

BGer 2C 1060/2022 vom 18. Oktober 2023

Bundesgericht, 2023-10-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_2C_1060_2022

FR: TF 2C 1060/2022 du 18 octobre 2023

IT: TF 2C 1060/2022 del 18 ottobre 2023

Regeste

Submission | Grundrecht

Erwägungen

E. 1

Das Bundesgericht prüft seine Zuständigkeit und die weiteren Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (Art. 29 Abs. 1 BGG) und mit freier Kognition (vgl. BGE 147 I 89 E. 1; 146 II 276 E. 1).

E. 1.1

Nach dem Grundsatz der Einheit des Prozesses gilt der in Art. 83 BGG für bestimmte Sachgebiete statuierte Ausschluss der Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten auch für prozessuale Entscheide. Damit ist gegen einen Nichteintretensentscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nur zulässig, wenn auch ein Entscheid in der Sache mit diesem Rechtsmittel anfechtbar wäre (vgl. BGE 137 I 371 E. 1.1; Urteil 2C_941/2022 vom 25. November 2022 E. 1.1).

E. 1.2

Die Eingabe betrifft eine Angelegenheit des öffentlichen Rechts (Art. 82 lit. a BGG) auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen. Gemäss Art. 83 lit. f BGG in der Fassung vom 1. Januar 2021 (vgl. AS 2020 641 ff., S. 686) ist gegen Entscheide auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen die Beschwerde unzulässig, wenn sich keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Ziff. 1) oder der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags den massgebenden Schwellenwert nach Art. 52 Abs. 1 in Verbindung mit Anhang 4 Ziffer 2 des Bundesgesetzes vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB; SR 172.056.1) nicht erreicht (Ziff. 2). Die beiden Voraussetzungen gelten kumulativ (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2 i.f.; 143 II 120 E. 2.2).

E. 1.2.1

Bei der Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung gemäss Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG muss es sich um eine Rechtsfrage aus dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungsrechts handeln. Die Anwendung rechtsprechungsgemässer Prinzipien auf einen Einzelfall stellt keine Grundsatzfrage dar. Der blosser Umstand, dass die aufgeworfene Rechtsfrage noch nie entschieden worden ist, genügt nicht. Es muss sich um eine Rechtsfrage handeln, deren Entscheid für die Praxis wegleitend sein kann und die von ihrem Gewicht her nach einer höchstrichterlichen Klärung ruft (vgl. BGE 143 II 425 E. 1.3.2; 141 II 14 E. 1.2.2.1). Zudem muss es sich bei den Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung um Fragen handeln, die für die Lösung des konkreten Falles erheblich sind (vgl. BGE 139 III 209 E. 1.2; 139 III 182 E. 1.2). Eine Frage, die zwar an sich von grundsätzlicher Bedeutung wäre,

aber den Ausgang des Verfahrens nicht zu beeinflussen vermag, führt nicht zum Eintreten, denn an der abstrakten Erörterung einer Rechtsfrage besteht kein Rechtsschutzinteresse (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.3; Urteil 2C_1055/2022 vom 21. Juli 2023 E. 1.2). Im Rahmen ihrer Begründungspflicht nach Art. 42 Abs. 2 BGG haben die Beschwerdeführerinnen darzutun, dass die Voraussetzung erfüllt ist (vgl. BGE 146 II 276 E. 1.2.1; 143 II 425 E. 1.3.2).

E. 1.2.2

Die Beschwerdeführerinnen unterbreiten dem Bundesgericht die Frage, ob eine kantonale Beschwerdeinstanz entgegen dem Wortlaut von Art. 16 Abs. 2 der (vormaligen) Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB 2001; SR 172.056.5; AS 2003 196 ff.; vgl. auch § 1 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 15. September 2003 über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 [LS 720.1]) im Rahmen der Überprüfung eines Zuschlags eigenes Ermessen ausüben dürfe und gestützt darauf die Vergabebehörde verbindlich anweisen könne, wem der Zuschlag in einem Submissionsverfahren zu erteilen sei, sodass der Vergabebehörde die Ermessensausübung versagt würde.

