

LU_GERICHTE V 06 107_1 vom 10. Juli 2006

LU Gerichte, 2006-07-10, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/lu_gerichte_V_06_107_1

FR: LU_GERICHTE V 06 107_1 du 10 juillet 2006

IT: LU_GERICHTE V 06 107_1 del 10 luglio 2006

Regeste

Die Beschwerdelegitimation bei freihändiger Vergabe beschränkt sich auf die Überprüfung der Frage, ob dieses Verfahren im konkreten Fall zulässig ist. Eine materielle Überprüfung der freihändigen Vergabe steht dem Gericht nicht zu. | Öffentliches Beschaffungswesen

Erwägungen

E. 1

Im vorliegenden Fall erliess der Gemeinderat Z bezüglich der Sanierung der Turnhalle (Sanierung der Fensterfront) ausdrücklich eine Zuschlagsverfügung. Diese Verfügung stellt inhaltlich einen Vergabeentscheid dar, mit dem das Beschaffungsverfahren formell beendet und die Arbeiten an den erfolgreichen Anbieter vergeben werden. Gemäss § 28 Abs. 1 lit. b des Gesetzes über die öffentlichen Beschaffungen (öBG) können Verfügungen gemäss § 27 Abs. 1 öBG, wozu auch der Zuschlag gehört, mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht selbständig angefochten werden. Die Rechtsmittelfrist beträgt zehn Tage. Die Beschwerde ist fristgerecht erhoben worden.

E. 2

Zur Beschwerde ist befugt, wer an einem Vergabeverfahren teilnimmt oder zu Unrecht nicht teilnehmen kann und an der Änderung oder Aufhebung des Anfechtungsgegenstandes ein schutzwürdiges Interesse hat (§ 29 Abs. 1 öBG). Die Beschwerdebefugnis hängt unter anderem von der Art des Vergabeverfahrens ab. Es ist daher zuerst zu prüfen, in welcher Verfahrensart die hier umstrittene Vergabe erfolgt ist. a) Eine öffentliche Beschaffung kann nach dem öBG insgesamt in vier Verfahrensarten erfolgen, unter anderem im Einladungsverfahren (§ 6 lit. c öBG) oder durch freihändige Vergabe (§ 6 lit. d öBG). Unbestritten ist, dass der Gemeinderat Z die Arbeiten betreffend Sanierung der Fensterfront mittels einer formellen Zuschlagsverfügung vergeben und dabei als Vergabeverfahren ausdrücklich das Einladungsverfahren bezeichnet hat. Die Beschwerdeführerin macht geltend, offenbar sei ein Einladungsverfahren durchgeführt worden. Bei den abgegebenen Unterlagen handle es sich allerdings um sehr mangelhafte Ausschreibungsunterlagen; eine eigentliche Ausschreibung habe nicht stattgefunden. Erst im Nachhinein habe sich herausgestellt, dass es sich um ein Einladungsverfahren gehandelt habe. Die Beschwerdegegnerin bringt wiederum vor, das durchgeführte Verfahren entspreche einer freihändigen Vergabe. Die Verfahrensart sei allerdings in der Zuschlagsverfügung falsch deklariert worden. Da es um Bauleistungen mit einem Auftragswert unter Fr. 100'000.-- gehe, sei die freihändige Vergabe des Auftrags zulässig gewesen. Die Beschwerdegegnerin verlangt denn auch eine entsprechende Berichtigung der Zuschlagsverfügung. b) Aus dem Verlauf der Auftragserteilung und gestützt auf die eingereichten Unterlagen kann nicht zweifelhaft sein, dass der Gemeinderat eine freihändige Vergabe der Sanierungsleistungen beabsichtigte. Wie auch die Beschwerdeführerin einräumt, erfüllen die von der

