 7, [www.vgrzh.ch/rechtsprechung](http://www.vgrzh.ch/rechtsprechung)). ff) Soweit die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin entgegenhält, sie habe keine Termingarantie abgegeben, führt sie dies zu Recht nicht als Ausschlussgrund ins Feld. Die Beschwerdeführerin hatte in ihrem Angebot eine "kurzfristige und flexible Terminlieferfrist" zugesagt, was jedenfalls einer

Bewertung unter dem entsprechenden Kriterium "Termingarantie" zugänglich ist. c) Liegen demnach keine Ausschlussgründe gegen die Beschwerdeführerin vor, so steht deren Zulassung im Beschwerdeverfahren dann nichts entgegen, wenn sie bei korrekter Durchführung der Ausschreibung und Vergabe eine Chance auf den Zuschlag gehabt hätte. Diese Chancen lassen sich aufgrund der Akten nicht hinreichend beurteilen. Das Angebot der Beschwerdeführerin war preislich das drittgünstigste, jedoch bildete der Preis nach den Vergabekriterien der Beschwerdegegnerin nur das letzte von insgesamt sechs Kriterien. Ein durchgehender und vollständiger Vergleich der eingegangenen Angebote anhand aller Kriterien hat im vorliegenden Fall gar nie stattgefunden. Zwar hatte die Vergabebehörde einen achtseitigen detaillierten Auswertungsbogen vorbereitet, der verschiedene Aspekte der drei wichtigsten Kriterien Ergonomie, Stabilität sowie Qualität und Verarbeitung auflistete und die acht Mitglieder der Arbeitsgruppe "Schulmobiliar" zur jeweiligen Bewertung mit null bis drei Punkten einlud. Diese Bögen wurden aber nur von einem kleinen Teil der Aufgeforderten überhaupt und dabei auch nur teilweise ausgefüllt. Daneben orientierte sich die Produktwahl der einzelnen Schulhäuser nicht erkennbar an allen im Voraus festgelegten Kriterien und beurteilte auch nur einen Teil der Angebote. Auch bei den weiteren Kriterien Termingarantie, Garantie der Nachlieferbarkeit und Preis-Leistungs-Verhältnis (zu verstehen an dieser Stelle im Sinne von Preis) ist kein eigentlicher Produktvergleich oder eine Bewertung dokumentiert. Dementsprechend wurden auch in der Gesamtbewertung nur vier der zwölf eingegangenen Angebote beurteilt, und zwar ohne Bezugnahme auf alle Kriterien. Eine eigentliche Rangierung der Produkte erfolgte nicht. Ist das Beurteilungsergebnis derart offen, so ist auf die Beschwerde einzutreten.

## **E. 5**

a) Die Beschwerdeführerin beanstandet, dass das Produkt der Mitbeteiligten bereits seit 1 ½ Jahren bei der Schule als Muster eingeführt war und die Ausschreibung sich an diesem Muster orientiert habe. Dementsprechend sei die Mitbeteiligte bei der Vergabe ungerechtfertigt bevorzugt worden. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin beschlägt einerseits das Leistungsverzeichnis und andererseits die Vergabe selber. Das Leistungsverzeichnis als Teil der Ausschreibungsunterlagen im Sinne von § 17 Abs. 1 lit. g SubmV definiert die technischen Anforderungen an die Leistung. Diese werden gemäss § 18 Abs. 1 SubmV eher in Bezug auf die Leistung als in Bezug auf die Konstruktion umschrieben und auf der Grundlage internationaler Normen oder, wenn solche fehlen, von den in der Schweiz verwendeten technischen Normen definiert. Dementsprechend verbietet Abs. 2 der Bestimmung – abgesehen von hier nicht interessierenden Ausnahmen – Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten. Die Auftraggeber dürfen auch nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Firma, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, welche bei der Ausarbeitung der Spezifikationen für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können (§ 18 Abs. 4 SubmV). Damit verbietet es das Submissionsrecht grundsätzlich, das Beschaffungsobjekt auf ein bestimmtes Produkt hin zu definieren, ohne dass die Voraussetzungen der freihändigen Vergabe erfüllt wären (RB 2001 Nr. 47). Nach den Sommerferien 2001, also mehrere Monate vor der Ausschreibung, veranlasste die Schulleitung der Schule X eine Präsentation über Einerpulte und ergonomisches Sitzen im Schulhaus und ermöglichte es der Mitbeteiligten, bei diesem Anlass mit ihrem Produkt über Ergonomie zu informieren. In der Folge verblieben offenbar

