

Urteil des Bundesgerichts 2C_512/2023 vom 5. Juni 2024

Der Sachverhalt:

Mit Ausschreibung vom 21. Oktober 2022 eröffnete das Tiefbauamt des Kantons Zürich (nachfolgend: Vergabebehörde) ein offenes Submissionsverfahren betreffend die Strassenbauarbeiten für den Vierspurausbau Hardwald. Am 19. April 2023 erging der Zuschlag an die Arbeitsgemeinschaft ARGE D für deren Angebot im Betrag von Fr. 54'693'910.10. Mit Schreiben vom 26. April 2023 teilte die Vergabebehörde den anderen Anbieterinnen die Zuschlagserteilung an die ARGE D mit. Am 2. Mai 2023 erfolgte die SIMAP-Publikation des Zuschlags.

Mit Beschwerde vom 12. Mai 2023 gelangte die ARGE A an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und beantragte, es sei der Zuschlag aufzuheben und an sie zu erteilen.

Streitfrage:

Vor Bundesgericht war umstritten, ob die eingereichte Submissionsbeschwerde fristgerecht eingereicht worden war. Es war fraglich, ob und unter welchen Umständen sich eine Partei in einem Vergabeverfahren auf die Beschwerdefrist berufen kann, die in einer öffentlichen Publikation auf SIMAP angegeben werde, wenn sie vorab bereits eine schriftliche Mitteilung mit einer Rechtsmittelbelehrung samt Hinweis auf die geltende zehntägige Frist erhalten hat.

Erwägung des Bundesgerichts:

(Zur Frage, ob es sich beim Schreiben der Vergabebehörde vom 26. April 2023 um eine Verfügung handelte oder um einen nichtigen Verwaltungsakt):

3.4.2. Das Schreiben vom 26. April 2023 besteht in tatsächlicher Hinsicht unbestrittenermassen aus zwei Seiten, wobei die erste Seite an die Beschwerdeführerinnen adressiert und vom zuständigen Projektleiter der Vergabebehörde unterzeichnet ist sowie das Submissionsergebnis als beigelegte zweite Seite erwähnt. Die zweite Seite trägt den Titel "Submissionsergebnis / Verfügung", ist mit 19. August 2023 datiert, nennt die Zuschlagsempfängerin (Beschwerdegegnerin) samt Zuschlagspreis und enthält eine Rechtsmittelbelehrung. Letzterer zufolge kann gegen die Verfügung innert zehn Tagen "von der Zustellung an die Anbietenden" an gerechnet schriftlich Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich eingereicht werden (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Im Weiteren enthält die zweite Seite folgende kurze Begründung des Zuschlags: "Beste Erfüllung der Zuschlagskriterien" (vgl. Art. 105 Abs. 2 BGG).

3.4.3. Es ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz dem adressierten und unterzeichneten Brief (erste Seite) sowie der als "Submissionsergebnis / Verfügung" betitelten Beilage (zweite Seite) mit der Rechtsmittelbelehrung als Einheit Verfügungscharakter zuspricht. Die von den Beschwerdeführerinnen angeführten, angeblichen Mängel vermögen daran nichts zu ändern, zumal sie ihren Vorbringen - entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung - im Wesentlichen ein formelles Verständnis des Verfügungsbegriffs zugrunde legt. Im Übrigen ist das Schreiben vom 26. April 2023 nach dem Gesagten sowohl adressiert als auch unterzeichnet, womit die Sachverhaltsrügen der Beschwerdeführerinnen nicht zutreffen. Unzutreffend ist ebenso die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, wonach eine Verfügung lediglich eingeschrieben, nicht aber per A-Post zugestellt werden könne (zum Ganzen siehe **BGE 142 III 599** E. 2.4.1).

Soweit im Lichte des materiellen Verfügungsbegriffs überhaupt massgebend, legen die Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht nachvollziehbar dar, weshalb die Vergabebehörde keinen Verfügungswillen gehabt habe, obschon das von der Vergabebehörde stammende Dokument als Verfügung bezeichnet und mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen ist. Vielmehr ergibt sich aus einer Gesamtbetrachtung des Schreibens vom 26. April 2023, dass die Mitteilung des Submissionsergebnisses auf Rechtswirkungen ausgerichtet und verbindlich ist.

