

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00238 vom 3. Dezember 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-12-03, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00238

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00238 du 3 décembre 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00238 del 3 dicembre 2015

Regeste

Submission | Freihändige Vergabe von Architekturdienstleistungen: Legitimation; Wahl der Verfahrensart; Schwellenwerte; unzulässiger Vertragsschluss; Rechtsfolgen. Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und macht geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags verzichtet worden sei, so erfüllt er die Legitimationsvoraussetzungen, sofern er in der Lage ist, einen Auftrag der ausgeschriebenen Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (E. 2.1). Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags (E. 5.2). Letzterer ist bei der Wahl des richtigen Verfahrens durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen, welche jedoch nicht zu knapp ausfallen darf, um eine Umgehung der Schwellenwerte zu verhindern. Die geschätzten Kosten hätten vorliegend zwischen Fr. 150'000.- und Fr. 250'000.- liegen und für die Vergabe das Einladungsverfahren gewählt werden müssen. Mit der freihändigen Vergabe der Leistungen hat die Beschwerdegegnerin die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt (E. 5.3). Vorliegend wurde der Vertrag bereits geschlossen und es ist davon auszugehen, dass die Leistungen - zumindest grösstenteils - bereits erbracht sind. In solchen Fällen sieht das Vergaberecht grundsätzlich vor, dass die Beschwerdeinstanz nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen kann (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Diese Einschränkung gilt jedoch nur, wenn der Vertrag von der Behörde zulässigerweise abgeschlossen wurde (E. 6.1). Öffentlichen Auftraggebern ist es verboten, vom Vergaberecht sachlich erfasste Geschäfte einzugehen, solange sie nicht im Genuss der Abschlusserlaubnis stehen, welche ihrerseits das Durchlaufen eines Vergabeverfahrens und den Eintritt von Rechtskraft oder Rechtsbeständigkeit der dort erlassenen Zuschlagsverfügung voraussetzt (E. 6.2). In Freihandverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist die Abschlusserlaubnis grundsätzlich sofort und ohne Zuschlagspublikation gegeben. Wird - wie vorliegend - der Auftragswert im Hinblick auf die Schwellenwerte zugunsten des Freihandverfahrens grobfahrlässig oder gar absichtlich falsch eingeschätzt, tritt die Abschlusserlaubnis nicht ohne Zuschlagspublikation ein (E. 6.3). Bei einem solchen unzulässigen Vertragsschluss ist das Verwaltungsgericht zwar zur Aufhebung des Zuschlags, nicht jedoch zum Eingriff in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis befugt. Hingegen kann es dem öffentlichen Auftraggeber Vorschriften über dessen vertragliches Verhalten machen. Die Anordnung des Vertragsrücktritts und der Neuvergabe des Auftrags, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen, kommt – ausser in Ausnahmefällen – allerdings nur für Arbeiten in Betracht, welche noch nicht ausgeführt worden sind (E. 6.5.2). Teilweise Gutheissung; im Übrigen Abweisung, soweit nicht gegenstandslos.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2015.00238 Urteil der 1. Kammer vom 3. Dezember 2015 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen 1. A GmbH, 2. B Architekten,

E. 1.1

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26).

E. 1.2

Die Beschwerdeführenden wenden sich gegen den Vergabeentscheid "betreffend Architekturleistungen für Um- und Neubau Schulhaus Tömlimatt" und beantragen, diesen aufzuheben und ein "rechtskonformes Submissionsverfahren durchzuführen". Der Wiedererwägungsentscheid vom 26. Mai 2015 sowie die Verfügung über den Widerruf der Vergabe von BKP 291.1 Phasen 4 und 5 vom 28. Mai 2015 blieben dagegen unangefochten und erwachsen in Rechtskraft. Das Verfahren wird daher – soweit es BKP 291.1 Phasen 4 und 5 betrifft – hinfällig und ist daher als teilweise gegenstandslos geworden abzuschreiben (vgl. Marco Donatsch in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 63 N. 6).

