

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00469 vom 17. Januar 2019

ZH Verwaltungsgericht, 2019-01-17, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2018.00469](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2018.00469)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00469 du 17 janvier 2019

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2018.00469 del 17 gennaio 2019

## Regeste

Submission | Container und Sammlung für Altkleider: Zulässigkeit des vereinbarten Exklusivrechts (öffentliche Beschaffung, freihändige Vergabe, massgeblicher Schwellenwert, Rechtsfolgen unzulässiger Vertragsschluss). Ein öffentlicher Auftrag und damit eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst. Die Entsorgung von Abfällen ist eine typische Aufgabe des Gemeinwesens, die im öffentlichen Interesse durchgeführt wird. Nicht erheblich ist, ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber benötigt oder ob sie der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wird (E. 1). Der Auftragswert entspricht dem Erlös, den die Mitbeteiligte mit der Verwertung der ihr überlassenen Alttextilien mutmasslich erzielen kann, abzüglich des der Beschwerdegegnerin zu zahlenden Betrages. Angesichts des so errechneten Auftragswerts besteht kein Raum für eine freihändige Vergabe (E. 3). Bei unzulässigem Vertragsschluss kann das Verwaltungsgericht dem öffentlichen Auftraggeber Vorschriften über dessen vertragliches Verhalten machen. Diese sind jedoch im Wesentlichen auf zukünftige Massnahmen beschränkt (E. 4). Teilweise Gutheissung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2018.00469 Urteil der 1. Kammer vom 17. Januar 2019 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz), Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Sandra Wintsch, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A GmbH, vertreten durch RA B, Beschwerdegeföhrerin, gegen Stadt Schlieren, Beschwerdegegnerin, und C AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Stadt Schlieren und die C AG trafen am 23. Juli 2018 eine "Zusammenarbeit-Vereinbarung" betreffend die Verwertung gebrauchter Textilien. Darin gewährte die Stadt Schlieren der C AG das "Exklusivrecht", an bewilligten Standorten mittels Containern Alttextilien zu sammeln und maximal zweimal jährlich Strassensammlungen durchzuführen. Unter dem Titel "Vergütung" verpflichtete sich die C AG, der Stadt Schlieren pro Kilogramm gesammelte Altkleider und Schuhe 20 Rappen zu bezahlen. Der Vertrag wurde mit einer festen Laufzeit bis Ende 2023 abgeschlossen. II. Mit Eingabe vom 8. August 2018 erhob die A GmbH Beschwerde gegen die Vergabe der Dienstleistung "Sammeln von Textilien und Schuhen" auf dem Stadtgebiet Schlieren an die C AG. Das "geföhrte Freihandverfahren" sei aufzuheben bzw. abzubrechen und die Stadt Schlieren sei anzuweisen, die benötigten Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben, eventualiter im Rahmen eines Einladungsverfahrens zu vergeben. Ein allfälliger Zuschlag an die C AG sei aufzuheben und die Stadt Schlieren sei anzuweisen, einen allfälligen

Vertrag unter Nutzung der ihr zur Verfügung stehenden vertraglichen Mittel aufzulösen. Schliesslich beantragte sie die Ausrichtung einer Parteientschädigung. Mit Präsidialverfügung vom 9. August 2018 wurde der Stadt Schlieren ein Vertragsschluss und -vollzug einstweilen untersagt. Die Stadt Schlieren ersuchte mit Beschwerdeantwort vom 16. August 2018 um Nichteintreten bzw. eventualiter um Beschwerdeabweisung. Mit Präsidialverfügung vom 27. August 2018 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung gewährt, die Stadt Schlieren jedoch gleichzeitig ermächtigt, das Sammeln von Textilien und Schuhen einstweilen befristet bis Ende Oktober 2018 im bisherigen Umfang durch die C AG besorgen zu lassen. Diese Befugnis wurde in der Folge bis Ende Februar 2019 verlängert. Mit Replik vom 19. September 2018 und Duplik vom 28. September 2018 wurde an den gestellten Anträgen festgehalten. Mit Eingabe vom 2. Oktober 2018 nahm die C AG erstmals Stellung. Mit weiteren Eingaben unter unveränderten Anträgen äusserten sich die A GmbH am 11. Oktober 2018 sowie die Stadt Schlieren und die C AG jeweils am 5. November 2018. Am 19. November 2018 erweiterte die Beschwerdegegnerin ihr Rechtsbegehren auf den mit Vertrag zwischen der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligte vom 22. März 2017 erteilten Zuschlag für dieselben Dienstleistungen. Die Kammer erwägt:

### **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 (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 1.1; RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26).

