

SO_GERICHTE VWBES.2013.383 vom 16. Dezember 2013

SO Obergericht, 2013-12-16, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/so_gerichte_VWBES.2013.383

FR: SO_GERICHTE VWBES.2013.383 du 16 décembre 2013

IT: SO_GERICHTE VWBES.2013.383 del 16 dicembre 2013

Regeste

§§ 6, 20, 26 und 30 SubG. Vergaben im freihändigen Verfahren sind mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Im freihändigen Vergabeverfahren ist das Einholen mehrerer Offerten möglich. Die Zuschlagskriterien sind im Voraus bekannt zu geben. Gibt die Vergabebehörde keine Zuschlagskriterien bekannt, so gilt der Preis als einziges Zuschlagskriterium. Beim Zuschlagskriterium Preis gibt es kein Ermessen.

Volltext

SOG 2013 Nr. 24

§§ 6, 20, 26 und 30 SubG. Vergaben im freihändigen Verfahren sind mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde anfechtbar. Im freihändigen Vergabeverfahren ist das Einholen mehrerer Offerten möglich. Die Zuschlagskriterien sind im Voraus bekannt zu geben. Gibt die Vergabebehörde keine Zuschlagskriterien bekannt, so gilt der Preis als einziges Zuschlagskriterium. Beim Zuschlagskriterium Preis gibt es kein Ermessen.

Sachverhalt:

Der Zweckverband W. holte für den Neubau einer Verbindungsleitung verschiedene Offerten ein. Die B.-AG reichte ein Preisangebot von CHF 120'910.00 und die Z.-AG eines von CHF 120'950.00 ein. Der Zweckverband W. erteilte den Zuschlag der Arbeiten in der Folge an die Z.-AG mit der Begründung, die Angebote seien nahe beieinander, weshalb andere Kriterien massgebend sein sollten wie die gute Erfahrung und die Nähe zum Verbandsgebiet der Z.-AG (Zuschlagsempfängerin). Die B.-AG erhob gegen diesen Zuschlag Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht heisst die Beschwerde gut und hebt den Zuschlag auf.

Aus den Erwägungen:

3.1 Das Submissionsgesetz sieht für die verschiedenen Vergabeverfahren Schwellenwerte vor. Diese sind in § 13 Submissionsgesetz (SubG, BGS 721.54) für das offene und selektive Verfahren und in § 14 SubG für das Einladungsverfahren festgehalten. Der kantonale Schwellenwert für das Einladungsverfahren liegt gemäss § 14 SubG bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes bei CHF 300'000.00 (lit. a), bei Aufträgen des Baunebengewerbes und bei Dienstleistungen bei CHF 150'000.00 (lit. b) und bei Lieferungen bei CHF 100'000.00 (lit. c).

3.2 Im freihändigen Verfahren kann gemäss § 15 Abs. 1 SubG der Auftrag vergeben werden, wenn sein Gesamtwert den Betrag für das Einladungsverfahren nicht erreicht. Die eingegangenen Offerten liegen unterhalb des kantonalen Schwellenwerts für das Einladungsverfahren. Die Vergabebehörde kann im freihändigen Verfahren vergeben.

3.3 Die Vergabebehörde hat mehrere Unternehmer aufgefordert, ein Angebot einzureichen. Wie viele Angebote die Auftraggeberin im freihändigen Verfahren einholen muss und darf, wird im Gesetz nicht ausgeführt. Aufgrund der Verpflichtung zum sorgsamem Umgang von öffentlichen Mitteln müssen Vergabebehörden auch im freihändigen Vergabeverfahren die Möglichkeit haben, mehrere Offerten einzuholen. Das Einholen mehrerer Offerten darf aber nicht dazu führen, dass per se das nächsthöhere Vergabeverfahren ■ das Einladungsverfahren ■ zur Anwendung gelangt (Peter Galli / André Moser/ Elisabeth Lang / Marc Steiner: Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich etc. 2013, N 370 ff.; so auch AGVE 2004 55 S. 226 ff.; Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen, Urteil B 2010/128; TVR 2008 Nr. 27; Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Entscheid VB.2008.00555). Dadurch dass die Vergabebehörde mehrere Offerten eingeholt hat, wird auch im Kanton Solothurn nicht per se das Einladungsverfahren anwendbar. Auch im freihändigen Verfahren können für die Vergabe mehrere Offerten eingeholt werden. ()