E. 1.2.3

Die von den Beschwerdeführerinnen aufgeworfene Frage ist geklärt: Das Bundesgericht hat im Zusammenhang mit der Kompetenz der Beschwerdeinstanz, ein reformatorisches Urteil zu fällen, festgehalten, dass die kantonale Beschwerdeinstanz den Ermessensspielraum der Vergabebehörde grundsätzlich jederzeit zu beachten hat. Denn eine Überprüfung der Angemessenheit einer Zuschlagsverfügung ist nicht vorgesehen (vgl. Art. 16 Abs. 2 IVöB 2001). Im Lichte von Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 IVöB 2001 hat die Beschwerdeinstanz ihre Kompetenz, im Sinne von Art. 18 Abs. 1 IVöB 2001 reformatorisch zu urteilen, nur mit Zurückhaltung wahrzunehmen und die Angelegenheit im Grundsatz an die Vergabebehörde zurückzuweisen. Durch einen eigenen Zuschlag würde sie andernfalls zu stark in das Ermessen der Vergabebehörde eingreifen. Mit anderen Worten hat eine Aufhebung des Vergabeentscheids angesichts des grossen Ermessensspielraums der Vergabebehörden folglich regelmässig eine Rückweisung an die Vergabebehörde mit einer verbindlichen Anordnung der kantonalen Beschwerdeinstanz zur Folge. Die Kompetenz der Beschwerdeinstanz, ein reformatorisches Urteil zu fällen, hat sie ausschliesslich in Konstellationen anzuwenden, die hinreichend geklärt sind. Eine solche Konstellation liegt namentlich vor, wenn am Vergabeverfahren lediglich zwei Anbieterinnen teilnehmen oder der Zuschlag ohne Weiteres an die nächstbesser platzierte Anbieterin erteilt werden kann, da keine weiteren Anbieterinnen für den Zuschlag infrage kommen (vgl. BGE 146 II 276 E. 6.2.1).

E. 1.2.4

Im vorliegenden Vergabeverfahren haben zwei Anbieterinnen teilgenommen. Die Frage, ob die Beschwerdeinstanz anstelle eines reformatorischen Entscheids auch die Vergabebehörde im Rahmen eines Rückweisungsentscheids verbindlich anweisen darf, einer bestimmten Anbieterin den Zuschlag zu erteilen, betrifft die Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall. Überdies bezieht sich die Frage nicht auf den vorliegend angefochtenen Nichteintretensentscheid vom 29. November 2022. Sie richtet sich vielmehr gegen den Rückweisungsentscheid vom 25. Juli 2022. Dieser Rückweisungsentscheid ist

indes Gegenstand des bundesgerichtlichen Verfahrens 2D_28/2022 und nicht Anfechtungsobjekt des vorliegenden Verfahrens (vgl. auch E. 1.3.3 hiernach). Die Klärung der aufgeworfenen Frage vermag den Ausgang des vorliegenden Verfahrens daher nicht zu beeinflussen. Die Beschwerdeführerinnen werfen demnach keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung im Sinne von Art. 83 lit. f Ziff. 1 BGG auf, weshalb auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht einzutreten ist.

E. 1.3

Die Beschwerdeführerinnen reichen im Weiteren fristgerecht eine subsidiäre Verfassungsbeschwerde im Sinne von Art. 113 BGG ein (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 100 Abs. 1 BGG).

E. 1.3.1

Das Rechtsmittel richtet sich gegen einen kantonal letztinstanzlichen (Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 1 lit. d BGG), verfahrensabschliessenden (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 90 BGG) Nichteintretensentscheid eines oberen Gerichts (Art. 114 BGG i.V.m. Art. 86 Abs. 2 BGG). Nach Art. 115 BGG ist zur Verfassungsbeschwerde berechtigt, wer vor der Vorinstanz am Verfahren teilgenommen oder keine Möglichkeit zur Teilnahme erhalten hat (lit. a) und ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids hat (lit. b).

E. 1.3.2

Die Voraussetzung von Art. 115 lit. a BGG ist erfüllt, da die Beschwerdeführerinnen bereits als beschwerdeführende Parteien am vorinstanzlichen Verfahren teilgenommen haben. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden eine Rechtsverweigerung nach Art. 29 Abs. 1 BV und rügen eine Verletzung der Rechtsweggarantie von Art. 29a BV , da die Vorinstanz zu Unrecht auf die (kantonale) Beschwerde vom 21. Oktober 2022 nicht eingetreten sei. In diesem Zusammenhang haben die Beschwerdeführerinnen ohne Weiteres ein rechtlich geschütztes Interesse an der Aufhebung des angefochtenen Nichteintretensentscheids (Art. 115 lit. b BGG).

