

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00434 vom 29. Januar 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-01-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00434

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00434 du 29 janvier 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00434 del 29 gennaio 2015

Regeste

Submission | Anfechtungsobjekt. Legitimation. Wiederholung des Einladungsverfahrens. Das Fehlen eines Zuschlags hat nicht zur Folge, dass jegliches Anfechtungsobjekt und damit auch ein legitimes Rechtschutzinteresse des Beschwerdeführeres entfallen wären. Die Beschwerde beschränkt sich nicht auf den blossen Verfahrensabbruch, sondern richtet sich gegen die Wiederholung der Vergabe im falschen Verfahren und ohne Einbezug des Beschwerdeführers (E. 1.) Vom Beschwerdeführer die Einreichung eines Angebots zu verlangen, einzig zum Zweck, Beschwerde gegen eine Vergabe führen zu können, deren Rechtmässigkeit nur über eine Wiederholung des Verfahrens erreicht werden kann, erweist sich als unzumutbar. Auf das Erfordernis der Anbieterqualität im engeren Sinn ist deshalb für die Beschwerdelegitimation ausnahmsweise zu verzichten (E. 2). Vorliegend wurden die zu beachtenden Regeln des Einladungsverfahrens in derart schwerwiegender Weise missachtet, dass das Verfahren wiederholt werden muss. Wenn die Rechtsprechung von den Vergabebehörden verlangt, die Vergabe nach den Regeln des einmal gewählten Verfahrens zu Ende zu führen, so gilt dies nicht nur für die Fortsetzung eines laufenden Verfahrens, sondern auch für dessen Wiederholung nach erfolgtem Verfahrensabbruch (E. 6).
Gutheissung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2014.00434 Urteil der 1. Kammer vom 29. Januar 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Martin Kayser, Ersatzrichterin Irene Egloff Martin, Gerichtsschreiberin Daniela Kühne. In Sachen A, vertreten durch RA B, und/oder RA C, Beschwerdeführer, gegen Gemeinde G, vertreten durch RA D, Beschwerdegegnerin, und E AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Im Jahr 2013 betraute die Gemeinde G ein Architekturbüro mit der Planung und Umsetzung des Projekts "Gebäudehüllensanierung kleine Turnhalle, Schulanlage G". Gestützt auf die Anfang Juli 2014 erstellten Ausschreibungsunterlagen für die Arbeitsgattung "Baumeisterarbeiten" wurde von der Firma E AG, eine Offerte eingeholt, welche diese am 9. Juli 2014 erstattete. Am Freitag, 11. Juli 2014 wurden sodann zwei weitere Baufirmen zur Offertstellung eingeladen, wobei die eine Firma umgehend ihr Desinteresse erklärte. Der zweite angefragte Anbieter, A, übermittelte am Montag, 14. Juli 2014, seinen Fragenkatalog zu den Ausschreibungsunterlagen, woraufhin ihm seitens des mit der Durchführung der Vergabe betrauten Architekturbüros mitgeteilt wurde, die Arbeiten seien bereits am 11. Juli 2014 anderweitig vergeben worden. Nachdem der abgewiesene Anbieter umgehend gegen dieses Vorgehen protestiert hatte, wurde er von der Vergabestelle mit E-Mail vom 15. Juli 2014 erneut eingeladen, diesmal bis Freitag, 18. Juli

