

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.14 vom 15. Juli 2015

BS Appellationsgericht, 2015-07-15, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.14

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.14 du 15 juillet 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.14 del 15 luglio 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Die Rekurrentin bezeichnet ihren Rekurs als Rechtsverzögerungsbeschwerde. Sie rügt, dass das Erziehungsdepartement den mit ihr abgeschlossenen Vertrag Nr. 103■304 [recte: 103■043], auf dessen Basis sie das Departement mit Stoffhandtuchrollen und Ladybins zum Kauf sowie mit Reinigungsmatten zur Miete für die Allgemeine Gewerbeschule, die Fachmaturitätsschule, die Lehrwerkstätten Mechaniker, die Schulhäuser Bruderholz, Brunnmatt, Christoph Merian, Gellert, Gundeldingen, Margarethen, Sevogel, Thierstein sowie das Wirtschaftsgymnasium beliefert hatte, am 14. März 2014 gekündigt, aber entgegen der in der Kündigung erklärten Absicht, diese Dienstleistungen öffentlich auszuschreiben, solches bis dato nicht gemacht habe. Stattdessen seien diese Leistungen in der Folge offenbar freihändig bei der Beigeladenen bezogen worden. Damit habe die Vorinstanz den Anspruch der Rekurrentin auf eine öffentliche Ausschreibung verletzt und gegen das kantonale Beschaffungsgesetz (BeschG, SG 914.100) verstossen.

E. 1.2

1.2.1 Vergibt das Gemeinwesen freihändig Aufträge, so muss auf dem Rekursweg überprüft werden können, ob damit das Beschaffungsrecht (insbesondere die §§ 13 und 19 BeschG) verletzt worden ist, auch wenn es in einem solchen Fall an einem konkreten Anfechtungsobjekt fehlt (VGE VD.2009.726 vom 6. April 2010 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 131 I 137 E. 2.5 S. 143 und AGE 621/2007 vom 13. Juni 2007). Würden freihändige Verfahren in gesetzeswidriger Art und Weise vorgenommen, ginge damit eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt im Sinne von § 31 lit. a BeschG einher. Diese Frage muss daher in einem nachträglichen Rechtsmittelverfahren überprüft werden können (VGE VD.2009.726 vom 6. April 2010 E. 1.2; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1319). Soweit die konkrete, freihändige Vergabe eines solchen Auftrages angefochten werden soll, muss der Rekurs in Anwendung von § 30 Abs. 1 BeschG vom benachteiligten Anbieter innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme des Werk- bzw. Kaufvertrages angefochten werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1279). Vorliegend ficht die Rekurrentin keine konkrete, ihr zur Kenntnis gekommene freihändige Vergabe eines Auftrages an, sondern rügt als Rechtsverzögerung, dass die ihr früher mit einem inzwischen gekündeten Vertrag übertragenen Leistungen nicht öffentlich ausgeschrieben worden sind. Eine solche Rechtsverzögerungsbeschwerde ist gemäss § 43 Abs. 1 Ziff. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG; SG 270.100) an keine Frist gebunden. Die Rekurrentin ist als Anbieterin von Leistungen, deren öffentliche Ausschreibung sie verlangt, zur vorliegenden Rechtsverzögerungsbeschwerde nach § 13 Abs. 1 VRPG legitimiert (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1319). Darauf ist grundsätzlich einzutreten.

