


VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Rechtsprechung: Entscheiddatenbank

Geschäftsnummer: VB.2021.00230
Entscheidart und -datum: Endentscheid vom 03.06.2021
Spruchkörper: 1. Abteilung/1. Kammer
Weiterzug: Dieser Entscheid ist rechtskräftig.
Rechtsgebiet: Submissionsrecht
Betreff: Submission

Stichworte:

[BEGRÜNDUNGSPFLICHT](#)
[EIGNUNGSKRITERIEN](#)
[HEILUNG](#)
[RECHTLICHES GEHÖR](#)
[SUBMISSION](#)

Rechtsnormen:

Art. 29 Abs. II BV
 Art. 13 lit. h IVöB
 § 22 SubmV
 § 38 Abs. II SubmV
 § 38 Abs. III SubmV
 § 10 Abs. I VRG

Vergabeverfahren betr. Altkleidersammlung; Verletzung der Begründungspflicht.

Publikationen:

- keine -

Das Vergaberecht enthält Sonderregeln zur Begründungspflicht: Das kantonal massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags; der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden. Diesen Widerspruch 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 (E. 3.1.1). Vorliegend hat die Vergabestelle keine Beschwerdeantwort eingereicht und damit diese Gelegenheit zur Begründung ihrer Verfügung nicht ergriffen (E. 3.1.2). Auch aus den Akten ergibt sich nicht, ob die Mitbeteiligte zur Erfüllung der Eignungskriterien in der Lage ist, was von der Beschwerdeführerin in Zweifel gezogen wird (E. 3.2). Die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren sind nicht erfüllt (E. 3.3).

Gutheissung.

Verwaltungsgericht
 des Kantons Zürich
 1. Abteilung



VB.2021.00230

Urteil

der 1. Kammer

vom 3. Juni 2021

Mitwirkend: Abteilungspräsidentin Maja Schüpbach Schmid (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Regina Meier.

In Sachen

A AG, vertreten durch RA B und/oder RA C,

Beschwerdeführerin,

gegen

Gemeinde Männedorf,

Beschwerdegegnerin,

und

E AG,

Mitbeteiligte,

betreffend Submission,

hat sich ergeben:

I.

Mit Verfügung vom 15. März 2021 vergab die Gemeinde Männedorf einen Dienstleistungsauftrag betreffend Altkleidersammlung für die Jahre 2021–2023 mit Verlängerungsoption für insgesamt zwei Jahre im Einladungsverfahren an die E AG, nachdem die beiden eingeladenen Unternehmen eine Offerte eingereicht hatten. Dieses Ergebnis wurde der A AG mit Verfügung vom gleichen Datum mitgeteilt.

II.

Mit Beschwerde vom 29. März 2021 gelangte die A AG an das Verwaltungsgericht und beantragte, den Vergabeentscheid aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen. Eventualiter sei die Vergabeverfügung aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, um die Mitbeteiligte aus dem Verfahren auszuschliessen und den Zuschlag der Beschwerdeführerin zu erteilen. Subeventualiter sei die Vergabeverfügung aufzuheben und die Sache an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen, um den Ausschluss der Mitbeteiligten zu prüfen und um die Vergabe gemäss den im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen bekanntgegebenen Bedingungen zu verfügen. In prozessualer Hinsicht verlangte die Beschwerdeführerin nebst Akteneinsicht, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Vergabestelle.

Mit Präsidialverfügung vom 31. März 2021 wurde der Beschwerdegegnerin ein Vertragsschluss einstweilen untersagt und ihr Frist zur Beschwerdeantwort sowie zur Einreichung der Akten angesetzt. Die Beschwerdegegnerin verzichtete auf Beschwerdeantwort und reichte die Vergabeakten am 26. April 2021 ein. Die Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen.

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 = ZBI 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 des Kantons Zürich zur 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 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959, VRG).

Vorliegend ist die Beschwerdeführerin eine von lediglich zwei Anbieterinnen. Mit ihrer Beschwerde verlangt sie den Ausschluss der Zuschlagsempfängerin. Erwiesen sich ihre Rügen als begründet, hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Ihre Beschwerdelegitimation ist daher zu bejahen.

3.

