

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00826 vom 14. Mai 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-05-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2019.00826](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00826)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00826 du 14 mai 2020

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00826 del 14 maggio 2020

## Regeste

Submission | Altkleidersammlung, Berechnung des Auftragswerts. Der Auftragswert ist bei der Wahl des richtigen Verfahrens durch eine vorgängige Schätzung zu bestimmen. Eine solche Schätzung darf 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 (E. 3.3). Jährlich werden in der Schweiz erfahrungsgemäss pro Kopf durchschnittlich 6–7 kg Alt-Textilien rezykliert. Dieser notorische Richtwert ist Ausgangspunkt für die Schätzung einer Gemeinde, welche eine Vergabe der vorliegend infrage stehenden Art vornehmen will. Indessen ist dieser Richtwert nur dann als massgebliche Grösse heranzuziehen, wenn in einer Gemeinde keine verlässlichen Erhebungen über die gesammelten Mengen in den letzten Jahren vorliegen. Sind solche Erhebungen dagegen vorhanden, so können die tatsächlich gesammelten Mengen bei der Schätzung des Auftragswerts relevant berücksichtigt werden (E. 3.3.2). Es besteht keine Klarheit über die tatsächlich gesammelten Alt-Textilien während den letzten Jahren (E.3.3.3-3.3.8). Die Aufhebung des Zuschlags und die erneute Durchführung des Vergabeverfahrens, wie sie die Beschwerdeführerin beantragt, kommen nur unter der Voraussetzung infrage, dass der Vertrag unzulässigerweise abgeschlossen worden ist (E. 4.1). 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 (E. 4.3). Vorliegend ist zumindest von einer grobfahrlässigen Fehlschätzung auszugehen (E. 4.4). 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 (E. 4.5). Teilweise Gutheissung. Aufhebung des Zuschlags und Rückweisung zur Durchführung des Submissionsverfahrens. Einladung zur Kündigung.

## Erwägungen

### E. 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). Die Sammlung und Verwertung von Alttextilien ist als öffentlicher Auftrag zu werten und unterliegt den Bestimmungen des Beschaffungsrechts (VGr, 17. Januar 2019, VB.2018.00469, E. 1.2 ff.). Das Verwaltungsgericht ist sachlich zur Behandlung der vorliegenden Beschwerde zuständig.

### **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; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, 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, 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. 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. 3.2**

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. 3.3**

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 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 (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 5.3).

#### **E. 3.3.1**

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Vergabe hätte nicht freihändig erfolgen dürfen, da die genannten Dienstleistungen über dem massgeblichen Schwellenwert von Fr. 150'000.- liegen würden. Die Vergabe müsse zumindest im Einladungsverfahren, wenn nicht sogar im offenen Verfahren erfolgen.

#### **E. 3.3.2**

Jährlich werden in der Schweiz erfahrungsgemäss pro Kopf durchschnittlich 6–7 kg Alt-Textilien rezykliert (vgl. dazu auch die Abfallstatistik des Bundesamts für Umwelt auf <https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/abfall/zustand/daten/abfallstatistiken-2018.html> - 2018: 6,5 kg pro Person). Dieser notorische Richtwert ist Ausgangspunkt für die Schätzung einer Gemeinde, welche eine Vergabe der vorliegend infrage stehenden Art vornehmen will. Indessen ist dieser Richtwert nur dann als massgebliche Grösse heranzuziehen, wenn in einer Gemeinde keine verlässlichen Erhebungen über die gesammelten Mengen in den letzten Jahren vorliegen. Sind solche Erhebungen dagegen vorhanden, so können die tatsächlich gesammelten Mengen bei der Schätzung des Auftragswerts relevant berücksichtigt werden.

#### **E. 3.3.3**

Selbst bei Annahme eines unterdurchschnittlichen Werts von nur 6 kg pro Person musste die Beschwerdegegnerin aufgrund der Einwohnerzahl der Gemeinde von rund 14'500 Personen mit insgesamt 87'000 kg Alt-Textilien pro Jahr rechnen. Dies ergibt beim massgeblichen Kilobetrag von Fr. 0.45 die Jahressumme von Fr. 39'150.- bzw. für die Vertragsdauer von vier Jahren Fr. 156'600.-. Aufgrund dieser Rechnung musste die Beschwerdeführerin mit einer Überschreitung des Grenzwerts zum Einladungsverfahren rechnen. Wie gesehen hätte sie allerdings dann mit einer tieferen Alt-Textilienmenge kalkulieren dürfen, wenn sich eine solche aus verlässlichen Erhebungen zu den

gesammelten Mengen in der Gemeinde während den letzten Jahren ergeben hätte. Dies ist jedoch, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, nicht der Fall.