1.2.2 Wie das Bundesgericht tritt auch das Verwaltungsgericht auf Rekurse, die eine Rechtsverzögerung zum Gegenstand haben, nicht ein, wenn die Vorinstanz den von der rekurrierenden Partei verlangten Entscheid mittlerweile erlassen hat (vgl. BGer 2C_215/2013 vom 5. März 2013 E. 2.2; VGE VD.2011.103 vom 5. März 2012 E. 1.2; VD.2012.166 vom 21. Dezember 2012 E. 1.2). Vorliegend ist unbestritten und erstellt, dass der Rekursgegner am 15. April 2015 die Lieferung von Stoffhandtuchrollen in der Form des Kaufs als Projekt-ID 125291 ausgeschrieben hat (Beilage 1 zur Eingabe des Rekursgegners vom 17. April 2015). Diesbezüglich fehlt es der Rekurrentin daher zum jetzigen Zeitpunkt an einem aktuellen, praktischen Interesse für ihren Rekurs, resp. ist dieses dahin gefallen. Ein solches Interesse kann auch nicht mit allfälligen Schadenersatzansprüchen begründet werden. Soweit die Rekurrentin meint, aus einer allfälligen Verzögerung der Ausschreibung einen Schaden erlitten zu haben, wäre diese Frage vielmehr vorfrageweise in einem auf dem Zivilweg auszutragenden Haftungsprozess zu beurteilen. Der Rekurs ist daher mit Bezug auf die beanstandete Nicht-Ausschreibung von Handtuchrollen als gegenstandslos abzuschreiben (vgl. dazu: Rhinow/Koller/Kiss/Turnherr/Brühl-Moser, Öffentliches Prozessrecht, 2. Aufl., Basel 2010, Rz. 1925, 1931; SCHWANK, Das verwaltungsinterne Rekursverfahren des Kantons Basel-Stadt, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 447; vgl. für das Bundesrecht BGE 131 I 153 E. 1.2, S. 157; Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser [Hrsg.], Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008 S. 500, ebenso Wullschlegler/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, BJM 2005, S. 292; VGE VD.2011.201 vom 11. September 2012; VD.2014.128/134 vom 2. Oktober 2014 E. 1.2). Da aber der allfällige Bestand einer Pflicht zur Ausschreibung bezüglich der Handtuchrollen mit Blick auf die Kostentragung der Parteien weiterhin von Interesse ist, ist darauf nachfolgend in Erwägung 2.1 einzugehen.

1.2.3 Gestützt auf das Rechtsbegehren gemäss Rekurs, auf welches die anwaltlich vertretene Rekurrentin zu behaften ist, ist sodann davon auszugehen, dass abgesehen von der Nicht-Ausschreibung betreffend Handtuchrollen (nur) die Nichtausschreibung von Seifenspendern und des damit zusammenhängenden Reinigungs- und Nachfüllservice streitig und zu prüfen ist. Die Nichtausschreibung der Ladybins resp. der Damenhygiene wird demgegenüber im Hauptantrag nicht beanstandet, sondern nur im Verfahrensantrag und in der Begründung erwähnt. Der (Rechtsverzögerungs)-Rekurs erstreckt sich somit nicht auf die Nichtausschreibung der Ladybins, was bei den Kostenfolgen zu berücksichtigen ist.

1.2.4 Nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bildet schliesslich die von der Rekurrentin mit Eingabe vom 30. Januar 2015 aufgeworfene Frage, ob das Erziehungsdepartement im Jahre 2014 durch die Auswechslung von Handtuchrollenhaltern der Rekurrentin in mindestens vier Schulhäusern und den Ersatz der Halter durch solche der Konkurrenz während laufendem Vertrag diesen Vertrag verletzt hat und daher schadenersatzpflichtig geworden ist. Ebenso wenig zu prüfen ist die Frage, ob die vom ED angebotene Entschädigung angemessen ist. Auch diese Fragen sind allenfalls in einem Zivilprozess zu klären. Darauf ist hier nicht weiter einzugehen.

1.3 Entsprechend dem Antrag der Rekurrentin ist eine öffentliche Parteiverhandlung durchgeführt worden, da ein Anwendungsfall von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt (§ 25 Abs. 2 VRPG; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1204).

E. 2

2.1 Vorliegend ist zunächst zu prüfen, ob die Vergabe von Handtuchrollen nach der Kündigung des Service-Abonnementvertrages Nr. 103043 mit der Rekurrentin öffentlich hätte ausgeschrieben werden müssen, resp. ■ nachdem dies seitens des Rekursgegners mittlerweile erfolgt ist ■ ob im Zeitpunkt der Rekurserhebung diesbezüglich eine Rechtsverzögerung vorlag. Dies hängt davon ab, ob die massgeblichen Schwellenwerte für eine freihändige Vergabe überschritten wurden.

2.1.1 Gemäss Anhang 2 zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SG 914.500) beträgt der Schwellenwert für die freihändige Vergabe von Lieferungen in dem von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich CHF 100000.■, derjenige für Dienstleistungen CHF 150000.■. Wird dieser Wert überschritten, so ist bis zu einem Schwellenwert unter CHF 250000.■ das Einladungsverfahren und darüber das offene oder selektive Verfahren durchzuführen. Diese Zahlen gelten jeweils ohne Mehrwertsteuer (Art. 7 Abs. 1ter IVöB). Bei mehrjährigen Lieferaufträgen mit einer bestimmten Laufzeit gilt der entsprechende Gesamtwert (§ 15 Abs. 3 lit. a der Verordnung zum Gesetz über öffentliche Beschaffungen [VöB; SG 914.110]). Bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit ist der monatliche Wert mit 48 zu multiplizieren (§ 15 Abs. 3 lit. b VöB). Diese Regel soll aufgrund einer identischen gesetzlichen Grundlage im Bund auch bei Zweifelsfällen gelten (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 312).

