

## VI. Submissionen

### 30 Sammlung von Textilien und Schuhen

- Setzt die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde die Beantwortung einer materiellen Streitfrage voraus, genügt es bei der Eintretensfrage, dass die Zuständigkeit des Gerichts glaubhaft gemacht wird. Zuständigkeit bejaht bezüglich Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt (Sammlung von Textilien und Schuhen).
- Begriff des öffentlichen Auftrags. Die Erteilung einer Konzession schliesst die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts nicht aus.
- Mit dem Sammeln von Textilien und Schuhen wird eine öffentliche Aufgabe erfüllt. Damit liegt ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts vor.

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 12. März 2020, in Sachen A. AG gegen Stadt X. (WBE.2019.331).

### *Aus den Erwägungen*

#### I.

##### 1. (...)

##### 2.

Gegen Verfügungen der Vergabestelle gemäss § 5 SubmD kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD).

##### 2.1.

Bei der Einwohnergemeinde bzw. der Stadt X. (nachfolgend: Stadt) handelt es sich um eine Vergabestelle im Sinne von § 5 Abs. 1 lit. b SubmD. Als subzentrale staatliche Auftraggeberin (politische Gemeinde) untersteht sie dem öffentlichen Beschaffungsrecht in subjektiver (persönlicher) Hinsicht integral, d.h. für alle Geschäfte, die objektiv als öffentliche Aufträge zu qualifizieren sind (PETER

GALLI/ANDRÉ MOSER/ELISABETH LANG/MARC STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Rz. 108, 129). Im konkreten Fall ist umstritten, ob die beabsichtigte Vergabe zur Sammlung von Textilien und Schuhen für karitative Zwecke ein den Vorschriften des Submissionsrechts unterstehendes öffentliches Beschaffungsgeschäft ist. Es geht mithin um die Frage des objektiven (sachlichen) Anknüpfungspunkts (vgl. GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 108). Während die Beschwerdeführerin der Ansicht ist, es handle sich um einen öffentlichen Auftrag, der dem Vergaberecht untersteht, hält die Vergabestelle dagegen, es handle sich nicht um eine Submission nach SubmD, sondern um eine Konzessionsvergabe. Für eine (vorerst verwaltungsinterne) Beschwerde sei deshalb der Regierungsrat und nicht das Verwaltungsgericht zuständig. Das Submissionsrecht komme nicht zur Anwendung.

Speziell an der vorliegenden Streitsache ist, dass zur Beantwortung der Frage, ob das Verwaltungsgericht zuständig ist, vorgängig bestimmt werden muss, ob die fragliche Vergabe zur Sammlung von Textilien und Schuhen für karitative Zwecke ein öffentlicher Auftrag ist und dem Geltungsbereich des Submissionsdekrets untersteht oder nicht. Diese Frage stellt genau den vor Verwaltungsgericht gebrachten Streitgegenstand dar. Die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde setzt folglich die Beantwortung einer Frage voraus, die sich mit der materiellen Streitsache deckt. In einem solchen Fall genügt es im Stadium der Eintretensfrage, dass die Beschwerdeführerin glaubhaft darlegt, in der Streitfrage seien die Voraussetzungen, welche die Zuständigkeit des Gerichts begründen, erfüllt. Die Frage, ob dies tatsächlich der Fall ist, wird danach, mit der materiellen Prüfung der Sache, entschieden, sofern die weiteren Eintretensvoraussetzungen gegeben sind (VGE vom 25. Juni 2012 [WBE.2011.246], S. 5 [nicht publizierte Erw. I/2 des AGVE 2012, S. 176]; Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2009 [2C\_484/2008], Erw. 1.3 [nicht publizierte Erw. 1.3 des BGE 135 II 49] = Pra 2009 Nr. 75; ferner: BGE 141 II 33 f.; Urteil des Bundesgerichts vom 18. Juli 2016

[2C\_6/2016], Erw. 1.2. [nicht publizierte Erw. 1.2. des BGE 142 II 369]).

