

VergabeNews Nr.

14

Bundesgerichtsurteil in Sachen «Veloüberleih Zürich»:

Klarstellungen zum Begriff des öffentlichen Auftrags.

walderwyss rechtsanwälte



Daniel Zimmerli
Dr. iur., LL.M, Rechtsanwalt
Telefon +41 58 658 55 33
daniel.zimmerli@walderyyss.com

«Veloverleih Zürich»

Urteil des Bundesgerichts 2C_1014/2015 vom 21. Juli 2016 – «Veloverleihsystem Zürich»: Das Bundesgericht bestätigt seine «Genfer Plakatfall-Praxis» zum Begriff des öffentlichen Auftrags und liefert weitere Klarstellungen.

Sachverhalt

Im Oktober 2014 schrieb die Stadt Zürich im offenen Verfahren die Vergabe eines öffentlichen Auftrags aus, der das Errichten eines «nutzerfreundlichen und kostengünstigen Veloverleihsystems (VVS)» zum Gegenstand hatte. Der Auftrag erfasste Planung, Finanzierung, Aufbau und Betrieb des VVS und verlangte, auf dem Stadtgebiet seien mindestens 1500 Fahrräder von mindestens 100 Stationen anzubieten. Die Anbieter sollten diese Dienstleistung über Benutzungsgebühren und Sponsorengelder finanzieren und der Vergabestelle einen allenfalls ungedeckten Betrag als Vergütung (d.h. als «Preis», den die Stadt für die Dienstleistung zahlen müsste) offerieren. Es gingen sechs Angebote ein, wovon drei aus dem Verfahren ausgeschlossen wurden. Die «Preise» der verbleibenden Angebote lagen zwischen CHF 0.00 und rund CHF 1.5 Mio. Der Zuschlag ging an die B-AG, die einen «Preis» von CHF 0.00 angeboten hatte.

Dagegen rekurrierte die unterlegene A-AG vor dem Verwaltungsgericht des Kantons Zürich. Dieses trat auf die Beschwerde mit Urteil vom 8. Oktober 2015 (VB.2015.00158) aus zwei Gründen nicht ein:

Erstens richte sich die Beschwerde gegen ein untaugliches Anfechtungsobjekt. Angefochten war die «Mitteilung der Rangfolge», welche die Vergabestelle den Offerenten als «anfechtbare Verfügung» zugestellt hatte. Diese Mitteilung sei kein anfechtbarer, beschaffungsrechtlicher Einzelakt, sondern bloss eine Absichtserklärung, der gemäss Angebotsbewertung erstplatzierten Anbieterin den Zuschlag zu erteilen, sofern diese den verlangten Finanzierungsnachweis erbringe.

Zweitens unterstehe die Vergabe des projektierten Fahrradverleihsystems nicht dem öffentlichen Beschaffungsrecht:

- Die fragliche Dienstleistung (Organisation und Betrieb eines öffentlichen Fahrradverleihs) erscheine nicht auf der Positivliste von Anhang I Annex 4 des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungsrecht (**GPA**) und werde deshalb nicht vom Staatsvertragsbereich der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (**IVöB**; revidierte Fassung vom 15. März 2001); Art. 6 Abs. 1) erfasst. Mangels Erwähnung auf der Positivliste sei diese Dienstleistung auch keine öffentliche Beschaffung im Binnenbereich der IVöB

(Art. 6 Abs. 2 IVöB) oder im Sinne von Art. 5 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (**BGBM**) und auch nicht gemäss § 1 der Zürcher Submissionsverordnung (**SubmV-ZH**).

- Ausserdem handle es sich schon gar nicht um einen öffentlichen Auftrag: Nicht jedes öffentliche Interesse begründe eine öffentliche Aufgabe. Ohnehin seien hier – ähnlich wie bei der Ausschreibung von «Spitex»-Leistungen – nicht das Gemeinwesen, sondern Private direkte Nachfrager und «Konsumenten» der zu erbringenden Dienstleistung. Das Gemeinwesen befriedige mit der fraglichen Dienstleistung nicht in erster Linie seine eigenen Bedürfnisse. Weil kein Beschaffungsgeschäft vorliege, stehe die Submissionsbeschwerde an das Verwaltungsgericht nicht offen.