2.1.2 Das Erziehungsdepartement hat im Bereich der Bereitstellung von Stoffhandtuchrollen sowie weiterer Artikel für die Toiletten bisher offenbar mit den beiden Anbietern auf verschiedener vertraglicher Grundlage gearbeitet. Mit der Rekurrentin wurde ein auf ein Jahr gültiger Vertrag abgeschlossen. Dieser verlängerte sich ohne Kündigung aber jeweils um ein weiteres Jahr (Vertrag Nr. 103043 vom 29. April 2013 Ziff. B 1; act. 2/2). Mit der Beigeladenen sollen dagegen ■ keine ganzheitlichen Rahmenvereinbarungen oder Gesamtverträge ■ abgeschlossen worden sein. Es sollen allein eine interne Preisdefinition zur Anwendung gebracht und ab 2008 für neue Lieferstellen Einzelverträge mit einer grundsätzlichen Laufzeit von drei Jahren abgeschlossen worden sein (Vernehmlassung Beigeladene, act. 4). Dies bestätigt auch das Finanzdepartement in seiner Vernehmlassung (Ziff. 3, act. 5). Daraus folgt, dass angesichts der konkreten Vertragsausgestaltung mit jeweils automatischer Verlängerung mangels Kündigung von unbefristeten Verträgen und für die Bestimmung des Erreichens der Schwellenwerte der Umsatz von 48 Monaten zu berücksichtigen ist.

Gemäss den vom Departement in seiner Vernehmlassung offen gelegten Umsatzzahlen, wurde mit Bezug auf Handtuchrollen in den Jahren 2011 bis 2014 ein jährlicher Umsatz zwischen CHF 79666.■ und CHF 84430.■ erzielt. Daraus erhellt unter Zugrundelegung eines Umsatzes von 48 Monaten (resp. 4 Jahren), dass der massgebende Schwellenwert für Lieferungen von CHF 100000.■ bei weitem überschritten wurde. Die Leistungen hätten daher nicht freihändig vergeben werden dürfen. Gleiches gilt für die Folgejahre: So wurde denn auch bereits mit Schreiben an die Rekurrentin vom 6. April 2014 (VB 3, act. 6/3) eine öffentliche Ausschreibung angekündigt, aber erst am 15. April 2015 durchgeführt. Der entsprechende Lieferauftrag in der Form des Kaufs von Stoffhandtuchrollen als Projekt-ID 125291 umfasste das ■ Liefern und Waschen ■ von Stoffhandtuchrollen für die öffentlichen Schulgebäude im Umfang von zurzeit ca. 19000 Rollen pro Jahr, wobei der ausgeschriebene Auftrag auf drei Jahre terminiert wurde

(Auftragsbeginn voraussichtlich 1. August 2015, Auftragssendevoraussichtlich 31. Juli 2018). Unter den gegebenen Umständen ist der massgebliche Schwellenwert von CHF 100'000. für Lieferungen das Waschen der Handtuchrollen stellt klarerweise eine Nebenleistung dar auch mit Bezug auf den Folgeauftrag ohne weiteres erreicht. Dies hat die Vorinstanz denn auch grundsätzlich anerkannt, indem sie die Auftragsvergabe im offenen Verfahren öffentlich ausgeschrieben hat.

