

(E. 3-5).

Gutheissung.

Verwaltungsgericht
des Kantons Zürich
1. Abteilung



VB.2021.00095

Urteil

der 1. Kammer

vom 26. August 2021

Mitwirkend: [...].

In Sachen

Wettbewerbskommission (WEKO),

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde [...],

Beschwerdegegnerin,

und

A AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Am 10. November 2020 lud die von der Gemeinde [...] beauftragte Firma B im Rahmen eines Einladungsverfahrens im Zusammenhang mit der Beschaffung der Badewasseraufbereitung für das Schwimmbad C in [...] die A AG, Schwimmtechnik als eine von vier Anbietenden per E-Mail zur Angebotseinreichung ein.

II.

Mit Eingabe vom 29. Januar 2021 gelangte die Wettbewerbskommission WEKO an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, es sei – unter Kostenfolgen – festzustellen, dass die Einladung vom 10. November 2020 von der Beschwerdegegnerin an die A AG (Mitbeteiligte) zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag "BKP 359 Badewasseraufbereitung" den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränke und einen Verstoss gegen Art. 5 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM) darstelle. Eventualiter, sofern für die Beurteilung erforderlich, sei die Mitwirkung durch die Firma B respektive D einerseits bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens seitens der Beschwerdegegnerin und andererseits bei der Ausarbeitung der Offerte seitens der Mitbeteiligten durch das Verwaltungsgericht weiter abzuklären.

Mit Beschwerdeantwort vom 15. Februar 2021 beantragte die Gemeinde [...], die Beschwerde sei, soweit darauf eingetreten werden könne, abzuweisen, unter Kostenfolge zulasten der Beschwerdeführerin. Mit Replik vom 16. März 2021 hielt die Wettbewerbskommission WEKO an ihren Rechtsbegehren fest. Am 31. März 2021 duplizierte die Gemeinde [...], wobei auch sie an ihren Rechtsbegehren festhielt.

Die Kammer erwägt:

1.

1.1 Gemäss Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM kann die WEKO Beschwerde erheben, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.

Nach Art. 89 Abs. 2 lit. d BGG sind Behörden, denen ein Bundesgesetz ein Beschwerderecht einräumt, zur Beschwerde in öffentlichen Angelegenheiten an das Bundesgericht legitimiert. Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM stellt eine derartige spezialgesetzliche Ermächtigung dar (BGE 141 II 113 E. 1.5; vgl. BGr, 13. Februar 2006, 2A.325/2006, E. 2). Art. 111 Abs. 2 BGG sieht vor, dass Bundesbehörden, die zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt sind, auch die Rechtsmittel des kantonalen Rechts ergreifen und sich vor jeder kantonalen Instanz am Verfahren beteiligen können.

Die WEKO kann somit gegen kantonale und kommunale Submissionsverfügungen direkt Beschwerde vor den kantonalen Instanzen führen. In diesem Rahmen kann sie gemäss Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM lediglich die Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Verfügung wegen unzulässiger Verletzung des Zugangs zum Markt, nicht jedoch einen kassatorischen oder einen reformatorischen Beschwerdeentscheid beantragen.

1.2

1.2.1 Angefochten ist die – im Rahmen eines vergaberechtlichen Einladungsverfahrens ergangene, per E-Mail erfolgte – Einladung der Mitbeteiligten durch die ausdrücklich im Auftrag der Beschwerdegegnerin handelnde Firma B zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag "BKP 359 Badewasseraufbereitung".

1.2.2 Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen einer Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (BGE 141 II 233 E 3.1 m. w. H.). Wie in der Lehre überzeugend dargetan wird, stellen Verbindlichkeit und Erzwingbarkeit indes kein Begriffselement der Verfügung dar, sondern sind vielmehr eine Folge der Qualifikation als Verfügung (Alain Griffel, Allgemeines Verwaltungsrecht im Spiegel der Rechtsprechung, Zürich etc. 2017, Rz. 31).