Im konkreten Fall beruft sich die Beschwerdeführerin auf eine Sach- und Rechtslage, die geeignet ist, die Anwendung des Vergaberechts auf das gegenwärtige Verfahren plausibel zu machen. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts ist – sofern die weiteren Eintretensvoraussetzungen erfüllt sind (...) – insoweit zu bejahen, als zu prüfen ist, ob die beabsichtigte Vergabe zur Sammlung von Textilien und Schuhen für karitative Zwecke als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist, der in den Geltungsbereich des Submissionsdekrets fällt.

## 2.2.

Submissionsrechtliche Verfügungen gemäss § 24 Abs. 2 SubmD sind anfechtbar, wenn die Schwellenwerte des Einladungsverfahrens erreicht sind (vgl. § 24 Abs. 2 SubmD). Gegenstand der zu beurteilenden Vergabe ist das Sammeln von Textilien und Schuhen für karitative Zwecke, was in die Kategorie "Dienstleistungen" fällt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019 [VB.2018.00469], Erw. 3.1.1; siehe unten Erw. II/2.2). Bei Dienstleistungen beträgt der Schwellenwert des Einladungsverfahrens Fr. 150'000.00 (§ 8 Abs. 2 lit. b SubmD).

Der Auftragswert (bzw. die faktische Entschädigung an den Dienstleister) entspricht dem Erlös, den der Dienstleister mit der Verwertung der ihm überlassenen Textilien und Schuhen mutmasslich erzielen kann, abzüglich des der Stadt allenfalls zu zahlenden Betrags (vgl. MARTIN BEYELER, Der Geltungsanspruch des Vergaberechts, Zürich/Basel/Genf 2012, Rz. 766). Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hatte am 17. Januar 2019 einen ähnlichen Fall zu beurteilen. Er betraf die Stadt Schlieren. Die Stadt X. hat etwas mehr Einwohner als die Stadt Schlieren (...). Entsprechend ist davon auszugehen, dass in X. mindestens eine gleich grosse Menge an Alttextilien zu sammeln und verwerten ist wie in Schlieren. Gemäss erwähntem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich betrug in der Stadt Schlieren im Jahr 2017 die Sammelmenge an Alttextilien 145'096 kg. Pro Kilogramm Alttextilien könne ein Erlös von mindestens Fr. 0.80 erzielt werden.

In jenem Fall war zudem ein Entgelt von Fr. 0.20 pro kg vorgesehen, womit ein Erlös von Fr. 0.60 pro kg resultierte, was pro Jahr einen Betrag von Fr. 87'057.60 ergab (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019 [VB.2018.00469], Erw. 3.1.3). Zieht man diese Summe im Sinne eines "Anhaltspunktes" heran (wobei vorliegend auch nicht bekannt ist, ob überhaupt ein Entgelt an die Stadt vorgesehen ist) und berücksichtigt überdies eine Laufzeit von fünf Jahren, so ergibt sich ein Betrag von Fr. 435'288.00. Vor diesem Hintergrund steht ausser Frage, dass der Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreicht wird.

3. – 4. (...)

II.

1.

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob die beabsichtigte Vergabe zum Sammeln von Textilien und Schuhen auf dem Stadtgebiet für karitative Zwecke eine öffentliche Beschaffung im Sinne des Submissionsrechts darstellt. Nach Ansicht der Beschwerdeführerin ist dies der Fall. Die Stadt X. (Stadtrat) verneint demgegenüber das Vorliegen einer öffentlichen Beschaffung. Vielmehr handle es sich um eine Konzessionserteilung an eine Mehrzahl von Interessenten ohne Exklusivrecht. Das Beschaffungsrecht komme nicht zur Anwendung.

2.

2.1.

2.1.1.

