

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00211 vom 28. Januar 2004

ZH Verwaltungsgericht, 2004-01-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2003.00211

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00211 du 28 janvier 2004

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2003.00211 del 28 gennaio 2004

Regeste

Submission | Ausschreibungsunterlagen können nicht mit Submissionsbeschwerde angefochten werden (E. 3). Unzuständigkeit der Gemeindeexekutive zur Vergabe des Auftrages für das amtliche Publikationsorgan gemäss der Gemeindeordnung. Rückweisung der Sache zur Beschlussfassung durch das Gemeindeparlament (E. 4). Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Pflichtenhefts, das den Anbieter zu einer Art politischer Neutralität verpflichtet (E. 5.2 und 5.4). Abweisung der Beschwerde gegen die Ausschreibungsunterlagen (VB.2003.00211); Gutheissung der Beschwerde gegen den Vergabeentscheid (VB.2003.00373).

Erwägungen

E. 1

Die Beschwerdeverfahren VB.2003.00211 und VB.2003.00373 betreffen denselben Sachverhalt und beschlagen weit gehend dieselben Rechtsfragen. Sie sind daher zu vereinigen.

E. 2

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372; vgl. Alfred Kölz/Jürg Bosshart/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 2. A., Zürich 1999, § 41 N. 22). Das gilt sowohl für den Entscheid über die Ausschreibung des Auftrags wie auch für denjenigen über den Zuschlag (§ 4 lit. a und b des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 22. September 1996; aIVöB-BeitrG). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen in der vorliegend noch anwendbaren Fassung vom 25. November 1994 (aIVöB) sowie die §§ 3 ff. aIVöB-BeitrG zur Anwendung.

E. 3

Die Beschwerde vom 10. Juni 2003 (Verfahren VB.2003.00211) richtet sich gegen die Ausschreibung des Auftrags vom 28. bzw. 30. Mai 2003. Die Beschwerdeführerin macht jedoch keine Mängel der Ausschreibung als solcher geltend, sondern beanstandet den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, die den Interessenten im Anschluss an die Ausschreibung auf deren Begehren abgegeben wurden. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts können die Ausschreibungsunterlagen indessen nicht Gegenstand einer Beschwerde sein (VGr, 11. September 2003, VB.2003.00188, E. 4d, www.vgrzh.ch; vgl. Robert Wolf, Die Beschwerde gegen Vergabeentscheide – Eine Übersicht über die Rechtsprechung zu den neuen Rechtsmitteln, ZBl 104/2003, S. 1, 5 ff.); ihr Inhalt kann daher erst mit der Be-

schwerde gegen einen späteren Entscheid, insbesondere den Zuschlag, beanstandet werden. Von dieser Möglichkeit hat die Beschwerdeführerin vorliegend mit dem zweiten Beschwerdeverfahren (VB.2003.00373) Gebrauch gemacht. Die Beschwerde gegen die Ausschreibung (Verfahren VB.2003.00211) ist daher abzuweisen.

