

KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 17/Dezember 2005

Referenzen im Vergabeverfahren

Ein Einblick in die verwaltungsgerichtliche Praxis

Dr. Josua Raster und Dr. Stefan G. Schmid

Juristische Sekretäre am Verwaltungsgericht des Kantons Zürich



Dr. Josua Raster

Dr. Stefan G. Schmid

Im Rahmen von Submissionsbeschwerdeverfahren stellen sich immer wieder Fragen zum Umgang mit Referenzen. Die folgenden Ausführungen geben Einblick in die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich.

Formelle Einzelfragen zum Umgang mit Referenzen

Probleme rund um Referenzen treten vor allem bei der Bewertung von Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien auf. Diesbezüglich verfügt die Vergabestelle über einen erheblichen Ermessensspielraum, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreift. Liegt eine solche Bewertung im Streit, kann es nur deren Vertretbarkeit überprüfen. Von grösserem Interesse ist die Rechtsprechung zu formellen Einzelfragen im Umgang mit Referenzen im Vergabeverfahren.

Eignung von Referenzen

Selbst wenn Referenzauskünfte naturgemäss subjektiv geprägt sind, so kann aus mehreren gleich lautenden Auskünften abgeleitet werden, dass ihnen eine gewisse Objektivität zukommt (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00217, E. 4b/cc; sofern nicht anders vermerkt, sind alle angegebenen Entscheide im Internet unter www.vgrzh.ch abrufbar). Referenzen über bisherige Leistungen von Anbietenden sind damit ein geeignetes Mittel, um Klarheit über die Qualität einer künftig zu erbringenden Leistung zu schaffen, und die Terminwahrung sowie das Geschäftsgebahren dieser Anbietenden einschätzen zu können. Eignungskriterien wie «Erfahrung» oder «Vorweisen von Referenzarbeiten», mit denen die einschlägige Erfahrung der Anbietenden beurteilt werden soll, mögen tendenziell dazu führen, dass etablierte Unternehmungen bevorzugt werden. Soweit diese Anforderungen jedoch durch die Bedürfnisse der vorgesehenen Beschaffung begründet sind, ist ihre Verwendung zulässig und sachgerecht, auch wenn dies eine Benachteiligung neu gegründeter Unternehmungen zur Folge hat (VGr, 1. September 2003, VB. 2003.00181, E. 2c).

Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Das Recht des öffentlichen Beschaffungswesens ist ein noch immer junges und dynamisches Rechtsgebiet. Zwar ist bereits vieles geklärt; manche Fragen sind aber noch offen, neue werden sich inskünftig stellen. Ausgangspunkt einer jeden Rechtsanwendung muss der Gesetzestext sein. Es lohnt sich denn auch, das Gesetz tatsächlich zur Hand zu nehmen, wenn Fragen oder Probleme auftauchen. Denn oft steht mehr darin, als man in Erinnerung hat. Der Gesetzeswortlaut allein gibt aber nicht auf alle Fragen eine Antwort. Das Gesetz muss auf den konkreten Fall angewendet werden. Es muss ausgelegt, allenfalls sogar ergänzt werden. Das ist zunächst Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden, beispielsweise der Vergabestellen. Da deren Entscheide jedoch auf dem Rechtsweg überprüft und korrigiert werden können, bestimmen letztlich Rekursinstanzen und Gerichte, wie ein Gesetz zu verstehen und anzuwenden ist. Es ist daher unerlässlich, die wichtigen Entscheide der Rechtsmittelinstanzen zu kennen und die einschlägige Rechtsprechung laufend mit zu verfolgen. Das vorliegende KRITERIUM will Sie in dieser anspruchsvollen Aufgabe unterstützen. Es ist ein erklärtes Ziel dieser Informationsreihe, grundlegende Entwicklungen der Rechtsprechung über den Kreis der ausgewiesenen Spezialistinnen und Spezialisten hinaus bekannt und zugänglich zu machen.

