

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00158 vom 8. Oktober 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-10-08, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00158

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00158 du 8 octobre 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00158 del 8 ottobre 2015

Regeste

Submission | Nichteintreten. Anfechtungsobjekt. Öffentliche Beschaffungsrecht. Dienstleistungsauftrag. Fahrradverleih. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen eine Verfügung der Stadt Zürich, worin festgestellt wird, welche Rangfolge die Auswertung der Angebote ergeben hat und gleichzeitig verfügt, dass den Anbietenden diese Rangfolge mittels beschwerdefähiger Mitteilung zu eröffnen sei. Eine solche Mitteilung beinhaltet zwar eine entsprechende Absichtserklärung, stellt jedoch noch keinen Zuschlagsentscheid dar. Auf die Beschwerde ist mangels eines Anfechtungsobjekts nicht einzutreten (E. 2). Nicht gefolgt werden kann des Weiteren der Klassifizierung des fraglichen Dienstleistungsauftrags und dessen Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Selbst wenn man im Falle eines Fahrradverleihs von einem öffentlichen Interesse im Bereich Umwelt oder allenfalls auch im Bereich Gesundheit ausgeht, erscheint es dennoch fraglich, ob die direkt von den Privaten nachgefragte und "konsumierte" Dienstleistung als Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zu werten ist (E. 3). Nichteintreten.

Erwägungen

E. 1

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). Auf das Beschwerdeverfahren finden die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) Anwendung.

E. 2

Anfechtungsobjekt der Beschwerde im Submissionsverfahren ist die Verfügung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers (Art. 15 Abs. 1 IVöB bzw. Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 [BGBM]). Nicht nur der Zuschlag, sondern auch weitere vergaberechtliche Entscheide können mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden; die anfechtbaren Verfügungen werden in Art. 15 Abs. 1 bis IVöB ausdrücklich bezeichnet. Die vorliegende Beschwerde richtet sich gegen die vom Vorsteher des Tiefbau- und Entsorgungsamtes der Stadt Zürich erlassene Verfügung vom 25. Februar 2015. Darin wird festgestellt, welche Rangfolge die Auswertung der Angebote ergeben hat und gleichzeitig verfügt, dass den Anbietenden diese Rangfolge mittels beschwerdefähiger Mitteilung zu eröffnen sei. Die entsprechende Mitteilung erging mit Schreiben vom gleichen Tag und umfasst neben der Wiedergabe der

Rangfolge eine Rechtsmittelbelehrung sowie eine fristgebundene Aufforderung an die im ersten Rang geführte Anbieterin zur Einreichung eines Finanzierungsnachweises. Eine solche "Mitteilung der Rangfolge" beinhaltet zwar eine entsprechende Absichtserklärung, den Zuschlag der auf Platz 1 rangierten Anbieterin zu erteilen, stellt jedoch noch keinen Zuschlagsentscheid dar. Davon wird auch in der angefochtenen Verfügung vom 25. Februar 2015 ausgegangen, wo ausgeführt wird, sofern der bestrangierten Anbieterin der geforderte Finanzierungsnachweis gelinge, werde ihr "unter Vorbehalt der rechtskräftigen Kreditbewilligung der Zuschlag erteilt". Das erklärt auch, warum die im Fall der Zuschlagserteilung gesetzlich geforderte Publikation (vgl. § 35 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]) bislang unterblieben ist. Auch wenn die Aufzählung der anfechtbaren Entscheide in Art. 15 Abs. 1 bis IVöB nicht als abschliessend zu verstehen ist (RB 2004 Nr. 43), fehlt es vorliegend aber dennoch an einem tauglichen Anfechtungsobjekt. Unabhängig von der erteilten Rechtsmittelbelehrung kann einer vor dem eigentlichen Zuschlag erfolgten, blossen Absichtserklärung keine selbständige Bedeutung beigemessen werden. Die angefochtene Eröffnung einer Rangfolge stellt keinen vergaberechtlichen Entscheid und auch sonst keine verbindliche und erzwingbare hoheitliche Anordnung über verwaltungsrechtliche Rechtsverhältnisse dar. Auf die Beschwerde ist demgemäss mangels eines Anfechtungsobjekts nicht einzutreten. Selbst wenn ein Entscheid vorliegen sollte, so würde es sich um einen Zwischenentscheid handeln. Zweifellos könnte auch noch gegen den Zuschlag Beschwerde erhoben werden. Inwiefern deshalb die einstweilige Bekanntgabe der Rangierung einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken kann (Art. 93 Abs. 1 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005, [BGG]), ist weder ersichtlich noch geltend gemacht. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass ein weitläufiges Beweisverfahren erspart werden könnte (lit. b).