ein Schülertisch sowie zwei Schülerstühle der Mitbeteiligten im Schulhaus X stehen und standen dort den Schülern und Schülerinnen bis mindestens Ende Mai 2002 zum Gebrauch und Test zur Verfügung. Ausgeschrieben wurden in der Folge insgesamt 1'300 Schülertische, 1'400 Schülerstühle und je 70 Lehrertisch und -stühle sowie Korpusse und diverses Mobiliar für Gruppen- und Handarbeitsräume in kleinerem Umfang. Wegen der grossen qualitativen und damit auch preislichen Unterschiede der auf dem Markt angebotenen Schulmöbelprogramme war von Anfang an vorgesehen, die offerierten Möbel zu bemustern. Für die Tische der drei verschiedenen Schülerkategorien sowie für die Stühle aller Benutzerkategorien sah das Leistungsverzeichnis folgendermassen aus: Einertisch (ca. 55–85 cm für Unterstufe, ca. 75–120 cm für Mittel- und Oberstufe) · Höhenverstellung mittels Getriebe (keine Einsäulen- und Scherentische), fixe Kurbel · Schrägstellung in Stufen · Tischplatte Kunstharzbelag nach Wahl (nicht laminiert), Kanten 3-seitig, Buche-Anleimer massiv, gerundet, naturlackiert Arbeitsseitig Anschlagleiste Buche Materialrinne postforming, Breite ca. 10 cm · Doppelablagefach aus Formstahlblech, Front gelocht, Seitenabdeckung Blech, pulverbeschichtet, RAL/NCS Grösse: oben mind. 31 x 13 x 53 cm, unten 22 x 8 x 53 cm · Mappenhaken, Stahl verchromt · Tischgestell Flachovalstahlrohr, pulverbeschichtet, RAL/NCST · T-Füsse versetzt, Rundstahlrohr verchromt (keine Verzinkung) · Gleiter für Linoleum oder Holzböden · Rollen: zwei Stück (nicht als Standfläche) Stühle · Liftverstellung (35 – 50 cm für Unterstufe, 40 – 60 cm für Mittel- und Oberstufe sowie Handarbeit, 47 – 65 cm für Lehrer) · Höhenverstellung stufenlos/drehbar · Sitzfläche aus Buchenformpressholz splitterfrei, anatomisch geformt, mit Antirutschlackierung Neigung Sitzfläche: 3 ° · Rückenlehne aus Buchenformpressholz splitterfrei, naturlackiert, federnd montiert · Fünfsterne fuss mit Rundstahlrohrausleger pulverbeschichtet, RAL/NCS · Gleiter für Linoleum oder Holzböden Bei der Vergabe entsprach dann in der Folge offenbar das Mobiliar der Mitbeteiligten vollumfänglich den Anforderungen, während etwa die Offerte der ebenfalls in die engste Wahl einbezogenen FAG sowohl in der Tischkonstruktion als auch in verschiedenen Details vom Devis abwich. b) Das Leistungsverzeichnis weist vorliegend einen grossen Detailreichtum auf und erscheint damit eher als Produkte-, denn als Leistungsbeschreibung. Dies zeigt sich einerseits in der auffälligen Vermischung von Vergabekriterien und direkten Produkterfordernissen etwa bei den Kriterien Ergonomie und Stabilität. Anstatt dass etwa als Leistung ein Einertisch (eine zulässige technisch-pädagogisch bedingte Vorgabe) mit maximalen diesbezüglichen Eigenschaften verlangt wird, gibt der Beschreibung bereits verbindlich vor, wie diese Qualität erreicht werden müsse, etwa durch welche Art der Höhenverstellung bei den Tischen, die Sitzflächenneigung oder Rückenlehnenmontage bei den Stühlen, die Fussgestaltung bei Tischen und Stühlen etc. Zwar kann es sein, dass mit den von der Beschwerdegegnerin aufgestellten Produkterfordernissen ein grosses Mass an Ergonomie erreicht wird, ebenso werden möglicherweise durch den versetzten T-Fuss bei den Tischen und den Fünfsterne fuss bei den Stühlen optimale Resultate bezüglich Stabilität erzielt. Jedoch schränken die detailreichen Anforderungen die Produktauswahl von vornherein auf eine bestimmte Ausführungsart ein und schliessen damit Anbieter mit anderen Vorstellungen von ergonomischem, stabilem Schulmobiliar ohne Not von der Teilnahme aus. Andererseits flossen in den Anforderungskatalog teilweise völlig unnötige Details ein, die ohne Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien die Auswahl durch detaillierte Material-, Bearbeitungs- und Designvorgaben derart einschränkten, dass wohl nur noch ganz vereinzelte Anbieter genau das ausgeschriebene Produkt mit den entsprechenden Erfahrungen und Referenzen präsentieren konnten. Eine Begründung für die Notwendigkeit

