

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00436 vom 5. September 2012

ZH Verwaltungsgericht, 2012-09-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2012.00436

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00436 du 5 septembre 2012

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2012.00436 del 5 settembre 2012

Regeste

Submission | Begehren um Erteilung der aufschiebenden Wirkung und um Anordnung von Massnahmen zur Verhinderung der Vertragsvollziehung. Frage des verfrühten Vertragsschlusses. Mit ihrer neuerlichen Eingabe begründet die Beschwerdeführerin ihre Auffassung, wonach der Vertrag verfrüht abgeschlossen worden sei, neu unter Bezugnahme auf die Beschwerdemöglichkeit anderer nicht berücksichtigter Anbieter (E. 2.4). Mit Bezug auf die Beschwerdeführerin erscheint der Vertrag nicht als verfrüht abgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin musste nicht damit rechnen, dass die Beschwerdeführerin nachträglich ein Gesuch um aufschiebende Wirkung stellen würde (E. 2.8). Mit Bezug auf die übrigen Anbieter erscheint ein verfrühter Vertragsschluss zwar möglich. Diese übrigen Anbieter haben indessen keine Beschwerde erhoben und sich demnach mit ihrer Nichtberücksichtigung abgefunden; der Zuschlagsentscheid ist mit Bezug auf diese übrigen Anbieter in Rechtskraft erwachsen. Damit erscheint der allfällige Mangel eines verfrühten Vertragsschlusses ohne Weiteres als geheilt. Die (zuvor erfolgte) Beschwerdeerhebung durch die Beschwerdeführerin ändert an dieser Heilung nichts (E. 2.8.1). Eine andere Betrachtungsweise würde nur dann Platz greifen, wenn ein verfrüht abgeschlossener Vertrag als nichtig zu qualifizieren wäre. Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten. Demnach wäre die Nichtigkeit des in Frage stehenden Vertrags zwischen Beschwerdegegnerin und Mitbeteiligter auch im vorliegenden Verfahren zu beachten. Eine Nichtigkeit des verfrühten Vertragsschlusses im Beschaffungswesen ist indessen nur vereinzelt verfochten worden. Herrschende Lehre und Rechtsprechung lehnen die Rechtsfolge der Nichtigkeit ab. Die gegen die Annahme der Nichtigkeit vorgebrachten Argumente sind überzeugend; es besteht kein Anlass, um von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abzuweichen (E. 2.8.2). Abweisung, soweit auf das Gesuch eingetreten wird.

Erwägungen

E. 1

Der Beschwerde gegen Vergabeentscheide kommt nach Art. 17 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) keine aufschiebende Wirkung zu; diese kann aber erteilt werden, wenn die Beschwerde als ausreichend begründet erscheint und keine überwiegenden öffentlichen oder privaten Interessen entgegenstehen (Art. 17 Abs. 2 IVöB).

E. 2.1

Die Begehren der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung und um Anordnung von Massnahmen zur Verhinderung der Vertragsvollziehung zielen darauf

ab, den allfälligen Zuschlag an sie zu sichern. Nach erfolgtem Vertragsschluss besteht jedoch grundsätzlich nur noch ein Anspruch auf Feststellung der allfälligen Widerrechtlichkeit der Vergabe. Von diesem Grundsatz kann abgewichen werden, wenn sich der Vertragsschluss als verfrüht erweist.

E. 2.2

Der Vertrag mit der Anbieterin darf nach dem Zuschlag nach Ablauf der Beschwerdefrist abgeschlossen werden, es sei denn, die Beschwerdeinstanz habe der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt (Art. 14 Abs. 1 IVöB). Zudem gilt ein Vertragsschluss als verfrüht, solange die Vergabebehörde noch damit rechnen muss, dass eine Beschwerde eingeht oder einer eingegangenen Beschwerde die aufschiebende Wirkung erteilt wird.

