

Inhaltsverzeichnis

5 Submissionsrecht 5

B

Stichwortverzeichnis 17

5. Submissionsrecht

5.1 § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB; § 4 und 21a VRG

Regeste:

§ 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB, § 4 und 21a VRG – Eine Verfügung bzw. ein Entscheid ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. Im Submissionsrecht wird im Rahmen einer Aufzählung spezifisch definiert, welche behördlichen Akte als Verfügungen gelten, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt werden kann. Da auch so genanntes Realhandeln des Staats in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen kann, wird Rechtssuchenden in § 21a VRG die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids bei Realakten ermöglicht (Erw. 2a). Bei der Erteilung von Konzessionen haben submissionsrechtliche Verfahrensgrundsätze zu gelten, so der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Erw. 3b/aa).

Aus dem Sachverhalt:

Im Herbst 2014 führte der Gemeinderat X. eine Contractingausschreibung betreffend «Wärmeverbund X.» durch. Gegenstand der Ausschreibung war laut Unterlagen die durch die Gemeinde über die Vertragsdauer zu beziehende Wärme sowie eine 30-jährige Konzession für den Betrieb eines ARA- und Industrieabwärmeverbunds innerhalb des Versorgungssperimeters des Wärmeverbunds. Die Y. AG beteiligte sich zusammen mit der Genossenschaft Z. im Rahmen der «Arbeitsgemeinschaft Wärmeverbund X.» an der Ausschreibung. Mit Beschluss vom 16. Dezember 2014 gab der Gemeinderat X. den Zuschlag zum Betrieb des Wärmeverbunds X. der W. In einem Schreiben vom 15. September 2015 teilte der Gemeinderat X. der Y. AG mit, die W. habe seinerzeit das wirtschaftlichste Angebot eingereicht, weswegen das Contracting des Wärmeverbunds an diesen Anbieter vergeben worden sei. Mit dem Zuschlag erhalte die W. das alleinige Recht, Anlagen für die Fernwärme im öffentlichen Grund der Einwohnergemeinde zu erstellen. Dafür werde ein Konzessionsvertrag abgeschlossen. In einer Medienmitteilung gab die Einwohnergemeinde X. am 16. September 2015 bekannt, die Gemeinde habe einem Konzessionsvertrag mit der W. für den Wärmeverbund X. zugestimmt. Mit dieser Vereinbarung erhalte die W. das alleinige Recht, den Wärmeverbund X. zu betreiben sowie die dafür notwendigen Leitungen und Anlagen auf öffentlichem Grund zu bauen. Der Baubeginn der ersten Etappe sei im Frühling 2016 vorgesehen. Am 2. Oktober 2015 liessen die Y. und die Q. AG beim Gemeinderat X. ein Gesuch mit verschiedenen Anträgen stellen, über die der Gemeinderat mit anfechtbarer Verfügung entscheiden solle. Mit Schreiben vom 16. Dezember 2015 überwies der Gemeinderat X. das Gesuch an das Verwaltungsgericht des Kantons Zug. Begründet wurde dies damit, die Gesuchstellerinnen würden rügen, der abgeschlossene Konzessionsvertrag sei vom Zuschlag nicht gedeckt. Diese Rüge müsse im Rahmen einer submissionsrechtlichen Beschwerde geltend gemacht werden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss § 6 Abs. 1 lit. a des Submissionsgesetzes vom 2. Juni 2005 (SubG, BGS 721.51) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gegen Verfügungen von Auftraggeberinnen und Auftraggebern gemäss Art. 15 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, BGS 721.52). Es handelt sich hier um eine submissionsrechtliche Sonderbestimmung, welche der ordentlichen Zuständigkeitsvorschrift in § 61 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 1. April 1976 (VRG, BGS 162.1) vorgeht. Strittig und zu prüfen ist die Frage der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Das Verwaltungsgericht prüft seine Zuständigkeit und weitere Eintretensvoraussetzungen von Amtes wegen (§ 6 Abs. 2 VRG). Das Gericht ist bei dieser Prüfung nicht an die Rechtsbegehren der Parteien gebunden. Im Übrigen stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (§ 12 VRG). Soweit die Erfüllung der Eintretensvoraussetzungen von bestimmten, dem Gericht nicht bekannten tatsächlichen Gegebenheiten abhängt, besteht allerdings eine Substantiierungslast der beschwerdeführenden Partei (Bertschi, in: Kommentar VRG des Kantons Zürich, 3. A., Zürich / Basel / Genf 2014, Vorbemerkungen zu §§ 19 – 28a, Rz. 53).

2. Unklar ist, ob überhaupt eine Verfügung vorliegt, welche gemäss der submissionsrechtlichen Sonderbestimmung direkt beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann.

a) Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts erlangt ein Betroffener in erster Linie Rechtsschutz, indem er Verfügungen und Entscheide vor den Behörden anfechtet (Häfelin / Müller / Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. A., Zürich/St.Gallen 2016, Rz. 1186, vgl. auch BGE 140 II 315 E. 4.4). In einer Generalklausel bestimmt § 61 Abs. 1 VRG denn auch, dass an das Verwaltungsgericht nur Beschwerde gegen Entscheide geführt werden kann. Eine Verfügung (bzw. ein Entscheid im Sinne der Zuger Terminologie, vgl. § 4 VRG) ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird (Häfelin / Müller / Uhlmann, a.a.O., Rz. 849 ff.). Im Submissionsrecht wird im Rahmen einer Aufzählung spezifisch definiert, welche behördlichen Akte als Verfügungen gelten, gegen die ein Rechtsmittel eingelegt werden kann (Art. 15 Abs. 1 bis lit. a – e IVöB). Beispielsweise gelten der Zuschlag des Auftrags, dessen Widerruf oder der Abbruch des Vergabeverfahrens als durch Beschwerde selbständig anfechtbar (Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB). Da auch so genanntes Realhandeln des Staats in schützenswerte Rechtspositionen eingreifen kann, hat der Kanton Zug – nicht zuletzt auch in Nachachtung der in der Verfassung verankerten Rechtsweggarantie – eine Bestimmung in das VRG eingefügt, welche Rechtssuchenden die Erwirkung eines anfechtbaren Entscheids bei Realakten ermöglicht. Gestützt auf § 21a Abs. 1 VRG kann nämlich jede Person, welche ein schutzwürdiges Interesse hat, von einer Behörde, die für Handlungen zuständig ist, welche sich auf öffentliches Recht des Bundes oder des Kantons stützen und Rechte und Pflichten berühren, verlangen, dass sie a) widerrechtliche Handlungen unterlässt, einstellt oder widerruft; b) die Folgen

widerrechtlicher Handlungen beseitigt; c) die Widerrechtlichkeit von Handlungen feststellt. Gemäss § 21a Abs. 2 VRG gelten die in der Folge ergangenen Anordnungen und Feststellungen der Behörden als Entscheide.

b) Vorliegend haben die Beschwerdeführerinnen in ihrem Gesuch vom 2. Oktober 2015 an den Gemeinderat X. den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verlangt. Aus den Anträgen in ihrem Gesuch ist zu schliessen, dass ihr Gesuch auf den Verzicht der Erteilung einer exklusiven Konzession an die W. (Antrag a) gerichtet war, ferner auf die Aufhebung der allenfalls erteilten exklusiven Konzession an die W. (Antrag b), auf eine Abänderung der Konzession (Antrag c) und auf gewisse Feststellungen, wonach die Beschwerdeführerinnen in der Gemeinde X. weiterhin Zutritt zum Fernwärmemarkt haben und sie über das Recht verfügen, in diesem Markt wachsen zu können (Anträge d und e). Das Gesuch erfolgte somit aufgrund des Umstands, dass eine kommunale Behörde handelte, konkret hatte nämlich der Gemeinderat X. einen Vertrag mit der W. abgeschlossen. Ferner stützten sich diese Handlungen auf öffentliches Recht bzw. hätten sich auf öffentliches Recht stützen müssen – hier auf das kantonale Vergaberecht und auf das Binnenmarktgesetz. Schliesslich berührte der Vertragsschluss des Gemeinderats die schützenswerten Rechte der Gesuchstellerinnen, und zwar ihre Rechte aus den Energielieferungsverträgen mit der Gemeinde X. vom Juli 1990 und November 1995. Die fragliche Eingabe trägt somit alle Merkmale eines Gesuchs auf Erlass einer anfechtbaren Verfügung im Sinne von § 21a VRG. Der Gemeinderat X. hat dieses Gesuch indessen nicht behandelt und einen Entscheid gefällt, sondern er hat es zur Behandlung an das Verwaltungsgericht Zug weitergeleitet. Über solche Gesuche kann das Verwaltungsgericht indessen weder gestützt auf die submissionsrechtliche Sonderbestimmung in § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 IVöB noch gestützt auf die Generalklausel in § 61 Abs. 1 VRG befinden. Aus Sicht des Gerichts liegt gar kein anfechtbarer Entscheid vor. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Behandlung des Gesuchs ist nicht gegeben, womit es an den ursprünglichen Adressaten, den Gemeinderat X., zurückzuweisen ist.

3. Der Vollständigkeit halber ist nachstehend der Frage nachzugehen, bei welcher Instanz und innert welcher Frist gegen den Entscheid des Gemeinderats X. Beschwerde geführt werden kann, nachdem dieser das Gesuch behandelt hat. Einerseits liesse sich der Standpunkt vertreten, dass dieser Entscheid, wie im Regelfall jeder andere Entscheid eines Gemeinderats auch, innerhalb von 20 Tagen nach Mitteilung beim Regierungsrat mit einer Verwaltungsbeschwerde anzufechten ist (§ 40 Abs. 1 VRG, § 43 Abs. 1 VRG). Andererseits gibt es auch Argumente für einen direkten Beschwerdeweg an das Verwaltungsgericht.

a) Eine direkte Beschwerdemöglichkeit beim Verwaltungsgericht wäre namentlich dann gegeben, wenn sich der vom Gemeinderat zu erlassende Entscheid auf Submissionsrecht abstützen würde. Wie bereits festgestellt, ist aus den Anträgen im Gesuch vom 2. Oktober 2015 zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen nicht den Zuschlag im Visier haben, sondern den von der Gemeinde X. mit der W. noch abzuschliessenden oder bereits abgeschlossenen Konzessionsvertrag, was in ihren Augen zu ihrem faktischen Ausschluss aus dem Fern-

wärmemarkt der Gemeinde X. führen würde. Ausserdem bringen sie vor Verwaltungsgericht ausdrücklich vor, dass es ihnen nicht darum gehe, die Zuschlagsverfügung an die W. aufzuheben. Daraus ist zu schliessen, dass die Beschwerdeführerinnen keinen Rechtsschutz in einer submissionsrechtlichen Streitigkeit, sondern im Wesentlichen in einer konzessionsrechtlichen Frage begehren. Somit können in ihrem Fall die speziellen submissionsrechtlichen Zuständigkeitsvorschriften von § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB auf den ersten Blick nicht greifen.