Wenn sich ein Entscheid auf einschlägige Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts stützt (oder hätte stützen sollen), ist er dem Gebiet der öffentlichen Beschaffungen zuzurechnen. Diese Bestimmungen definieren jedoch nicht, was unter dem Begriff "öffentlicher Auftrag" zu verstehen ist. So findet gemäss Art. I GPA das GPA auf alle Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken betreffend die öffentlichen Beschaffungen Anwendung. Das GPA geht von einem weiten Verständnis des Begriffs "öffentliche Beschaffung" aus. Das BGBM sieht in seinem Art. 5 vor, dass sich die öffentlichen Beschaffungen durch Kantone, Gemeinden und anderer Träger kantonaler oder kommunaler Aufgaben nach

kantonalem oder interkantonalem Recht richten (Abs. 1 Satz 1) und dass diese Behörden dabei die vom Bund eingegangenen staatsvertraglichen Verpflichtungen zu berücksichtigen haben (Abs. 2 Satz 2). Die IVöB sieht insbesondere die Vergabe öffentlicher Aufträge vor (vgl. Art. 6 IVöB) (vgl. BGE 144 II 188 f. = Pra 2018 Nr. 142). Und auch das Submissionsdekret spricht von "öffentlichen Aufträgen" und nennt als Beschaffungstypen insbesondere Bauaufträge gemäss Anhang 1, Lieferaufträge über die Beschaffung beweglicher Güter (namentlich durch Kauf, Leasing, Miete, Pacht oder Mietkauf) sowie Dienstleistungsaufträge gemäss Anhang 2 (vgl. § 6 SubmD).

#### 2.1.2.

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. Es ist dabei nicht bloss auf die Rechtsnatur des abgeschlossenen Vertrags, sondern auf eine funktionale Betrachtung abzustellen, damit die Anwendung des Vergaberechts nicht durch die Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion umgangen werden kann. Demgegenüber ist der blosse Umstand, dass der Staat einem Privaten erlaubt, eine bestimmte Tätigkeit auszuüben, keine öffentliche Beschaffung, weil der Staat dabei nicht eine Tätigkeit veranlasst oder ein Gut beschafft, sondern bloss eine private Tätigkeit hoheitlich ordnet oder reguliert. Dasselbe gilt grundsätzlich auch, wenn der Staat lediglich eine Sondernutzungskonzession für die Benützung von öffentlichem Grund erteilt, weil der Staat damit nicht etwas beschafft, sondern im Gegenteil dem Privaten ein Recht einräumt und dafür (in der Regel) eine Gegenleistung erhält. Anders verhält es sich nach der Rechtsprechung, wenn mit der Erteilung der Konzession untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden sind, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden. Die Verleihung einer Konzession schliesst die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts folglich nicht aus. Ist die Erteilung einer Sondernutzungskonzession in ein Gesamtgeschäft eingebettet, kann sich in Würdigung sämtlicher Umstände des Geschäfts ergeben,

dass es insgesamt als öffentliche Beschaffung zu qualifizieren ist. Als naheliegend erweist sich dieser Schluss insbesondere dann, wenn bei der Erteilung der Sondernutzungskonzession nicht ein regulativer Zweck (Ordnung der Nutzung des öffentlichen Grundes) im Vordergrund steht, sondern die Übertragung eines (geldwerten) Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben (zum Ganzen: BGE 144 II 181 f.; 144 II 189 f. = Pra 2018 Nr. 142; Urteil des Bundesgerichts vom 12. Oktober 2018 [2C\_861/2017], Erw. 3.3; Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2012 [2C\_198/2012], Erw. 5.1.2 und 5.1.3).