2014, 12.00 Uhr, ein Angebot einzureichen. Gleichentags monierte A, dass eine seriöse Offertstellung innert dieser Frist nicht möglich sei, zumal auch seine Fragen bislang nicht beantwortet worden seien. Mit E-Mail vom 17. Juli 2014 erstattete der in der Vergabe federführende Architekt seine Stellungnahme zu besagtem Fragenkatalog. Am 21. Juli 2014 wurde seitens der Vergabestelle, ebenfalls per E-Mail, festgestellt, dass "bis zum Eingabetermin (inkl. verlängertem Termin) nur eine Offerte" vorgelegen habe. II. A. Am 24. Juli 2014 reichte A beim Bezirksrat H eine "Aufsichtsbeschwerde" wegen mehrfacher Verstösse gegen die Submissionsverordnung ein. Mit Präsidialverfügung vom 28. Juli 2014 verneinte der Bezirksrat H seine Zuständigkeit und leitete die Eingabe in Anwendung von § 5 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) an das Verwaltungsgericht weiter. B. Der Abteilungspräsident am Verwaltungsgericht setzte dem Beschwerdeführer am 29. Juli 2014 eine Frist zur Einreichung einer verbesserten Beschwerdeschrift, ansonsten auf die Beschwerde nicht eingetreten würde. Am 12. August 2014 liess der nunmehr anwaltlich vertretene Beschwerdeführer dem Verwaltungsgericht beantragen, die Zuschlagsverfügung aufzuheben und die Angelegenheit zum Abbruch des Vergabeverfahrens bzw. "im Falle des Fortbestehens des Beschaffungsbedarfs, zur Neueinleitung" eines solchen an die Vergabestelle zurückzuweisen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Ferner wurde um Akteneinsicht und um Erteilung der aufschiebenden Wirkung ersucht, wobei der Beschwerdegegnerin überdies superprovisorisch jegliche Vollzugsvorkehren zu verbieten seien. Die Beschwerdegegnerin liess am 4. September 2014 beantragen, auf die Beschwerde sei nicht einzutreten, eventuell sei sie abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten des Beschwerdeführers. Zum Antrag auf Erteilung der aufschiebenden Wirkung hielt die Beschwerdegegnerin fest, sie widersetze sich dem nicht, da sie die Ausführung der Arbeiten auf den Sommer 2015 verschoben habe. Mit Präsidialverfügung vom 8. September 2014 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt und der Beschwerdegegnerin wurden jegliche Vollzugsvorkehren einstweilen untersagt. Gleichzeitig wurde das Akteneinsichtsbegehren des Beschwerdeführers teilweise gutgeheissen. In den Stellungnahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten die Parteien an ihren Sachbegehren fest. Mit Eingabe vom 19. November 2014 rügte der Beschwerdeführer einen "Verstoss gegen die Anordnung der aufschiebenden Wirkung", habe die Beschwerdegegnerin doch zwischenzeitlich ein neues Vergabeverfahren betreffend die vorliegend streitigen Arbeiten eingeleitet. Mit Präsidialverfügung vom 20. November 2014 wurde die gerichtliche Anordnung der aufschiebende Wirkung dahingehend präzisiert, dass es der Beschwerdegegnerin einstweilen insbesondere auch verboten sei, bezüglich der streitbetroffenen Leistungen ein erneutes Vergabeverfahren einzuleiten oder fortzuführen bzw. einen Zuschlag zu erteilen oder einen Vertrag abzuschliessen. Am 1. Dezember 2014 ersuchte die Beschwerdegegnerin um Aufhebung der solchermassen präzisierten Anordnung betreffend aufschiebende Wirkung. Die ablehnende Stellungnahme des Beschwerdegegners dazu datiert vom 5. Dezember 2014. Die Mitbeteiligte E AG liess sich zu keinem Zeitpunkt vernehmen. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). 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. 1.2