Fortsetzung auf Seite 6 →

Anforderungen an Referenzangaben

Damit eine Vergabestelle Referenzauskünfte über eine Anbieterin oder einen Anbieter einholen kann, müssen die Referenzangaben zweckmässigerweise eine genaue Bezeichnung der Auskunftspersonen, wenn möglich unter Angabe von Telefonnummern, enthalten. Die Vergabestelle sollte nicht selber nach den betreffenden Informationen forschen müssen. Referenzlisten, welche lediglich die von den Anbietenden realisierten Aufträge aufführen, können zwar dazu dienen, die Leistungsfähigkeit und Erfahrung der Unternehmen in ihren Tätigkeitsgebieten zu belegen; für das Einholen von Referenzauskünften eignen sie sich jedoch nicht. Wenn Anbietende derart ungenügende Referenzlisten einreichen, können sie nicht ohne weiteres erwarten, dass diese in die Qualitätsbewertung einbezogen werden (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.4). Verweisen Anbietende hinsichtlich der Referenzen auf ihre Homepage, können diese als fehlend betrachtet werden. Der Hinweis vermag eine Angabe in der Offerte nicht zu ersetzen, denn es ist der Vergabestelle nicht zuzumuten, die von den Anbietenden zu liefernden Angaben im Internet zusammenzusuchen (VGr, 27. August 2003, VB.2003.00070, E. 4b). Selbstverständlich können fehlende Referenzangaben im Verfahren vor Verwaltungsgericht nicht mehr nachgereicht werden (VGr, 13. April 2000, VB.1999.00348, E. 5c/bb).

Die Vergabestelle verstösst gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn sie von sich aus (ohne dass der Zuschlagsempfänger in seinem Angebot darauf verwiesen hat) auf früher namhaft gemachte Referenzen abstellt, während sie bei einem anderen Anbieter, der ausdrücklich eine beiliegende Liste mit Referenzen erwähnt, das angebliche Fehlen dieser Liste negativ bewertet, ohne diesem Anbieter Gelegenheit zum Nachreichen der Liste zu geben (VGr, 23. November 2001, VB.2001.00215, E. 8b). Andererseits müssen Anbietende die in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Referenzen auch dann angeben, wenn sie für die

Vergabestelle bereits früher einen vergleichbaren Auftrag durchgeführt haben. Sie können nicht davon ausgehen, dass sich die vergebende Stelle verwaltungsintern über Anbietende informiert (VGr, 23. April 2003, VB.2002.00352, E. 4b).

Von der Vergabestelle kann auch nicht verlangt werden, Referenzen auf die allfällige Erfüllung weiterer – für die zu beschaffende Dienstleistung oder das zu beschaffende Produkt entscheidender – Anforderungen hin zu überprüfen, wenn diese Referenzen keinerlei Hinweise auf die Erfüllung der spezifischen Aufgabenproblematik enthalten. Vielmehr obliegt es den Anbietenden zu deklarieren, welche Referenzen welche Leistungspunkte betreffen (VGr, 5. Mai 2004, VB.2003.00381, E. 3.3.4). Ist das Fehlen genauerer Angaben allerdings darauf zurückzuführen, dass in den Ausschreibungsunterlagen lediglich die Nennung von Objekt, Ort, Jahr und Auftragssumme der Referenzobjekte verlangt wurde und der Zweck der Referenzen nicht ausdrücklich genannt war, kann dies den Anbietenden nicht zum Vorwurf gemacht werden (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.4).

Auswahl von Referenzen

Ob Referenzauskünfte für alle von den Anbietenden genannten Objekte oder nur für eine geeignete, repräsentative Auswahl eingeholt werden, liegt grundsätzlich im Ermessen der Vergabestelle, doch sind alle Anbietenden nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln. Im Fall eines knappen Resultats ist eher eine grössere Zahl von Auskünften erforderlich (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 5; 20. August 2002, VB.2001.00406, E. 3c). Ebenso liegt es im Ermessen der Vergabestelle, ob und in welchem Umfang sie Referenzen von Subplanern der Anbietenden berücksichtigen will (VGr, 13. Juli 2004, VB.2004.00562, E. 4.2).

Aufzeichnung von Referenzauskünften

Mündlich eingeholte Auskünfte sowie Besichtigungen sind durch die Vergabestelle schriftlich fest-

zuhalten; andernfalls dürfen sie nicht berücksichtigt werden. Das gilt insbesondere auch für Referenzauskünfte (VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 4.2.1; 11. Februar 2004, VB.2003.00297, E. 3.3.2; 13. August 2003, VB.2003.00016, E. 2; RB 2003 Nr. 2 = BEZ 2004 Nr. 15 E. 3). Mindestens sollte festgehalten werden

- wann die Auskünfte
- wie (telefonisch, im Rahmen einer Besichtigung usw.)
- durch wen eingeholt und
- von wem sie erteilt wurden (vgl. VGr, 21. September 2005, VB.2005.00227, E. 4.2.1).

