

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00457 vom 16. Januar 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-01-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2019.00457

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00457 du 16 janvier 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2019.00457 del 16 gennaio 2020

Regeste

Submission | Verpflichtung zur Ausschreibung. Legitimation im Einladungsverfahren (E. 1). Da eine In-House-Vergabe geprüft wird, besteht keine Pflicht zur öffentlichen Ausschreibung (E. 3.). Es besteht weder ein Vertragsabschluss noch ein schutzwürdiges Interesse, aufgrund welchem ein Feststellungsentscheid über die Widerrechtlichkeit der Vergabe zu fällen wäre (E. 4). Abweisung, soweit eintreten und nicht gegenstandslos.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2019.00457 Urteil der 1. Kammer vom 16. Januar 2020 Mitwirkend: Abteilungspräsident Lukas Widmer (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Peter Sprenger, Verwaltungsrichterin Maja Schüpbach Schmid, Gerichtsschreiberin Nicole Bürgin. In Sachen A AG, vertreten durch RA B, Beschwerdeführerin, gegen Kanton Zürich, vertreten durch Bildungsdirektion Kanton Zürich, vertreten durch RA C, Beschwerdegegner, und D, Mitbeteiligte, betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Der Bildungsrat des Kantons Zürich beauftragte den Lehrmittelverlag des Kantons Zürich (LMVZ) am 19. September 2016, unter Einbezug des Volksschulamtes des Kantons Zürich einen Plan für die Lehrmittel im Fach Englisch vorzulegen. Der Plan sollte eine erste Schätzung der Erstellungs- und Folgekosten für Kanton und Gemeinden enthalten. Dasselbe wiederholte der Bildungsrat im Beschluss vom 15. Mai 2017. Am 14. März/6. April 2018 traf der L MVZ mit D ein Memorandum of Understanding für eine Zusammenarbeit im Bereich Lehrmittel. Die Kooperation wurde namentlich vorgesehen für die Entwicklung eines Konzepts für ein Englisch-Lehrmittel für die Primarschule 3.–6. Klasse (Ziffer 2.1.1). Rechtsverbindlichkeit wurde im Wesentlichen ausgeschlossen (Ziffer 8). Am 12./30. Juli 2018 erteilte die Bildungsdirektion des Kantons Zürich, vertreten durch den L MVZ, D den Auftrag für die Erstellung eines inhaltlich-didaktischen Konzepts für ein neues Lehrmittel für das Fach Englisch, 2. Zyklus. Am 12. Juni 2019 erfolgte offenbar ein Treffen betreffend das neue Englisch-Lehrmittel mit Zeitplan. In der Folge erging ein Mail-Verkehr zwischen Vertretern des L MVZ und D bezüglich des weiteren Vorgehens. II. Die A AG (Beschwerdeführerin) gelangte am 11. Juli 2019 an das Verwaltungsgericht mit dem Hauptantrag, den Beschluss des Beschwerdegegners von ca. Juni 2019 betreffend Kooperation zwischen dem L MVZ und der Mitbeteiligten über die Erstellung eines Lehrmittels für das Fach Englisch im 2. Zyklus (3.–6. Klasse) aufzuheben und den Beschwerdegegner zu verpflichten, den 2. Zyklus (3.–6. Klasse) öffentlich auszuschreiben. Eventualiter sei der Beschluss nur teilweise aufzuheben und der Beschwerdegegner sei zu verpflichten, die Umsetzung des Kooperationsvertrags auf das Lehrmittel für die 3. Klasse zu beschränken und die Erstellung der Lehrmittel für die 4.–6. Klasse öffentlich

auszuschreiben. Subeventualiter sei festzustellen, dass der Beschluss der Vergabestelle rechtswidrig sei. Prozessual ersuchte die Beschwerdeführerin, der Beschwerde aufschiebende Wirkung zu erteilen und die Zuspreehung einer Parteientschädigung zulasten der Vergabestelle, eventuell der Mitbeteiligten. Mit Präsidialverfügung vom 15. Juli 2019 wurde dem Beschwerdegegner Frist für die Beschwerdeantwort samt Unterlagen angesetzt und ihm ein Vertragsschluss bzw. dessen Vollzug einstweilen untersagt. Die Mitbeteiligte wurde mit separatem Schreiben eingeladen, ein Zustelldomizil oder einen Vertreter in der Schweiz zu bezeichnen. Der Beschwerdegegner beantragte mit Beschwerdeantwort vom 19. Juli 2019, auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventuell die Beschwerde abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdeführerin. Ferner beantragte er, das Gesuch um Gewährung der aufschiebenden Wirkung abzuweisen. Am 9. August 2019 erging die Replik der Beschwerdeführerin, worin sie an ihren Rechtsbegehren festhielt. Die Mitbeteiligte bezeichnete mit Schreiben vom 8. August 2019 eine Zustelladresse in der Schweiz und verzichtete auf eine Stellungnahme. Am 29. August 2019 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung gewährt. Ein Gesuch der Beschwerdeführerin um Anordnung (weiterer) vorsorglicher Massnahmen wurde mit Präsidialverfügung vom 9. September 2019 abgewiesen. Mit Duplik vom 23. September 2019 hielt der Beschwerdegegner an seinen Anträgen fest und ebenso die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 21. Oktober 2019. Innert erstreckter Frist für eine freigestellte Stellungnahme beantragte der Beschwerdegegner am 18. November 2019, das Verfahren zu sistieren und verwies dazu auf eine interne Überprüfung des strittigen Projekts. Die Beschwerdeführerin widersetzte sich mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 einer Sistierung. Mit Präsidialverfügung vom 10. Dezember 2019 erfolgte mit Blick auf eine mögliche interne Klärung aufseiten des Beschwerdegegners und eine daraus folgende mögliche Vereinfachung des Verfahrens dessen Sistierung bis 10. Januar 2020. Am 12. Dezember 2019 teilte der Beschwerdegegner den Entscheid mit, auf die streitbetroffene Zusammenarbeit mit der Mitbeteiligten zu verzichten und beantragte, das Verfahren als gegenstandslos geworden abzuschreiben. Mit Eingabe vom 13. Dezember 2019 ersuchte er ergänzend und eventuell, das Begehren, ihn zu einer öffentlichen Ausschreibung zu verpflichten, abzuweisen. Mit Präsidialverfügung vom 16. Dezember 2019 wurde das Verfahren fortgesetzt und der Beschwerdeführerin Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. Sie äusserte sich am 27. Dezember 2019 und beantragte, zumindest sei festzustellen, "dass die unterbliebene Ausschreibung rechtswidrig erfolgt" sei. Die Kammer erwägt:

E. 1.1

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Wendet sich ein Interessent gegen die Vergabe eines Auftrags im freihändigen oder im Einladungsverfahren und macht er geltend, dass zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags (im offenen oder selektiven Verfahren) verzichtet worden sei, so erfüllt er diese Legitimationsvoraussetzungen, sofern er in der Lage ist, einen Auftrag der betreffenden Art zu übernehmen, und ein Interesse an dessen Ausführung glaubhaft macht (VGr, 17. Januar

2019, VB.2018.00469, E. 2.1; 3. Dezember 2015, VB.2015.00238, E. 2.1; 5. Mai 2010, VB.2009.00667, E. 2; 9. November 2001, VB.2001.00116, E. 2c = RB 2001 Nr. 20 = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013, S. 657 ff. Rz. 1319 f.).

E. 1.2

Da die Beschwerdeführerin selber Leistungen der nachgefragten Art erbringt und ihr Interesse am Auftrag glaubhaft gemacht wurde, ist sie zur Beschwerde legitimiert und dementsprechend grundsätzlich darauf einzutreten. Nicht einzutreten ist allerdings auf die Feststellungsbegehren (dazu unten E. 4).

E. 2

Mit dem Verzicht auf die Kooperation mit der Mitbeteiligten ist der Verfahrensgegenstand im Hauptpunkt, nämlich bezüglich der Begehren der Beschwerdeführerin um (teilweise) Aufhebung des Beschlusses des LMVZ betreffend die Kooperation mit der Mitbeteiligten, dahingefallen. Die Beschwerdeführerin wendet sinngemäss ein, das Vorgehen des Beschwerdegegners sei angesichts der Hängigkeit des Verfahrens vor der Beschwerdeinstanz nicht zulässig. Mit dem Verzicht auf die Kooperation hat der Beschwerdegegner dem Hauptbegehren der Beschwerdeführerin entsprochen, weshalb sich diese nicht neu gegen den faktischen Widerruf des angefochtenen Beschlusses zur Wehr setzen kann. Sie ist durch den Widerruf nicht beschwert. Ob der Beschwerdegegner mit seinem Vorgehen unzulässigerweise in die Rechte der Mitbeteiligten eingegriffen hat, kann dabei offenbleiben, da die Beschwerdeführerin keine Drittinteressen wahrnehmen kann. Damit bleibt es dabei, dass die Beschwerde bezüglich der Begehren um (teilweise) Aufhebung des Beschlusses des LMVZ von ca. Juni 2019 betreffend Kooperation mit der Mitbeteiligten als gegenstandslos geworden abzuschreiben ist.

E. 3

Mit der Beschwerde beantragte die Beschwerdeführerin weiter, den Beschwerdegegner zu verpflichten, die Erstellung eines Lehrmittels für das Fach Englisch den 2. Zyklus (3.–6. Klasse), eventuell nur betreffend 4.–6. Klasse, öffentlich auszuschreiben. Mit diesem Antrag verlangt die Beschwerdeführerin die Ausschreibung der Leistung in einem offenen oder selektiven Verfahren. Der Beschwerdegegner führte allerdings aus, dass er das streitbetreffende Lehrmittelprojekt einer grundsätzlichen Überprüfung unterziehe. Näher geprüft würde die Entwicklung eines neuen Lehrmittels mit eigenen Ressourcen oder eine "Quasi-In-House-Vergabe" von gewissen (Teil-)Leistungen an eine pädagogische Hochschule. Die vom Beschwerdegegner erwähnten Möglichkeiten sind angesichts der Aufgaben des LMVZ plausibel. Die Ausführungen des Beschwerdegegners erscheinen nicht als blosser Schutzbehauptung, um sich den Weg für ein rechtswidriges Vorgehen – namentlich zum Nachteil der Beschwerdeführerin – zu ebnet. Eine In-House-Vergabe jedenfalls würde keine öffentliche Ausschreibung voraussetzen (vgl. dazu etwa Galli et al., S. 105 ff., Rz. 244 ff.). Es besteht somit bei den gegebenen Umständen keine Grundlage, um den Beschwerdegegner zur Ausschreibung der Leistungen in einem offenen oder selektiven Beschaffungsverfahren zu verpflichten. Die entsprechenden Begehren sind abzuweisen.

E. 4.1

Subeventuell beantragte die Beschwerdeführerin die Feststellung, dass der Beschluss des Beschwerdegegners betreffend Kooperation mit der Mitbeteiligten widerrechtlich sei. Mit

ihrer Eingabe vom 27. Dezember 2019 beantragte sie zumindest die Feststellung, "dass die unterbliebene Ausschreibung rechtswidrig erfolgt" sei.

E. 4.2

Art. 18 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) stellt den Anbietenden im Submissionsverfahren einen Anspruch auf Feststellung der Rechtswidrigkeit zur Verfügung für den Fall, dass der Vertrag bereits abgeschlossen wurde. Eine solche Feststellung kann als Grundlage dienen für einen allfälligen Haftungsanspruch der Anbietenden im Sinn von § 3 Abs. 1 und 2 des Gesetzes über den Beitritt zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG). Ein Vertragsschluss ist betreffend der im Streit liegenden Kooperation nicht ersichtlich, weshalb die Beschwerdeführerin aus Art. 18 Abs. 2 IVöB nichts für einen Feststellungsanspruch herzuleiten vermag.

E. 4.3

Darüber hinaus besteht nach Lehre und Rechtsprechung ein Anspruch auf einen Feststellungsentscheid nur bei Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses. Das Feststellungsinteresse muss aktuell sein und dem Petenten einen praktischen Nutzen bringen, welcher in der Regel darin besteht, dass mit dem Feststellungsentscheid nachteilige Dispositionen vermieden werden können. Zudem muss über den Bestand, Nichtbestand und Umfang öffentlich-rechtlicher Rechte und Pflichten Unklarheit bestehen. Gegenstand der Feststellungsverfügung muss schliesslich ein konkretes Rechtsverhältnis sein; es muss sich um verwaltungsrechtliche Rechte oder Pflichten eines individuell bestimmten Rechtssubjekts handeln, die sich aus einem bestimmten Sachverhalt ergeben (vgl. dazu etwa Jürg Bosshart/Martin Bertschi, in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 19 N. 23 ff.).

E. 4.4

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Es mag zwar durchaus von Interesse sein, ob und unter welchen Bedingungen eine Kooperation zwischen (öffentlichen) Verlagen zur Erstellung eines Lehrmittels dem Vergaberecht untersteht. Indessen besteht kein aktuelles Interesse der Beschwerdeführerin, um die Rechtmässigkeit der hier infrage stehenden Kooperation zwischen dem LMVZ und der Mitbeteiligten in einem Feststellungsentscheid beurteilen zu lassen. Die vorliegende Kooperation ist vielmehr beendet und das konkret infrage stehende Rechtsverhältnis damit untergegangen. Eine allfällige neue Kooperation bzw. Beschaffung des LMVZ mit Dritten zur Erstellung eines Lehrmittels begründet neue Rechtsverhältnisse mit neu zu definierenden Inhalten, über deren Rechtmässigkeit nicht im vorliegenden Verfahren geurteilt werden kann.

E. 4.5

Somit ist auf die Feststellungsbegehren betreffend die Rechtswidrigkeit von Ausschreibung und Zuschlag nicht einzutreten.

E. 5.1

Gemäss § 13 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 65a Abs. 2 VRG tragen mehrere am Verfahren Beteiligte die Kosten in der Regel entsprechend ihrem Unterliegen. Bei Gegenstandslosigkeit entscheidet das Gericht nach Ermessen über die Kosten- und

Entschädigungsfolgen, wobei es in Betracht zieht, wer die Gegenstandslosigkeit bzw. das gegenstandslos gewordene Verfahren verursacht hat oder welche Partei vermutlich obsiegt hätte. Die Kosten können aber auch – besonders wenn die erwähnten Kriterien versagen – anderweitig nach Billigkeit verlegt werden (Kaspar Plüss, Kommentar VRG, § 13 N. 75; § 17 N. 31). Vorliegend ist die Beschwerde im Hauptpunkt gegenstandslos geworden. Da insofern den Anträgen der Beschwerdeführerin im Ergebnis entsprochen wurde, gilt sie als obsiegend. Bezüglich der weiteren Anträge unterliegt die Beschwerdeführerin. Insgesamt rechtfertigt es sich, die Verfahrenskosten zu 1/4 der Beschwerdeführerin und zu 3/4 dem Beschwerdegegner aufzuerlegen, wobei auch massgeblich zu berücksichtigen ist, dass der gerichtliche Hauptaufwand auf den Beschluss betreffend die aufschiebende Wirkung entfallen ist, in welchem der Beschwerdegegner unterlegen ist. Anzumerken bleibt schliesslich, dass die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 (GebV VGr) im Vergleich zur Normalgebühr angemessen auf Fr. 3'000.- zu reduzieren ist.

E. 5.2

Gemäss § 17 Abs. 2 lit. a VRG wird der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zugesprochen, wenn die rechtsgenügende Darlegung komplizierter Sachverhalte und schwieriger Rechtsfragen besonderen Aufwand erforderte oder den Beizug einer Rechtsvertretung rechtfertigte. Diese Voraussetzungen sind für die Beschwerdeführerin erfüllt. Entsprechend der Kostenverteilung ist ihr demnach eine auf die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Als angemessen erscheint ein Betrag von Fr. 4'000.- (inkl. Mehrwertsteuer).

E. 6

Der infrage stehende geschätzte Auftragswert übersteigt den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [SR 172.056.12]). Demzufolge ist gegen diesen Entscheid die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig, 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.