

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00673 vom 23. Mai 2017

ZH Verwaltungsgericht, 2017-05-23, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2016.00673

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00673 du 23 mai 2017

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2016.00673 del 23 maggio 2017

Regeste

Submission | Beschwerde gegen die Vergabe von Strassen- und Tiefbauarbeiten: Widerruf und Abbruch aufgrund nachträglich festgestellter Differenzen betreffend den offerierten Leistungsumfang. Auf die Beschwerde ist einzutreten, da sie im Ergebnis auf die Aufrechterhaltung des Zuschlags gerichtet ist (E. 2.2). Die Rüge der Nichtigkeit der Verfügungen erweist sich als unbegründet: Eine Kompetenzüberschreitung bzw. unzulässige Abhängigkeit ist nicht ersichtlich (E. 3.2). Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs wegen mangelhafter Begründung wäre im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt (E. 3.3). Die Voraussetzungen für den Zuschlagswiderrief sind zunächst die gleichen wie für den Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren (§ 4a Abs. 2 IVöB-BeitrittsG). Ein Widerruf kann aber auch zulässig sein in Fällen, die von den expliziten Ausschlussgründen nicht erfasst werden. Treten nachträglich wesentliche Mängel zutage, die zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten und befand sich die Vergabebehörde zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids in einem entschuldbaren Irrtum über die fraglichen Umstände, kann ein Widerruf des Zuschlags erfolgen (E. 4.1). Die Vergabebehörde setzte stillschweigend voraus, die Arbeiten würden unter blosser Teilspernung der Strasse und gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Verkehrs erfolgen, was die Beschwerdeführerin in ihrer Offerte nicht berücksichtigte (E. 4.2). Zusammen mit dem zu erwartenden Kostenaufschlag ist dieser Mangel als wesentlich zu qualifizieren. Mit Blick auf die Ausschreibungsunterlagen erweist sich die Annahme der Vergabebehörde, das Angebot der Beschwerdeführerin decke die Aufrechterhaltung des Verkehrs ab, als entschuldbarer Irrtum (E. 4.3). Keine überwiegenden Vertrauensschutzinteressen der Beschwerdeführerin (E. 4.4). Abweisung. Abweichende Meinung einer Minderheit der Kammer: Auf die Beschwerden ist mangels Legitimation nicht einzutreten, soweit damit die Feststellung der Widerrechtlichkeit der angefochtenen Verfügungen beantragt wird.

Erwägungen

E. 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.

E. 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 in Verbindung mit § 70 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14 E. 4.9).

E. 2.2

Die Beschwerdeführerin rügt die Beschlüsse zum einen mangels Zeichnungsberechtigung und Begründung als nichtig. Sodann macht sie geltend, die Aufhebung des Zuschlags sei widerrechtlich, da die Aufrechterhaltung des Busverkehrs nicht Gegenstand der Ausschreibung gewesen sei, weshalb die Gemeinde die Mehrkosten selber zu verantworten habe. Zwar verlangte sie die Feststellung der Widerrechtlichkeit der Widerrufs- und der Abbruchverfügung und ist dieses gegenüber demjenigen auf Aufhebung lediglich sekundärer Natur (vgl. Art 18 Abs. 2 IVöB; BGE 141 II 307 E. 6.3). Doch handelt es sich dabei um das Eventualbegehren, welches nur dann zum Tragen kommt, falls sich die Verfügungen nicht als nichtig, sondern lediglich anfechtbar erweisen sollten. Das Hauptbegehren auf Feststellung der Nichtigkeit würde zur Aufhebung der angefochtenen Verfügungen führen, was den vorgebrachten Rügen zufolge angestrebt wird. Für dieses Verständnis des Begehrens spricht insbesondere auch, dass die Beschwerdeführerin gleichzeitig ein Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung stellte. Dieses Vorgehen würde keinen Sinn ergeben, hätte sie lediglich die Feststellung der Widerrechtlichkeit gewollt und auf den Zuschlag verzichtet. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, hätte dies die Aufhebung der Widerrufs- und der Abbruchverfügung zur Folge und der Zuschlag würde bei ihr verbleiben, was ihrem Interesse entspricht. Damit ist ihre Legitimation zu bejahen.

E. 3.1

Nichtigkeit bedeutet die absolute Unwirksamkeit einer Verfügung, die von Amtes wegen zu beachten ist und von jedermann jederzeit geltend gemacht werden kann (Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St. Gallen 2016, Rz. 1096). Damit die Rechtsfolge der Nichtigkeit einer Verfügung eintritt, muss diese indes einen besonders schweren Mangel aufweisen, der zudem ohne Weiteres erkennbar ist (Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1098).