Eigene Erfahrungen der Vergabestelle

Hat eine Vergabestelle in der Vergangenheit mit den bisherigen Leistungen einer oder eines Anbietenden bereits gute Erfahrungen gemacht, so vermag dies die Bewertung der Qualität der angebotenen Leistung positiv zu beeinflussen und kann ähnlich wie eine günstige Referenz von Dritten in die Beurteilung einfließen. Eigene Erfahrungen der Vergabestelle dürfen also wie Referenzen externer Auftraggebender berücksichtigt werden. Allerdings sind die eigenen Erfahrungen dann konkret zu beschreiben, um eine objektive Beurteilung und die Vergleichbarkeit zu gewährleisten (VGr, 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2; 25. Januar 2001, VB.2000.00233, E. 2c [nicht publiziert]). Es ist einer Vergabestelle indessen nicht gestattet, gegenüber allen Anbietenden von vornherein nur auf ihre eigenen Bewertungen abzustellen. Dies würde dazu führen, dass neue Anbietende, die noch keine Aufträge für die betreffende Vergabestelle ausgeführt haben,

Abkürzungen

VGr	: Verwaltungsgericht
BEZ	: Baurechtsentscheide Kanton Zürich
RB	: Rechenschaftsbericht des Zürcher Verwaltungsgerichts
AGVE	: Aargauische Gerichts- und Verwaltungs- entscheide

keine Chance auf den Zuschlag hätten; sie würden in ungerechtfertigter Weise benachteiligt. Eine derartige Benachteiligung verstiesse gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Solange kein Anlass besteht, an der Qualität eines konkurrierenden Angebots zu zweifeln, reicht die gute eigene Erfahrung nicht aus, um das Angebot des bisherigen Leistungserbringers höher einzustufen. Dies gilt erst recht, wenn der konkurrierende Anbieter sogar anerkanntermassen sehr gute Referenzen vorzuweisen hat (VGr, 24. September 2002, VB.2002.00104, E. 5d; 25. Januar 2001, VB.2000.00233, E. 2c [nicht publiziert]; 19. Mai 1999, BEZ 1999 Nr. 15 E. 5). Denkbar ist allenfalls, dass in einer Situation, in welcher für alle aussichtsreichen Anbietenden genügend interne Bewertungen vorliegen, ausschliesslich auf diese abgestellt werden darf (VGr, 22. Juli 2005, VB.2005.00136, E. 4.3.3). Andererseits kann die Vergabestelle selbst dann, wenn sie bezüglich aller von ihr eingeladenen Anbietenden über eigene Erfahrungen verfügt, von diesen dennoch zusätzliche Referenzen Dritter über vergleichbare Objekte verlangen. Denn dieses Vorgehen erleichtert ihr zum einen interne Nachfragen bezüglich früherer Aufträge, zum andern bietet es ihr die Möglichkeit, ihre eigenen Erfahrungen mit auswärtigen Referenzen zu vergleichen. Anbietende dürfen in diesem Fall, nachdem die Abgabe einer Liste mit vergleichbaren Referenzobjekten in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich vorgesehen war, nicht einfach darauf vertrauen, dass die bisher von ihnen für die Vergabestelle ausgeführten Aufträge bereits bekannt seien und für die Bewertung genügten (VGr, 23. Februar 2005, VB.2004.00499, E. 6.2).

Einsichtnahme in Referenzen

Im erstinstanzlichen Submissionsverfahren steht den Anbietenden in der Regel kein Akteneinsichtsrecht zu. Daraus kann indessen nicht geschlossen werden, die Vergabestelle könne von der verfahrensrechtlichen Pflicht zur Schriftlichkeit absehen (VGr, 13. August 2003, VB.2003.

00016, E. 2e). Vielmehr hat sie, wie erwähnt, alle ihre Sachverhaltsabklärungen aktenkundig zu machen, da sonst eine wirksame Überprüfung des Entscheids weder durch die Parteien noch durch die Rechtsmittelinstanz möglich ist.