Die Beschwerdegegnerin hält dafür, auf die Beschwerde sei schon wegen des Fehlens eines Anfechtungsobjekts nicht einzutreten. Ein Zuschlagsentscheid zugunsten der Mitbeteiligten sei nie ergangen. Die Ausführung der Arbeiten habe sie um ein Jahr auf den Sommer 2015 verschoben, wobei sie dafür anfangs 2015 ein neues – freihändiges – Vergabeverfahren durchzuführen gedenke. Gemäss Stellungnahme der Beschwerdegegnerin vom 1. Dezember 2014 erfolgte die Einleitung des in Aussicht gestellten neuen Vergabeverfahrens dann aber bereits im Oktober 2014. Für den Beschwerdeführer war spätestens nach der beschwerdegegnerischen E-Mail vom 21. Juli 2014 klar, dass er faktisch von der Vergabe ausgeschlossen war. Die dortige Feststellung, dass bis zum Eingabetermin nur eine einzige Offerte vorgelegen habe, liess nur zwei mögliche Verfahrensoptionen offen: entweder war der Zuschlag an besagte Anbieterin ergangen oder aber das Verfahren war abgebrochen worden. In beiden Fällen handelt es sich um einen beschwerdefähigen Entscheid im Sinn von Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB. Und in beiden Fällen hätte seitens der Beschwerdegegnerin grundsätzlich eine Verfügungs- und eine Mitteilungspflicht bestanden (vgl. Art. 13 lit. g und h IVöB, § 37 Abs. 3 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]). Dass die Beschwerdegegnerin dieser Pflicht in keiner Weise nachgekommen ist, darf dem Beschwerdeführer nicht zum Nachteil gereichen. Dementsprechend kann ihm auch nicht angelastet werden, dass er seine Beschwerde auf beide Entscheidungsoptionen ausrichtete und vorsorglich auch die Aufhebung eines allfälligen Zuschlags sowie den Abbruch des Vergabeverfahrens beantragte. Entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten haben das Fehlen eines Zuschlags und der bereits erfolgte Abbruch des ursprünglichen Verfahrens vorliegend auch nicht zur Folge, dass jegliches Anfechtungsobjekt und damit auch ein legitimes Rechtsschutzinteresse des Beschwerdeführers entfallen wären. Wie die Beschwerdegegnerin bereits in ihrer Beschwerdeantwort erklärt und seither auch tatkräftig bewiesen hat, bleibt es vorliegend nicht beim Verfahrensabbruch. Vielmehr beinhaltet dieser Abbruch auch den Entscheid zur Wiederholung des Verfahrens. Dementsprechend beschränkt sich auch die Beschwerde nicht auf den blossen Verfahrensabbruch, sondern richtet sich in ihrem Kerngehalt gegen die Wiederholung der Vergabe im "falschen" Verfahren und ohne Einbezug des Beschwerdeführers. In Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB wird die Wiederholung zwar im Gegensatz zum Abbruch nicht ausdrücklich als anfechtbarer Entscheid erwähnt. Das Verwaltungsgericht ist indes bereits auf der altrechtlichen Grundlage von § 4 aIVöB-BeitrittsG zum Schluss gelangt, dass eine unterschiedliche Behandlung der beiden Entscheide mit Bezug auf die Anfechtbarkeit nicht gerechtfertigt sei (VGr, 11. Februar 2004, VB.2003.00058, E. 2.1). An dieser Rechtsprechung ist auch auf der Grundlage der revidierten submissionsrechtlichen Bestimmungen festzuhalten. Wenn ein Interessent, wie im vorliegenden Fall, Einwände erhebt, die für die Wiederholung der Vergabe von grundlegender Bedeutung sind, ist er damit möglichst frühzeitig zu hören. Dass er sein Anliegen allenfalls noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringen könnte, vermag die vorgängige Beschwerdemöglichkeit nicht zu ersetzen. Abgesehen davon, dass er in einem freihändigen Verfahren oder einem Einladungsverfahren, an welchem er nicht beteiligt ist, keine Gewähr besitzt, rechtzeitig vom Zuschlag zu erfahren, wäre eine solche Verzögerung auch aus Gründen der Verfahrensökonomie keineswegs sinnvoll.

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den 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 VRG). Die vorliegende Beschwerde bezweckt die Wiederholung des Vergabeverfahrens nach den Regeln des Einladungsverfahrens und unter Einbezug des Beschwerdeführers. Die Besonderheit dieses Falls liegt darin, dass der Beschwerdeführer zwar zur Offertstellung "eingeladen" war, in der Folge aber kein Angebot eingereicht hat. Insofern unterscheidet sich der streitige Sachverhalt von den bereits beurteilten Fällen, wo der interessierte Anbietende von vornherein gar keine Möglichkeit zur Offertstellung erhalten hat (vgl. hierzu VGr, 9. November 2001, VB.2001.00116, mit weiteren Hinweisen).

