


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2019.00745
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 16.01.2020
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

AUSSCHLUSS VON KÜNFTIGEN
VERGABEVERFAHREN
GEHÖRSVERLETZUNG
GEHÖRSVERWEIGERUNG
HEILUNG
NICHTIGKEIT
RECHTLICHES GEHÖR
SUBMISSION

Rechtliches Gehör bei verfügbarem Ausschluss einer Anbieterin aus künftigen Vergaben.

Beim Ausschluss eines Angebots aus einem konkreten Vergabeverfahren ist eine vorgängige Anhörung nicht stets erforderlich. Allerdings ist ein Verfahrensausschluss Ausfluss der Angebotsbeurteilung und je nach Konstellation müssen Anbieter mit einer solchen Beurteilung rechnen (E. 4.4.1).

Mit einem Ausschlussverfahren für künftige Beschaffungen muss der Anbieter dagegen nicht rechnen, zumal es sich um einen weit grösseren Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen handelt als der Ausschluss aus einem konkreten Vergabeverfahren. Zudem lässt sich der Ausschluss von künftigen Verfahren nicht mehr als Gegenstand des vorhergehenden Beschaffungsverfahrens bezeichnen (E. 4.4.2).

Die Beschwerdeführerin wurde vor Erlass der angefochtenen Verfügung nicht rechtsgenügend angehört (E. 4.5). Dieser Mangel hat nicht die Nichtigkeit der Verfügung zur Folge (E. 4.7).

Es besteht kein Anlass für eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren (E. 4.8).

Gutheissung und Rückweisung.

Verwaltungsgericht
 des Kantons Zürich
 1. Abteilung



Rechtsnormen:

Art. 27 BV
 Art. 29 Abs. II BV
 Art. 19 Abs. II IVöB
 § 4b Abs. I IVöB-BeitrittsG
 § 4b Abs. II IVöB-BeitrittsG

Publikationen:

- keine -

VB.2019.00745

Urteil

der 1. Kammer

vom 16. Januar 2020

Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiber José Krause.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B,

Beschwerdeführerin,

gegen

Stadt Zürich, vertreten durch Stadtrat von Zürich, dieser vertreten durch Rechtsdienst, Hochbaudepartement der Stadt Zürich,

Beschwerdegegnerin,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Mit Beschluss vom 23. Oktober 2019 schloss die Stadt Zürich die A AG für die Dauer von fünf Jahren von künftigen Vergaben aus, falls diese in einem Zusammenhang stehen mit der Aufgabenerfüllung des Amts für Hochbauten zugunsten stadteigener Liegenschaften und/oder der Stadtverwaltung. Das Amt für Hochbauten wurde angewiesen, die A AG bei künftigen Vergaben entsprechend nicht zu berücksichtigen. Die Anordnung erfolgte gestützt auf § 4a Abs. 1 lit. i und k in Verbindung mit § 4b Abs. 1 des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG).

II.

Dagegen gelangte die A AG am 14. November 2019 mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht und beantragte die Aufhebung des Beschlusses, sofern dessen Nichtigkeit nicht festgestellt werde. Eventualiter sei das Verfahren bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Zivilurteils zu sistieren, subeventualiter sei die Dauer des Ausschlusses erheblich zu reduzieren, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Gegenpartei. In verfahrensrechtlicher Hinsicht wurde die Erteilung der aufschiebenden Wirkung beantragt.

Die Stadt Zürich beantragte am 9. Dezember 2019, die Beschwerde vollumfänglich abzuweisen, sofern darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Ausserdem opponierte sie dem Gesuch um Erteilung aufschiebender Wirkung.

Die Kammer erwägt:

1.

Nach § 4b Abs. 2 IVöB-BeitrittsG sind Verfügungen betreffend den Ausschluss einer Anbieterin aus künftigen Vergaben mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht anfechtbar. Da auch die weiteren Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, insbesondere das Erfordernis der Beschwer und des aktuellen schutzwürdigen Interesses (§ 21 Abs. 1 in Verbindung mit § 49 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]), ist auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Im Entscheid vom 23. Oktober 2019 verweist die Beschwerdegegnerin zunächst auf den Werkvertrag, den sie auf der Grundlage eines Vergabeverfahrens mit der Beschwerdeführerin betreffend Heizungs- und Dampfanlagen im Zusammenhang mit den Bauvorhaben am Gebäude C abgeschlossen habe. Den Ausschluss der Beschwerdeführerin von künftigen Vergaben begründete die Beschwerdegegnerin insbesondere damit, dass die Beschwerdeführerin in der Folge fehlerhafte

und vertraglich nicht vereinbarte Dichtungen und Stahlschrauben im Dampfversorgungsnetz eingebaut habe. Es seien vertragswidrige Alternativprodukte verwendet worden. Weiter habe die Ummantelung der Dampfleitungen gefehlt, die Wärme-/Kälteinstallationen seien mangelhaft ausgeführt und die Change-Over-Leitungsrohre mangelhaft montiert worden. Damit habe die Beschwerdeführerin ein mangelhaftes Werk abgeliefert und anerkannte Berufsregeln missachtet. Schliesslich listete die Beschwerdegegnerin weitere "Verfehlungen" im Zusammenhang mit anderen Aufträgen auf.

