

OW_GERICHTE VVGE 2005/06 Nr. 49 vom 30. November 2005

OW Obergericht, 2005-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2005_06 Nr. 49](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ow_gerichte_VVGE_2005_06_Nr.49)

FR: OW_GERICHTE VVGE 2005/06 Nr. 49 du 30 novembre 2005

IT: OW_GERICHTE VVGE 2005/06 Nr. 49 del 30 novembre 2005

Regeste

VVGE 2005/06 Nr. 49, S. 194: Art. 2 SubmG; Art. 9 BGBM Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens sind grundsätzlich nicht anfechtbar. Es steht dem Auftraggeber frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, a

Erwägungen

E. 2

Zunächst stellt sich die Frage, ob auf die Beschwerde überhaupt eingetreten werden kann.

a) Der Beschwerdeführer macht geltend, er sei aufgrund der voraussichtlichen Auftragssumme, welche weit unter dem Schwellenwert liege, und des Verhaltens der Beschwerdegegnerinnen vorerst davon ausgegangen, dass der Auftrag im freihändigen Verfahren vergeben werde. Erst als er die "Zuschlagsverfügung" vom 30. September 2005 erhalten habe, habe er festgestellt, dass die Submission offenbar im Einladungsverfahren vorgenommen werde. Der Beschwerdeführer ficht nun diese Zuschlagsverfügung an und rügt, die für das Einladungsverfahren geltenden Verfahrensregeln seien nicht eingehalten worden. Demgegenüber machen die Beschwerdegegnerinnen geltend, der Beschwerdeführer habe mit Hilfe seines Anwalts versucht, aus dem freihändigen Verfahren ein Einladungsverfahren zu machen, indem er die Verletzung der Bestimmungen des kantonalen Submissionsgesetzes gerügt habe; erst als Reaktion auf dieses Schreiben hätten ihre Organe dem Beschwerdeführer die "Zuschlagsverfügung" samt Rechtsmittelbelehrung zukommen lassen. Aus dem Umstand, dass es dem Beschwerdeführer gelungen sei, sie zu der nach seinen eigenen Angaben inhaltlich teilweise unrichtigen Verfügung vom 30. September 2005 zu veranlassen, könne er jetzt nicht ableiten, sie (die Beschwerdegegnerinnen) hätten sich nachträglich freiwillig zur Durchführung eines höherstufigen Verfahrens, nämlich eines Einladungsverfahrens statt eines freihändigen Verfahrens, entschlossen. b) Art. 2 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (Submissionsgesetz) vom 27. November 2003 (SubmG, GDB 975.6) verweist auf die Schwellenwerte gemäss Anhang 1 und Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994/15. März 2001 (IVöB, GDB 975.61); diese Schwellenwerte seien verbindlich. Gestützt darauf ist davon auszugehen, dass auch im Kanton Obwalden Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens grundsätzlich nicht anfechtbar sind. Denn die Gewährung einer Anfechtungsmöglichkeit macht grundsätzlich nur dort einen Sinn, wo das einschlägige Submissionsrecht im Hinblick auf die Bedeutung des Auftrages ein formalisiertes Vergabeverfahren, welches auf die Einholung und Evaluierung von Offerten nach Massgabe bestimmter Vorgaben ausgerichtet ist, überhaupt vorsieht. Die freihändige Vergebung ist kein derartiges Verfahren (BGE 131 I 141 ff.). Die Beschwerde richtet sich

hier aber gegen die "Zuschlagsverfügung" vom 30. September 2005, welche gemäss eigenen Angaben der Beschwerdegegnerinnen im "Einladungsverfahren" und damit in einem Submissionsverfahren nach dem kantonalen Submissionsgesetz erging. Soweit der Beschwerdeführer diese "Zuschlagsverfügung" anfecht und deren Rechtswidrigkeit geltend macht, ist auf die Beschwerde einzutreten (vgl. BGE 131 I 144, Erw. 2.6). Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen kann offen bleiben, ob in der angefochtenen "Zuschlagsverfügung" erst der summarisch begründete Vergabeentscheid im Sinne von Art. 7 Abs. 2 SubmG oder schon die einlässliche Begründung des Vergabeentscheids im Sinne von Art. 7 Abs. 3 SubmG zu erblicken ist, gegen welchen erst die Beschwerde an das Verwaltungsgericht gegeben wäre (Art. 6 Abs. 2 SubmG; VVGE 2003/04 Nr. 50, Erw. 2).