1.2.3 Bei der genannten E-Mail handelt es sich um eine Verfügung der Beschwerdegegnerin:

- Die Firma B steht in einem vertraglichen Verhältnis zur Beschwerdegegnerin. Dieses Rechtsverhältnis fusst auf dem zwischen den genannten Parteien abgeschlossenen "Planer-/Bauleitervertrag" vom 30. September 2020, mit dem ausdrücklich die "Gesamtleitung und Fachplanung Badetechnik, Beckenanlagen, Umgebung Beckenumgänge, ohne Bauing.leistung" vereinbart wurde. Er wurde vom Gemeinderat [...] mit Beschluss vom 29. Oktober 2020 genehmigt. Darüber, dass es sich bei der Firma B um eine Verwaltungshelferin handelt, herrscht bei den sich im vorliegenden Verfahren beteiligenden Parteien Einigkeit. Handlungen einer Verwaltungshelferin werden dem Verwaltungsträger selbst zugerechnet (Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. A., Bern 2014, § 5 Rz. 10a; Griffel, Rz. 696). Insofern ist vorliegend von einer hoheitlichen Anordnung der Beschwerdegegnerin auszugehen.
- Bei der Einladung zur Einreichung eines Angebots handelt es sich im Übrigen um eine einseitige, individuell-konkrete Anordnung, die in Anwendung von Verwaltungsrecht (Art. 12^{bis} Abs. 2 i. V. m. Art. 12 b^{bis} und Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [IVöB]; § 11 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) ergangen ist: Der Mitbeteiligten wird das Recht zugesprochen – innert der vorgegebenen Frist und unter Einhaltung der statuierten Voraussetzungen –, ein Angebot für den Auftrag einzureichen.

1.3 Das Anfechtungsrecht der WEKO gestützt auf Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM beschränkt sich nicht auf anfechtbare Verfügungen gemäss Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB. Jede Verfügung, die das BGBM – namentlich den Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Sinn von Art. 5 Abs. 1 i. V.m. Art. 3 BGBM sowie die Publikationspflicht bzw. der Grundsatz der Transparenz gemäss Art. 5 Abs. 1 BGBM – verletzt, ist anfechtbar. Dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Art. 5 BGBM kommt die Bedeutung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgebots zu (Peter Galli et al., Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, N. 55; Matthias Oesch/Thomas Zwald, in: Matthias Oesch/Rolf H. Weber/Roger Zäch, Kommentar Wettbewerbsrecht II, Zürich 2011, Art. 5 BGBM N. 1). Das BGBM bleibt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung erstens subsidiär für Fragen anwendbar, die das (inter-)kantonale Recht nicht beantwortet. Zweitens verbietet es, die im BGBM statuierten Mindeststandards zu unterschreiten. Drittens bleibt es als Mindestnorm neben den einschlägigen (inter-)kantonalen Normen anwendbar (BGE 141 II 113 E. 3.1.5). In der Literatur wird nachvollziehbar vertreten, dass – zumal das (inter-)kantonale Beschaffungsrecht die Grundsätze von Art. 5 BGBM konkretisiert – ein Verstoss gegen eine beschaffungsrechtliche Vorschrift regelmässig zugleich einen Verstoss gegen die binnenmarktrechtlichen Grundsätze der Nichtdiskriminierung bzw. der Transparenz darstellt (Nicolas F. Diebold, Die Beschwerdelegitimation der WEKO im öffentlichen Beschaffungswesen, in: SJZ 109/2013, S. 177 ff., S. 184).

Da eine Verletzung von Ausstandspflichten zugleich eine Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 BGBM darstellen würde (vgl. etwa BGr, 12. Dezember 2002, 2P.152/2002, E. 2.3, wo das Bundesgericht ausführt, dass der Ausstandspflicht von als Mitbewerbern persönlich interessierten Behördenmitgliedern angesichts des Zweck des Submissionsverfahrens der "Sicherung einer diskriminierungsfreien, auf Öffnung des Marktes ausgerichteten Vergebungspraxis" eine besondere Bedeutung zukommt), ist die WEKO zur Anfechtung der strittigen Verfügung unter Verweis auf eine (angebliche) Verletzung der Ausstandspflicht berechtigt. Dasselbe gilt betreffend die Vorbefassung. Hier besteht ebenfalls ein enger Konnex zum Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. zum Gleichbehandlungsgebot (vgl. VGr, 28. November 2019, VB.2019.00261, E. 7.1.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 475 Rz. 1043, mit Hinweisen). Ob eine Verletzung der Ausstandspflicht bzw. der Regeln über die Vorbefassung und damit zugleich eine Verletzung von Art. 5 BGBM vorliegt, ist nicht eine Frage des Eintretens, sondern eine Frage der materiellen Beurteilung der Beschwerde.