E. 2.1

Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein in das Vergabeverfahren einbezogener Interessent zur Anfechtung der Vergabe legitimiert ist, obwohl er in diesem Verfahren keine Offerte eingereicht hat, wurde von diesem Gericht bisher nicht entschieden. Hingegen hat das Bundesverwaltungsgericht mit Bezug auf eine Zuschlagsanfechtung im offenen Verfahren erwogen (BVGer B-2197/2011, Urteil vom 18.10.2011), es könne einem Interessenten nicht immer zugemutet werden, ein Angebot einzureichen, zumal wenn er geltend mache, gerade durch die gerügten Verstösse an der Offertstellung gehindert worden zu sein. Derartige Ausnahmen vom Erfordernis, dass nur die Anbieterqualität aufgrund einer eingereichten Offerte zur Beschwerde berechtigt, seien indes nur mit grosser Zurückhaltung anzunehmen. So dürfe der Interessent, der sich durch rechtswidrige oder unzumutbare Ausschreibungsbedingungen an der Offertstellung gehindert sehe, nicht untätig abwarten. Vielmehr müsse er der Vergabestelle zumindest mitteilen, dass er am Auftrag interessiert sei und die gerügten Regelverstösse nicht hinnehmen wolle. Diese zustimmungswürdige Rechtsprechung kann im vorliegenden Fall ohne Weiteres übernommen werden. Dass Umstände denkbar sind, welche ein Festhalten an der Offertstellungspflicht als unzumutbar erscheinen lassen, wird im Übrigen auch von der Beschwerdegegnerin nicht grundsätzlich in Abrede gestellt. Sie wendet lediglich ein, vorliegend sei nicht dargetan, dass dem Beschwerdeführer eine fristgerechte Angebotseinreichung nicht zumutbar gewesen wäre.

E. 2.1.1

Hierzu ist festzuhalten, dass das Angebot der Mitbeteiligten bereits vorlag, als der Beschwerdeführer am Freitag 11. Juli zur Offertstellung eingeladen wurde. Am darauf folgenden Montag, 14. Juli, erklärte der Beschwerdeführer sein grundsätzliches Interesse an der Auftragsausführung und übermittelte der Vergabestelle seinen die Ausschreibungsunterlagen betreffenden Fragenkatalog. Dies wurde mit der Auskunft des federführenden Architekten quittiert, dass die Arbeiten bereits am 11. Juli 2014 anderweitig vergeben worden seien. Nachdem der Beschwerdeführer gegen dieses Vorgehen protestiert hatte, wurde ihm seitens der Vergabestelle mit E-Mail vom 15. Juli 2014, 17.18 Uhr, die Eingabefrist bis Freitag, 18. Juli 2014, 12.00 Uhr, erstreckt. Gleichentags um 22.31 Uhr monierte der Beschwerdeführer, dass die Frist für eine seriöse Offertstellung zu kurz sei, zumal auch seine für die Angebotserstellung wesentlichen Fragen bislang nicht beantwortet

worden seien. Mit E-Mail vom 17. Juli 2014, 9.03 Uhr, erstattete der mit der Vergabe betraute Architekt seine Stellungnahme zu besagtem Fragenkatalog. Danach verblieben dem Beschwerdeführer folglich noch 27 Stunden bis zum Ablauf seiner Angebotsfrist. Angesichts dessen erweist sich der Einwand der Beschwerdegegnerin, wonach die Fragen des Beschwerdeführers zu den Ausschreibungsunterlagen "umgehend" beantwortet worden seien und er daher "problemlos" in der Lage gewesen wäre, fristgerecht zu offerieren, als nicht stichhaltig. Wenn die Beantwortung der Fragen nach Ablauf von drei Tagen noch als "umgehend" zu werten ist, kann wohl kaum gesagt werden, die vergleichsweise komplexere Ausarbeitung der Offerte sei innert nur einem Tag "problemlos" möglich. Ob die Frist als unzumutbar kurz zu werten ist, kann indes ohnehin dahingestellt bleiben.