Nach dem Gesagten ist das Akteneinsichtsrecht im Rahmen des Beschwerdeverfahrens für die Beschwerdeführenden – und allenfalls auch für Zuschlagsempfehlungen als Mitbeteiligte – zur Wahrung ihrer Parteirechte von umso grösserer Bedeutung. Der Umfang des Akteneinsichtsrechts bestimmt sich in erster Linie nach den kantonalen Verfahrensvorschriften. Wie das Verwaltungsgericht wiederholt festgestellt hat, richtet sich im submissionsrechtlichen Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht die Einsichtnahme in Akten, an denen ein Geheimhaltungsinteresse geltend gemacht wird, nach den allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsprozessrechts (§ 2 Abs. 2 des Gesetzes vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 in Verbindung mit § 8 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959).

Die Festlegung des Umfangs der Akteneinsicht, die zumeist in (nicht veröffentlichten) Präsidialverfügungen erfolgt, fällt im Zusammenhang mit den unter dem Aspekt des Geheimnisschutzes oft sensiblen Referenzauskünften häufig nicht leicht. Dabei stellt sich stets die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem für das rechtliche Gehör wesentlichen Anspruch auf Akteneinsicht und dem das Submissionsrecht beherrschenden Grundsatz der Vertraulichkeit (RB 2001 Nr. 5 E. 3). Der Umfang der Akteneinsicht ist demnach das Ergebnis einer Interessenabwägung, die im Fall des Submissionsrechts vor allem zwischen sich gegenüberstehenden privaten Interessen zu erfolgen hat, wobei auch das öffentliche Rechtsverwirklichungsinteresse zu berücksichtigen ist. Dem Grundsatz der Vertraulichkeit wird also im Rahmen dieser Interessenabwägung Rechnung getragen. Das Aargauer Verwal-

tungsgericht hat dagegen ein grundsätzlich umfassendes Einsichtsrecht in Referenzauskünfte im Rahmen des Beschwerdeverfahrens bejaht, weil im Normalfall das Interesse des nicht berücksichtigten Anbieters an der Offenlegung belastender Referenzauskünfte erheblich grösser und gewichtiger sei als die Interessen der Vergabestelle und des Referenzgebers an der Geheimhaltung (AGVE 2000, S. 279 ff.). Das Zürcher Verwaltungsgericht stellt regelmässig darauf ab, ob es sich bei den Referenzauskünften um (möglicherweise) entscheidungswesentliche Angaben handelt. Insoweit, als den Referenzauskünften kein Beweischarakter zukommt und sie für die Feststellung des massgebenden Sachverhalts ohne Bedeutung sind, besteht kein Einsichtsrecht. Erscheinen die Referenzauskünfte als entscheidungsrelevant, so kann die Akteneinsicht allenfalls auch nur unter Abdeckung von Objekts- und/oder Orts- bzw. Personennamen gewährt werden. Die Abdeckungen dürfen jedoch nicht soweit gehen, dass den Beschwerdeführenden eine Auseinandersetzung mit den Referenzauskünften verunmöglicht wird. Wo die Einsichtnahme in ein Aktenstück aus überwiegenden Interessen an der Geheimhaltung vollständig verweigert wird, ist der betroffenen Partei zumindest dessen wesentlicher Inhalt mitzuteilen und ihr Gelegenheit zu geben, sich dazu zu äussern. Auf Informationen, die einer Partei nicht in diesen Formen zur Verfügung gestellt wurden, darf das Gericht zu deren Nachteil nicht abstellen (RB 2001 Nr. 5 E. 3d, mit weiteren Hinweisen).

Impressum

Redaktion: Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th.; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf; Herbert Lang, Baudirektion, Zürich.

Layout: Andreas Walker, BDKom

Kontaktadresse:
E-Mail: gs-stab@bd.zh.ch

Internet: www.beschaffungswesen.zh.ch

Bezug: Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räflestrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: fridolin.kern@kdmz.zh.ch

Licht am Ende des Vorbefassungstunnels?

Zu einem neueren Entscheid des Bundesgerichts

Von lic. iur. Daniela Lutz, Rechtsanwältin M.B.L., Kreuzlingen und Zürich

Mit Urteil vom 25. Januar 2005 (2P.164/2004, unter www.bger.ch) hat sich das Bundesgericht erstmals vertieft mit der Vorbefassungsproblematik auseinandergesetzt. Dem Urteil lag ein Entscheid des Walliser Kantonsgerichts zu Grunde.

