Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
2P.14/2007 /fco

Urteil vom 3. September 2007
II. öffentlich-rechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Merkli, Präsident,
Bundesrichter Hungerbühler, Wurzburger,
Gerichtsschreiber Klopfenstein.

Parteien
X._____ AG,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Kleb,

gegen

Stadt Zürich,
vertreten durch das Amt für Hochbauten der Stadt Zürich, Amtshaus III, Postfach, 8021 Zürich, und das Hochbaudepartement der Stadt Zürich, Rechtsabteilung, Lindenhofstrasse 19, Postfach, 8021 Zürich,
Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, 1. Abteilung, 1. Kammer, Militärstrasse 36, Postfach, 8090 Zürich.

Gegenstand
Art. 8, 9 und 29 Abs. 1 BV (Submission),

Staatsrechtliche Beschwerde gegen den Entscheid
des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich
vom 22. November 2006.

Sachverhalt:
A.
Mit Publikation vom 22. April 2005 eröffnete das Hochbaudepartement der Stadt Zürich eine Submission mit Projektwettbewerb im selektiven Verfahren für Architekturleistungen für den Umbau und die Erweiterung des Ausbildungszentrums Rohwiesen in Opfikon. Die Zahl der einzuladenden Anbieter wurde in der Ausschreibung auf zehn begrenzt. Die Ausschreibungsunterlagen ordneten u.a. das Verfahren bzw. den Ablauf der so genannten "Präqualifikation" und legten die entsprechenden Eignungskriterien fest, anhand welcher das vorgesehene Preisgericht die zehn zur Teilnahme zuzulassenden Architekturbüros zu bestimmen hatte.

Innert Frist gingen 83 Bewerbungen für die Teilnahme ein. Mit Verfügung vom 1. Juni 2005 lud die Vorsteherin des Hochbaudepartements auf Antrag des Preisgerichts zehn Bewerber zur Abgabe eines Angebots ein. Ein weiterer Bewerber wurde als Ersatz vorgesehen. Diese Verfügung wurde allen Bewerbern am 2. Juni 2005 eröffnet.
B.
Die nicht berücksichtigte Bewerberin X._____ AG erhob hiegegen am 20. Juni 2005 Beschwerde beim Verwaltungsgericht des Kantons Zürich und verlangte im Wesentlichen die Wiederholung des Verfahrens. Ihr Gesuch um Erteilung der aufschiebenden Wirkung wurde mit Präsidialverfügung vom 28. Juli 2005 abgewiesen.

Mit der Einleitung des zweiten Schriftenwechsels hiess das Verwaltungsgericht ein Akteneinsichtsbegehren

der X._____ AG nur teilweise gut (Präsidialverfügung vom 16. September 2005). Es gewährte ihr keine Einsicht in die Betriebsinformationen in den Bewerbungsdossiers. Mit Eingabe vom 3. Oktober 2005 gelangte die Beschwerdeführerin wiedererwägungsweise ans Verwaltungsgericht und verlangte Einsicht in die Betriebsinformationen sämtlicher Bewerbungsdossiers. Ausserdem beantragte sie eine zusätzliche Aktenedition. Sie machte geltend, für die eigene Beurteilung des Ergebnisses des Auswahlverfahrens bzw. zur Begründung eines allfälligen rechtsverletzenden Verhaltens der Vergabestelle sei sie zwingend auf die Akteneinsichtnahme in die Dossiers der ausgewählten, aber auch in diejenigen der abgewiesenen Anbieter angewiesen. Auch bestehe an den Betriebsinformationen in den Bewerbungsdossiers kein Geheimhaltungsinteresse bzw. wäre jedenfalls ein solches nicht höher zu gewichten als das durch den Anspruch auf rechtliches Gehör geschützte Interesse auf umfassende Einsichtnahme in die relevanten Verfahrensakten.

Mit Verfügung vom 13. Oktober 2005 hiess der Abteilungspräsident das Akteneinsichtsbegehren der X._____ AG teilweise gut und gewährte ihr Einsicht in die Selbstdeklarationen der berücksichtigten Bewerber (Projektinformationen, Referenzobjekte), mit Ausnahme der Betriebsinformationen. Gleichzeitig wies der Abteilungspräsident die übrigen prozessualen Anträge ab.

In einer weiteren prozessleitenden Verfügung vom 29. September 2006 erwog der stellvertretende Abteilungspräsident, dass in der Duplik vom 22. Dezember 2005 Gründe für die Nichtberücksichtigung der Beschwerdeführerin genannt worden seien, zu denen diese noch keine Stellung habe nehmen können. Er setzte entsprechend Frist an und räumte der X._____ AG gleichzeitig die Gelegenheit ein, dem Gericht die Dateien einer früher zugestellten, aber nicht lesbaren CD in lesbarer Form zur Verfügung zu stellen. Mit Eingabe vom 26. Oktober 2006 reichte die Beschwerdeführerin entsprechende Unterlagen ein.

