

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00058 vom 11. Februar 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-02-11, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00058

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00058 du 11 février 2004

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00058 del 11 febbraio 2004

Regeste

Submission | Anfechtungsobjekt der Submissionsbeschwerde; Anspruch auf Einladung im Einladungsverfahren Die Aufzählung der Anfechtungsobjekte im Vergabeverfahren (§ 4 IVöB-BeitrittsG) ist nicht abschliessend. Auch gegen den Entscheid zur Wiederholung einer Submission ist die Beschwerde zulässig (E. 2.1). In besonderen Fällen kann auch die Nichteinladung im Einladungsverfahren angefochten werden (E. 3.2). Im konkreten Fall wurde ein Einladungsverfahren im Anschluss an die erfolgreiche Beschwerde einer Anbieterin wiederholt. Ein Anspruch der Anbieterin auf Einladung im neuen Verfahren besteht dann, wenn keine triftigen Gründe gegen ihre Teilnahme sprechen (E. 3.4). Eine Ausweitung der Beschwerde auf zusätzliche Anfechtungsobjekte - im vorliegenden Fall die inzwischen ergangene Zuschlagsverfügung - mit der Replik ist nicht möglich (E. 4).
Teilweise Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (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 in der vorliegend noch anwendbaren Fassung vom 25. November 1994 (aIVöB) sowie die §§ 3 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996 (aIVöB-BeitrittsG) zur Anwendung. Die vorliegende Beschwerde richtet sich sowohl gegen den Abbruch bzw. die Wiederholung des Vergabeverfahrens als auch gegen die Einleitung eines neuen Einladungsverfahrens ohne Einbezug der Beschwerdeführerin. Mit der Replik beantragt die Beschwerdeführerin überdies die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags vom 8. April 2003. Wieweit diese Entscheide angefochten werden können, ist im Folgenden je gesondert zu prüfen.

E. 2.1

Die Beschwerde richtet sich zunächst gegen die Verfügung des Hochbauamts vom 31. Januar 2003, gemäss welcher das Vergabeverfahren "abgebrochen und neu durchgeführt" wurde. Da der Beschwerdegegner nicht auf die strittige Beschaffung zu verzichten gedenkt, sondern das ursprüngliche Projekt nach seinen Angaben weit gehend unverändert weiter verfolgt, handelt es sich bei dieser Anordnung nicht um einen definitiven Abbruch (§ 35 Abs. 1 aSubmV), sondern um die Wiederholung des

Vergabeverfahrens (§ 35 Abs. 2 aSubmV). Der Entscheid zur Wiederholung des Verfahrens wird in § 4 aIVöB-BeitrittsG im Gegensatz zum Abbruch nicht ausdrücklich als anfechtbarer Entscheid erwähnt. Dabei ist allerdings nicht deutlich, ob die Wiederholung vom Gesetzgeber nur als Unterart bzw. Folge eines Abbruchs betrachtet wurde (vgl. dazu die Regelung in Art. 30 Abs. 2 der Verordnung vom 11. Dezember 1995 über das öffentliche Beschaffungswesen [VoeB, SR 172.056.11] sowie in der revidierten Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003). Die Aufzählung des Gesetzes ist indessen ohnehin nicht abschliessend, da gemäss Art. 9 Abs. 1 und 2 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM) das kantonale Rechtsmittel gegen alle "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt" im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stehen muss (vgl. Evelyne Clerc, Kommentar zu Art. 5 und 9 BGBM, in: Pierre Tercier/Christian Bovet [Hrsg.], Droit de la concurrence, Genf/Basel/München 2002, zu Art. 9 N. 46 f.; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 532). Eine unterschiedliche Behandlung der beiden Entscheide mit Bezug auf die Anfechtbarkeit wäre denn auch nicht gerechtfertigt.

E. 2.2

Das Verwaltungsgericht hat in seinem zwischen denselben Parteien ergangenen Entscheid vom 18. Dezember 2002 (VB.2002.00263) erklärt, dass dem Beschwerdegegner die Möglichkeit offen stehe, das Verfahren vollständig zu wiederholen, da angesichts der erkannten Mängel der Vergabeunterlagen und des reduzierten Teilnehmerfeldes ausreichende Gründe im Sinn von § 35 Abs. 2 aSubmV für eine Wiederholung sprächen. Diese Feststellung entfaltet entgegen der Meinung des Beschwerdegegners keine materielle Rechtskraft, da das Gericht an seine im ersten Rechtsgang vertretene Rechtsauffassung nicht gebunden ist (Kölz/Bosshart/Röhl, § 64 N. 13). Sie erweist sich jedoch aus den damals genannten Gründen auch heute als zutreffend. Der Entscheid zur Wiederholung des Verfahrens war daher zulässig. Soweit sich die Beschwerde gegen diesen richtet, ist sie unbegründet.