Das Urteil des Bundesgerichts

Das Urteil des Zürcher Verwaltungsgerichts wurde von der Lehre kritisch aufgenommen (vgl. etwa BEYELER, Baurecht 1/2016, S. 22 ff.). Es schuf Unsicherheiten in prozessualer (Anfechtungsobjekt) und materieller (objektiver Geltungsbereich des Vergaberechts uns insb. Begriff des öffentlichen Auftrags) Hinsicht. Das Bundesgericht stellt die Ordnung wieder her und bestätigt seine bisherige Praxis zum Begriff des öffentlichen Auftrags.

Prozessuales

Das Bundesgericht tritt auf die *Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten* (Art. 82 ff. des Bundesgerichtsgesetzes **BGG**) nicht ein, denn die Frage, ob die «Mitteilung der Rangfolge» ein beschwerdefähiges Anfechtungsobjekt darstelle, sei nicht von grundsätzlicher Bedeutung (Art. 83 lit. f Ziff. 2 BGG; Urteil E. 2.2). Das Bundesgericht prüft aber gleichzeitig im Rahmen des Eintretens, ob das angefochtene Urteil eine «öffentliche Beschaffung» betrifft. Würde diese für Art. 83 lit. f BGG doppelrelevante Tatsache nicht bereits unter den Eintretensvorausset-

zungen beurteilt, wenn eines der Kriterien nach Art. 83 lit. f BGG nicht erfüllt und ein kantonales Urteil angefochten sei, könnte sie laut Bundesgericht nur über die subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Art. 113 ff. BGG) und lediglich unter dem Gesichtspunkt der Verletzung verfassungsmässiger Rechte geprüft werden. Die Zulässigkeit der Beschwerde in öffentlichrechtlichen Angelegenheiten im Lichte der Ausnahmebestimmung von Art. 83 lit. f BGG könnte so nicht mit freier Kognition geprüft werden (Urteil E. 2.1). Das Bundesgericht prüft diese (im Kern materielle) Frage deshalb mit freier Kognition unter Eintretensgesichtspunkten, obwohl dies an sich formell nicht nötig gewesen wäre – denn der prozessrechtliche Qualifikation der «Mitteilung der Rangfolge» als Anfechtungsobjekt hatte das Bundesgericht die «grundsätzliche Bedeutung» bereits abgesprochen. Das Bundesgericht wollte das angefochtene Urteil aber offensichtlich nicht widersprochen lassen, soweit sich dieses zum objektiven Geltungsbereich und zum Aspekt des öffentlichen Auftrags äussert. Auch wenn es sich bei den diesbezüglichen Ausführungen des Bundesgerichts vor diesem Hintergrund streng betrachtet nur um *obiter dicta* handelt, ändert dies nichts an deren Bedeutung (vgl. dazu unten, «Materielles»).

Die *subsidiäre Verfassungsbeschwerde* weist das Bundesgericht ab. Mit dem Anfechtungsobjekt im Verfahren der Vorinstanz setzt es sich unter Willkürgesichtspunkten auseinander. Die «Mitteilung der Rangfolge» sei keine Zuschlagsverfügung und auch sonst kein anfechtbarer «Vergabeentscheid» im Sinne von Art. 15 Abs. 1 bzw. Abs. 1^{bis} IVöB oder Art. 9 BGBM. Trotz des eher verwirrenden Vorgehens der Vergabestelle (Bezeichnung der Mitteilung als «Verfügung» mit Rechtsmittelbelehrung) konnte die Mitteilung das Vergabeverfahren nicht abschliessen. Das Offenlegen des Bewertungsergebnisses sei keine einseitige, hoheitliche Regelung eines Rechtsver-

hältnisses. Denn erst nachdem der erstplatzierte Anbieter den geforderten Finanzierungsnachweis erbracht habe, werde der Zuschlag erteilt. Dieser könne dann – zusammen mit dem Bewertungsergebnis – angefochten werden. Die Auffassung der Vorinstanz entspreche willkürfreier Rechtsanwendung (Urteil E. 4).

