

Urteilkopf

150 I 183

18. Auszug aus dem Urteil der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung i.S. ARGE A., bestehend aus: B. AG und C. AG gegen Baudirektion Kanton Zürich (Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten) 2C_512/2023 vom 5. Juni 2024

Regeste (de):

Art. 29 Abs. 1 BV; Art. 13 lit. h sowie Art. 15 Abs. 1bis und 2 IVöB 2001; Art. 51 Abs. 1 und 2 sowie Art. 56 Abs. 1 IVöB 2019; Verfügungsbegriff; Lauf der Beschwerdefrist; Verhältnis zwischen der individuellen Zustellung und der nachträglichen SIMAP-Publikation der Zuschlagsverfügung.

Rügen der Beschwerdeführerinnen (E. 3.1). Erwägungen der Vorinstanz (E. 3.2). Streitgegenstand (E. 3.3). Massgeblichkeit des materiellen Verfügungsbegriffs (E. 3.4). Die Beschwerdefrist beginnt grundsätzlich mit der individuellen Zustellung der Zuschlagsverfügung zu laufen, zumal vorliegend auch die Rechtsmittelbelehrung entsprechend formuliert ist. Die nachträgliche Publikation der Zuschlagsverfügung auf der elektronischen Plattform SIMAP zeitigt im Grundsatz keinen Einfluss auf den Lauf der Beschwerdefrist, auch wenn die individuell zugestellte Verfügung allenfalls ungenügend (summarisch) begründet ist (E. 3.5).

Regeste (fr):

Art. 29 al. 1 Cst.; art. 13 let. h et art. 15 al. 1bis et 2 AIMP 2001; art. 51 al. 1 et 2 et art. 56 al. 1 AIMP 2019; notion de décision; point de départ du délai de recours; relation entre la notification individuelle et la publication SIMAP ultérieure de la décision d'adjudication.

Griefs des recourantes (consid. 3.1). Position de l'autorité précédente (consid. 3.2). Objet du litige (consid. 3.3). Caractère déterminant de la notion de décision matérielle (consid. 3.4). Le délai de recours commence à courir en principe avec la notification individuelle de la décision d'adjudication, d'autant plus qu'en l'espèce la voie de droit est formulée de cette manière dans la décision. La publication ultérieure de la décision d'adjudication sur la plateforme électronique SIMAP n'a en principe pas d'incidence sur le délai de recours, même si la décision individuelle qui a été notifiée est motivée de manière insuffisante (sommaire) (consid. 3.5).

Regesto (it):

Art. 29 cpv. 1 Cost.; art. 13 lett. h e art. 15 cpv. 1bis e 2 CIAP 2001; art. 51 cpv. 1 e 2 e art. 56 cpv. 1 CIAP 2019; nozione di decisione; decorso del termine per ricorrere; relazione tra la notifica individuale della decisione di aggiudicazione e la sua successiva pubblicazione su SIMAP.

Censure delle ricorrenti (consid. 3.1). Ragionamenti dell'istanza precedente (consid. 3.2). Oggetto della vertenza (consid. 3.3). Carattere determinante della nozione di decisione di merito (consid. 3.4). Il termine di ricorso comincia a decorrere, in principio, con la notifica individuale della decisione di aggiudicazione, tanto più che nel caso di specie l'indicazione dei rimedi di diritto è formulata in tal modo nella decisione. La successiva pubblicazione della decisione d'aggiudicazione sulla piattaforma elettronica SIMAP non ha, in principio, alcuna incidenza sul decorso del termine per ricorrere, anche se la decisione individuale che è stata notificata è motivata in maniera insufficiente (sommatoria) (consid. 3.5).

Sachverhalt ab Seite 184

BGE 150 I 183 S. 184

A. 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 "D." (nachfolgend: 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.

B. Mit Beschwerde vom 12. Mai 2023 gelangte die Arbeitsgemeinschaft "A.", bestehend aus der B. AG und der C. AG (nachfolgend: ARGE A.) an das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Sie beantragten, es sei der Zuschlag aufzuheben und an sie zu erteilen.

BGE 150 I 183 S. 185

(...)