Auftraggeberin abgegebenen Unterlagen in keiner Weise die Anforderungen gemäss § 8 der Verordnung zum Gesetz über die öffentlichen Beschaffungen (öBV). Die Bauverwaltung der Gemeinde Z gab der Beschwerdeführerin einen Kurzbeschrieb zur Generalunternehmer-Offertanfrage ab. Diesem Kurzbeschrieb sind als Beilagen diverse Pläne (Fassadenansicht, Fassadenschnitt usw.) beigefügt. In den genannten Unterlagen fehlen aber Hinweise zur Verfahrensart, zu Ausführungs- und Lieferterminen oder zu Ort und Zeitpunkt der Offertöffnung. Vor allem aber fehlen die Eignungs- und Zuschlagskriterien. Bei dieser Sachlage konnte der Beschwerdeführerin nicht entgehen, dass die Gemeinde die Auftragserteilung via freihändige Vergabe plante, als sie bei ihr eine Offerte einholte. Sie selber führt glaubwürdig aus, sie hätte keine Ahnung gehabt, dass sie an einem Einladungsverfahren teilnehme. Sie könne aber damit leben, dass sie an einem Einladungsverfahren teilgenommen habe, "welches in keiner Weise den formellen Anforderungen an ein solches Verfahren entspricht". c) Eine öffentliche Beschaffung kann gemäss § 9 lit. a öBG freihändig vergeben werden, wenn der geschätzte Wert den vom Regierungsrat festzusetzenden Betrag nicht überschreitet (sog. Schwellenwert), wobei sich dieser Betrag nach dem Durchschnitt der in andern Kantonen geltenden Werte richtet. Der Schwellenwert bei Aufträgen im Bauhauptgewerbe beträgt Fr. 300'000.--, jener bei Aufträgen im Baunebengewerbe Fr. 150'000.-- (§ 6 Abs. 1 lit. c und d öBV). Wie auch immer die Leistungen im Zusammenhang mit der Fassadensanierung qualifiziert werden, bleibt der Auftragswert unter den für das Einladungsverfahren gesetzten Schwellenwerten. Demgemäss ist die freihändige Vergabe des Auftrags zulässig, was von der Beschwerdeführerin denn auch eingeräumt wird. Angesichts des Auftragsvolumens musste die Beschwerdeführerin erkennen, dass die Gemeinde Z eine freihändige Vergabe des Auftrages anstrebte. Die Beschwerdeführerin ist nach ihren eigenen Angaben im Januar 2006 telefonisch zu einer Begehung vor Ort eingeladen worden, wo ihr dann der erwähnte Kurzbeschrieb abgegeben wurde. Auch die spätere U-Wert Berechnung (Isolationswert-Berechnung) ist offenbar telefonisch angefordert worden. Aufgrund dessen und gestützt auf die erwähnten Umstände kann nun die Beschwerdeführerin aus der Tatsache allein, dass die Gemeinde die Zuschlagsverfügung falsch bezeichnete, nicht auf ein Einladungsverfahren schliessen. Der einzige Hinweis auf ein Einladungsverfahren besteht - wie erwähnt - in der entsprechenden Formulierung der Zuschlagsverfügung. Es ist denn auch glaubwürdig, dass dem Gemeinderat bei Mitteilung des Vergabeentscheides ein Versehen unterlaufen ist. Dies kann jedoch keine Rechtswirkungen in dem Sinne erzeugen, als eine gesetzlich zulässige freihändige Vergabe durch ein Einladungsverfahren ersetzt wird, zumal das Verfahren selber die Anforderungen an ein Einladungsverfahren in keiner Weise erfüllt. Wenn die Beschwerdeführerin in der Replik die Ansicht vertritt, dass von der Beschwerdegegnerin effektiv durchgeführte Verfahren trage die Grundzüge des Einladungsverfahrens, so setzt sie sich damit in Widerspruch zu ihren Ausführungen in der Beschwerde. Dass zwei Unternehmen angefragt wurden, eine Offerte auszuarbeiten, spricht nicht gegen eine freihändige Vergabe und vor allem nicht für das Vorliegen eines Einladungsverfahrens. Denn im Einladungsverfahren sind in der Regel mindestens drei Angebote einzuholen (§ 12 öBG).

E. 3

Nach diesen Ausführungen steht somit fest, dass die öffentliche Beschaffung durch eine freihändige Vergabe erfolgt ist. Hinsichtlich der Beschwerdelegitimation bei Anfechtung einer freihändigen Vergabe ist nun folgendes zu beachten: a) Der Rechtsschutz im freihändigen Verfahren ist nach Lehre und Rechtsprechung zumindest im Hinblick auf die

