



Fall-Nr.: B 2020/151
Stelle: Verwaltungsgericht
Rubrik: Verwaltungsgericht
Publikationsdatum: 17.08.2021
Entscheiddatum: 05.07.2021

Entscheid Verwaltungsgericht, 05.07.2021

Öffentliches Beschaffungswesen; Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP. Die Beschwerdeführerin, die mit Bildungsmedien handelt, ist der Auffassung, die Vermittlung von Lehrmitteln durch die kantonalen Berufs- und Weiterbildungszentren müsse öffentlich ausgeschrieben werden. Auch im öffentlichen Beschaffungsrecht besteht das schutzwürdige Interesse im praktischen Vorteil, der sich für die Beschwerdeführerin ergibt, wenn sie mit ihren Anliegen obsiegt. Die Vorinstanz hat sie eingeladen, sich für den Betrieb eines – zum bereits bestehenden – parallelen Webshops zu bewerben. Bei Gutheissung des Antrags der Beschwerdeführerin müsste sie sich demgegenüber mit verschiedenen Anbieterinnen messen lassen und dürfte den Webshop nur betreiben, wenn sie das wirtschaftlich günstigste Angebot einreichen würde. Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten (Verwaltungsgericht, B 2020/151).

Entscheid vom 5. Juli 2021

Besetzung

Abteilungspräsident Eugster; Verwaltungsrichterin Zindel, Verwaltungsrichter Steiner;
Gerichtsschreiber Scherrer

Verfahrensbeteiligte

Eldar Media GmbH, Herr MLaw Denis Januzagic, Rösernstrasse 10,
4402 Frenkendorf,

Beschwerdeführerin,

gegen



Bildungsdepartement des Kantons St. Gallen, Davidstrasse 31, 9001 St. Gallen,

Vorinstanz,

Gegenstand

Berücksichtigung als Lehrmittellieferant

Das Verwaltungsgericht stellt fest:

A.

Die Eldar Media GmbH bezweckt unter anderem den Betrieb eines Onlinehandels für Bildungsmedien jeder Art im In- und Ausland. In einer Eingabe vom 27. Februar 2020 vertrat sie gegenüber dem Bildungsdepartement und dem Baudepartement die Auffassung, die Art und Weise der Beschaffung von Lehrmitteln durch die kantonalen Schulen bei privaten Unternehmen verstosse gegen das kantonale öffentliche Vergaberecht. Auf Nachfrage vom 27. Mai 2020 hin machten beide Departemente geltend, die Eingabe sei – entgegen der Zustellnachweise – nicht angekommen. Die Eldar Media GmbH stellte in der Folge den beiden Departementen die Eingabe am 3. Juni 2020 nochmals zu.

Der Leiter Dienst für Finanzen und Informatik des Bildungsdepartements legte der Eldar Media GmbH mit Schreiben vom 13. Juli 2020 zusammengefasst dar, es sei zwischen dem Kauf von Lehrmitteln durch die kantonalen Schulen einerseits und der Vermittlung des Verkaufs von Lehrmitteln an Schülerinnen und Schüler andererseits zu unterscheiden. Für den Vermittlungsdienst wähle die Schule den Anbieter mit der insgesamt vorteilhaftesten Dienstleistung. Grundsätzlich sei das parallele Betreiben mehrerer Bestellshops zu ermöglichen. Ergebe eine Vorprüfung von Dokumentation und Referenzen, dass ein Anbieter die notwendigen Voraussetzungen – geeignete Logistik, bewährte und kundenfreundliche Bestell- und Lieferverfahren – erfülle und grundsätzlich geeignet sei, würden ihm die notwendigen Informationen – insbesondere Anzahl Lernende je Beruf, Lehrmittel je Beruf – übermittelt, damit er über die Einreichung eines konkreten Angebots entscheiden könne.

B.