2.1.3 Nach dem Gesagten ist erstellt, dass das Erziehungsdepartement mit der Kündigung des bisherigen Lieferungsvertrages Nr. 103'043 vom 29. April 2013 ohne gleichzeitige neue Ausschreibung das Beschaffungsrecht verletzt und damit eine Rechtsverzögerung begangen hat. Von einer solchen ist nach Lehre und Praxis dann auszugehen, wenn die Behörde nicht innert der Frist handelt, die nach der Natur der Sache objektiv noch als angemessen erscheint. Die Angemessenheit der Dauer eines Verfahrens ist im Einzelfall unter Berücksichtigung der gesamten Umstände zu beurteilen, wobei namentlich die Komplexität der Sache, das Verhalten der betroffenen Beteiligten und der Behörden, die Bedeutung des Verfahrens für die betroffene Partei sowie einzelfallspezifische Entscheidungsabläufe in Betracht zu ziehen sind (vgl. zum Ganzen BGE 130 I 312 E. 5.1 und 5.2 mit weiteren Hinweisen auf Lehre und Praxis). Ein Verschulden der Behörde an der Verzögerung wird nicht vorausgesetzt, weshalb sie das Rechtsverzögerungsverbot auch dann verletzt, wenn sie wegen Personalmangels oder Überlastung nicht innert angemessener Frist handelt (vgl. BGE 107 Ib 160 E. 3c; 103 V 190 E. 5c; vgl. auch Auer/Malinverni/Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Rz. 1277 f., *Hottelier, Les garanties de procédure*, in: Thürer/Aubert/Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz, Droit constitutionnel suisse*, Zürich 2001, Rz. 7).

Vorliegend ist unbestritten, dass der Rekursgegner bereits im Frühjahr 2014 von der Ausschreibungsbedürftigkeit des Dienstleistungsauftrags betreffend Handtuchrollen gewusst und die entsprechende Absicht zur Ausschreibung geäussert hat. Dies hat sie der Rekurrentin mit Schreiben vom 6. April 2014 (VB 3, act.6/3) mitgeteilt. Ebenso ist unbestritten, dass die öffentliche Ausschreibung erst am 15. April 2015, d.h. über ein Jahr nach der Ankündigung erfolgt ist. Zum Zeitpunkt der Rekurshebung waren somit neun Monate seit der Ankündigung vergangen. Triftige, sachliche Gründe für die Verzögerung sind nicht ersichtlich und wurden vom Rekursgegner auch anlässlich der Hauptverhandlung nicht geltend gemacht. Insbesondere kann das Argument, man habe (zu) lange mit der Rekurrentin über die Anschlusslösung verhandelt, anstatt den Folgeauftrag zügig auszuschreiben, um den Druck von der Ausschreibung zu nehmen (Protokoll S. 3), nicht gehört werden. Damit wäre vielmehr der rechtswidrige Zustand die Nichtausschreibung trotz entsprechender Pflicht aufrechterhalten worden, sodass die geäusserte Absicht dem Gesetz widerspricht. Auch der Einwand mangelnder, resp. aufgrund der Verhandlungen mit der Rekurrentin gebundener Ressourcen, verfängt nach dem oben Gesagten nicht. Der Rekursgegner wäre vielmehr gehalten gewesen, ihre Ressourcen, jedenfalls zur Hauptsache, in die Ausschreibung zu investieren. Dass eine Rechtsverzögerung vorliegt, zeigt sich letztlich auch daran, dass eine Ausschreibung innert 4 Monaten möglich war, nachdem diese an die Hand genommen worden war. Darauf hat der Rekursgegner selber hingewiesen. Soweit er schliesslich geltend macht, die Rekurrentin habe sich rechtsmissbräuchlich verhalten und verdiene daher keinen Rechtsschutz, kann dem ebenfalls nicht gefolgt werden. Zwar ist der Eindruck, dass es der Rekurrentin mit dem Rekurs primär um den Erhalt des bisherigen Auftragsvolumens ging, nicht von der Hand zu

weisen und hat sie in den vergangenen Jahren von der rechtswidrigen Vergabepaxis des Rekursgegners profitiert. Jedoch steht es ihr als Wettbewerberin von ausschreibungspflichtigen Gütern und Dienstleistungen zu, sich gegen ihre Nichtberücksichtigung bei der Vergabe zur Wehr zu setzen.

Bei diesem Ergebnis kann schliesslich offen bleiben, ob die Finanzkontrolle konkret die Ausschreibung der Handtuchrollen verlangt hat, wie dies die Rekurrentin geltend macht, das Erziehungsdepartement aber bestreitet. Immerhin ist aber festzustellen, dass sich der Zwischenbericht der Finanzkontrolle vom 3. März 2014 (VB 2, act. 6/2) auf Reinigungsleistungen und somit auf eine andere Leistung als die hier streitige bezieht. Darauf hat das Erziehungsdepartement zutreffend hingewiesen.