#### **E. 3.3.4**

Die Beschwerdegegnerin gab an, sie habe aufgrund der Gewichtsmeldungen der Beschwerdeführerin für die Jahre 2005 bis 2018 eine Statistik erstellt, habe sogar für die kommenden vier Jahre eine leichte Mengenzunahme angenommen und mit einem massgeblichen Auftragswert von Fr. 0.45 pro kg gerechnet. Dies habe ergeben, dass der Schwellenwert von Fr. 150'000.- nicht erreicht werde. Aufgrund der verfügbaren Angaben, nämlich der aktuellsten Gewichtsmeldung der Beschwerdeführerin über 67'381 kg/Jahr, zuzüglich einer sehr vorsichtigen Schätzung für Strassensammlungen von max. 2'500 kg pro Jahr, zuzüglich einer Schätzung eines gleich hohen Volumens von 2'500 kg durch "unbekannte" Container (z. B. der Mitbeteiligten) resultiere – ein sehr grosszügig geschätztes – Gesamtvolumen von max. 72'000 kg pro Jahr, was zu einer Entschädigung von Fr. 129'600.- für vier Jahre führe.

#### **E. 3.3.5**

Die Beschwerdegegnerin weicht mit ihren Angaben in der Beschwerdeantwort von ihren Angaben im Beschluss vom 26. November 2019 ab. Dort rechnete sie noch mit 68'000 kg pro Jahr, was für die Mitbeteiligte einen Auftragswert von Fr. 122'400.- und die Beschwerdeführerin einen solchen von Fr. 149'600.- ergab. Als Ausgangspunkt der beiden Berechnungen der Beschwerdegegnerin dienten beide Male die Gewichtsmeldung der Beschwerdeführerin für das Jahr 2018. Dabei ist zu beachten, dass im Jahre 2018 im Vergleich zu den Vorjahren weniger Kleider gesammelt wurden. In den vier dem Vergabeverfahren vorangegangenen Jahren sammelte die Beschwerdeführerin im Durchschnitt allein 76'506 kg Alt-Textilien pro Jahr. Eine Berücksichtigung lediglich des letzten Betriebsjahres, das noch dazu schlechter ausfiel als die vorangegangenen Jahre, erscheint nicht angebracht. Sodann ist nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdegegnerin zur Schätzung des Auftragswertes keine konkreten Zahlen von der Mitbeteiligten betreffend ihre Sammelmenge einholte. In ihrer Duplik macht die Beschwerdegegnerin schliesslich geltend, für die H-Container habe die Mitbeteiligte zwischen 2'402 und 5'972 kg Altkleider pro Jahr angegeben. Aus den Angaben der Mitbeteiligten der letzten drei Jahre ergibt sich ein Durchschnitt von 4'575 kg pro Jahr für die H-Container.

#### **E. 3.3.6**

Die Beschwerdegegnerin führt an, die Altkleider bei der Sammelstelle "Firma F" der Mitbeteiligten stelle keinen Siedlungsabfall dar. Nach Art. 3 lit. a der Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4. Dezember 2015 (VVEA) sind Siedlungsabfälle aus Haushalten stammende Abfälle sowie Abfälle aus Unternehmen mit weniger als 250 Vollzeitstellen, deren Zusammensetzung betreffend Inhaltsstoffe und Mengenverhältnisse mit Abfällen von Haushalten vergleichbar sind. Ob die Sammelstelle bei der F AG zur Entsorgung von Firmenaltkleider oder lediglich als Angebot an die Mitarbeitenden ihre privaten Altkleider in einem Container, der von der Firma beherbergt wird, entsorgen zu können, ist zwischen den Parteien umstritten und ergibt sich nicht aus den Akten. Die Frage kann indessen offengelassen werden, wie sich nachfolgend zeigt.