### **E. 1.2**

Zwischen den Parteien ist strittig, ob in der Gewährung des "Exklusivrechts" an die Mitbeteiligte zum Sammeln der Alttextilien auf Stadtgebiet und deren Verwertung eine öffentliche Beschaffung im Sinn von Art 6 Abs. 1 lit. c IVöB vorliegt. Nach Auffassung der Beschwerdeführerin trifft dies zu, da die Mitbeteiligte mit der Sammlung und Verwertung der Alttextilien eine öffentliche Aufgabe wahrnehme. Die Beschwerdegegnerin verneint demgegenüber das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung. Da die Mitbeteiligte für das Sammeln der Alttextilien kein Geld erhalte, sondern im Gegenteil eine Entschädigung zahle, handle es sich um ein reines Veräusserungsgeschäft. Die Stadt Schlieren verpflichte sich, der Mitbeteiligten Alttextilien ins Eigentum zu übergeben, wofür die Stadt einen Kaufpreis erhalte. Die Mitbeteiligte teilt diese Ansicht.

### **E. 1.3**

Ein öffentlicher Auftrag und damit eine öffentliche Beschaffung liegt vor, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst. Darin verpflichtet sich der Wirtschaftsteilnehmer gegen Entgelt zur Erstattung einer Bau-, Sach- oder Dienstleistung. Nicht erheblich ist, ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber benötigt oder ob sie der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wird (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 74 Rz. 178 mit Hinweisen).

### **E. 1.3.1**

Die Entsorgung von Abfällen ist eine typische Aufgabe des Gemeinwesens, die im öffentlichen Interesse durchgeführt wird. Gemäss Art. 6 der Technischen Verordnung über Abfälle vom 10. Dezember 1990 (TVA) gehören verwertbare Anteile von Textilien explizit zu den Siedlungsabfällen (vgl. auch § 35 des kantonalen Abfallgesetzes vom 25. September 1994). Das Einsammeln und Verwerten von Alttextilien erfolgt demnach in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Dabei bleibt – wie gesehen – unerheblich, wenn die Alttextilien nicht durch das Gemeinwesen, sondern wie hier durch Dritte bereitgestellt werden und die Dienstleistung somit der Öffentlichkeit zur Verfügung steht.

### **E. 1.3.2**

Als untypisch für eine öffentliche Beschaffung erscheint vorliegend zunächst allerdings der Umstand, dass sich die Mitbeteiligte als Dienstleisterin zur Bezahlung eines Entgelts an die Beschwerdegegnerin verpflichtet. Indes ist nicht zu übersehen, dass die Mitbeteiligte bei ihrer Sammeltätigkeit von den bisherigen Gebern erhebliche Sachwerte erhält, aus denen sie in der Folge Erlöse erzielen kann. Tatsächlich kann es für die Qualifizierung der infrage stehenden Dienstleistung als öffentlicher Auftrag nicht darauf ankommen, ob der Dienstleister durch das Gemeinwesen entschädigt wird oder diesem ein Entgelt entrichtet. In beiden Fällen erfüllt der Dienstleister eine öffentliche Aufgabe. Ob er ein Entgelt erhält oder entrichtet, hängt von den wirtschaftlichen Gegebenheiten ab, insbesondere davon, welchen Erlös er aus der Verwertung der Alttextilien erzielen kann. Es liegt deshalb bei Bezahlung eines Entgelts durch den Dienstleister nur vordergründig ein reines Veräusserungsgeschäft vor: Effektiv erbringt der Abnehmer gegenüber dem Gemeinwesen eine Dienstleistung und leistet das Gemeinwesen ein Entgelt in Form der Wertstoffe, die er dem Abnehmer zum Sammeln und Verwerten überlässt (vgl. zum Ganzen Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 354 ff., Rz. 760 ff., insbesondere Rz. 765–767; a. M. VGr St. Gallen, 23. Januar 2007, B 2006/184, wo der Bestand eines Veräusserungsgeschäfts angenommen wurde).

### **E. 1.4**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die zwischen der Beschwerdegegnerin und der Mitbeteiligte im Vertrag vom 23. Juli 2018 geregelte Sammlung und Verwertung von Alttextilien als öffentlicher Auftrag zu werten ist und den Bestimmungen des Beschaffungsrechts untersteht. Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist demnach zu bejahen.

### **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 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, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 2.1; 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; Galli et al., S. 657 ff. Rz. 1319 f.). Da die Beschwerdeführerin selber Dienstleistungen der nachgefragten Art erbringt und ihr Interesse am Auftrag glaubhaft gemacht wurde, ist sie zur Beschwerde legitimiert und dementsprechend darauf einzutreten.

