

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00638 vom 29. November 2022

ZH Verwaltungsgericht, 2022-11-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.2022.00638](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2022.00638)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00638 du 29 novembre 2022

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.2022.00638 del 29 novembre 2022

## Regeste

Submission | Beschwerde der ursprünglichen Zuschlagsempfängerinnen gegen Vergabe gemäss Rückweisungsentscheid Heisst das Verwaltungsgericht in Vergabeverfahren eine Beschwerde gut und hebt den Zuschlag auf, so erteilt es diesen praxisgemäss in seinem Urteil nicht selbst neu, sondern weist die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Vergabestelle zurück. Hintergrund dieser Praxis ist, dass dem Verwaltungsgericht im Entscheidzeitpunkt nicht bekannt ist, ob mit dem Zuschlag allenfalls Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen zu verbinden sind. Ein weiterer (Ermessens-)Spielraum steht der Vergabebehörde bei der Zuschlagserteilung nicht zu. Inhaltlich ist die Sache mit dem verwaltungsgerichtlichen Urteil abschliessend beurteilt. In diesem Sinn handelt es sich bei der angeordneten Zuschlagserteilung um eine reine Vollzugs- bzw. Vollstreckungshandlung (E. 3.1). Bei der Anfechtung einer Vollstreckungsverfügung kann gegenüber der Sachverfügung nur noch geltend gemacht werden, sie sei von Anfang an nichtig gewesen, enthalte schwerwiegende Grundrechtsverletzungen oder sei durch nachträglich eingetretene Umstände rechtswidrig oder gegenstandslos geworden. Die Vollstreckungsverfügung ist ferner dann anfechtbar, wenn Mängel vorgebracht werden, die in ihr selber begründet sind (E. 3.2). Solche Rügen bringen die Beschwerdeführerinnen nicht vor. Vielmehr bemängeln sie den Rückweisungsentscheid, gegen den sie jedoch eine - aktuell hängige - subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben haben. Daher ist das Verwaltungsgericht infolge Litispendenz bzw. infolge des Devolutiveffekts der subsidiären Verfassungsbeschwerde für die Behandlung der erhobenen Rügen unzuständig, womit es an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt (E. 3.3, E. 3.5). Eine Sistierung des Verfahrens bis zum bundesgerichtlichen Entscheid über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde ist nicht angezeigt. Zwar kann sich eine solche rechtfertigen, wenn die streitgegenständliche Anordnung vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist oder von diesem wesentlich beeinflusst wird. Der Bestand der vorliegend angefochtenen Vollstreckungsverfügung ist jedoch nicht mehr vom Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens abhängig, seit in jenem das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und das angefochtene Verwaltungsurteil mithin sofort vollstreckbar wurde (E. 3.4). Nichteintreten.

## 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 = 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. Da sich das Rechtsmittel als offensichtlich unzulässig erweist, ist darüber durch den Einzelrichter zu entscheiden (vgl. § 38b Abs. 1 lit. a des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Auf den Beizug von Akten kann verzichtet werden, zumal die Vergabeakten sowohl dem Verwaltungsgericht wie auch den Beschwerdeführerinnen aus dem Verfahren VB.2021.00859 bekannt sind.

## **E. 2**

In seinem Urteil im Verfahren VB.2021.00859 korrigierte das Verwaltungsgericht die Bewertung der Offerten und kam zum Schluss, dass dem Angebot der Beschwerdeführerinnen (Zuschlagsempfängerinnen in VB.2021.859) weniger Punkte als demjenigen der Mitbeteiligten (Beschwerdeführerinnen in VB.2021.00859) zu erteilen seien. In der vorliegend angefochtenen Verfügung wurde das Angebot der Mitbeteiligten neu mit 80 Punkten bewertet, dasjenige der Beschwerdeführerinnen mit 72,51 Punkten (vgl. VB.2021.00859, E. 4.3.2 f.). Die Beschwerdeführerinnen beanstanden, die Mitbeteiligten hätten ein Eignungskriterium nicht erfüllt, da sie ihr Angebot nicht gemeinsam unterzeichnet bzw. zum Zeitpunkt der Angebotseinreichung noch nicht als Arbeitsgemeinschaft bestanden hätten. Daher hätten sie aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen und das Verwaltungsgericht hätte im ersten Rechtsgang gar nicht auf ihre Beschwerde eintreten dürfen. Über diese Fragen habe das Verwaltungsgericht im ersten Rechtsgang noch nicht entschieden, weshalb nun darauf einzutreten sei. Ferner wird geltend gemacht, die Mitbeteiligten hätten auch wegen Erteilung falscher Auskünfte ausgeschlossen werden müssen und es seien Arbeitsschritte, die an einem ungeeigneten Standort ausgeführt würden, fälschlicherweise bei der Bewertung berücksichtigt worden.

