


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2018.00787

Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 28.02.2019
 Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
 Weiterzug: Dieser Entscheid ist noch nicht rechtskräftig.
 Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[ABBRUCH DES VERGABEVERFAHRENS](#)
[BEGRÜNDUNG](#)
[SUBMISSIONSRECHT](#)
[SUBSTANZIIERUNG](#)
[TRANSPARENZGEBOT](#)

Rechtsnormen:

Art. 13 lit. i IVöB
 § 37 Abs. 1 SubmV
 § 38 Abs. 2 SubmV
 § 7 Abs. 2 VRG

Publikationen:

- keine -

**Submission. Abbruch des Verfahrens.
 Substanziierung. Transparenzgebot.**

Die Vergabebehörde hat den Abbruch des Verfahrens aus wichtigen Gründen nur summarisch begründet, was gemäss § 38 Abs. 2 SubmV zulässig ist. Sie hat die Begründung in der Beschwerdeantwort vor Verwaltungsgericht nachgeholt. Demnach hätte die Beschwerdeführerin in ihrer Replik eine eingehende Substanziierung ihrer Beschwerde ebenfalls nachholen müssen, was unterblieben ist (E. 4.2).

Der Verfahrensabbruch erscheint im Übrigen nicht als rechtswidrig, da es mit Blick auf das verfahrensrechtliche Transparenzgebot ungenügend ist, wenn das Leistungsverzeichnis teilweise keine Vorausmasse für die anzubietenden Arbeiten genannt hat (E. 4.3).

Abweisung.

Verwaltungsgericht
 des Kantons Zürich
 1. Abteilung



VB.2018.00787

Urteil

der 1. Kammer

vom 28. Februar 2019

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger,
Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Daniela Kühne.

In Sachen

A AG,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde Maur, vertreten durch RA B,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

A. Im Rahmen eines offenen Submissionsverfahrens betreffend Friedhofgärtnerarbeiten erteilte die Gemeinde Maur am 31. Oktober 2018 den Zuschlag bei einem Angebotspreis von Fr. 886'959.- an die C.

Dagegen gelangte die A AG am 8. November 2018 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht. Sie beantragte, den erteilten Zuschlag zu widerrufen und den Zuschlag neu an sie zu vergeben (VB.2018.00726).

B. Am 29. November 2018 teilte die Gemeinde Maur den Beteiligten mit, dass der Zuschlag in der Vergabe "Friedhofarbeiten" widerrufen und das Vergabeverfahren abgebrochen worden sei; das Vergabeverfahren werde anfangs 2019 wiederholt.

II.

Gegen den Abbruch des Verfahrens gelangte die A AG mit Beschwerde vom 7. Dezember 2018 an das Verwaltungsgericht und beantragte eine korrigierte Bewertung der bisherigen Ausschreibung. Zudem ersuchte sie um Zusprechung einer Parteientschädigung.

Mit Beschwerdeantwort vom 14. Januar 2019 ersuchte die Gemeinde Maur um Beschwerdeabweisung, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Dazu äusserte sich die A AG mit Eingabe vom 28. Januar 2019.

Das Beschwerdeverfahren betreffend den Zuschlag an die C war bereits mit Verfügung vom 20. Dezember 2018 infolge des Widerrufs als gegenstandslos abgeschlossen worden.

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 = ZBl 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 zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

2.

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 in Verbindung mit § 70 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).

Gegenstand des vorliegenden Beschwerdeverfahrens bildet nicht mehr der Zuschlagsentscheid, sondern der Abbruch des Verfahrens zur Neuausschreibung. Für die Beschwerdeführerin, die bei einer Fortsetzung des Verfahrens ohne Neuausschreibung realistische Aussichten auf den Zuschlag hätte, ist die Beschwerdelegitimation zu bejahen.

3.

3.1 Gemäss Art. 13 lit. i IVöB dürfen die kantonalen Ausführungsbestimmungen den definitiven Abbruch oder provisorischen Abbruch mit anschliessender Wiederholung des Vergabeverfahrens nur aus wichtigen Gründen zulassen. Dementsprechend sieht § 37 Abs. 1 der (kantonalen) Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) die Möglichkeit eines definitiven und provisorischen Verfahrensabbruchs aus wichtigen Gründen vor und nennt "namentlich", mithin beispielhaft (VGr, 31. Januar 2002, VB.2000.00403, E. 2a = BEZ 2002 Nr. 10; 23. Januar 2003, VB.2002.00258, E. 3a = RB 2003 Nr. 57 [Leitsatz] = BEZ 2003 Nr. 15), vier Fälle, bei welchen dieses Vorgehen gerechtfertigt ist. Ein Verfahrensabbruch unter nachfolgender Neuausschreibung kann nach der Gerichtspraxis auch erforderlich sein, wenn das Verfahren im Widerspruch zum Transparenzgebot steht (vgl. etwa VGr, 20. Dezember 2017, VB.2017.00612, E. 4.4 und E. 5).

Bei der Beurteilung der Frage, ob ein hinreichender sachlicher Grund vorliegt, welcher den Abbruch und die Wiederholung des Vergabeverfahrens rechtfertigt, steht der ausschreibenden Stelle ein nach pflichtgemässen Ermessen auszuübender Spielraum zu, den das Verwaltungsgericht nur auf Rechtsverletzungen hin überprüfen kann (Art. 16 IVöB; § 50 VRG; Martin Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 7/2005, S. 784 ff., insbesondere S. 789; vgl. auch BGE 134 II 192 E. 2.3).