E. 3.1

Die Beschwerde richtet sich des weitern gegen den Entscheid des Beschwerdegegners, die Beschwerdeführerin bei der Wiederholung des Einladungsverfahrens nicht mehr in dieses einzubeziehen. Ein formeller Entscheid über die erneute Durchführung des Einladungsverfahrens bzw. über die Auswahl der einzuladenden Anbieter liegt dem Gericht nicht vor. Der Beschwerdegegner hat jedoch bestätigt, dass das Verfahren erneut durchgeführt wurde, ohne die Beschwerdeführerin zu einem Angebot einzuladen. Dieser Entscheid ist nicht mit jenem betreffend die Wiederholung des Verfahrens gleichzusetzen. Falls die beiden Entscheide zusammen getroffen wurden, sind sie dennoch mit Bezug auf ihren Inhalt und die Möglichkeit einer Anfechtung auseinander zu halten.

E. 3.2

Es stellt sich damit die Frage, ob ein nicht eingeladenes Interessent befugt ist, die Einleitung eines Einladungsverfahrens anzufechten, um geltend zu machen, dass auch er hätte eingeladen werden müssen. Das Verwaltungsgericht hat zugelassen, dass ein Interessent die Durchführung einer freihändigen Vergabe mit der Begründung anfocht, es hätte anstelle des freihändigen ein Einladungsverfahren durchgeführt werden müssen; vorausgesetzt wurde lediglich, dass der Beschwerdeführer offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählte (RB 2001 Nr. 20 = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001

Nr. 55). Dass der erfolgreiche Beschwerdeführer auch die Einleitung des anschliessenden Einladungsverfahrens hätte anfechten können, falls er nicht in dasselbe einbezogen wurde, ergibt sich daraus jedoch nicht ohne weiteres. Da ein Interessent grundsätzlich keinen Anspruch darauf hat, zum Einreichen eines Angebots eingeladen zu werden, und die Vergabebehörde bei der Auswahl der Anbieter weit gehend frei ist, erscheint es tatsächlich als fraglich, ob der nicht Eingeladene im Regelfall ein ausreichendes rechtliches Interesse für die Anfechtung des Auswahlentscheids besitzt. Ausnahmsweise können jedoch Umstände vorliegen, die den Einbezug eines bestimmten Anbieters in das Verfahren gebieten (hinten, E. 3.4). Wo ein Interessent solche Gründe geltend macht, muss er daher mit der Beschwerde gegen die Einladung zugelassen werden. Dass er sein Anliegen allenfalls noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringen könnte, vermag die vorgängige Beschwerdemöglichkeit nicht zu ersetzen, da er bei einem Einladungsverfahren, an welchem er nicht beteiligt ist, keine Gewähr besitzt, rechtzeitig vom Zuschlag zu erfahren. Auch für den Ablauf des Vergabeverfahrens erscheint es als zweckmässiger, wenn der Interessent, der von der Einleitung des Verfahrens Kenntnis erhält, frühzeitig gegen seinen Nichteinbezug vorgehen kann.

E. 3.3

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass bei der Wiederholung des Verfahrens nur noch der ursprüngliche Zuschlagsempfänger und sie selber am neuen Verfahren zu beteiligen seien. Sie beruft sich dabei auf die Rechtsprechung der Eidgenössischen Rekurskommission für das öffentliche Beschaffungswesen und anderer kantonaler Gerichte, welche in diesem Sinn entschieden hätten. Die erwähnten Entscheide beziehen sich jedoch nicht auf die eigentliche Wiederholung des Verfahrens, sondern auf die Frage, welche Anbieter nach der Aufhebung eines Vergabeentscheids durch die Rechtsmittelinstanz in die danach erforderliche neue Beurteilung einzubeziehen sind; auch in dieser Frage befolgt das Zürcher Verwaltungsgericht im Übrigen eine andere Praxis als die Eidgenössische Rekurskommission (vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 27 Fn. 142). Bei einer eigentlichen Wiederholung des Verfahrens kann die Beschränkung auf die bisherigen Teilnehmer schon deshalb nicht richtig sein, weil die Gründe, welche die Wiederholung rechtfertigen (§ 35 Abs. 2 aSubmV; vgl. Art. 30 Abs. 2 VoeB), unter Umständen eine Erweiterung des Anbieterkreises geradezu erfordern. Von vornherein nicht begrenzen lässt sich der Teilnehmerkreis bei der Wiederholung eines offenen oder selektiven Verfahrens mit erneuter Ausschreibung.