E. 1.3.3

Das Anfechtungsobjekt der subsidiären Verfassungsbeschwerde bildet der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid. Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, beschränkt sich der Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens grundsätzlich auf die Eintretensfrage (vgl. Urteile 2C_358/2022 vom 22. August 2022 E. 1.3; 2C_887/2017 vom 23. März 2021 E. 3). Im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren ist daher lediglich zu klären, ob die Vorinstanz mit Verfügung vom 29. November 2022 zu Recht auf die (kantonale) Beschwerde vom 21. Oktober 2022 gegen die Zuschlagsverfügung der Vergabebehörde vom 5. Oktober 2022 nicht eingetreten ist.

E. 1.3.4

Als zulässig erweisen sich im Lichte des Streitgegenstands der Aufhebungsantrag zusammen mit den Rügen der Verletzung von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 29a BV . Sämtliche weiteren Anträge und Rügen der Beschwerdeführerinnen, die alle auf die materielle Beurteilung der Angelegenheit abzielen, gehen über den Streitgegenstand hinaus. Dies betrifft sowohl die mit dem Rechtsmittel vom 27. Dezember 2022 gestellten Eventual- (Zuschlagserteilung) und Subeventualanträge (Verfahrensausschluss und Zuschlagserteilung) als auch die mit Eingabe vom 6. März 2023 nachträglich gestellten

Anträge (Kündigung und Feststellung der Nichtigkeit des Vertrags sowie Feststellung der Widerrechtlichkeit des Zuschlags). Auf diese Anträge ist nicht einzutreten und die dazugehörigen Rügen sind nicht zu behandeln.

E. 1.4

Auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist einzutreten, soweit die Beschwerdeführerinnen die Aufhebung der Verfügung vom 29. November 2022 (Nichteintretensentscheid) beantragen.

E. 2

Mit der subsidiären Verfassungsbeschwerde kann einzig die Verletzung verfassungsmässiger Rechte gerügt werden (Art. 116 BGG). Die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten prüft das Bundesgericht aber nur insofern, als eine solche Rüge in der Beschwerde vorgebracht und ausreichend begründet worden ist (Art. 117 BGG i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG ; vgl. BGE 143 II 283 E. 1.2.2 ; 139 I 229 E. 2.2). Diese qualifizierte Rüge- und Begründungsobliegenheit nach Art. 106 Abs. 2 BGG verlangt, dass in der Beschwerde klar und detailliert anhand der Erwägungen des angefochtenen Entscheids dargelegt wird, inwiefern verfassungsmässige Rechte verletzt worden sein sollen (vgl. BGE 143 I 1 E. 1.4; 133 II 249 E. 1.4.2). Seinem Urteil legt das Bundesgericht den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 118 Abs. 1 BGG).

E. 3

Die Beschwerdeführerinnen machen eine Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV geltend und rügen eine Verletzung der Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV .

E. 3.1

Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz habe mit Urteil vom 25. Juli 2022 die Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2021 aufgehoben und die Angelegenheit an die Vergabebehörde zurückgewiesen. Die Vergabebehörde habe in der Folge am 5. Oktober 2022 eine neue, eigenständige Zuschlagsverfügung zur Regelung einer konkreten verwaltungsrechtlichen Beziehung erlassen. Diese Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2022 müsse einer inhaltlichen Überprüfung durch die Beschwerdeinstanz zugänglich sein. Die vorinstanzliche Weigerung, die Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2022 materiell zu überprüfen, verstosse gegen das Verbot der formellen Rechtsverweigerung und beschränke den Zugang zum Gericht, was den Vorgaben der Rechtsweggarantie entgegenstehe. Der Nichteintretensentscheid vom 29. November 2022, so die Beschwerdeführerinnen folgernd, sei daher verfassungswidrig.

