

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00404 vom 20. Juni 2002

ZH Verwaltungsgericht, 2002-06-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2001.00404

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00404 du 20 juin 2002

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2001.00404 del 20 giugno 2002

Regeste

Sondernutzungskonzession | Neuvergabe des Plakataushangs in einer Gemeinde Die Beschwerden der Gemeinde und der "Zuschlagempfängerin" sind zu vereinigen (E. 1). Der Bezirksrat hat das rechtliche Gehör der Zuschlagempfängerin verletzt (E. 2a). Diese ist beschwerdelegitimiert (E. 2b). Auch das rechtliche Gehör der Gemeinde wurde verletzt (E. 2c). Die Gehörsverletzungen sind geheilt (E. 2d). Die Erteilung einer Sondernutzungskonzession stellt keine Submission dar, ist aber an den rechtsstaatlichen Grundsätzen zu messen (E. 3b). Die behauptete Verletzung interner Weisung stellte keinen Grund zur Aufhebung des "Zuschlags" dar (E. 4a). Auch in der fehlenden Schriftform des Entscheids liegt kein gravierender Mangel (E. 4b). Das Angebot der Beschwerdeführerin versties schwerwiegend gegen die Ausschreibungsbedingungen, wofür keine Rechtfertigung besteht (E. 5a, b). Die beiden vollständigen Teilangebote der Beschwerdegegnerin mussten nicht berücksichtigt werden (E. 5c). Es bestand kein Grund für einen Ausschluss der "Zuschlagempfängerin" (E. 5d).

Erwägungen

E. 3

a) Die Gemeinde X lud die beiden anderen Beschwerdeparteien im Oktober 1999 ein, ihr Offerten für die Plakatierung auf öffentlichem Grund zu unterbreiten. In den Offertunterlagen formulierte sie verschiedene Bedingungen für den in Aussicht gestellten Vertrag, unter anderem dessen Dauer (Ziff. 1) und den Vorbehalt verschiedener vertraglicher Einschränkungen von Seiten des Auftraggebers (Ziff. 2). Im Weiteren wurden Vorgaben für das Vergabeverfahren selber gemacht, so wurden etwa Termine der Eingabe und Offertöffnung (Ziff. 6 und 7) sowie "Zuschlagskriterien" (Ziff. 8) bekanntgegeben. Bezüglich der für jede vorgesehene Plakatstelle einzeln abzugebenden Angebote wurde vermerkt, dass der Anbieter Standorte, die nicht von Interesse seien, bekannt zu geben habe (Ziff. 3), dass allfällige Varianten als besondere Beilage einzureichen seien (Ziff. 11) und dass zu spät eingetroffene, nicht vollständig ausgefüllte oder nicht handschriftlich unterzeichnete Angebote bei der Vergebung ausser Betracht fielen. Das gleiche sollte gelten, wenn Leistungsverzeichnisse abgeändert würden (Ziff. 13). Die Leistungsverzeichnisse selber waren aufgrund eines Plakatierungskonzeptes entstanden, welches unter Mitwirkung der Beschwerdegegnerin als ursprünglicher Vertragspartnerin erstellt worden war. Im einzelnen umfassten sie 13 Plakatstandorte mit vorgegebener Anzahl von bestimmten Plakat-Formaten. Unter dem Titel Bedingungen hatten die Anbieter anzugeben, ob sie spezifische Vertragsbedingungen (unter anderem keine Wahlplakate, keine Plakatierung auf privatem Grund, Akzeptanz weiterer Anbieter auf öffentlichem Grund) akzeptierten; als Abgaben an die Gemeinde war neben einer Mindestgarantie je