E. 3.4.1

Bei der Durchführung eines Einladungsverfahrens hat grundsätzlich kein Interessent einen Anspruch, zur Abgabe eines Angebots eingeladen zu werden (RB 2002 Nr. 45; RB 2001 Nr. 20 E. 2c = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55). Die Vergabebehörde ist vielmehr bei der Auswahl der Anbieter weit gehend frei. Im vorliegenden Fall liegen jedoch besondere Umstände vor, welche die Freiheit der Vergabebehörde einschränken. Die Beschwerdeführerin wurde bei der erstmaligen Durchführung des Verfahrens zum Angebot eingeladen und hat ein solches abgegeben. Nachdem der Zuschlag in jenem Verfahren an eine andere Anbieterin ergangen war, focht sie diese Verfügung mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht an. Mit Entscheid vom 18. Dezember 2002 (VB.2002.00263) hiess das Gericht die Beschwerde gut, hob den Zuschlag auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an die Baudirektion zurück. Wie das Gericht in jenem Entscheid festhielt, hatte der

Beschwerdegegner anschliessend die Möglichkeit, das Vergabeverfahren auf der bisherigen Grundlage fortzusetzen (unter Ausschluss der ursprünglichen Zuschlagsempfängerin) oder es aber vollständig zu wiederholen (vgl. vorn, Ziff. I). Bei der Fortsetzung des Verfahrens auf der bisherigen Grundlage hätte die Beschwerdeführerin, welche das preislich günstigste Angebot eingereicht hatte und gute Qualifikationen besass, gute Aussichten auf die Erteilung des Zuschlags gehabt. Wenn sich der Beschwerdegegner stattdessen dafür entschied, das Verfahren zu wiederholen, was ihm erlaubt war (vorn, E. 2.2), so war er grundsätzlich auch befugt, die einzuladenden Anbieter neu zu bestimmen. In einer Situation wie der vorliegenden, da die Wiederholung auf die erfolgreiche Beschwerde eines Anbieters der ersten Submission zurückzuführen ist, kann die Vergabebehörde jedoch nicht ohne triftige Gründe darauf verzichten, diesen Anbieter auch im neuen Verfahren wieder zum Angebot einzuladen. Sie hätte es sonst in der Hand, den Erfolg der Beschwerde nachträglich zunichte zu machen und den Beschwerdeführer für die Anfechtung des ursprünglichen Vergabeentscheids zu "bestrafen". Beschwerden gegen das Ergebnis eines Einladungsverfahrens würden damit ihrer Wirksamkeit weit gehend beraubt. Eine derartige Schwächung der gesetzlichen Anfechtungsmöglichkeiten ist nicht zuzulassen.

E. 3.4.2

Die Durchführung des neuen Einladungsverfahrens ohne Beteiligung der Beschwerdeführerin war dem Beschwerdegegner demnach nur gestattet, wenn triftige Gründe gegen ihre Teilnahme sprachen. Um einer rechtsmissbräuchlichen Benachteiligung erfolgreicher Beschwerdeführer entgegen zu wirken, sind dabei an die Gründe für den Verzicht auf eine Einladung hohe Anforderungen zu stellen. Der Beschwerdegegner macht geltend, dass objektive Gründe bestanden hätten, die gegen eine Teilnahme der Beschwerdeführerin sprachen. Diese sei mit ihrer Offerte in der ersten Submission teilweise weit von den planerischen Vorgaben der Behörde abgewichen, und sie habe im Rahmen des damaligen Beschwerdeverfahrens ausgeführt, dass sie an der blossen Ausführung eines fertig durchgeplanten Projekts kein Interesse besitze. Nach den Erkenntnissen des ersten Beschwerdeverfahrens (VB.2002.00263) trifft diese Sachdarstellung teilweise zu. Das Gericht stellte damals aber auch fest, dass die Vergabeunterlagen kaum funktionale Anforderungen, dafür aber in vielen Punkten sehr detaillierte Angaben zur Konstruktion enthielten, was für eine Vergabe dieser Art eher ungewöhnlich sei; sie entsprächen daher wohl nicht der Anforderung von § 18 Abs. 1 lit. a aSubmV, wonach technische Spezifikationen eher in Bezug auf die Leistung als in Bezug auf die Konstruktion umschrieben werden sollen (E. 2c.cc). Die Frage wurde damals offen gelassen. Auch mit Bezug auf das neue Verfahren lässt sie sich nicht beurteilen, da aus der Stellungnahme des Beschwerdegegners nicht ersichtlich wird, mit welchen Vorgaben die Submission diesmal durchgeführt wurde, und er auch keine diesbezüglichen Unterlagen eingereicht hat. Ein Grund für die Nichtteilnahme der Beschwerdeführerin am neuen Verfahren lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten. Dass die Beschwerdeführerin nach Meinung des Beschwerdegegners nicht am Auftrag interessiert gewesen sei, genügt ebenfalls nicht zur Begründung des Verzichts auf ihre Einladung, denn ob sie tatsächlich ein Angebot einreichen wollte, konnte ihr selber überlassen bleiben. Mit ihrem Vorgehen gegen die Wiederholung des Verfahrens hat sie denn auch deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie den Auftrag weiter anstrebte, und in der Replik äusserte sie sich im gleichen Sinn.