Sachverhalt

Für den Bau der Rhône-Autobahn A9 wurden zwei Ingenieurmandate für elektromechanische Einrichtungen vergeben. Das eine betraf die Bereiche Stark- und Schwachstrominstallation sowie Leitsystem und Netzwerk für einen Tunnel, das andere die identische Aufgabenstellung für einen gedeckten Einschnitt. Nach Durchführung eines selektiven Verfahrens erhielt das Ingenieurkonsortium I, bestehend aus den Unternehmen A, B, C und D für beide Aufträge den Zuschlag. Es bot die Arbeiten für den Tunnel zu Fr. 945'022 an, die Arbeiten für den Einschnitt zu Fr. 479'809. Das ebenfalls mitbietende Ingenieurkonsortium II offerierte seinerseits für Fr. 1'293'069 bzw. Fr. 758'027, also erheblich teurer. Das Ingenieurkonsortium II erhob Beschwerde. Es machte geltend, Mitglied A der Bietergemeinschaft I sei bei beiden Aufträgen wegen früherer planerischer Aufträge an den Objekten unzulässig vorbefasst gewesen, was der Bietergemeinschaft einen Wissensvorsprung verschafft habe, welcher ihr den viel günstigeren Preis ermöglicht habe. A hatte im Rahmen der Projektierung des Tunnels einen Auftrag über Fr. 46'840 und für den gedeckten Einschnitt einen Auftrag über Fr. 39'900 ausführen können. Für diese Auftragssummen waren folgende Leistungen erbracht worden: Projektierung der provisorischen und definitiven Stromversorgung sowie Projektierungs- und Beratungsarbeiten im Zusammenhang mit der Erstellung des «Rosa-Dossiers Bau» und der Ausschrei-

bung der Baumeisterarbeiten, sowie – nur beim Tunnel – die Projektierung «Signalisation» und die «Anspeisung Baustellenbüros».

Urteil

Im Gegensatz zum Walliser Kantonsgericht verneinte das Bundesgericht eine unzulässige Vorbefassung mit folgenden wesentlichen Argumentationslinien:

- Gemäss Bundesgericht handelt es sich noch nicht um eine unerlaubte Mitwirkung bei der Vorbereitung eines Submissionsverfahrens, wenn es sich beim bereits ausgeführten Mandat für das gleiche Projekt um einen sachlich verschiedenen und submissionsrechtlich zulässigerweise separat zu vergebenden Teilbereich handelte.
- Wenn ein Unternehmer durch die Ausführung eines Auftrages an einem bereits definierten Projekt sich für die Offertstellung für verbleibende verwandte Teilbereiche des gleichen Projektes allenfalls gewisse Vorteile verschafft, vermag dies allein den Ausschluss als Anbieter noch nicht zu rechtfertigen. Das Ziel des haushälterischen Umgangs mit öffentlichen Mitteln kann – die Einhaltung der Regeln des Vergabeverfahrens vorausgesetzt – eine Ausnützung derartiger Synergieeffekte sogar gebieten.
- Verschafft die Ausführung des ersten Mandates dem Anbieter spezielle objektive Kenntnisse, welche für die Offertstellung für zu vergebende weitere Teilbereiche von wesentlicher Bedeutung sind, müssen diese allerdings allen Bewerbern zugänglich gemacht werden.
- Die Rechtsprechung zur Ausstandspflicht von Richtern lässt sich gemäss Bundesgericht nicht auf die Zulassung von Bewerbern im Submis-

sionsverfahren übertragen. Die Betrachtungsweise, wonach bereits der objektiv begründete Anschein eines Vorteils genüge, um einen Anbieter auszuschliessen, sei nicht haltbar. Ein Unternehmer muss sich den Ausschluss nicht gefallen lassen, solange das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils aus Vorbefassung nicht erwiesen ist. Die Beweislast obliegt somit nach allgemeinen Grundsätzen nicht dem vorbefassten Anbieter – der zwar im Rahmen der prozessualen Mitwirkungspflicht das Seine beitragen muss – sondern dem Konkurrenten, der sich vom Ausschluss bessere Aussichten verspricht.