auch eine Abgabe bei Auslastung der Plakatstelle mit 50 %, 60 %, 70 % und 80 % anzubieten. b) Die vorliegend strittige Erteilung einer Sondernutzungskonzession liegt grundsätzlich im behördlichen Ermessen und untersteht nicht den submissionsrechtlichen Vorschriften. Die Konzessionserteilung hat sich einzig an den allgemeinen in Art. 5, 8 und 9 BV festgeschriebenen Grundsätzen rechtsstaatlichen Handelns zu messen. Sie muss insbesondere im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein, nach Treu und Glauben erfolgen und die rechtsgleiche und willkürfreie Behandlung der Beteiligten gewährleisten. Soweit ein Gemeinwesen in einem solchen Verfahren freiwillig die Vorschriften des Vergaberechts als anwendbar erklärt, sind diese nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auch einzuhalten. Dies bedeutet aber entgegen den Erwägungen im angefochtenen Entscheid keineswegs, dass bereits die Durchführung eines submissionsähnlichen Verfahrens die Massgeblichkeit aller submissionsrechtlichen Bestimmungen nach sich zieht. Nur soweit sich ein Gemeinwesen in der durchgeführten Ausschreibung tatsächlich auf einzelne Submissionsvorschriften bezieht oder im einzelnen Bedingungen für die Offertstellung formuliert, muss der Vergabebeschluss nach dem Grundsatz von Treu und Glauben auf die Einhaltung dieser Vorgaben überprüft werden. Ausserhalb dieser spezifischen Ausschreibungsbedingungen fällt eine analoge Anwendung des Vergaberechts grundsätzlich ausser Betracht (vgl. BGE 125 I 221 = Pra 2000, Nr. 149).

E. 4

a) Der Bezirksrat erblickt den Hauptmangel der strittigen Konzessionsvergabe in der fehlenden Ermächtigung des Hochbauamtes, die Sondernutzungskonzession nur einem Anbieter zu übertragen, und bezieht sich dabei auf die Erwägungen des Beschlusses des Gemeinderates vom 30. März 1999. Die Zuständigkeit einer Behörde betrifft deren Obliegenheit, in einem bestimmten Verfahren hoheitlich zu verfügen, und bestimmt sich nach sachlichen, örtlichen und funktionellen Kriterien. Während im vorliegenden Fall die örtliche und funktionelle Zuständigkeit der Gemeinde unbestrittenermassen gegeben ist, stellt die Vorinstanz offenbar die sachliche Zuständigkeit des Hochbauamtes innerhalb der Gemeindeorganisation in Frage. Dabei wird weder die Zulässigkeit der Delegation von Seiten des Gemeinderates noch die Zuständigkeit des Amtes für die Vergabe der Plakatierung insgesamt bezweifelt, sondern nur beanstandet, das Amt habe sich nicht an die inhaltlichen Vorgaben des gemeinderätlichen Delegationsbeschlusses gehalten. Mit dieser Begründung verkennt der Bezirksrat die grundsätzlich formelle Natur einer Delegation. Übertragen wird mit der Delegation nur die Befugnis zum Verwaltungshandeln in einem bestimmten Sachbereich. Soweit die delegierte Behörde darüber hinaus inhaltlich zu einer bestimmten Ausübung des übertragenen Ermessens verpflichtet wird, bildet diese Handlungsanweisung nicht Bestandteil der Delegation selber, sondern erfolgt im Sinn einer Richtlinie oder Dienstanweisung. Solche verwaltungsinternen, nicht von den zuständigen Rechtssetzungsorganen ausgehenden Weisungen begründen nach herrschender Auffassung in der Regel keine Rechte und Pflichten der Bürger und entfalten daher keine Aussenwirkungen; deren Verletzung kann daher regelmässig nicht im Rechtsmittelverfahren überprüft werden (Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 3. A., Zürich 1998, N. 96 ff., BGE 122 I 44 mit Hinweisen; a. M. Giovanni Biaggini, Die vollzugslenkende Verwaltungsverordnung: Rechtsnorm oder Faktum?, ZBl 98 [1997], S. 1 ff., 17 ff.). Sollte sich jedoch die rechtmässig delegierte Behörde in irgend einer Art nicht an die Weisungen der delegierenden Behörde halten, so liegt es in erster Linie an letzterer, sich allenfalls aufsichtsrechtlich durchzusetzen oder nötigenfalls die Delegation wieder rückgängig zu