Zulässigkeit der gewählten Verfahrensart gegeben, da sonst die Gefahr besteht, dass der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen durch Umgehung der Vorschriften über das anzuwendende Vergabeverfahren ausgehöhlt würde (vgl. BVR 1998 S. 75). Darüber hinaus ist ein Anspruch auf Eröffnung einer Beschwerdemöglichkeit unmittelbar aufgrund von Art. 9 des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02) zu bejahen, soweit ein interessierter Unternehmer geltend machen will, dass die betreffende Vergabe nach den einschlägigen Normen nicht freihändig, sondern nur aufgrund eines Submissionsverfahrens hätte erfolgen dürfen (Urteil V 05 44 vom 15.7.2005 Erw. 1b mit Hinweis auf BGE 131 I 143 f. Erw. 2.6). Art. 9 Abs. 2 BGBM schreibt den Kantonen nämlich vor, dass Beschränkungen des freien Marktzuganges wenigstens mit einem Rechtsmittel bei einer verwaltungsunabhängigen kantonalen Beschwerdeinstanz angefochten werden können. Da verfahrensimmanent bei der freihändigen Vergabe keine formelle Ausschreibung erfolgt, kann bei diesem Verfahren auch noch im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags geltend gemacht werden, es sei eine falsche Verfahrensart gewählt worden (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, Rz. 611). b) Im vorliegenden Fall macht die Beschwerdeführerin gerade nicht geltend, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine freihändige Vergabe hätten nicht bestanden und es hätte deshalb ein höherstufiges Verfahren (z.B. das Einladungsverfahren) durchgeführt werden müssen. Die freihändige Vergabe stellt im Übrigen kein eigentliches Vergabeverfahren nach öBG dar, weshalb damit auch die Teilnahme an einem Vergabeverfahren als Grundlage für eine Beschwerdebefugnis entfällt (§ 29 Abs. 1 öBG). Daran ändert auch nichts, wenn die Beschwerdeführerin zur Offertstellung eingeladen wurde, denn diese Einladung erfolgte ausserhalb eines formellen Verfahrens nach öBG und ist deshalb für die Frage der Beschwerdebefugnis nicht direkt beachtlich (LGVE 1999 II Nr. 12 Erw. 2a). Ob darüber hinaus eine Beschwerdebefugnis besteht oder ein Rechtsschutzinteresse geltend gemacht werden kann, hängt primär von der Rechtsmittelordnung des kantonalen Rechts ab. Das öBG bezeichnet die freihändige Vergabe ausdrücklich als eines der vier möglichen Beschaffungsverfahren. Aus der offenen Formulierung der möglichen Anfechtungsobjekte (§ 28 Abs. 1 i.V.m. § 27 Abs. 1 öBG) könnte der Schluss gezogen werden, freihändige Vergaben seien immer mit einer formellen Zuschlagsverfügung vorzunehmen und als solche anfechtbar. Dieser Auffassung steht allerdings der Leitentscheid des Bundesgerichts entgegen (BGE 131 I 137 ff.), wonach der Rechtsschutz bei freihändigen Vergaben nur unter ganz bestimmten Bedingungen Sinn macht und jedenfalls in Bezug auf die sachliche Prüfung des Vergabeentscheidendes nicht greift. Das Bundesgericht hält darin fest, wenn der kantonale Gesetzgeber unterhalb der bestimmten Schwellenwerte eine freihändige Vergabe vorsehen dürfe, dann schliesse das ein, dass grundsätzlich kein förmlicher Vergabeentscheid zu ergehen hat. Damit liege auch kein Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde vor (BGE 131 I 142 Erw. 2.5). Wie es sich damit letztlich in Bezug auf die Rechtsmittelordnung im Kanton Luzern verhält, kann hier unter Hinweis auf die nachfolgenden Erwägungen jedoch offen bleiben.

E. 4

a) Wie bereits erwähnt, steht hier die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe nicht zur Diskussion und insofern liegt auch kein zulässiger Beschwerdegrund vor. Soweit die Beschwerdeführerin vor Verwaltungsgericht geltend macht, die Mangelhaftigkeit des Einladungsverfahrens könne nicht dadurch aufgehoben werden, dass kurzerhand das Verfahren als freihändige Vergabe betitelt werde, ist diese Rüge unbegründet. Wie in Erw. 2 ausgeführt, ist eben kein (mangelhaftes) Einladungsverfahren durchgeführt worden,