E. 1.3

Die Beschwerdeführenden verlangen in ihrer Eingabe vom 11. Juni 2015, dass auch die Vergabe der Architekturleistungen von Teilphase 4.52 (gestalterische Leitung, Bauleitung und Kostenkontrolle), welche als BKP-Position 291.2 im Einladungsverfahren erfolgen soll, ebenfalls im offenen Verfahren auszuschreiben sei. Sie sind der Auffassung, dass die BKP-Position 291.2 Bestandteil der Architekturleistungen sei und durch deren Unterteilung in Teilaufträge das Vergaberecht umgangen werde. Die Zulässigkeit dieses Antrags ist umstritten. Dies braucht jedoch vorliegend nicht beurteilt zu werden, da das betreffende Einladungsverfahren von der Beschwerdegegnerin inzwischen unbestrittenermassen abgebrochen worden ist. 2. 2.1 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]). Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und macht er geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so erfüllt er diese

Legitimationsvoraussetzungen, sofern er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (VGr, 5. Mai 2010, VB.2009.00667, E. 2; 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 2c = RB 2001 Nr. 20 = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 657 ff. Rz. 1319 f.). 2.2 Da die Beschwerdeführenden selber regelmässig Dienstleistungen der nachgefragten Art erbringen, sind sie mit ihrem Einwand nach der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich zur Beschwerde legitimiert. Entgegen dem beschwerdegegnerischen Dafürhalten haben der Widerruf des Zuschlags und die angeordnete Wiederholung des Verfahrens vorliegend nicht zur Folge, dass das Rechtsschutzinteresse der Beschwerdeführenden entfallen würde. Diese wenden sich in ihrer Beschwerde nicht gegen den Widerruf des Zuschlags, welcher ja gemäss ihrem in der Beschwerde gestellten Begehren aufgehoben werden soll, sondern sind mit der beabsichtigten Wiederholung des Verfahrens nicht vollumfänglich einverstanden. Ihrer Ansicht nach darf diese nicht bloss die Vergabe von BKP 291.1 Phasen 4 und 5 umfassen, sondern ist darin auch die Vergabe von BKP 291.1 Phase 3 mit einzubeziehen. Wenn ein Interessent – wie vorliegend – Einwände erhebt, welche für die Wiederholung der Vergabe von grundlegender Bedeutung sind, ist er damit möglichst frühzeitig zu hören. Dass er sein Anliegen allenfalls noch mit der Beschwerde gegen den Zuschlag vorbringen könnte, vermag die vorgängige Beschwerdemöglichkeit nicht zu ersetzen (VGr, 29. Januar 2015, VB.2014.00434, E. 1.2). Dass der Vertragsschluss bereits erfolgt ist und die Leistungen erbracht wurden, ändert an der Legitimation der Beschwerdeführenden ebenfalls nichts, zumal die Submissionsbeschwerde auch dafür zur Verfügung steht, die Rechtswidrigkeit einer Zuschlagsverfügung feststellen zu lassen (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Wer legitimiert ist, den Zuschlagsentscheid anzufechten, behält den Anspruch auf Überprüfung der Rechtmässigkeit des Zuschlags auch dann, wenn dieser infolge Vertragsabschlusses nicht mehr aufgehoben werden kann. Ein dahingehendes Eventualbegehren gilt als im Begehren um Aufhebung des Zuschlags sinngemäss mitenthalten (BGE 132 I 86 E. 3.2). 3.

E. 3

C Architekten,

E. 3.1

Ferner ist vorliegend die Einhaltung der Beschwerdefrist zu beurteilen. Die Beschwerdegegnerin bringt vor, die Beschwerdeführenden hätten bereits vor dem 14. April 2015 durch Medienmitteilungen sowie durch eine am 12. März 2015 versandte E-Mail von den am 25. August 2014 vergebenen Architekturleistungen Phase 3 an die Mitbeteiligte Kenntnis erhalten, weshalb ihre Beschwerde am 24. April 2015 verspätet erfolgt sei.

E. 3.2

Beschwerden gegen Entscheide von Vergabebehörden sind gemäss Art. 15 Abs. 2 IVöB schriftlich und begründet innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Der Beginn dieses Fristenlaufs setzt den Eintritt eines fristauslösenden Ereignisses voraus, in der Regel die Eröffnung einer fristansetzenden Anordnung (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 11 N. 8). Wird eine Anordnung jedoch nicht eröffnet, so werden die darin angesetzten Fristen – unter Vorbehalt von Treu und Glauben – nicht ausgelöst (Plüss, a. a. O., § 11 N. 10). Die Rechtsmittelfrist wird jedoch nur solange nicht ausgelöst, als die (gutgläubige) Partei keine Kenntnis von der Anordnung hat. Sobald sie Kenntnis erlangt, ist

sie gehalten, innert angemessener Frist zu reagieren. Diese beginnt zu laufen, sobald der Partei zumindest der wesentliche Inhalt der Anordnung bekannt ist (Plüss, a. a. O., § 10 N. 108 f.).

