

B 7 Kantonale Gerichte Tribunaux cantonaux Tribunali cantonali

B 7 1. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau vom 9. Oktober 2015 betreffend Vergabe Auftrag neue Gemeindesoftware inkl. Datenmigration und Einführung im freihändigen Verfahren

Publikation eines kantonalen Urteils, das auf Beschwerde der WEKO hin in Anwendung des Binnenmarktgesetzes ergangen ist (Art. 10a Abs. 2 BGBM)

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS THURGAU

VG.2015.118/E

Das Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau

hat am 9. Oktober 2015

in Sachen

Wettbewerbskommission WEKO, Beschwerdeführerin

gegen

Politische Gemeinde Z., Beschwerdegegnerin

Betreffend: **Vergabe Auftrag neue Gemeindesoftware inkl. Datenmigration** und Einführung im freihändigen Verfahren

entschieden:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und es wird festgestellt, dass die Vergabe des Auftrags für die Einführung einer neuen Gemeindesoftware im freihändigen Verfahren gemäss Beschluss der Gemeinde Z. vom 21. Oktober 2014 und der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2014 (nicht publiziert) den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt.
2. Die Beschwerdegegnerin bezahlt eine (reduzierte) Verfahrensgebühr von Fr. 400.-.
3. [Mitteilung]

Rechtsmittel

[Rechtsmittelbelehrung]

Sachverhalt

In seiner Sitzung vom 21. Oktober 2014 beschloss der Gemeinderat der Politischen Gemeinde Z. bei der Gemeindesoftware auf das Betriebssystem X umzusteigen und erteilte der X. AG am 12. November 2014 den entsprechenden Auftrag. In der Folge wandte sich ein Marktteilnehmer an die WEKO und beanstandete, dass offenbar kein Vergabeverfahren durchgeführt worden

sei. Dazu nahm die Gemeinde Z. am 29. Mai 2015 Stellung und führte unter anderem aus, dass der Vertrag mit der X. AG am 27. November 2014 unterzeichnet worden sei.

Am 11. Juni 2015 erhob die WEKO Beschwerde gemäss Art. 9 Abs. 2bis des Bundesgesetz über den Binnenmarkt (BGBM, SR 943.02) beim Verwaltungsgericht des Kantons Thurgau und stellte folgendes Rechtsbegehren:

„Es sei festzustellen, dass die Vergabe des Auftrags für die Einführung einer neuen Gemeindesoftware im freihändigen Verfahren gemäss Beschluss der Gemeinde Z. vom 21. Oktober 2014 und der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2014 (nicht publiziert) den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt“.

In ihrer Vernehmlassung vom 7. September 2015 anerkennt die Politische Gemeinde Z. als Vergabestelle, dass die Vergabe für die Einführung einer neuen Gemeindesoftware im freihändigen Verfahren gemäss Beschluss der Gemeinde Z. vom 21. Oktober 2014 und der Zuschlagsverfügung vom 12. November 2014 (nicht publiziert) nicht in Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften des BGBM erfolgt sei und dadurch der Zugang zum Markt in nicht zulässiger Weise beschränkt worden sei. Dies bedauere die Gemeinde.

In ihrer Replik vom 21. September 2015 und Duplik vom 28. September 2015 hielten die Parteien vollumfänglich an ihren Anträgen fest, wobei die WEKO insbesondere noch die Rechtzeitigkeit ihrer Beschwerde thematisierte.

Auf die weiteren Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, im Rahmen der nachfolgenden Erwägungen näher eingegangen.

Erwägungen

1.
 - 1.1 Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung der vorliegenden Beschwerde ergibt sich aus Art. 15 Abs. 1 der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB, RB 720.1) i.V. mit § 3 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB, RB 720.2). Die rechtzeitig eingereichte Beschwerde enthält Antrag sowie Begründung und entspricht somit § 57 Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG, RB 170.1). Die Beschwerdeführerin ist zur Rechtsmittelerhebung legitimiert, um feststellen zu lassen, ob ein Entscheid den Zugang zum Markt in unzulässiger Weise beschränkt (Art. 9 Abs. 2^{bis} BGBM). Das

- Gericht entscheidet in Dreierbesetzung (§ 33 Abs. 2 VRG).
- 1.2 Die Beschwerdegegnerin stellt die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung in Frage, ohne diesem Umstand jedoch wesentliche Bedeutung zuzuerkennen. Die Beschwerdeführerin führt in ihrer Replik vom 21. September 2015 aus, dass sie sich an die in den jeweiligen Rechtsordnungen bzw. Rechtsgebieten geltenden Fristen halte, wodurch die Beschwerdefrist im Bereich der öffentlichen Beschaffung zehn Tage betragen würde (Art. 15. Abs. 2 IVöB). Als fristauslösend gelte die Eröffnung der Zuschlagsverfügung durch amtliche Publikation oder durch die pflichtgemässe Zustellung an sie. Beides sei im folgenden Fall unterlassen worden. Deshalb beginne die Frist in dem Zeitpunkt zu laufen, in welchem die Beschwerdeführerin über sämtliche notwendigen Angaben und Unterlagen verfügt habe. Diese Voraussetzung sei am 1. Juni 2015 erfüllt gewesen, wo sie das Schreiben der Beschwerdegegnerin vom 29. Mai 2015 erhalten habe. Diese Ausführungen erscheinen als nachvollziehbar, weshalb die Beschwerde als rechtzeitig eingereicht entgegenzunehmen ist.
- 2.
- 2.1 Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, sind in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen (Art. 9 Abs. 1 BGBM). Die Beschwerdegegnerin ist eine Gemeinde, und bei der Einführung einer neuen Software handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag im beschaffungsrechtlichen Sinn. Die Vergabe des Auftrages hätte sich folglich nach den staatsvertraglichen Verpflichtungen gemäss dem Abkommen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (GPA, SR 0.172.052.68), den bundesrechtlichen Bestimmungen des BGBM sowie den interkantonalen Bestimmungen gemäss IVöB und dem kantonalen Submissionsrecht (GöB und Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [VöB, RB 720.21]) richten müssen.
- 2.2 Die Beschwerdegegnerin anerkennt explizit, dass sie die entsprechenden Bestimmungen nicht eingehalten hat. Zudem erklärte sie sich bereit, ein Vergabeverfahren durchzuführen, sobald dies tunlich ist. Jedoch ist der Vertrag mit der X. AG bereits abgeschlossen und zwischenzeitlich auch die Umsetzung. Insofern kann diese Disposition nicht rückgängig gemacht werden.
- 2.3 Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass die Beschwerdegegnerin richtigerweise anerkennt, dass das Vergabeverfahren nicht korrekt durchgeführt wurde. Dies ist gerichtlich festzuhalten und die Beschwerde ist entsprechend gutzuheissen. Jedoch ist die Vergabe an die X. AG nicht nachträglich aufzuheben, was die Beschwerdeführerin auch nicht verlangt.
3. Ausgangsgemäss hat die Beschwerdegegnerin in Anwendung von § 77 VRG die Verfahrenskosten zu tragen. Diese werden reduziert auf Fr. 400.-- festgelegt, nachdem die Beschwerdegegnerin die Unrechtmässigkeit ihres Handelns und den Beschwerdeantrag ausdrücklich anerkannt hat. Eine Parteientschädigung wird von der Beschwerdeführerin nicht beantragt und es ist somit darüber auch nicht zu befinden.