#### 2.1.3.

Ein öffentlicher Auftrag oder eine öffentliche Beschaffung liegt vor, sobald ein öffentlicher Auftraggeber im Hinblick auf die Erfüllung öffentlicher Aufgaben einen synallagmatischen Vertrag mit einem Wirtschaftsteilnehmer abschliesst, gestützt auf den der Wirtschaftsteilnehmer dem Auftraggeber gegen Entrichtung einer Vergütung Bau-, Sach- oder Dienstleistungen erbringt. Ob der öffentliche Auftraggeber die Leistung selber benötigt, verwendet oder konsumiert oder ob er sie mittelbar oder unmittelbar Dritten bzw. der Öffentlichkeit zur Verfügung stellt, ist dabei unerheblich. Hat die Leistung allerdings keinerlei Bezug zur öffentlichen Aufgabenerfüllung, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Begriffsnotwendig für den öffentlichen Auftrag ist in erster Linie der wechselseitige Leistungsaustausch (Synallagma). Der Regelfall eines öffentlichen Auftrags ist das Erbringen einer Bau-, Liefer- oder Dienstleistung gegen die Bezahlung einer Vergütung. Erfolgt eine geldwerte Leistung der öffentlichen Hand, ohne dass deren Empfänger zu einer Gegenleistung verpflichtet wäre, liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Ebenso ist nicht von einem solchen auszugehen, wenn die Leistung vom Anbieter unentgeltlich erbracht wird. Die vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringende Gegenleistung kann in Geld, aber auch in einer geldwerten Leistung bestehen (z.B. in Sachleistungen oder Einräumung von Nutzungsrechten). Beim öffentlichen Auftrag tritt die öffentliche Hand auf dem Markt stets als Abnehmer (Nachfrager, Konsument) einer Leistung auf und der Anbieter als deren Produzent oder

Lieferant (Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Luzern vom 12. Februar 2014 [7H 13 98], in: LGVE 2014 IV Nr. 1, Erw. 10.2; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 178 ff.).

## 2.2.

Öffentliche Aufgabe ist grundsätzlich, was sich der Staat gesetzlich als Aufgabe gibt (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Oktober 2012 [2C\_198/2012], Erw. 5.2.3). Die Entsorgung von Abfällen ist eine typische Aufgabe des Gemeinwesens, die im öffentlichen Interesse durchgeführt wird (Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019 [VB.2018.00469], Erw. 1.3.1; vgl. auch: AGVE 1999, S. 303; VGE vom 17. August 2006 [WBE.2006.18], S. 5); Gemäss Art. 13 Abs. 1 der Verordnung über die Vermeidung und die Entsorgung von Abfällen vom 4. Dezember 2015 (VVEA; SR 814.600) sorgen die Kantone dafür, dass verwertbare Anteile von Siedlungsabfällen wie z.B. Textilien so weit wie möglich getrennt gesammelt und stofflich verwertet werden. § 2 Abs. 1 (EG UWR)) bestimmt sodann, dass für die umweltgerechte Entsorgung der Siedlungsabfälle die Gemeinden verantwortlich sind. Und § 3 des (kommunalen) Abfallreglements der Stadt X. (nachfolgend: Abfallreglement) lässt sich schliesslich entnehmen, dass die Gemeinde u.a. für das Einsammeln von Haushaltsabfällen, die der Wiederverwertung zugeführt werden können, zuständig ist; ebenso ist die Gemeinde zuständig für die Organisation und Bereitstellung von Sammelstellen für wiederverwendbaren Abfall (vgl. § 3 Abs. 2 Abfallreglement). Die Gemeinde kann diese Aufgaben auch einem Privaten übertragen (vgl. § 3 Abs. 3 Abfallreglement). Die Finanzierung der öffentlichen Abfallentsorgung erfolgt durch die Stadt X. (vgl. § 14 Abs. 1 Abfallreglement).

Aus den gesetzlichen Vorgaben ergibt sich somit, dass das Sammeln von Textilien und Schuhen in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgt. Dabei ist – wie dargelegt (Erw. 2.1.3) – unerheblich, wenn die Textilien und Schuhe nicht durch das Gemeinwesen, sondern wie hier durch Dritte bereitgestellt werden und die Dienstleistung somit der Öffentlichkeit zur Verfügung steht (vgl.

auch Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019 [VB.2018.00469], Erw. 1.3.1).

2.3.