b) Es stellt sich die Frage, ob sich eine direkte Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts aus analog anwendbarem Submissionsrecht ergeben könnte.

b/aa) Gemäss Art. 2 Abs. 7 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995 (BGBM, SR 943.02) hat die Übertragung der Nutzung kantonaler und kommunaler Monopole auf Private auf dem Weg der Ausschreibung zu erfolgen. In der Lehre ist umstritten, ob bei dieser Ausschreibung die Normen des Submissionsrechts analog anzuwenden sind (Galli / Moser / Lang / Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A, Zürich / Basel / Genf 2013, Rz. 212). Das Bundesgericht hat es jedenfalls ausdrücklich offengelassen, ob Art. 2 Abs. 7 BGBM einen Verweis auf das Submissionsrecht darstellt (BGE 135 II 49 E. 4.1). Kommt hinzu, dass weder die IVöB noch das Zuger Submissionsgesetz sich bei Übertragungen von kantonalen oder kommunalen Monopolen auf Private für anwendbar erklären. Für das Gericht steht indessen fest, dass auch bei der Erteilung von Konzessionen submissionsrechtliche Verfahrensgrundsätze zu gelten haben, so der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz (Galli / Moser / Lang / Steiner, a.a.O., Rz. 212). Klar ist auch, dass die Übertragung einer Konzession in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat, gegen die das kantonale Recht ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige Behörde vorsehen muss (vgl. Art. 9 Abs. 1 und 2 BGBM).

b/bb) Vorliegend hat der Gemeinderat X. die Konzessionsvergabe im Zusammenhang mit der Contractingausschreibung des Wärmeverbunds X. für den Betrieb eines ARA- und Industrie-Abwärmeverbunds öffentlich ausgeschrieben und sich dabei unbestrittenermassen auf die Gesetzgebung über das Beschaffungswesen abgestützt. Insofern wäre es konsequent, dass vorliegend auch die Rechtsschutzvorschriften des kantonalen Submissionsrechts analog angewendet werden, wenn, wie hier, die Frage im Streit liegt, ob der Konzessionsvertrag vom 23. Oktober / 2. November 2015 hätte ausgeschrieben werden müssen. Die Beschwerdeführerinnen haben in ihrem Gesuch an den Gemeinderat X. genau diese Frage aufgeworfen. Auch die Baudirektion hat in ihrer Stellungnahme an das Gericht darauf aufmerksam gemacht, dass der von der Gemeinde X. mit der W. abgeschlossene Konzessionsvertrag wegen der Exklusivbestimmung in einem wesentlichen Punkt von den Ausschreibungsunterlagen abweiche, womit dieser abgeänderte Konzessionsvertrag neu hätte ausgeschrieben werden müssen. Wenn das Verwaltungsgericht die Sache nun an den Gemeinderat X. zurückweist, wird sich dieser bei der Behandlung des Gesuchs vom 2. Oktober 2015 unter anderem auch mit diesen Fragen zu befassen haben, wobei er das Gesuch per Verfügung zu erledigen hat. In

analoger Anwendung von § 6 Abs. 1 lit. a SubG i.V.m. Art. 15 Abs. 1 IVöB würden die Beschwerdeführerinnen sodann über eine direkte Beschwerdemöglichkeit an das Verwaltungsgericht verfügen, wobei, wiederum in analoger Anwendung von Art. 15 Abs. 2 IVöB, eine zehntägige Beschwerdefrist zu beachten wäre.

4. Somit kann das Verwaltungsgericht auf das Gesuch vom 2. Oktober 2015 nicht eintreten, und die Sache ist zur Behandlung an den Gemeinderat X. zurückzuweisen, der im Sinne der Erwägungen (E. 2b und 3b/bb) zu verfahren hat. Mit diesem Nichteintretensentscheid fällt auch die erteilte aufschiebende Wirkung vom 27. Januar 2016 dahin. Dem Gemeinderat X. wird angesichts des unsicheren Schicksals des im Streite liegenden Konzessionsvertrags empfohlen, weiterhin keine Anordnungen und Massnahmen mit präjudizieller Wirkung zu treffen. An sich werden die Gerichtskosten bei einem Nichteintretensentscheid der beschwerdeführenden Partei auferlegt. In diesem Fall gelangte die Eingabe der Beschwerdeführerinnen durch eine Überweisung des Gemeinderats X. an das Gericht, was sich nun als falsch herausgestellt hat. Somit ist die Einwohnergemeinde X. die unterliegende Partei. Gemäss § 24 Abs. 2 VRG werden den Gemeinden die Gerichtskosten auferlegt, wenn sie am Verfahren wirtschaftlich interessiert sind. Im Streit liegt ein bereits abgeschlossener Konzessionsvertrag zwischen der Gemeinde X. und der W. Gemäss Ziffer 7.4 des Vertrags schuldet die Gemeinde dem Konzessionsnehmer eine Entschädigung bei vorzeitiger Beendigung der Konzession. Da das rechtmässige Zustandekommen des Vertrags in Frage steht, hat die Gemeinde X. ein wirtschaftliches Interesse am Verfahren. Die Gerichtskosten von Fr. 2'500.- werden somit der Einwohnergemeinde X. auferlegt. Der Gemeinderat X. hätte das Gesuch der Beschwerdeführerinnen behandeln sollen. Da er dies nicht tat, hat er einen Verfahrensfehler begangen. Die Einwohnergemeinde X. muss den Beschwerdeführerinnen gestützt auf § 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG daher auch eine Parteientschädigung ausrichten. Die Beschwerdeführerinnen haben sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen. Das Gericht erachtet eine Entschädigung von Fr. 1'500.- (inkl. MwSt) für das Honorar ihres Vertreters als angemessen.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. Juli 2016, V 2015 156

Das Urteil ist rechtskräftig.