2.2 Nicht ausgeschrieben hat das Erziehungsdepartement auch weitere Lieferungen zum Betrieb der sanitären Anlagen in den Schulen, wie Handtuchrollenhalter, Seifenspender oder Seifenkartuschen und Damenhygienebehälter, sog. Ladybins für die Schultoiletten.

2.2.1 Mit Bezug auf die Ladybins, welche im Hauptantrag der Rekurrentin nicht erwähnt, deren Nicht-Ausschreibung in der Sache aber ebenfalls kritisiert wurde, lag der Umsatz gemäss der Aufstellung des Erziehungsdepartements in der Vernehmlassung vom 17. März 2015 in den Jahren 2011 bis 2014 jeweils zwischen 36'776.00 und CHF 39'533.00. Der Gesamtumsatz belief sich auf CHF 150'707.00 und überstieg somit den Schwellenwert sowohl für Lieferungen von CHF 100'000.00, als auch denjenigen für Dienstleistungen von CHF 150'000.00, bis zu welchem eine freihändige Vergabe erlaubt ist. Die Lieferungen von Ladybins und die damit zusammenhängenden Leistungen hätten somit ebenfalls ausgeschrieben werden müssen. Da dies bis dato nicht erfolgt ist, liegt auch mit Bezug die Nicht-Ausschreibung der Ladybins eine Rechtsverzögerung vor. Da sich der Antrag der Rekurrentin auf öffentliche Ausschreibung aber nicht explizit auf Damenhygienebehälter bezieht (vgl. E.1.2.3 oben) und diese auch nicht unter die beantragte öffentliche Ausschreibung des mit der Lieferung von Seifenspendern zusammenhängenden Reinigungs- und Nachfüllservice subsumiert werden können, kommt eine Gutheissung des Rekurses mit entsprechenden Kostenfolgen mit Bezug auf die Ladybins trotz Vorliegens einer Rechtsverzögerung nicht in Betracht. Es besteht aber ein öffentliches Interesse an der Feststellung einer Rechtsverzögerung.

Der Rekursgegner hat grundsätzlich ebenfalls anerkannt, dass auch die Vergabe der Ladybins öffentlich ausgeschrieben werden muss (vgl. in der Hauptverhandlung eingereichte Übersicht zur Anzahl Gerätschaften Toilettenhygiene an den Schulen BS und im Verwaltungsgebäude Leimenstrasse 1). Er hat jedoch die diesbezügliche Unterlassung im Rahmen der Hauptverhandlung damit begründet, dass noch gar nicht über die Fortsetzung des entsprechenden Angebots entschieden worden sei, da der Service relativ kostenintensiv sei (Protokoll S. 4). Dieser könne daher eventuell an den zu erhaltenden Standorten vom normalen Reinigungspersonal durchgeführt werden. Da zudem die Ladybins, anders als die Handtuchrollen, nur an einzelnen Standorten zum Einsatz kommen würden, habe sich auch die Aufteilung der Aufträge Handtuchrollen und Ladybins aufgedrängt, zumal dadurch mehrere Anbieter, namentlich kleinere Unternehmen wie die Rekurrentin hätten berücksichtigt werden können. Dies leuchtet ein. Allerdings wird der Rekursgegner zeitnah über das weitere Vorgehen bezüglich Ladybins zu entscheiden haben. Sofern diese weiterhin in einem über dem gesetzlichen Schwellenwert liegenden Umfang beschafft werden sollen, ist auch die Vergabe der Ladybins öffentlich auszuschreiben. Der Rekursgegner ist auf der entsprechenden Bereitschaft zu Ausschreibung zu behaften.

2.2.2 Zu prüfen bleibt, ob auch hinsichtlich der weiteren Leistungen für die Toiletten der öffentlichen Schulen wie Handtuchrollenhalter, Seifenspender oder Seifenkartuschen eine Pflicht zur Ausschreibung bestand resp. besteht. Soweit bezüglich dieser Leistungen der Schwellenwert nicht erreicht wird oder diese Leistungen aus anderen Gründen dezentral bestellt werden, stellt sich weiter die Frage, ob die Aufträge aufgeteilt werden dürfen, oder ob sie zusammen mit denjenigen für die Handtuchrollen resp. die Ladybins vergeben werden müssen. Diesfalls könnte letztlich auch offen bleiben, ob die jeweiligen Leistungen alleine die Schwellenwerte erreichen und welcher Schwellenwert konkret massgebend wäre, würden doch beide Schwellenwerte bereits aufgrund des Lieferauftrags für Handtuchrollen und des Auftrags für Damenhygienebehälter erreicht.