Die Eldar Media GmbH (Beschwerdeführerin) wandte sich mit als Beschwerde



St.Galler Gerichte

bezeichneter, nicht datierter Eingabe (Postaufgabe: 24.07.20) an das Verwaltungsgericht. Sie erblickt im Schreiben des Bildungsdepartements des Kantons St. Gallen (Vorinstanz) vom 13. Juli 2020 eine Verfügung und beantragt deren Aufhebung unter Kostenfolge. Das Bildungsdepartement sei anzuweisen, die Lehrmittelbeschaffungen des Kaufmännischen Berufs- und Weiterbildungszentrums St. Gallen (Abteilung Grundbildung) innert gerichtlich anzusetzender Frist auszuschreiben. Eventualiter sei die Sache zur erneuten Sachverhaltsfeststellung im Sinn der Erwägungen an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Mit Vernehmlassung vom 4. September 2020 beantragt die Vorinstanz, unter Kostenfolge sei auf die Beschwerde nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen. Die Beschwerdeführerin nahm dazu am 25. September 2020 Stellung. Sie beantragt zusätzlich, die Eingabe als Rechtsverweigerungsbeschwerde zu behandeln, mit der Begründung, die Vorinstanz habe in der Vernehmlassung erstmals den Anspruch auf eine anfechtbare Verfügung bestritten. Am 13. Oktober 2020 verzichtete die Vorinstanz auf eine weitere Stellungnahme.

Auf die Ausführungen der Verfahrensbeteiligten zur Begründung ihrer Anträge und die Akten wird, soweit wesentlich, in den Erwägungen eingegangen.

Darüber zieht das Verwaltungsgericht in Erwägung:

1. Eintreten

1.1. Zuständigkeit

Das Verwaltungsgericht ist gemäss Art. 59^{bis} Abs. 1 des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (sGS 951.1, VRP) im Allgemeinen zur Behandlung von Beschwerden gegen Verfügungen der kantonalen Departemente zuständig. Soweit es sich um Verfügungen – auch kantonalen Departemente – im Bereich des öffentlichen Beschaffungsrechts handelt, ergibt sich eine besondere Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz aus Art. 15 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.32, IVöB) und Art. 5 Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Gesetzgebung über das öffentliche Beschaffungswesen (sGS 841.1, EGöB). So oder anders fällt die Beurteilung des Rechtsmittels in die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts.

1.2. Schutzwürdiges Interesse

Unabhängig davon, ob und gegebenenfalls inwieweit es sich beim Schreiben der Vorinstanz vom 13. Juli 2020 an die Beschwerdeführerin um eine Verfügung handelt,



fragt sich, ob die Beschwerdeführerin dartun kann, dass dessen Inhalt sie in einem schutzwürdigen Interesse im Sinn von Art. 64 in Verbindung mit Art. 45 Abs. 1 VRP berührt. Auch im öffentlichen Beschaffungsrecht besteht das schutzwürdige Interesse, welches die Legitimation begründet, im praktischen Vorteil, der sich für den Beschwerdeführer ergibt, wenn er mit seinen Anliegen obsiegt. Die Beschwerde dient nicht dazu, abstrakt die objektive Rechtmässigkeit des staatlichen Handelns zu überprüfen. Rügt der (potentielle) Anbieter formelle Mängel, verfügt er nur dann über ein schutzwürdiges Interesse, wenn sich durch die Gutheissung der Beschwerde seine Rechtsstellung verbessert. So kann ein nicht eingeladenener potentieller Anbieter Beschwerde erheben und geltend machen, es sei zu Unrecht ein freihändiges oder Einladungsverfahren durchgeführt und ihm so die Einreichung eines Angebots verunmöglicht worden, sofern er geltend macht, dass er das zu beschaffende Produkt hätte anbieten können. Wurden beispielsweise in einem Einladungsverfahren zu wenige Anbieter eingeladen, so kann der nicht berücksichtigte Anbieter kein schutzwürdiges Interesse daran haben, dass neben den zugelassenen Anbietern noch weitere Anbieter am Verfahren teilnehmen können; denn dadurch wird seine eigene Chance auf den Zuschlag nicht grösser, sondern noch kleiner (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.2 und 6.3 und 6.6).

Die Beschwerdeführerin beantragt, die Vorinstanz sei anzuweisen, die Lehrmittelbeschaffung des Kaufmännischen Berufs- und Weiterbildungszentrums St. Gallen (Abteilung: Grundbildung) innert einer vom Verwaltungsgericht anzusetzenden Frist öffentlich auszuschreiben. Der Eventualantrag, die Sache zur Feststellung des Sachverhalts an die Vorinstanz zurückzuweisen, soll schliesslich ebenfalls zu einer öffentlichen Ausschreibung führen. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, das Schreiben der Vorinstanz beinhalte in "beunruhigender Weise ... ein Angebot ..., an einem selektiven Verfahren teilzunehmen, welches unter Ausschluss der Öffentlichkeit in einem 'unter der Hand' vergebenen Beschaffungsauftrag münden soll". Es werde ihr die Möglichkeit geboten, nach erfolgreicher Eignungsprüfung ein Angebot einzureichen.

Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ergibt sich aus dem Schreiben vom 13. Juli 2020 nicht, dass die Vorinstanz ein selektives Verfahren unter Ausschluss der Öffentlichkeit durchführen und den Beschaffungsauftrag "unter der Hand" vergeben will. Vielmehr hält die Vorinstanz fest, das "parallele Betreiben mehrerer Bestellshops" sei zwar von der "Weisung zur Lehrmittel-Beschaffung bzw. -Vermittlung in den Berufs- und Weiterbildungszentren im Bereich der Grundbildung und erweiterten Grundbildung vom 15.06.2015" nicht ausdrücklich vorgesehen, aber grundsätzlich zu ermöglichen.



Falls "mehrere leistungsfähige Anbieter auftreten können", begrüsse sie dies. Zwar ist abschliessend dann davon die Rede, bei grundsätzlicher Eignung würden der Beschwerdeführerin die notwendigen Informationen (unter anderem Anzahl Lernende und Lehrmittel je Beruf) übermittelt, so dass sie entscheiden könne, ob sie "ein konkretes Angebot einreichen" wolle. Letztere Formulierung könnte zwar so verstanden werden, dass die Vorinstanz sich schliesslich doch für eine Anbieterin entscheiden würde. Einem solchen Verständnis stehen allerdings die klaren vorangehenden Aussagen entgegen, wonach es nicht ausgeschlossen ist, dass die Beschwerdeführerin über die Website der Berufs- und Weiterbildungszentren neben dem bestehenden Anbieter *einen eigenen parallelen Webshop* betreiben könne.

Eine Gutheissung des Antrages der Beschwerdeführerin würde deshalb dazu führen, dass sie sich einem Auswahlprozedere unterziehen müsste und nur als Anbieterin mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot über die Website der Berufs- und Weiterbildungszentren einen Webshop betreiben dürfte. Mit der von der Vorinstanz vorgeschlagenen Lösung hat sie die Gelegenheit, bei Eignung und Leistungsfähigkeit unabhängig davon, wie die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots beurteilt wird, einen solchen Webshop zu betreiben. Das Interesse, die objektive Rechtmässigkeit staatlichen Handelns überprüfen zu lassen, genügt – wie dargelegt – nicht.

Damit fragt sich, inwieweit die Beschwerdeführerin durch das Schreiben der Vorinstanz vom 13. Juli 2020 in einem eigenen schutzwürdigen Interesse betroffen ist. Die Auskunft der Vorinstanz führt im Vergleich zum angestrebten Ausschreibungsverfahren nicht zu einer schlechteren Position der Beschwerdeführerin. Im Gegenteil: Die Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens hätte zur Folge, dass von den kantonalen Aus- und Weiterbildungszentren einzig eine Lehrmittelhändlerin vermittelt würde. Die Lösung der Vorinstanz führt demgegenüber dazu, dass jede Lehrmittelhändlerin, insbesondere auch die Beschwerdeführerin, bei grundsätzlicher Eignung Gelegenheit erhält, über die Website der Berufs- und Weiterbildungszentren einen Webshop zu betreiben. Die Auswahl der Bezugsquelle bleibt dann den Nachfragerinnen und Nachfragern – das heisst den Schülerinnen und Schülern – überlassen.

Da die Beschwerdeführerin kein eigenes schutzwürdiges Interesse dartun kann, kann auf ihre Beschwerde nicht eingetreten werden. Das allgemeine Interesse an der richtigen Umsetzung des öffentlichen Vergaberechts – soweit der Streitgegenstand überhaupt in dessen Geltungsbereich fällt (dazu nachfolgend Erwägung 2) – genügt



ohne ein solches eigenes schutzwürdiges Interesse nicht für die Zulässigkeit der Beschwerde.

