

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00507 vom 27. Oktober 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-10-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00507](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00507)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00507 du 27 octobre 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00507 del 27 ottobre 2022

## Regeste

Submission | Anerkennung der Beschwerde. Grundsätzlich führt die Anerkennung eines Rechtsmittelanspruchs im verwaltungsrechtlichen Rechtsmittelverfahren nicht unmittelbar zur Beendigung des Rechtsmittelverfahrens. Eine Beschwerdeanerkennung ist bei Streitigkeiten unter Privaten – wie etwa in Baubewilligungsverfahren – in der Praxis allerdings grundsätzlich zulässig und vom Verwaltungsgericht zu beachten, ohne dass eine (summarische) Prüfung der materiellen Rechtslage vorzunehmen wäre. Vorliegend handelt es sich jedoch nicht um eine Streitigkeit zwischen Privaten, sodass die Anerkennung der Beschwerde nicht zur Abschreibung des Verfahrens führen kann. Ob die angefochtene Verfügung von der Beschwerdegegnerin hätte in Wiedererwägung gezogen werden müssen um die beabsichtigte Beendigung des Beschwerdeverfahrens zu erreichen, kann – wie sich aus dem Folgenden ergibt – offengelassen werden (E.2). Der Zuschlagsentscheid und die auf Nachfrage versandten Emails genügen den Anforderungen an eine genügende Begründung nicht. Zudem hat die Vergabestelle keine Beschwerdeantwort eingereicht und damit die nachträgliche Gelegenheit zur Erfüllung der Begründungsanforderungen nicht ergriffen. Damit liegt eine klare Gehörsverletzung wegen unzureichender Begründung vor, welche zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung zum Neuentscheid durch die Vergabebehörde führt. Dementsprechend ist vorliegend nicht über den Zuschlag zu entscheiden (E.3). Teilweise Gutheissung und Rückweisung.

## Erwägungen

### E. 1

Abteilung VB.2022.00507 Urteil der 1. Kammer vom 27. Oktober 2022 Mitwirkend: Abteilungspräsident Peter Sprenger (Vorsitz), Verwaltungsrichter Lukas Widmer, Verwaltungsrichter Daniel Schweikert, Gerichtsschreiberin Laura Diener. In Sachen A AG, v ertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Gemeinde Wald, vertreten durch RA C, Beschwerdegegnerin, und D AG, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Die Gemeinde Wald hat am 19. Mai 2022 auf SIMAP in einem offenen Submissionsverfahren im Staatsvertragsbereich im Zusammenhang mit der Erweiterung und Sanierung der Schulanlage Laupen die Ausführung des Bauauftrags BKP 244 Lüftungsanlagen ausgeschrieben. Die A AG reichte am 23. Juni 2022 ihr Angebot mit einer Offertsumme von Fr. 668'389.30 ein. Gemäss Offertöffnungsprotokoll vom 28. Juni 2022 waren acht Angebote mit Offertbeträgen von Fr. 663'199.15 bis Fr. 839'705.60 (netto, inkl. MWST) eingereicht worden. Am 23. August 2022 vergab die Gemeinde Wald den Auftrag an die D AG zum Preis von Fr. 698'380.55 (inkl. MWST) mit der Begründung der besten Gesamterfüllung der Vergabekriterien bzw. des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dieses Ergebnis teilte sie der A AG am 25. August 2022 mit. II. Die A AG gelangte dagegen mit

Beschwerde vom 5. September 2022 an das Verwaltungsgericht und beantragte, den Zuschlagsentscheid aufzuheben und den Zuschlag ihr zu erteilen. Eventuell sei der Zuschlagsentscheid aufzuheben und die Sache zum Neuentscheid an die Gemeinde Wald zurückzuweisen. Subeventuell – sollte der Vertragsschluss vor Ablauf der Rechtsmittelfrist geschlossen worden sein – sei die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Vergabeentscheids festzustellen. In prozessualer Hinsicht beantragte sie, der Beschwerde superprovisorisch aufschiebende Wirkung zu erteilen und der Beschwerdegegnerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Beschwerdeverfahrens jegliche Vollzugshandlungen zu untersagen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Mit Präsidialverfügung vom 6. September 2022 wurde der Gemeinde Wald ein Vertragsschluss einstweilen, bis zum Entscheid über das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung, untersagt. Am 19. September 2022 teilte die Gemeinde Wald die Anerkennung der Beschwerde mit und reichte die Vergabeakten ein. Die mitbeteiligte D AG liess sich nicht vernehmen, weder zur Beschwerde noch zur Beschwerdeanerkennung. Die Kammer erwägt:

### **E. 1.1**

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 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 revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

### **E. 1.2**

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 i.V.m. § 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). Die drittplatzierte Beschwerdeführerin rügt die Bewertung ihrer Offerte im mit 25 % gewichteten Zuschlagskriterium "Qualität/Termine/Qualifikationen" hinsichtlich der Referenzen als willkürlich und macht geltend, deren (gerechtfertigte) Bewertung mit der Note 5 statt 3 hätte gereicht, um den Zuschlag zu erhalten. Würde sie mit ihren Rügen durchdringen, so hätte sie eine realistische Chance auf den Zuschlag. Demzufolge ist ihre Legitimation zu bejahen. Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdegegnerin hat mit ihrer Eingabe vom 19. September 2022 innert laufender Beschwerdeantwortfrist ohne weitere Ausführungen mitgeteilt, die Beschwerde anzuerkennen. Eine Beschwerdeantwort reichte sie nicht ein.

### **E. 2.1**

Grundsätzlich führt die Anerkennung eines Rechtsmittelanspruchs im verwaltungsrechtlichen Rechtsmittelverfahren nicht wie der Rückzug eines Rechtsmittels unmittelbar zur Beendigung des Rechtsmittelverfahrens (VGr, 20. April 2017, VB.2016.00314, E. 1.2; Alain Griffel in: ders. [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 28 N. 33). Im Übrigen ist wenig geklärt, unter welchen Voraussetzungen und mit welchen Rechtswirkungen die Anerkennung eines Rechtsmittels oder ein Vergleich im Beschwerdeverfahren zur Beendigung eines Verfahrens führen können (vgl. dazu ausführlich VGr, 24. Juni 2019, VB.2018.00281, E. 4.2 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung).

### **E. 2.2**

Eine Beschwerdeanerkennung ist bei Streitigkeiten unter Privaten – wie etwa in Baubewilligungsverfahren – in der Praxis allerdings grundsätzlich zulässig und vom Verwaltungsgericht zu beachten, ohne dass eine (summarische) Prüfung der materiellen Rechtslage vorzunehmen wäre (vgl. VGr, 19. Mai 2021, VB.2020.00569, E. 2; 24. Juni 2019, VB.2018.00281, E. 4.4, 31. Oktober 2013, VB.2013.00637, E. 2.2; 19. Juni 2014, VB.2013.00734/736, E. 1 – a. M. Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 63 N. 10; [vgl. Zitate in VGr, 24. Juni 2019, VB.2018.00281, E. 4.4.1]). Einer Beschwerdeanerkennung wäre dann nicht zu entsprechen, wenn darin eine Verletzung wichtiger öffentlicher Interessen läge oder Indizien für eine sittenwidrige Vereinbarung bestünden (vgl. VGr, 24. Juni 2019, VB.2018.00281, E. 4.4.6 mit Hinweis auf VGr, 28. September 2011, VB.2011.00376). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Zu berücksichtigen ist ferner, dass sich die mitbeteiligte Zuschlagsempfängerin am Beschwerdeverfahren nicht beteiligt und auch der Beschwerdeanerkennung nichts entgegengesetzt hat. Doch handelt es sich vorliegend nicht um eine Streitigkeit zwischen Privaten, sodass die Anerkennung der Beschwerde nicht zur Abschreibung des Verfahrens führt.

### **E. 2.3**

Ob die angefochtene Verfügung von der Beschwerdegegnerin hätte in Wiedererwägung gezogen werden müssen, um den gewünschten Ausgang des Verfahrens zu erreichen (vgl. § 63 VRG; Alain Griffel, Kommentar VRG, § 28 N. 33; Marco Donatsch, Kommentar VRG, § 63 N. 10), kann – wie sich aus dem Folgenden ergibt – offengelassen werden.