2.

Die Beschwerdegegnerin führt die Beschaffung der Badewasseraufbereitung für das Schwimmbad C in [...] durch. In diesem Zusammenhang beauftragte sie die Firma B, eine Bestandesanalyse der Badeanstalt C zu erstellen sowie das Sanierungsprojekt auszuarbeiten. Nach Gutheissung des Sanierungsprojekts durch das Stimmvolk wurde die Firma B als Fachplanerin mit der Umsetzung des Sanierungsprojekts (unter anderem mit der Vorbereitung und Durchführung des Beschaffungsverfahrens) beauftragt. Dabei hatte sie weitgehende Kompetenzen. Sie war gemäss

dem "Planer-/Bauleitungsvertrag" vom 30. September 2020 von der Beschwerdegegnerin ausdrücklich bevollmächtigt, "Weisungen an Dritte zu erteilen" und "mit Behörden zu verhandeln und Anträge an diese zu stellen".

Im Rahmen eines Einladungsverfahrens wurden von der im Auftrag der Beschwerdegegnerin handelnden Firma B vier Anbietende für die Badewasseraufbereitung zur Einreichung eines Angebots eingeladen, darunter die Mitbeteiligte. Die Eingabefrist ist abgelaufen und die Gemeindeverwaltung [...] hat ein Offertöffnungsprotokoll erstellt. Die Firma B stellte einen Vergabeantrag zugunsten der Mitbeteiligten. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt.

Geschäftsführer der Firma B ist F. Im Zusammenhang mit dem Auftrag der Beschwerdegegnerin trat insbesondere sein Sohn D in Erscheinung. Geschäftsführer der Mitbeteiligten ist E, ebenfalls ein Sohn von F bzw. ein Bruder von D. D und E bilden zusammen zudem den Verwaltungsrat der Mitbeteiligten, wobei D als Verwaltungsratspräsident in Erscheinung tritt.

3.

3.1 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 Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen, das Gesetz über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) sowie die Submissionsverordnung 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

3.2.1 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).

Die Ausstandspflicht gilt auch für Hilfspersonen, soweit diese an einer Anordnung bzw. ihrer Vorbereitung mitwirken. Es geht beim Tatbestand der Vorbereitung um den faktischen Einfluss

jener Personen, die beratend oder instruierend auf den Inhalt einer Anordnung Einfluss nehmen können (Regina Kiener in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 5a Ziff. 10). Zieht eine Behörde juristische Personen als Expertinnen oder Experten bei, handelt es sich um eine Mitwirkung, bei der die in der Sache tätigen natürlichen Personen die Anforderungen an die Unparteilichkeit erfüllen müssen (a. a. O., § 5a Ziff. 11; vgl. VGr, 28. August 2014, VB.2014.00300, E. 4.3).

3.2.2 Im vorliegenden Fall haben die – von der Beschwerdegegnerin als Verwaltungshelferin beigezogene (vgl. E. 1.2) – Firma B bzw. ihre Mitarbeitenden durch ihre Beauftragung zur Durchführung des Submissionsverfahrens (Vorbereitung, Zusammenstellung der Submittentenliste [freigegeben durch den Gemeinderat], Versand der Einladungen und der Submissionsunterlagen, Prüfung der eingegangenen Offerten, Stellen eines Vergabeantrags zugunsten der Mitbeteiligten; vgl. E. 2) zweifellos im von § 5a Abs. 1 VRG vorgesehenen Ausmass mitgewirkt.

Erstens erfüllte D als der – gemäss der vertraglichen Vereinbarung mit der Beschwerdegegnerin bei der Firma B – für die Gesamtleitung des Auftrags Zuständige dadurch, dass er zugleich als Verwaltungsratsvorsitzender der Mitbeteiligten tätig ist, für die er gar einen Zuteilungsantrag stellte (vgl. E. 2), zweifellos den Ausstandsgrund nach § 5a Abs. 1 lit. a VRG.