Kommentar

Von besonderem Interesse ist der Entscheid des Bundesgerichtes bezüglich der Frage der Beweishöhe bzw. der Beweislast. Das Bundesgericht postuliert klar – wenn auch ohne ausführliche dogmatische Auseinandersetzung –, dass der Anscheinbeweis nicht genüge und widerspricht damit etwa der Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichtes. Der beschwerdeführende Konkurrent

Revision des Handbuchs für Vergabestellen

Anlässlich der Inkraftsetzung der neuen Rechtsgrundlagen im Submissionswesen vor rund einem Jahr ist das «Handbuch für Vergabestellen» herausgegeben worden. Es hat ein sehr gutes Echo gefunden.

Es ist nun an der Zeit, das Handbuch nachzuführen, wo nötig zu berichtigen oder zu ergänzen. Vielleicht haben Sie bei der Benützung des Werkes Unstimmigkeiten bemerkt oder es sind Ihnen Verbesserungsmöglichkeiten aufgefallen. Gerne möchten wir bei der Überarbeitungen Ihre Erfahrungen und Ideen nutzen. Wir bitten Sie deshalb, uns Ihre Änderungsvorschläge bis Ende Januar 2006 mitzuteilen an folgende E-Mail-Adresse: markus.bossard@vd.zh.ch oder Telefon 043 259 27 15.

(oder analog die den Ausschluss aussprechende Vergabestelle) müsse belegen, dass ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil effektiv gegeben sei.

Eher eine Aufweichung der bisherigen Praxis stellt auch die vom Bundesgericht vorgenommene Abgrenzung zwischen zulässiger und unzulässiger Vorbefassung dar. Es führt dazu aus, dass unter anderem auch die Grösse der Voraufträge ein Indiz für die Zulässigkeit der Vorbefassung sein könne. Im konkreten Fall waren für die effektiv massgeblichen Schnittstellen nur wenige tausend Franken aufgewendet worden. In diesem Zusammenhang zu stellen ist auch die Überlegung des Gerichtes, wonach der haushälterische Umgang mit den

öffentlichen Mitteln die Ausnützung gewisser Synergieeffekte nicht nur zulasse, sondern sogar gebiete.

So willkommen und richtig das pragmatische Urteil insbesondere aus Sicht der Praktiker auf Anbieter- und Auftraggeberseite ist, so wenig sicher ist bislang noch dessen Umsetzung in den Kantonen, zumal der Entscheid in der juristischen Lehre auch auf Kritik gestossen ist (vgl. etwa Denis Esseiva in der Zeitschrift Baurecht, BR 2/2005, S19, Seite 75). Den Vergabestellen ist im heutigen Zeitpunkt jedenfalls zu raten, sich mit einer gewissen Vorsicht den vom Bundesgericht angestossenen Änderungen der bisherigen Gerichtspraxis zu nähern.

Urteil

Das Gericht wies in einer grundsätzlichen Ausführung darauf hin, dass sich der Ausschluss von vorbefassten Unternehmen nicht nur auf die unmittelbar mit der Vorbereitung befassten Personen oder Unternehmungen, sondern auch auf solche erstreckt, die mit ihnen eng verbunden sind. Aufgrund der Angaben im Handelsregister und im Internet über die beiden Unternehmen C AG und E AG gelangte das Verwaltungsgericht zum Schluss, dass die von der Beschwerdeführerin behauptete enge Verbindung zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft gegeben sei. Mit Blick auf eine Vorbefassung sei im Übrigen aber auch bereits eine enge wirtschaftliche Verbindung zu berücksichtigen. Die C AG müsse sich die Mitwirkung und das Vorwissen der E AG aufgrund deren Vorarbeiten im Rahmen der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen anrechnen lassen.

Zu einem wichtigen Entscheid des Zürcher Verwaltungsgerichts

Von lic. iur. Claudia Schneider Heusi, LL.M., Rechtsanwältin, Zürich

Bereits vor dem wegweisenden Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Januar 2005 zum Thema Vorbefassung (vgl. dazu dessen Besprechung durch Rechtsanwältin Daniela Lutz in dieser Ausgabe) hatte sich das Zürcher Verwaltungsgericht am 8. Dezember 2004 (VB.2004.00304; www.vgrzh.ch) mit der möglichen Vorbefassung eines Anbieters im Rahmen einer Submission für Innen- und Aussentüren aus Holz für einen Museumsbau auseinandergesetzt.