Materielles

In materieller Hinsicht folgt das Bundesgericht der Vorinstanz aber nicht – und dies teilweise in deutlichen Worten.

Das Bundesgericht lässt bei der Prüfung der Eintretensvoraussetzungen (Art. 83 lit. f BGG; «liegt ein Beschaffungsgeschäft vor?») offen, ob es sich bei der fraglichen Beschaffung um einen Dienstleistungsauftrag handelt, der auf der Positivliste von Anhang I Annex 4 GPA erscheint und damit in den Staatsvertragsbereich der IVöB fällt (Art. 6 Abs. 1 IVöB). Wichtig sei, dass Art. 6 Abs. 2 IVöB (Binnenbereich) *sämtliche* Dienstleistungsaufträge erfasse, selbst wenn diese nicht auf der soeben erwähnten Positivliste geführt würden. Auch auf eine Auslegung von § 1 SubmV-ZH im Lichte von Art. 6 IVöB und Art. 5 BGBM, wie sie die Vorinstanz vorgenommen hatte, lässt sich das Bundesgericht nicht ein: «Eine Einschränkung in Bezug auf gewisse Kategorien von Dienstleistungen sieht die IVöB ausserhalb des Staatsvertragsbereichs nicht vor» (Urteil E. 2.2.2).

Zudem liege – entgegen der Auffassung der Vorinstanz – sehr wohl ein öffentlicher Auftrag vor. Mit ihrer Auffassung, der öffentliche Fahrradverleih entspreche nicht einem eigenen Bedürfnis der öffentlichen Hand und es spreche gegen einen öffentlichen Auftrag, wenn die Leistung von Privaten (und nicht direkt vom ausschreibenden Gemeinwesen) konsumiert werde, missachte die Vorinstanz die bundesgerichtliche Praxis. Denn: «In einem die Stadt Genf betreffenden Urteil hatte das Bundesgericht [...] Gelegenheit, sich zur beschaffungsrechtlichen Natur

der Ausschreibung eines Veloverleihsystems zu äussern ([Hinweise auf BGE 135 II 49 E. 5.2.2 S. 58, und Urteil 2D_43/2015 vom 10. Dezember 2015 E. 4]). Es kam zum Schluss, dass die Einrichtung eines Veloverleihsystems ein Mittel zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe darstellen kann, wenn der Veloverleih den städtischen Langsamverkehr mit dem Ziel einer Begrenzung der mit dem motorisierten Verkehr verbundenen Immissionen fördert [...]. Der gemeinderätlichen Motion vom 19. September 2007, auf welche die hier streitige Ausschreibung zurückgeht, liegen identische oder zumindest sehr ähnliche Zielsetzungen zugrunde. Es besteht somit kein Grund, von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Veloverleihsystem der Stadt Genf abzuweichen, zumal der Begriff der öffentlichen Aufgabe beschaffungsrechtlich nicht nur die staatlichen Kernaufgaben umfasst (vgl. BGE 135 II 49 E. 5.2.2; 125 I 209 E. 6b S. 212 f.; Urteil 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.3 [...])» (Urteil E. 2.3.3).

Weil die übrigen Voraussetzungen erfüllt seien (subjektiver Geltungsbereich; Schwellenwerte; keine Ausnahme nach Art. 10 IVöB), liege ein kantonaler Entscheid auf dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen vor.

Anmerkungen

Prozessual ist von Interesse, dass das Bundesgericht den Verfügungsbegriff gemäss dem Katalog von Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB eng auslegt. Anfechtbarer «Zuschlag» im Sinne von Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. e IVöB ist nur ein Einzelakt, der das Vergabeverfahren vor der Vergabestelle abschliesst. «Der Zuschlagsentscheid bestimmt verbindlich, mit welchem Bewerber die Vergabebehörde einen Vertrag schliessen darf. Damit wird gleichzeitig gesagt, dass die anderen Anbieter den Zuschlag nicht erhalten» (Urteil E. 4.1.1). Die blosser Mitteilung des Bewertungsergebnisses schliesst das Verfahren nicht ab. Sie kommuniziert lediglich die Ab-

sicht, dem erstplatzierten Anbieter den Zuschlag zu erteilen, sofern dieser den geforderten Finanzierungsnachweis erbringt.

Diese Klarstellung schafft einerseits Rechtssicherheit für die Anbieter: Diese dürfen sich grundsätzlich darauf verlassen, dass Mitteilungen im Laufe des Verfahrens nicht angefochten werden müssen und entsprechend kein Rechtsverlust droht, wenn sie nicht im Katalog von Art. 15 Abs. 1^{bis} IVöB aufgeführt sind. Eine gewisse Vorsicht im prozessualen Umgang mit solchen Mitteilungen bleibt im Einzelfall aber geboten – es sind durchaus Grauzonen denkbar. Andererseits ist das gewählte Vorgehen der Vergabestelle, das offenbar bereits in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt worden war, auch unter Effizienzaspekten vertretbar: Es verursacht nur dem gemäss Bewertung erstplatzierten Anbieter den Aufwand, einen Finanzierungsnachweis zu erbringen. Dies reduziert gleichzeitig den Aufwand der Vergabestelle (hierzu bereits BEYELER, BR 2016/1, 58 [Nr. 62]).

Sodann mag der Hinweis, dass Art. 6 Abs. 2 IVöB (Binnenbereich) alle Arten *öffentlicher Aufträge* ausserhalb des Staatsvertragsbereichs erfasst, an sich selbstverständlich erscheinen. Es ist jedoch zu begrüssen, mit welcher Deutlichkeit das Bundesgericht klarstellt, Art. 6 Abs. 2 IVöB bzw. die öffentliche Ausschreibungspflicht sei für die Kantone (und damit auch für die Gemeinden) auf jeden Fall verbindlich, und zwar unabhängig von der Art des öffentlichen Auftrags und unabhängig von der Auslegung allenfalls unklarer Bestimmungen des kantonalen Submissionsrechts (z.B. von § 1 der SubmV-ZH). Der kantonale Gesetzgeber kann den Geltungsbereich der IVöB (und von Art. 5 BGBM) nicht einschränken.

Wichtig ist das Urteil des Bundesgerichts auch deshalb, weil es den Begriff des öffentlichen Auftrags mit Blick auf den

Zweck des öffentlichen Beschaffungsrechts, öffentliche Gelder einer effizienten öffentlichen Aufgabenerfüllung zuzuführen, *funktional* und nicht formal auslegt. Öffentlicher Auftrag ist (i) der staatliche Leistungseinkauf zur Erfüllung einer Aufgabe, die sich ein Gemeinwesen im öffentlichen Interesse gibt, (ii) in vertraglicher Form an einen (iii) kommerziell motivierten Leistungserbringer (iv) gegen ein Entgelt. Dabei ist mit Blick auf das hier referierte Urteil v.a. folgendes wesentlich:

- «Öffentliche Aufgabe» im Sinne des Beschaffungsrechts kann praktisch jede Aufgabe sein, die sich ein Gemeinwesen gibt und zu deren Erledigung es Leistungen von Privaten einkauft. Die öffentliche Aufgabe ist beschaffungsrechtlich weit zu verstehen. Vorliegend setzte sich die Stadt Zürich – einfach formuliert – das verkehrspolitische Ziel, den Fahrradverkehr zu fördern. Um dieses Ziel zu erreichen, will sie Leistungen entgeltlich (d.h. gegen die Übernahme eines allenfalls ungedeckten Betrags) von einem Privaten beziehen, der aus kommerziellen Motiven ein Angebot unterbreitet (d.h. er will mit dem Fahrradverleih Geld verdienen). Das Gemeinwesen ist nicht lediglich polizeiliche Bewilligungsinstanz, und es steht auch keine blosser Konzession zur Diskussion. Das Gemeinwesen ist vielmehr Besteller der Leistung und stellt sie der Allgemeinheit zur Verfügung, um ein verkehrspolitisches Ziel zu verwirklichen. Dieser Ansatz entspricht dem zweiten «Genfer Plakatfall» (BGE 135 II 49), den das Bundesgericht im referierten Urteil prominent zitiert. In diesem Fall wurde das Angebot eines öffentlichen Fahrradverleihs ebenfalls als öffentlicher Auftrag beurteilt, weil es eine «Gegenleistung» des Privaten für das Erteilen einer Plakataushang-Konzession bildete.