3.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sehen die Kantone Sanktionen für den Fall der Verletzung der Vergabebestimmungen vor. Im Kanton Zürich sind die Sanktionen des Beschaffungsrechts in § 4b IVöB-BeitrittsG geregelt. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung kann die Vergabestelle einen Anbieter oder eine Anbieterin verwarnen oder in schweren Fällen für die Dauer von bis zu fünf Jahren von künftigen Vergaben der betreffenden Körperschaft ausschliessen.

Diese Massnahmen werden angeordnet, nachdem verwaltungsrechtliche Pflichten verletzt worden sind. Es handelt sich um Sanktionen, die der Staat gegenüber Pflichtigen zur Anwendung bringt, die gegen ihre Pflichten, hier die Einhaltung der Vergabebestimmungen, verstossen haben. Sie haben somit repressiven Charakter (vgl. Tobias Jaag, Verwaltungsrechtliche Sanktionen: Einführung, in: Isabelle Häner/Bernhard Waldmann, Verwaltungsstrafrecht und sanktionierendes Verwaltungsrecht, Zürich 2010, S. 3 f.). Der Ausschluss von künftigen Vergabeverfahren wegen Pflichtverletzungen, die in einem vergangenen Vergabeverfahren begangen wurden, ist als pönaler Rechtsnachteil zu qualifizieren (Jaag, S. 14; VGr, 31. August 2010, VB.2010.00284, E. 2.2).

4.

4.1 Die Beschwerdeführerin wirft dem Stadtrat eine Missachtung ihres rechtlichen Gehörs vor, weil er den angefochtenen Ausschluss verfügt habe, ohne die Beschwerdeführerin vorgängig angehört zu haben.

4.2 Die Vorinstanz verweist in der Beschwerdeantwort darauf, dass weder das kantonale Verwaltungsrechtspflegegesetz noch das kantonale Beschaffungsrecht Vorschriften kennen würden, gestützt auf die eine Partei vor einer beschaffungsrechtlichen Verfügung in einem formellen Verfahren angehört werden müsste. Für den beschaffungsrechtlichen Ausschluss kenne das kantonale Recht auch keine formelle, anfechtbare Verfahreseinleitung oder dergleichen. Abgesehen davon habe die Beschwerdeführerin mehrfach Gelegenheit gehabt, sich zum Sachverhalt zu äussern; sie habe sich geweigert, eine Lösung zusammen mit der Beschwerdeführerin zu finden und es vorgezogen, mit Unterstützung eines Rechtsvertreters den von der Beschwerdegegnerin erstellten Sachverhalt abzustreiten. Sie verweist dazu auf den Bericht des Hochbauamts vom 29. Juli 2019 und dessen Beilagen 20–30. Abgesehen davon könne eine allfällige Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren geheilt werden. Eine Rückweisung würde

einen Leerlauf bedeuten und zu unnötigen Verzögerungen führen. Die Beschwerdeführerin habe im ersten Schriftenwechsel Gelegenheit gehabt, ihren Standpunkt darzustellen und Gründe anzugeben, warum keine Ausschlussgründe vorliegen, was sie jedoch unterlassen habe.

4.3 Beim Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) handelt es sich um das Recht, beim Erlass eines in seine Rechtsstellung eingreifenden Entscheids mitzuwirken, namentlich indem die Behörde die Betroffenen anhört und ihre Vorbringen prüft und in der Entscheidfindung berücksichtigt. Nicht entscheidend ist hierbei der mutmassliche Inhalt der Äusserungen der Betroffenen bzw. ob diese den Entscheid überhaupt hätten beeinflussen können. Die vom Entscheid der Behörde Betroffenen sind vor Erlass des Entscheids anzuhören, wobei grundsätzlich Gelegenheit gegeben werden muss, sich zu allen für den Entscheid wesentlichen Sachfragen äussern zu können (vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich 2016, N. 1001 ff.; BGE 127 I 54 E. 2.b).