E. 3

a) Gegenstand der Vergabe bilden die Planungs- und Ingenieurleistungen für den Neubau eines Holzschopfes beim Werkhof N. in Lungern. Unumstritten handelt es sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag. Der Preis des berücksichtigten Angebotes von H. beträgt gemäss der "Zuschlagsverfügung" vom 30. September 2005 Fr. 17 800.-, jener des Angebots des Beschwerdeführers insgesamt pauschal Fr. 29 700.-. Gemäss dem massgebenden Anhang 2 der IVöB (Art. 2 Abs. 1 SubmG) sind im wie hier von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich Dienstleistungen mit einem Auftragswert von unter Fr. 150 000.- freihändig, Dienstleistungen mit einem Auftragswert von unter Fr. 250 000.- im Einladungsverfahren und Dienstleistungen mit einem Auftragswert ab Fr. 250 000.- im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Damit steht fest, dass die Beschwerdegegnerinnen den fraglichen Auftrag grundsätzlich freihändig vergeben können. In der "Zuschlagsverfügung" vom 30. September 2005 wird nun aber das Vergabeverfahren als "Einladungsverfahren" bezeichnet. Während der Beschwerdeführer daraus ableitet, die Beschwerdegegnerinnen hätten auch die einschlägigen Verfahrensvorschriften einhalten müssen und deren Verletzung rügt, halten die Beschwerdegegnerinnen sinngemäss dafür, es liege gar kein Einladungsverfahren vor, sondern sie seien durch ein Schreiben des Rechtsvertreters des Beschwerdeführers unter Verletzung des Grundsatzes von Treu und Glauben und des Rechtsmissbrauchsverbots zur Ausfertigung der fehlerhaften "Zuschlagsverfügung" verleitet worden. Zu prüfen ist deshalb, ob von einem freihändigen Vergabeverfahren oder einem Einladungsverfahren auszugehen ist. b) Gemäss Lehre und Rechtsprechung steht es einem Auftraggeber frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es im konkreten Einzelfall erforderlich wäre. In all jenen Fällen, in denen eine freihändige Vergabe möglich ist, ist daher auch das Einladungsverfahren zulässig. Der öffentliche Auftraggeber muss sich indessen bei der gewählten Verfahrensart behaften lassen und hat die dafür geltenden Grundsätze einzuhalten. Den Auftraggebenden ist es auch verwehrt, das einzuschlagende Verfahren nachträglich aufgrund der eingegangenen Offerten zu bestimmen. Die Vergabebehörde muss sich vorgängig, gestützt auf eine Schätzung der mutmasslichen Kosten, für eine Verfahrensart entscheiden (Galli/Moser/Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich 2003, N. 154 und N. 170; Hubert Stöckli, Das Vergaberecht der Schweiz, Zürich 2004, 370 f.). c) Für das Vorliegen eines Einladungsverfahrens und die Anwendbarkeit der entsprechenden Verfahrensregeln spricht die als solche bezeichnete "Zuschlagsverfügung" vom 30. September 2005, welche angeblich im Einladungsverfahren ergangen ist und eine Rechtsmittelbelehrung aufweist. Es handelt sich indessen um das einzige Dokument, welches auf ein Vergabeverfahren nach dem Submissionsgesetz hinweist. Alle anderen Umstände lassen auf ein formloses freihändiges Verfahren schliessen. So liegt das

