

# ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1998.00362 vom 25. November 1998

ZH Verwaltungsgericht, 1998-11-25, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_verwaltungsgericht\\_\\_VB.1998.00362](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.1998.00362)

FR: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1998.00362 du 25 novembre 1998

IT: ZH\_VERWALTUNGSGERICHT VB.1998.00362 del 25 novembre 1998

## Regeste

Submission | Vergabe von Abschleppaufträgen nach städtischer [Zürich] Submissionsverordnung: Anwendbares Recht (E. 1 und 2). Das in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführte Zuschlagskriterium, wonach das gesamte Auftragsvolumen auf dem Stadtgebiet von einem einheitlichen Angebot abgedeckt werden muss, ist mit Blick auf eine einfache und rasche Handhabung der Abschleppaufträge nicht zu beanstanden. Abweichende Meinung der Minderheit: Das verlangte Zuschlagskriterium stellt eine unzulässige Wettbewerbsbehinderung dar. Daran ändert nichts, dass kleinere Firmen sich in geeigneter Weise hätten zusammenschliessen können, um den Zuschlag zu erhalten. Denn einerseits würde die Konkurrenz untereinander die Zusammenarbeit erschweren, und andererseits erscheint ein solcher Zusammenschluss auch mit Blick auf die angestrebte Wettbewerbsförderung als fragwürdig. Hinzu kommt, dass hier unbekannt ist, zu welchem Preis der Auftrag vergeben worden ist, was ebenfalls für die Wiederholung des Verfahrens spricht.

## Erwägungen

### E. 1

Firma D,

### E. 2

Es ist weiter zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer angerufenen Erlasse auf die vorliegend streitige kommunale Vergabe Anwendung finden: a) Nicht anwendbar ist von vornherein das GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement [GPA]; SR 0.632.231.422), dem der Bund mit Wirkung ab 1. Januar 1996 beigetreten ist. Das GPA zielt im Rahmen seines ■ beschränkten ■ Anwendungsbereiches (Art. I) darauf, die Prinzipien der "Inländerbehandlung und Nichtdiskriminierung" (Art. III) unter den Beitragsstaaten zu verwirklichen. Die Gemeinden sind dem Abkommen nur insoweit unterstellt, als die Vergabe Tätigkeiten in den Bereichen Wasserversorgung, Energieversorgung, städtische Verkehrsbetriebe, Flughäfen und Häfen betrifft (vgl. Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, N. 6). Hier liegt von vornherein keine solche Vergabe im Streit. Es kann unter diesen Umständen offenbleiben, wieweit das Abkommen direkt anwendbar ist bzw. einer Umsetzung ins innerstaatliche Recht bedarf, um durchsetzbare Ansprüche von Anbietenden zu schaffen (Botschaft [des Bundesrates] zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen [BB1 1994 IV, Ziff. 611.3, S. 1152 f.; Ziff. 621.1 S. 1171 f.]). b) Das Binnenmarktgesetz ist seit 1. Juli 1996 bzw. 1. Juli 1998 in Kraft. Es ist in zeitlicher Hinsicht auf das vorliegende