E. 2.1.2

Der Beschwerdeführer hat einen Katalog mit rund 20 Fragen zu Umfang und Grundlagen der anstehenden Arbeiten eingereicht. Dass die Beantwortung dieser Fragen nicht zur Zufriedenheit des Beschwerdeführers ausfiel, ist im vorliegenden Zusammenhang nicht entscheidend und daher nicht weiter auszuführen. Relevant ist dagegen, ob die gestellten Fragen bzw. deren Beantwortung einen wesentlichen Einfluss auf die Ausgestaltung des Angebots und damit auch auf die Vergleichbarkeit mit dem Angebot der Mitbeteiligten hatten. Die Beschwerdegegnerin lässt es in diesem Punkt bei einer unsubstanzierten Bestreitung bewenden. Ihr Standpunkt vermag denn auch nicht zu überzeugen, zumal sich die Fragen unter anderem auf Leistungspositionen wie das Erstellen von "Bauprogramm, Inventar Bauinstallation, Sicherheitsdispositiv" oder die zweifellos nicht unbedeutende Information über Bestand bzw. Lage bestehender Werk- und Sickerleitungen bezogen. Mithin ist mit dem Beschwerdeführer davon auszugehen, dass die Beantwortung seiner Fragen durchaus einen entscheidenden Einfluss auf die Vergleichbarkeit der Angebote hatte und das gewählte Vorgehen daher in grundlegender Weise gegen das Gleichbehandlungsgebot und den Anspruch auf ein faires und transparentes Verfahren versties.

E. 2.1.3

Der Umstand, dass die beiden Anbieter darüber hinaus auch zu verschiedenen Zeitpunkten und mit unterschiedlichen Eingabeterminen zur Offertstellung eingeladen wurden, wäre im Rahmen eines freihändigen Vergabeverfahrens zwar grundsätzlich unbedenklich (vgl. VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.4; VGr, 6. April 2001, VB.2000.00206, www.vgrzh.ch). Mit Blick auf das vom Beschwerdeführer verfochtene höherrangige Einladungsverfahren erweist sich die gewählte Vorgehensweise indes auch in diesem Punkt als unzulässig. Im Weiteren musste der Beschwerdeführer auch davon ausgehen, dass ein Verstoss gegen die Offertöffnungsvorschriften (§ 27 SubmV) vorlag, weil die Offerte der Mitbeteiligten bereits geöffnet war, während seine Eingabefrist noch lief. Dies geht zweifelsfrei aus der dem Beschwerdeführer mit E-Mail vom 15. Juli 2014 weitergeleiteten "Chronologie der Ereignisse" hervor, wonach der federführende Architekt seinen Vergabeantrag zugunsten der Mitbeteiligten bereits am Abend des 11. Juli erstellt und am 14. Juli 2014 der Vergabebehörde übermittelt hat.

E. 2.2

Auf besagter Grundlage vom Beschwerdeführer die Einreichung eines Angebots zu verlangen, einzig zum Zweck, Beschwerde gegen eine Vergabe führen zu können, deren Rechtmässigkeit nur über eine Wiederholung des Verfahrens erreicht werden kann, erweist

sich tatsächlich als unzumutbar. Nachdem der Beschwerdeführer ansonsten sowohl auf die festgestellten Regelverstösse hingewiesen und gleichzeitig sein unvermindertes Interesse an der Auftragserteilung bekundet hat, ist auf das Erfordernis der Anbieterqualität im engeren Sinn ausnahmsweise zu verzichten. Demgemäss ist er mit seinem Einwand, das Vergabeverfahren müsse nach den Regeln des Einladungsverfahrens durchgeführt bzw. wiederholt werden, zur Beschwerde legitimiert.

E. 3

Die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung blieb zu Recht unbestritten. Für die Einhaltung der Frist ist in Anwendung von § 5 Abs. 2 VRG auf den Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde abzustellen. Nachdem diese bereits sechs Tage nach Ablauf der dem Beschwerdeführer gesetzten Angebotsfrist erfolgte, ist die 10-tägige Beschwerdefrist (Art. 15 Abs. 2 IVöB) jedenfalls gewahrt, unabhängig von der zeitlichen Fixierung einer anfechtbaren Zuschlags- oder Abbruchsverfügung im Sinn von Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB.