E. 3.2

Die Vorinstanz erwägt, sie erteile in den Vergabeverfahren praxisgemäss den Zuschlag nicht selbst, wenn sie eine Beschwerde gutheisse und den Zuschlag aufhebe, sondern weise die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Vergabebehörde zurück. Hintergrund dieser Praxis, so die Vorinstanz, sei, dass dem Verwaltungsgericht im Entscheidzeitpunkt nicht bekannt sei, ob mit dem Zuschlag allenfalls Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen - z.B. mit Bezug auf die durch das Beschwerdeverfahren verzögerte Terminplanung - zu verbinden seien. Ein weiterer (Ermessens-) Spielraum stehe der Vergabebehörde bei der Zuschlagserteilung allerdings nicht zu. Materiell sei die Sache mit Urteil vom 25. Juli 2022 im kantonalen Verfahren VB.2021.00859 abschliessend beurteilt (vgl. E. 3.1 der angefochtenen Verfügung), weshalb auf das Rechtsmittel gegen die

Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2022 nicht einzutreten sei (vgl. E. 3.5 der angefochtenen Verfügung).

E. 3.3

Gemäss Art. 29 Abs. 1 BV hat jede Person in den Verfahren vor den Gerichtsinstanzen Anspruch auf eine gleiche und gerechte Behandlung sowie auf eine Beurteilung innert angemessener Frist, während laut Art. 29a BV jede Person bei Rechtsstreitigkeiten Anspruch auf eine Beurteilung durch eine richterliche Behörde hat.

E. 3.3.1

Aus Art. 29 Abs. 1 BV fliesst als Teilgehalt das Verbot der formellen Rechtsverweigerung. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt, obschon sie - trotz Vorliegens der Sachurteilsvoraussetzungen - darüber befinden müsste (vgl. BGE 144 II 184 E. 3 ; 141 I 172 E. 5; Urteile 2C_651/2019 und 2C_700/2019 vom 21. Januar 2020 E. 5.1.1 i.f.).

E. 3.3.2

Die Rechtsweggarantie gemäss Art. 29a BV vermittelt einen individualrechtlichen Anspruch auf einen gerichtlichen Rechtsschutz - mithin auf eine Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle. Voraussetzung dafür ist das Vorliegen einer Rechtsstreitigkeit. Das Bundesgericht legt den Begriff der Rechtsstreitigkeit dahin aus, dass die Streitigkeit im Zusammenhang mit einer individuellen, schützenswerten Rechtsposition stehen muss (vgl. BGE 149 I 146 E. 3.3.1 ; 144 I 181 E. 5.3.2.1).

E. 3.3.3

Die Rechtsweggarantie gibt deshalb keinen Anspruch darauf, dass jedermann jedes staatliche Handeln ungeachtet prozessualer Vorschriften auf seine Rechtmässigkeit hin überprüfen lassen kann. Der von Art. 29a BV garantierte Rechtsweg besteht nur im Rahmen der jeweils geltenden Verfahrensordnung und verbietet es nicht, das Eintreten auf ein Gesuch, ein Rechtsmittel oder eine Klage von den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen abhängig zu machen. Insbesondere ist es zulässig, einen Entscheid an das Vorliegen eines praktischen und aktuellen Rechtsschutzinteresses zu knüpfen (vgl. BGE 139 II 185 E. 12.4; Urteil 2C_95/2021 vom 27. August 2021 E. 4.2).

E. 3.4

Nach dem soeben Ausgeführten darf die kantonale Beschwerdeinstanz im Lichte von Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 29a BV das Eintreten auf eine Beschwerde von den üblichen Sachurteilsvoraussetzungen abhängig machen.

E. 3.4.1

Vorliegend hat die Vorinstanz mit Urteil vom 25. Juli 2022 des kantonalen Verfahrens VB.2021.00859 die Zuschlagsverfügung vom 17. Dezember 2021 hinsichtlich der Teilleistung 2 aufgehoben und die Angelegenheit an die Vergabebehörde zurückgewiesen, um den Zuschlag in diesem Umfang den Beschwerdegegnerinnen zu erteilen (vgl. Bst. A.b hiervor). Der Rückweisungsentscheid vom 25. Juli 2022 belässt der Vergabebehörde bei der Frage, welcher der beiden Anbieterinnen der Zuschlag betreffend die Teilleistung 2 zu erteilen ist, keinen Ermessensspielraum (vgl. auch Urteil 2D_28/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 1.2.1). Mit Blick auf die Frage der Zuschlagserteilung liegt ein Endentscheid im