Die Stadt X. (Stadtrat) vertritt die Ansicht, die Vergabe der Konzession zur Sammlung von Textilien und Schuhen für karitative Zwecke sei keine Vergabe im Sinne des Beschaffungsrechts. Wie dargelegt schliesst die Absicht, eine (oder mehrere) Konzession(en) zu vergeben, die Anwendbarkeit des öffentlichen Beschaffungsrechts indes nicht aus. Im konkreten Fall liegt denn auch keine Konstellation vor, in der mit der Konzession lediglich eine private Tätigkeit hoheitlich geordnet oder reguliert würde. Mit der Beauftragung wird vielmehr untrennbar verbunden sein, dass dem Abnehmer der Wertstoffe eine öffentliche Aufgabe (siehe dazu soeben Erw. 2.2) übertragen wird. Er erbringt gegenüber dem Auftraggeber eine Dienstleistung, die darin besteht, die Wertstoffe zu sammeln, zu übernehmen und zu verwerten bzw. zu entsorgen und damit dem öffentlichen Auftraggeber eine diesem obliegende öffentliche Aufgabe abzunehmen. Auf der anderen Seite leistet das Gemeinwesen ein Entgelt in Form der Wertstoffe, die es dem Abnehmer zum Sammeln und Verwerten überlässt. Das in natura bezahlte Entgelt für die Dienstleistungstätigkeit leistet der Auftraggeber somit dadurch, dass er dem Abnehmer die Wertstoffe – und damit eine Verdienstmöglichkeit – überlässt (vgl. BEYELER, a.a.O., Rz. 766). Vor diesem Hintergrund lässt sich auch nicht von einem reinen Veräusserungsgeschäft sprechen: Effektiv erbringt der Abnehmer gegenüber dem Gemeinwesen eine Dienstleistung und das Gemeinwesen leistet ein Entgelt in Form der Wertstoffe, die es dem Abnehmer zum Sammeln und Verwerten überlässt (vgl. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 17. Januar 2019 [VB.2018.00469], Erw. 1.3.2; siehe zum Ganzen Beyeler, a.a.O., Rz. 765 ff.; a.M. Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 23. Januar 2007 [B 2006/184], in welchem der Bestand eines Veräusserungsgeschäfts angenommen wurde).

Mit der Erteilung der Konzession sind vorliegend somit untrennbar Gegenleistungen von gewisser Bedeutung verbunden, die normalerweise Gegenstand einer öffentlichen Beschaffung bilden.



Die Argumentation der Stadt X. (Stadtrat), wonach keine "Exklusivvergabe" erfolge, sondern beabsichtigt sei, allenfalls an mehrere Anbieter Konzessionen zu erteilen, ändert an der Tatsache, dass ein öffentlicher Auftrag im Sinne des Beschaffungsrechts vorliegt, im Übrigen nichts. Die Wahl einer besonderen Rechtskonstruktion soll nicht dazu dienen, dass das Vergaberecht umgangen werden kann. Sollen auf dem Stadtgebiet mehrere Anbieter berücksichtigt werden können, so ist z.B. vorstellbar, dass die Standorte der Sammelcontainer von der Stadt vorgegeben (solche Standorte bestehen ja bereits) und für die Vergabe der einzelnen Standorte Lose gebildet werden.

### **31 Ausschluss eines Anbieters vom Verfahren**

**Ein spekulatives Angebot, in welchem unter Verletzung von Preisbildungsregeln mit einem Rabatt von 99 % auf die Regieansätze völlig unrealistische Kosten für die Regiearbeiten angeboten werden, stellt einen Ausschlussgrund dar.**

Aus dem Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 14. April 2020, in Sachen A. AG gegen B. AG (WBE.2019.440).

### *Aus den Erwägungen*

#### **2.1.**

Gemäss § 28 Abs. 1 SubmD schliesst die Vergabestelle bei Vorliegen genügender Gründe Anbietende vom Verfahren aus. Dies gilt insbesondere in den in § 28 Abs. 1 lit. a – h genannten Fällen. Auszuschliessen sind u.a. Anbietende, deren Angebote wesentliche Formvorschriften verletzt haben, z.B. durch Unvollständigkeit des Angebots oder Änderung der Ausschreibungsunterlagen (§ 28 Abs. 1 lit. g SubmD; vgl. auch § 27 lit. h der Vergaberichtlinien vom 15. April 2009 [VRöB] zur IVöB), oder die der Vergabestelle falsche