mutmassliche Auftragsvolumen weit unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren von Fr. 150 000.-. Für ein freihändiges Verfahren spricht auch die Tatsache, dass zunächst nur H. mündlich aufgefordert wurde, eine Offerte einzureichen. Erst als sich der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 30. März 2005 an die Beschwerdegegnerinnen wandte und geltend machte, er habe vom zu vergebenden Auftrag vernommen und bewerbe sich ebenfalls für die Planung und Ausführung der vorgesehenen Erweiterung des Forstgebäudes, wurde dem Beschwerdeführer mit Schreiben der Forstverwaltung Lungern-Dorf vom 7. Juni 2005 die Gelegenheit eingeräumt, seinerseits ein Angebot einzureichen. Weitere Anbieter wurden aktenkundig nicht zur Offertstellung eingeladen. In einem Einladungsverfahren hätten für die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes alle Anbieter gleichzeitig zur Offertstellung eingeladen werden müssen, und es hätten ihnen auch die gleichen Unterlagen zur Verfügung gestellt werden müssen (vgl. Art. 10 Abs. 3 der Ausführungsbestimmungen zum Submissionsgesetz vom 6. Januar 2004 [AB SubmG, GDB 975.611]; Martin Beyeler, Öffentliche Beschaffung, Vergaberecht und Schadenersatz, Zürich 2004, N. 139, 142, 152). Nur im freihändigen Verfahren kann die Einladung zur Offertstellung formlos erfolgen (Art. 10 Abs. 3 Satz 2 AB SubmG). Den Offerenten wurden auch keine Ausschreibungsunterlagen im Sinne von Art. 14 AB SubmG zur Verfügung gestellt und ein Leistungsbeschrieb mit den erforderlichen technischen Spezifikationen (vgl. Art. 15 AB SubmG) fehlt ebenfalls. Aktenkundig wurden auch keine Eignungskriterien (Art. 21 AB SubmG) und insbesondere keine Zuschlagskriterien (Art. 32 AB SubmG) erstellt. Dementsprechend konnte auch keine Rangordnung oder Gewichtung der Zuschlagskriterien (Art. 12 Bst. m AB SubmG) formuliert werden. Eine förmliche Öffnung der Angebote und das dazugehörige Protokoll (Art. 26 AB SubmG) fehlen ebenso. Anlässlich der Sitzung der Holzschopfkommission vom 12. September 2005 wurde die Vergabe an H. beschlossen, wobei diesem vorerst nur eine Zusage für das Erarbeiten der Grobplanung zu machen sei; die Detailplanung dürfe erst nach Zustimmung der beiden Einungsgemeinden Dorf und Obsee erfolgen. Der Zuschlag erfolgte aktenkundig allein aufgrund des Angebotspreises, es fehlen jegliche Hinweise auf eine Bewertung der beiden Angebote. Sodann fanden mündliche Besprechungen der Beschwerdegegnerinnen mit den Anbietern statt, welche aber nur teilweise protokolliert wurden (vgl. Bg.Bel. 5; Art. 29 Abs. 2 AB SubmG). Dabei wurden insbesondere auch Verhandlungen über Änderungen des Leistungsinhalts geführt, welche im Einladungsverfahren verboten, im freihändigen Verfahren jedoch zulässig sind (Art. 30 AB SubmG; Beyeler, a.a.O., N. 279, 813). Insgesamt ergibt sich daraus, dass gar nie ein Submissionsverfahren im Sinne des kantonalen Submissionsrechts durchgeführt wurde. Der Beschwerdeführer führt denn auch selbst aus, dass er bis zum Erhalt der "Zuschlagsverfügung" selbst von einem freihändigen Verfahren ausgegangen sei. Aus dem ganzen Ablauf muss denn auch geschlossen werden, dass die Beschwerdegegnerinnen gar nie die Durchführung einer Submission im Sinne eines Einladungsverfahrens beabsichtigten, sondern - offensichtlich unerfahren in der Durchführung von Submissionsverfahren - sich erst aufgrund des Schreibens des beschwerdeführerischen Rechtsvertreters vom 22. September 2005 zum Erlass der "Zuschlagsverfügung" hinreissen liessen. Es kann somit nicht gesagt werden, dass die Beschwerdegegnerinnen sich vorgängig für die Durchführung des Einladungsverfahrens entschieden haben; es liegt also keine Wahl eines höherstufigen Verfahrens seitens der Beschwerdegegnerinnen vor, sodass sie nach dem Gesagten auch nicht bei der gewählten Verfahrensart behaftet werden können. Vielmehr liegt eine "Zuschlagsverfügung" vor, die eines Sinns entbehrt. Der angefochtenen Verfügung fehlt somit jegliche Grundlage, da sie

auf schwerwiegenden Verfahrensmängeln beruht. Es kann offen bleiben, ob die Zuschlagsverfügung geradezu als nichtig zu betrachten ist (vgl. dazu Rhinow/Krähenmann, Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Ergänzungsband, Basel 1990, Nr. 40 V/2/b). Die rechtswidrige Zuschlagsverfügung vom 30. September 2005 ist, ebenso wie die ihr zugrunde liegende Mitteilung an den Beschwerdeführer vom 14. September 2005, aufzuheben. Unter diesen Umständen kann auch offen bleiben, ob - wie die Beschwerdegegnerinnen nun zu bedenken geben - hier allenfalls dem Submissionsrecht gar nicht unterstehende kommerzielle oder industrielle Tätigkeiten im Sinne von Art. 8 Abs. 2 Bst. a IVöB vorliegen.