1.3. Anfechtbare Verfügung

Zu keinem anderen Ergebnis führt der vergaberechtliche Blick auf das vorinstanzliche Schreiben vom 13. Juli 2020. Art. 15 Abs. 2 IVöB legt fest, welche Akte im Vergabeverfahren als selbständig anfechtbare Verfügungen gelten. In der Phase der Ausschreibung ist es einzig die Ausschreibung selbst (lit. a). Einladungsverfahren und freihändiges Verfahren werden ohne vorgängige Ausschreibung eingeleitet. In diesen Verfahren trifft die Vergabebehörde den ersten formellen Entscheid – abgesehen vom allfälligen Ausschluss eines eingeladenen Anbieters – mit dem Zuschlag (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl. 2012, Rz. 1256). Das Schreiben der Vorinstanz vom 13. Juli 2020 eröffnet der Beschwerdeführerin die Möglichkeit, sich um das Betreiben eines Webshops für die Kantonalen Berufs- und Weiterbildungszentren zu bemühen. Insoweit kommt ihm der Charakter einer Einladung zu und stellt vergaberechtlich keine anfechtbare Verfügung dar. Dass die Vorinstanz – in der Vernehmlassung zur Beschwerde – einen Anspruch auf den Erlass einer anfechtbaren Verfügung verneint hat, ist deshalb nicht vergaberechtswidrig und die von der Beschwerdeführerin – in der Stellungnahme zur vorinstanzlichen Vernehmlassung – erhobene Rechtsverweigerungsbeschwerde unbegründet.

1.4. Weitere Voraussetzungen

Die weiteren Eintretensvoraussetzungen wären erfüllt: Die Beschwerde gegen das mit A-Post zugestellte Schreiben vom 13. Juli 2020 wurde mit Eingabe vom 24. Juli 2020 selbst bei Geltung der zehntägigen Beschwerdefrist ohne Gerichtsferien (vgl. Art. 15 Abs. 3 und 4 IVöB) nicht verspätet erhoben und genügt den formellen und inhaltlichen Anforderungen (Art. 15 Abs. 3 IVöB beziehungsweise Art. 64 in Verbindung mit Art. 48 Abs. 1 VRP).

2. Anwendbarkeit des Beschaffungsrechts

Im Übrigen ist fraglich, ob die Vermittlung von Lehrmitteln mittels eines Links auf der Website einer kantonalen Schule zum Webshop einer Buchhändlerin in den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungsrechts fällt.

Die vergaberechtlichen Erlasse definieren den Begriff der "öffentlichen Beschaffung" nicht. Die Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen ist anwendbar, soweit ein "öffentlicher Auftrag" erteilt werden soll (Art. 6 IVöB). Was unter einem öffentlichen Auftrag zu verstehen ist, umschreibt die geltende Vereinbarung



nicht. Beschaffungsrechtlich umfasst der Begriff der öffentlichen Aufgabe nicht nur die staatlichen Kernaufgaben (vgl. BGer 2C_1014/2016 vom 21. Juli 2016 E. 2.2.3 mit zahlreichen Hinweisen). 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. Demgegenüber ist der blosser 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 öffentlichen Grundes) im Vordergrund steht, sondern die Übertragung eines geldwerten Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben, die sonst der Staat erfüllen würde (BGE 144 II 177 E. 1.3.2 mit Hinweisen; vgl. auch die zusammenfassende Darstellung in BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.3; 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.1). Rechtsprechung und Schrifttum gehen deshalb davon aus, dass Konzessionen, die nicht die Delegation einer öffentlichen Aufgabe umfassen, nicht dem Vergaberecht unterliegen, da das Gemeinwesen durch einen solchen Vorgang nicht entgeltlich eine zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben nützliche Leistung erwirbt, sondern nur ein Recht verkauft (vgl. BGE 135 II 49 = Pra 98/2009 Nr. 75 E. 4.3.2). Nehmen öffentliche Auftraggeberinnen Aufgaben im öffentlichen Interesse wahr, zu deren Erfüllung sie gesetzlich nicht verpflichtet sind, dient dies nicht der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe im Sinn des öffentlichen Beschaffungsrechts (vgl. Th. P. Müller, in: H.R. Trüb [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 25 zu Art. 8 BÖB/IVöB).