B.b Mit Beschluss vom 7. September 2023 trat das Verwaltungsgericht auf die Beschwerde nicht ein. Es erwog im Wesentlichen, die zehntägige Beschwerdefrist errechne sich ab der individuellen Eröffnung des Zuschlags mit Schreiben vom 26. April 2023. Da die ARGE A. ihre Beschwerde vom 12. Mai 2023 erst zehn Tage nach der SIMAP-Publikation am 2. Mai 2023 beim Verwaltungsgericht eingereicht habe, sei auf diese nicht einzutreten.

C. Mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten und subsidiärer Verfassungsbeschwerde vom 19. September 2023 gelangt die ARGE A., bestehend aus der B. AG und der C. AG, an das Bundesgericht. Sie beantragen die Aufhebung des Beschlusses vom 7. September 2023. Es sei das Verfahren zur Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. (...) (Auszug)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

3. Die Beschwerdeführerinnen beanstanden das vorinstanzliche Nichteintreten auf die - ihrer Auffassung nach - fristgerecht eingereichte Beschwerde vom 12. Mai 2023.

3.1 Die Beschwerdeführerinnen machen geltend, die Vorinstanz begehe mit ihrem Nichteintretensentscheid eine Rechtsverweigerung und verletze Art. 29 BV. Die Vergabebehörde habe mit ihrem Schreiben vom 26. April 2023 keinen Verfügungswillen gehabt. Im Übrigen sei das Beiblatt zum Schreiben vom 26. April 2023 mit dem Titel "Submissionsergebnis / Verfügung" nicht ausreichend begründet, enthalte keinen Adressaten sowie keine Unterschrift und sei lediglich per A-Post zugestellt worden. Die Vorinstanz gehe zu Unrecht davon aus, dass dem Beiblatt, das mit "Submissionsergebnis / Verfügung" betitelt sei, Verfügungscharakter zukomme. Entsprechend läge keine fristauslösende Verfügung vor. Selbst wenn aber eine Verfügung vorläge, hätte die Vorinstanz diese aufgrund der vier kumulierten Mängel als nichtig betrachten müssen. Die blosser Zustellung per A-Post stelle eine rechtsfehlerhafte Eröffnung dar.

3.2 Die Vorinstanz erwägt, der Verfügungscharakter des Schreibens vom 26. April 2023 zusammen mit dem als "Submissionsergebnis / Verfügung" betitelten Beiblatt sei aus der Kombination der beiden Dokumente ohne Weiteres erkennbar. Das Schreiben vom 26. April 2023 sei unbestrittenermassen am 28. April 2023 bei den

BGE 150 I 183 S. 186

Beschwerdeführerinnen eingegangen. Die Frist zur Anfechtung von Verfügungen im Beschaffungswesen, so die Vorinstanz weiter, betrage gemäss Art. 15 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB 2001; AS 2003 196) zehn Tage ab Eröffnung. Die Vorinstanz führt sodann aus, dass im Zürcher Submissionsrecht das "Primat der individuellen Zustellung" gelte. Eine beteiligte Person, der der Vergabeentscheid individuell zugestellt werde, dürfe sich auf diese Eröffnung verlassen und sei nicht gehalten, zusätzlich amtliche Publikationsorgane zu konsultieren. Demnach beginne die Beschwerdefrist grundsätzlich mit der Zustellung des Vergabeentscheids nach § 38 Abs. 1 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (LS 720.11; aufgehoben per 1. Oktober 2023; nachfolgend: SubmV/ZH) zu laufen, was allerdings voraussetze, dass die Rechtsmittelbelehrung in diesem Sinn abgefasst worden sei. Dies sei vorliegend der Fall. Enthalte jedoch die individuelle Zustellung einen Hinweis auf die Publikation, so könne Letztere fristauslösend sein. Vorliegend finde sich kein solcher Hinweis in der individuell zugestellten Verfügung. Die Frist habe daher mit der Zustellung des Schreibens vom 26. April 2023 am 28. April 2023 zu laufen begonnen.

3.3 Wird ein Nichteintretensentscheid angefochten, beschränkt sich der Streitgegenstand des Rechtsmittelverfahrens grundsätzlich auf die Eintretensfrage (vgl. Urteile 2C_1060/2022 vom 18. Oktober 2023 E. 1.3.3; 2C_358/2022 vom 22. August 2022 E. 1.3; 2C_887/2017 vom 23. März 2021 E. 3). Im vorliegenden bundesgerichtlichen Verfahren ist daher zu klären, ob die Vorinstanz mit Beschluss vom 7. September 2023 zu Recht auf die (kantonale) Beschwerde vom 12. Mai 2023 nicht eintrat.