### **E. 2.2**

Daran ändert nichts, dass der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten bereits erfolgt ist und die Leistungen erbracht werden, 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 selbst 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).

### **E. 2.3**

Nicht einzutreten ist demgegenüber auf das erweiterte Rechtsbegehren vom 19. November 2018, mit welchem sich die Beschwerdeführerin gegen die mit Vertrag vom 22. März 2017 erfolgte Übertragung derselben Dienstleistung an die Mitbeteiligte richtet. Es ist offensichtlich, dass die streitgegenständliche Vereinbarung vom 23. Juli 2018 den früheren Vertrag vom 22. März 2017 abgelöst hat, womit der damalige Vertrag mit der Mitbeteiligten keine Gültigkeit mehr haben kann. Ist das Anfechtungsobjekt untergegangen, so besteht kein aktuelles schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung im Sinn von § 21 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit § 49 VRG (vgl. auch Martin Bertschi in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 21 N. 24).

### **E. 3.1**

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 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]), sondern muss die in § 13 Abs. 1 SubmV statuierten Angaben enthalten (Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB). Übersteigt der Vergabebetrag 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. 3.1.1**

Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist demnach einerseits die Art und andererseits der Wert des zu vergebenden Auftrags (Galli et al., S. 146 Rz. 323). Gegenstand der vorliegend umstrittenen Vergabe ist das Sammeln und Verwerten von Alttextilien, was in die Kategorie "Dienstleistungen" fällt.

### **E. 3.1.2**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabe hätte nicht freihändig erfolgen dürfen, da die genannten Dienstleistungen deutlich über dem massgeblichen Schwellenwert von Fr. 150'000.- liegen würden. Da auch der Schwellenwert von Fr. 250'000.- übertroffen sei, müsse die Vergabe im offenen Verfahren erfolgen. Die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte gehen davon aus, dass bei einer Unterstellung unter das Vergaberecht das vereinbarte Entgelt von 20 Rp. pro kg massgeblich sei. Damit liege der Auftragswert unterhalb des Schwellenwerts von Fr. 150'000.-.

### **E. 3.1.3**

Dieser von der Mitbeteiligten an die Stadt Schlieren zu bezahlende Betrag entspricht offensichtlich nicht dem Wert des Auftrags. Der Auftragswert (bzw. die faktische Entschädigung an die Mitbeteiligte) entspricht vielmehr dem Erlös, den die Mitbeteiligte mit der Verwertung der ihr überlassenen Alttextilien mutmasslich erzielen kann, abzüglich des der Stadt Schlieren zu zahlenden Betrags (vgl. auch Beyeler, S. 360 Rz. 766). Diese Berechnungsmethode wird der wirtschaftlichen Bedeutung des Auftrags gerecht. Gemäss den Angaben der Mitbeteiligten betrug die Sammelmenge im Berichtsjahr 2017 in der Stadt Schlieren 145'096 kg. Je Kilogramm Alttextilien kann ein Erlös von mindestens 80 Rp. erzielt werden. Abzüglich des geschuldeten Entgelts von 20 Rp. pro kg resultiert damit ein Erlös von 60 Rp. pro kg, was pro Jahr einen Betrag von Fr. 87'057.60 ergibt. Für die vereinbarte fünfjährige feste Vertragsdauer resultiert eine Auftragssumme von Fr. 435'288.-, womit der Schwellenwert von Fr. 250'000.- für das offene bzw. selektive Verfahren deutlich überschritten ist. An der Überschreitung dieses Schwellenwerts würde sich auch nichts ändern, wenn in Anwendung von § 4 Abs. 3 SubmV der Betrag für nur vier Jahre (Fr. 348'230.40) massgeblich wäre. Es bestand deshalb mit Blick auf den Auftragswert kein Raum für eine freihändige Vergabe.

### **E. 3.2**

Gemäss § 10 Abs. 1 lit. f SubmV kann ein Auftrag unabhängig vom Auftragswert freihändig an die bisherige Anbieterin vergeben werden für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen, wenn einzig dadurch die Austauschbarkeit mit schon vorhandenem Material oder Dienstleistungen gewährleistet ist. Die Beschwerdegegnerin und die Mitbeteiligte rufen diesen Ausnahmetatbestand mit Blick auf bisherige Investitionen der Mitbeteiligten an und verweisen auch auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Dass aufgrund der erstellten Container nur die Mitbeteiligte zur weiteren Ausführung des Auftrags in der Lage wäre, ist weder ersichtlich noch geltend gemacht. Die Voraussetzungen zur Anwendung dieses Ausnahmetatbestands sind nicht erfüllt. Auf den Vertrauensschutz ist im Zusammenhang mit der Geltung des laufenden Vertrags zurückzukommen.