E. 3

Bei diesem Verfahrensausgang kann zwar grundsätzlich offenbleiben, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen der in Aussicht gestellte Entscheid eine öffentliche Beschaffung im Sinn der einschlägigen Vorschriften darstellt. Nachdem die damit verbundene Frage nach der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts mit dem heutigen Beschluss indes nur aufgeschoben wird, erscheint es als angezeigt, darauf nachfolgend näher einzugehen.

E. 3.1

Die Submissionsverordnung des Kantons Zürich verweist bezüglich der in ihren Geltungsbereich fallenden Aufträge auf die von der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen sowie vom Bundesgesetz über den Binnenmarkt erfassten Aufträge (§ 1 SubmV).

E. 3.1.1

Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen findet gemäss ihrem Art. 6 einerseits auf die in den Staatsverträgen definierten Aufträge Anwendung (Abs. 1). Massgeblich sind dabei die in Anhang 1 Annex 4 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA [SR 0.632.231.422]) sowie in Anhang VI des Abkommens vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens (Bilaterales Abkommen [SR 0.172.052.68]) festgelegten Dienstleistungen, die anhand der Provisional Central Product Classification (provCPC) der Uno von 1991 abgegrenzt

werden.

E. 3.1.2

In dem von den Staatsverträgen nicht erfassten Bereich findet die Interkantonale Vereinbarung gemäss Art. 6 Abs. 2 auf "alle Arten von öffentlichen Aufträgen" Anwendung. Unterstellt sind damit insbesondere alle Arten von Dienstleistungsaufträgen, unabhängig davon, ob diese in einer der genannten Aufzählungen enthalten sind. Vorausgesetzt ist jedoch auch in diesem Fall, dass die fraglichen Geschäfte überhaupt öffentliche Beschaffungen sind (VGr, 1. Oktober 2008, VB.2007.00531, E. 3).

E. 3.1.3

In der Ausschreibung hat die Beschwerdegegnerin ihr Vorgehen als Submission im offenen Verfahren und deren Gegenstand als Dienstleistungsauftrag im Staatsvertragsbereich bezeichnet. Hinsichtlich der Qualifikation des Auftrags als Dienstleistungsauftrag und der Ansiedlung des Auftragswerts im Staatsvertragsbereich kann der Beschwerdegegnerin ohne Weiteres gefolgt werden, zumal auch die Mehrzahl der eingegangenen Angebote deutlich über dem massgeblichen Schwellenwert liegt. Nicht gefolgt werden kann ihr dagegen hinsichtlich der Klassifizierung des fraglichen Dienstleistungsauftrags und dessen Unterstellung unter das öffentliche Beschaffungsrecht. Laut Ausschreibung soll es sich bei der Auftragsart um "Andere Dienstleistungen" "Dienstleistungskategorie CPC: [27] Sonstige Dienstleistungen" handeln. Diese Angabe beruht indes offenkundig auf einem Versehen: Die Klassifizierung CPC 27 zählt zur Kategorie der Lieferaufträge, trägt die Bezeichnung "Textile articles other than apparel" und hat keinerlei Bezug zur nachgefragten Dienstleistung. Vielmehr dürfte der streitige Verleih von Fahrrädern unter die CPC-Kategorie 83 "Leasing or rental services without operator" bzw. deren Untergruppe 83204 "Leasing or rental services concerning pleasure and leisure equipment" fallen. Diese bezieht sich unter anderem ausdrücklich auf "Renting or hiring services concerning pleasure and leisure equipment, such as bicycles [...]". Die CPC-Kategorie 83 ist indes nicht in der Positivliste in Anhang I Annex 4 GPA enthalten, weshalb sie vom Geltungsbereich der Abkommen ausgenommen ist und demzufolge laut Art. 6 Abs. 1 IVöB auch nicht dem Vergaberecht untersteht.