5.2 §§ 22 Abs. 4 und 27 Abs. 1 SubV, Art. 16 Abs. 1 lit. a IVÖB, § 28 VRG

Regeste:

§§ 22 Abs. 4 und 27 Abs. 1 SubV, Art. 16 Abs. 1 lit. a IVÖB – Vergabeentscheid «Kehrichtlogistik 2016–2023». Die nachträgliche Verlegung des Fahrzeugstandorts während des Vergabeverfahrens stellte zwar eine unzulässige Offertnachbesserung dar. Im konkreten Fall durfte die Zuschlagsempfängerin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass dies zulässig war. Für die Vergabestelle gab es umgekehrt keinen Grund an der rechtmässigen Nutzung des ursprünglichen Standorts durch die Zuschlagsempfängerin zu zweifeln (Erw. 2).

§ 28 Abs. 2 Ziff. 2 VRG – Obsiegenden Behörden wird keine Parteientschädigung zugesprochen, ausser in besonders komplexen und aufwändigen Fällen (Erw. 7b/aa).

Aus dem Sachverhalt:

Mit Zuschlagsverfügung vom 21. Mai 2014 erteilte der Zweckverband der Zuger Einwohnergemeinden für die Bewirtschaftung von Abfällen (ZEBÄ) der A. AG, in Z., den Auftrag für die Leistungen der Kehrichtlogistik 2016–2023 Los West zum Betrag von netto Fr. XX. Der Zuschlag wurde damit begründet, dass das Angebot die beste Übereinstimmung mit den Zuschlagskriterien aufgewiesen habe und die Anbieterin über Sammelfahrzeuge mit Euro VI und elektrischem Nebenantrieb verfüge. Mit Eingabe vom 2. Juni 2014 liessen die B. AG, in Y., und die C. AG, Zweigniederlassung X., dagegen Verwaltungsgerichtsbeschwerde einreichen und verlangten darin u.a. die Aufhebung der Zuschlagsverfügung und die Erteilung des Zuschlags an sie. Im Wesentlichen bezweifelten die Beschwerdeführerinnen, dass der von der Zuschlagsempfängerin verwendete elektrische Nebenantrieb eine bessere ökologische Bilanz aufweise als ihr Angebot.

Aus den Erwägungen:

2. c) Die Beschwerdeführerinnen stellen die Eignung der Zuschlagsempfängerin in Frage, da der von ihr in der Submissionseingabe angegebene Standort in W. nicht zonenkonform sei.

(...)

2. d/aa) Es ist den Beschwerdeführerinnen darin beizupflichten, dass der Fahrzeugstandort einer Unternehmung, die sich um einen Kehrichtlogistikauftrag bewirbt, zonenkonform sein muss. Vorliegend ist jedoch nicht die Frage nach der tatsächlichen Zonenkonformität entscheidend, sondern es ist die Frage zu beantworten, ob die Zuschlagsempfängerin im Zeitpunkt ihrer Bewerbung in guten Treuen davon ausgehen durfte, dass sie die Liegenschaft T. Strasse in der Gemeinde W. zonenkonform nutzte. Ferner kommt es darauf an, ob auch der ZEBÄ im Moment der Zuschlagserteilung davon ausgehen konnte und durfte, dass die Zuschlagsempfängerin das Grundstück bei der Ausführung ihres Auftrags zonenkonform würde

nutzen können. Wäre eine dieser Fragen zu verneinen, wäre der ZEBa verpflichtet gewesen, die Standortkonformität genauer abzuklären, worauf die Zuschlagsempfängerin gegebenenfalls mangels Eignung vom Verfahren hätte ausgeschlossen werden müssen. Heute ist die Frage nach der Zonenkonformität des Grundstücks in W. insofern nicht mehr von Bedeutung, als die Zuschlagsempfängerin den Fahrzeugstandort im Laufe des Verfahrens verändert hat und die Nutzung am neuen Standort in R. unbestrittenermassen dem Zweck der Zone entspricht (vgl. dazu auch www.zugmap.ch, Q. Strasse 102, in R., GS Nr. P. und Q.: Grundstücke liegen in der Arbeitszone D). (...)