E. 4

Das Gesuch betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung wird mit dem heutigen Entscheid gegenstandslos.

E. 5.1

Das Submissionsrecht kennt vier Verfahrensarten: das offene, das selektive, das Einladungs- sowie das freihändige Verfahren. Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB), ist für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte gelangt das Einladungsverfahren zur Anwendung, bei welchem die Anbietenden ebenfalls ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden; die Aufforderung zur Offertabgabe erfolgt dann jedoch nicht wie bei der freihändigen Vergabe formlos (vgl. § 11 Abs. 2 SubmV), sondern muss die in § 13 Abs. 1 SubmV statuierten Angaben enthalten, und es sind wenn möglich mindestens drei Angebote einzuholen (Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB). Der Auftragswert der vorliegend strittigen Vergabe von Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes liegt unbestrittenermassen klar innerhalb des Bereichs, für welchen das freihändige Verfahren zugelassen ist.

E. 5.2

Dem Auftraggebenden steht es grundsätzlich frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es aufgrund des Auftragswertes erforderlich wäre. So kann er, wenn eine freihändige Vergabe zulässig ist, stattdessen ein Einladungsverfahren einschlagen. In diesem Fall muss er sich bei der gewählten Verfahrensart behaften lassen und hat die dafür geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln zu befolgen (RB 1999 Nr. 65 = BEZ 1999 Nr. 36; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, N. 283 und 321 mit weiteren Hinweisen). Das bedeutet indessen nicht, dass ein freihändiges Verfahren durch das Einholen mehrerer Offerten automatisch zu einem Einladungsverfahren aufgestuft würde mit der Folge, dass die Regeln des höherstufigen Verfahrens zu befolgen wären. Wenn die Rechtsprechung von den Vergabebehörden verlangt, die Vergabe nach den Regeln des einmal gewählten Verfahrens zu Ende zu führen, so geschieht dies auf der Grundlage des