E. 3.2

Zu beachten ist, dass auch das Binnenmarktgesetz in den Art. 5 und 9 Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge enthält. Deren Anwendungsbereich wird nicht näher definiert; das Gesetz spricht generell von "öffentlichen Beschaffungen" (Art. 5 Abs. 1) und "öffentlichem Beschaffungswesen" (Art. 9 Abs. 1) bzw. von "Vorhaben für ... öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten" (Art. 5 Abs. 2). Nach ihrem Wortlaut sind diese Umschreibungen umfassend. Es ist denn auch umstritten, ob damit alle Arten von Dienstleistungen gemeint sind oder lediglich jene erfasst werden, die in den einschlägigen Listen geführt werden (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 99, Rz. 232). Das Verwaltungsgericht hat es bislang ausdrücklich offengelassen, ob die Umschreibungen des Binnenmarktgesetzes lediglich als Kurzform für die an anderer Stelle im Bundesrecht (GPA, BoeB) definierten Auftragsarten des öffentlichen Beschaffungswesens zu verstehen sind oder auf einen weiteren Geltungsbereich abzielen (VGr, 6. Juni 2001, VB.2000.00406, E. 4d, auch zum Folgenden). Immerhin hat das Gericht festgestellt, auch unter der zweiten Annahme könnte jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass das Gesetz jegliche

Beschaffung von Gütern oder Leistungen seitens des Gemeinwesens ohne Ausnahme erfassen wolle.

E. 3.2.1

Tatsächlich macht der Verweis (§ 1 SubmV) auf den Geltungsbereich der IVöB und die daraus folgende eingeschränkte Umschreibung der dem öffentlichen Beschaffungswesen unterstehenden Dienstleistungsarten im Sinn des GPA aber keinen erkennbaren Sinn, wenn diese Einschränkungen durch den gleichzeitigen Verweis auf das Binnenmarktgesetz von vornherein unbeachtlich wären. Soweit, wie im vorliegenden Fall, klar ist, dass eine in den Staatsvertragsbereich fallende Beschaffung (Art. 6 Abs. 1 IVöB) zu keiner der unterstellten Dienstleistungskategorien zählt, fällt sie folglich auch nicht in den Geltungsbereich der Zürcherischen Submissionsverordnung.

E. 3.2.2

Aber selbst wenn die strittige Leistung nicht im Staatsvertragsbereich läge, erschiene es dennoch fraglich, ob der Betrieb eines Fahrradverleihs eine "öffentliche Beschaffung" im Sinn von Art. 6 Abs. 2 IVöB und von Art. 5 BGBM darstellt. Zwar gelangte das Bundesgericht in einem die Stadt Genf betreffenden Fall zum Schluss, das Zurverfügungstellen von Fahrrädern zur Selbstausleihe unterstehe den Vorschriften des öffentlichen Beschaffungswesens (BGE 135 II 58 f.). Für das Gemeinwesen sei es ein Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Diese Leistung zielle effektiv darauf hin, die weiche Mobilität in den Städten zu fördern, um unter anderem die mit dem motorisierten Verkehr verbundenen schädlichen Auswirkungen zu reduzieren. Der Begriff der öffentlichen Aufgabe müsse weit gefasst sein und alle Aktivitäten umfassen, die das öffentliche Interesse favorisieren, ohne zwingend öffentliche Aufgaben im engeren Sinn zu sein. Dieser Argumentation kann indes nicht ohne Weiteres gefolgt werden. Nicht jedes öffentliche Interesse begründet auch eine öffentliche Aufgabe. So besteht zum Beispiel sehr wohl ein öffentliches Interesse an einer raschen Beseitigung von Unfall- und Pannenfahrzeugen und an einer geeigneten Auswahl an Abschleppdiensten (VGr, 19. Oktober 2005, VB.2005.155, E. 3.2.1 f.). Noch klarer zu bejahen ist das öffentliche Interesse an der Übertragung von Aufgaben der spitalexternen Krankenpflege (Spitex) auf eine private Organisation (RB 2000 Nr. 64 = BEZ 2000 Nr. 57 = ZBl 102/2001, S. 97). In beiden Fällen hat das Verwaltungsgericht, trotz der grundsätzlichen Anerkennung eines öffentlichen Interesses, das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung verneint, weil in beiden Fällen nicht das Gemeinwesen, sondern Privatpersonen "Besteller" und "Konsumenten" der zu erbringenden Dienstleistung waren. Entsprechendes gilt auch mit Bezug auf einen Fahrradverleih, welcher ebenfalls nicht – zumindest aber nicht in erster Linie – eigene Bedürfnisse der öffentlichen Hand abdeckt. Selbst wenn man im Fall eines Fahrradverleihs von einem öffentlichen Interesse im Bereich Umwelt oder allenfalls auch im Bereich Gesundheit ausgeht, erscheint es dennoch fraglich, ob die direkt von den Privaten nachgefragte und "konsumierte" Dienstleistung als Erfüllung einer staatlichen Aufgabe zu werten ist.

E. 3.3

Eine Vergabestelle hat nicht die Möglichkeit, eine Beschaffung freiwillig dem Vergaberecht zu unterstellen. Zwar kann sie auch in Bereichen, die den Vorschriften des Beschaffungsrechts nicht unterstehen, eine Ausschreibung durchführen und Offerten interessierter Anbietender einholen. Der aus diesem Vorgehen resultierende

Beschaffungsentscheid ist jedoch nicht mit einer direkten Beschwerde an das Verwaltungsgericht gemäss Art. 15 IVöB und § 2 IVöB-BeitrittsG anfechtbar (VGr, 1. Oktober 2008, VB.2007.00531, E.3; 6. Juni 2001, VB.2000.00406, E. 4g). Aus der Tatsache, dass die Beschwerdegegnerin ein Ausschreibungsverfahren durchgeführt hat, das faktisch einer Submission entsprach, kann daher keine Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts zur Beurteilung von Beschwerden gegen den bevorstehenden "Zuschlag" abgeleitet werden. Behördliche Anordnungen können grundsätzlich mit Rekurs an die obere Behörde weitergezogen werden (§ 19 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Demgemäss steht gegen Entscheide der politischen Gemeinden ein Rekursverfahren an die obere Verwaltungsbehörde zur Verfügung, nicht aber die Beschwerde ans Verwaltungsgericht (§ 19b Abs. 2 lit. c und d VRG).

E. 4

Da die Mitteilung des Auswertungsergebnisses den Betroffenen zu Unrecht mit einer Rechtsmittelbelehrung versehen eröffnet wurde, ist die Beschwerdegegnerin in Anwendung des Verursacherprinzips zu verpflichten, die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (§ 13 Abs. 2 Satz 2 VRS). Dementsprechend ist sie auch zur Leistung einer angemessenen Umtriebsentschädigung an die Beschwerdeführerin zu verpflichten. Ansonsten sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen.

E. 5

Nachdem der Wert des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Beschluss die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässige, sofern sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, andernfalls steht dagegen nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG offen.

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