

Rechtsprechung des Bundesgerichts ist ein Ausschluss zulässig, wenn ein Angebot zwar formell vollständig ist, jedoch erhebliche inhaltliche Mängel aufweist, indem z.B. einzelnen Positionen Leistungsparameter zugrunde gelegt werden, welche offensichtlich nicht realistisch sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 23. Februar 2011 [2D\_34/2010], Erw. 2.4).

Ob die Vergabestelle zum Ausschluss berechtigt oder gar verpflichtet war, kann letztlich offenbleiben. Selbst wenn von ersterem auszugehen ist, ist jedenfalls kein Grund ersichtlich, dass der Ausschluss zu Unrecht erfolgt wäre, indem die Vergabestelle bei der Ermessensausübung rechtsfehlerhaft (vgl. § 25 Abs. 2 SubmD) gehandelt hätte.

### **32 Abbruch des Verfahrens; Begründungspflicht**

**Bei Abbruchverfügungen wird eine höhere Begründungsdichte verlangt als bei Zuschlagsverfügungen, zumal hier die Möglichkeit, zusätzliche Informationen nachträglich auf Gesuch hin zu erhalten, nicht vorgesehen ist.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 2. Dezember 2020, in Sachen A. AG gegen B. AG (WBE.2020.245).

#### *Aus den Erwägungen*

4.

4.1.

In formeller Hinsicht rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung der Begründungspflicht. Die angefochtene Verfügung enthalte keinerlei Anhaltspunkte, weshalb der wirksame Wettbewerb im vorliegenden Verfahren nicht garantiert sein solle. Für sie sei völlig ungewiss, welche konkreten Gründe und Überlegungen die Vergabestelle zum Abbruch des Vergabeverfahrens veranlasst hätten.

Die Vergabestelle verneint, die Begründungspflicht verletzt zu haben. Der Abbruch des Vergabeverfahrens werde in der Verfügung vom 2. Juli 2020 summarisch begründet; zudem habe es die Beschwerdeführerin unterlassen, weitere Auskünfte zu verlangen.

#### 4.2.

Gemäss § 20 Abs. 1 SubmD ist der – den Anbietern schriftlich mitzuteilende – Zuschlag kurz zu begründen. Diese Kurzbegründung darf nicht bloss in einer Scheinbegründung (etwa dass der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei) bestehen; bereits die abschlägige Verfügung muss die wichtigsten Gründe für die Nichtberücksichtigung des jeweiligen Anbieters nennen (vgl. dazu AGVE 1998, S. 427 ff.; zur Begründungspflicht ferner auch VGE vom 12. März 2020 [WBE.2019.215], S. 8 f.). Auf Verlangen sind den nicht berücksichtigten Anbietern zudem weitere Auskünfte zu erteilen (§ 20 Abs. 2 lit. a – e SubmD). Zur Begründung anderer mit Beschwerde anfechtbarer Vergabeverfügungen (vgl. § 24 Abs. 2 lit. a – e SubmD) äussert sich das SubmD (anders als etwa § 38 Abs. 2 der Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 [720.11]) nicht explizit. Die Möglichkeit, gegen einen Ausschluss oder – wie hier – einen Verfahrensabbruch Verwaltungsgerichtsbeschwerde erheben zu können, setzt indessen notwendigerweise eine Begründung des anfechtbaren Verwaltungsakts und auch eine gewisse Begründungstiefe, die eine sachgerechte und ausreichend substantzierte Anfechtung erlaubt, voraus.

Bei Abbruchverfügungen wird dabei gemäss Lehre und Rechtsprechung eine höhere Begründungsdichte erwartet als bei Zuschlagsverfügungen, zumal hier die Möglichkeit, zusätzliche Informationen nachträglich auf Gesuch hin zu erhalten, nicht vorgesehen ist. Aus der inhaltlichen Begründung hat hervorzugehen, aus welchen sachlichen Gründen das Verfahren abgebrochen wird und ob die Vergabestelle das Verfahren definitiv abbricht oder eine Neuausschreibung beabsichtigt. Die Verfügung muss mit anderen Worten wenigstens kurz die massgeblichen Überlegungen nennen, von denen sich die Vergabebehörde leiten liess (vgl. PETER GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des

öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2020, Rz. 1246; STEFAN SUTER, Der Abbruch des Vergabeverfahrens, Diss., Basel 2010, S. 183 f., Rz. 362 f; STEFAN SCHERLER, Die Verfügungen im Vergaberecht, Zuschlags- und weitere Verfügungen – worauf es ankommt, in: JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY/HUBERT STÖCKLI [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich 2012, Rz. 49; PASCAL BIERI, in: HANS RUDOLF TRÜEB [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, Art. 51 N 23; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 6. September 2012 [B-2249/2012] [amtlich publiziert in: BVGE 2012/28], insbes. Erw. 3.6.4).

#### 4.3.

Die Verfügung vom 2. Juli 2020 hält unter dem Titel "Sachverhalt" fest, innert Frist seien fünf Offerten von drei Anbietern (diese werden namentlich genannt) eingegangen. Weitere Offerten seien nicht eingegangen. Die Offertprüfung habe ergeben, dass die eingereichten Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantierten. Unter dem Titel "Erwägungen" wird ausgeführt, gemäss § 22 Abs. 2 lit. c SubmD könne die Vergabestelle das Verfahren jederzeit abbrechen, wenn die Angebote keinen wirksamen Wettbewerb garantierten. Und unter dem Titel "Entscheid" steht: "1. Das eingangs erwähnte Vergabeverfahren wird abgebrochen.". Zur sich aufdrängenden, für die Begründetheit und damit die Zulässigkeit eines Abbruchs zentralen und entscheidenden Frage, *warum* fünf Angebote von drei Anbietern im vorliegenden Fall aus Sicht der Vergabestelle keinen wirksamen Wettbewerb zu garantieren vermögen, äussert sich die Verfügung mit keinem Wort. Die Verletzung der Begründungspflicht ist damit offensichtlich (...)

### 33 Eignungskriterien; kein vergaberechtlicher Durchgriff auf Konzerngesellschaften

- Will sich eine Anbieterin auf Tatsachen oder Rechtspositionen einer Konzerngesellschaft stützen, muss sie die fragliche Konzerngesellschaft als