E. 3.3

Der Zuschlag betreffend BKP 291.1 Phase 3 wurde am 25. August 2014 freihändig an die Mitbeteiligte erteilt und am 20. April 2015 auf die Phasen 4 und 5 erweitert. Auf eine Veröffentlichung im Amtsblatt oder auf SIMAP wurde unter Hinweis auf Art. 35 SubmV bei beiden Vergaben verzichtet. Inwiefern die Beschwerdeführenden davon aus den Medien hätten erfahren müssen, belegt die Beschwerdegegnerin nicht. Aus der von den Beschwerdeführenden eingereichten Einladung zur Gemeindeversammlung vom 6. Juni 2014 geht hervor, dass die Mitbeteiligte mit der Durchführung einer Vorprojektstudie betraut worden ist. In der Drü-Dörfli-Zeitig vom Juli 2014 wurde daraufhin ausgeführt, dass – nachdem nun der Projektierungskredit bewilligt worden sei – die Pflichtenhefte für die weitere Planung ausgearbeitet werden müssten. Daraus lässt sich höchstens ableiten, dass eine Ausschreibung beabsichtigt wird.

E. 3.4

Der Gewerbeverein J hatte sich am 30. März 2015 nach dem Stand des Vergabeverfahrens betreffend Schulhaus Tömlimatt erkundigt, woraufhin er von der Beschwerdegegnerin am 2. April 2015 eine Übersicht über die bereits vergebenen Leistungen erhielt. Mit E-Mail vom 17. April 2015 informierte er die Beschwerdeführenden darüber, dass die strittigen Architekturdienstleistungen ohne öffentliche Ausschreibung bereits vergeben worden seien. Ebenfalls nach dem Verfahrensstand erkundigt hatte sich ein Herr K, welcher von der Beschwerdegegnerin mit E-Mail vom 12. März 2015 darüber informiert wurde, dass der Gemeinderat Kappel kürzlich entschieden habe, die Mitbeteiligte zusätzlich mit den Ausschreibungs- und Ausführungsplänen zu beauftragen. Ob diese Information den Beschwerdeführenden zuzurechnen sei, ist umstritten, kann jedoch letztlich offengelassen werden. Mit den genannten Mitteilungen über die Erweiterung der Vergabe erhielten die Beschwerdeführenden auch Kenntnis von der strittigen Vergabe, welche bereits am 25. August 2014 stattgefunden hatte. Diese Mitteilungen erfolgten indessen bereits vor der tatsächlichen Vergabe am 20. April 2015. Eine Woche nachdem die Beschwerdeführenden vom Gewerbeverein über die Vergaben informiert worden ist, erhoben Letztere am 24. April 2015 Beschwerde beim Verwaltungsgericht. Vor diesem Hintergrund lässt sich aufseiten der Beschwerdeführerin noch nicht von einem treuwidrigen oder übermässig langen Zuwarten sprechen, weshalb die Beschwerde rechtzeitig erfolgte. 4.

E. 4

D Architekten,

E. 4.1

Innert der mit Präsidialverfügung vom 27. April 2015 angesetzten Frist zur Einreichung der Beschwerdeantwort machte die Beschwerdegegnerin lediglich eine Eingabe betreffend die Mitteilung des Widerrufs und Wiederholung des Verfahrens. Erst nachdem am 11. Juni 2015 eine weitere Eingabe der Beschwerdeführenden erfolgt war, nahm sie im Rahmen der Vernehmlassung vom 25. Juni 2015 ausführlich Stellung. Die Beschwerdeführenden machen daher geltend, die Beschwerdegegnerin habe es versäumt, innert Frist eine Beschwerdeantwort einzureichen.

E. 4.2

Eine Fristversäumnis hat grundsätzlich – wie angedroht – die Annahme des Verzichts auf Beantwortung der Beschwerde und damit deren Unbeachtlichkeit zur Folge (Plüss, Kommentar VRG, § 11 N. 71 ff.). Als Ausfluss des Untersuchungsprinzips (§ 7 Abs. 1 VRG) steht es jedoch im Ermessen des Verwaltungsgerichts, auch verspätete Parteivorbringen zu berücksichtigen (Griffel, Kommentar VRG, § 23 N. 23 mit Hinweis auf RB 1994 Nr. 16).