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin ist in der Beschwerde – trotz mangelhafter Eröffnung – selbst davon ausgegangen, die 10-tägige Beschwerdefrist habe ab Zustellungsdatum (27. Juni 2012) zu laufen begonnen. In den ergänzenden Eingaben wird anerkannt, dass die Beschwerdefrist am 9. Juli 2012 abgelaufen ist. Anzumerken ist, dass gemäss § 38 Abs. 1 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) die Vergabestelle die Entscheide in erster Linie mittels Zustellung und bloss zusätzlich als Publikation eröffnet (vgl. § 35 SubmV). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ist für den Fristenlauf primär auf die Zustellung abzustellen (RB 2005 Nr. 40 = VB.2004.00477, E. 3.4 f.) Gegenüber einem ausländischen Anbieter, der in der Schweiz kein Zustelldomizil hat, kann dies aber nicht gelten. Für ihn kann als massgebliche Eröffnung nur die Publikation gelten. Diese erfolgte hier in SIMAP und im Amtsblatt am 29. Juni 2012, und zwar an beiden Stellen mit zutreffender Rechtsmittelbelehrung. Auch daraus ergibt sich, dass die Frist für die Beschwerdeführerin am 9. Juli 2012 abgelaufen ist. Im Entscheid vom 20. Juli 2012 hat das Verwaltungsgericht erwogen, dass der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten am 10. Juli 2012 erfolgt und damit das formale Kriterium von Art. 14 Abs. 1 IVöB erfüllt sei. Sodann habe die Beschwerdegegnerin im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits Kenntnis vom Beschwerdeeingang und von der ersten Präsidialverfügung vom 9. Juli 2012 gehabt. Die Beschwerdegegnerin habe nicht damit rechnen müssen, dass die Beschwerdeführerin ihre Eingabe vom 4. Juli 2012 innert der Beschwerdefrist mit dem Begehren um aufschiebende Wirkung ergänzen würde, was denn auch innert Frist nicht erfolgt ist. Das Gericht folgerte daraus, dass der Standpunkt der Beschwerdeführerin, wonach der Vertragsschluss zu früh erfolgt sei, kaum Aussicht auf Erfolg habe. Zumindest nach dem Vertragsschluss habe deshalb die Beschwerde mit Bezug auf das sinngemässe Hauptbegehren (Aufhebung des Zuschlagsentscheids), kaum noch Aussicht auf Erfolg. Infolgedessen erscheine das sinngemässe Hauptbegehren als aussichtslos. Demnach seien die Voraussetzungen für eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung und von Folgemassnahmen, wie sie die Beschwerdeführerin mit ihrer Eingabe vom 17. Juli 2012 zur Sicherung eines allfälligen Zuschlags an sie verlangt habe, nicht gegeben.

E. 2.4

Mit ihrer Eingabe vom 13. August 2012 begründete die Beschwerdeführerin ihre Auffassung, wonach der Vertrag verfrüht abgeschlossen worden sei, neu unter Bezugnahme auf die Beschwerdemöglichkeit anderer nicht berücksichtigter Anbieter: Deren Beschwerden hätten noch bis am 12. Juli 2012 beim Gericht eintreffen können. Die Beschwerdegegnerin habe frühestens ab ca. 14. Juli 2012 davon ausgehen können, dass

neben der Beschwerdeführerin nicht noch ein anderer Anbieter eine Submissionsbeschwerde einreichen würde. Ein Vertragsschluss vom 10. Juli 2012 erweise sich daher als verfrüht und könne keine Rechtswirkungen entfalten.

E. 2.5

Vorweg ist – im Einklang mit der Auffassung der Beschwerdeführerin – festzuhalten, dass ihre (ohne Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung erhobene) Beschwerde selbstverständlich keinen Einfluss hatte auf die Frage, ob die Beschwerdegegnerin mit Beschwerden anderer Anbieter noch rechnen musste; die Abschlussbefugnis trat erst ein, wenn mit keiner weiteren Beschwerde zu rechnen war. Dennoch braucht im vorliegenden Verfahren – wie die weiteren Erwägungen zeigen – nicht geklärt zu werden, ob der Vertragsschluss infolge einer noch möglichen Beschwerdeerhebung durch andere Anbieter verfrüht war.