E. 3.4.3

Da somit keine ausreichenden Gründe gegen eine Teilnahme der Beschwerdeführerin am wiederholten Einladungsverfahren vorlagen, hätte sie nach dem Gesagten zum Einreichen einer Offerte eingeladen werden müssen. Der Entscheid, das Einladungsverfahren ohne die Beschwerdeführerin durchzuführen, war daher nicht zulässig. Dieser Entscheid kann im heutigen Zeitpunkt nicht mehr aufgehoben werden, da das Vergabeverfahren inzwischen beendet und der Vertrag mit dem ausgewählten Anbieter abgeschlossen ist. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin hat der Beschwerdegegner mit diesem Vorgehen nicht rechtsmissbräuchlich gehandelt; denn nachdem der vorliegenden Beschwerde keine aufschiebende Wirkung zukam und keine vorsorglichen Massnahmen angeordnet wurden, war er zur Weiterführung des Verfahrens und zum Abschluss des Vertrags befugt. In Anwendung von Art. 9 Abs. 3 BGBM und Art. 18 Abs. 2 aIVöB ist daher lediglich festzustellen, dass der Entscheid, das neue Einladungsverfahren ohne Beteiligung der Beschwerdeführerin durchzuführen, rechtswidrig war. Da der Entscheid dem Gericht nicht schriftlich vorliegt und auch das Entscheiddatum nicht bekannt ist, ist er im Dispositiv inhaltlich zu umschreiben.

E. 4

Mit der Replik vom 26. Mai 2003 stellte die Beschwerdeführerin neu das Begehren, es sei die Rechtswidrigkeit der inzwischen ergangenen Zuschlagsverfügung vom 8. April 2003 festzustellen. Dieser Antrag richtet sich gegen ein Anfechtungsobjekt, das nicht Gegenstand der ursprünglichen Beschwerde war, und ist daher im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu beurteilen. Die Eingabe vom 26. Mai 2003 könnte auch nicht als zusätzliche, gegen den Zuschlagsentscheid gerichtete Beschwerde aufgefasst werden, da es dafür schon an der Einhaltung der Beschwerdefrist fehlen würde; der Vertreter der Beschwerdeführerin hatte nach seinen eigenen Angaben am 12. Mai 2003 mündlich und am 13. Mai 2003 schriftlich vom Zuschlag erfahren, und die zehntägige Beschwerdefrist gemäss Art. 15 Abs. 2 aIVöB ging daher spätestens am 23. Mai 2003 (einem Freitag) zu Ende. Auf das Feststellungsbegehren ist daher nicht einzutreten.

E. 5

Aufgrund des teilweisen Obsiegens der Beschwerdeführerin sind die Verfahrenskosten den Parteien je zur Hälfte zu auferlegen. Die Zusprechung einer Parteientschädigung ist bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht gerechtfertigt. Das von der Beschwerdeführerin mit der Replik gestellte Begehren, es sei ihr eine Parteientschädigung in der Höhe der vollen Kosten ihrer Rechtsvertretung zuzusprechen, wäre im Übrigen auch bei vollständigem Obsiegen nicht begründet, da § 17 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 nur eine angemessene, keine kostendeckende Entschädigung vorsieht (Kölz/Bosshart/Röhl, § 17 N. 36). Der von ihr sinngemäss angestrebte Ersatz des Schadens, der ihr durch den rechtswidrigen Entscheid des Beschwerdegegners zugefügt wurde, ist nicht im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht geltend zu machen (§ 6 aIVöB-BeitrittsG; vgl. RB 2000 Nr. 15 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 3). Demgemäss entscheidet die Kammer : 1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass der Entscheid, das neue Einladungsverfahren ohne Beteiligung der Beschwerdeführerin durchzuführen, rechtswidrig ist. 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen: Fr. 140.-- Zustellungskosten, Fr. 2'140.-- Total der Kosten. 3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt. 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 5. ...

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