Nach der Rechtsprechung ist es als rechtsmissbräuchliches Verhalten unzulässig, einen zusammengehörigen Auftrag künstlich in mehrere kleinere Einzelaufträge aufzuteilen, um damit das Submissionsrecht umgehen zu können (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 326; VGE AG vom 29. Juni 1999, E. 3c in: AGVE 1999 303 f.). Es gilt auch bei Lieferaufträgen das Zerstückelungsverbot (Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich 2012, N. 947). Es stellt sich daher die Frage, ob bezüglich der Lieferung und Wartung von Handtuchrollen, Handtuchrollenhaltern, Seifenspendern, Seifenkartuschen und Damenhygienebehälter von einem einzigen, zu vergebenden Auftrag mit einem zwingenden Zusammenhang gesprochen werden muss. Mit Bezug auf die Vergabe der Kehrricht-, Grüngut- und Papierabfuhr hat das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau einen zwingenden Zusammenhang verneint. Es hat dabei erwogen, es handle sich um die Beseitigung unterschiedlicher Materialien, deren weitere Entsorgung oder Weiterverwertung unterschiedlich erfolge. Es dränge sich daher nicht auf, die gesamte Abfallbeseitigung als einen einzigen zu vergebenden Auftrag zu betrachten (VGE AG vom 29. Juni 1999, E. 3c, in: AGVE 1999 304 f.).

So verhält es sich auch hier. Die Lieferungen und Wartungen betreffen zwar alle Gegenstände, die in öffentlichen Toiletten benötigt werden. Dennoch steht es dem Departement durchaus offen, mit Bezug auf die verschiedenen, in den öffentlichen Toiletten benötigten Toilettenartikel unterschiedliche Aufträge zu definieren und unterschiedliche Anbieter zu berücksichtigen. Auch wenn mittels der Aufteilung in Lose auch bei einer zusammenfassenden Ausschreibung eine gewisse Diversifizierung der Auftragsvergaben erfolgen kann, führt dies nicht zwingend zu einer Verpflichtung der Behörde, mit dem Lieferauftrag Stoffhandtuchrollen auch die Lieferung und den notwendigen Service bezüglich aller weiteren Hygieneartikel gemeinsam auszuschreiben. Dies gilt insbesondere auch mit Bezug auf die separate Lieferung von Handtuchrollen und Ladybins sowie jene von Handtuchrollen und Rollenhaltern. So ist hat das Erziehungsdepartement überzeugend ausgeführt, dass Ladybins, anders als Handtuchrollen, nicht an allen Standorten zur Verfügung stehen, d.h. nicht zwingend zum Toilettenservice gehören. Daher kann mit deren Lieferung durchaus ein anderer Anbieter betraut werden, als bezüglich der Handtuchrollen. Das von der Rekurrentin ins Feld geführte energiepolitische Argument ändert daran nichts, zumal die zu fahrende Route und auch der Wechselturnus der Materialien unterschiedlich sein können. Eine getrennte Vergabe ist auch mit Bezug auf die Lieferung von Handtuchrollen und Handtuchrollenhaltern mit den Prinzipien des Vergaberechts vereinbar. Eine Trennung ist ohne weiteres möglich und eventuell aus Kostengründen sinnvoll, da die vom Erziehungsdepartement verwendeten Handtuchrollenhalter offensichtlich auch mit anderen Handtuchrollen, als denjenigen der Rekurrentin kompatibel sind. Ein zwingender