- Zudem verlangt ein öffentlicher Auftrag *kein vollkommenes Synallagma* zwischen dem ausschreibenden Gemeinwesen und dem Leistungserbringer: Ist das Gemeinwesen Besteller der Leistung (vorliegend Bereitstellen eines öffentlichen Fahrradverleihsystems), wird diese charakteristische Leistung vom privaten Anbieter erbracht und wird sie von Dritten – z.B. Privaten – bezogen, die dem Anbieter dafür ein Entgelt entrichten (Leihe eines Fahrrads gegen Geld), liegt allemal ein öffentlicher Auftrag vor. Dass Auftraggeber und direkter Konsument der Leistung bei einer solchen Konstellation formal auseinanderfallen, ist angesichts des funktionalen Begriffs des öffentlichen Auftrags irrelevant. Dies entspricht der beschaffungsrechtlichen Dogmatik der sog. Bau- und Dienstleistungskonzession des europäischen Beschaffungsrechts und auch der neueren schweizerischen Praxis. Der Entwurf der revidierten IVöB (Stand 18. September 2014) setzt diesen Grundsatz nunmehr positivrechtlich in Art. 8 um. Der erläuternde Bericht zum Entwurf der revidierten IVöB (Stand: 18. September 2014; S. 17) stellt klar: «Nicht erforderlich ist indessen, dass der öffentliche Auftraggeber die so beschaffte charakteristische Leistung auch selber nutzt. Die Nutzung durch Dritte (Begünstigte der staatlichen Aufgabe) ändert nichts an der Qualifikation als öffentlicher Auftrag».

Das referierte Urteil bestätigt somit den funktional verstandenen Geltungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts und lässt nur wenig Spielraum für formal motivierte Einschränkungen. Damit dürfte auch klar sein, dass die alte und kritisierte «Spitex»-Praxis des Zürcher Verwaltungsgerichts (Urteil VB.2000.00126 vom 24. August 2000) definitiv überholt ist – auch wenn sie das Zürcher Verwaltungsgericht im angefochtenen Entscheid abermals zitiert. Dass dort nicht das Gemeinwesen, sondern Private direkte Empfänger der Spitex-Leistungen waren, ändert vor dem Hintergrund des referierten Bundesgerichtsurteils nichts daran, dass korrekterweise von einem öffentlichen Auftrag hätte ausgegangen werden müssen.

VergabeNews berichtet über neuere Entwicklungen und wichtige Themen im Bereich des schweizerischen Beschaffungsrechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar und die erfolgten Ausführungen sollten nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Handlungen genommen werden. Sollten Sie keine weiteren Zustellungen der VergabeNews wünschen, so teilen Sie uns dies bitte per E-Mail an VergabeNews@walderwyss.com mit.

Unter www.beschaffungswesen.ch finden Sie eine Einführung und weiterführende Informationen zum öffentlichen Beschaffungsrecht der Schweiz, insbesondere hilfreiche Links zu den verschiedenen Rechtsquellen sowie Publikationsbeiträge.

© Walder Wyss AG, Zürich, 2016

Walder Wyss AG
Rechtsanwälte

Telefon + 41 58 658 58 58
Fax + 41 58 658 59 59
reception@walderwyss.com

www.walderwyss.com
Zürich, Genf, Basel, Bern, Lausanne, Lugano