E. 4

Mit der Beschwerde vom 13. Oktober 2003, die sich gegen den Zuschlagsentscheid des Stadtrats richtet (Verfahren VB.2003.00373), macht die Beschwerdeführerin vorweg geltend, dass der Stadtrat als kommunale Exekutive nicht zu diesem Entscheid zuständig gewesen sei, da die entsprechende Kompetenz dem Gemeinderat, d.h. dem kommunalen Parlament, zustehe. Demgegenüber geht der Stadtrat davon aus, dass er in eigener Kompetenz über die Vergabe des Publikationsauftrags entscheiden könne und diese dem Gemeinderat bloss zur Genehmigung vorlegen müsse. Gemäss Art. 36 Ziff. 7 der Gemeindeordnung der Stadt X vom 3. Juli 2000 (GdeO) obliegt dem Gemeinderat u.a. die "Bestimmung von amtlichen Publikationsorganen für jeweils 4 Jahre". Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift ist der Gemeinderat nicht nur zur nachträglichen Genehmigung, sondern zum selbständigen Entscheid über das amtliche Publikationsorgan zuständig. Dem Stadtrat obliegt zwar gemäss Art. 38 Ziff. 4 GdeO die Vorberatung sämtlicher Geschäfte und Anträge an den Gemeinderat, und gestützt darauf ist er zweifellos befugt, das Vergabeverfahren einzuleiten und durchzuführen. Im Anschluss daran hat er jedoch nach den genannten Vorschriften nicht einen definitiven Entscheid zu treffen, sondern das Geschäft mit seinem Antrag dem Gemeinderat vorzulegen. Der Unterschied zwischen den beiden Vorgehensweisen ist denn auch von praktischer Bedeutung: Stellt der Stadtrat dem Gemeinderat lediglich einen Antrag, so hat dieser die Möglichkeit, zwischen den eingegangenen Angeboten (im Rahmen der vergaberechtlichen Randbedingungen) eine Auswahl zu treffen. Behandelt der Stadtrat das Geschäft dagegen in eigener Kompetenz bis zum Abschluss des Rechtsmittelverfahrens, verbleibt dem Gemeinderat nur die Möglichkeit, dem inzwischen rechtskräftigen Entscheid zuzustimmen oder ihn abzulehnen. Im Fall der Ablehnung müsste das Vergabeverfahren neu aufgenommen werden, wobei sich auch die Frage stellen würde, ob die submissionsrechtlichen Voraussetzungen einer Wiederholung (§ 35 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 18. Juni 1997, SubmV) erfüllt seien. Die Rechtslage ist somit nicht mit jener bei der Vergabe von Aufträgen, die aus Gründen der Finanzkompetenz einer nachträglichen Genehmigung durch das Parlament oder die Stimmbürger bedürfen, vergleichbar. In jenen Fällen besitzen das Parlament bzw. die Stimmbürger nach den anwendbaren Vorschriften nur die Kompetenz zur Genehmigung der Ausgabe, nicht zur Bestimmung des Gegenstands der Beschaffung. Dass das betroffene Geschäft bei der Genehmigung gesamthaft gutgeheissen oder abgelehnt werden muss, wird dabei in Kauf genommen. Die Frage der Finanzkompetenz ist daher nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts für die Zuständigkeit der Exekutive zum Vergabeentscheid ohne Belang (VGr, 2. November 2000, VB.2000.00136, www.vgrzh.ch, ZBl 102/2001, S. 101 E. 3b). Art. 36 Ziff. 7 GdeO überträgt dem Gemeinderat dagegen nicht nur eine Finanzkompetenz, sondern die "Bestimmung" des amtlichen Publikationsorgans. Die Beschwerdeführerin beruft sich in der Duplik auf einen Entscheid des Verwaltungsgerichts, in welchem dieses die Betriebskommission (Exekutive) eines Kehrrechtzweckverbandes zum Entscheid über einen Auftrag zur Kehrrechtabfuhr als befugt erachtete, obschon der "Abschluss von Verträgen" in dieser Materie der Delegiertenversammlung des Verbandes zustand (RB 2000 Nr. 63 = BEZ 2001 Nr. 13). Die damals beurteilte Situation unterscheidet sich indessen ebenfalls von der vorliegenden. Die Befugnis zum "Abschluss von Verträgen"