4.4

4.4.1 Vorliegend bestehen keine besonderen Umstände, die der Vergabebehörde erlaubten, den Ausschluss ohne vorgängige Anhörung der Beschwerdeführerin im Sinn dieser Rechtsprechung zu verfügen. Zwar trifft es zu, dass eine vorgängige Anhörung nicht stets erforderlich ist, wenn ein Angebot aus einem konkreten Vergabeverfahren ausgeschlossen wird (vgl. dazu Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 198 ff.). Allerdings ist ein Ausschluss aus dem Verfahren lediglich Ausfluss der Angebotsbeurteilung und je nach Konstellation müssen Anbieter mit einer solchen Beurteilung rechnen. Konnten die Betroffenen den Erlass und den möglichen Inhalt einer Verfügung in einem ihnen bekannten laufenden Verfahren voraussehen, müssen die Verwaltungsbehörden ihnen nicht vorgängig von sich aus eine Stellungnahme zum voraussichtlichen Inhalt ermöglichen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, S. 222 Rz. 1011). Zudem kann bei der Beurteilung der Angebote bzw. für die damit einhergehenden Anordnungen oft eine erhebliche Dringlichkeit bestehen, die den Verzicht auf eine vorgängige Anhörung rechtfertigt.

4.4.2 Mit einem Ausschlussverfahren für künftige Beschaffungen muss der Anbieter dagegen nicht rechnen, zumal es sich um einen weit grösseren Eingriff in die Rechtsstellung des Betroffenen handelt als der Ausschluss aus einem konkreten Vergabeverfahren. Die Sanktion des Ausschlusses gemäss § 4b Abs. 1 IVöB-BeitrittsG kann einen schweren Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) der betroffenen Anbieterin bewirken (VGr, 31. August 2010, VB.2010.00284, E. 3.3). Zudem lässt sich der Ausschluss von künftigen Verfahren nicht mehr als Gegenstand des (vorhergehenden) Beschaffungsverfahrens bezeichnen, welches grundsätzlich mit dem Vertragsschluss sein Ende gefunden hat. Dies gilt erst recht nicht in der vorliegenden Konstellation, wo erste Mängel nach Darstellung der Beschwerdegegnerin im Jahr 2016 festgestellt wurden. Der strittige Ausschluss für künftige Vergaben erfolgte über sieben Jahre nach Abschluss des Werkvertrags von Februar 2012.

4.5 Damit ist weiter zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die Beschwerdeführerin vor Erlass der angefochtenen Verfügung im Sinn obiger Rechtsprechung angehört hat. Dies ist aus den folgenden Gründen zu verneinen:

Zwar hat die Beschwerdegegnerin diverse Unterlagen als Korrespondenz zwischen ihr und der Beschwerdeführerin zu den Akten gelegt. Diese Korrespondenz beschlägt jedoch namentlich Abmahnungen und Vorschläge zum weiteren Vorgehen zur Mängelbehebung, Stellungnahmen der Beschwerdeführerin sowie Andeutungen beider Parteien betreffend Geldforderungen bzw. einen möglichen Zivilprozess. Die Korrespondenz enthält dagegen keinerlei Hinweise darauf, dass die Beschwerdegegnerin ein öffentlich-rechtliches Verfahren betreffend Ausschluss aus künftigen Beschaffungen führte oder einen solchen Ausschluss in Betracht zog. Das Thema der Korrespondenz war klarerweise auf die Erfüllung bzw. Schlechterfüllung des Werkvertrags fokussiert, mithin auf die privatrechtliche Auseinandersetzung zwischen den Parteien. Auch der Bericht des städtischen Amtes für Hochbauten vom 29. Juli 2019 enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschwerdegegnerin Absichten für die hoheitliche Anordnung eines Ausschlusses gegenüber der Beschwerdeführerin kommunizierte bzw. dass diese damit zu rechnen gehabt hätte.

4.6 Insgesamt ergibt sich somit, dass für den vom Stadtrat Zürich verfügten Ausschluss der Beschwerdeführerin von künftigen Vergaben für die Dauer von fünf Jahren in Missachtung des Gehörsanspruchs der Beschwerdeführerin erfolgt ist. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet.

4.7 Nach Meinung der Beschwerdeführerin ist der angefochtene Entscheid nicht nur rechtswidrig, sondern als nichtig zu qualifizieren.

4.7.1 Gemäss der bundesgerichtlichen Evidenztheorie ist Nichtigkeit einer Verfügung nicht leichthin, sondern lediglich bei offensichtlichen und besonders schweren Mängeln anzunehmen (BGE 136 II 489 E. 3.3 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts und der Lehre setzt die Nichtigkeit kumulativ die Erfüllung von drei Voraussetzungen voraus: Der anhaftende Mangel muss erstens besonders schwer, zweitens offensichtlich oder zumindest leicht erkennbar sein, und drittens soll die Rechtssicherheit durch die Annahme der Nichtigkeit nicht ernsthaft gefährdet und das berechtigte Vertrauen des Bürgers in die Gültigkeit der Verfügung nicht getäuscht werden. Offenkundig ist der schwere Fehler der Verfügung, wenn er schon dem juristisch nicht geschulten Durchschnittsbürger bzw. Laien auffällt. Nur bei kumulativer Erfüllung aller drei Voraussetzungen führe eine mangelhafte Verfügung zu Nichtigkeit. Als Beispiele nichtiger Verfügungen werden solche genannt, die entweder unsinnig, unverständlich oder unausführbar sind, oder die gegen absolute Verbote der Bundesverfassung oder eines Gesetzes verstossen (zum Ganzen VGr, 9. Februar 2017, VB.2016.00572, E. 3.2; vgl. auch Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1096 ff.).

