


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2021.00775

Entscheidart und - datum: Endentscheid vom 24.03.2022

 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[AUSSTANDSPFLICHT](#)
[BEFANGENHEIT](#)
[BEWERTUNG](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[VERGABE](#)
[VORBEFASSUNG](#)

Rechtsnormen:

Art. 11 lit. d IVöB
 § 9 SubmV
 § 5a VRG
 § 5a Abs. 1 VRG

Publikationen:

Ausstandspflicht.

Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass F neben seiner Hauptbeschäftigung als Leiter IT bei der Beschwerdegegnerin auch einer Nebenbeschäftigung bei der Mitbeteiligten nachgeht (E. 3.1).

- keine -

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 Vorkehren 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.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2021.00775

Urteil

der 1. Kammer

vom 24. März 2022

Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiber Jonas Alig.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde X, vertreten durch RA C und/oder MLaw D,

Beschwerdegegnerin,

und

E AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Die Gemeinde X eröffnete am 4. Juni 2021 ein selektives Verfahren betreffend den Dienstleistungsauftrag "Informatik Hosting, Systemsteuerung und Support für Gemeindeverwaltung (Fulloutsourcing)". Mit "Zuschlagsverfügung" (recte: Präqualifikationsverfügung) vom 16. Juli 2021 wurden fünf Anbieterinnen zum Hauptverfahren zugelassen. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 1. September 2021 gingen in der Folge vier Angebote ein, darunter jenes der A AG zu einem Preis von einmalig Fr. 45'280.- und wiederkehrend Fr. 289'780.- (exklusive Mehrwertsteuer) sowie jenes der E AG zu einem Preis von einmalig Fr. 86'929.40 und wiederkehrend Fr. 270'106.92 (exklusive Mehrwertsteuer). Am 5. November 2021 eröffnete die Gemeinde X den Zuschlag an die E AG zum Gesamtpreis von Fr. 3'002'660.- (inklusive Mehrwertsteuer).

II.

Dagegen gelangte die A AG mit Beschwerde vom 15. November 2021 an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte – unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin –, die angefochtene Verfügung der Beschwerdegegnerin sei aufzuheben, die E AG sei mit sofortiger Wirkung aus dem Submissionsverfahren auszuschliessen und die Beschwerdegegnerin sowie die Beschaffungsstelle seien anzuweisen, die Ausschreibung zu wiederholen. In prozessualer Hinsicht beantragten sie, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu erteilen und es sei Einblick in sämtliche Verfahrensakten zu gewähren.

Mit Präsidialverfügung vom 16. November 2021 wurde der Gemeinde X ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Die Gemeinde X beantragte mit Beschwerdeantwort vom 9. Dezember 2021 die Abweisung der Beschwerde unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich Mehrwertsteuer) zulasten der Beschwerdeführerin, soweit überhaupt darauf einzutreten sei. In formeller Hinsicht beantragte sie, der Beschwerdeführerin sei lediglich eine beschränkte Akteneinsicht zu gewähren.

Mit Präsidialverfügung vom 17. Dezember 2021 wurde der Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt. Zudem wurde das Akteneinsichtsbegehren der A AG teilweise gutgeheissen. Mit Replik vom 10. Januar 2022 hielt die A AG an ihren Anträgen fest. Mit Duplik vom 3. Februar 2022 hielt die Gemeinde X ihrerseits ebenfalls an ihren Anträgen fest. Am 21. Februar 2022 triplizierte die A AG. Mit Eingabe von 7. März 2022 hielt die Gemeinde X an ihren materiellen Anträgen vollumfänglich fest. In formeller Hinsicht beantragte sie neu, es sei F darüber zu befragen, ob er in der streitgegenständlichen Submission sowohl in seiner Funktion als IT-Verantwortlicher der Beschwerdegegnerin als auch in seiner Funktion als Verwaltungsmanager der Mitbeteiligten in den Ausstand getreten sei.

Die Kammer erwägt:

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.

2.

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).

2.2 Die drittplatzierte Beschwerdeführerin verlangt, dass die Mitbeteiligte wegen Vorbefassung aus dem Submissionsverfahren auszuschliessen und die Ausschreibung zu wiederholen sei. Erweisen sich die Rügen als berechtigt, hat ihr Angebot im Rahmen eines neuen Verfahrens eine realistische Chance auf den Zuschlag (vgl. VGr, 14. Mai 2020, VB.2019.00562, E. 2; 7. Mai 2015, VB.2014.00701, E. 2). Folglich ist ihre Beschwerdelegitimation zu bejahen. Die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

3.

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Mitbeteiligte hätte wegen Vorbefassung vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Der Leiter der IT bzw. Gemeindeschreiber-Stv., der für die Erarbeitung der IT-Strategie der Beschwerdegegnerin verantwortlich sei, sei seit dem 1. September 2020 auch bei der Mitbeteiligten angestellt.

3.1 Die Beschwerdegegnerin bestreitet nicht, dass F neben seiner Hauptbeschäftigung als Leiter IT bei der Beschwerdegegnerin auch einer Nebenbeschäftigung bei der Mitbeteiligten nachgeht. Sie anerkennt auch, dass F bei der Erarbeitung der IT-Strategie mitgewirkt hat. Indes sei diese nicht als Weichenstellung für die hier strittige Beschaffung zu verstehen (a. a. O.).

Die Ausarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und die Durchführung der Ausschreibung sei durch G von der Firma H erfolgt. Betreffend die Evaluation sei F gemäss dem

Gemeinderatsbeschluss vom 4. Mai 2021 in den Ausstand getreten. Der Ausstand betraf gemäss der Beschwerdegegnerin aber auch die Vorbereitung der Ausschreibung.

Nach Ziff. 10.1 der Ausschreibungsunterlagen war festgelegt, dass die Zuschlagskriterien "nach der konkreten Offerte, aufgrund ergänzender Angaben, nach Auskünften oder Besuchen bei frei gewählten Referenzen und anhand der Präsentation" beurteilt würden. Diese Bewertungen nahm eine Arbeitsgruppe der Beschwerdegegnerin vor, in der unter anderem einerseits – als direkter Vorgesetzter von F – der Gemeindeschreiber I, andererseits die F formal unterstellte Mitarbeiterin der IT J vertreten waren. Die prozentuale Gewichtung der Zuschlagskriterien sei von der Arbeitsgruppe festgelegt worden.

3.2

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 [nicht publiziert]).

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 [nicht publiziert]).

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).

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.

Mit Blick auf die 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 (vgl. a. a. O.).

In Fällen wie dem vorliegenden muss durch organisatorische Vorkehren 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.

4. Die strittige Vergabe erging nach dem Gesagten in Verletzung der Ausstandsvorschriften, weshalb der Entscheid aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen ist.

5.

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.

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.

6.

Der Auftragswert (Angebot der Beschwerdeführerin) 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).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In teilweiser Gutheissung der Beschwerde wird der Zuschlagsentscheid der Gemeinde X vom 5. November 2021 aufgehoben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 9'000.--; die übrigen Kosten betragen:

Fr. 255.-- Zustellkosten,
Fr. 9'255.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 4. Der Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'000.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Urteils.
 5. Gegen dieses Urteil kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Sofern diese nicht zulässig ist, kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerden sind innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
 6. Mitteilung an ...
-