Verfahren, welches einen am 19. Oktober 1998 getroffenen Vergabeentscheid betrifft, anwendbar. In materiellrechtlicher Hinsicht bezweckt das Binnenmarktgesetz den Abbau öffentlichrechtlicher Wettbewerbshindernisse im kantonalen und kommunalen Recht und die Beseitigung von Mobilitätsschranken; damit sollen die Wettbewerbskräfte belebt und der Wirtschaftsstandort Schweiz im internationalen Umfeld und Vergleich gestärkt werden (vgl. hierzu Paul Richli, Neues Kartellgesetz und Binnenmarktgesetz ■ Überblick und Würdigung aus öffentlichrechtlicher Sicht, AJP 1995, S. 593, 601; Rainer Schweizer, Betrachtungen zum Vorentwurf eines Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM), AJP 1994, S. 739). Kernpunkt des Binnenmarktgesetzes ist der Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der bedeutet, dass der Marktzugang für Anbieterinnen und Anbieter mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht allein deshalb beschränkt werden darf, weil sie ortsfremd sind (Art. 1 Abs. 1, Art. 2 und 3 Abs. 1 BGBM). Das öffentliche Beschaffungswesen ist mit Art. 5 BGBM partiell in dieses Gesetz einbezogen worden. Danach richten sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone und Gemeinden nach kantonalem oder interkantonalem Recht (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 BGBM). Diese Vorschriften und darauf gestützte Verfügungen dürfen "Personen mit Niederlassung oder Sitz in der Schweiz nicht in einer Weise benachteiligen, welche Artikel 3 widerspricht" (Art. 5 Abs. 1 BGBM), das heisst die genannten Personen dürfen nicht allein deshalb diskriminiert werden, weil sie ortsfremd sind. Diese Bestimmung steht vorliegend (materiell) indessen nicht im Streit. Der Beschwerdeführer mit Sitz in der Stadt J macht zu Recht nicht geltend, vorliegend sei der Grundsatz der Gleichbehandlung von ortsansässigen und ortsfremden Personen verletzt worden. c) Wie erwähnt, ist der Kanton Zürich der IVöB mit Gesetz vom 22. September 1996 (Beitrittsgesetz) beigetreten. Die IVöB wurde vom Regierungsrat zusammen mit dem Beitrittsgesetz und der Submissionsverordnung auf den 1. November 1997 in Kraft gesetzt. Gemeinden und andere öffentlichrechtliche Körperschaften sind dem Konkordat grundsätzlich nicht direkt unterstellt (Art. 8 Abs. 1 lit. b IVöB in Verbindung mit § 2 Abs. 1 IVöB-Beitrittsg). Ausgenommen sind Beschaffungen in den sogenannten Sektoren der Wasser■ und Energieversorgung, welche Ausnahme hier nicht greift. Auch die subsidiäre Anwendung der (kantonalen) Submissionsverordnung gemäss § 1 Abs. 3 SubmV fällt hier ausser Betracht, soweit die Stadt Zürich eine eigene genügende Regelung getroffen hat (vgl. dazu E. 3). aa) Gestützt auf § 2 Abs. 2 IVöB-Beitrittsg beschloss der Regierungsrat am 1. Juli 1998 die Gemeinden, die Gemeindeverbände und die andern Träger kommunaler Aufgaben mit Wirkung ab 1. Januar 1999 vollständig in die kantonale Regelung des Beschaffungswesens gemäss Beitrittsgesetz und Submissionsverordnung einzubeziehen (RRB 1501/1998; ABI Nr. 28/1998 S. 774). bb) Die hier streitige Submission wurde am 5. Juni 1998 publiziert. Die angefochtene Vergabeverfügung der Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich vom 19. Oktober 1998 wurde dem Beschwerdeführer am 21. Oktober 1998 zugestellt. Die materiellen Bestimmungen der IVöB und der kantonalen Submissionsverordnung finden daher auf die streitige Vergabe keine Anwendung. Dabei ist unmassgeblich, dass der zu vergebende Auftrag erst Wirksamkeit ab 1. Januar 1999 hätte entfalten sollen. Auf die entsprechenden Rügen des Beschwerdeführers ist nicht einzutreten. d) Die streitige Vergabe richtet sich damit in erster Linie nach den Bestimmungen der Submissionsverordnung der Stadt Zürich. Die Vorsteherin des Polizeidepartements der Stadt Zürich hat denn auch die Vergabeverfügung vom 19. Oktober 1998 ausdrücklich auf Art. 13 SubmissionsV gestützt.