Sachverhalt

Die Vergabestelle hatte für dieses Vorhaben, bei dem unter anderem Türen mit Übergrössen zu offerieren waren, ein offenes Verfahren durchgeführt und in den Ausschreibungsunterlagen darauf hingewiesen, dass zur Erstellung des detaillierten Kostenvoranschlags eine Richtofferte bei einem Unternehmer E AG eingeholt werden sei. Danach seien das Leistungsverzeichnis und die Planunterlagen durch den Architekten überarbeitet und ergänzt worden. Somit – so die Vergabestelle – läge keine Vorbefassung vor. Eingereicht wurden

insgesamt lediglich drei Angebote. Der Zuschlag wurde an die C AG erteilt. Gegen diese Zuschlagserteilung führte die A AG Beschwerde. Sie machte unter anderem geltend, dass die C AG wegen Vorbefassung hätte vom Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Die Vergabestelle führte demgegenüber aus, dass das Angebot der A AG nicht habe berücksichtigt werden müssen, weil sie nicht für alle Türgrössen die notwendigen Brandschutz-Zertifikate vorgelegt habe. Die A AG führte dazu aus, dass die Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen an die Feuer-sicherheit unter unzulässiger Mitwirkung der E AG, einer Tochtergesellschaft der C AG, erstellt worden seien. Die Ausschreibungsunterlagen seien auf die Produkte der C AG und deren Tochtergesellschaft E AG zugeschnitten gewesen. Die C AG hätte gegenüber der A AG über einen Wissensvorsprung verfügt. Die Vergabestelle bestritt, dass zwischen der E AG und der C AG enge Verbindungen vorhanden waren. Es handle sich um zwei rechtlich von einander unabhängige Unternehmen.

In Bezug auf die Frage, ob tatsächlich eine Vorbefassung seitens der C AG vorgelegen habe, führte das Gericht aus, dass im Rahmen der Vorbereitung einer Submission nicht jeder Beitrag zwingend zum Ausschluss des betreffenden Anbieters oder des ihm verbundenen Unternehmers führe. Vorarbeiten, mit denen nur Grundlagen für die spätere Projektierung und Ausschreibung bereitgestellt werden (z.B. Machbarkeitsstudien), müssten nicht zwingend zum Ausschluss der damit befassten Personen oder Unternehmen führen. Wesentlich sei, dass die Mitarbeitenden der Vergabestelle, welche die eigentlichen Ausschreibungsunterlagen erstellen, in der Lage seien, die ihnen überlassenen Vorarbeiten aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen, und diese nicht einfach ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Wichtig sei auch, dass die bei den Vorarbeiten anfallenden Informationen auch den übrigen Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich gemacht würden.

Im konkreten Fall kam das Gericht zum Ergebnis, dass die C AG wegen der von der E AG erstellten Richtofferte nicht zwingend als vorbefasst vom Ver-

fahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Die mit der Projektierung betrauten Fachleute seien in der Lage gewesen, die erhaltenen Informationen aufgrund eigener Kenntnisse sachlich zu würdigen. Die C AG habe aber durch den Beizug der Tochtergesellschaft E AG über einen Wissensvorsprung verfügt, der es ihr ermöglicht habe, die notwendigen Prüfungs- und Zertifizierungsverfahren für die verlangten übergrossen Türen frühzeitig in die Wege zu leiten. Das Angebot der Beschwerdeführerin A AG hätte nicht allein deshalb nicht berücksichtigt werden dürfen, weil sie die geforderten Zertifikate nicht rechtzeitig eingereicht habe. Die Beschwerde wurde aus diesem Grund gutgeheissen.

Kommentar

Die wichtigsten Schlussfolgerungen aus diesem Entscheid sind die folgenden:

- Vorbefassung ist nicht in jedem Fall einer Mitwirkung von Anbietenden bzw. von ihnen verbundenen Unternehmen im Vorfeld einer Submission anzunehmen. Bestimmte Mitwirkungshandlungen, wie beispielsweise das direkte oder indirekte Ausarbeiten von Ausschreibungsunterlagen, sind aber weiterhin unzulässig. Bei weniger gewichtigen Vorarbeiten ist darauf abzustellen, inwiefern die Vergabestelle bzw. deren Fachleute diese aus eigener Sachkenntnis kritisch zu würdigen vermögen und sie nicht ungeprüft in die Ausschreibung einfließen lassen. Bei komplexen Ausschreibun-

Vergabetipp

Die nächste Vergabetagung des Instituts für Schweizerisches und Internationales Baurecht der Universität Freiburg/Schweiz und der Stiftung für Juristische Weiterbildung Zürich findet am 16. Juni 2006 im Kongresshaus Zürich statt. Sie wird insbesondere den Neuerungen im Rechtsmittelverfahren aufgrund des neuen Bundesgerichtsgesetzes gewidmet sein.