machen. Nicht anders verhält es sich im vorliegenden Fall. Die Weisungen des Gemeinderates richten sich ausschliesslich an das Hochbauamt selber und verleihen möglichen Anbietern keine Rechte. Sie zeitigen damit auch nicht etwa im Sinn einer Ausnahme mittelbar Aussenwirkungen oder treffen die künftige Anbieter von Plakatierungen in der Gemeinde ähnlich wie eigentliche Submissionsvorschriften. Es kommt hinzu, dass die Beschwerdegegnerin, die zu keinem Zeitpunkt eine Verletzung dieser Dienstanweisung gerügt hat, an einer Aufteilung des Vertrags auf zwei Firmen gar nicht interessiert war und auf Nachfrage hin sogar erklärt hatte, dass sie sich ganz aus der Submission zurückziehe, wenn der öffentliche Grund an mehrere Anbieter vergeben würde. Schliesslich hat die Gemeinde selber das Vergabeergebnis des Hochbauamtes im ganzen Anfechtungsverfahren stets verteidigt und darin offenbar zu keiner Zeit den Verstoss gegen die gemeindeinterne Weisung erblickt, der im Übrigen entgegen der Auffassung des Bezirksrats kein eigentliches Verbot der Vergabe aller Plakatierungsstellen an dasselbe Unternehmen zu entnehmen ist. Es bleibt an dieser Stelle zu bemerken, dass die Ausschreibung selber keineswegs von Anfang an eine Aufteilung des Vertrages ausgeschlossen hätte. In Ziff. 2 der Allgemeinen Offertbedingungen wurde etwa die "Akzeptanz von weiteren Anbietern auf öffentlichem Grund" vorbehalten und gemäss Ziff. 3 sollten die Anbieter diejenigen Standorte, die nicht von Interesse sind, bekanntgeben. Solche Vorgaben machen nur dann Sinn, wenn gegebenenfalls auch eine Aufteilung der Vergabe in Betracht kommt. b) Der vorinstanzliche Entscheid sieht eine weitere Unregelmässigkeit in der Eröffnung der Zuschlagsverfügung. Diese sei entgegen Art. 13 Abs. 9 der kommunalen Submissionsverordnung vorerst am 14. April 2000 nur der Beschwerdeführerin und nur mündlich und erst später auf deren Verlangen auch der Beschwerdegegnerin gegenüber, diesmal schriftlich, mitgeteilt worden. Damit werden einerseits die unterschiedlichen Mitteilungsarten und andererseits die unterschiedlichen Zeitpunkte der Mitteilung beanstandet. Sinngemäss und vor dem Hintergrund des nachgefragten schriftlichen Beschlusses scheint sich der Bezirksrat aber auch an der fehlenden Schriftform zu stossen. Die Form und Mitteilung der vorliegend strittigen Vergabe hat sich weder nach dem übergeordneten Vergaberecht noch nach der kommunalen Submissionsverordnung zu richten. Massgebend sind einzig die Bestimmungen des VRG. Dieses Gesetz schreibt den Verwaltungsbehörden die Form der Entscheidung selber nicht ausdrücklich vor. Ein Verwaltungsverfahren kann sowohl mündlich als auch schriftlich abgeschlossen werden, wobei die Schriftform die Regel bildet und immer dann zu wählen ist, wenn der Entscheid jemanden in seinen schutzwürdigen Interessen berühren könnte. Die fehlende Schriftform bedeutet jedoch nicht, dass gar keine Verfügung vorliegt, da von einem materiellen Verfügungsbegriff auszugehen ist (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 15). Ebensowenig kann daraus die materielle Unrichtigkeit der Verfügung abgeleitet werden. Unabhängig von der Form der Verfügung selber ist gemäss § 10 Abs. 1 und 2 VRG die Erledigung einer Angelegenheit den am Verfahren Beteiligten schriftlich, begründet und mit Rechtsmittelbelehrung mitzuteilen. Gemäss § 10 Abs. 1 lit. a VRG kann auf die schriftliche Mitteilung allerdings verzichtet werden, wenn zu einem Gesuch sofort mündlich Stellung genommen wurde. Im vorliegenden Fall kann offen bleiben, ob eine mündliche Eröffnung gegenüber der Beschwerdeführerin rechtskonform war, da die bei der Vergabe unterlegene Beschwerdegegnerin durch einen allfälligen Mitteilungsfehler gegenüber der obsiegenden Beschwerdeführerin jedenfalls nicht benachteiligt wurde, ebensowenig wie durch die vom Bezirksrat beklagte Verzögerung der schriftlichen Mitteilung ihr gegenüber. Insbesondere wurde dadurch weder ihr Recht auf

Anfechtung der Vergabe eingeschränkt noch die Frist zur Anfechtung verkürzt (vgl. Kölz/Bosshart/Röhl, § 10 N. 62 f.). Ist demnach der Beschwerdegegnerin aus einem allfälligen Eröffnungsmangel kein Nachteil erwachsen, so musste dieser im Anfechtungsverfahren jedenfalls als geheilt betrachtet werden und konnte die Aufhebung der strittigen Vergabe nicht rechtfertigen.