d/bb) Aus Sicht der Zuschlagsempfängerin ist zu beachten, dass sie die Scheune auf dem fraglichen Grundstück unstreitig schon seit 2009 als Einstellort für ihre Transportfahrzeuge nutzte, um von hier aus den Kehrrichtentsorgungsauftrag der G. wahrzunehmen. Gemäss Geschäftsbericht 2015 der G. handelt es sich bei ihr um eine interkommunale Anstalt von L. [Anzahl] Gemeinden im Bezirk U., darunter auch der Gemeinde W. (www.G.ch). Ins Gewicht fällt ferner, dass sich die Gemeindebehörden in W. offenbar mit der Frage der standortkonformen Nutzung des Grundstücks durch die Zuschlagsempfängerin befasst hatten und im Dezember 2011 zum Schluss gelangt waren, dass das Einstellen von Kehrriechtlastwagen auf dem fraglichen Grundstück durch die Zuschlagsempfängerin keine bewilligungspflichtige Umnutzung darstellte. Die Zuschlagsempfängerin nahm also eine im Interesse der Gemeinde W. liegende Aufgabe wahr, die Gemeindebehörden W. wussten, dass die Unternehmung dafür Kehrriechtfahrzeuge in einer Scheune auf der Liegenschaft T. Strasse 77 stationierte, und sie duldeten dieses Vorgehen über Jahre hinweg. Bei dieser Ausgangslage durfte die Zuschlagsempfängerin unzweifelhaft davon ausgehen, dass das Einstellen von Kehrriechtfahrzeugen auf dem fraglichen Grundstück zonenkonform war.

d/cc) Der ZEBa hat im Vergabeverfahren keine eigenen Nachforschungen zur Zonenkonformität des von der Zuschlagsempfängerin in der Bewerbung angegebenen Fahrzeugstandorts angestellt. Er wusste aber spätestens nach der Standortbesichtigung am 20. März 2014, dass die Unternehmung dort Kehrriechtfahrzeuge einstellte, um den G.-Auftrag ausführen zu können. Aufgrund der gleichen Überlegungen durfte der ZEBa daher in guten Treuen von einer zonenkonformen Nutzung dieses Grundstücks durch die Zuschlagsempfängerin ausgehen. Er war jedenfalls nicht gehalten, diesbezüglich weitere Nachforschungen anzustellen. Der ZEBa hat die Frage der Zonenkonformität später im Laufe des Verwaltungsgerichtsverfahrens beim Gemeinderat W. – der zuständigen kommunalen Baubewilligungsbehörde (vgl. Fritzsche, Bösch, Wipf: Zürcher Planungs- und Baurecht, Band 1, Planungsrecht, Verfahren und Rechtsschutz, 5. Auflage, Zürich 2011, S. 336) – dann aber abgeklärt. Dabei hat ihm der offensichtlich im Namen des Gemeinderats W. handelnde Gemeindegemeinschafter zwei Mal schriftlich mitgeteilt, dass die Zuschlagsempfängerin schon seit einiger Zeit auf dem Grundstück Kehrriechtlastwagen einstelle, die Gemeinde diese Nutzung als zonenkonform betrachte, die Zuschlagsempfängerin für diese Tätigkeit keine Baubewilligung brauche und die Gemeinde nichts weiter unternehmen werde. Wegen dieser klaren Worte ist davon auszugehen, dass der Gemeinderat von W. dem ZEBa vor dem Vergabeentscheid identisch geantwortet hätte. Dies

bedeutet: Hätte der ZEBA im Laufe des Vergabeverfahrens an der zonenkonformen Nutzung des Grundstücks gezweifelt und er sich diesbezüglich bei der zuständigen Behörde erkundigt, dann hätte er aufgrund der Antwort erst recht in guten Treuen davon ausgehen dürfen, dass die Nutzung der Liegenschaft T. Strasse 77 durch die Zuschlagsempfängerin mit dem Raumplanungsrecht im Einklang stand.

d/dd) Es war nach dem Gesagten korrekt, dass der ZEBA die Zuschlagsempfängerin aufgrund des von ihr in den Bewerbungsunterlagen angegebenen Fahrzeugstandorts im Zeitpunkt des Zuschlags nicht vom Submissionsverfahren ausschloss. Er und die Zuschlagsempfängerin durften in guten Treuen von einer zonenkonformen Standortnutzung ausgehen.

d/ee) Die Beschwerdeführerinnen haben das Verwaltungsgericht ersucht, Abklärungen bei der Baudirektion des Kantons Zürich über die Standortkonformität vorzunehmen (...). Aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt, dass der Richter rechtzeitig und formrichtig angebotene erhebliche Beweismittel abzunehmen hat (BGE 122 I 53 E. 4a mit Hinweisen). Dies verwehrt ihm indessen nicht, einen Beweisantrag abzulehnen, wenn er ohne Willkür in freier, antizipierter Würdigung der beantragten zusätzlichen Beweise zur Auffassung gelangen durfte, dass weitere Beweisvorkehren an der Würdigung der bereits abgenommenen Beweise voraussichtlich nichts mehr ändern würden (BGE 130 II 425 E. 2.1; 125 I 127 E. 6c/cc und 7b; 124 I 208 E. 4a; 122 II 464 E. 4a je mit Hinweisen; BGer 1P.26/2007 vom 4. Juli 2007, Erw. 4.1.1). Die Abklärung der Frage der zonenkonformen Nutzung des fraglichen Grundstücks bei einer dem Gemeinderat von W. übergeordneten kantonalen Behörde wäre allenfalls dann zielführend, wenn es vorliegend auf die tatsächliche Zonenkonformität ankäme, was, wie erwähnt, nicht der Fall ist. Es ist weiter darauf hinzuweisen, dass eine tatsächliche raumplanerische Rechtswidrigkeit des Standorts sich nicht mit einer Anfrage bei der Baudirektion des Kantons Zürich klären lässt, sondern nur mit einem rechtskräftigen Entscheid im Rahmen eines umfassenden Baubewilligungsverfahrens. Dieses Verfahren könnte das Verwaltungsgericht weder bewirken – der Gemeinderat von W. weigert sich ein derartiges Verfahren durchzuführen – noch wäre das Resultat verfahrensentcheidend. Im Übrigen wäre es überaus problematisch, wenn sich das Verwaltungsgericht Zug zur Klärung einer Vorfrage in einem Zuger Submissionsstreit in raumplanerische Belange eines anderen Kantons einmischen würde. Nach dem Gesagten wird das Verwaltungsgericht keine weiteren Abklärungen bei der Baudirektion des Kantons Zürich vornehmen. Das entsprechende Gesuch der Beschwerdeführerinnen wird abgewiesen.