E. 2.6

In Literatur und Rechtsprechung werden verschiedene Antworten diskutiert auf die Frage, welches rechtliche Schicksal den verfrüht abgeschlossenen Vertrag zwischen der Vergabebehörde und den mit der Zuschlagsverfügung berücksichtigten Anbieter ereilen soll. Auf der einen Seite des Meinungsspektrums liegt die Annahme, dass ein abgeschlossener Beschaffungsvertrag nie an vergaberechtlichen Mängeln leiden könne; demnach fällt eine Aufhebung des Zuschlags ausser Betracht und kann es im Anfechtungsverfahren nur mehr um die Frage der Rechtmässigkeit des Zuschlags gehen. Diametral entgegengesetzt ist die Auffassung, wonach der verfrüht abgeschlossene Vertrag nichtig sei. Dazwischen liegen verschiedene Auffassungen, die im Wesentlichen gemein haben, dass der verfrüht abgeschlossene Vertrag an einem heilbaren Mangel leidet (zum Ganzen: BGr, 11. Juni 2010, 2C_339/2010 und 2C_434/2010, E. 2.3.4.2 mit Hinweisen; VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 4; Martin Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? In: AJP 2000, S. 1141 ff.; Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2620 ff., 2625). Kerngehalt der verschiedenen Auffassungen eines heilbaren Mangels ist der Folgende: Will sich ein nicht berücksichtigter Anbieter auf dem Rechtsmittelweg gegen den Zuschlag wehren, so soll diesem Anbieter der wirksame Rechtsschutz nicht deshalb verbaut sein, weil die Vergabebehörde den Beschaffungsvertrag verfrüht abgeschlossen hat. Erhebt der Anbieter allerdings keine Beschwerde, so besteht kein Grund, um dem verfrüht abgeschlossenen Vertrag weiter als vergaberechtswidrig zu behandeln; der Mangel ist vielmehr geheilt (vgl. Beyeler, Geltungsanspruch, Rz. 2625).

E. 2.7

Soweit ersichtlich finden sich in Literatur und Rechtsprechung keine expliziten Hinweise zur Rechtslage beim Vorhandensein verschiedener nicht berücksichtigter Anbieter. Bei den gerichtlichen Überprüfungen stellte sich jeweils bloss die Frage nach dem Vorgehen bei Beschaffungsverträgen, die (auch) mit Bezug auf die Anfechtungsmöglichkeit der beschwerdeführenden Partei verfrüht abgeschlossen wurden. Ob ein Beschaffungsvertrag verfrüht abgeschlossen wurde, ist denn auch mit Bezug auf jeden nicht berücksichtigten Anbieter individuell zu beurteilen: In Betracht für die Beurteilung der zeitlichen Zulässigkeit des Vertragsschlusses fällt primär der fristauslösende Zeitpunkt der jeweiligen Eröffnung, dann aber auch Parteiäusserungen wie etwa eine allfällige Verzichtserklärung auf eine Ergreifung des Rechtsmittels oder – wie vorliegend – eine Beschwerdeführung,

ohne gleichzeitig ein Begehren um aufschiebende Wirkung zu stellen.

E. 2.8

Wie gesehen, erscheint der Vertrag mit Bezug auf die Beschwerdeführerin nicht als verfrüht abgeschlossen. Die Beschwerdegegnerin musste nicht damit rechnen, dass die Beschwerdeführerin nachträglich ein Gesuch um aufschiebende Wirkung stellen würde.

E. 2.8.1

Mit Bezug auf die übrigen Anbieter erscheint ein verfrühter Vertragsschluss hier zwar möglich, da am 10. Juli 2012 allenfalls noch mit dem Eingang von Beschwerden zu rechnen war. Diese übrigen Anbieter haben indessen keine Beschwerde erhoben und sich demnach mit ihrer Nichtberücksichtigung abgefunden; der Zuschlagsentscheid ist mit Bezug auf diese übrigen Anbieter in Rechtskraft erwachsen. Damit erscheint der allfällige Mangel eines verfrühten Vertragsschlusses ohne Weiteres als geheilt. Die (zuvor erfolgte) Beschwerdeerhebung durch die Beschwerdeführerin ändert an dieser Heilung nichts. Aus dem Verhältnis zwischen der Vergabebehörde und anderen erfolglosen Anbietern vermöchte die Beschwerdeführerin im Übrigen ohnehin nichts zu ihren Gunsten abzuleiten.