Zusammenhang zwischen den beiden Leistungen besteht daher nicht. Wie das Erziehungsdepartement in der Hauptverhandlung zudem nachvollziehbar ausgeführt hat (Protokoll S. 3,5), werden die Handtuchrollenhalter primär im Rahmen von Neubau oder Sanierung der Schulhäuser durch das Baudepartement beschafft. Dem Erziehungsdepartement obliegt dagegen nur der Austausch defekter Geräte, wobei es sich gemäss Angaben des ED um eine Zahl in Miete beschaffte Geräte im niederen zweistelligen Bereich resp. klarerweise um weniger als 300 handeln soll, was plausibel ist. Die Mietkosten sollen CHF 7.■ pro Monat, resp. CHF 84.■ pro Jahr betragen. Der Schwellenwert von CHF 100■000.■ ist damit auch bezogen auf eine vierjährige Periode insoweit klar unterschritten. Soweit es schliesslich um die Lieferung Seifenspendern und Seifenkartuschen geht, werden diese gemäss Ausführungen des Erziehungsdepartements zentral von der Kantonalen Materialzentrale beschafft (Protokoll HV S. 2). Ein zwingender Zusammenhang zwischen diesen Lieferungen und denjenigen von Handtuchrollen resp. Ladybins ist daher insoweit auch angesichts der unterschiedlichen Zuständigkeiten in der Beschaffung abzulehnen. Dies hat die Rekurrentin denn auch letztlich anerkannt, indem sie sich an der Ausschreibung betreffend Handtuchrollen beteiligt hat, ohne die Aufteilung bezüglich der weiteren Hygieneartikel, einschliesslich der Ladybins, zu beanstanden. Damit ist indessen nicht gesagt, dass die Beschaffung von Seifen, Seifenkartuschen und Handtuchrollenhaltern nicht den Bestimmungen des Beschaffungsrechts unterliegt. Nur ist dies nicht im vorliegenden Verfahren zu beurteilen, da für deren Beschaffung nicht der Rekursgegner zuständig ist. Es kann daher auch offen bleiben, ob mit Bezug auf die Beschaffung von Seifen und Seifenkartuschen die Schwellenwerte erreicht worden sind. Mit Bezug auf die Handtuchrollenhalter, soweit sie vom Rekursgegner beschafft werden, ist dies nach dem Gesagten jedenfalls nicht der Fall. Vor diesem Hintergrund ist auch der Sistierungsantrag der Rekurrentin abzuweisen, da die Ermittlung des genauen Umsatzes bezüglich der vorgenannten Hygieneartikel für das vorliegende Verfahren entbehrlich resp. bezüglich der Handtuchrollenhalter genügend nachgewiesen ist.

2.3 Aus dem in Erwägung 2.1 und 2.2 hiervor Gesagten folgt, dass das Erziehungsdepartement verpflichtet ist, die Lieferung von Stoffhandtuchrollen wie auch der Damenhygienebehälter für die Toiletten der Schulhäuser des Departements in einem Vergabeverfahren gemäss den § 12 lit. a bis c BeschG zu vergeben. Bezüglich letzterer unter dem Vorbehalt, dass die Damenhygienebehälter weiterhin extern beschafft werden sollen und dass der massgebliche Schwellenwert überschritten wird. Demgegenüber ist der interne Bezug im Zusammenhang mit der Beschaffung und dem Betrieb von Seifenspendern und Seifenkartuschen sowie die freihändige Vergabe von Mietaufträgen bezüglich Handtuchrollenhaltern nicht zu beanstanden. Diesbezüglich liegt deshalb keine Verletzung des Beschaffungsrechts und auch keine Rechtsverzögerung infolge der unterbliebenen Ausschreibung vor.

Nach dem Gesagten ist der Rekurs mit Bezug auf die beanstandete Nichtausschreibung von Handtuchrollen als gegenstandslos abzuschreiben und im Übrigen (mit Bezug auf die Vergabe von Seifenspendern, Seifenkartuschen und Handtuchrollenhaltern) abzuweisen. Der Rekursgegner ist auf der Bereitschaft zu behaften, die Vergabe für die Ladybins öffentlich auszuschreiben, sofern er diese in einem über dem gesetzlichen Schwellenwert liegenden Umfang beschaffen will.

E. 3

Nachfolgend ist über die Verteilung der Kosten zu befinden.

3.1 Mit Bezug auf die Nichtausschreibung von Handtuchrollen ist das aktuelle Rechtsschutzinteresse der Rekurrentin erst während des laufenden Verfahrens und nach erfolgter Vernehmlassung des Erziehungsdepartements durch die Ausschreibung vom 15. April 2015 weggefallen. Wird auf eine Rechtsverzögerungsbeschwerde wegen des Wegfalls des Rechtsschutzinteresses nach erfolgter Vornahme der verlangten Rechtshandlung nicht eingetreten, so richtet sich die Kostenverteilung je nach Lage des Einzelfalls danach, wer das Rekursverfahren veranlasst hat, wie das Verfahren mutmasslich ausgegangen wäre und bei welcher Partei die Gründe eingetreten sind, welche das Verfahren gegenstandslos werden liessen. Zu prüfen ist daher, wer die Gegenstandslosigkeit bewirkt hat oder wie aufgrund der Sachlage vor Eintritt des Erledigungsgrunds hätte entschieden werden müssen (Beusch, in: Auer/Müller/ Schindler [Hrsg.], Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2008, Art. 63 N 16; Maillard, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, Zürich 2009, Art. 63 N 17; Pfeleiderer, in: Waldmann/Weissenberger [Hrsg.], a.a.O., Art. 58 N 50; vgl. ferner zu Art. 107 Abs. 1 lit. e ZPO: Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/ Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage 2013, Art. 107 N 16; Rüegg, in: Basler Kommentar ZPO, 2. Auflage 2013, Art. 107 N 8).