dieses Detailreichtums des Leistungsverzeichnisses liefert die Beschwerdegegnerin an keiner Stelle. Sie scheint vielmehr die Auffassung zu vertreten, sie habe sich bereits eine differenzierte Meinung darüber gebildet, wie das Schulmobiliar optimal beschaffen sein müsse und sei bei der Ausschreibung vollständig frei in der Festlegung entsprechender Leistungsvorgaben. Dies ist jedoch nach dem unter a) vorstehend Ausgeführten nicht der Fall. Zwar ist es durchaus denkbar, dass eine Vergabebehörde aufgrund spezifischer Nutzererfahrungen detaillierte Vorstellungen über eine bestimmte Leistung selber entwickelt oder entwickeln lässt, ohne sich dabei an einem bereits auf dem Markt erhältlichen Produkt zu orientieren. In solchen Fällen schliesst es das Vergaberecht auch nicht aus, mittels einer entsprechenden Ausschreibung Produzenten aufzufordern, Angebote für die reine Ausführung des geplanten Werks einzugeben, wie dies etwa bei der Ausschreibung eines Generalunternehmervertrags für ein Bauwerk der Fall sein dürfte. Dies war hier aber gerade nicht der Fall, indem die Beschwerdegegnerin nicht Produzenten zur Anfertigung von Prototypen einladen wollte, sondern ein auf dem Markt eingeführtes Produkt mit bestehenden Referenzen suchte. c) Dieses Vorgehen war nicht zulässig. Die Beschwerdegegnerin hätte die grundsätzlichen Leistungsanforderungen (nicht Konstruktionsmerkmale) umschreiben müssen, anhand deren die Produkte der Anbieter zu beurteilen waren. Sie hätte bei diesem Vorgehen darauf achten müssen, den Kreis der potentiellen Anbieter nicht von vornherein durch Anforderungen, die nicht als zwingend erschienen, unnötig einzuschränken. Diesem Vorgehen hätte es entsprochen, Produktmerkmale, die zwar erwünscht, aber nicht unverzichtbar waren, nicht als (absolute) technische Anforderungen, sondern als (relative) Zuschlagskriterien zu formulieren; auf diese Weise hätten die mehr oder weniger weitgehend erfüllten Merkmale eines Angebots gegenüber den anderen Vor- und Nachteilen desselben abgewogen werden können (RB 2001 Nr. 47). d) Dies führt bereits zur Gutheissung der Beschwerde. Im Übrigen war das Vorgehen der Beschwerdegegnerin auch unter dem Gesichtspunkt der vergaberechtlichen Vorbefassung unzulässig. Ein Anbieter, der bereits vor der Ausschreibung bei der Vorbereitung der Vergabe in irgendeiner Weise mitgewirkt hat, gilt als vorbefasst und darf sich am nachfolgenden Vergabeverfahren in der Regel nicht mehr beteiligen bzw. ist davon auszuschliessen. Dies ergibt sich aus dem das Vergabeverfahren beherrschenden Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs (Art. 1 Abs. 2 lit. b IVöB; § 18 Abs. 4 SubmV). Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbieter gleich zu behandeln sind. Dabei ist von zentraler Bedeutung, 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. Dabei kommt es ähnlich wie beim Anspruch auf richterliche Unabhängigkeit nicht darauf an, ob sich ein solcher vorbefasster Anbieter im konkreten Fall tatsächlich einen Vorteil verschafft hat, sondern es genügt bereits der objektiv begründete Anschein eines möglichen Vorteils (vgl. VGr, 6. April 2001, BEZ 2001 Nr. 24 mit Hinweisen). Die oben dargelegte Vorgeschichte sowie das ungewohnt detaillierte Leistungsverzeichnis (E. 5 a) erwecken tatsächlich den Anschein, dass sich die Vergabebehörde durch die Information, Präsentation und Musterüberlassung durch die Mitbeteiligte im Submissionsverfahren in einer den Wettbewerb massgeblich tangierenden Art und Weise beeinflussen liess. Eine

