

# **ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00365 vom 19. Januar 2017**

ZH Verwaltungsgericht, 2017-01-19, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2016.00365](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00365)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00365 du 19 janvier 2017

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00365 del 19 gennaio 2017

## **Regeste**

Submission | Ausschluss eines Offertstellers aus dem Vergabeverfahren durch aufsichtsrechtlichen Beschluss. Der Beschluss des Bezirksrats ersetzt den Vergabeentscheid der kommunalen Auftraggeberin, weshalb die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig und nicht der aufsichtsrechtliche Rechtsweg einzuschlagen ist (E. 2.2). Von einer eingehenden Prüfung der allfälligen Gehörsverletzung kann abgesehen werden; eine Rückweisung erschiene als formalistischer Leerlauf und der Nachteil des Beschwerdeführers wird im Beschwerdeverfahren geheilt (E. 3.3). Gesetzliche Ausschlussgründe oder andere Gründe, die den Ausschluss des Beschwerdeführers rechtfertigen würden, sind nicht ersichtlich (E. 4.2 f.). Es ist zulässig, im freihändigen Verfahren Konkurrenzofferten einzuholen, soweit nicht der Eindruck erweckt wird, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt (E. 4.4). Teilweise Gutheissung.

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das mit Präsidialverfügung vom 27. Juni 2016 gegenüber der Mitbeteiligten angeordnete einstweilige Verbot, ein neues Vergabeverfahren zu beginnen, ein bereits laufendes weiterzuführen oder einen Vertrag abzuschliessen, fällt mit dem heutigen Entscheid dahin.

### **E. 2.1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 2.2**

Vorliegend ersetzt der Beschluss des Bezirksrats Horgen, soweit er den Ausschluss von A aus dem Vergabeverfahren betrifft, den Vergabeentscheid der kommunalen Auftraggeberin, weshalb diesbezüglich die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zulässig und nicht der aufsichtsrechtliche Rechtsweg einzuschlagen ist. Die übrigen Bestandteile des angefochtenen Beschlusses sind nicht Prozessgegenstand.

### **E. 3.1**

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eige-

nen 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9). Der Beschwerdeführer beantragt die Aufhebung der Anordnung, mit welcher er vom Verfahren ausgeschlossen wurde. Würde er damit durchdringen, so hätte er – namentlich im Hinblick darauf, dass ihm der Zuschlag zuvor bereits erteilt worden war – mit seinem Angebot auch bei einer Wiederholung des Vergabeverfahrens eine realistische Chance auf den Zuschlag. Seine Legitimation ist zu bejahen.

### **E. 3.2**

Nicht einzutreten ist allerdings auf den Antrag des Beschwerdeführers betreffend Gendarstellung in der C-Zeitung; hierbei handelt es sich um eine Angelegenheit des Privatrechts ( Art. 28g des Zivilgesetzbuchs [ZGB, SR 210]) und der Beschwerdeführer ist diesbezüglich an das zuständige Zivilgericht zu verweisen.

### **E. 3.3**

Der Beschwerdeführer macht in formeller Hinsicht eine Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend, da er sich im Vorfeld des Erlasses der angefochtenen Anordnung nicht dazu habe äussern können. Dieses Vorbringen blieb vom Beschwerdegegner unbestritten. Von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz kann selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs dann abgesehen werden, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 133 I 201 E. 2.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2). Es ist vorliegend offensichtlich im Interesse des Beschwerdeführers wie auch der Mitbeteiligten, dass über den weiteren Verlauf des Vergabeverfahrens baldmöglichst entschieden wird; grundsätzlich ist in Submissionsverfahren auf eine beförderliche Erledigung hinzuwirken. Im Fall einer Rückweisung würde das Verfahren jedoch nochmals verlängert und der Beschwerdeführer beantragt denn auch keine solche. Abgesehen davon erschiene eine Rückweisung hier durchaus als formalistischer Leerlauf. Da der Nachteil, den der Beschwerdeführer durch die Gehörsverletzung zu gewärtigen hatte, durch die teilweise Gutheissung der Beschwerde geheilt wird (E. 5), ist von einer Rückweisung an die Vorinstanz abzusehen, ohne dass das Vorliegen einer Gehörsverletzung näher zu prüfen wäre.

### **E. 4.1**

Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei vom Submissionsverfahren ausgeschlossen worden, ohne dass ein genügender Grund hierfür vorliege.

### **E. 4.2**

Dem angefochtenen Beschluss ist zu entnehmen, dass der Ausschluss die Folge von schweren Widerhandlungen gegen das Vergaberecht gewesen sei. Es finden sich darin jedoch keine Hinweise darauf, dass dem Beschwerdeführer solche Widerhandlungen anzulasten wären. Bemängelt wird bloss das Vorgehen der Mitbeteiligten – namentlich habe diese in grossem zeitlichem Abstand formlos zwei Offerten eingeholt, was im freihändigen Verfahren nicht zulässig sei und auch den Anforderungen an ein

Einladungsverfahren nicht zu genügen vermöge. Dies stelle eine schwere Verletzung des Vergaberechts dar.

#### **E. 4.3**

Es liegt auf der Hand, dass eine allfällige Verletzung von vergaberechtlichen Normen durch die Mitbeteiligte dem Beschwerdeführer nicht zur Last gelegt werden und mithin nicht zu seinem Ausschluss aus dem Verfahren führen kann. Es sind denn auch keine Ausschlussgründe nach dem Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) oder anderen Gründe, welche das Vorgehen des Beschwerdegegners zu rechtfertigen vermöchten, ersichtlich.

#### **E. 4.4**

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beschwerde im Hauptpunkt gutzuheissen ist. Anzufügen bleibt, dass es gemäss ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ohne Weiteres zulässig ist, im freihändigen Verfahren mehrere Offerten einzuholen ( VGr, 2. März 2015, VB.2014.00433, E. 5 und VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.5 ). Nicht gleichzeitige oder unterschiedlich lautende Offertanfragen sowie Preisverhandlungen sind bei dieser Verfahrensart nicht ausgeschlossen (vgl. VGr, 2. März 2015, VB.2014.00433, E. 6). Es ist allerdings, wenn ein freihändiges Verfahren durchgeführt werden soll, darauf zu achten, dass bei den Anbietenden nicht der Anschein erweckt wird, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt; weiter dürfen auch bei dieser Verfahrensart die Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns nicht verletzt werden (VGr, 7. April 2016, VB.2015.00701, E. 4 f.).

#### **E. 5**

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG grundsätzlich nach dem Unterliegen. Dementsprechend sind dem Beschwerdegegner die Kosten aufzuerlegen; das Nichteintreten auf den Antrag des Beschwerdeführers betreffend Gegendarstellung rechtfertigt keine nur teilweise Kostenaufgabe. Zudem hat der Beschwerdegegner den Beschwerdeführer für das Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 VRG). Der Mitbeteiligte steht bei diesem Verfahrensausgang von vornherein keine Parteientschädigung zu; ausserdem ist ihr aus dem vorliegenden Verfahren kein erheblicher Aufwand erwachsen .

#### **E. 6**

Der geschätzte Auftragswert erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]. Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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