Vorliegend muss in Beurteilung der Rechtslage festgestellt werden, dass die Pflicht zur Vergabe des Auftrages der Lieferung von Stoffhandtuchrollen für die Toiletten der Schulhäuser des Departements bereits im Zeitpunkt der Kündigung des sich auf diese Leistung beziehenden Vertrages mit der Rekurrentin bestanden hat. Dies war dem Erziehungsdepartement denn auch bewusst, wie das Schreiben vom 6. April 2014 beweist (VB 3, act. 6/3). Das Erziehungsdepartement wäre daher bereits auf den Ablauf dieses Vertrages hin verpflichtet gewesen, den Auftrag neu auszuschreiben, und hätte ihn nicht freihändig vergeben dürfen. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Ausschreibung erst über ein Jahr nach der Kündigung des Vertrages erfolgen konnte. Da die Ausschreibung erst im April 2015 und damit erst während des vorliegenden Verfahrens erfolgt ist, hatte die Rekurrentin insoweit Anlass zu ihrem Rekurs. Sie wäre daher wohl insoweit mit ihrer Rechtsverzögerungsbeschwerde durchgedrungen, sind doch Gründe, weshalb es dem Departement erst über ein Jahr nach erfolgter Kündigung möglich gewesen ist, die Ausschreibung vorzunehmen, nicht ersichtlich.

Damit dringt die Rekurrentin ■ ausgehend von ihrem Rechtsbegehren ■ mit dem Rekurs zu einem wesentlichen Anteil, nämlich bezüglich der Handtuchrollen, durch, während sie (nur) hinsichtlich der Nichtausschreibung von Seifenspendern und des damit zusammenhängenden Reinigungs- und Nachfüllservice unterliegt. Die Nichtausschreibung der Ladybins sowie der Handtuchrollenhalter bleibt dagegen bei den Kostenfolgen ausser Betracht, da diesbezüglich kein Antrag gestellt wurde. Die Rekurrentin hat daher die Verfahrenskosten nur im reduzierten Umfang von CHF 500.■ zu tragen. Diese sind mit dem geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2■000.■ zu verrechnen, der Rest des Kostenvorschusses ist der Rekurrentin nach Eintritt der Rechtskraft dieses Entscheides zurückzuerstatten.

3.2 Die Rekurrentin hat im Umfang ihres Obsiegens Anspruch auf eine angemessene Parteientschädigung. Mit Eingabe vom 2. Juni 2015 hat sie ihre Parteikosten auf der Grundlage eines Aufwand ihres Vertreters von 36,75 Stunden à CHF 250.■ ohne Berücksichtigung einer Parteiverhandlung und Auslagen von CHF 138.95 sowie der Mehrwertsteuer auf CHF 10■072.55 beziffert. Dieses Honorar ist unter Berücksichtigung

des nach § 13 Abs. 2 HO massgebenden Streitwertes nicht zu beanstanden. Danach kann das Honorar in Verwaltungsgerichtssachen vorwiegend vermögensrechtlicher Natur nach den Bestimmungen für vermögensrechtliche Zivilsachen berechnet werden. Dabei ist auf der Grundlage der Umsatzangaben des Erziehungsdepartements und der Massgeblichkeit des Umsatzes während zweier Jahre vorliegend von einem Streitwert von rund CHF 480'000.─ auszugehen. Unter Hinzurechnung eines zeitlichen Aufwands von rund vier Stunden (à CHF 250.─) für die Hauptverhandlung erscheint ein Honorar von pauschal CHF 12'000.─ als angemessen. Davon sind der Rekurrentin angesichts des weitgehenden Obsiegens $\frac{3}{4}$, d.h. CHF 9'000.─ als Parteientschädigung zu vergüten.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.