3.4.4. Dass die als "Submissionsergebnis / Verfügung" betitelte Beilage nach Auffassung der Beschwerdeführerinnen eine unzureichende (summarische) Begründung enthält, ist angesichts der verbindlichen Bekanntgabe des Submissionsergebnisses für die Qualifikation des Schreibens vom 26. April 2023 als Verfügung nicht ausschlaggebend. Soweit die Begründung - im Lichte der beschaffungsrechtlichen Vorgaben und der vergabespezifischen (Ermessens-) Praxis (vgl. E. 3.5.3 hiernach) - unzureichend wäre, wird die Verfügung dadurch lediglich anfechtbar (vgl. Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl. 2020, N. 1078; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, N. 1243 und N. 1246; Tschannen/Müller/Kern, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, N. 754; zum Eröffnungsmangel im Allgemeinen siehe auch Urteil 2C_848/2012 vom 8. März 2013 E. 4.1). Die Vorinstanz geht daher zu Recht davon aus, dass es sich beim Schreiben vom 26. April 2023 um eine Verfügung handelt. Mangels Vorliegens eines besonders schwerwiegenden Verfahrensfehlers ist den Beschwerdeführerinnen im Übrigen nicht zu folgen, wenn sie vortragen, die Verfügung vom 26. April 2023 sei nichtig (zur Nichtigkeit von Entscheiden siehe **BGE 147 IV 93** E. 1.4.4; **139 II 243** E. 11.2; Urteile 2D_53/2020 und 2D_25/2021 vom 31. März 2023 E. 5, nicht publ. in: **BGE 149 I 146**).

(Zur Frage, ob sich die ARGE A auf die nachträgliche Publikation auf der SIMAP-Plattform berufen kann):

3.5.1. Die Vorinstanz hält fest, das kantonale Recht sehe in § 38 Abs. 1 SubmV/ZH vor, dass die Vergabebehörde Verfügungen durch Zustellung und soweit erforderlich durch Veröffentlichung eröffne. Weiter erwägt die Vorinstanz, Art. 15 Abs. 2 IVöB 2001 bestimme unmissverständlich, dass Beschwerden innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügungen einzureichen seien. In Anwendung des kantonalen und interkantonalen Rechts gelangt die Vorinstanz alsdann zum Schluss, dass die Beschwerdefrist am 28. April 2023 mit Zustellung der Verfügung vom 26. April 2023 zu laufen begonnen habe (vgl. E. 2.2 und E. 3.4 des angefochtenen Beschlusses). Die

Zustellung der Verfügung am 28. April 2023 ist unter den Verfahrensbeteiligten unbestritten. Den Beschwerdeführerinnen war das Ergebnis des Vergabeverfahrens somit am 28. April 2023 und nicht erst mit Publikation vom 2. Mai 2023 bekannt. Vor diesem Hintergrund ist nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz davon ausgeht, dass die Beschwerdefrist mit der individuellen Zustellung der Verfügung am 28. April 2023 ausgelöst wurde.

3.5.2. Daran vermag nichts zu ändern, dass das Ergebnis des Vergabeverfahrens am 2. Mai 2023 zusätzlich noch auf der Internetplattform SIMAP publiziert wurde. Die Rechtsmittelbelehrung in der Verfügung vom 26. April 2023 weist darauf hin, dass gegen die Verfügung innert zehn Tagen, von der Zustellung an die Anbietenden an gerechnet, Beschwerde eingereicht werden kann (vgl. E. 3.4.2 hiervor). Diese Formulierung ist unmissverständlich und korrespondiert mit dem Grundsatz von Art. 15 Abs. 2 IVöB 2001, wonach Beschwerden innert zehn Tagen seit Eröffnung der Verfügungen einzureichen sind. Somit besteht kein Raum, dass sich die Beschwerdeführerinnen auf einen späteren, fristauslösenden Zeitpunkt berufen können (vgl. auch E. 5.2 hiernach). Dies muss insbesondere für die beiden Beschwerdeführerinnen gelten, die nach den unbestrittenen vorinstanzlichen Feststellungen erfahrene Bauunternehmerinnen sind und regelmässig an Vergabeverfahren teilnehmen (vgl. Art. 105 Abs. 1 BGG). Nach dem Gesagten ist das "Primat der individuellen Zustellung", wie es nach den vorinstanzlichen Erwägungen im Kanton Zürich gelte (vgl. E. 3.2 hiervor; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1275; Poltier, *Droit des marchés publics*, 2. Aufl. 2023, N. 796), nicht zu beanstanden.