E. 4

Da nach dem Gesagten kein Submissionsverfahren im Sinne des kantonalen Submissionsrechts vorliegt, können die Beschwerdegegnerinnen ihren Auftrag freihändig vergeben. Ob und allenfalls welche Verfahrensregeln für das freihändige Verfahren gelten, ist in Lehre und Rechtsprechung umstritten (vgl. Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2005, 51 f.; Galli/Moser/Lang, a.a.O., N. 191). Nach der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts (BGE 131 I 137 ff., insbesondere Erw. 2.5 ff.) können Vergabeentscheide im freihändigen Verfahren grundsätzlich nicht angefochten werden (vgl. auch BVR 2005, 499 ff.). Das Bundesgericht hielt in zitierten Entscheid fest, dass im freihändigen Verfahren grundsätzlich kein förmlicher Vergabungsentscheid zu ergehen habe, der Anfechtungsobjekt eines Rechtsmittelverfahrens bilden könnte. Müsste vor dem Vollzug der freihändig erfolgten Vergabung das allfällige Ergebnis eines Rechtsmittelverfahrens abgewartet werden, so widerspräche dies insbesondere dem Sinn und Zweck der freihändigen Vergabung, welche bei niedrigen Beträgen regelmässig auf eine formlose und rasche Abwicklung der betreffenden Beschaffung ausgerichtet sei; das Rechtsmittel würde im Ergebnis zu einem nachträglichen Submissionsverfahren. Könnte die Anfechtung des freihändig erfolgten Zuschlages die Gültigkeit der Vergabung dagegen zum Vornherein nicht mehr beeinflussen, hätte ein solches Rechtsmittelverfahren wenig Sinn; der damit verbundene Aufwand könnte, da der Vergabung kein Ausschreibungsverfahren vorangegangen sei, auch nicht mit dem Interesse an der Geltendmachung von Schadenersatz für die Kosten der Offerte gerechtfertigt werden (BGE 131 I 143). Eine allfällige Anfechtungsmöglichkeit zieht das Bundesgericht lediglich mit Blick auf Art. 9 BGBM für den Fall in Betracht, dass die Auswahl des Vertragspartners bei einer zulässigerweise freihändig erfolgten Vergabung offensichtlich auf gegen das Binnenmarktgesetz verstossenden Vorschriften oder Weisungen beruhe, welche auf den Ausschluss ortsfremder Anbieter ausgerichtet seien, oder wenn sich der Vergabungsentscheid erklärtermassen auf eine dahingehende behördliche Praxis stütze (BGE 131 I 144). Nicht anders als im vom Bundesgericht beurteilten Fall macht aber auch hier der Beschwerdeführer nicht geltend, dass die streitige Vergabung auf gegen die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes verstossenden Normen bzw. Weisungen oder einer entsprechenden behördlichen Praxis beruhe, die sich für ihn als rechtswidrige Schranke für den Marktzugang auswirke. Der Beschwerdeführer macht auch nicht geltend, die Beschwerdegegnerinnen wären von vornherein zur freihändigen Vergabung des Auftrags nicht befugt gewesen. Bei dieser Sachlage kann das Vergabeverfahren, soweit es als freihändiges durchgeführt wurde, nicht beanstandet werden.

E. 5

Da ein freihändiges Verfahren vorliegt, können die Beschwerdegegnerinnen entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers (Ziff. 2) nicht zur erneuten Ausschreibung des Auftrags verpflichtet werden. Auch existiert keine Grundlage, um die Beschwerdegegnerinnen zur Vergabe des Auftrags an den Beschwerdeführer entsprechend seinem diesbezüglichen Antrag (Ziff. 3) zu verpflichten. Infolge des freihändigen Verfahrens besteht entgegen dem Antrag des Beschwerdeführers (Ziff. 4) gestützt auf das Submissionsrecht schliesslich auch keine Möglichkeit für die Feststellung, dass ihm ein Anspruch auf Schadenersatz zustehe (Beyeler, a.a.O., N. 686, 810; BGE 131 I 143, Erw. 2.5 in fine). Bis zum Erhalt der "Zuschlagsverfügung" ging der Beschwerdeführer denn auch selbst davon aus, dass ein freihändiges Verfahren vorliege. Der Beschwerdeführer musste sich also bewusst sein, dass er für seine Bemühungen gestützt auf das Submissionsrecht keine Entschädigung verlangen können. Allein die Tatsache, dass die Beschwerdegegnerinnen in der Folge die nun aufzuhebende Zuschlagsverfügung erliessen, vermag daran nichts zu ändern. Auf die Anträge Ziff. 2 bis 4 des Beschwerdeführers kann demzufolge nicht eingetreten werden.

E. 6

Zusammenfassend ergibt sich, dass die unrechtmässig ergangenen Verfügungen der Teilsamen Lungern-Dorf und Lungern-Obsee vom 14. September und 30. September 2005 aufzuheben sind. Die Beschwerde ist folglich in diesem Sinne gutzuheissen. de| fr | it Schlagworte beschwerdeführer einladungsverfahren freihändiges verfahren verfahren vergabeverfahren bundesgericht zuschlag(öffentliches beschaffungswesen) entscheid verfahrensart schadenersatz erhaltung umstände weisung ausführung anfechtbarkeit Mehr Deskriptoren anzeigen Normen Bund IVöB: Art.8 AB: Art.10 Art.12 Art.14 Art.15 Art.21 Art.26 Art.29 Art.30 Art.32 BGBM: Art.9 Leitentscheide BGE 131-I-137 S.143 131-I-137 S.144 131-I-137 131-I-137 S.141 VVGE 2005/06 Nr. 49 2003/04 Nr. 50

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