sondern es geht um eine öffentliche Beschaffung mittels freihändiger Vergabe. Auch der Standpunkt der Beschwerdeführerin, sie habe nach Treu und Glauben davon ausgehen dürfen, dass das günstigste Angebot den Zuschlag erhalte, wobei mangels Zuschlagskriterien der Preis der einzige Gesichtspunkt sei, geht fehl. In dem Zusammenhang verweist sie auf LGVE 2000 II Nr. 13 und verschiedene kantonale Urteile (aufgeführt in: Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, 6. Aufl., 2004, S. 382). Sie verkennt jedoch dabei, dass diesen Entscheidungen eben eigentliche Vergabeverfahren zugrunde liegen, bei denen ein klarer Katalog der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen fehlte. So ging es beispielsweise bei dem in BR 4/2002 S. 75 erwähnten Urteil aus dem Kanton Thurgau (Stöckli, a.a.O., S. 382) um ein Einladungsverfahren. Im vorliegenden Fall ist jedoch Gegenstand eine freihändige Vergabe, bei welcher die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien und deren Gewichtung gerade nicht erforderlich ist. b) Die Beschwerdeführerin bezweifelt in sachlicher Hinsicht die Richtigkeit der Vergabe. Im Rahmen der Anfechtung einer freihändigen Vergabe kann jedoch eine inhaltliche Kontrolle des Zuschlags nicht erfolgen. Dies ergibt sich schon daraus, dass gerade kein förmliches Verfahren mit Bekanntgabe der Zuschlagskriterien und der übrigen Bewertungsgesichtspunkte durchgeführt wird. Soweit daher die Beschwerdeführerin vorträgt, die U-Wert-Berechnung liege im Normbereich und ihr Angebot erfülle somit den üblichen technischen Standard, ist darauf nicht einzugehen. Ebenso braucht hier nicht geprüft zu werden, ob und in welcher Hinsicht die berechneten Isolationswerte der Konkurrentin auf den Planvorgaben beruhen oder auf falschen Annahmen gründen. Es liegt gerade im Wesen einer freihändigen Vergabe, dass die Auftraggeberin in freier Entscheidung über das ihrer Ansicht nach wirtschaftlich günstigste Angebot befinden darf. Das Gericht als Beschwerdeinstanz hat hier keine Beurteilungskompetenz, abgesehen davon, dass im Beschwerdeverfahren ohnehin Unangemessenheit nicht geltend gemacht werden kann (§ 30 Abs. 2 öBG). Die gleichen Überlegungen greifen mit Bezug auf die Beurteilung der unterschiedlichen Konstruktionen in den beiden Angeboten. c) Dass die Beschwerdegegnerin freiwillig ein höherstufiges Verfahren (hier ein Einladungsverfahren) durchführen kann und dann an die bekannt gegebene Verfahrensart gebunden ist, trifft zu (Urteil V 01 35 vom 21.5.2001 Erw. 4). Daraus kann jedoch die Beschwerdeführerin nichts ableiten. Wiederum ist sie daran zu erinnern, dass die Beschwerdegegnerin kein Einladungsverfahren eröffnet und durchgeführt, sondern den Auftrag freihändig vergeben hat. Daran ändert die falsche Bezeichnung der Verfahrensart in der Zuschlagsverfügung nichts. d) Schliesslich macht die Beschwerdeführerin geltend, ihre Konkurrentin müsse als vorbefasst gelten. Demzufolge sei das Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebot verletzt worden. Richtig ist, dass die Firma B ein Vorprojekt im Auftrag des Gemeinderates erarbeitet hat. Dieses diene als Grundlage für den Antrag an die Gemeindeversammlung betreffend den Sonderkredit. (...) Daraus kann jedoch nicht abgeleitet werden, die Beschwerdegegnerin dürfe das Angebot Firma B nicht berücksichtigen oder sie müsse zumindest das Verfahren wiederholen. Bei einer freihändigen Vergabe ist die Beschaffungsstelle frei, nur eine oder mehrere Offerten einzuholen. Da die freihändige Vergabe den engen Formvorschriften, welche die materiellen Vergabegrundsätze umsetzen sollen, nicht unterliegt, kann sich die Beschwerdeführerin nicht auf eine Verletzung von Beschaffungsgrundsätzen berufen. Im Übrigen gilt die Vorbefassung selbst bei den eigentlichen Vergabeverfahren nicht ausnahmslos als Ausschlussgrund des betreffenden Anbieters. Der wirtschaftliche Einsatz der öffentlichen Mittel ist ebenso ein Anliegen des Beschaffungsrechts wie das

Gleichbehandlungs- und das Transparenzgebotes (vgl. LGVE 2001 II Nr. 10). Dass der Gemeinderat im Hinblick auf die Gemeindeversammlung und das Unterbreiten der Kreditvorlage die Firma B beigezogen hat, würde jedenfalls auch bei einem Einladungsverfahren nicht zwingend zum Ausschluss des Unternehmens führen. Aus den Akten ist im Übrigen nicht ersichtlich, dass allein der Umstand des Vorprojektes dem erfolgreichen Unternehmen Spezialkenntnisse und Vorteile z.B. hinsichtlich der Terminplanung oder der Materialbeschaffung gebracht hätte.

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