

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00782 vom 24. März 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-03-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2021.00782](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00782)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00782 du 24 mars 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00782 del 24 marzo 2022

## Regeste

Submission | Ausstandspflicht. Die Gemeinde Pfäffikon bestreitet nicht, dass es sich bei F um den "Leiter IT der Gemeinde" handelt, der die Digitalisierungs- und IT-Strategie der Gemeinde "im Wesentlichen" erarbeitet hatte. (...) Auch F's Tätigkeit bei der Mitbeteiligten ist unbestritten (E. 3.1). Dass F als aktueller Angestellter der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten am Vergabeverfahren nicht mitwirken durfte, wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht anerkannt. (...) Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, ob Personen unter Umständen an der Bewertung der Offerten mitgewirkt haben, die sie – unabhängig davon, ob sie ein persönliches Interesse in der Sache haben – als persönlich befangen erscheinen lassen. Zu solchen Umständen kann die Beziehungsnähe gehören, wie sie durch das Zusammenwirken in einer Behörde entstehen kann. Erscheint in einem Vergabeverfahren bereits die Mitwirkung eines direkten Vorgesetzten einer befangenen Person problematisch – droht doch bereits hier eine sachfremde Rücksichtnahme, so ist die Mitwirkung einer hierarchisch direkt untergeordneten Person grundsätzlich unzulässig. Dies gilt mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz jedenfalls, soweit die Beurteilung der genannten Personen den Vergabeentscheid entscheidend beeinflussen kann, was im vorliegenden Fall – wo das Preiskriterium im Vergleich zu den übrigen Zuschlagskriterien, bei deren Beurteilung ein weites Ermessen besteht, in den Hintergrund rückt – zweifellos der Fall ist. (...) In Fällen wie dem vorliegenden muss durch organisatorische Vorkehrungen dafür gesorgt werden, dass nicht der Anschein von Befangenheit entstehen kann. Dies ist etwa im Rahmen der Übergabe der Vorbereitung der Submission, der Offertöffnung, der Bereinigung und der Bewertung der Offerten an ein externes Büro möglich (E. 3.2.4). Teilweise Gutheissung.

## 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 = 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. 2.1

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]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

## **E. 2.2**

Die zweitplatzierte Beschwerdeführerin hat im Vergabeverfahren das betragsmässig tiefste Angebot eingereicht. Sie rügt, dass die Mitbeteiligte wegen Vorbefassung sowie wegen Nichterfüllung der Eignungskriterien aus dem Verfahren auszuschliessen sei. Erweisen sich die Rügen als berechtigt, hat ihr Angebot eine realistische Chance auf den Zuschlag. Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

## **E. 3**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass die Mitbeteiligte wegen Vorbefassung hätte ausgeschlossen werden müssen. Der Gemeindeschreiber-Stellvertreter und Leiter der Informatik der Gemeinde X F sei von der Mitbeteiligten im September 2020 als Verwaltungsmanager eingestellt worden.

### **E. 3.1**

Die Gemeinde X bestreitet nicht, dass es sich bei F um den "Leiter IT der Gemeinde" handelt, der die Digitalisierungs- und IT-Strategie der Gemeinde "im Wesentlichen" erarbeitet hatte. Mit Beschluss vom 4. Mai 2021 habe der Gemeinderat X diese zur Kenntnis genommen und unterstützt. Die Durchführung der Ausschreibung sei jedoch durch G von der Firma H erfolgt. Auch Fs Tätigkeit bei der Mitbeteiligten ist unbestritten. Im Rahmen ihrer Eingabe vom 7. März 2022 macht die Gemeinde X bloss geltend, dass sich F auch bei der Mitbeteiligten bezüglich der vorliegend strittigen Vergabe im Ausstand befunden habe. In der sechsköpfigen Arbeitsgruppe, welche für die Gemeinde X die Bewertung der Offerten hinsichtlich der Zuschlagskriterien "Supportqualität/Supporteffizienz", "Innovationskraft" und "Projektqualität" (mithin aller Zuschlagskriterien ausser dem Preiskriterium) vornahm, waren unter anderem – als direkter Vorgesetzter von F – der Gemeindeschreiber I sowie die F formal unterstellte Mitarbeiterin der IT J vertreten.