## **E. 3.1**

Heisst das Verwaltungsgericht in Vergabeverfahren eine Beschwerde gut und hebt den Zuschlag auf, so erteilt es diesen praxisgemäss in seinem Urteil nicht selbst neu, sondern weist die Sache mit einer entsprechenden Anordnung an die Vergabestelle zurück (vgl. dazu VGr, 1. März 2018, VB.2017.00606, E. 3.3.1; 13. Februar 2002, VB.2001.00035, E. 3c = BEZ 2002 Nr. 33, auch zum Folgenden). Hintergrund dieser Praxis ist, dass dem Verwaltungsgericht im Entscheidungszeitpunkt nicht bekannt ist, ob mit dem Zuschlag allenfalls Nebenbestimmungen oder ergänzende vertragliche Regelungen – z.B. mit Bezug auf die durch das Beschwerdeverfahren verzögerte Terminplanung – zu verbinden sind (vgl. dazu VGr, 17. Februar 2000, BEZ 2000 Nr. 25, E. 5b). Ein weiterer (Ermessens-)Spielraum steht der Vergabebehörde bei der Zuschlagserteilung nicht zu. Materiell ist die Sache mit dem verwaltungsgerichtlichen Urteil abschliessend beurteilt. In diesem Sinn handelt es sich bei der angeordneten Zuschlagserteilung um eine reine Vollzugs- bzw. Vollstreckungshandlung.

## **E. 3.2**

Bei der Anfechtung einer Vollstreckungsverfügung kann gegenüber der Sachverfügung nur noch geltend gemacht werden, sie sei von Anfang an nichtig gewesen, enthalte schwerwiegende Grundrechtsverletzungen oder sei durch nachträglich eingetretene Umstände rechtswidrig oder gegenstandslos geworden. Die Vollstreckungsverfügung ist

ferner dann anfechtbar, wenn Mängel vorgebracht werden, die in ihr selber begründet sind. Es kann etwa geltend gemacht werden, die Vollstreckung gehe über die zu vollstreckende Anordnung hinaus oder sie stimme nicht mit ihr überein. Weiter kann sich der Pflichtige auf das Gesetzmässigkeitsprinzip bei der Wahl des Vollstreckungsmittels oder auf das Verhältnismässigkeitsprinzip berufen, wenn in der Sachverfügung das Vollstreckungsmittel nicht speziell genannt ist (Tobias Jaag in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich 2014 [Kommentar VRG], § 30 N. 81 f.). Auf Rügen, welche sich auf die Rechtmässigkeit der Sachverfügung beziehen, ist abgesehen von den vorgenannten Ausnahmen nicht mehr einzugehen (vgl. a.a.O. N. 80).

### **E. 3.3**

Die Beschwerdeführerinnen bringen keine Rügen vor, die in der Vollstreckungsverfügung selbst begründet sind. Vielmehr bemängeln sie das Verwaltungsgerichtsurteil vom 25. Juli 2022, d.h. die Sachverfügung, aus den oben in E. 2 angeführten Gründen. Diese Rügen erweisen sich, entgegen den diesbezüglichen Vorbringen in der Replik, im Rahmen der Anfechtung der Vollstreckungsverfügung als unzulässig. Infolge Litispendenz bzw. infolge des Devolutiveffekts der subsidiären Verfassungsbeschwerde ist das Verwaltungsgericht zur Behandlung der genannten Rügen nicht zuständig.

### **E. 3.4**

Anzufügen bleibt, dass eine Sistierung des vorliegenden Verfahrens bis zum bundesgerichtlichen Entscheid über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde 2D\_28/2022 nicht angezeigt ist. Zwar kann sich eine Sistierung rechtfertigen, wenn die fragliche Anordnung vom Ausgang eines anderen Verfahrens abhängig ist oder von diesem wesentlich beeinflusst wird (Martin Bertschi/Kaspar Plüss, Kommentar VRG, Vorbemerkungen zu §§ 3–31, N. 40). Der Bestand der vorliegend angefochtenen Vollstreckungsverfügung ist jedoch nicht mehr vom Ausgang des bundesgerichtlichen Verfahrens abhängig, seit in jenem mit prozessleitender Verfügung vom 28. September 2022 das Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung abgewiesen und das angefochtene Verwaltungsurteil mithin sofort vollstreckbar wurde.

### **E. 3.5**

Zusammenfassend ist das Verwaltungsgericht für die Behandlung der beschwerdeführerischen Vorbringen nicht zuständig, womit es im vorliegenden Verfahren an einer Sachurteilsvoraussetzung fehlt. Demzufolge ist auf die Beschwerde nicht einzutreten.

### **E. 4.1**

Mit dem vorliegenden Entscheid wird das prozessuale Begehren der Beschwerdeführerinnen um Gewährung der aufschiebenden Wirkung gegenstandslos.

### **E. 4.2**

Auf die von der Beschwerdegegnerschaft beantragte Auferlegung einer Ordnungsbusse im Sinn von § 71 VRG in Verbindung mit Art. 128 Abs. 3 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ist zu verzichten, zumal die beschwerdeführerische Prozessführung noch nicht geradezu offenkundig bös- oder mutwillig war.

### **E. 5.1**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gelten die Beschwerdeführerinnen als unterliegend und werden kostenpflichtig (§ 65 a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG ). Angesichts der formellen Erledigung ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 angemessen zu reduzieren.

#### **E. 5.2**

Eine Parteientschädigung steht den Beschwerdeführerinnen aufgrund ihres Unterliegens von vornherein nicht zu. Hingegen sind sie zu verpflichten, die Beschwerdegegnerschaft angemessen entschädigen (§ 17 Abs. 2 f. VRG).

#### **E. 6**

Der Gesamtwert der Vergabe übersteigt den massgeblichen Schwellenwert für Dienstleistungen (Art. 52 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit Anhang 4 Ziff. 2 des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BöB) vom 21. Juni 2019). 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, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen (Art. 83 lit. f BGG).

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