Vertrauensgrundsatzes: Der Anbietende muss wissen, unter welchen Voraussetzungen er sein Angebot einreicht, und er soll sich daher darauf verlassen können, dass das einmal bekannt gegebene Verfahren gilt. Solange die Behörde bei den Anbietenden nicht den Anschein erweckt, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt, ist das Einholen von Konkurrenzofferten daher grundsätzlich auch im Rahmen eines freihändigen Verfahrens gestattet (VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.5). Bei der vorliegend beurteilten Vergabe hat das Vorgehen der Behörde von Beginn weg dem eines Einladungsverfahrens entsprochen. Der mit der Beschaffung betraute Architekt übermittelte dem Beschwerdeführer mit E-Mail vom 11. Juli 2014 die Angebotsunterlagen. Dort wird in den Allgemeinen Bedingungen unter dem Titel "Submissionsverfahren" ausdrücklich festgehalten: "Die Bauherrschaft ist für die Durchführung der Submission an das öffentliche Beschaffungswesen gebunden. Die Ausschreibung erfolgt im Einladungsverfahren (Bereinigungen bleiben vorbehalten)". Darüber hinaus enthält das sechsseitige Angebotsformular auch alle gemäss § 13 Abs. 1 SubmV für ein Einladungsverfahren erforderlichen Angaben bis auf die Statuierung von Eignungskriterien, was der Beschwerdeführer jedoch ohne Weiteres dahingehend verstehen durfte, dass von vornherein nur hinreichend qualifizierte Anbietende eingeladen wurden. In der E-Mail des Leiters Bau, Werke und Liegenschaften der Beschwerdegegnerin vom 15. Juli 2014 heisst es sodann, es "ist offensichtlich, dass der bisherige Submissionsverlauf, im konkreten Fall ein Einladungsverfahren, durch den beauftragten Architekten nicht korrekt durchgeführt wurde". Soweit aktenkundig wird in den einschlägigen Aussagen von Seiten der Beschwerdegegnerin somit konsequent und ausdrücklich festgehalten, dass ein Einladungsverfahren stattfindet. Die Beschwerdegegnerin wendet hierzu ein, dessen ungeachtet hätte der Beschwerdeführer, gerade wegen der "offensichtlichen" Mängel des Verfahrens, erkennen müssen, dass ein Bezeichnungsfehler vorlag und eigentlich ein freihändiges Verfahren durchgeführt wurde. Insbesondere dürfte er sehr wohl gewusst haben, dass "die einschlägigen Bestimmungen der Submissionsverordnung eine Fristerstreckung zur Erstattung der Offerte ausschliesse". Dem ist mit dem Beschwerdeführer entgegenzuhalten, dass ein Einladungsverfahren nicht zum Freihandverfahren wird, nur weil die Regeln des Einladungsverfahrens verletzt werden. Mit Bezug auf die Zulässigkeit von Fristverlängerungen ist sodann auf § 19 Abs. 2 SubmV zu verweisen, wonach eine solche sehr wohl zulässig wäre, sofern sie für alle Anbietenden gilt und diesen gleichzeitig und rechtzeitig bekannt gegeben wird. Weiter wendet die Beschwerdegegnerin ein, der Beschwerdeführer sei von ihrem Architekten darüber informiert worden, dass letzterer von der Werkkommission und dem Gemeinderat angehalten worden sei, als Grundlage für die freihändige Vergabe weitere Offerten einzuholen. Ob dem so war, ist umstritten, kann aber letztlich dahingestellt bleiben. Nachdem keine weiteren Gespräche zwischen dem Architekten und dem Beschwerdeführer behauptet oder aktenkundig sind, könnte eine dahingehende Bemerkung folglich nur in der ursprünglichen, telefonischen Offertanfrage vom 11. Juli 2014 gefallen sein. Selbst wenn dem so wäre, lässt das anschliessende aktenkundige Vorgehen eine entsprechende Aussage so weit in den Hintergrund treten, dass ihr daneben ohnehin keine relevante Bedeutung mehr beizumessen wäre. Die strittige Beschaffung ist somit aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der den Interessenten übermittelten Informationen als Einladungsverfahren zu qualifizieren. Ob dies der Absicht des vergebenden Gemeinwesens entsprach, ist unter den gegebenen Umständen unerheblich.

E. 5.3

Dass das gewählte Vorgehen gegen grundlegende Verfahrensgrundsätze des Einladungsverfahrens verstösst, wurde bereits im Zusammenhang mit der Beschwerdelegitimation (E. 2) ausgeführt und wird von der Beschwerdegegnerin insoweit auch nicht substantiiert bestritten. Als unbegründet erweist sich indes ein weiterer vom Beschwerdeführer erhobener Vorwurf, wonach die Mitbeteiligte den der Ausschreibung zugrunde liegenden Kostenvoranschlag verfasst habe. Daraus sei ihr sowohl ein Wissensvorsprung als auch ein zeitlicher Vorteil bei der Offerstellung erwachsen, was als verpönte Vorbefassung zu qualifizieren sei und den Ausschluss vom weiteren Verfahren nach sich ziehen müsse. Wie die Beschwerdegegnerin zutreffend einwendet, datiert der betreffende Kostenvoranschlag vom 20. September 2013 und stammt von dem mit der Vergabe betrauten Architekturbüro. Der Beschwerdeführer ist dieser Sachdarstellung im nachfolgenden Schriftenwechsel denn auch nicht mehr entgegengetreten.

E. 6.1

Nach dem Gesagten kann somit festgestellt werden, dass die vorliegend zu beachtenden Regeln des Einladungsverfahrens in derart schwerwiegender Weise missachtet wurden, dass das Verfahren wiederholt werden muss. Wenn die Rechtsprechung von den Vergabebehörden verlangt, die Vergabe nach den Regeln des einmal gewählten Verfahrens zu Ende zu führen, so gilt dies nicht nur für die Fortsetzung eines laufenden Verfahrens, sondern auch für dessen Wiederholung nach erfolgtem Verfahrensabbruch. Andernfalls hätte es die Vergabestelle in der Hand, sich der lästigen Verfahrenspflicht mittels möglichst schwerwiegender Verstösse zu entledigen. Eine derartige Privilegierung groben Fehlverhaltens würde den mit der Rechtsprechung bezweckten Vertrauensschutz ins Gegenteil verkehren.