### **E. 3.3**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung im offenen oder selektiven Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Mit der freihändigen Vergabe der Leistungen an die Mitbeteiligte hat die Beschwerdegegnerin die vergaberechtlichen Vorschriften

verletzt. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.

#### **E. 4.1**

Im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung war der Vertrag zwischen der Beschwerdeführerin und der Beschwerdegegnerin gemäss den eingereichten Akten bereits abgeschlossen. Damit ist nur mehr auf den für diesen Fall subeventualiter gestellten materiellen Beschwerdeantrag Ziffer 8 einzugehen. Darin beantragt die Beschwerdeführerin im Wesentlichen, den Zuschlag aufzuheben und die Beschwerdegegnerin anzuweisen, den Vertrag unter Nutzung der ihr zur Verfügung stehenden vertraglichen Mittel aufzulösen und die Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben.

#### **E. 4.2**

Angesichts der obigen Ausführungen ist von einem unzulässigen Vertragsschluss durch die Beschwerdegegnerin auszugehen. Es stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen dem unzulässigen Vertragsschluss zukommen. Dabei ist zu beachten, dass es sich beim Vergabe- und beim Vertragsrecht um zwei eigenständige Teilrechtsordnungen handelt (Beyeler, S. 1441 f. Rz. 2637; Martin Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? in: AJP 2009 1141 ff., 1150 und 1152, auch zum Folgenden). Der unzulässige Vertragsschluss vermag daher die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags nicht infrage zu stellen (vgl. VGr, 20. April 2005, VB.2005.00068, E. 4; 4. September 2012, VB.2012.00436, E. 2.8.2; 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). 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 (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 6.5.2). Die Anordnung des Vertragsrücktritts und der Neuvergabe des Auftrags, wie sie vorliegend zur Diskussion steht, 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, S. 1462 ff., Rz. 2672 ff. und Rz. 2675).

#### **E. 4.3**

Vorliegend handelt es sich zwar um einen auf fünf Jahre abgeschlossenen Dauervertrag, der bei einer vorzeitigen Auflösung grundsätzlich keiner Rückabwicklung bedarf. Insoweit wäre eine Vertragsauflösung nicht kompliziert. Immerhin ist zu berücksichtigen, dass die Mitbeteiligte Investitionen getätigt hat; so wies die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass die Mitbeteiligte vor zwei Jahren an der Sammelstelle D ein Unterflursystem installiert habe. Weiter fällt unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit in Betracht, dass weder der Beschwerdeführerin noch der Mitbeteiligten ein absichtliches oder grobfahrlässiges Verhalten vorgeworfen werden kann. Die Rechtslage im Kanton Zürich war bisher betreffend Anwendbarkeit des Submissionsrechts (vgl. E. 3.1) nicht geklärt; das erwähnte Präjudiz des Verwaltungsgerichts St. Gallen zielte sodann in die entgegengesetzte Richtung. Jedoch ist zu beachten, dass der abgeschlossene Vertrag vom 23. Juli 2018 keine

Maximaldauer enthält. Damit stünde es im Belieben der Vertragsparteien, den Vertrag unbeschränkt weiter laufen zu lassen, womit andere Anbietende dauerhaft vom Wettbewerb ausgeschlossen wären. Dies ist rechtswidrig (§ 2 Abs. 3 SubmV; vgl. dazu VGr, 16 Juli 2008, VB.2008.00111, E. 8 mit Hinweisen; Galli et al., S. 510 f. Rz. 1097 ff.) und bedarf deshalb ohnehin der Korrektur.

#### **E. 4.4**

Unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände ist die Beschwerdegegnerin einzuladen, den Vertrag mit der Mitbeteiligten infolge Rechtswidrigkeit der Vergabe auf spätestens Ende 2021 zu beenden. Von den beantragten weitergehenden Anweisungen an die Beschwerdegegnerin betreffend Verfahrensabbruch und Ausschreibung ist abzusehen. Es wird Sache der Beschwerdegegnerin sein, die Arbeiten im dannzumaligen Zeitpunkt rechtskonform zu vergeben. Dabei bleibt der Klarheit halber anzumerken, dass die angeordnete Beendigung der Vereinbarung vom 23. Juli 2018 nicht etwa zu einem Wiederaufleben des früheren Vertrags vom 22. März 2017 mit der längeren Laufzeit führt. Schliesslich ist die Rechtswidrigkeit des Zuschlags an die Mitbeteiligte festzustellen.

#### **E. 5**

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

#### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 22. November 2017 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2018 und 2019 [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.