Die Beschwerdeführerin macht unter dem Titel "Rechtliches Gehör" geltend, sie habe keine ausreichende Begründung des Vergabeentscheids erhalten, müsse jedoch davon ausgehen, dass die Mitbeteiligte die Eignungskriterien nicht vollständig erfülle. Die Mitbeteiligte sei aller Wahrscheinlichkeit nach nicht in der Lage, den Auftrag ohne Beizug von Subunternehmungen auszuführen, und sie erfülle die gestellten Anforderungen an die Qualitätssicherung nicht; beides müsse gemäss den Eignungskriterien in den Ausschreibungsunterlagen zu ihrem Ausschluss führen.

3.1

3.1.1 Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonal massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörden weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 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 diese an die höhere Instanz weiterziehen können. Dazu müssen die wesentlichen Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], Kommentar VRG, 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 Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250).

3.1.2 Das der Beschwerdeführerin zugegangene Absageschreiben hält lediglich fest, dass sie nicht die beste Bewertung erzielt habe. Diese Begründung erfüllt die Voraussetzungen im Sinn von § 38 Abs. 2 SubmV nicht. Zudem hat die Vergabestelle keine Beschwerdeantwort eingereicht und damit diese Gelegenheit zur Erfüllung der Begründungsanforderungen nicht ergriffen.

3.2

3.2.1 Eignungskriterien umschreiben die Anforderungen, die an die Anbietenden gestellt werden, um zu gewährleisten, dass sie zur Ausführung des geplanten Auftrags in der Lage sind (VGr, 17. Februar 2000, VB.1999.00015, E. 6a = RB 2000 Nr. 70 = BEZ 2000 Nr. 25, auch zum Folgenden). Die Vergabebehörde hat nach § 22 SubmV objektive Kriterien und die zu erbringenden Nachweise zur Beurteilung der Eignung der Anbietenden festzulegen (Abs. 1); die Eignungskriterien betreffen insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit der Anbietenden (Abs. 2). Sie müssen sich auf die ausgeschriebene Leistung beziehen. Es dürfen deshalb nur solche Eignungsnachweise verlangt werden, die im Hinblick auf die geforderte Leistung erforderlich sind. Innerhalb dieser Grenzen steht der Vergabebehörde bei der Festlegung, Gewichtung und Bewertung der einzelnen Eignungskriterien ein weiter Ermessensspielraum zu, in den das Verwaltungsgericht nicht eingreifen darf (VGr, 21. September 2012, VB.2012.00243, E. 3.2; 23. Mai 2007, VB.2006.00425, E. 5.1; Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB; vgl. auch § 50 Abs. 2 VRG; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 564).

3.2.2 In den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen werden drei Eignungskriterien festgeschrieben, deren Nichterfüllen zum Ausschluss führe: Es sind dies erstens die fachliche, zweitens die finanzielle und wirtschaftliche sowie drittens die technische und organisatorische Leistungsfähigkeit. Weiter ergibt sich aus den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen auch, dass Arbeitsgemeinschaften und Subunternehmen unzulässig sind. Im Dokument "Fragenkatalog" finden sich Anforderungen bezüglich der von den Anbietenden einzureichenden Unterlagen zur Prüfung der Eignungskriterien.

3.2.3 In den Vergabeakten findet sich ein Dokument "Evaluationsbericht" zum vorliegenden Vergabeverfahren. Hier wird unter dem Titel "Nichterfüllung der Eignungskriterien" festgehalten, dass die Mitbeteiligte wegen fehlenden Nachweises eines QS-Managementsystems aus dem Verfahren auszuschliessen wäre; allerdings werde sie schon im Jahr 2021 das ISO9001-Qualitätsmanagementsystem einführen. Weiter wäre auch die Beschwerdeführerin – allerdings wegen Falschangaben gemäss § 28 lit. b SubmV – auszuschliessen: Sie habe im Fragekatalog die Frage "Befinden Sie sich in einem Schuldbetreibungs- oder Konkursverfahren?" negiert, obwohl der von ihr mitgesandte Betreibungsregisterauszug zwei Betreibungen über minime Beträge

aufweise. Die Vergabestelle habe sich schliesslich mit Blick darauf, dass nur zwei Anbieterinnen zur Erfüllung des Auftrags überhaupt in der Lage seien, dafür entschieden, unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten keine der beiden Anbieterinnen auszuschliessen. Ansonsten hätte die Submission abgebrochen werden müssen, was einen unverhältnismässigen Zusatzaufwand bedeutete.