3.4 Hierzu ist in einem ersten Schritt zu beurteilen, ob die Vorinstanz das Schreiben der Vergabebehörde vom 26. April 2023 zu Recht als Verfügung betrachtet, oder ob es sich dabei, so die Auffassung der Beschwerdeführerinnen, um einen nichtigen Verwaltungsakt der Vergabebehörde handelt.

3.4.1 Es ist zunächst davon auszugehen, dass der Begriff der Verfügung im kantonalen Recht demjenigen des Bundesrechts entspricht (vgl. Urteile 2D_42/2018 vom 11. März 2019 E. 3.3 f.; 2C_339/2017 vom 24. Mai 2018 E. 4.3; 2C_444/2015 vom 4. November 2015 E. 3.2.1). Sodann sind die durch Beschwerde selbstständig

BGE 150 I 183 S. 187

anfechtbaren Verfügungen für die kantonalen Vergabeverfahren im interkantonalen Recht geregelt (vgl. Art. 15 Abs. 1bis IVöB 2001). Als Verfügungen gelten autoritative, einseitige, individuell-konkrete Anordnungen der Behörde, die in Anwendung von Verwaltungsrecht ergangen, auf Rechtswirkungen ausgerichtet sowie verbindlich und erzwingbar sind (vgl. BGE 141 II 233 E. 3.1; BGE 135 II 38 E. 4.3; BGE 131 II 13 E. 2.2). Das Verfahrensstadium, in dem ein Verwaltungsakt ergeht, präjudiziert dessen rechtliche Einordnung nicht (vgl. Urteile 2C_167/2016 vom 17. März 2017 E. 3.1; 2C_1097/2014 vom 6. Oktober 2015 E. 3.1; 2C_1184/2013 vom 17. Juli 2014 E. 3.3). Ausschlaggebend für die Qualifikation eines Verwaltungsaktes als Verfügung sind aufgrund der Massgeblichkeit des materiellen Verfügungsbegriffs deren Strukturmerkmale (vgl. Urteile 2C_339/2017

vom 24. Mai 2018 E. 4.3; 2C_444/2015 vom 4. November 2015 E. 3.2.4).

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

BGE 150 I 183 S. 188

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, Rz. 1078; vgl. auch GALLI/MOSER/LANG/STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2013, Rz. 1243 und Rz. 1246; TSCHANNEN/MÜLLER/KERN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl. 2022, Rz. 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; BGE 139 II 243 E. 11.2; Urteil 2D_53/2020 / 2D_25/2021 vom 31. März 2023 E. 5, nicht publ. in: BGE 149 I 146).

3.5 Die Beschwerdeführerinnen halten die Verfügung vom 26. April 2023 im Weiteren für nicht fristauslösend, da der Vergabeentscheid auf der Internetplattform SIMAP nach der individuellen Zustellung zusätzlich publiziert worden sei. In einem zweiten Schritt ist daher zu prüfen, ob mit der Zustellung der Verfügung vom 26.

April 2023 die Beschwerdefrist von 10 Tagen zu laufen begann, oder ob die

BGE 150 I 183 S. 189

Publikation vom 2. Mai 2023 auf den Lauf der Beschwerdefrist einen Einfluss zeitigte.

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. 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 nicht publ. E. 5.2). 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., Rz. 1275; POLTIER, Droit des marchés publics, 2. Aufl. 2023, Rz. 796), nicht zu beanstanden.

3.5.3 Im Übrigen zeitigte die Publikation auf der Internetplattform SIMAP auch in Anbetracht der bloss summarischen Begründung

BGE 150 I 183 S. 190

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 der neuen Interkantonalen Vereinbarung vom 15. November 2019 über das öffentliche Beschaffungswesen [IVöB 2019; LS 720.1]). Die Beschwerdeinstanz darf bei den Anforderungen an die Begründung der Beschwerde daher nicht streng sein (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 1246; POLTIER, a.a.O., Rz. 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., Rz. 1247 ff.; POLTIER, a.a.O., Rz. 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., Rz. 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.