Sinne von Art. 90 BGG vor (vgl. auch BGE 138 I 143 E. 1.2). Soweit die Beschwerdeführerinnen mit der vorinstanzlichen Beurteilung des Zuschlags betreffend die Teilleistung 2 nicht einverstanden sind, haben sie gegen den Rückweisungsentscheid vom 25. Juli 2022 vorzugehen, worin die Frage des Zuschlags abschliessend beurteilt wird. Dies haben die Beschwerdeführerinnen denn auch gemacht (vgl. Bst. A.b f. hiervor). An der Aufhebung oder Änderung der Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2022, mit der die Vergabebehörde in Nachachtung des Rückweisungsentscheids vom 25. Juli 2022 den Zuschlag den Beschwerdegegnerinnen erteilt, haben die Beschwerdeführerinnen kein schutzwürdiges Interesse mehr.

E. 3.4.2

Ausserdem gilt nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, dass ein Rückweisungsentscheid nach den allgemeinen Grundsätzen nicht nur für die erste Instanz verbindlich ist, sondern auch von der rückweisenden Rechtsmittelinstanz später nicht mehr infrage gestellt werden kann (vgl. BGE 143 III 290 E. 1.5; 135 III 334 E. 2). Dementsprechend ist der Rückweisungsentscheid vom 25. Juli 2022, mit dem die Frage der Zuschlagserteilung betreffend die Teilleistung 2 beurteilt wurde, nicht nur für die Vergabebehörde verbindlich, sondern kann ebenso von der Vorinstanz nicht mehr geändert werden. Mit Blick auf die Frage der Zuschlagserteilung betreffend die Teilleistung 2 können die Beschwerdeführerinnen mit einem Rechtsmittel gegen die Zuschlagsverfügung vom 5. Oktober 2022 daher kein anderslautendes Urteil erwirken. Folglich fehlt ihnen auch aus diesem Grund das Interesse an der Beschwerdeerhebung.

E. 3.4.3

Nach dem Dargelegten fehlte es den Beschwerdeführerinnen im vorinstanzlichen Verfahren an einer (üblichen) Sachurteilsvoraussetzung (vgl. auch Art. 89 Abs. 1 BGG i.V.m. Art. 111 Abs. 1 BGG). Die Vorinstanz prüfte die Beanstandungen der Beschwerdeführerinnen mit Blick auf die Erteilung des Zuschlags hinsichtlich der Teilleistung 2 bereits im kantonalen Verfahren VB.2021.00859 frei (vgl. Bst. A.b hiervor; vgl. auch Urteil 2D_28/2022 vom 18. Oktober 2023). Der individualrechtliche Anspruch nach Art. 29a BV auf eine Beurteilung durch eine richterliche Behörde mit voller Sachverhalts- und Rechtskontrolle ist damit gewährleistet. Dass dieselben Anträge und Rügen im kantonalen Verfahren VB.2022.00638 nicht erneut durch die Vorinstanz geprüft wurden, ist mit der Rechtsweggarantie daher vereinbar. Da den Beschwerdeführerinnen das Rechtsschutzinteresse an ihrer vorinstanzlichen Beschwerde vom 21. Oktober 2022 - mithin eine Sachurteilsvoraussetzung - fehlte, beging die Vorinstanz mit ihrem Nichteintretensentscheid vom 29. November 2022 auch keine formelle Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV.

E. 4

Im Ergebnis erweist sich die subsidiäre Verfassungsbeschwerde als unbegründet, weshalb sie abzuweisen ist, soweit darauf eingetreten wird. Auf die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten ist nicht einzutreten. Bei diesem Verfahrensausgang tragen die Beschwerdeführerinnen die Gerichtskosten zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung (Art. 66 Abs. 1 und Abs. 5 BGG). Die Beschwerdeführerinnen haben den Beschwerdegegnerinnen für das bundesgerichtliche Verfahren eine Parteientschädigung zu gleichen Teilen und unter solidarischer Haftung auszurichten (Art. 68 Abs. 1 und Abs. 4 BGG), nicht hingegen der Vergabebehörde (Art. 68 Abs. 3 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.