Vorinformation, wie sie hier durch einen bestimmten Anbieter stattgefunden hat, konnte bereits die Wahl, Reihenfolge oder Gewichtung der Vergabekriterien, aber auch das Leistungsverzeichnis selber, das in Kenntnis des bereits eingeführten Produktes verfasst wurde, beeinflussen. Ebenso wenig kann eine Beeinflussung bei der Produktwahl am Ende ausgeschlossen werden. Liegt damit ein objektiv begründeter Anschein der Vorbefassung der Mitbeteiligten vor, so wäre diese vom weiteren Vergabeverfahren auszuschliessen gewesen. e) Der festgestellte Mangel kann vorliegend auf zwei Arten behoben werden: Einerseits durch eine grosszügige Zulassung von Angeboten, die vom Leistungsverzeichnis abweichen, wobei in diesem Fall die Mitbeteiligte vom weiteren Verfahren auszuschliessen ist; andererseits durch eine vollkommen neue Ausschreibung ohne Zuschnitt auf ein bestimmtes Produkt, wobei dann die Vergabeunterlagen neu ausgearbeitet werden müssen. Unter der letztgenannten Voraussetzung ist es zulässig, dass sich auch die Mitbeteiligte wieder an der Vergabe beteiligt. Der Vorwurf der Beschwerdeführerin, wonach die Mitbeteiligte mit ihrer Schulungs-offerte in unzulässiger Weise eine weitere Leistung angeboten habe, braucht damit nicht näher abgeklärt werden. Ebenso wenig müssen die zwischen den Parteien bestehenden Differenzen hinsichtlich der einzelnen Vergabekriterien geprüft werden. Immerhin ist die Vergabebehörde an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass sie bei der neuerlichen Vergabe die gewählten Vergabekriterien zu gewichten und einzeln für jedes Angebot zu benoten hat, um eine gesamthafte Würdigung des Ergebnisses zu ermöglichen.

## **E. 6**

Die Beschwerde ist demnach gutzuheissen. ... Demgemäss entscheidet die Kammer: 1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der angefochtene Entscheid der Schulpflege X vom 9. Juli 2002 aufgehoben. 2. ...

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