Am 22. November 2006 wies das Verwaltungsgericht die Beschwerde ab.

C.

Mit Eingabe vom 12. Januar 2007 führt die X._____ AG staatsrechtliche Beschwerde beim Bundesgericht mit den Anträgen, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 22. November 2006 aufzuheben und die Rechtswidrigkeit der Verfügung der Vorsteherin des Hochbaudepartements der Stadt Zürich vom 1. Juni 2005 festzustellen.

Das Hochbaudepartement beantragt für die Stadt Zürich Abweisung der Beschwerde. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich schliesst auf Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Am 1. Januar 2007 ist das Bundesgesetz vom 17. Juni 2005 über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) in Kraft getreten. Da der angefochtene Entscheid vorher ergangen ist, richtet sich das Verfahren noch nach dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1943 über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG; vgl. Art. 132 Abs. 1 BGG).

2.

2.1 Angefochten ist ein letztinstanzlicher kantonaler Endentscheid, der sich auf kantonales Submissionsrecht stützt und gegen den mangels Zulässigkeit eines anderen eidgenössischen Rechtsmittels nur die staatsrechtliche Beschwerde offen steht (Art. 84 Abs. 2, Art. 86 und Art. 87 OG).

2.2 Die Beschwerdeführerin war am vorliegenden kantonalen Submissionsverfahren beteiligt und ist als übergangene Bewerberin zur staatsrechtlichen Beschwerde legitimiert (Art. 88 OG). Ist der Zuschlagsentscheid schon in Vollzug gesetzt und mit dem ausgewählten Konkurrenten - wie vorliegend (vgl. S. 4 der Beschwerdeschrift) - bereits ein Vertrag abgeschlossen worden, kann nur noch die Feststellung der Rechtswidrigkeit der "angefochtenen Verfügung" verlangt werden (vgl. Art. 9 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt [Binnenmarktgesetz, BGBM; SR 943.02], BGE 125 II 86 E. 5b S. 97 f.). Der Antrag in der staatsrechtlichen Beschwerde kann insoweit nur noch auf Aufhebung des angefochtenen Rechtsmittelentscheides sowie auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der ergangenen Zuschlagsverfügung lauten. Die Anträge in der vorliegenden staatsrechtlichen Beschwerde erweisen sich in diesem Sinne als zulässig.

2.3 Nach Art. 90 Abs. 1 lit. b OG muss die Beschwerdeschrift die wesentlichen Tatsachen und eine kurz ge-

fasste Darlegung darüber enthalten, welche verfassungsmässigen Rechte bzw. welche Rechtssätze inwiefern durch den angefochtenen Erlass oder Entscheid verletzt worden sind. Das Bundesgericht prüft im Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde nur klar und detailliert erhobene und, soweit möglich, belegte Rügen (BGE 110 Ia 1 E. 2 S. 3 f.). Auf rein appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt es nicht ein (BGE 107 Ia 186 E. b). Rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung des Willkürverbots, kann er sich nicht damit begnügen, den angefochtenen Entscheid einfach als willkürlich zu bezeichnen; er hat vielmehr anhand der angefochtenen Subsumtion im Einzelnen darzulegen, inwiefern der Entscheid an einem qualifizierten und offensichtlichen Mangel leidet (BGE 125 I 492 E. 1b S. 495; 117 Ia 10 E. 4b S. 11/12). Diese qualifizierte Begründungspflicht gilt vorab für die Geltendmachung des Willkürverbots sowie der rechtsungleichen Behandlung, doch müssen auch die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs sowie der Missachtung von Konkordatsrecht klar und einlässlich, d.h. insbesondere auch in Auseinandersetzung mit dem angefochtenen
Urteil, begründet werden.

Die vorliegende Eingabe vermag diesen Anforderungen in weiten Teilen nicht zu genügen, indem sie sich in vielen aufgeworfenen Fragen in blosser appellatorischer Kritik am angefochtenen Urteil oder am Vorgehen der Vergabebehörden erschöpft, ohne klar darzulegen, dass und inwiefern ein Verstoss gegen massgebendes übergeordnetes Recht vorliegen soll. Insoweit ist auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht einzutreten.
2.4 Die Beschwerdeführerin rügt neben der Verletzung von Bundesverfassungsrecht auch eine solche der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB [AS 2003 196 ff.]). Diesem Konkordat ist der Kanton Zürich mit entsprechendem Gesetz vom 15. September 2003 beigetreten.