#### **E. 3.3.7**

Bezüglich der Containerstandorte der Mitbeteiligten bei der Kleiderbörse G und dem Gebrauchtwarenhändler I führt die Beschwerdegegnerin aus, die Kleider würden nicht als

Abfall, sondern zum Wiederverkauf gebracht. Wenn die beiden Organisationen Textilien dennoch weggeben wollen, falle dies nicht nur nicht in den Zugriffsbereich der Gemeinde, sondern insbesondere nicht unter die Definition von Siedlungsabfall. Dem ist nicht zuzustimmen. Können die gebrachten Kleider nicht weiterverkauft werden, werden diese zu Abfall. Ob die Altkleider im Zeitpunkt der Abgabe, da sie nicht mehr weiterverkauft werden direkt im Altkleidercontainer entsorgt werden oder erst zu einem späteren Zeitpunkt ist dabei unbeachtlich. So haben beide Organisationen weniger als 250 Mitarbeiter und stammen die Altkleider aus den Haushalten. Sodann geht aus den Akten auch nicht hervor, ob die Container öffentlich zugänglich sind. Die Altkleider in diesen Containern stellen ebenfalls Siedlungsabfälle dar und sind daher ebenfalls der Sammelmenge hinzuzurechnen. Für diese Container fehlen wiederum die Kiloangaben für die letzten Jahre. Es ist davon auszugehen, dass auch bei diesen Containern Textilien abgegeben wurden. Aus den Durchschnitten der Sammlungen der letzten Jahre der Beschwerdeführerin von 76'506 kg/Jahr sowie dem H-Container von 4'575 kg/Jahr ergibt sich bereits ein Wert von durchschnittlich rund 81'000 kg Textilien pro Jahr. Geht man nun aufgrund fehlender Angaben etwa davon aus, dass auch die G- und I-Container zusammen eine ähnliche Sammelmenge wie der H-Container generieren, wären im Durchschnitt rund 85'500 kg Altkleider pro Jahr gesammelt worden. Dies ergäbe selbst mit dem tieferen Angebot der Mitbeteiligten von Fr. 0.45 pro Kilogramm einen Auftragswert von Fr. 153'900.-. Gerechnet mit dem Angebot der Beschwerdeführerin ergebe sich sogar ein Wert von Fr. 188'100.-.

#### **E. 3.3.8**

Zusammengefasst besteht keine Klarheit über die tatsächlich gesammelten Alt-Textilien in der Gemeinde Stäfa während den letzten Jahren. Verlässliche Zahlen, um bei der Schätzung der Sammelmenge vom Richtwert von 6–7 kg pro Kopf und Jahr abzuweichen, bestehen nicht. Demgemäss durfte die Vergabe nicht mehr im freihändigen Verfahren durchgeführt werden.

#### **E. 3.3.9**

Abgesehen davon erscheint das Vorgehen der Beschwerdegegnerin auch unter folgendem Aspekt als unzulässig: Sie hat mit der Beschwerdeführerin und der Mitbeteiligten längere Kontakte geführt betreffend den hier in Frage stehenden Vertragsgegenstand. Dabei musste ihr bereits aufgrund des ersten Angebots der Beschwerdeführerin vom 29. März 2019 klar sein, dass der Grenzwert für das Einladungsverfahren bei einer Vertragsdauer von vier Jahren überschritten sein könnte. Die Beschwerdeführerin hatte damals eine Vergütung von Fr. 0.20 pro kg angeboten. Dies ergibt einen "Auftragswert" von 60 Rappen pro kg (80 Rappen Erlös abzüglich 20 Rappen Vergütung an Gemeinde). Dies führt selbst unter Annahme eines Jahresgewichts von nur 68'000 kg zum Gesamtbetrag von Fr. 163'000.-, womit der Grenzwert zum Einladungsverfahren überschritten ist.

#### **E. 3.4**

Die Beschwerdegegnerin wendet schliesslich ein, die Beschwerdeführerin könne sich nicht auf die falsche Verfahrenswahl stützen, da sie sich auf das Verfahren, so wie es stattgefunden habe, eingelassen habe. Das Verbot des Rechtsmissbrauchs erstreckt sich auf die gesamte Rechtsordnung; Missbrauch ist insbesondere dann gegeben, wenn ein Rechtsinstitut zweckwidrig zur Verwirklichung von Interessen verwendet wird, die dieses Institut nicht schützen will (BGE 131 I 185 E. 3.2.4). Solches liegt hier nicht vor: Die

Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin u. a. darauf aufmerksam gemacht, dass bei einer Exklusivkonzession die Laufzeit max. 2 Jahre dauern dürfte, ansonsten sie ausgeschrieben werden müsste. Darauf erhielt sie die Antwort, dass die Angabe betreffend eine mögliche Ausschreibung natürlich richtig sei, dies aber eine genauere finanzielle Analyse unabdingbar mache. Demgemäss durfte die Beschwerdeführerin davon ausgehen, dass entweder eine Exklusivkonzession vergeben würde, die im zulässigerweise freihändigen Verfahren durchgeführt werden könnte, oder noch eine Ausschreibung erfolgen würde. Die Rüge der Beschwerdeführerin erweist sich somit als zulässig.