### E. 3

a) In dem am 5. Juni 1998 publizierten Submissionstext wird darauf hingewiesen, dass "lediglich eine Ansprechpartnerin bzw. ein(en) Ansprechpartner" gewünscht werde. In Frage kämen deshalb "Bewerberinnen/Bewerber mit einer entsprechenden eigenen Struktur oder ein Zusammenschluss mehrerer Anbieterinnen/Anbieter mit eigener Rechtspersönlichkeit". Weiter müssten sich die Bewerberinnen und Bewerber insbesondere über "eine uneingeschränkte Betriebsbereitschaft während 24 Std. (einschliesslich Wochenenden und Feiertagen)" sowie einen "den besonderen Einsätzen entsprechenden Fahrzeugpark (Kran■ und Hebevorrichtung etc.)" ausweisen. Diese in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführten Zuschlagskriterien sind nicht zu beanstanden. Da der vergebenden Behörde bei der Festlegung der massgeblichen Zuschlagskriterien ein erheblicher Beurteilungsspielraum zukommt, ist unerheblich, ob sich auch andere Kriterien vorstellen liessen. Es ist durchaus sachgerecht, wenn die Stadtpolizei im Interesse einer einfachen und raschen Handhabung bei allen Aufträgen für das Abschleppen von falsch parkierten Fahrzeugen und bei der Vermittlung für das Bergen von Unfall■ und Pannenfahrzeugen nur einen Ansprechpartner haben will und eine Aufsplitterung der Aufträge je nach Ort oder Zeit auf mehrere Anbietende ablehnt. Offenkundig ein korrektes Eignungskriterium ist auch die verlangte "uneingeschränkte Betriebsbereitschaft während 24 Std. (einschliesslich Wochenenden und Feiertagen)". b) Beide Parteien gehen davon aus, dass die Stadtpolizei Zürich 1997 rund 2'500 Falschparkierer abschleppen liess. Bezüglich der Vermittlung für das Abschleppen von Unfallfahrzeugen geht der Beschwerdeführer von rund 4'000 "Vorkommnissen" aus, während der Beschwerdegegner eine Zahl von ca. 1'200 Aufträgen nennt und gleichzeitig darauf hinweist, dass über die Vermittlung von Aufträgen bei Unfällen keine Statistik geführt werde. Gestützt auf diese Angaben der Parteien ist daher von einer Auftragszahl in einer Bandbreite zwischen 3'700 - 6'500 im Jahr auszugehen. Neben dem Beschwerdeführer arbeiten in dessen Geschäft seine Ehegattin als Geschäftsführerin sowie zwei weitere Personen als Mitarbeiter. Der Fahrzeugpark des Beschwerdeführers umfasst einen Abschleppwagen K, einen Tieflader L, einen Kombi M sowie gemäss seinen eigenen Angaben einen Sportwagen N, der indessen nicht eingelöst ist, sondern allenfalls mit dem Händlerschild gefahren wird. Mit dieser Betriebsgrösse ist der Beschwerdeführer offenkundig zu klein, um als alleiniger Vertragspartner das gesamte ausgeschriebene Auftragsvolumen übernehmen zu können. Gemäss den Ausschreibungsunterlagen hätte er zusammen mit andern Unternehmern offerieren können, wobei diesfalls über eine gemeinsame (Einsatz■) Zentrale hätte verfügt werden müssen. Gemäss Protokoll wies der Beschwerdeführer anlässlich der Offertöffnung vom 10. Juli 1998 darauf hin, ein Zusammenschluss mit weiteren Kleinunternehmern sei geplant, wenn der Vertrag zustande komme. Vorgespräche seien geführt worden, aber hätten noch nicht zu einem konkreten Abschluss geführt. Damit erfüllte der Beschwerdeführer das Zuschlagskriterium, dass gegenüber der auftragsvergebenden Stadtpolizei nur ein Ansprechpartner auftrete, klarerweise nicht. Gemäss Art. 13 lit. a SubmissionsV war der Beschwerdegegner befugt, das den Bedingungen der Ausschreibung nicht entsprechende Angebot des Beschwerdeführers auszuschliessen. c) Was der Beschwerdeführer hiergegen vorbringen lässt, ist unbegründet. Seine Mitgliedschaft im Verband "O" ändert nichts daran, dass er die Zuschlagskriterien nicht erfüllte. Dieser Verband bezweckt wohl den Zusammenschluss von Betrieben, welche Dienste in der Pannenhilfe usw. anbieten, ohne aber selber eine Einsatzzentrale für angeschlossene Mitglieder zu führen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, die berücksichtigten Unternehmer würden das Q-Pooling beherrschen, wird einerseits von diesen bestritten und ist andererseits bezüglich der vorliegenden streitigen

Vergabe nicht entscheidend relevant. Die in der Ausschreibung erwähnte Mitgliedschaft bei der Organisation P wurde vom Beschwerdegegner frühzeitig dahingehend relativiert, dass auch die Mitgliedschaft bei einer andern gleichwertigen Organisation genügend sei. Dieser Umstand war offensichtlich kein Anlass, welcher zum Angebotsausschluss führte. Nach dem in den Erwägungen 3a bis c Ausgeführten sind die vom Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang angerufenen Bestimmungen des Kartellgesetzes (Bundesgesetzes vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen) nicht verletzt worden. Ob das Kartellgesetz im Rahmen der Submissionsbeschwerden überhaupt Anwendung findet, kann dabei offenbleiben. d) Zusammengefasst ergibt sich, dass der Beschwerdegegner gestützt auf Art. 13 lit. a SubmissionsV befugt war, das Angebot des Beschwerdeführers mangels Erfüllung der Zuschlagskriterien auszuschliessen. Er hat dabei den Rahmen seines Ermessens, welches durch das Verwaltungsgericht nicht zu überprüfen ist (vgl. Art. 16 Abs. 2 IVöB), nicht überschritten. Allerdings bleibt darauf hinzuweisen, dass es nicht im Belieben der Vergabeinstanz liegen kann, das Vertragsverhältnis mit einzelnen Anbieterinnen und/oder Anbietern auf unbestimmte Zeit fortzusetzen und damit jede weitere Vergabe auszuschliessen. Bei der vorliegend strittigen Vergabe hatte der Beschwerdegegner zuhanden der Presse die Absicht bekundet, die Submission für eine Auftragsdauer von fünf Jahren vorzunehmen. Diese Zeitspanne erweist sich vorliegend als sachgerecht, weshalb der Beschwerdegegner die Vertragsdauer entsprechend wird beschränken müssen. Damit ist die Beschwerde im Sinn der Erwägungen abzuweisen.

#### **E. 4**

Angesichts dieses Verfahrensausgangs wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig. Eine Parteientschädigung steht ihm als unterliegende Partei von vornherein nicht zu. Demgemäss entscheidet das Verwaltungsgericht:

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