

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00286 vom 26. September 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-09-26, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00286

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00286 du 26 septembre 2012

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00286 del 26 settembre 2012

Regeste

Submission | Einladungsverfahren: Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin. Ausschluss aufgrund einer rund vier Jahre zurückliegenden geschäftlichen Beziehung zum "Projektbegleiter", welcher mit der Durchführung des Submissionsverfahrens beauftragt wurde, nicht gerechtfertigt (E. 3.4.2). Die von der Vergabebehörde geltend gemachte Vorbefassung aufgrund einer Referenzofferte ist mangels Substanziierung nicht weiter zu prüfen (E. 3.4.3). Widersprüchliches Verhalten der Vergabebehörde (E. 3.4.4). Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (VGr, 9. Februar 2011, VB.2010.00389, E. 1, mit Hinweisen). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Die Beschwerdeführerin wendet sich mit ihrem Rechtsmittel sinngemäss sowohl gegen den Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren wie auch gegen den Zuschlag an die Mitbeteiligte. Beide Entscheide sind selbständig mit Beschwerde anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. d und e IVöB). Vorliegend hat die Beschwerdeführerin das preislich günstigste Angebot eingereicht. Im Fall einer Zulassung zum Verfahren ist es möglich, dass sie den ersten Rang belegen würde. Damit ist sie zur Beschwerde legitimiert. Dass infolge des Vertragsschlusses ein Zuschlag nicht mehr möglich ist, hat keinen Einfluss auf die Beschwerdelegitimation, da die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, nach Vertragsschluss die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Wer legitimiert ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den

Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlags auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschlusses nicht mehr aufgehoben werden kann. Ein dahingehendes Eventualbegehren braucht nicht notwendigerweise bereits in der Beschwerde gegen den (noch nicht vollzogenen) Zuschlag gestellt zu werden, sondern gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2). Die Beschwerdeführerin hat auch nach der Orientierung über den Vertragsschluss an der Beschwerde festgehalten. Damit ist die Rechtmässigkeit des Zuschlags an die Mitbeteiligte zu überprüfen. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

E. 3.1

Die Gemeinde Benken beauftragte D "als Experten und Berater" mit der Durchführung der Submission im Einladungsverfahren. Dieses erste Verfahren wurde gestützt auf § 37 Abs. 1 lit. b und d der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) aufgrund veränderter Rahmenbedingungen abgebrochen. Soweit die Beschwerdeführerin die Zulässigkeit des Abbruchs des ersten Einladungsverfahrens infrage stellt, ist darauf hinzuweisen, dass diese Rüge verspätet ist. Den Entscheid betreffend Abbruch des ersten Vergabeverfahrens hätte die Beschwerdeführerin nach dessen Mitteilung innert 10 Tagen anfechten müssen. Sollte der Abbruch des Vergabeverfahrens den Anbietenden nicht förmlich mitgeteilt worden sein, so hätte die Rechtsmittelfrist für die Beschwerdeführerin spätestens im Zeitpunkt der erneuten Einladung zu laufen begonnen. Auch in diesem Fall erweist sich die in der Beschwerdeschrift vom 1. Mai 2012 erhobene Rüge als verspätet.

E. 3.2

Im zweiten Einladungsverfahren beschränkte sich D auf die Einladung der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten – entgegen den im Protokollauszug vom 1. November 2011 erhobenen Erwägungen des Gemeinderats Benken, dass die im ersten Verfahren eingeladenen Anbietenden bei einer Neuausschreibung erneut zu berücksichtigen seien. Weshalb nicht zumindest drei Angebote (vgl. dazu Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB) eingeholt wurden, ist im vorliegenden Fall nicht ersichtlich. Nachdem die Beschwerdeführerin jedoch selber zu den Eingeladenen zählt und damit zum Vorbringen dieser Rüge nicht legitimiert ist, ist diese Frage nicht weiter zu prüfen.

E. 3.3

Im Beschluss vom 20. März 2012 hielt die Beschwerdegegnerin fest, dass der Auftrag der Beschwerdeführerin aufgrund ihrer Vorbefassung nicht erteilt werden könne. Der beauftragte "Projektbegleiter" D sei mit der Beschwerdeführerin eng verbunden. In ihrer Beschwerdeantwort bzw. Duplik führt die Beschwerdegegnerin weiter aus, D habe – bis zu seinem Ausscheiden im August 2008 – ein Vertriebs-, Beratungs- und Planungsunternehmen für nachhaltige Umwelttechnologien, die E GmbH, betrieben. Diese GmbH sei am 5. Juli 2010 in die Beschwerdeführerin umgewandelt worden. In einer Medienmitteilung vom 19. August 2008 seien die Kunden über die erwähnte Änderung in der "Firmenstruktur" orientiert worden. Gleichzeitig sei jedoch darauf hingewiesen worden, dass D weiterhin mit Rat und Tat zur Seite stehen werde. Das Zitat aus der Medienmitteilung vom 19. August 2008 sei auch nach vier Jahren Unabhängigkeit noch aktuell. Damit sei den Kunden bewusst der sehr gute persönliche Kontakt der E GmbH zu D vermittelt worden. Zudem habe der heutige "Geschäftsführer" der Beschwerdeführerin, F, seinerzeit mit D gemeinsam die E GmbH betrieben. Die Verbindung zwischen der