E. 3.2

Zur behaupteten Nichtigkeit der angefochtenen Verfügungen macht die Beschwerdeführerin geltend, in den Submissionsunterlagen seien als ausschreibende Stellen sowohl die Beschwerdegegnerin als auch das EKZ aufgeführt. Die Verfügungen betreffend Widerruf des Zuschlags und Abbruch des Verfahrens seien indes beide lediglich von "einem Präsidenten" und von "einem Gemeindegeschreiber", nicht aber von Vertretern des EKZ, unterzeichnet worden. Das EKZ habe die Verfügungen folglich nicht "gebilligt", weshalb sie als nichtig zu qualifizieren seien. Dem hält die Beschwerdegegnerin zutreffend entgegen, dass bereits der mit Gemeinderatsbeschluss vom 9. August 2016 erteilte Zuschlag explizit nur den auf die Gemeinde entfallenden Leistungsanteil umfasste. Dementsprechend

beschränken sich auch die Widerrufsverfügung und der Verfahrensabbruch auf diesen, in der ausschliesslichen Vergabekompetenz der Beschwerdegegnerin liegenden Beschaffungsteil. Inwiefern die Beschwerdegegnerin durch das gemeinschaftliche Vorgehen mit einer anderen Vergabestelle, vorliegend dem EKZ, in ihrer eigenen Vergabe- und Ausgabenkompetenz eingeschränkt wäre, hat die Beschwerdeführerin nicht näher ausgeführt und ist auch nicht ersichtlich. Im Übrigen scheint sie zu verkennen, dass die von ihr behauptete Abhängigkeit auch die Nichtigkeit des Zuschlags vom 9. August 2016 zur Folge hätte, was nicht in ihrem Interesse liegen kann. Nicht klar ist im Weiteren auch, was die Beschwerdeführerin mit ihrer Feststellung, die angefochtenen Verfügungen seien von "einem Präsidenten" und "einem Gemeindegemeinschafter" unterzeichnet, bezweckt. Dass den formellen Erfordernissen einer kommunalen Verfügungsmittelteilung mit der kollektiven Unterschrift von Gemeindepräsident und Gemeindegemeinschafter hinreichend Genüge getan ist, steht wohl ebenso ausser Zweifel, wie die grundsätzliche Zeichnungsberechtigung der besagten Gemeindevertreter.

E. 3.3

Weiter führt die Beschwerdeführerin aus, die Verfügung betreffend Abbruch des Vergabeverfahrens vom 19. Oktober 2016 sei überdies auch nicht gehörig begründet. Damit sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden, was ebenfalls und ohne Weiteres die Nichtigkeit dieser Verfügung nach sich ziehe. Dem kann ebenfalls nicht gefolgt werden. Einerseits dürften der Beschwerdeführerin die Gründe für den Widerruf des Zuschlags und dementsprechend auch für den Verfahrensabbruch aufgrund der gescheiterten Vertragsverhandlungen bereits hinlänglich bekannt gewesen sein. Andererseits zieht auch die Verweigerung des rechtlichen Gehörs nicht ohne Weiteres die Nichtigkeit einer Verfügung nach sich (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1116, Rz. 1175 auch zum Folgenden). Adressaten vergaberechtlicher Entscheide haben zwar Anspruch auf eine ausreichende Begründung. Die Rechtsprechung lässt es indes zu, dass die Vergabeinstanzen die Begründung ihrer Entscheide noch im Rahmen der Beschwerdeantwort ergänzen und damit eine allfällige Verletzung des rechtlichen Gehörs, die aus dem ursprünglichen Fehlen einer ausreichenden Begründung erwachsen konnte, beheben (VGr, 8. September 2010, VB.2009.00393 E. 6, RB 2000 Nr. 59 = BEZ 2000 Nr. 25 E. 4a, RB 2003 Nr. 56 = BEZ 2003 Nr. 50). Sofern vorliegend überhaupt auf eine ungenügende Begründung der Abbruchverfügung zu schliessen wäre, wurde dieser Mangel jedenfalls im Rahmen des Beschwerdeverfahrens geheilt. Soweit mit der Beschwerde die Nichtigkeit der angefochtenen Verfügungen geltend gemacht wird, erweist sie sich demzufolge als unbegründet.

