

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00778 vom 2. März 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00778

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00778 du 2 mars 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00778 del 2 marzo 2017

Regeste

Submission | Rechtzeitigkeit der Rüge von Mängeln in der Ausschreibung; kein Nachteil durch das Vorgehen der Vergabebehörde. Nach Art. 15 Abs. 1bis lit. a IVöB kann die Ausschreibung eines Auftrags selbständig angefochten werden. Zwingend nötig – da ein späterer Rechtsschutz ausgeschlossen ist – ist dies jedoch nur, wenn die gerügten Festlegungen in der Ausschreibung für die Betroffenen einem Endentscheid gleichkommen. Aus Treu und Glauben kann sich allerdings in Fällen, in denen der Inhalt der Ausschreibung auch noch mit Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden kann, eine Obliegenheit ergeben, die fraglichen Mängel möglichst frühzeitig – ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens – zu reklamieren, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Eine solche Obliegenheit ist nur bei besonders offensichtlichen Mängeln anzunehmen; angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (E. 3.2). Die informelle telefonische Nachfrage der Beschwerdeführerin betreffend die beanstandete Festlegung der Fristen für den Bezug der Ausschreibungsunterlagen und das Stellen diesbezüglicher Fragen genügt diesen Anforderungen (E. 3.3). Sie hat jedoch nicht substantiiert dargelegt, inwiefern ihr aus dem gerügten Vorgehen ein Nachteil erwachsen sei. Eine Verfälschung des Vergabeverfahrens aufgrund der aussergewöhnlichen Festlegung der Fristen durch die Vergabebehörde ist nicht ersichtlich (E. 3.4). Abweisung.

Erwägungen

E. 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

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 Beschwerde-

führung (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). Die (drittplatzierte) Beschwerdeführerin beantragt die Aufhebung der angefochtenen Anordnung und die Wiederholung des Vergabeverfahrens. Würde sie damit durchdringen, so hätte sie mit ihrem Angebot bei einer Wiederholung des Verfahrens eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Fristen für den Bezug der Ausschreibungsunterlagen (Freitag, 9. September 2016 bis Montag, 12. September 2016) wie auch für das Stellen von Fragen zur Ausschreibung (nur am 9. September 2016) seien zu knapp bemessen gewesen. Ausserdem beanstandet sie in ihrer Beschwerde, sie habe das Offertöffnungsprotokoll nicht erhalten. Dieses wurde von der Beschwerdegegnerin jedoch zwischenzeitlich als Beilage zur Beschwerdeantwort eingereicht und der Beschwerdeführerin zugestellt, weshalb im Folgenden nur noch auf deren Vorbringen betreffend die Fristen einzugehen ist. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die diesbezüglichen Rügen seien verspätet. Sie stellt sich auf den Standpunkt, dass diese mittels Beschwerde gegen die Ausschreibung hätten geltend gemacht werden müssen.

E. 3.2

Nach Art. 15 Abs. 1 bis lit. a IVöB kann die Ausschreibung eines Auftrags selbständig angefochten werden. Zwingend nötig – da ein späterer Rechtsschutz ausgeschlossen ist – ist dies jedoch nur, wenn die gerügten Festlegungen in der Ausschreibung für die Betroffenen einem Endentscheid gleichkommen (vgl. VGr, 16. April 1999, VB.1998.00416, E. 3 = RB 1999 Nr. 24 E. 2 = BEZ 1999 Nr. 14 E. 3 = ZBl 101/2000 S. 455 E. 3; Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 5 ff.). Der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen darf nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts in der Regel noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden (VGr, 10. Dezember 2008, VB.2008.00347, E. 2; 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4d). Entsprechendes muss für den Inhalt der Ausschreibung gelten, wenn ein Fall vorliegt, in dem diese mit Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden kann. Aus Treu und Glauben kann sich aber eine Obliegenheit ergeben, die fraglichen Mängel möglichst frühzeitig – ausserhalb eines formellen Beschwerdeverfahrens – zu reklamieren, um einen unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden (BGE 130 I 241 E. 4.3; VGr, 3. April 2014, VB.13.758, E. 2.4.1; 15. Juli 2011, VB.11.207 E. 3; 22. September 2010, VB.2010.00170, E. 3.1.2; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.2; Wolf, S. 10; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 667 f.). Dies ist etwa der Fall, wenn gerügt wird, wegen Mängeln der Ausschreibungsunterlagen habe von vornherein kein regelkonformes Vergabeverfahren durchgeführt werden können (VGr, 23. November 2001, VB.2001.00016, E. 4b). Nach der Praxis des Bundesgerichts ist eine solche Obliegenheit nur bei besonders offensichtlichen Mängeln anzunehmen; angesichts des Zeitdrucks und der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie aufgrund der möglichen Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren sind keine strengen Anforderungen an die Anbietenden zu stellen (BGE 130 I 241 E. 4.3).