kann zwanglos als blosser Genehmigungs kompetenz verstanden werden und umfasst schon vom Wortlaut her nicht notwendigerweise die selbständige Auswahl der Vertragspartner. Auch bestand kein Grund zur Annahme, dass der Verband die Durchführung einer Vergabe, bei der es in erster Linie um wirtschaftliche und entsorgungstechnische Aspekte ging, einem andern Organ als der dafür zweifellos geeigneten Verbandsexekutive vorbehalten wollte. Im vorliegenden Fall hat die Gemeindeordnung die Wahl des amtlichen Publikationsorgans dagegen nicht nur wegen deren wirtschaftlicher Bedeutung dem Gemeindeparlament vorbehalten; dafür wäre keine besondere Bestimmung notwendig gewesen, da der Gemeinderat aufgrund seiner Finanzkompetenzen ohnehin zur Genehmigung der entsprechenden Ausgaben befugt wäre (vgl. Art. 35 Ziff. 3 bzw. 4 GdeO). Der Grund für die Regelung dürfte vielmehr in der politischen Bedeutung des Entscheids liegen. Zwar kann auch das Gemeindeparlament nicht nach freiem politischem Gutdünken über die Vergabe befinden, sondern ist bei seiner Entscheidung an die Regeln des Vergaberechts gebunden. Bei einer Vergabe dieser Art können jedoch zulässigerweise Kriterien herangezogen werden, welche eine gewisse politische Relevanz besitzen – was vorliegend auch geschehen ist (vgl. hinten, E. 5) – und zu deren Beurteilung konnte der Gemeindegesetzgeber das Parlament als geeignete Instanz einsetzen. Diese Lösung ist im Vergleich zu einer Vergabe durch den Stadtrat zweifellos mit Erschwernissen verbunden. Sie ist aber nicht undurchführbar. Eine Schwierigkeit kann sich daraus ergeben, dass die Unterlagen der Anbieter teilweise vertraulich zu behandeln sind und daher in einer öffentlichen Verhandlung nicht erörtert werden dürfen. Dass ein Parlament Geschäfte mit vertraulichem Inhalt behandelt, ist aber nicht ungewöhnlich. Auch in X kann nach Art. 28 Abs. 1 GdeO die Öffentlichkeit aus wichtigen Gründen von den Verhandlungen des Gemeinderats ausgeschlossen werden. Ferner besteht die Möglichkeit, geheim zu haltende Angaben lediglich einer vorberatenden Kommission (Art. 30 GdeO) zur Verfügung zu stellen, welche dem Plenum anschliessend Bericht erstattet, ohne vertrauliche Inhalte preiszugeben. (Dieses Vorgehen wählt z.B. der Zürcher Kantonsrat bei der Behandlung von Begnadigungsgesuchen.) Die direkte Vergabe des Auftrags durch den Stadtrat in eigener Kompetenz wäre zwar einfacher und rascher. Dies ist jedoch kein Grund, von der Kompetenzordnung der Gemeindeordnung abzuweichen. Wenn die Gemeinde diese Zuständigkeit ändern will, hat dies durch eine Änderung bzw. Streichung von Art. 36 Ziff. 7 GdeO zu erfolgen. Nach dem Gesagten ist der Entscheid über die Vergabe des amtlichen Publikationsauftrags somit vom Gemeinderat zu treffen, und die subsidiäre Kompetenzzuweisung an die Gemeindevorstanderschaft gemäss § 64 Ziff. 2 des Gemeindegesetzes vom 6. Juni 1926, auf welche sich die Beschwerdegegnerin beruft, gelangt nicht zur Anwendung. Der Stadtrat war demnach zum Erlass des angefochtenen Zuschlags nicht zuständig. Der Zuschlag ist in Gutheissung der gegen diesen gerichteten Beschwerde (Verfahren VB.2003.00373) aufzuheben und die Sache zur Beschlussfassung durch den Gemeinderat an die Beschwerdegegnerin zurückzuweisen. Eine Wiederholung des Submissionsverfahrens, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, ist jedoch aus diesem Grund nicht erforderlich.

E. 5

Im Hinblick auf das weitere Vorgehen der Gemeinde ist aus Gründen der Prozessökonomie noch auf die inhaltlichen Einwendungen, die gegen das Vorgehen des Stadtrats erhoben wurden, einzugehen, soweit es sich um Fragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt.