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin musste grundsätzlich nicht davon ausgehen, dass die Beschwerdeführenden das Verfahren trotz ihres Wiedererwägungsentscheids weiterführen wird. Zudem erfolgte ihre Stellungnahme innerhalb der ihr dafür angesetzten Frist. Dass sie darin auch zu den Ausführungen in der Beschwerde Stellung nimmt, kann aufgrund des vorliegend atypischen Verlaufs des Verfahrens nicht dazu führen, dass diese als verspätet gelten müssten. Auch angesichts dessen, dass der Schriftenwechsel von den Parteien in der Folge weitergeführt wurde, rechtfertigt sich die Berücksichtigung der Vorbringen der Beschwerdegegnerin in der Eingabe vom 25. Juni 2015.

E. 5

E AG, alle vertreten durch RA F, Beschwerdeführende, gegen Gemeinde Kappel am Albis, vertreten durch den Gemeinderat Kappel am Albis, dieser vertreten durch RA G, Beschwerdegegnerin, und H GmbH, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Gemeinde Kappel am Albis erteilte am 25. August 2014 den Zuschlag betreffend Architekturleistungen für den Um- und Neubau Schulhaus Tömlimatt (BKP 291.1 Architektur Phase 3 Projektierung) im freihändigen Verfahren zu Fr. 160'000.- an die H GmbH. Nach Eingang des revidierten Nachtragsangebots vom 24. März 2015 beschloss der Gemeinderat Kappel am 20. April 2015, in Anwendung von § 10 Abs. 1 lit. c und f der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) die H GmbH freihändig auch mit den Ausschreibungs- und Ausführungsplänen zu beauftragen (BKP 291.1 Architektur Phasen 4 und 5). Gleichentags verfügte die Gemeinde Kappel die Erhöhung des Vergabeentscheids vom 25. August 2014 auf Fr. 370'000.-. II. A. Die A GmbH sowie vier weitere Architekturunternehmen erhoben am 24. April 2015 beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Vergabeentscheid. Sie beantragten, den angefochtenen Entscheid aufzuheben, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, ein rechtskonformes Submissionsverfahren durchzuführen sowie eine Parteientschädigung. In prozessualer Hinsicht beantragten sie, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdegegnerin den Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten zu verbieten. B. Mit Präsidialverfügung vom 27. April 2015 wurde der Gemeinde Kappel am Albis einstweilen, bis zum Entscheid über die aufschiebende Wirkung, untersagt, den Vertrag mit der H GmbH abzuschliessen. C. Am 28. Mai 2015 teilte die Gemeinde Kappel am Albis mit, dass sie die Vergabeverfügung vom 20. April 2015 mit Gemeinderatsbeschluss vom 26. Mai 2015 in Wiedererwägung gezogen und beschlossen habe, die noch zu erbringenden Architekturleistungen BKP 291.1 Phasen 4 und 5 für die Erweiterung und Sanierung der Schulanlage Tömlimatt im offenen Verfahren auszuschreiben. Der Widerruf sei der Mitbeteiligten H GmbH mit Verfügung vom 28. Mai 2015 mitgeteilt worden. Gleichzeitig beantragte die Gemeinde Kappel am Albis, das Verfahren als gegenstandslos abzuschreiben und von der Erhebung von Gerichtskosten abzusehen, eventualiter diese tief anzusetzen. D. Mit Stellungnahme vom 11. Juni 2015 hielten die A GmbH sowie die vier weiteren Architekturunternehmen – auch unter Bezug

auf den Wiedererwägungsentscheid vom 26. Mai 2015 – an den gestellten Anträgen fest und wiesen darauf hin, dass diese die zu vergebenden Architekturleistungen sämtlicher Phasen erfassen würden. E. Am 25. Juni 2015 beantragte die Gemeinde Kappel, auf die Beschwerde vom 24. April 2015 sowie auf die am 11. Juni 2015 gestellten Anträge nicht einzutreten und das Verfahren zufolge Gegenstandslosigkeit, eventualiter zufolge verspäteter Einreichung der Beschwerde, abzuschreiben. Subeventualiter sei die Beschwerde – soweit darauf eingetreten werde – abzuweisen. Ferner beantragte sie eine Parteientschädigung. F. In den Stellungnahmen des zweiten Schriftenwechsels vom 16. bzw. 27. Juli 2015 hielten die Parteien an den gestellten Begehren fest. Am 21. August 2015 reichte die Gemeinde Kappel die mit Präsidialverfügung vom 18. August 2015 nachgeforderten Akten ein. Die Mitbeteiligte H GmbH liess sich zu keinem Zeitpunkt vernehmen. Die Kammer erwägt: 1.