### **E. 3.1**

Der Zuschlagsentscheid bedarf, wie alle anfechtbaren Entscheide, einer Begründung. Das Vergaberecht enthält diesbezüglich allerdings Sonderregeln. Das kantonale massgebliche Recht gewährleistet lediglich eine "kurze Begründung" des Zuschlags (Art. 13 lit. h IVöB). § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 (SubmV) verlangt für Verfügungen der Vergabebehörde allgemein eine summarische Begründung. Erst auf Gesuch hin hat die Vergabebehörde den nicht berücksichtigten Anbietenden die wesentlichen Gründe für die Nichtberücksichtigung sowie die ausschlaggebenden Vorteile des berücksichtigten Angebots bekanntzugeben (§ 38 Abs. 3 lit. d und e SubmV). Der allgemeine Anspruch auf rechtliches Gehör verlangt demgegenüber, dass Entscheide der Verwaltungsbehörde weitergehend begründet werden (Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 [BV]; § 10 Abs. 1 VRG). Die Begründung von Verfügungen muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung so abgefasst sein, dass sich die Betroffenen über die Tragweite des Entscheids Rechenschaft geben und diesen in voller Kenntnis der Sache an die höhere Instanz weiterziehen können. Dazu müssen die wesentlichen

Überlegungen genannt werden, von denen sich die Entscheidungsinstanz hat leiten lassen (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 10 N. 25). Den Widerspruch zwischen diesem Anspruch auf gehörige Begründung einerseits und § 38 Abs. 2 SubmV andererseits löst die Gerichtspraxis dadurch, dass die Vergabebehörde Gelegenheit hat, ihre Verfügungen mit der Beschwerdeantwort ergänzend und ausreichend im Sinn des allgemeinen Gehörsanspruchs zu begründen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Vergaberechts, 3. A., Zürich etc. 2013, Rz. 1250). Damit einher geht konsequenterweise auch die Befugnis der beschwerdeführenden Partei, auf die Beschwerdeantwort und damit auf die ergänzende Begründung der angefochtenen Verfügung zu replizieren (VGr, 25. Juli 2019, VB.2019.00094, E. 3.1 m.w.H.).

### **E. 3.2**

Vorliegend hält die angefochtene Verfügung zur Begründung der Vergabe an die Mitbeteiligte lediglich fest, "B este Gesamterfüllung der Vergabekriterien" sowie "Wirtschaftlich günstigstes Angebot". Zudem erhielt die Beschwerdeführerin auf Nachfrage das Offertöffnungsprotokoll und die anonymisierte Bewertungsmatrix. Zur genügenden Bewertung des Kriteriums "Qualität/Termine/Qualifikationen" wurde in der Begleit-E-Mail vom 29. August 2022 ausgeführt, diese beruhe auf dem spärlichen Rücklauf der angefragten/bewerteten Referenzauskünfte. Auf erneute Rückfrage wurde erklärt, mit "spärlichem Rücklauf" sei gemeint, die eingeholten Referenzen hätten teilweise negative Bewertungen enthalten.

### **E. 3.3**

Diese Begründungen genügen den oben dargelegten Anforderungen nicht. Zudem hat die Vergabestelle keine Beschwerdeantwort eingereicht und damit die nachträgliche Gelegenheit zur Erfüllung der Begründungsanforderungen nicht ergriffen. Damit liegt eine klare Gehörsverletzung wegen unzureichender Begründung vor, welche zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung und zur Rückweisung zum Neuentscheid durch die Vergabebehörde führt. Dementsprechend ist vorliegend nicht über den Zuschlag zu entscheiden und die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen.

### **E. 4**

Das Gesuch um Gewährung aufschiebender Wirkung wird mit dem vorliegenden Entscheid gegenstandslos.

### **E. 5**

Gemäss § 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG tragen die Parteien die Verfahrenskosten nach Massgabe ihres Unterliegens. Aufgrund der Aufhebung des angefochtenen Entscheids und der Rückweisung an die Beschwerdegegnerin gilt die Beschwerdeführerin als obsiegend. Dementsprechend sind die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen. Sodann ist die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin eine Parteientschädigung zu bezahlen (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG).

### **E. 6**

Beim vorliegenden Auftragswert ist der Schwellenwert für Bauleistungen gemäss Anhang 4 Ziffer 2 zum Bundesgesetz vom 21. Juni 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) nicht erreicht und die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten somit unzulässig (Art. 83 lit. f Abs. 2 des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 [BGG] in

Verbindung mit Art. 52 Abs. 1 lit. b BÖB). Folglich kann gegen die vorliegende Verfügung nur subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Ausserdem ist angesichts der Rückweisung davon auszugehen, dass das vorliegende Urteil als Zwischenentscheid nur selbständig angefochten werden kann, wenn die Voraussetzungen von Art. 93 BGG erfüllt sind.

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