E. 4.1

Die Voraussetzungen für den Zuschlagswideruf sind die gleichen wie für den Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren (§ 4a Abs. 2 IVöB-BeitrittsG). Überdies muss ein Widerruf aber auch in Fällen zulässig sein, die von den Ausschlussgründen nicht erfasst werden, so etwa, wenn sich nachträglich herausstellt, dass das angebotene Produkt den gestellten Anforderungen in wesentlichen Punkten nicht entspricht (VGr, 13. September 2006, VB.2006.00175, E. 3.2.1, auch zum Folgenden, VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 3.4 = BEZ 2005 Nr. 33, unter Hinweis auf VGr, 15. Dezember 1999, VB.1999.00181, E. 2 und 4 = BEZ 2000 Nr. 8). Ein Widerruf ist indes nur am Platz, wenn nachträglich wesentliche Mängel zutage treten, die für sich allein oder zusammen mit früher festgestellten Tatsachen zu einem anderen Zuschlagsentscheid führen müssten. Befand sich

die Vergabebehörde zum Zeitpunkt des Zuschlagsentscheids in einem entschuldbaren Irrtum über die fraglichen Umstände, ist sie berechtigt, den Zuschlag zu widerrufen (VGr, 17. November 2016, VB.2016.00481, E. 3.3.1; Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz. 549). Nach Eintritt der Rechtskraft des Zuschlagsentscheids sind Neubeurteilungen aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit zurückhaltender vorzunehmen (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Rz. 1224).

E. 4.2

Vorliegend stellten die Parteien erst anlässlich der Vertragsausarbeitung fest, dass sie hinsichtlich des Bauablaufs von unterschiedlichen Annahmen ausgegangen waren. Während die Beschwerdegegnerin stillschweigend voraussetzte, die Sanierungsarbeiten würden unter blosser Teilspernung der Dorfstrasse (halbseitiger Einbau in den jeweiligen Etappen) und gleichzeitiger Aufrechterhaltung des Verkehrs, insbesondere auch des Busbetriebs, erfolgen, erklärte die Beschwerdeführerin, die Aufrechterhaltung des Busbetriebs sei in der Ausschreibung nicht ausdrücklich verlangt worden und daher in ihrem Angebot auch nicht enthalten. Die Mehrkosten für eine entsprechende Anpassung ihres Angebots bezifferte sie in der Folge auf Fr. 266'869.- (exkl. MWST). In qualitativer Hinsicht, d. h. mit Blick auf den Leistungsumfang und die Sicherstellung einer bedarfsgerechten Beschaffung, ist dieser nachträglich festgestellte Mangel des Angebots ohne Weiteres als wesentlich zu qualifizieren. Wesentlich sind auch die damit verbundenen Kostenfolgen: Im rückblickenden Preisvergleich wirft dieser Aufschlag das Angebot der Beschwerdeführerin vom ersten auf den achten Platz zurück. Ob die nunmehr günstigeren Konkurrenzangebote, wie von der Beschwerdegegnerin ausgeführt, allesamt eine Aufrechterhaltung des Verkehrs inklusive Busbetrieb beinhalten, lässt sich anhand der vorliegenden Akten nicht überprüfen. Diese Frage kann indes offenbleiben, da jedenfalls begründete Zweifel an der Vergleichbarkeit der beurteilten Angebote bestehen, was ohne Weiteres als wesentlicher Verfahrensmangel zu qualifizieren ist, der nicht nur für den Widerruf des Zuschlags spricht, sondern darüber hinaus auch den Abbruch des Vergabeverfahrens bzw. dessen Wiederholung mit entsprechend präzisierten Vorgaben rechtfertigt.

E. 4.3

Die Beschwerdegegnerin hat es unbestrittenermassen versäumt, ihre Forderung nach einer Bauausführung unter Aufrechterhaltung des öffentlichen und privaten Verkehrs ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen zu statuieren. Sie erachtete dies als unnötig, weil die Erschliessungssituation im fraglichen Abschnitt der Dorfstrasse aus ihrer Sicht gar keinen anderen Schluss zulasse. Der Aspekt findet aber immerhin bei den Anforderungen an die Firmenreferenzen Erwähnung, wo die Anbieter in der vorgegebenen "Checkliste" anzukreuzen hatten, ob ihre Referenzprojekte unter "Aufrechterhaltung des Verkehrs" ausgeführt wurden oder nicht. Ein solches Kriterium macht tatsächlich wenig Sinn, wenn der betreffende Leistungsaspekt im konkreten Fall gar nicht zum Tragen kommt. Anhand der Situationspläne "Sanierung Dorfstrasse" wird sodann deutlich, dass es sich bei der Dorfstrasse um die Hauptdurchfahrts- und Erschliessungssachse des Dorfsentrums handelt, welche für einen Grossteil der anstossenden und teilweise auch der rückseitig anschliessenden Liegenschaften die einzige strassenmässige Erschliessung darstellt. Insgesamt handelt es sich um eine beträchtliche Zahl betroffener Liegenschaften, wozu insbesondere auch ein Restaurant, das Gemeindehaus und zwei Schulgebäude zählen. Dass diese Liegenschaften höchstens kurzzeitig ohne Erschliessung für Zubringer und