E. 5.1

Das Pflichtenheft der Beschwerdegegnerin (act. 5/6) hält in Ziff. 3.2 fest: "Die Anbieterin/der Anbieter hat zu garantieren, dass sie/er aus dem früheren Erhalt von Texten bzw. Informationen gegenüber anderen Medien keine Vorteile für seine eigene Berichterstattung zieht (z.B. durch Kommentierung, weitere Recherchen etc.)." Die Beschwerdeführerin macht geltend, dass diese Bestimmung dem Anbieter eine eigenständige redaktionelle Tätigkeit verbiete; sie laufe auf eine unzulässige präventive Zensur hinaus. Entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin verlangt die fragliche Vorschrift indessen nicht, dass der Anbieter auf eigenständige Stellungnahmen zur Politik der Gemeindeexekutive verzichte. Sie verbietet ihm lediglich, den zeitlichen Vorsprung, den er durch den frühzeitigen Bezug der amtlichen Informationen erhält, gegenüber anderen, nicht in gleicher Weise bevorzugten Medien auszunutzen. Die Vorschrift betrifft somit nicht den Inhalt der redaktionellen Tätigkeit, sondern will die (zeitliche) Gleichbehandlung der andern Medien gewährleisten. Dagegen ist nichts einzuwenden.

E. 5.2.1

Mehrere Vorgaben des Pflichtenhefts sind darauf ausgerichtet, eine Art politischer "Neutralität" des Publikationsorgans zu gewährleisten. Gemäss Ziff. 3.1 des Pflichtenhefts muss das publizistische Konzept "Offenheit gegenüber allen Einwohnerinnen und Einwohnern, politischen Parteien und Gruppierungen sowie anderen Interessengruppen gewährleisten. Die Berichterstattung hat generell ausgewogen zu sein." Nach Ziff. 3.3 steht der Stadt im Fall objektiv falscher Berichterstattung das unentgeltliche Gendarstellungsrecht im Sinn von Art. 28g ff. des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom

E. 5.2.2

Der Zweck eines amtlichen Publikationsorgans erfordert, dass dieses von einer möglichst grossen Zahl der angesprochenen Einwohner zur Kenntnis genommen wird. Neben der auflagemässigen Verbreitung hängt dies auch davon ab, dass das Organ von möglichst vielen Lesern als annehmbare Lektüre betrachtet wird; eine Publikation, deren redaktioneller Teil von der Leserschaft geschätzt wird, vermag die Aufgabe als amtliches Publikationsorgan besser zu erfüllen als eine andere, die von zahlreichen Lesern abgelehnt wird. Unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten lässt sich daher die Forderung, dass das Publikationsorgan auch im redaktionellen Teil ausgewogen berichtet, mit guten Gründen vertreten. Auf der andern Seite ist jedoch die in Art. 17 Abs. 1 der Bundesverfassung vom 18. April 1999 (BV) gewährleistete Medienfreiheit zu beachten. Zu deren Kerngehalt gehört das Verbot einer präventiven inhaltlichen Kontrolle von Presseerzeugnissen durch staatliche Behörden (Art. 17 Abs. 2 BV; vgl. Markus Schefer, Die Kerngehalte von Grundrechten, Bern 2001, S. 463 ff.). Dieses ist zwar in einem Fall wie dem vorliegenden nicht unmittelbar berührt, da die Anbieter sich freiwillig zur Übernahme einer entsprechenden Bindung bereit erklären (vgl. Ralph Malacrida, Der Grundrechtsverzicht, Zürich 1992, S. 121). Dennoch ist es problematisch, wenn die publizistische Linie eines Presseorgans mit der Erteilung eines Auftrags für die Publikation amtlicher Mitteilungen beeinflusst wird (vgl. Schefer, S. 465). Die im Rahmen des öffentlichen Auftrags gestellten Anforderungen an die redaktionelle Haltung eines Publikationsorgans dürfen daher nur so weit gehen, als sie einem wesentlichen Bedürfnis des Auftrags entsprechen und die redaktionelle Freiheit nicht übermässig einschränken. Bei dieser Betrachtungsweise erscheint die Forderung nach einer insgesamt ausgewogenen Haltung zu kontroversen politischen Themen grundsätzlich als sinnvoll und zulässig. Damit darf jedoch nicht

verhindert werden, dass der redaktionelle Teil pointierte Stellungnahmen enthält; zu verlangen ist einzig, dass auch die Gegenseite angemessen zu Wort kommt. Unzulässig wäre ferner eine Forderung, wonach die Redaktion von vornherein eine der auftraggebenden Behörde freundliche Haltung einzunehmen hätte, oder welche darauf hinaus liefe, der Behörde eine direkte Einflussmöglichkeit auf die Redaktion einzuräumen.