E. 3.3

Die Festlegung der Fristen hatte für die Beschwerdeführerin nicht die Bedeutung eines Endentscheids, weshalb eine formelle Beschwerde gegen die Ausschreibung jedenfalls nicht zwingend war bzw. deren Inhalt auch noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag beanstandet werden kann. Gemäss den vorstehenden Ausführungen traf sie jedoch die Obliegenheit, die Fristen vorgängig zu reklamieren; sie durfte nicht abwarten, ob der Vergabeentscheid für sie positiv ausfällt, und andernfalls mit Beschwerde die Wiederholung des Verfahrens verlangen – dies würde einen unnötigen Verfahrensaufwand bedeuten und gegen Treu und Glauben verstossen. Zudem war der Mangel offensichtlich, die Fristen waren aus der Ausschreibung ohne Weiteres ersichtlich. Die Beschwerdeführerin bringt vor, sie habe telefonisch bei einem Vertreter der Vergabebehörde nachgefragt, ob betreffend die unüblichen Fristen ein Fehler bei der Aufschaltung passiert sei. Es blieb von der Beschwerdegegnerin unwidersprochen, dass das Telefonat wie von der Beschwerdeführerin geschildert stattfand. Dieses informelle Nachfragen durch die anwaltlich nicht vertretene Beschwerdeführerin genügt den oben ausgeführten, bewusst nicht strengen Anforderungen betreffend die Beanstandung von Mängeln in der Ausschreibung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen. Die fragliche Rüge erfolgte mithin nicht verspätet.

E. 3.4

In ihrer Replik bringt die Beschwerdeführerin zwar vor, sie sei durch das Vorgehen der Beschwerdegegnerin benachteiligt gewesen. Sie legt indes nicht substantiiert dar, inwiefern ihr aus den beanstandeten Fristen ein Nachteil erwachsen sei bzw. inwiefern ihr die Fristen bei der Ausarbeitung ihrer Offerte oder in anderer Weise hinderlich gewesen seien. Eine widerrechtliche Bevorzugung der Mitbeteiligten oder eine andere Verfälschung des Vergabeverfahrens durch die Beschwerdegegnerin vermag sie ebenfalls nicht darzutun. Es ergeben sich auch keine diesbezüglichen Hinweise aus den Akten. Die Beschwerde vermag somit nicht durchzudringen und ist abzuweisen. Es kann offengelassen werden, ob die vergleichsweise kurzen und jedenfalls für sehr aussergewöhnliche Zeiten festgesetzten Fristen grundsätzlich zulässig wären, obschon sie den Bezug der Ausschreibungsunterlagen nur über das Wochenende und Fragen einzig am ersten Tag der Aufschaltung der umfangreichen Unterlagen erlaubten. Diesen durch die Beschwerdegegnerin zu verantwortenden unüblichen Festlegungen ist bei den Kostenfolgen Rechnung zu tragen.

E. 4

Die Verteilung der Gerichtskosten richtet sich gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG primär nach dem Unterliegen. Obwohl die Beschwerde abzuweisen ist, erschiene es unbillig, der Beschwerdeführerin die gesamten Kosten des Verfahrens aufzuerlegen. Die Vergabebehörde hat durch die ungebräuchliche Festlegung der Fristen das Beschwerdeverfahren mitverursacht. Es rechtfertigt sich daher, ihr die Kosten des Gerichtsverfahrens nach dem Verursacherprinzip zur Hälfte aufzuerlegen (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VRG). Eine Parteientschädigung ist ihr mangels besonderen Aufwands nicht zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 5

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.