E. 5

a) Die Gemeinde hat ihren Vergabeentscheid im Wesentlichen damit begründet, dass die Angebote der Beschwerdegegnerin grösstenteils unvollständig gewesen und teilweise von den Offertunterlagen abgewichen seien, so dass sie gar nicht hätten berücksichtigt werden können. Nach Ziff. 13 der Ausschreibungsbedingungen der Gemeinde fallen Angebote, die nicht vollständig ausgefüllt sind oder auf abgeänderten Leistungsverzeichnissen beruhen, bei der Vergabe ausser Betracht. Nach Ziff. 11 schliesslich sollten allfällige Varianten der Anbieter als besondere Beilagen eingereicht werden. Diese offensichtlich in Anlehnung an die §§ 26 Abs. 1 lit. d, 16 Abs. 3 lit. c und 17 Abs. 1 lit. h SubmV gefassten Bestimmungen bezwecken in hohem Masse die Gleichbehandlung der Teilnehmer und die Fairness im Verfahren. Sie machen diesen von Anfang an klar, dass die Leistungsverzeichnisse der Gemeinde verbindlich sind, dass Änderungen nur in Form von Varianten möglich und als solche separat einzureichen sind, und dass ein Offertvergleich nur anhand vollständig ausgefüllter Offerten stattfinden werde. Die Beschwerdegegnerin bot für die meisten ausgeschriebenen Plakatstandorte mit B4-Format als Abgabe an die Gemeinde nur eine Mindestgarantie an, offerierte aber nicht bezüglich der einzelnen Auslastungsgrade zwischen 50 % und 80 %. Diejenigen Offertblätter, bei denen vollständig alle fünf Abgaberrubriken ausgefüllt wurden, betrafen grösstenteils Format-Varianten zur ausgeschriebenen Leistung. Diese Varianten wurden teilweise als Alternativvorschlag gekennzeichnet und dem entsprechenden Original des Offertblattes hinten angehängt, teilweise wurden sie nicht einmal als solche bezeichnet und nur durch Abänderung der originalen Leistungsverzeichnisse offeriert (Standorte: K-strasse/L-strasse 1 x B4 und K-strasse/bei N 12 x B4). Einzig vollständig ausgefüllt und nicht abgeändert war das Angebot für drei B12-Formate an der K-strasse sowie dasjenige für zwei B200-Formate an der M-strasse. Mit dieser Offerteingabe versties die Beschwerdegegnerin in mehrfacher Hinsicht und in schwerwiegender Weise gegen die Ausschreibungsbedingungen der Gemeinde. Die Unvollständigkeit der Offerten verunmöglichte es der Vergabebehörde, die beiden Angebote preislich miteinander zu vergleichen. Auch die teilweise erfolgte Abänderung der Leistungsverzeichnisse und das einfache Einfügen von Varianten erschwerte den direkten Offertvergleich erheblich. b) Die Beschwerdegegnerin will die Unvollständigkeit ihrer Offerte damit rechtfertigen, dass sie aufgrund der Ausschreibung und der jahrelangen Praxis der Gemeinde habe davon ausgehen dürfen, dass der B4-Streuaushang von den Anbietern weiterhin zu bestimmten Einheitstarifen zu unterhalten sei. Dabei beruft sie sich auf Ziff. 2.2. ihres Plakatierungsvertrages und den Umstand, dass die B4-Plakatform prioritär der Politik- und Kulturwerbung sowie dem lokalen Kleingewerbe zur Verfügung stehe. Angesichts dieser (vermuteten) Preisbindung habe sie nur eine Mindestgebühr offerieren können. Demgegenüber seien die von der Beschwerdeführerin offerierten Abgaben wirtschaftlich gar nicht realisierbar. Der Einwand ist unbehelflich. Nachdem die Gemeinde den langjährigen Plakatierungsvertrag mit der Beschwerdegegnerin gekündigt hatte, weil sie die Plakatierung grundsätzlich neu regeln und ausschreiben wollte, bestand für die Beschwerdegegnerin kein Anlass zur Annahme, irgend eine Bestimmung des gekündigten Vertrages würde für den ausgeschriebenen neuen