Nach der Rechtsprechung fällt die Einräumung des Exklusivrechts, innerhalb des Gemeindegebietes an bestimmten Standorten Altkleider-Sammelcontainer aufzustellen



und Strassensammlungen (Heimabholung von Altkleidern) durchzuführen, wofür das Unternehmen der Gemeinde einen bestimmten Betrag pro Kilo an gesammelten Textilien zu vergüten hat, in den Geltungsbereich des öffentlichen Vergaberechts, weil sich die Gemeinde damit teilweise von der Last befreit, die öffentliche Aufgabe zu erfüllen, die anfallenden Siedlungsabfälle zu übernehmen (vgl. BGE 123 II 359; VerwGE ZH VB 2018.00469). Ebenso fällt die Vereinbarung, welche eine Gemeinde mit externen Dienstleistern über die Erbringung von Spitex-Leistungen abschliesst, unter das Vergaberecht, wenn es sich bei der spitalexternen Krankenpflege um eine öffentliche Aufgabe handelt, die primär in den Zuständigkeitsbereich der Gemeinden fällt (vgl. BGer 2C_861/2017 vom 12. Oktober 2018 E. 3.4). Vergleichbares gilt für die Einrichtung eines Veloverleihsystems, die jedenfalls dann unter das öffentliche Beschaffungsrecht fällt, wenn der Veloverleih den städtischen Langsamverkehr mit dem Ziel einer Begrenzung der mit dem motorisierten Verkehr verbundenen Immissionen fördert oder ähnliche Zielsetzungen verfolgt (vgl. BGer 2C_685/2016 vom 25. August 2016 E. 1.2.3 mit Hinweis auf BGE 135 II 49 E. 5.2.2 und weitere Entscheide).

Die vorliegende Konstellation unterscheidet sich von diesen Beispielen wesentlich, da sich aus der Gesetzgebung insbesondere zur Berufsbildung (vgl. Bundesgesetz über die Berufsbildung; Berufsbildungsgesetz, SR 412.10; Einführungsgesetz zur Bundesgesetzgebung über die Berufsbildung, sGS 231.1) nicht ergibt, dass die Vermittlung von Lehrmitteln eine öffentliche Aufgabe darstellt. Auch die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, der Kanton sei gesetzlich verpflichtet oder auch nur ermächtigt, die Beschaffung der Lehrbücher für die Schülerinnen und Schüler seiner Berufs- und Weiterbildungszentren zu organisieren. Tut er dies dennoch, erfüllt er eine private Aufgabe (vgl. für den Bau eines Parkhauses BGer 2C_198/2012 vom 16. Oktober 2012 E. 5.2.3).

3. Pflicht zur Ausschreibung nach Binnenmarktgesetz

Ebenso wenig kann – mangels Übertragung eines rechtlichen oder faktischen kantonalen Monopols – von einer Pflicht zur Ausschreibung nach Art. 2 Abs. 7 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (Binnenmarktgesetz, SR 943.02, BGBM) ausgegangen werden. Die Beschwerdeführerin beruft sich denn auch nicht auf diese Rechtsgrundlage.

4. Zusammenfassung und Kosten

Dementsprechend ist auf die Beschwerde nicht einzutreten. Bei diesem Ausgang des Verfahrens trägt die Beschwerdeführerin – ihre prozessuale Stellung wurde vom Entscheid betroffen (vgl. Cavelti/Vögeli, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Kanton St.



Gallen, 2. Aufl. 2003, Rz. 769) – die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens (Art. 95 Abs. 1 VRP). Eine Entscheidgebühr von CHF 1'500 erscheint angemessen (vgl. Art. 7 Ziff. 222 der Gerichtskostenverordnung; sGS 941.12). Sie ist mit dem von der Beschwerdeführerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 2'500 zu verrechnen. CHF 1'000 sind ihr zurückzuerstatten. Ausseramtliche Kosten sind für das Beschwerdeverfahren nicht zu entschädigen (Art. 98 Abs. 1 und Art. 98^{bis} VRP).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht auf dem Zirkulationsweg zu Recht:

1.

Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten.

2.

Die Beschwerdeführerin bezahlt die amtlichen Kosten des Beschwerdeverfahrens von CHF 1'500 unter Verrechnung des von ihr geleisteten Kostenvorschusses von CHF 2'500. CHF 1'000 werden ihr zurückerstattet.

3.

Ausseramtliche Kosten werden nicht entschädigt.