#### **E. 3.2.1**

Abgesehen davon, dass nach Art. 11 lit. d IVöB bei der Beachtung der Vergabe von Aufträgen der Grundsatz der Beachtung der Ausstandsregeln zum Tragen kommt, enthalten die IVöB, das IVöB-BeitrittsG sowie die Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) keine allgemeinen Ausstandsregeln. § 9 SubmV regelt immerhin, dass Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, sich am Verfahren nicht beteiligen dürfen. § 16 Abs. 4 SubmV statuiert, dass 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 darf, die bei der Ausarbeitung der Spezifikation für eine bestimmte Beschaffung verwendet werden können. Es ist daher bezüglich der allgemeinen

Ausstandsregeln auch im Submissionsrecht auf § 5a VRG abzustellen (vgl. VGr, 23. März 2017, VB.2016.00513, E. 3.1; 6. April 2001, VB.2000.0068, E. 3c).

### **E. 3.2.2**

Nach § 5a Abs. 1 VRG treten Personen, die eine Anordnung zu treffen, dabei mitzuwirken oder sie vorzubereiten haben, in den Ausstand, wenn sie in der Sache persönlich befangen erscheinen, insbesondere: in der Sache ein persönliches Interesse haben (lit. a), mit einer Partei in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grade verwandt oder verschwägert oder durch Ehe, Verlobung, eingetragene Partnerschaft, faktische Lebensgemeinschaft oder Kindesannahme verbunden sind (lit. b), Vertreter einer Partei sind oder für eine Partei in der gleichen Sache tätig waren (lit. c). Es genügt, wenn Umstände vorliegen, die den Anschein der Befangenheit und die Gefahr der Voreingenommenheit begründen (Regina Kiener in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 5a Ziff. 15; VGr, 8. Oktober 2015, VB.2015.00403, E. 4.2 f.; 6. April 2001, VB.2000.00068, E. 3c).

### **E. 3.2.3**

Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bezieht sich die Problematik der Vorbefassung regelmässig auf Mitarbeitende bei den anbietenden Firmen. Insoweit bedeutet Vorbefassung eine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens. Eine solche Beteiligung kann sich auf den Anbieterwettbewerb auswirken und mit Blick auf das Gleichbehandlungsgebot problematisch sein (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 475 Rz. 1043, mit Hinweisen). Dem entspricht die Regelung in der kantonalen Submissionsverordnung: Personen und Unternehmen, die an der Vorbereitung der Unterlagen oder des Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen können, dürfen sich am Verfahren nicht beteiligen (§ 9 SubmV). Erfolgt von solchen Personen oder Unternehmen dennoch ein Angebot, so ist dieses grundsätzlich vom Vergabeverfahren auszuschliessen (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, N. 1052). Nach der Rechtsprechung erstreckt sich der Ausschluss vom Verfahren nicht nur auf die unmittelbar mit der Vorbereitung befassten Personen und Unternehmungen, sondern auch auf solche, die mit ihnen eng verbunden sind (VGr, 28. November 2019, VB.2019.00261, E. 7.1.2; 8. Dezember 2004, VB.2004.00304, E. 3.3.1, E. 3.5).

### **E. 3.2.4**

Im vorliegenden Fall stellen sich sowohl Fragen hinsichtlich der Vorbefassung als auch solche hinsichtlich der Ausstandspflicht. Dass F als aktueller Angestellter der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten am Vergabeverfahren nicht mitwirken durfte, wird von der Beschwerdegegnerin zu Recht anerkannt (vgl. VGr, 8. Oktober 2015, VB.2015.00403, E. 4.3; BGE 137 II 431 E. 5.3.3). Mit Blick auf die Vorbefassung stellt sich die Frage, ob F als Mitarbeiter der Mitbeteiligten zumindest bei der Vorbereitung der Ausschreibung mitgewirkt und dabei relevantes Vorwissen erlangt hat (vgl. auch BGr, 21. November 2012, 2D\_29/2012, E. 5). Die Ausführungen der Beschwerdegegnerin zum – im IT-Bereich angeblich häufigen – Fall des personellen Wechsels zwischen Anbieterinnen- und Auftraggeberinnenseite zielen mit Blick auf den vorliegenden Fall einer gegenwärtigen Doppelbeschäftigung ins Leere. Hinsichtlich der Ausstandspflicht geht es im