f/aa) Gemäss Beschwerdeführerinnen gehe aus der Aktennotiz zur Standortbesichtigung vom 20. März 2014 hervor, dass die Zuschlagsempfängerin bei Erhalt des Zuschlags im Rayon W. eine andere Einstellmöglichkeit werde suchen müssen. Der ZEBA habe somit bereits zum Vergabezeitpunkt gewusst, dass der Standort W. nicht habe zur Diskussion stehen können. Nichtsdestotrotz habe er den Standort W. seiner Beurteilung zugrunde gelegt. Im Zusammenhang mit der Standortfrage liege ein klarer Offertmangel der Zuschlagsempfängerin vor. (...)

f/cc) Eingegangene Angebote sind zunächst auf die Erfüllung von Grundanforderungen hin zu untersuchen. Zu prüfen ist also zunächst, ob Ausschlussgründe gegen das Angebot bzw. einen Anbietenden vorliegen. Die eingereichten Offerten müssen von der Vergabebehörde sodann soweit nötig in technischer und rechnerischer Hinsicht bereinigt werden, damit sie objektiv vergleichbar und für die weitere Prüfung zwecks Zuschlagserteilung bereit sind (Galli/Moser/Lang/Steiner: Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich / Basel / Genf 2013, Rz. 663 f.). Im Submissionsrecht wird nach Eignungs- und Zuschlagskriterien unterschieden. Eignungskriterien dienen dazu, den Anbietermarkt auf jene Unternehmungen einzugrenzen, welche in der Lage sind, den Auftrag in der gewünschten Qualität zu erbringen (Galli, a.a.O., Rz. 555). Fehlende Eignung bzw. das Nichterfüllen der Eignungskriterien führt zum Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren (Galli, a.a.O., Rz. 580). In der Folge werden die Angebote der als geeignet betrachteten Anbieterinnen anhand der Zuschlagskriterien fachlich und rechnerisch geprüft sowie bewertet (vgl. § 27 der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 [SubV, BGS 721.53]). Der Auftraggeber kann von den Anbieterinnen Erläuterungen bezüglich ihrer Eignung und ihres Angebots verlangen (§ 28 Abs. 1 SubV).

f/dd) Vorliegend hat der ZEBA die eingegangenen Offerten am 3. März 2014 geöffnet und anschliessend geprüft. Offenbar hielt er sämtliche Anbieterinnen für geeignet, denn in der Folge schrieb er am 3. April 2014 allen einen Brief, in dem er um ergänzende Unterlagen zum Fahrzeugstandort bat. Dabei gab er zur Begründung an, dass der Standort der Fahrzeuge beim Zuschlagskriterium Ökologie ein wesentlicher Faktor sei. Der Standort diene dazu, die notwendigen Anfahrtkilometer zu bewerten. Im Brief wird an keiner Stelle Bezug auf die Standorte genommen, welche die Anbieterinnen in ihren Eingaben jeweils genannt hatten. Vorliegend kommt es darauf an, wie die Anbieterinnen diese Willenserklärung des ZEBA im Sinne des Vertrauensgrundsatzes verstehen durften und mussten (zum Vertrauensgrundsatz: BGE 113 II 49 E. 1a). In den Submissionsunterlagen wurde zwar deutlich zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien unterschieden, doch kam der Standort der Fahrzeuge weder im einen noch im anderen Kriterienkatalog vor. Nach Erhalt des Schreibens vom 3. April 2014, in dem der ZEBA die Nachweise zum Fahrzeugstandort ausdrücklich nur im Zusammenhang mit Berechnungen bei einem Zuschlagskriterium verlangte, durften die Anbieterinnen daher nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass der Standortnachweis im Submissionsverfahren kein Eignungskriterium darstellte, sondern dass er bei der Punktevergabe wegen der Fahrdistanzen eine Rolle spielen würde. Die Zuschlagsempfängerin hat in der Folge die Absichtserklärung für einen Mietvertrag auf dem Areal der Liegenschaft Q. Strasse 102 in R. eingereicht und die Standortkonformität dieses Areals nachgewiesen. Die Beschwerdeführerinnen erblicken hierin eine unzulässige Offertnachbesserung. Dies trifft zu. Die Zuschlagsempfängerin hat mit der Standortverlegung von W. nach R. die Fahrkilometer, welche die verschiedenen Fahrzeuge in Erfüllung des Logistikauftrags, zurückzulegen haben, wesentlich verkürzen können. Würde man den neuen Standort beim Zuschlagskriterium ökologische Beurteilung der Sammel- und Transportinfrastruktur berücksichtigen, käme die Zuschlagsempfängerin gegenüber einer Bewertung basierend auf den ursprünglich angegebenen Standort W. deutlich besser weg. Sie hat somit gegen das Nachbesserungsverbot in § 22 Abs. 4 SubV verstossen.