E. 5.1

Das Submissionsrecht kennt vier Verfahrensarten: Das offene, das selektive, das Einladungs- sowie das freihändige Verfahren (Art. 12 Abs. 1 IVöB). Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB), ist im von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (Art. 12 bis Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte gelangt das Einladungsverfahren zur Anwendung, bei welchem die Anbietenden ebenfalls ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden; die Aufforderung zur Offertabgabe erfolgt dann jedoch nicht wie bei der freihändigen Vergabe formlos (vgl. § 11 Abs. 2 SubmV), sondern muss die in § 13 Abs. 1 SubmV statuierten Angaben enthalten, und es sind wenn möglich mindestens drei Angebote einzuholen (Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB). Übersteigt der Vergabebetrag allerdings den Schwellenwert von Fr. 250'000.- bei Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauarbeiten im Baunebengewerbe bzw. Fr. 500'000.- bei Bauarbeiten im Bauhauptgewerbe, so ist ein offenes oder ein selektives Verfahren durchzuführen (Art. 12 bis Abs. 2 in Verbindung mit Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB).

E. 5.2

Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist demnach einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags (Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 146, Rz. 323). Gegenstand der vorliegend umstrittenen Vergabe sind Architekturleistungen, welche unbestrittenermassen in die Kategorie "Dienstleistungen" fallen.

E. 5.3

Der Auftragswert ist bei der Wahl des richtigen Verfahrens durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen (VGr, 3. November 1999, VB.1999.00125, E. 2b = RB 1999 Nr. 65 S. 150, auch zum Folgenden). Eine solche Schätzung darf jedoch nicht zu knapp ausfallen, damit dadurch die Bestimmungen über die Schwellenwerte nicht umgangen werden können. Die Verfahrensart ist daher anhand der oberen Bandbreite der Schätzung auszuwählen. Das Angebot der Mitbeteiligten für die Architekturleistungen der Phase 3 betrug gemäss Verfügung vom 25. August 2014 Fr. 136'800.- (netto und exkl. MwSt.). Vergeben wurden die Leistungen indessen zum Gesamtbetrag von Fr. 160'000.- (netto inkl. MwSt. sowie einer Reserve für Unvorhergesehenes). Die Mehrwertsteuer ist gemäss § 2

Abs. 1 SubmV bei der Berechnung des Auftragswerts nicht zu berücksichtigen. Das Angebot inklusive Mehrwertsteuer betrug Fr. 147'744.-, woraus folgt, dass die Mehrwertsteuer Fr. 10'944.- des Angebots ausmacht und Fr. 12'256.- als Reserve eingerechnet wurden. Der tatsächliche Auftragswert der vorliegend strittigen Vergabe von Fr. 149'056.- (exkl. MwSt. samt Reserve) liegt damit äusserst knapp unter dem bei Dienstleistungen relevanten Schwellenwert von Fr. 150'000.- für den das freihändige Verfahren noch zulässig ist. Weiter ins Gewicht fällt sodann, dass für die Ausarbeitung des vollständigen Bauprojekts, das heisst für die strittige Phase 3, ein Projektierungskredit über Fr. 250'000.- (inkl. MwSt.) für notwendig erachtet und bewilligt worden war. Auch wenn man bedenkt, dass bei solchen Krediten immer eine Reserve mit eingerechnet ist, so weist der bewilligte Kredit dennoch darauf hin, dass mit wesentlich höheren Kosten gerechnet worden war. Die (vorsichtig) geschätzten Kosten hätten unter diesen Umständen zwischen Fr. 150'000.- und Fr. 250'000.- liegen und für die Vergabe der Architekturleistungen Phase 3 das Einladungsverfahren gewählt werden müssen. Mit der freihändigen Vergabe der Leistungen an die Mitbeteiligte hat die Beschwerdegegnerin daher die vergaberechtlichen Vorschriften verletzt. Die Beschwerde erweist sich insoweit als begründet.