Die Feststellung des Sachverhaltes sowie die Auslegung und Anwendung von kantonalem Recht wie auch die Interpretation der Ausschreibungsunterlagen prüft das Bundesgericht nur unter dem Gesichtswinkel der Willkür. Bei der Auslegung von Konkordatsrecht steht ihm an sich freie Kognition zu. Bei Konkordatsnormen mit unbestimmtem Inhalt belässt es jedoch den zuständigen kantonalen Behörden einen gewissen Beurteilungsspielraum. Besondere Zurückhaltung auferlegt es sich bei der Beurteilung der Offerten gemäss den Zuschlagskriterien, da dies regelmässig besondere fachtechnische Kenntnisse verlangt, einen Vergleich mit anderen Offerten voraussetzt und unvermeidlicherweise eine subjektive Komponente enthält (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 1.3).
3.
3.1 Die Beschwerdeführerin wendet zunächst ein, das Verwaltungsgericht habe in Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechung zugelassen, dass der streitige Selektionsentscheid von der Vergabebehörde noch in der Duplik habe begründet werden dürfen. Gerügt wird in diesem Zusammenhang eine Verletzung von Art. 8 (Rechtsgleichheit), Art. 9 (Willkür) und Art. 29 (Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung in Gerichts- und Verwaltungsverfahren, Anspruch auf rechtliches Gehör) der Bundesverfassung sowie von Art. 13 lit. h des Konkordates (Begründungspflicht).
3.2 Dass Präqualifikationsentscheide bei Vorliegen einer grossen Zahl von Bewerbungen keine ausführliche Begründung enthalten können und die Vergabebehörde in solchen Fällen die Möglichkeit haben muss, im Streitfall den Ausschluss eines Bewerbers erst in ihrer Beschwerdeantwort näher zu rechtfertigen (vgl. in diesem Zusammenhang auch den Wortlaut von § 38 der kantonalen Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003, wonach die Zuschlagsverfügungen "summarisch begründet" werden), wird auch von der Beschwerdeführerin nicht ernsthaft in Frage gestellt. Sie beanstandet einzig, dass vorliegend die Vergabebehörde eine vom Verwaltungsgericht als ausreichend betrachtete Begründung erst in ihrer Duplik geliefert habe, was nach der eigenen Rechtsprechung dieses Gerichts bisher als unzulässig erachtet worden sei.

Ob und wieweit sich das Verwaltungsgericht durch diese "Vorzugsbehandlung" der Vergabebehörde zu seiner eigenen Rechtsprechung in Widerspruch gesetzt hat, kann dahingestellt bleiben. Der Beschwerdeführerin ist jedenfalls insoweit kein Nachteil entstanden, als ihr Gelegenheit gegeben wurde, zu den fraglichen Ausführungen Stellung zu nehmen (vgl. vorne "B."). Ihr Anspruch auf Erhalt einer ausreichenden Begründung des Präselektionsentscheides wie auch ihr Anspruch, sich dazu vor dem Verwaltungsgericht äussern zu können, blieb damit im Ergebnis gewahrt. Eine Verletzung von Verfassungs- oder Konkordatsrecht, welche eine Aufhebung des angefochtenen Urteils rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich.

4.
4.1 Die Beschwerdeführerin rügt weiter, die vorgenommene Präselektion habe auf einem untauglichen, intransparenten und ungenügend dokumentierten Auswahlverfahren beruht. Sie macht in diesem Zusammenhang eine Verletzung des Willkürverbotes sowie des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 9 und 29 Abs. 2 BV) geltend und rügt eine Verletzung des Gebotes der Gleichbehandlung aller Anbieter (Art. 1 Abs. 3 lit. b IVöB) und des Anspruches auf Transparenz des Vergabeverfahrens (Art. 1 Abs. 3 lit. c IVöB).
4.2 Auch in diesem Punkt kann der Betrachtungsweise der Beschwerdeführerin nicht gefolgt werden. Das Verwaltungsgericht hat erwogen, die vollständigen Ausschreibungsunterlagen würden in einem selektiven Vergabeverfahren häufig erst nach dem Entscheid über die Präqualifikation an die zum Angebot eingeladenen Anbieter abgegeben, was sich schon zur Vermeidung von unnötigem Aufwand rechtfertige. Das Preisgericht habe vorliegend über alle 83 rechtzeitig eingegangenen Bewerbungen zu befinden gehabt. Nach freier Besichtigung aller eingegangenen Bewerbungen habe sich das Preisgericht in sechs Gruppen aufgeteilt und erste Bewertungen ("eher ungeeignet/geeignet/sehr geeignet/hervorragend geeignet") vorgenommen, was mit farbigen Markierungen zum Ausdruck gebracht worden sei. Anschliessend seien die Ergebnisse im Plenum des Preisgerichts diskutiert worden, worauf dieses Akzente bei sehr geeigneten und hervorragend geeigneten Bewerbungen gesetzt habe. In einer Schlussrunde seien schliesslich aus den 13 als hervorragend beurteilten Bewerbungen die zehn einzuladenden Büros sowie der Ersatz ausgewählt worden. Dieses Auswahlverfahren sei in einer grafischen Übersicht dokumentiert, und die Endauswahl habe nicht auf einem Mehrheitsentscheid, sondern
auf einem Konsens des gesamten Preisgerichts beruht. Das Verfahren erweise sich damit als sorgfältig und sachgerecht.