Zweitens wird die Firma B nach aussen von D's Vater F repräsentiert, während bei der Mitbeteiligten D und sein Bruder E als Verwaltungsräte fungieren und (als einzige) mittels Einzelunterschrift zeichnungsberechtigt sind. Es ist damit – zumal zwischen den führenden Personen der Firma B und der Mitbeteiligten Verwandtschaftsverhältnisse 1. und 2. Grades bestehen – auch der Ausstandsgrund nach § 5a Abs. 1 lit. b VRG gegeben.

3.2.3 Die Verletzung der Ausstandsregeln durch die Verwaltungshelferin Firma B bzw. ihre Mitarbeiter bzw. Repräsentanten D und F ist der Beschwerdegegnerin zuzurechnen.

4.

4.1 Im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung bezieht sich die Problematik der Vorbefassung regelmässig nicht auf Mitarbeitende bei der Vergabebehörde, sondern 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 (Galli/Moser/Lang/Steiner, 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). Dies ist der Fall, wenn eine Person, die für ein vorbefasstes Unternehmen tätig war, zugleich für ein weiteres sich am Verfahren beteiligendes Unternehmen in führender Stellung tätig ist oder dieses gar beherrscht.

4.2 Im vorliegenden Fall sind die Personen, die die Firma B beherrschen oder für dieses Unternehmen in der vorliegenden Sache tätig wurden sowie die Personen, die die Mitbeteiligte beherrschen bzw. in führender Stellung für sie tätig sind eng verbunden bzw. teilweise identisch (vgl. E. 2). Insbesondere zu nennen ist D, der bei der Durchführung des Vergabeverfahrens für die Firma B regelmässig – unter anderem als für die Gesamtleitung des Auftrags verantwortliche Person – in Erscheinung trat (vgl. E. 2) und zugleich Verwaltungsratspräsident der Mitbeteiligten ist. Die Art der Mitwirkung der Firma B – bzw. insbesondere von D – im Vergabeverfahren ist dergestalt, dass eine Beeinflussung zugunsten der Mitbeteiligten im Bereich des Möglichen ist. Am Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils der Mitbeteiligten bestehen aufgrund von D's Doppelrolle sodann keine Zweifel. Die Mitbeteiligte ist damit vorbefasst.

5.

Die Einladung der Mitbeteiligten durch die Beschwerdegegnerin erscheint nach dem Gesagten sowohl aufgrund der Verletzung der Ausstandspflicht der Beschwerdegegnerin nach § 5a Abs. 1 VRG als auch aufgrund der unzulässigen Vorbefassung der Mitbeteiligten im Sinn von § 9 SubmV als rechtswidrig.

Damit erging die Einladung der Mitbeteiligten zugleich in Verletzung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung nach Art. 5 Abs. 1 BGBM (vgl. E. 1.3). Dass eine Rechtfertigung für diese Beschränkung des freien Marktes nach Art. 3 BGBM bestehen würde, ist nicht ersichtlich; Entsprechendes wird von der Beschwerdegegnerin auch nicht behauptet.

Die Beschwerde ist damit gutzuheissen. Es ist festzustellen, dass die Einladung der der Beschwerdegegnerin vom 10. November 2020 an die Mitbeteiligte zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag "BKP 359 Badewasseraufbereitung" den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt und einen Verstoss gegen Art. 5 BGBM darstellt

6.

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

7.

Der Auftragswert übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Bauleistungen nicht (Art. 52 Abs. 1 lit. b in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 [BöB]). 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).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird festgestellt, dass die Einladung der Beschwerdegegnerin vom 10. November 2020 an die Mitbeteiligte zur Einreichung eines Angebots für den Auftrag "BKP 359 Badewasseraufbereitung" den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt und einen Verstoß gegen Art. 5 BGBM darstellt.
 2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 4'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 180.-- Zustellkosten,
Fr. 4'180.-- Total der Kosten.
 3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
 4. Gegen dieses Urteil kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes erhoben werden. Die Beschwerde ist innert 30 Tagen, von der Zustellung an gerechnet, beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen.
 5. Mitteilung an ...
-