4.1 Ist der Schwellenwert für das Einladungsverfahren nicht überschritten, lädt die Auftraggeberin gemäss § 20 SubG im freihändigen Verfahren direkt zur Angebotsabgabe ein. Wie frei die Vergabebehörden im freihändigen Verfahren tatsächlich sind, ist von Kanton zu Kanton verschieden. In der Rechtsprechung und Literatur werden unterschiedliche Meinungen vertreten.

4.2.1 Gemäss Bircher / Scherler ist das freihändige Verfahren gar kein Submissionsverfahren, da keine verschiedenen Anbieter miteinander in einem geordneten Verfahren im Wettbewerb stehen (Daniel Bircher / Stefan Scherler: Missbräuche bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Bern etc. 2001, S. 21).

4.2.2 So sieht es auch das Verwaltungsgericht des Kantons St. Gallen seit der Einführung des öffentlichen Beschaffungsrechts: Die Vergabe von kleineren Aufträgen im freihändigen Verfahren sei Ausdruck der den Gemeinden verbliebenen Restautonomie im öffentlichen Vergabewesen. Damit solle dem mit den örtlichen Gegebenheiten am besten vertrauten Gemeinwesen auch unter der Herrschaft des neuen Beschaffungsrechts gestattet sein, zumindest bei kleineren Aufträgen ein möglichst rasches, kostengünstiges und unkompliziertes Vergabeverfahren beizubehalten. Zulässig müsse es in diesem (restautonomen) Bereich auch sein, zum Offertvergleich vor einer freihändigen Vergabe ausserhalb der Formvorschriften des Einladungsverfahrens eine oder mehrere Konkurrenzofferten einzuholen und den Auftrag in der Folge direkt, d.h. freihändig, zu vergeben. Die Vorschriften des Einladungsverfahrens würden in solchen Fällen nicht zum Tragen kommen, da sonst der Anwendungsbereich des freihändigen Verfahrens ausgehöhlt würde (SG-GVP 1999, Nr. 36, S. 104 ff.). Gemäss Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen seien im freihändigen Verfahren die Vorschriften des Submissionsrechts über die förmliche Ausschreibung und die Einladung nicht anwendbar. Auch der Zuschlag im freihändigen Verfahren sei dem Rechtsschutz entzogen, soweit es nicht um die Verfahrensart selbst gehe. Die Vergabestelle sei namentlich auch nicht gehalten, Zuschlagskriterien festzulegen und diese bei der Vergabe transparent anzuwenden. Diese Grundsätze beanspruchten auch dann Geltung, wenn Konkurrenzofferten eingeholt worden seien (vgl. Galli et al., a.a.O., N 371; SG-GVP 1999, Nr. 36, S. 104 ff; Urteile des Verwaltungsgerichts St. Gallen: B 2004/148 E. 2; B 2004/2008 E. 2; B 2010/128).

4.2.3 Im Kanton Bern sind Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens oder tieferer kommunaler Schwellenwerte gemäss ausdrücklicher Nennung im Gesetz nicht anfechtbar (Art. 13 Abs. 3 Gesetz über das Beschaffungswesen