E. 6.2

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 Anbietende weitgehend frei.

E. 6.2.1

Das Verwaltungsgericht hat jedoch ausnahmsweise einen Anspruch auf Einladung zugunsten eines Beschwerdeführers anerkannt, der zu einem ersten Verfahren eingeladen war, mit seiner Beschwerde gegen den Zuschlag dann eine Wiederholung des Verfahrens erreichte, zu der er jedoch nicht mehr eingeladen wurde (VGr, 11. Februar 2004, VB.2003.00058, E. 3, auch zum Folgenden). Analog dazu ist die Wiederholung des Einladungsverfahrens auch im vorliegenden Fall auf die erfolgreiche Beschwerde eines am ursprünglichen Verfahren Beteiligten zurückzuführen. Unter diesen Umständen kann es nicht ins Belieben der Vergabebehörde gestellt werden, den Erfolg der Beschwerde durch einen Verzicht auf Einladung nachträglich zunichtezumachen und den Beschwerdeführer damit für die Anfechtung des ursprünglichen Vergabeverfahrens zu "bestrafen". Dies käme einer unhaltbaren Aushöhlung der gesetzlichen Anfechtungsmöglichkeiten gleich.

E. 6.2.2

Ein Nichteinbezug des Beschwerdeführers wäre nur dann vertretbar, wenn triftige Gründe gegen seine Teilnahme sprechen. Um einer rechtsmissbräuchlichen Benachteiligung erfolgreicher Beschwerdeführer entgegenzuwirken, sind an die Begründetheit solcher Gründe indes hohe Anforderungen zu stellen (vgl. VB.2003.00058, E. 3.4.2). Die

Beschwerdegegnerin macht geltend, vorliegend sei diese Voraussetzung erfüllt, habe es der Beschwerdeführer doch "explizit abgelehnt [...], auf der Basis der Ausschreibungsunterlagen von Architekt I eine Offerte zu unterbreiten". – Dieser Sachdarstellung kann nicht gefolgt werden. Der Beschwerdegegner hat mehrfach ausgeführt, dass er wegen der offenkundigen Verletzung des Gleichbehandlungsgebots, der Lückenhaftigkeit der gemachten Angaben und der viel zu späten Fragenbeantwortung von der Offertstellung abgesehen hat. Anbietende sind nicht nur berechtigt, sondern gegebenenfalls nach Treu und Glauben auch gehalten, auf Lücken und Mängel der Ausschreibungsunterlagen hinzuweisen. Ob die erhobene Kritik begründet war, ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich. Ein Grund für die Nichtteilnahme des Beschwerdeführers am neuen Verfahren lässt sich daraus jedenfalls nicht ableiten. Wie die Vorgaben der neuen Submission aussehen, ist nicht bekannt und an dieser Stelle auch nicht vorwegzunehmen. Ob der Beschwerdeführer gestützt darauf letztlich ein Angebot einreichen wird, bleibt ihm überlassen. Mit seinem Vorgehen gegen die beschwerdegegnerische Verfahrensführung hat er immerhin hinlänglich zum Ausdruck gebracht, dass er den Auftrag weiter anstrebt.

E. 7

Zusammenfassend ist die Beschwerde demnach im Sinn der Erwägungen gutzuheissen. Die Beschwerdegegnerin ist demgemäss anzuweisen, zur Vergabe der strittigen Arbeiten ein neuerliches Einladungsverfahren unter Einbezug des Beschwerdeführers durchzuführen.

E. 8

Ausgangsgemäss sind die Verfahrenskosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Diese ist zudem zu verpflichten, dem Beschwerdeführer eine angemessene Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 9

Da der Wert des zu vergebenden Bauauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]), 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.