E. 2.8.2

Eine andere Betrachtungsweise würde nur dann Platz greifen, wenn ein verfrüht abgeschlossener Vertrag als nichtig zu qualifizieren wäre. Nichtigkeit ist jederzeit und von sämtlichen staatlichen Instanzen von Amtes wegen zu beachten (vgl. etwa Pierre Tschannen/Ulrich Zimmerli/Markus Müller, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. A., Bern 2009, § 31 Rz. 14 mit Hinweisen). Demnach wäre die Nichtigkeit des in Frage stehenden Vertrags zwischen Beschwerdegegnerin und Mitbeteiligter auch im vorliegenden Verfahren zu beachten. Eine Nichtigkeit des verfrühten Vertragsschlusses im Beschaffungswesen ist indessen nur vereinzelt verfochten worden. Herrschende Lehre und Rechtsprechung lehnen die Rechtsfolge der Nichtigkeit ab (vgl. Beyeler, AJP 2000, S. 1142 ff.; Peter Gauch, Der verfrüht abgeschlossene Beschaffungsvertrag, in BR 2003, S. 3 ff.; Manuela Gebert, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 371, Fn. 62; Martin Beyeler/Hubert Stöckli, Rechtsprechung aus den Jahren 2010-2012, in: Aktuelles Vergaberecht, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 131-134). Die gegen die Annahme der Nichtigkeit vorgebrachten Argumente sind überzeugend; es besteht kein Anlass, um von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung abzuweichen.

E. 2.9

Zusammenfassend bleibt es damit im Ergebnis bei der Beurteilung, wie sie das Gericht im Beschluss vom 20. Juli 2012 vorgenommen hat. Mit Bezug auf die Beschwerdeführerin erscheint der Vertragsschluss nicht als verfrüht. Der allfällige Mangel eines verfrühten Vertragsschlusses mit Bezug auf die anderen erfolglosen Anbieter erscheint angesichts deren unterbliebenen Anfechtung als geheilt. Mit dem Abschluss des Vertrags bleibt die Beschwerdeführerin auf den Sekundärrechtsschutz verwiesen. Vor diesem Hintergrund muss das inzwischen verdeutlichte Hauptbegehren (Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin) bei vorläufiger Prüfung als aussichtslos bezeichnet werden. Demnach ist mit Bezug auf das Hauptbegehren das Vorliegen einer ausreichenden Begründung im Sinn von Art. 17 Abs. 2 IVöB zu verneinen. Die Voraussetzungen für eine Gewährung der aufschiebenden Wirkung und von Folgemaassnahmen zur Verhinderung des Vertragsvollzugs bzw. zur Sicherung eines allfälligen Zuschlags an die Beschwerdeführerin sind nicht gegeben. Die dahin gehenden Begehren sind abzuweisen. Da der Vertrag bereits

abgeschlossen wurde, ist auf das erst danach gestellte Begehren, der Beschwerdegegnerin zu verbieten, den Vertrag mit der Mitbeteiligten abzuschliessen, nicht einzutreten. In der Eingabe vom 28. August 2012 stellt die Beschwerdeführerin neu den Antrag, die Ungültigkeit des am 10. Juli 2012 unterzeichneten Vertrags zwischen der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligten festzustellen (Ziffer 3 des Rechtsbegehrens). Soweit dieses Gesuch ebenfalls ein vorsorgliches Massnahmenbegehren darstellt, ist es vor dem Hintergrund der dargelegten Heilung eines allfälligen Mangels abzuweisen.

E. 3

Der geschätzte Wert des zu vergebenden Auftrags erreicht die im Staatsvertragsbereich massgebenden Schwellenwerte voraussichtlich nicht; gegen diesen Beschluss ist deshalb nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 113 BGG). Die Kammer beschliesst:

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