vorliegenden Fall um die Frage, ob Personen unter Umständen an der Bewertung der Offerten mitgewirkt haben, die sie – unabhängig davon, ob sie ein persönliches Interesse in der Sache haben – als persönlich befangen erscheinen lassen. Zu solchen Umständen kann die Beziehungsnähe gehören, wie sie durch das Zusammenwirken in einer Behörde entstehen kann (VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 4). Erscheint in einem Vergabeverfahren bereits die Mitwirkung eines direkten Vorgesetzten einer befangenen Person problematisch – droht doch bereits hier eine sachfremde Rücksichtnahme (vgl. auch VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 4), so ist die Mitwirkung einer hierarchisch direkt untergeordneten Person grundsätzlich unzulässig. Dies gilt mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz jedenfalls, soweit die Beurteilung der genannten Personen den Vergabeentscheid entscheidend beeinflussen kann, was im vorliegenden Fall – wo das Preiskriterium im Vergleich zu den übrigen Zuschlagskriterien, bei deren Beurteilung ein weites Ermessen besteht, in den Hintergrund rückt – zweifellos der Fall ist: J hat nicht nur ihre eigene Bewertung zu vertreten, sondern (zusammen mit K) auch die Bewertung der Referenzen "gegeben". Insgesamt konnte sie grossen Einfluss auf die Bewertung nehmen. Auffällig ist, dass J und I im Rahmen der Begründung ihrer persönlichen Bewertungen bezüglich der Beschwerdeführerin hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Supportqualität/Supporteffizienz" – anders als die übrigen Bewertenden – auf Referenzen abstellen, die sich nicht in den Akten finden. Im Rahmen der Beurteilung der Referenzen der A AG von den Gemeinden Egg und Wald spricht J davon, es gebe "andere Gemeinden, welche andere Feedbacks gegeben" hätten, und bewertet die Referenzen der Beschwerdeführerin entsprechend, ohne dass sich dies aufgrund der Akten nachvollziehen liesse (vgl. a. a. O.). In Fällen wie dem vorliegenden muss durch organisatorische Vorkehrungen dafür gesorgt werden, dass nicht der Anschein von Befangenheit entstehen kann. Dies ist etwa im Rahmen der Übergabe der Vorbereitung der Submission, der Offertöffnung, der Bereinigung und der Bewertung der Offerten an ein externes Büro möglich (VGr, 9. Juli 2003, VB.2003.00024, E. 4). Zumindest darf das Beurteilungsgremium nicht aus direkten Vorgesetzten bzw. Unterstellten einer ausstandspflichtigen Person bestehen.

#### **E. 4**

Die strittige Vergabe erging nach dem Gesagten in Verletzung der Ausstandsvorschriften, weshalb der Entscheid aufzuheben ist. Angesichts des Umstands, dass die Bewertung der Angebote unter Verletzung der Ausstandsvorschriften erfolgt ist, mangelt es an einer Grundlage für die Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin.

#### **E. 5.1**

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Dementsprechend wird vorliegend die Beschwerdegegnerin kostenpflichtig.

#### **E. 5.2**

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug eines Rechtsbeistands rechtfertigte; entschädigungspflichtig ist grundsätzlich die unterliegende Partei. Auch diesbezüglich erscheint die Beschwerdegegnerin als unterliegend. Sodann war der Beizug eines Rechtsvertreters durch die Beschwerdeführerin ohne Weiteres

gerechtfertigt. Die Beschwerdegegnerin wird demzufolge entschädigungspflichtig.

#### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert gemäss Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019. Gegen diesen Entscheid ist daher die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

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