f/ee) Die Beschwerdeführerinnen sind der Meinung, die Zuschlagsempfängerinnen habe mit der nachgebesserten Offerte mangelhafte Unterlagen eingereicht und hätte deswegen aus dem Verfahren ausgeschlossen werden müssen. Dem ist nicht zu folgen. Ein Ausschluss wäre dann angezeigt gewesen, wenn die Zuschlagsempfängerin davon hätte ausgehen müssen, dass der Standortnachweis ein Eignungskriterium gewesen wäre. Dies war, wie dargelegt, nicht der Fall. Der ZEBA hat mit seinem Schreiben vom 3. April 2014 der Zuschlagsempfängerin vielmehr signalisiert, dass sie den ursprünglich angegebenen ungünstig gelegenen Fahrzeugstandort in W. noch gefahrlos werde ändern können. Zwar hat die Zuschlagsempfängerin damit gegen das Nachbesserungsverbot verstossen, doch wäre es stossend und treuwidrig, sie deswegen vom Verfahren auszuschliessen.

(...)

f/hh) Stellt sich noch die Frage, ob es korrekt war, dass der ZEBA den neuen Standort der Zuschlagsempfängerin überhaupt akzeptierte. Die Beschwerdeführerinnen beantragen in diesem Zusammenhang, die von der Zuschlagsempfängerin nachgereichten Unterlagen zum Standort R. seien aus dem Recht zu weisen. Grundsätzlich hat eine Anbieterin ihren Auftrag so auszuführen, wie sie ihn offeriert hat. Es wäre nun aber geradezu widersinnig, wenn die Vergabestelle auch dann rigoros auf die Einhaltung der vertraglichen Abmachungen beharren würde, wenn eine Anbieterin bei der Ausführung des Auftrags nachträglich von sich aus Modalitäten verbessert, auf welche die Vergabestelle bereits bei der Ausschreibung Wert gelegt hatte. Vorliegend war allen Anbieterinnen aufgrund der Submissionsunterlagen bekannt, dass die Sammel- und Transportinfrastruktur nach ökologischen Gesichtspunkten beurteilt und dass dieses Kriterium bei der Vergabe mit 20 Prozent gewichtet werden wurde. Eine die Umwelt möglichst schonende Auftragserfüllung war dem ZEBA offensichtlich ein wichtiges Anliegen. Hätte die Zuschlagsempfängerin ihren Auftrag zunächst vom Standort W. ausgeführt und diesen ein bis zwei Jahre später nach R. verlegen wollen, hätte der ZEBA ihr diesen Wunsch nach dem Gesagten nicht verwehren dürfen, denn durch diese nachträgliche Standortverlegung hätte die Zuschlagsempfängerin ihre Sammel- und Transportinfrastruktur infolge der unbestrittenermassen kürzeren Fahrdistanzen in ökologischer Hinsicht klar aufgewertet. Ist aber eine derartige Standortverlegung nach Zuschlag des Auftrags möglich, so muss dies einer Anbieterin – wie im vorliegenden Fall – erst recht in der Phase zwischen Offerteinreichung und Zuschlag zugestanden werden, denn dadurch könnte der Auftrag von Beginn weg umweltschonender als ursprünglich offeriert ausgeführt werden. Wichtig bei alledem ist einzig, dass die Vergabestelle in Nachachtung des Gleichbehandlungsprinzips bei der Beurteilung der Sammel- und Transportinfrastruktur sich strikte am ursprünglich angegebenen Standort orientiert. Dies tat der ZEBA hier unbestrittenermassen. Nach dem Gesagten können die nachträglich von der Zuschlagsempfängerin eingereichten Standortnachweise in den Akten belassen werden.

(...)

g) Die Vorbringen der Beschwerdeführerinnen zum Standort W. erweisen sich als unbegründet. Es ist festzuhalten, dass die Standortverlegung von W. nach R. als unzulässige Offertnachbesserung anzusehen ist, weshalb der ZEBA den neuen Standort bei der Zuschlagsberechnung korrekt ausser Acht liess und sich stattdessen am ursprünglich angegebenen Standort in W. orientierte. Dieses Vorgehen des ZEBA war zulässig, da es für ihn keinen Grund dafür gab, an der zonenkonformen Nutzung dieses Standorts durch die Zuschlagsempfängerin zu zweifeln. Auch durfte er davon ausgehen, dass die Zuschlagsempfängerin dort umweltschutzrechtliche Vorgaben erfüllen würde. Dies insbesondere deshalb, da sie das angegebene Grundstück bereits seit 2009 anstandslos als Fahrzeugstandort für einen Kehrlichtlogistikauftrag von L. [Anzahl] Gemeinden im Bezirk U., darunter der Standortgemeinde, nutzte. Es ist schliesslich nicht zu beanstanden, dass der ZEBA den neu angegebenen Standort der Zuschlagsempfängerin in R. bereits vor dem Zuschlag akzeptierte, weil dieser neue Standort von Beginn weg eine ökologischere Auftragsabwicklung erlaubte.

3. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Ökologische Beurteilung der Sammel- und Transportinfrastruktur», Auseinandersetzung mit dem vom Gericht in Auftrag gegebenen Gutachten. Feststellung, dass auf Gutachten abgestellt werden kann.]

4. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Besondere Innovationen»]

5. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Standort»]

6. [Prüfung der Punktevergabe beim Zuschlagskriterium «Organisationsstruktur»]

7. a) Die Beschwerdeführerinnen dringen mit keinem ihrer Anträge durch. Somit ändert sich auch nichts an den Beurteilungen der Vergabestelle, womit sich der Zuschlag vom 21. Mai 2014 betreffend die Kehrlichtentsorgung 2016–2023 für das Los West als rechtmässig erweist. Die Beschwerdeführerinnen haben das Begehren auf Bezahlung eines Schadenersatzes von Fr. ZZ gestellt (...). Um als nicht berücksichtigte Teilnehmerin in einem Submissionsverfahren mit einem Schadenersatzbegehren vor Gericht durchdringen zu können, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Eine davon ist die Feststellung einer unrechtmässigen Auftragsvergabe. Bei gegebenem Verfahrensausgang ist bereits diese Voraussetzung nicht erfüllt, womit der Antrag abzuweisen wäre. Er ist aber schon deshalb abzuweisen, weil weder in der IVöB noch im SubG vorgesehen ist, dass das Verwaltungsgericht derartige Schadenersatzansprüche zu beurteilen hat. Das dem verwaltungsgerichtliche Verfahren nachgelagerte Haftungsverfahren hat nach den Vorschriften des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 1. Februar 1979 (VG, BGS 154.11) zu erfolgen. Somit ist die Beschwerde vollständig abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

(...)

b/aa) Was die Spruchgebühr betrifft, so handelt es sich vorliegend um einen besonders kom-

plexen, anspruchsvollen Fall, wovon unter anderem die vielen, umfangreichen schriftlichen Interventionen der Parteien – insbesondere solche der Beschwerdeführerinnen –, zwei Referentenaudienzen und ein aufwendiges Beweisverfahren deutliches Zeugnis ablegen. Es ist somit ohne weiteres gerechtfertigt, die Spruchgebühr nahe des oberen gesetzlichen Rahmens auf Fr. 9'000.– festzusetzen. Da allerdings zwei nahezu identische Verfahren, eines für das Los West (V 2014 67) und eines für das Los Ost (V 2014 68), durchzuführen waren, und beide Verfahren zum gleichen, für die Beschwerdeführerinnen negativen Resultat geführt haben, ist es angezeigt, die Gerichtskosten hälftig zwischen beiden Verfahren aufzuteilen, womit die Beschwerdeführerinnen in diesem Verfahren solidarisch für Fr. 4'500.– einzustehen haben.

(...)

b/cc) In der Regel haben Behörden, die vor Verwaltungsgericht obsiegen und sich durch einen Rechtsvertreter haben vertreten lassen, keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung, da es zu ihren amtlichen Aufgaben gehört, ihre Verfügungen vor einer Rechtsmittelinstanz zu rechtfertigen. Nach der Praxis des Verwaltungsgerichts ist Behörden indessen dann eine Parteientschädigung zuzusprechen, wenn sie Hilfe eines professionellen Rechtsvertreters in besonders komplexen und aufwändigen Fällen in Anspruch genommen haben. Dies ist vorliegend der Fall. Der ZEBÄ nimmt als Zweckverband der Gemeinden hoheitliche Aufgaben wahr und gilt deshalb als Behörde. Der zu beurteilende Rechtsstreit war, wie dargelegt, sehr komplex, was zweifelsohne auch zu einem überdurchschnittlich hohen Arbeitsaufwand beim Rechtsvertreter des ZEBÄ geführt hat. Für diese ausserordentliche Mehrarbeit ist er von den Beschwerdeführerinnen zu entschädigen. Das Gericht erachtet dabei eine Entschädigung in der Höhe von Fr. 4'000.– (inkl. MWSt) für beide Verfahren als angemessen. Daher ist dem ZEBÄ in diesem Verfahren eine Parteientschädigung zu Lasten der Beschwerdeführerinnen von Fr. 2'000.– (inkl. MWSt, unter solidarischer Haftbarkeit) zuzusprechen.

(...)

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Juni 2016, V 2014 67

Das Urteil ist rechtskräftig.

B

Stichwortverzeichnis

- Parteientscheidung an Behörden: Kriterien für das ausnahmsweise Zusprechen einer Parteientscheidung an obsiegende Behörden in Verfahren vor Verwaltungsgericht, 10
- Realakt: Tatsächlichliches oder schlichtes Verwaltungshandeln und informelles Verwaltungshandeln haben gemeinsam, dass sie keine Rechtswirkungen, sondern bloss einen Taterfolg beabsichtigen. Diese Handlungsformen werden Realakte genannt. Auch Realakte können in schuldenswerte Rechtspositionen des Bürgers oder der Bürgerin eingreifen. Bei solchen Realakten können Betroffene von der Behörde den Erlass von anfechtbaren Verwaltungsakten verlangen., 5
- Submission: Treu und Glauben: Zuschlagsempfängerin durfte davon ausgehen, dass die Verlagerung des Fahrzeugstandorts eine zulässige Offertnachbesserung war., 10
- Submission: Vergabe Kehrlogistik 2016–2023 Kanton Zug Los West, 10
- Verwaltungsakt: Eine Verwaltungsakt (bzw. ein Entscheid im Sinne der Zuger Terminologie, vgl. sect. 4 VRG) ist ein individueller, an den Einzelnen gerichteter Hoheitsakt, durch den eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird., 5
- Verfahrensrecht: Bei der Erteilung von Konzessionen sind die submissionsrechtlichen Verfahrensgrundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu beachten., 5