Beschwerdeführerin und D gehe somit über eine "gängige" Geschäftsbeziehung hinaus. Aus diesen Ausführungen lasse sich zweifellos eine wirtschaftliche Verknüpfung bzw. Verbindung zwischen D und der Beschwerdeführerin feststellen oder zumindest erahnen. Zudem erwecke auch die Einholung einer Referenzofferte bei der Beschwerdeführerin den Eindruck einer unzulässigen Vorbefassung. Mit dem Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin habe sie ihre Pflicht wahrgenommen und den Grundsatz der unabhängigen und unvoreingenommenen Vergabestelle dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vorangestellt.

E. 3.4

Damit ist zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin das Angebot der Beschwerdeführerin aufgrund der von ihr geltend gemachten Geschäftsbeziehung zwischen D und der E GmbH sowie F bzw. aufgrund der Einholung einer Referenzofferte vom Verfahren ausschliessen durfte.

E. 3.4.1

Vergaberegeln bezwecken die Gewährleistung eines echten, fairen und transparenten Wettbewerbs, in welchem alle Anbietenden gleich behandelt werden. Von zentraler Bedeutung ist dabei, dass für alle Wettbewerbsteilnehmer dieselben Bedingungen bestehen. Das Verbot der Vorbefassung ergibt sich zum einen aus den Regeln über den Ausstand, die ausdrücklich auch für Personen gelten, die lediglich an der Vorbereitung einer Anordnung mitwirken (§ 5a VRG). Als vergaberechtliche Grundlage sind sodann die Gebote der Fairness und der Gleichbehandlung (Art. 1 Abs. 3 lit. b und Art. 11 lit. a IVöB) zu beachten. Eine ausdrückliche Regelung enthalten schliesslich Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und die daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 SubmV. Nach § 16 Abs. 4 SubmV darf die Vergabebehörde nicht auf eine den Wettbewerb ausschaltende Art und Weise von einer Unternehmung, die ein geschäftliches Interesse an der Beschaffung haben könnte, Hinweise einholen oder annehmen, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Nach § 9 SubmV dürfen sich andererseits Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen könnten, nicht mehr als Anbieter am Verfahren beteiligen. In einem Entscheid vom 25. Januar 2005 hielt das Bundesgericht fest, die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern, welche schon durch den objektiv begründeten Anschein der Befangenheit gegeben sein könne, lasse sich nicht auf die Zulassung von Bewerbern zur Submission übertragen. Sie habe ihren Grund in der besonderen Funktion des Richters. Ein Unternehmer müsse sich demgegenüber seinen Ausschluss von einer Submission nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen sei (BGr, 25. Januar 2005, ZBl 106/2005, S. 473, E. 5.7.3; vgl. auch VGr, 7. Oktober 2009, VB.2009.00151, E. 2.2 = BEZ 2009 Nr. 57, mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4.2

D trat seine Anteile an der E GmbH im August 2008 an F ab und schied damit aus der Gesellschaft aus. Im August 2008 und damit vor rund vier Jahren wurde die zwischen D und der E GmbH bzw. F bestehende geschäftliche Beziehung beendet. Aus der

Medienmitteilung kann zwar abgeleitet werden, dass D die E GmbH nach seinem Ausscheiden noch beraten hat. Nach den Ausführungen der Beschwerdeführerin seien D und die E GmbH bzw. F jedoch ihren eigenen Interessen und Geschäften nachgegangen. Mit der Umwandlung der E GmbH in die Beschwerdeführerin am 5. Juli 2010 sei diese Eigenständigkeit auch nach aussen kundgetan worden. Die Beschwerdegegnerin legt nicht substantiiert dar, dass diese Ausführungen nicht zutreffen. Es ist somit davon auszugehen, dass die berufliche Zusammenarbeit zwischen D und F bzw. der E GmbH rund vier Jahre zurückliegt. Mit der Umwandlung der E GmbH in die Beschwerdeführerin wurde zudem vor rund zwei Jahren die Unabhängigkeit von D auch in der Firma gegen aussen zum Ausdruck gebracht. Ohne weitere Hinweise – solche werden von der Beschwerdegegnerin nicht dargelegt und ergeben sich auch nicht aus den Akten – kann unter diesen Umständen nicht auf einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil der Beschwerdeführerin geschlossen werden, welcher einen Ausschluss ihres Angebots vom Verfahren rechtfertigen würde.