E. 5.2.3

Die im Pflichtenheft der Beschwerdegegnerin enthaltenen Anforderungen gehen nicht über diese Grenze des Erlaubten hinaus. Sie sind zwar nicht in jeder Hinsicht eindeutig umschrieben, können jedoch ohne weiteres im vorstehend erläuterten, rechtskonformen Sinn verstanden werden und sind auch so zu handhaben. Mit dieser Präzisierung werden auch die von der Beschwerdeführerin gehegten Befürchtungen mit Bezug auf eine unzulässige behördliche Einflussnahme auf redaktionelle Belange entkräftet.

E. 5.3

Die Beschwerdeführerin hält die Aussage im Pflichtenheft, wonach die amtlichen Informationen gegenüber der Auftragnehmerin "vollumfänglich aber nicht ausschliesslich" erteilt werden (Ziff. 2 Abs. 1), für unverständlich. Diese Angabe kann indessen nur so verstanden werden, dass die Behörde der Auftragnehmerin zwar alle amtlichen Informationen liefert, sich aber vorbehält, solche auch andern Medien herauszugeben. Die Regelung ist verständlich und sinnvoll.

E. 5.4

Gemäss Ziff. 2 Abs. 2 des Pflichtenhefts soll das Publikationsorgan nebst den amtlichen Mitteilungen auch "durch den Auftragnehmer zu verfassende lokale Redaktionsbeiträge und Veranstaltungshinweise" enthalten. Und gemäss Ziff. 6 sind in der Offerte "Angaben zu den Möglichkeiten betr. eigene redaktionelle Beiträge" zu machen. Die Beschwerdeführerin sieht in diesen Umschreibungen eine Verschiebung der journalistischen Verantwortung für den redaktionellen Teil und befürchtet eine Einflussnahme der Behörde auf die erwähnten redaktionellen Beiträge. Zulässigerweise kann mit den genannten Vorgaben indessen nur gemeint sein, dass die Stadt als Publikationsorgan ein Medium wünscht, das ausser amtlichen Informationen auch eigene Beiträge enthält und damit für die Einwohner interessanter ist. Der Umfang und die Art der Beiträge (z.B. Veranstaltungshinweise) können für die Vergabe von Bedeutung sein. Eine inhaltliche Einflussnahme seitens der Behörde wäre dagegen unzulässig.

E. 5.5

Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, die Anforderungen des Pflichtenhefts seien generell darauf ausgerichtet worden, sie von der Vergabe auszuschliessen und die Mitbeteiligte zu bevorteilen. Dabei geht sie jedoch von einer für sie nachteiligen Auslegung der Bestimmungen aus, die nach den vorstehenden Ausführungen nicht zulässig ist. Soweit sie bereits die Forderung nach einer insgesamt ausgewogenen Haltung zu kontroversen politischen Themen als unzulässig erachtet, ist dieser Einwand nach dem Gesagten nicht begründet. Die von der Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit der Handhabung der Kriterien beim Zuschlag erhobenen Einwendungen werden mit der Aufhebung des angefochtenen Entscheids gegenstandslos. 6. Die Beschwerde im Verfahren VB.2003.00211 ist somit abzuweisen, jene im Verfahren VB.2003.00373 dagegen gutzuheissen. Bei diesem Ausgang sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte zu auferlegen, und es sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

E. 10

Dezember 1907 (ZGB) zu. Und gemäss Ziff. 6 werden in der Offerte u.a. "Angaben zum publizistischen Konzept der Publikation; Information über Leitbild, Kodexe, Umgang mit Leserbriefen etc." erwartet. Nach der Meinung der Beschwerdeführerin will die Beschwerdegegnerin mit diesen Vorgaben verhindern, dass sich das Publikationsorgan im redaktionellen Teil der Zeitung pointiert zu Fragen der städtischen Politik äussert. Mit den in der Offerte geforderten Angaben wolle sie unliebsame Bewerber wie die Beschwerdeführerin zugunsten eines unkritischen Anbieters, der sich der Behörde gegenüber willfährig zeige, zurückbinden.

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