→ Fortsetzung von Seite 1

In einem ersten Beitrag erhalten wir aus erster Hand einen Einblick in die Praxis des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich zum Umgang mit Referenzen im Vergabeverfahren. Die Übersicht über zahlreiche Entscheide zu einem bisher eher wenig beleuchteten Thema ist umso wertvoller, als sie uns auch nicht veröffentlichte Präsidialverfügungen erschliesst. Demgegenüber fast schon ein Dauerbrenner ist die Frage der Vorbefassung, dem die beiden weiteren Beiträge gewidmet sind. Darin werden ein Entscheid des Bundesgerichts sowie ein Entscheid des zürcherischen Verwaltungsgerichts näher erläutert und kommentiert. Diese Entscheide bringen zwar eine weite-

re Klärung, doch ist nicht anzunehmen, dass damit das letzte Wort zu diesem umstrittenen Themenkreis gesprochen ist. Wir werden die weitere Entwicklung im Auge behalten und Sie über allfällige Änderungen und Neuerungen in der Rechtsprechung auch in Zukunft informieren.

Wenn Sie diese Ausgabe in Ihren Händen halten, geht das laufende Jahr bereits zu Ende und ein neues Jahr steht vor der Tür. Die Redaktion des KRITERIUM dankt ihrer Leserschaft für die Treue und wünscht allen Leserinnen und Lesern frohe Festtage und alles Gute für das Jahr 2006.

*Für das Redaktionsteam
Felix Christen, Stadt Zürich*

gen ist diesbezüglich aber grosse Vorsicht angebracht. Sobald eine Vergabestelle bzw. deren Fachleute nicht in der Lage sind, ohne Beratung von möglichen späteren Anbietenden Ausschreibungsunterlagen zu erstellen, ist ein gewichtiges Indiz zur Annahme der Vorbefassung gegeben.

- Vergabestellen haben beim Beizug von Unternehmen im Vorfeld von Ausschreibungsverfahren auch deren allfällige wirtschaftlichen wie auch rechtlichen Verbindungen zu möglichen späteren Anbietenden abzuklären. Blosser Unwissenheit schützt nicht davor, dass die Rüge der Vorbefassung mit Erfolg geltend gemacht werden kann.
- Der Hinweis in den Ausschreibungsunterlagen auf die Erstellung bestimmter Vorarbeiten (Richtofferte, Machbarkeitsstudie, Untersuchungen usw.) durch einen Unternehmer ist allein noch nicht ausreichend, um den möglichen Vorwurf der Vorbefasstheit ausreichend entschärfen zu können.
- Die Rüge der Vorbefassung ist seitens der Anbietenden rechtzeitig vorzubringen. Sie dürfen aber davon ausgehen, dass sich die Vergabestelle und die von ihr beigezogenen Personen

korrekt verhalten, und sind nicht gehalten, die Angaben in Ausschreibungsunterlagen von vornherein auf mögliche Verbindungen zu andern Anbietenden zu prüfen.

- Mögliche Informationen, die ein Anbieter aufgrund seines Beizugs bzw. eines ihm rechtlich oder wirtschaftlich verbundenen Unternehmens im Rahmen der Vorarbeiten einer Submission erhält oder erhalten könnte, sind den anderen Anbietern umfassend und frühzeitig zugänglich zu machen. Die Frist zur Einreichung eines Angebots ist zudem zu verlängern, damit ein allfälliger Wissensvorsprung eingeholt und erforderliche Verfahren (z.B. Zertifizierungsverfahren) durchgeführt werden können.
- Vergabestellen ist zu empfehlen, die von ihnen für Vorarbeiten beigezogenen Unternehmen auf das Thema Vorbefassung aufmerksam zu machen. Je nach Grad der Mitwirkung ist dabei darauf hinzuweisen, dass eine spätere Teilnahme am Ausschreibungsverfahren nicht zulässig ist. Anbietenden, die für Vorarbeiten beigezogen werden, ist zu raten, die Frage einer möglichen Vorbefassung und damit das Risiko eines späteren Ausschlusses rechtzeitig und selbständig abzuklären.