Vertrag weiterhin Gültigkeit haben. Dies konnte sie umso weniger annehmen, als andere Anbieter gar keine Kenntnis vom ursprünglichen Plakatierungsvertrag haben konnten und mussten. Zudem beruft sich die Beschwerdegegnerin ja gerade darauf, dass sie als einzige den B4-Streuaushang für den Bereich von freistehenden Strassenstellen offeriere, während etwa die Beschwerdeführerin das B4-Format nur innerhalb des Kiosknetzes anbiete. Umso weniger konnte sie annehmen, dass die Gemeinde mit der Ausschreibung die spezifische und anscheinend exklusive Geschäftspraxis der Beschwerdegegnerin betreffend Streuaushang bevorzugen wollte. Aus Ziff. 2 der Ausschreibungsbedingungen ging mit aller Deutlichkeit hervor, welche vertraglichen Einschränkungen sich die Gemeinde gegenüber den Anbietern vorbehalten wollte. Dazu gehörte keine Tarifbindung gegenüber den Kunden der Anbieter und schon gar nicht etwa die Gratisbewirtschaftung zu Gunsten bestimmter Kundenkreise. Spätestens aufgrund der einzelnen Leistungsblätter hätte die Beschwerdegegnerin erkennen müssen, dass die Gemeinde auch für jede B4-Plakatstelle neben einer Mindestgarantie auslastungsabhängige Abgabeofferten verlangte. Zumindest hätte dies die Beschwerdegegnerin zu einer Nachfrage bei der Gemeinde veranlassen müssen, wie dies den Anbietern im Begleitschreiben vom 5. Oktober 1999 auch ausdrücklich offeriert worden war. Nur weil sie selber massgebend beim Plakatierungskonzept der Gemeinde mitgewirkt hatte, was bereits fragwürdig ist, konnte sie nicht davon ausgehen, die für andere Firmen uninteressanten B4-Plakatformate müssten weiterhin so bewirtschaftet werden, wie sie es selber bisher konkurrenzlos tat. c) Wurden demnach die unvollständigen Angebote der Beschwerdegegnerin zu Recht disqualifiziert, so fragt es sich einzig noch, ob allenfalls die beiden vollständigen Angebote für die M-strasse und für die K-strasse hätten berücksichtigt werden müssen. Dies kam jedoch schon deshalb nicht in Frage, weil die Beschwerdegegnerin ausdrücklich erklärt hatte, sie würde sich aus dem Verfahren zurückziehen, wenn die Konzession auf mehrere Anbieter verteilt werde. d) Die Beschwerdegegnerin bringt keine Gründe vor, welche zu einem Ausschluss der Beschwerdeführerin 2 im Vergabeverfahren hätten führen können. Zwar beinhalten ihre Einwände betreffend den B4-Aushang teilweise den Vorwurf eines Unterangebotes. Jedoch lässt sich weder aus der Ausschreibung selber noch aus einem allgemeinen Verfassungsgrundsatz ein Anspruch auf Ausschluss eines Angebotes ableiten, dessen Wirtschaftlichkeit fraglich ist. Insofern können die im Vergaberecht teilweise umstrittenen Fragen im Zusammenhang mit ungewöhnlich niedrigen Angeboten hier offen bleiben (vgl. BEZ 1999 Nr. 13 E. 4). Besteht demnach auf Seiten der Beschwerdegegnerin ein Ausschlussgrund und konnte sie keinen solchen gegen die Beschwerdeführerin vorbringen, so kann auch offen bleiben, ob die Gemeinde die massgebenden Zuschlagskriterien hinreichend transparent bekanntgegeben und richtig angewandt hat. e) Zusammenfassend erweist sich die strittige Vergabe der Plakatierung auf öffentlichem Grund als rechtmässig. Der angefochtene Rekursentscheid ist daher in Gutheissung beider Beschwerden aufzuheben und die ursprüngliche Verfügung zu bestätigen.

E. 6

...