3.2 Weiter ist zu beachten, dass das verwaltungsrechtliche Verfahren zwar von der Untersuchungsmaxime beherrscht ist (§ 7 Abs. 1 VRG); diese wird jedoch durch die Mitwirkungspflicht der am Verfahren Beteiligten (§ 7 Abs. 2 VRG) sowie durch das Rügeprinzip und das Begründungserfordernis eingeschränkt. Aus dem Rügeprinzip folgt, dass sich die beschwerdeführende Partei mit den Erwägungen des angefochtenen Entscheids auseinanderzusetzen hat. Das Verwaltungsgericht darf sich grundsätzlich auf die Prüfung der vorgebrachten Rügen beschränken, soweit der angefochtene Entscheid nicht klare Mängel aufweist (Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Vorbemerkungen zu § 50 N. 9 f., §§ 19–28a N. 31 mit weiteren Hinweisen). Es ist nicht Sache des Gerichts, ohne entsprechende Rügen nach Fehlern im angefochtenen Entscheid zu suchen, soweit darin keine offenkundigen Mängel ersichtlich sind (VGr, 1. Dezember 2016, VB.2016.00660, E. 3.1).

4.

4.1 Die Vorinstanz hatte den Abbruch des Verfahrens aus wichtigen Gründen in ihrer Mitteilung vom 29. November 2019 nur sehr knapp begründet, nämlich mit dem Hinweis, dass sie im Verfahrensablauf Unregelmässigkeiten festgestellt habe.

Dieses Vorgehen stützt sich auf § 38 Abs. 2 SubmV; danach sind Verfügungen im Vergaberecht nur summarisch zu begründen (vgl. auch Art. 13 lit. h IVöB). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999; § 10 Abs. 1 VRG); die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weitergezogen werden können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und damit ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (VGr, 15. November 2018, VB.2018.00450, E. 3.1; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, zur Beschwerdeantwort und damit zur ergänzenden Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren; zudem werden Submissionsverfahren regelmässig ohne Kostenaufgabe zulasten der beschwerdeführenden Partei abgeschrieben, wenn die Beschwerde nach Kenntnisnahme der ergänzenden Begründung der Vergabebehörde zurückgezogen wird.

4.2 Mit der Beschwerde gegen den Verfahrensabbruch wurde nur in pauschaler Weise geltend gemacht, die Ausschreibung sei nicht grundlegend falsch. Wie gesehen durfte sich die Beschwerdeführerin bei Beschwerdeerhebung angesichts der damals erst vorliegenden summarischen Begründung des Abbruchentscheids ohne Rechtsnachteile auf eine solche ebenso knappe und unsubstanzierte Beschwerde beschränken. Indessen hat sie es in der Folge trotz entsprechender Gelegenheit unterlassen, sich mit den ergänzenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin, mit welcher diese die Gründe für den Verfahrensabbruch ausführlich nachreichte, auch nur ansatzweise zu befassen: Sie verwies lediglich auf den mit einem Verfahrensabbruch regelmässig einhergehenden Umstand, dass die Anbieterinnen gewisse Kenntnisse zu den Angebotspreisen hätten und schlug vor, eine erneute Ausschreibung erst auf anfangs 2021 vorzunehmen; sie sei bereit, die Arbeiten durch Verlängerung des bestehenden Vertrags zu übernehmen. Damit fehlt es an jeglicher Auseinandersetzung mit der in der Beschwerdeantwort erfolgten Begründung der angefochtenen Verfügung, weshalb es dem Rechtsmittel der Beschwerdeführerin offenkundig an der notwendigen Substanziierung fehlt.

4.3 Im Übrigen erscheint der Verfahrensabbruch nicht als rechtswidrig: Mit Blick auf das verfahrensrechtliche Transparenzgebot erweist es sich als ungenügend, wenn das Leistungsverzeichnis – wie die Beschwerdegegnerin nachvollziehbar darlegt – teilweise keine Vorausmasse für die anzubietenden Arbeiten genannt hat. Wie die Beschwerdegegnerin unangefochten ausführt, hat dies in den Angeboten zu enormen Unterschieden bei den Angebotspreisen bezüglich einzelner Positionen geführt (S. 6), was als deutliches Indiz für intransparente Vorgaben in der Ausschreibung gewertet werden kann. Zwar lässt sich nicht sagen, beim gegebenen Sachverhalt sei ein Verfahrensabbruch die zwingende Folge der fehlerhaften Ausschreibung gewesen. Unter Beachtung des vorinstanzlichen Ermessens bei der Anwendung von § 37 Abs. 1 SubmV (vgl. vorn E. 3.1) erscheint ein Verfahrensabbruch jedoch als vertretbar. Dafür spricht schliesslich auch der Umstand, dass seinerzeit nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern zwei weitere Anbieterinnen gegen die Vergabe opponiert und Beschwerde erhoben hatten.

4.4 Zusammengefasst erweist sich die Beschwerde als unbegründet und ist sie dementsprechend abzuweisen.

5.

Angesichts der Fehler im Vergabeverfahren rechtfertigt es sich mit Blick auf das Verursacherprinzip, die Gerichtskosten der Beschwerdegegnerin trotz ihres Obsiegens im Beschwerdeverfahren zur Hälfte aufzuerlegen. Die andere Hälfte ist der unterliegenden Beschwerdeführerin zu überbinden (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2). Dementsprechend ist auf die Zusprechung von Parteientschädigungen zu verzichten (§ 17 Abs. 2 VRG).

6.

Da der Wert des infrage stehenden Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 3'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 80.-- Zustellkosten,
Fr. 3'080.-- Total der Kosten.

3. Die Gerichtskosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
 4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.
 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: ...
-