### **E. 3.5**

Zusammengefasst ergibt sich, dass die vorliegende Beschaffung zumindest im Einladungsverfahren hätte durchgeführt werden müssen. Insoweit erweist sich die Beschwerde als begründet.

### **E. 4.1**

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 weitgehend 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 Beschwerdeführerin beantragt, kommen daher nur unter der Voraussetzung infrage, dass der Vertrag unzulässigerweise abgeschlossen worden ist (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 6.1).

### **E. 4.2**

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 (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 6.2; 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. 4.3**

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 (VGr, 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 6.3; Martin

Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 2534 und 2537).

#### **E. 4.4**

Wie gesehen stellte die Beschwerdegegnerin lediglich auf den Sammelwert der Beschwerdeführerin vom Vorjahr ab und unterliess es dabei, insbesondere auch die Menge der gesammelten Textilien von der Mitbeteiligten zu erfragen. Vor diesem Hintergrund ist zumindest von einer grobfahrlässigen Fehlschätzung des massgeblichen Auftragswerts auszugehen. Folglich konnte die Beschwerdegegnerin keine Abschlusserlaubnis erlangen. Der Vertragsschluss mit der Mitbeteiligten erweist sich daher als unzulässig. Bei dieser Sachlage ist die gerichtliche Aufhebung des zu Unrecht freihändig erteilten Zuschlag zulässig.

#### **E. 4.5**

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 (VGr, 17. Januar 2019, VB.2018.00469 E. 4.2 mit weiteren Hinweisen). 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 (VGr, 17. Januar 2019, VB.2018.00469 E. 4.2; Beyeler, Geltungsanspruch, S. 1462 ff., Rz. 2672 ff. und Rz. 2675). Aufgrund dessen, dass mit Präsidialverfügung vom 13. Dezember 2019 der Beschwerdegegnerin einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt wurde, Vollzugshandlungen vorzunehmen und die aufschiebende Wirkung am 22. Januar 2020 erteilt wurde, wurden noch keine Leistungen aufgrund des Vertrags erbracht.

#### **E. 4.6**

In Berücksichtigung dieser Umstände ist der Zuschlagsentscheid der Gemeinde Stäfa vom 26. November 2019 betreffend die Exklusivkonzession für die Sammlung von Altkleidern und Textilien für die Jahre 2020 bis 2023 als rechtswidrig aufzuheben und die Beschwerde insoweit gutzuheissen. Im neuen Durchgang ist zumindest ein Einladungsverfahren durchzuführen. Es steht der Vergabebehörde aber auch frei, ein höherstufiges Verfahren zu wählen. Gemäss Ziffer 24 des abgeschlossenen "Konzessionsvertrags" kann der "Vertrag während der Vertragsdauer von beiden Parteien auf Ende eines Monats gekündigt werden. Die Kündigungsfrist beträgt für beide Parteien sechs Monate". Bei den gegebenen Zeitverhältnissen ist eine Beendigung des Vertrags auf Ende des Jahres 2020 möglich und den gesamten Umständen angemessen. Die Beschwerdegegnerin ist deshalb einzuladen,

den mit der Mitbeteiligten geschlossenen Vertrag auf spätestens 31. Dezember 2020 zu kündigen. Insoweit ist die Beschwerde weitgehend gutzuheissen.

#### **E. 5**

Ausgangsgemäss wird die Beschwerdegegnerin für die gesamten Gerichtskosten kostenpflichtig, da sie zum einen nur in einem untergeordneten Umfang obsiegt und sich zum anderen eine solche Kostenverteilung auch aufgrund des Verursacherprinzips rechtfertigt (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Der Beschwerdegegnerin steht keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG). Sie ist indessen zu verpflichten, der Beschwerdeführerin eine angemessene Entschädigung zu bezahlen.

#### **E. 6**

Der Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen nicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]). Gegen dieses Urteil steht daher nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) offen (Art. 83 lit. f BGG).

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