4.7.2 Die Beschwerdeführerin begründet die geltend gemachte Nichtigkeit konkret insbesondere mit dem Hinweis auf BGE 129 I 361 E. 2.2, in welchem Entscheid ein gerichtliches Säumnisurteil

als nichtig erklärt worden sei, weil der Betroffene als Beklagter in einem Zivilverfahren vom Prozess keine Kenntnis erhalten habe. Ein ähnlich offensichtlicher und besonders schwerer Mangel ist vorliegend nicht gegeben, zumal das Verwaltungsverfahren keine vergleichbare Strenge wie der Zivilprozess (im genannten Urteil des Bundesgerichts betreffend einen Vaterschaftsprozess) kennt, namentlich auch hinsichtlich der Verfahrenseröffnung und -erledigung.

Bleibt es damit bei der Anfechtbarkeit des Stadtratsbeschlusses vom 23. Oktober 2019, so ist zu prüfen, ob die festgestellte Gehörsverletzung im vorliegenden Beschwerdeverfahren geheilt wird.

4.8

4.8.1 Eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs kann ausnahmsweise geheilt werden, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Rechtsmittelinstanz zu äussern, die sowohl den Sachverhalt wie auch die Rechtslage frei überprüfen kann. Unter dieser Voraussetzung ist darüber hinaus selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären (BGE 137 I 195 E. 2.3.2; 136 V 117 E. 4.2.2.2; BGr, 15. April 2016, 6B_1247/2015, E. 2.4.1 mit Hinweisen).

4.8.2 Vorliegend kann offengelassen werden, ob die Gehörsverweigerung als schwer zu qualifizieren ist. Denn zunächst ist entgegen der Auffassung der Vorinstanz festzuhalten, dass die Kognition des Verwaltungsgerichts gegenüber dem Entscheidungsspielraum der Vorinstanz durchaus eingeschränkt ist: Die Rüge der Unangemessenheit ist vor Verwaltungsgericht nicht zulässig (Art. 16 Abs. 2 IVöB, § 50 Abs. 2 VRG). Auch ist vorliegend keine besondere Dringlichkeit ersichtlich, zumal die Beschwerdeführerin glaubhaft erklärt hat, derzeit "sicherlich keine Offerten einzureichen, wenn das Amt für Hochbau, resp. deren verantwortliche Personen ... involviert seien". Schliesslich sind nicht von vornherein solch klare Rechtsverhältnisse ersichtlich, dass die angeordnete Sanktion in ihrer Maximaldauer als zwingende Konsequenz erscheinen würde; eine Rückweisung erscheint nicht als blosser Leerlauf.

Damit besteht zusammengefasst kein genügender Anlass für eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren.

4.9 Dies führt zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids. Im Fall der Weiterführung des Verfahrens durch die Beschwerdegegnerin ist der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme hinsichtlich eines möglichen Ausschlusses für künftige Vergaben zu gewähren. In diesem Sinn ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

5.

Angesichts der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der entsprechenden Gutheissung des Beschwerdeantrags 1 erübrigt sich eine Behandlung der (sub)eventualiter gestellten Begehren um Sistierung des Verfahrens bzw. um Reduktion der Ausschlussdauer. Das Begehren um Gewährung aufschiebender Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

6.

6.1 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. Im Fall der Rückweisung mit offenem Ausgang gilt die beschwerdeführende Partei in der Regel als obsiegend. Dies rechtfertigt es, die Kosten des Beschwerdeverfahrens der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen.

6.2 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. Der Beizug eines Rechtsvertreters war vorliegend gerechtfertigt. Die vorliegend obsiegende Beschwerdeführerin hat deshalb Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung.

7.

Gegen dieses Urteil ist 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 (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen. Ausserdem ist angesichts der Rückweisung davon auszugehen, dass das vorliegende Urteil als Zwischenentscheid nur selbständig angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind.

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. Die Beschwerde wird gutgeheissen und der Beschluss des Stadtrats der Stadt Zürich vom 23. Oktober 2019 aufgehoben. Die Sache wird im Sinn der Erwägungen an den Stadtrat der Stadt Zürich zurückgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 3'500.-; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 70.-- Zustellkosten,
Fr. 3'570.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 3'000.- zu entrichten, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft des vorliegenden 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 ...
-