E. 3.4.3

Die Beschwerdegegnerin macht weiter geltend, die Beschwerdeführerin sei aufgrund der Einholung einer Referenzofferte vorbefasst. Da diese jedoch von der Beschwerdegegnerin nicht eingereicht und die Vorbefassung nicht weiter substantiiert wurde (zu den Voraussetzungen vgl. VGr, 7. Oktober 2009, VB.2009.00151, E. 2.3 = BEZ 2009 Nr. 57, mit weiteren Hinweisen), ist dieser von ihr geltend gemachte Ausschlussgrund nicht weiter zu prüfen. Eine Abklärung von Amtes wegen ist hier nicht erforderlich, nachdem aufgrund des bereits erfolgten Vertragsschlusses lediglich noch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsverfügung festgestellt werden kann (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Der damit verbleibenden Ungewissheit über die Rechtmässigkeit der angefochtenen Vergabe trägt das Gesetz Rechnung, indem es die Haftung für den einer Anbieterin oder einem Anbieter entstandenen Schaden auf den Ersatz der Aufwendungen beschränkt, die diesem im Zusammenhang mit dem Vergabe- und Rechtsmittelverfahren erwachsen sind (§ 3 Abs. 2 IVöB-BeitrittsG). Zur Geltendmachung dieses beschränkten Schadenersatzes braucht der abgewiesene Anbieter nicht darzutun, dass er den Zuschlag erhalten hätte, sondern es genügt der Nachweis einer realistischen Chance auf den Zuschlag. Im Hinblick darauf ist eine weitergehende Klärung der Sach- bzw. Rechtslage mit Bezug auf die angefochtene Vergabe nicht erforderlich (vgl. dazu auch VGr, 11. Februar 2004, VB.2003.00297, E. 3.3.3; RB 1999 Nr. 58 = BEZ 1999 Nr. 26 = ZBl 101/2000, S. 277 f., mit weiteren Hinweisen).

E. 3.4.4

Schliesslich ist festzuhalten, dass das Verhalten der Vergabebehörde im vorliegenden Fall widersprüchlich war. Mit ihren Ausführungen verkennt die Vergabebehörde, dass ihr die Handlungen des von ihr mit der Durchführung des Einladungsverfahrens beauftragten "Projektbegleiters" D zuzurechnen sind. Mit dem Auftrag, das Einladungsverfahren durchzuführen, hat sie ihn diesbezüglich zu ihrem Vertreter gemacht und muss sich deshalb seine Handlungen sowie sein Wissen als eigenes anrechnen lassen (vgl. dazu BGr, 27. Januar 2006, 4C.332/2005, E. 3.3, mit weiteren Hinweisen). Die Beschwerdegegnerin musste somit bereits im Zeitpunkt der Einladung – die Sachlage hat sich seither nicht verändert – mit dem Ausschluss des Angebots der Beschwerdeführerin wegen Vorbefassung rechnen. Die Einladung eines Anbieters, welcher nach Auffassung der Vergabebehörde aufgrund einer durch sie eingeholten Referenzofferte in unzulässiger Weise vorbefasst ist, stellt einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben

(Art. 5 Abs. 3 BV) dar, der ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr gebietet. Die Beschwerdegegnerin hätte die Beschwerdeführerin unter diesen Umständen gar nicht zur Offertstellung einladen dürfen. Die nachträgliche Berufung auf diesen Ausschlussgrund erweist sich damit als widersprüchlich. Dass die Beschwerdegegnerin selbst allenfalls nicht von der Einholung der Referenzofferte wusste, ändert daran nichts. Die Handlungen des von ihr mit der Durchführung des Einladungsverfahrens beauftragten D sind ihr – wie bereits festgehalten – zuzurechnen.

E. 4

In Gutheissung der Beschwerde ist somit festzustellen, dass der angefochtene Entscheid rechtswidrig ist. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens zu tragen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Gestützt auf § 17 Abs. 2 lit. b VRG ist die Beschwerdegegnerin sodann zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 500.- zu bezahlen.

E. 5

Da der Wert des zu vergebenden Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des EVD vom 23. November 2011 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2012 und 2013; AS 2011 5581), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG).

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