3.5.3. Im Übrigen zeitigte die Publikation auf der Internetplattform SIMAP auch in Anbetracht der bloss summarischen Begründung der Verfügung vom 26. April 2023, wie die Beschwerdeführerinnen weiter monieren, keine Wirkung auf den Lauf der Beschwerdefrist. Das kantonale Recht verlangt in § 38 Abs. 2 SubmV/ZH in Ausführung des vorliegend noch anwendbaren Art. 13 lit. h IVöB 2001 ("kurze Begründung des Zuschlags"), dass die Verfügungen summarisch begründet werden (vgl. auch Art. 51 Abs. 2 IVöB 2019). Die Beschwerdeinstanz darf bei den Anforderungen an die Begründung der Beschwerde daher nicht streng sein (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1246; Poltier, a.a.O., N. 852). Die Praxis geht weitgehend davon aus, dass einer unzureichend begründeten Verfügung im nachfolgenden (Beschwerde-) Verfahren Rechnung getragen werden kann (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N. 1247 ff.; Poltier, a.a.O., N. 800; z.B. Akteneinsicht, Beschwerdeantwort der Vergabebehörde als nachträgliche Begründung etc.). Diese Ansicht ist zu bestätigen und entspricht dem Grundgedanken des Verfahrens im öffentlichen Beschaffungswesen, wonach Streitigkeiten so schnell wie möglich entschieden werden sollten, weshalb mit 10 Tagen (vgl. Art. 15 Abs. 2 IVöB 2001) respektive 20 Tagen (vgl. Art. 56 Abs. 1 IVöB 2019) auch kurze Beschwerdefristen vorgesehen sind. Folglich hat der Umstand, dass die Begründung der Verfügung vom 26. April 2023 möglicherweise nicht den Anforderungen von § 38 Abs. 2 SubmV/ZH genügt, keinen Einfluss auf den Lauf der Beschwerdefrist (vgl. Poltier, a.a.O., N. 800, der darauf hinweist, dass die nicht berücksichtigte Anbieterin häufig eine Beschwerde einreichen müsse, obwohl die verfügbaren Informationen noch weitgehend unvollständig seien).

3.5.4. Die Vorinstanz kommt daher zu Recht zum Schluss, dass die Beschwerdefrist am 28. April 2023 mit der Zustellung der Verfügung vom 26. April 2023 zu laufen begann. Als die Beschwerdeführerinnen die vorinstanzliche Beschwerde am 12. Mai 2023 einreichten, war die zehntägige Beschwerdefrist somit abgelaufen gewesen. Eine formelle Rechtsverweigerung liegt lediglich vor, wenn eine Behörde auf eine ihr frist- und formgerecht unterbreitete Sache nicht eintritt (vgl. **BGE 144 II 184 E. 3**). Da die Beschwerdeführerinnen die Beschwerde vom 12. Mai 2023 erst nach Ablauf der Beschwerdefrist einreichten, verletzt der vorinstanzliche Nichteintretensentscheid weder Art. 29 Abs. 1 BV noch Art. 15 IVöB 2001.

Bemerkungen:

Das Bundesgericht beantwortet in seinem Leiturteil vom 5. Juni 2024 die bisher ungeklärte Frage, ob sich eine Partei in einem Vergabeverfahren auf die Beschwerdefrist berufen kann, die in einer öffentlichen Publikation auf der Plattform SIMAP angegeben wird, wenn sie vorab bereits eine individuelle Mitteilung mit einer Rechtsmittelbelehrung erhalten hat. Das Bundesgericht verneint diese Frage. In der Praxis bedeutet dies: Erhält man als Baufirma einen Zuschlag nicht und zieht in Erwägung den Zuschlag an die Konkurrentin anzufechten, sind rasches Handeln und schnelle Entscheide angezeigt und man darf sich nicht auf eine spätere Publikation auf SIMAP verlassen. Der interne Rechtsdienst und/oder externe Anwalt sollte möglichst frühzeitig involviert werden um eine allfällige Submissionsbeschwerde fristgerecht einreichen zu können.

(Beitrag von Dr. Daniel Wuffli)