3.2.4 Die beschwerdegegnerischen Ausführungen, wonach die Mitbeteiligte aktuell über kein zertifiziertes QS-Managementsystem verfüge und gegen die Beschwerdeführerin zwei Betreibungen über Minimalbeträge (zweimal rund Fr. 140.-) eingeleitet worden seien, erweisen sich soweit ersichtlich als korrekt. Weiter stimmt auch der Hinweis, dass die Beschwerdeführerin die beiden Betreibungen offenlegte, indem sie ihrem Angebot einen Betreibungsregisterauszug beilegte. Vor diesem Hintergrund ist allerdings – entgegen der Vergabestelle – nicht von Falschangaben gemäss § 28 lit. b SubmV auszugehen. Hingegen ergibt sich aus den Akten nicht, ob die Mitbeteiligte zur Auftragserfüllung ohne Beizug von Subunternehmen in der Lage ist und ob dies geprüft wurde.

3.3

3.3.1 Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Vergabestelle ihren Entscheid ungenügend begründet hat. Der Anspruch auf Gewährung des rechtlichen Gehörs ist formeller Natur und setzt keinen Nachweis eines materiellen Interesses voraus; eine Gehörsverletzung zieht daher grundsätzlich die Aufhebung der angefochtenen Anordnung nach sich, ungeachtet der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels in der Sache selbst. Gemäss der Rechtsprechung kann aber eine nicht besonders schwerwiegende Verletzung des rechtlichen Gehörs ausnahmsweise als geheilt gelten, wenn die betroffene Person die Möglichkeit erhält, sich vor einer Beschwerdeinstanz zu äussern, die über die gleiche Kognition wie ihre Vorinstanz verfügt. Von einer Rückweisung ist sodann selbst bei einer schwerwiegenden Verletzung des rechtlichen Gehörs abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht vereinbar wären (vgl. VGr, 12. Dezember 2018, VB.2018.00574, E. 3.5 mit weiterem Hinweis; BGE 137 I 195 E. 2.3.2; Alain Griffel, Kommentar VRG, § 8 N. 37 f.).

3.3.2 Vorliegend kann offengelassen werden, ob die Gehörsverweigerung als schwer zu qualifizieren ist. Denn zunächst ist 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, eine solche wurde jedenfalls nicht geltend gemacht. Da der Vergabeentscheid aufgrund der vorliegenden Aktenlage nicht begründet ist, die Kriterien nicht beurteilbar sind – namentlich hinsichtlich des Verbots von Subunternehmen – und ausserdem der beschwerdegegnerische Ermessensspielraum bei der Bewertung von Eignungskriterien zu berücksichtigen ist, erscheint der Ausgang des Vergabeverfahrens als offen und eine Rückweisung somit nicht als blosser Leerlauf.

Damit sind die Voraussetzungen für eine ausnahmsweise Heilung der Gehörsverletzung im Beschwerdeverfahren nicht erfüllt.

3.4 Dies führt zur Gutheissung der Beschwerde bzw. zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids.

4.

Mit dem heutigen Entscheid wird das Gesuch der Beschwerdeführerin um Erteilung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

5.

Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Die Verfahrenskosten sind deshalb der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Sie ist überdies zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Parteientschädigung auszurichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Die Mitbeteiligte hat sich am Verfahren nicht beteiligt und hat keine Kosten zu tragen.

6.

Der mutmassliche Auftragswert entspricht dem Erlös, den die Mitbeteiligte mit der Verwertung der ihr überlassenen Alttextilien voraussichtlich erzielen kann (VGr, 14. Mai 2020, VB.2019.00826, E. 3; 18. Januar 2019, VB.2018.00469, E. 3.1.3). Er übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Lieferungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen [BöB] vom 21. Juni 2019). Gegen dieses Urteil ist daher 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 (Art. 83 lit. f BGG).

Demgemäss erkennt die Kammer:

1. In Gutheissung der Beschwerde wird der Vergabeentscheid vom 15. März 2021 aufgehoben.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
Fr. 2'000.--; die übrigen Kosten betragen:
Fr. 105.-- Zustellkosten,
Fr. 2'105.-- Total der Kosten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.
4. Die Beschwerdegegnerin wird verpflichtet, der Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung von Fr. 2'000.- (inkl. Mehrwertsteuer) zu bezahlen, zahlbar innert 30 Tagen ab Rechtskraft dieses Entscheids.

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 ...
-