E. 6.1

Die Wahl des falschen Vergabeverfahrens würde grundsätzlich ohne Weiteres zur Aufhebung des Zuschlags und zur Rückweisung der Sache zur erneuten Durchführung im richtigen Verfahren führen (vgl. Art. 18 Abs. 1 IVöB). Vorliegend wurde jedoch der Vertrag bereits geschlossen. In solchen Fällen sieht das Vergaberecht grundsätzlich vor, dass die Beschwerdeinstanz nur noch die Rechtswidrigkeit des Zuschlags feststellen kann (Art. 18 Abs. 2 IVöB). Nach weit gehend übereinstimmender Auffassung von Rechtsprechung und Lehre gilt diese Einschränkung jedoch nur, wenn der Vertrag von der Behörde zulässigerweise abgeschlossen wurde (VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 4 mit Hinweisen). Die Aufhebung des Zuschlags und die erneute Durchführung des Vergabeverfahrens wie sie die Beschwerdeführenden beantragen, kommen daher nur unter der Voraussetzung infrage, dass der Vertrag unzulässigerweise abgeschlossen worden ist.

E. 6.2

Öffentlichen Auftraggebern (also denjenigen Personen, die vom Vergaberecht subjektiv erfasst werden) ist es verboten, vom Vergaberecht sachlich erfasste Geschäfte einzugehen, solange sie nicht im Genuss der Abschlusserlaubnis stehen. Letztere setzt ihrerseits das Durchlaufen eines Vergabeverfahrens und den Eintritt von Rechtskraft oder Rechtsbeständigkeit der dort erlassenen Zuschlagsverfügung voraus. Rechtskräftig ist die Zuschlagsverfügung dann, wenn sie mit keinem ordentlichen Rechtsmittel mehr angefochten werden kann – rechtsbeständig, wenn zwar eine Beschwerde gegen sie anhängig gemacht worden ist, jedoch ohne Gesuch um aufschiebende Wirkung oder nach Abweisung dieses Gesuchs durch die Beschwerdeinstanz (Martin Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? in: AJP 2009 1141 ff., 1145; vgl. auch VGr, 4. September 2012, VB.2012.00436, E. 2.5, prozessleitender Entscheid, nicht publiziert).

E. 6.3

In Freihandverfahren unterhalb der Schwellenwerte ist die Abschlusserlaubnis grundsätzlich sofort und ohne Zuschlagspublikation gegeben. Vorbehalten bleiben absichtliche und grobfahrlässige Fehlberechnungen bei der Schätzung des Auftragswerts im

Hinblick auf die Anwendung der Schwellenwertbestimmungen zugunsten des Freihandverfahrens. In diesen Fällen tritt die Abschlusserlaubnis ohne Zuschlagspublikation nicht ein (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2534 und 2537).

E. 6.4

Wie gesehen wurde für die strittige Vergabe ein Projektkredit von Fr. 250'000.- budgetiert und der Auftrag schliesslich zum Gesamtbetrag von Fr. 160'000.- vergeben (vgl. dazu vorne E. 5.3). Dennoch nahm die Beschwerdegegnerin die Vergabe freihändig vor und sah dementsprechend auch von einer Publikation des Zuschlags ab. Vor diesem Hintergrund ist zumindest von einer grobfahrlässigen, wenn nicht sogar von einer absichtlichen Fehlschätzung des massgeblichen Auftragswerts auszugehen. Folglich konnte die Beschwerdegegnerin gar nie eine Abschlusserlaubnis erlangen. Der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten erweist sich daher als unzulässig. Bei dieser Sachlage bleibt das Verwaltungsgericht befugt, den zu Unrecht freihändig erteilten Zuschlag aufzuheben.

E. 6.5

Es stellt sich in solchen Fällen die Frage, welche Rechtsfolgen das Verwaltungsgericht bei einem unzulässigen Vertragsschluss anordnen soll. Diese Frage musste vom Verwaltungsgericht bisher noch nie entschieden werden und ist auch beim Bundesgericht nach wie vor ungeklärt (vgl. VGr, 4. September 2012, VB.2012.00436, E. 2, nicht publiziert; 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 4; BGr, 2D_26/2012 vom 7. August 2012, E. 2.2).