Diese Erwägungen des Verwaltungsgerichts sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Durch das von der Vergabebehörde gewählte Verfahren konnte der Aufwand zur Selektierung der aus einer grossen Bewerberzahl zur Einreichung eines Angebotes einzuladenden Architekturbüros in Grenzen gehalten werden. Dass die vorzunehmende Auswahl einen weiten, von subjektiven Elementen mitgeprägten Ermessensspielraum eröffnete, lag in der Natur der Sache und musste von allen Teilnehmern in Kauf genommen werden. Der Ablauf des Auswahlverfahrens erscheint nach den Akten hinreichend dokumentiert und hält sowohl vor dem Transparenzgebot wie auch vor den angerufenen Verfassungsgarantien stand.
5.
5.1 Der Beschwerdeführerin wurde auf ihr Begehren im Verfahren vor Verwaltungsgericht die Einsichtnahme in die Selbstdeklarationen der berücksichtigten Bewerber (mit Ausnahme von deren Betriebsinformationen) gewährt. Auf den Beizug der Dossiers der nichtberücksichtigten Bewerber hatte das Verwaltungsgericht entgegen dem Antrag der Beschwerdeführerin verzichtet (Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2005). Diesbezüglich wird eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 29 Abs. 2 BV) gerügt.
5.2 Im erstinstanzlichen Submissionsverfahren ist die Vertraulichkeit der eingereichten Offerten garantiert (Urteil 2P.111/2003 vom 21. Januar 2004, E. 4.1.2 mit Hinweisen). Wieweit und in welcher Form vertrauliche Informationen im Rechtsmittelverfahren anderen Bewerbern bekannt gegeben werden müssen, bestimmt sich im Rahmen des massgebenden Prozessrechts aufgrund einer Interessenabwägung (erwähntes Urteil, a.a.O.). Die Präsidialverfügung vom 13. Oktober 2005 gewichtete das Interesse der anderen Bewerber an der Geheimhaltung ihrer Betriebsinformationen (EDV-Ausstattung und -Programme, Betriebshaftpflichtversicherung usw.) höher als das Interesse der Beschwerdeführerin an der umfassenden Akteneinsicht, weshalb es diesen Teil der Bewerbungsdossiers nicht zur Einsicht freigab.

Die Beschwerdeführerin begnügt sich mit der Behauptung, die Kenntnis der Betriebsinformationen der berücksichtigten Bewerber wie auch der Dossiers der unberücksichtigt gebliebenen Bewerber seien für die Geltendmachung ihres Standpunktes im Rechtsmittelverfahren bzw. für die von ihr vorzunehmende Überprüfung des Auswahlentscheides von "unverzichtbarem Wert" gewesen. Sie setzt sich aber nicht mit der notwendigerweise mitzuprüfenden Frage auseinander, ob und inwiefern schützenswerte Geheimhaltungsinteressen der anderen Bewerber der verlangten Einsichtnahme entgegenstehen könnten. Auf die erhobene Rüge ist daher mangels einer tauglichen Begründung nicht einzutreten (Art. 90 Abs. 1 lit. b OG).
6.
Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, das Verwaltungsgericht habe sich mit ihrer eigenen Analyse des Präqualifikationsverfahrens und der von ihr selber vorgenommenen Bewertung nicht auseinandergesetzt und

ihr dadurch im Sinne von Art. 29 Abs. 1 BV das Recht verweigert.

Auch dieser Einwand vermag nicht durchzudringen. Das Verwaltungsgericht hat den angefochtenen Präqualifikationsentscheid umfassend und sorgfältig geprüft und für rechtskonform befunden. Es war nicht gehalten, sich darüber hinaus auch noch mit der von der Beschwerdeführerin selber vorgenommenen Bewertung auseinanderzusetzen.

7.

Die staatsrechtliche Beschwerde erweist sich damit, soweit auf sie einzutreten ist, als unbegründet. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 Abs. 1 OG in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Eine Parteientschädigung ist nicht zuzusprechen (Art. 159 Abs. 2 OG analog).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtsgebühr von Fr. 8'000.– wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich (1. Abteilung, 1. Kammer) schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 3. September 2007

Im Namen der II. öffentlich-rechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber: