

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00803 vom 17. August 2023

ZH Verwaltungsgericht, 2023-08-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2021.00803

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00803 du 17 août 2023

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2021.00803 del 17 agosto 2023

Regeste

Submission (Zuschlag) | Ermittlung einer nicht gewinnorientierten Trägerschaft für die konzeptionelle Weiterentwicklung und einmalige Durchführung der Veranstaltung "Kunstszene 2022" in Zürich: Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts. Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden, sofern der angefochtene Rechtsakt den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge untersteht. Dies ist vorliegend nicht der Fall: Zwar wurde das Auswahlverfahren der Trägerschaft von der öffentlichen Hand in Erfüllung ihrer Aufgaben initiiert und wies im Ablauf durchaus Ähnlichkeiten mit einer auf Wettbewerb ausgerichteten öffentlichen Beschaffung auf. Insgesamt überwiegen aber die Elemente, welche einer solchen Beschaffung fremd sind (E. 1). Das Verwaltungsgericht ist deshalb nicht zuständig. Nachdem der Stadtrat als zuständige Behörde die Sache bereits uneingeschränkt überprüft und einen neuen Entscheid getroffen hat, erübrigt sich eine Überweisung (E. 2). Nichteintreten.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 100/1999, S. 372). Dieser direkte Weg an das Verwaltungsgericht steht allerdings nur offen, wenn der angefochtene Rechtsakt den Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge untersteht (RB 2000 Nr. 65 = BEZ 2000 Nr. 44 = ZBI 102/2001 S. 96; RB 2000 Nr. 64 = BEZ 2000 Nr. 57 = ZBI 102/2001, S. 97).

E. 1.1

Die Submissionsverordnung des Kantons Zürich vom 23. Juli 2003 (SubmV) verweist bezüglich der in ihren Geltungsbereich fallenden Vergabe von Aufträgen auf die von der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) sowie vom Bundesgesetz über den Binnenmarkt erfassten Aufträge (§ 1 SubmV).

E. 1.2

Für den Anwendungsbereich der Interkantonalen Vereinbarung wird nach einem Staatsvertragsbereich und einem von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich unterschieden (Art. 5 bis Abs. 1 IVöB).

E. 1.2.1

Die Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen findet gemäss ihrem Art. 6 Abs. 1 auf die in den Staatsverträgen definierten Bau-, Liefer- und

Dienstleistungsaufträge Anwendung. Massgeblich sind dabei die in Anhang 1 Annex 5 zum GATT/WTO-Übereinkommen vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) 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) festgelegten Dienstleistungen, die anhand der Provisional Central Product Classification (provCPC) der Uno von 1991 abgegrenzt werden. Die vorliegend zur Diskussion stehende Ermittlung einer Trägerschaft für die konzeptionelle Weiterentwicklung und einmalige Durchführung der Veranstaltung "Kunstszene 2022" in Zürich kann keiner der dort genannten Dienstleistungen zugeordnet werden. Damit liegt kein Auftrag innerhalb des Staatsvertragsbereichs vor.

E. 1.2.2

Ausserhalb des von den Staatsverträgen erfassten Bereichs findet die Interkantonale Vereinbarung gemäss Art. 6 Abs. 2 auf "alle Arten von öffentlichen Aufträgen" Anwendung. Eine Einschränkung in Bezug auf gewisse Kategorien von Dienstleistungen sieht die Interkantonale Vereinbarung ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nicht vor (BGr, 14. Juli 2016, 2C_1014/2015, E. 2.2.2). 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 es sich bei den fraglichen Geschäften tatsächlich um öffentliche Beschaffungen handelt (VGr, 8. Oktober 2015, VB.2015.00158, E. 3.1.2; 1. Oktober 2008, VB.2007.00531, E. 3).

E. 1.2.2.1

Der Begriff der öffentlichen Beschaffung ist – jedenfalls im für den Kanton Zürich aktuell noch geltenden Recht – gesetzlich nicht definiert. Nach Lehre und Rechtsprechung ist für öffentliche Beschaffungen kennzeichnend, dass der Staat als Nachfrager Waren oder Dienstleistungen gegen eine Gegenleistung bestellt, um damit seine Aufgaben wahrzunehmen (BGr, 9. März 2018, 2C_994/2016, E. 1.3.2; 16. Oktober 2012, 2C_198/2012, E. 5.1.2, je mit weiteren Hinweisen).

E. 1.2.2.2

Gemäss Art. 120 der Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (KV) fördern Kanton und Gemeinden Kultur und Kunst. Die kommunale Kulturförderung wird in der Stadt Zürich organisationsrechtlich dem Präsidialdepartement beziehungsweise der Dienstabteilung Kultur (KTR) zugewiesen (Art. 38 Abs. 3 i. V. m. Art. 4 Abs. 1 und Art. 10 lit. b Anhang 2 des Reglements über Organisation, Aufgaben und Befugnisse der Stadtverwaltung vom 15. Dezember 2021 [ROAB]). Die Unterstützung von freien Kunstschaaffenden, Veranstaltungen oder Projekten mit einmaligen Beiträgen ist Teil der Kulturförderung der Stadt Zürich (Kulturleitbild 2020–2023, Teil II S. 6; abrufbar unter: https://www.stadt-zuerich.ch/kultur/de/index/kultur_stadt_zuerich/leitbild-publikationen/kultur-leitbild-2020-2023.html, besucht am 28. Juli 2023). Damit erfüllt das Gemeinwesen ohne Weiteres eine öffentliche Aufgabe, zumal das Bundesgericht den Begriff der öffentlichen Aufgabe weit fasst (vgl. BGE 135 II 49). Unerheblich ist, ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber konsumiert oder ob er sie Dritten oder – wie hier – der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, sofern die Leistung einen Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung hat, was vorliegend der Fall ist (vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich etc. 2013 ,

Rz. 178).

E. 1.2.2.3

Vorausgesetzt ist sodann immer ein synallagmatisches Rechtsgeschäft, wobei der öffentliche Auftraggeber eine Leistung und der Leistungserbringer dafür eine Gegenleistung erhält (BGr, 16. Oktober 2012, 2C_198/2012, E. 5.1.2 mit weiteren Hinweisen; Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 178; vgl. auch den neuen Art. 8 Abs. 1 der revidierten IVöB 2019). Im Regelfall wird gegen eine Vergütung durch das Gemeinwesen eine Bau-, Liefer- oder Dienstleistung erbracht. Wesentliches Element ist gemäss Bundesgericht sodann das Mittel des privatrechtlichen Vertrags, wobei allerdings nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags, sondern auf eine funktionale Betrachtung abzustellen ist, damit die Anwendung des Vergaberechts nicht durch Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion umgangen werden kann (BGr, 16. Oktober 2012, 2C_198/2012, E. 5.1.2). Erfolgt – wie etwa bei Finanzhilfen – eine Vergütung durch die öffentliche Hand, ohne dass der Empfänger zu einer Leistung verpflichtet wäre, liegt regelmässig kein öffentlicher Auftrag vor (Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 179). Erhält demgegenüber das Gemeinwesen eine Vergütung, weil sie eine Leistung erbringt – wie dies bei der Erteilung einer (Sondernutzungs-)Konzession der Fall ist – liegt in der Regel ebenfalls kein öffentlicher Auftrag vor (Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 181). Vorliegend wurde die Aufgabe der gesuchten Trägerschaft damit umschrieben, es seien vorhandene und bewährte, aber auch experimentelle Strukturen der nichtkommerziellen Kunstpräsentation und -vermittlung auszuloten oder zu entwickeln. Dadurch sollen Präsentationsmöglichkeiten für eine breite Zürcher Künstlerschaft entstehen und Besuchern in einer attraktiven und zugänglichen Form erlebbar gemacht werden. Für Konzeption und Durchführung stellt die Beschwerdegegnerin einen Gesamtbetrag von Fr. 400'000.- zur Verfügung. Mit der Bewerbung einzureichen war ein Grobkonzept. Über die Ausarbeitung des Detailkonzepts sowie die Umsetzung war der Abschluss einer Subventionsvereinbarung mit der ausgewählten Trägerschaft vorgesehen. Die Abgeltung einer Leistung mit dem Mittel der Subvention spricht zwar nicht von vornherein gegen die Anwendung des Vergaberechts. Benötigt der Staat zur Erfüllung seiner Aufgaben Dienstleistungen, die er von privaten Anbietern erbringen lässt und für welche er ein volles Entgelt zahlt, so handelt es sich dabei in der Regel um öffentliche Beschaffungen. Dass das Entgelt aufgrund anderer Rechtsgrundlagen in die Form einer Subvention gekleidet wird, ist dabei für sich allein nicht ausschlaggebend (VGr, 1. Oktober 2008, VB.2007.00531, E. 4.3.2, auch zum Folgenden). Für die Abgrenzung abzustellen ist auf das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, das heisst auf den synallagmatischen Charakter des Geschäfts, beziehungsweise darauf, ob das Geschäft für den Leistungserbringer kommerzieller Natur ist. Dies ist dann der Fall, wenn dieser nicht primär dem öffentlichen Interesse Vorschub leisten will, sondern nur seine eigenen wirtschaftlichen Ziele verfolgt (Martin Beyeler, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 700 f., Rz. 739 sowie Rz. 873). Bereits die Ausschreibung der Beschwerdegegnerin richtete sich explizit an nicht gewinnorientierte Trägerschaften. Eine kommerzielle Motivation ist denn auch weder bei der Beschwerdeführerin noch bei den Mitbeteiligten ersichtlich: Aus den im Handelsregisterauszug der Beschwerdeführerin genannten Zweck (w eiterführende Realisierung der Leitsätze der Ende 2020 aufgelösten Stiftung D und Bewahrung und Pflege deren Oeuvres mitsamt Nachlässen und Werken der Sammlung E, das schweizerische Kulturschaffen zur vollen Geltung bringen und bekannt machen, Förderung und Präsentation verstorbener und noch aktiver Zürcher Künstlerinnen und anderes mehr)

ergibt sich nichts, was auf eine Gewinnorientierung schliessen lassen könnte. Dasselbe gilt hinsichtlich der Mitbeteiligten, welche sich in der Organisationsform als Vereine schon nach der Legaldefinition nicht wirtschaftlichen Aufgaben widmen (vgl. Art. 60 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 [ZGB]). Für die Qualifikation der Evaluation einer nicht gewinnorientierten Trägerschaft als öffentlichen Auftrag fehlt sodann das Austauschverhältnis von Leistung und Gegenleistung beziehungsweise die Beschaffung einer Leistung auf dem Markt, das heisst im wettbewerblichen Umfeld. Beim vorgesehenen Förderbeitrag von Fr. 400'000.- handelt es sich sodann nicht um die Leistung eines äquivalenten Entgelts, sondern um eine Unterstützung. Geschuldet war denn auch lediglich ein Tätigwerden, indem eigenständig ein Konzept vorzuschlagen und umzusetzen war. Ferner wird die mit dem Förderbeitrag unterstützte Tätigkeit zwar im öffentlichen Interesse erbracht, entspringt jedoch im Grundsatz der Eigeninitiative des Empfängers und ist dieser bei der inhaltlichen Ausgestaltung frei. Damit handelt es sich bei der strittigen Evaluation nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinn des Vergaberechts (vgl. Beyeler, Rz. 871; VGr, 1. Oktober 2008, VB.2007.00531, E. 3.4.2). Wenn die Stadt Zürich die Auswahl von Fördersubventions-Empfängern nicht dem Vergaberecht unterstellt, entspricht dies schliesslich auch dem Verständnis der übergeordneten kantonalen und bundesrechtlichen Bestimmungen (Art. 3 Subventionengesetz [SR 616.1] bzw. § 3 Abs. 1 Staatsbeitragsgesetz [LS 132.2]; vgl. S. 27 erläuternder Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartements zum Vorentwurf vom 30. Mai 2008 für eine Totalrevision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen) Überdies wird die Ausrichtung von Finanzhilfen gemäss Art. 10 Abs. 1 lit. c der revidierten IVöB 2019, welcher für den Kanton Zürich voraussichtlich per 1. Oktober 2023 in Kraft gesetzt wird, vom objektiven Geltungsbereich ausgenommen sein. Vorausgesetzt ist stets, dass eine vom Empfänger gewählte Aufgabe gefördert wird und nicht ein Leistungsaustausch erfolgt.

E. 1.2.3

Ferner enthält das Binnenmarktgesetz in den Art. 5 und 9 Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Deren Anwendungsbereich wird nicht näher definiert; das Gesetz spricht generell von "öffentlichen Beschaffungen" (Art. 5 Abs. 1) und "öffentlichem Beschaffungswesen" (Art. 9 Abs. 1) beziehungsweise von "Vorhaben für [...] öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten" (Art. 5 Abs. 2). Nach ihrem Wortlaut sind diese Umschreibungen umfassend. Es ist umstritten, ob damit alle Arten von Dienstleistungen gemeint sind oder lediglich jene erfasst werden, die in den einschlägigen Listen geführt werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a. a. O., Rz. 232). Das Verwaltungsgericht ging bisher jedenfalls nicht davon aus, dass das Gesetz jegliche Beschaffung von Gütern oder Leistungen seitens des Gemeinwesens ohne Ausnahme erfassen wolle (VGr, 6. Juni 2001, VB.2000.00406, E. 4d; 8. Oktober 2015, VB.2015.00158, E. 3.2). Folglich kann auch aus dem Binnenmarktgesetz keine Unterstellung unter das Vergaberecht abgeleitet werden.

E. 1.3

Zwar wurde das Auswahlverfahren der Trägerschaft von der öffentlichen Hand in Erfüllung ihrer Aufgaben initiiert und wies im Ablauf durchaus Ähnlichkeiten mit einer auf Wettbewerb ausgerichteten öffentlichen Beschaffung auf. Auf eine solche könnte auch die Formulierung von Eignungs- und Ausschlusskriterien in der Ausschreibung deuten. Insgesamt überwiegen aber die Elemente, welche einer solchen Beschaffung fremd sind (vgl. dazu E. 1.2.2.3). Neben dem bereits Ausgeführten gehört dazu auch die nur sehr unbestimmte Umschreibung des Inhalts des Auftrags und die daraus resultierende

erschwerter Vergleichbarkeit der Angebote. Damit fällt die strittige Auswahl der Trägerschaft für die konzeptionelle Weiterentwicklung und einmalige Durchführung der Veranstaltung "Kunstszene 2022" in Zürich nicht in den objektiven Anwendungsbereich des Vergaberechts. Das Verwaltungsgericht ist daher zur Behandlung der Beschwerde gestützt auf § 2 IVöB-BeitrittsG in Verbindung mit Art. 15 IVöB nicht zuständig. Auf die Beschwerde ist demzufolge nicht einzutreten.

E. 2

Tritt das Gericht auf eine Beschwerde mangels Zuständigkeit nicht ein, so ist die Sache gemäss § 5 Abs. 2 VRG grundsätzlich an die zuständige Behörde zu überweisen. Die Beschwerdeführerin hat indes vorliegend gegen das Auswahlverfahren bereits Einsprache beim Stadtrat der Stadt Zürich erhoben. Dieser hat am 14. September 2022 in Anwendung von § 171 Abs. 3 des Gemeindegesetzes vom 20. April 2015 [GG] die Sache uneingeschränkt überprüft und einen neuen Entscheid getroffen. Dieses Verfahren ist vergleichbar mit dem in § 10b des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 (VRG) geregelten Einspracheverfahren (Mischa Morgenbesser/Lorenzo Marazzotta in: Tobias Jaag/Markus Rüssli/Vittorio Jenni, Kommentar zum Zürcher Gemeindegesetz, Zürich 2017, § 171 Rz. 1, 9). Mithin ersetzte der Neubeurteilungsentscheid die ursprüngliche Anordnung unabhängig davon, ob das Begehren um Neubeurteilung gutgeheissen oder abgewiesen wurde. Da der Stadtrat als zuständige Behörde bereits entschieden hat, ist das vorliegende Verfahren gegenstandslos geworden und erübrigt sich mithin eine Überweisung der Sache an den Stadtrat.

E. 3

Was die mit Replik gestellten neuen Anträge betrifft, ist schliesslich festzuhalten, dass diese – soweit sie nicht prozessuale Nebenpunkte betreffen – verspätet erfolgten (§ 54 Abs. 1 i.V.m. § 23 Abs. 1 VRG; Alain Griffel in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014 [Kommentar VRG], § 23 N. 16 i.V.m. § 54 N. 1).

E. 4.1

Bei diesem Ausgang des Verfahrens gilt die Beschwerdeführerin als unterliegend und wird kostenpflichtig (§ 65a Abs. 2 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 Satz 1 VRG). Angesichts der formellen Erledigung ist die Gerichtsgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 der Gebührenverordnung des Verwaltungsgerichts vom 3. Juli 2018 angemessen zu reduzieren.

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin ersucht um unentgeltliche Rechtspflege und -vertretung. Gemäss § 70 in Verbindung mit § 16 Abs. 1 VRG ist Privaten, welchen die nötigen Mittel fehlen und deren Begehren nicht als offensichtlich aussichtslos erscheint, auf entsprechendes Ersuchen hin die Bezahlung von Verfahrenskosten zu erlassen. Die Beschwerdeführerin ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung eine juristische Person. Juristischen Personen wird die unentgeltliche Rechtspflege gemäss § 16 Abs. 3 VRG nicht gewährt. Juristische Personen verfügen grundsätzlich auch über keinen bundesrechtlichen Anspruch auf unentgeltliche Prozessführung. Ausnahmsweise können sie sich jedoch auf Art. 29 Abs. 3 BV berufen. Dies ist der Fall, wenn ihr einziges Aktivum im Streit liegt und neben ihr auch die wirtschaftlich Beteiligten mittellos sind (BGE 143 I 328 E. 3.1). Die Beschwerdeführerin bringt weder vor, dass ihr einziges Aktivum im Streit liege, noch, dass die wirtschaftlich Beteiligten mittellos seien. Aus den Akten ergeben sich auch keine

entsprechenden Hinweise. Das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege ist abzuweisen.

E. 4.3

Eine Parteientschädigung steht der Beschwerdeführerin aufgrund ihres Unterliegens von vornherein nicht zu. Ebenso wenig ist – mangels besonderen Aufwands – der Beschwerdegegnerin eine solche zuzusprechen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 5

In Bezug auf die Rechtsmittelbelehrung ist davon auszugehen, dass es sich vorliegend nicht um einen Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen im Sinn von Art. 83 lit. f des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) handelt. Gegen diesen Beschluss kann daher Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nach Art. 82 ff. BGG erhoben werden. Gegen Entscheide betreffend Subventionen würde ferner die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes vom 17. Juni 2005 (BGG) nur offenstehen, wenn ein Anspruch auf die Subvention besteht (Art. 83 lit. k BGG). Ansonsten kann subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG erhoben werden.

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