E. 6.5.1

Bei der Beantwortung dieser Frage ist zu beachten, dass es sich beim Vergabe- und beim Vertragsrecht um zwei eigenständige Teilrechtsordnungen handelt (Beyeler, Geltungsanspruch, a. a. O., Rz. 2637; ders., Schicksal, a. a. O., S. 1150 und 1152, auch zum Folgenden). Der unzulässige Vertragsschluss vermag daher die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags nicht infrage zu stellen. Auch die Nichtigkeit des Vertrags ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung als Folge ausgeschlossen (vgl. VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 4; 4. September 2012, VB.2012.00436, E. 2.8.2 mit Hinweis auf 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).

E. 6.5.2

Das Verwaltungsgericht ist nicht befugt, vergaberechtlich in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis einzugreifen. Hingegen kann es dem öffentlichen Auftraggeber Vorschriften über dessen vertragliches Verhalten machen. Mögliche verwaltungsgerichtliche Anordnungen sind jedoch im Wesentlichen auf zukünftige Massnahmen wie zum Beispiel eine Vertragsauflösung ex nunc beschränkt. Die Anordnung des Vertragsrücktritts und der Neuvergabe des Auftrags, wie sie vorliegend zur Diskussion stehen, kommt – ausser in Ausnahmefällen – nur für Arbeiten in Betracht, welche noch nicht ausgeführt worden sind. Denn eine Rückabwicklung von bereits erbrachten Leistungen würde in aller Regel gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit verstossen (Beyeler, Geltungsanspruch, a. a. O., S. 1462 ff., Rz. 2672 ff. und Rz. 2675).

E. 6.5.3

Den Ausführungen der Beschwerdegegnerin zufolge sind die unzulässig vergebenen Projektierungsarbeiten von der Mitbeteiligten bereits seit März 2015 abgeschlossen. Dies erscheint plausibel, da an der Gemeindeversammlung vom 12. April 2015 bereits über den Baukredit (Phasen 4 und 5) abgestimmt worden ist. Ob bereits sämtliche zu Phase 3 gehörenden Architekturleistungen vollständig erbracht worden sind, braucht hier nicht abschliessend geklärt zu werden. Denn eine Neuausschreibung der verbleibenden, noch nicht geleisteten Arbeiten käme ohnehin nur dann in Betracht, wenn diese den Schwellenwert für ein Ausschreibungsverfahren überschreiten würden (Beyeler, Schicksal, a. a. O., S. 1158). Dass dies auf allenfalls noch offene Arbeiten vorliegend zutreffen würde, ist indessen aufgrund des Auftragswerts auch bei einer vorsichtigen Schätzung ausgeschlossen. Im Übrigen wäre eine Unterteilung und separate Vergabe von gestalterischen Leistungen aus praktischer Sicht kaum möglich.

E. 6.5.4

Insgesamt ist davon auszugehen, dass die Projektierungsarbeiten zumindest grösstenteils bereits erbracht worden sind. Eine Ausnahmesituation, welche das beantragte Weiterverwendungsverbot rechtfertigen würde, ist nicht ersichtlich. Folglich erweist sich eine Rückabwicklung dieser Leistungen als unverhältnismässig. Es ist daher von der Aufhebung des Zuschlags und der Rückweisung der Sache an die Beschwerdegegnerin zur erneuten Vergabe im richtigen Verfahren abzusehen. Den Anträgen der Beschwerdeführenden kann insofern nicht nachgekommen werden.

E. 6.6

Zusammenfassend ist in teilweiser Gutheissung der Beschwerde festzustellen, dass der Zuschlagsentscheid der Gemeinde Kappel am Albis vom 25. August 2014 betreffend BKP 291.1 Architektur Phase 3 Projektierung rechtswidrig ist. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit sie nicht gegenstandslos geworden ist.

E. 7

In Anbetracht der Umstände und insbesondere mit Blick auf das Verursacherprinzip rechtfertigt es sich, trotz teilweisem Obsiegen, der Beschwerdegegnerin die vollen Gerichtskosten aufzuerlegen. Ausserdem hat sie die Beschwerdeführenden für ihre Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 und § 17 Abs. 2 lit. a VRG).

E. 8

Das Gesuch betreffend Entzug der aufschiebenden Wirkung wird mit dem heutigen Entscheid gegenstandslos.

E. 9

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]). Gegen diesen Entscheid 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 (Art. 83 lit. f BGG); andernfalls steht nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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