Notfalldienst auskommen können, liegt auf der Hand. Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Forderung nach der Aufrechterhaltung des privaten Zubringerverkehrs, ging denn auch die Beschwerdeführerin ganz selbstverständlich davon aus, dass dieser zu gewährleisten sei. Anders lässt sich folgende Bemerkung in ihrem Angebot nicht erklären: "Vorteilhaft wäre eine teilweise Umleitung der Anstösser in den jeweiligen Etappen. Somit könnten wir, wann möglich die Abschnitte Sperren um einen speditiveren Bauablauf zu ermöglichen. Das kann z. B. auch durch halbseitigen Einbau in den jeweiligen Etappen erfolgen." Wenn die Beschwerdegegnerin aus dieser Aussage schloss, der halbseitige Einbau gewährleiste die Durchfahrt nicht nur für Anstösser und Notfalldienste, sondern auch die Aufrechterhaltung des Busbetriebs, ist dies durchaus nachvollziehbar. Dies umso mehr, als die Dorfstrasse nicht nur für die Erschliessung vieler Zentrumsliegenschaften unverzichtbar ist, sondern offenkundig auch für den durch sie geführten öffentlichen Verkehr. Eine sinnvolle Umleitungsmöglichkeit des Busbetriebs während der Sanierungsdauer von insgesamt 30 Wochen ist weder dargetan noch ersichtlich. Angesichts dieser Gesamtsituation ist die beschwerdegegnerische Annahme, das Angebot der Beschwerdeführerin decke die Aufrechterhaltung des Verkehrs inklusive Busbetrieb ab, als entschuldbarer Irrtum zu qualifizieren.

E. 4.4

Überwiegende Vertrauensschutzinteressen, welche einen Widerruf dennoch als unzulässig erscheinen liessen, sind nicht gegeben. Die konkrete Erschliessungssituation und die Bedeutung des zu sanierenden Strassenabschnitts für Anstösser und Busbetrieb waren der Beschwerdeführerin hinlänglich bekannt. Auch musste sie aus den beim Referenznachweis verlangten Angaben schliessen, dass die Beschwerdegegnerin auf die "Aufrechterhaltung des Verkehrs" Wert legt. Dass sich diese Anforderung auch auf die Anbindung an den öffentlichen Busbetrieb bezog, kann unter den gegebenen Umständen nicht ernstlich bezweifelt werden. Aber selbst wenn die Beschwerdeführerin entsprechende Zweifel hegte, hätte sie sich nicht einfach stillschweigend für die aus ihrer Sicht günstigere Variante entscheiden dürfen. Vielmehr wäre sie nach Treu und Glauben gehalten gewesen, bei der Vergabebehörde nachzufragen, ob bzw. in welchem Umfang auch der Busbetrieb im Sanierungszeitraum zu gewährleisten sei. Dass sie dies unterlassen hat, lässt ihre Vertrauensschutzinteressen in den Hintergrund treten. Der Widerruf des Zuschlags und der damit einhergehende Verfahrensabbruch erweisen sich demnach als verhältnismässig und demzufolge rechters. Dies führt zur Abweisung der Beschwerden.

E. 5

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdeführerin kostenpflichtig (§ 65a Abs. 1 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr eine Parteientschädigung von vornherein nicht zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Dagegen ist sie zu einer solchen an die Beschwerdegegnerin zu verpflichten (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Bei der Bemessung der Entschädigung an die Beschwerdegegnerin ist allerdings zu beachten, dass diese zum einen mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen nur ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist und die Verfahren zudem auch inhaltlich weitgehende Parallelen aufwiesen. Vor diesem Hintergrund erweist sich eine Parteientschädigung für beide Verfahren von insgesamt Fr. 2'500.- als angemessen.

E. 6

Da der Wert des streitbetroffenen Auftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Bauwerke nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG).

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