des Kantons Bern, ÖBG, BSG 731.2). Die Vereinbarkeit dieser Bestimmung mit Art. 9 Binnenmarktgesetz (BGBM, SR 943.02) bestätigte das Bundesgericht in seinem Entscheid vom 11. Februar 2005. Das Bundesgericht führte aus, «eine Reihe gewichtiger Gründe» [spreche] für die Zulässigkeit einer solchen Regelung. So sei auch im Bund eine analoge Beschränkung vorgesehen. Das BöB (Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen, SR 172.056.1) sei nur anwendbar, wenn bestimmte Schwellenwerte erreicht würden. Nur dann kämen auch die Rechtsschutzbestimmungen zur Anwendung. Es sei nicht ersichtlich, weshalb die Kantone verpflichtet sein sollten, auch für Bagatellvergaben Rechtsmittelverfahren vorzusehen, wenn der Bund selber für solche Fälle keinen Rechtsschutz kenne. Sodann habe die Gewährung einer Anfechtungsmöglichkeit grundsätzlich nur dort einen Sinn, wo das einschlägige Submissionsrecht im Hinblick auf die Bedeutung des Auftrags ein formalisiertes Vergabeverfahren überhaupt vorsehe. Das freihändige Verfahren sei kein derartiges Verfahren. Dass zwischen dem Verfahrensaufwand und der Bedeutung des zu vergebenden Auftrags ein vernünftiges Verhältnis bestehen solle, komme auch aus Art. 5 Abs. 2 BGBM zum Ausdruck, wonach nur Vorhaben für «umfangreiche» öffentliche Einkäufe, Dienstleistungen und Bauten unter Angabe der Kriterien für Teilnahme und Zuschlag amtlich zu publizieren seien. Es stehe sodann ausser Frage, dass der kantonale Gesetzgeber die Ausgestaltung des Submissionsverfahrens bzw. den damit für die Behörde verbundenen Evaluationsaufwand u.a. von der Bedeutung der Vergabe, d.h. von zu erreichenden Schwellenwerten, abhängig machen dürfe. Art. 9 BGBM schliesse derartige Differenzierungen nicht aus. Ebenso sei klar, dass nicht für jede kleine und kleinste Vergabe und entsprechende Anordnungen unabhängig vom Wert des Auftrags immer in die Form einer anfechtbaren Verfügung gekleidet werden müssten; dies widerspräche der Realität (BGE 131 I 137 E. 2.4; siehe ferner SG-GVP 1999, Nr. 36, S. 104 ff.; AGVE 2007, 37, S. 155 f.).

4.2.4 Der Kanton Aargau fasste im Rahmen der Teilrevision des Submissionsdekrets im Jahr 2005 unter Berücksichtigung des vorgenannten bundesgerichtlichen Entscheids die Beschwerdemöglichkeit neu. Als anfechtbare Verfügungen gelten seither nur noch die Handlungen der Vergabebehörden, wenn der Schwellenwert des Einladungsverfahrens erreicht ist. Unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens besteht seit der Revision kein Rechtsschutz mehr, und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist unzulässig (AGVE 2007 37 S. 153 ff.). Diese Bestimmung verletzt auch nicht die Rechtsweggarantie (Art. 29a Bundesverfassung, BV, SR 101), da diese nämlich keinen gerichtlichen Rechtsschutz für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte des Einladungsverfahrens vorsieht. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist gegen Vergaben unterhalb des Schwellenwerts für das Einladungsverfahren unzulässig (AGVE 2009, 37 S. 197 ff.).

4.2.5 Auch in den Kantonen Zug und Glarus besteht kein Rechtsschutz, wenn der Auftragswert unterhalb der Schwelle für das Einladungsverfahren liegt (Galli et al., a.a.O., N 374 f.).

4.2.6 Dagegen können im Kanton Zürich sämtliche Entscheide kantonaler oder kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe im unterschweligen Bereich unmittelbar mit Beschwerde beim Verwaltungsgericht angefochten werden (Verwaltungsgericht des Kantons Zürich, Entscheid VB.2008.00555; Galli et al., a.a.O., N 377).

4.3.1 Im Kanton Solothurn gelten gemäss § 30 Abs. 2 SubG folgende Handlungen von Vergabebehörden als anfechtbare Verfügungen: Zuschlag, Widerruf und Abbruch des

Verfahrens (lit. a); Ausschreibung des Auftrags (lit. b); Auswahl der Teilnehmer im selektiven Verfahren (lit. c); Ausschluss vom Vergabeverfahren (lit. d); Aufnahme oder Nichtaufnahme des Anbieters in ein Verzeichnis nach § 10 SubG sowie Streichung aus dem Verzeichnis (lit. e). Dazu gehören auch Vergaben unterhalb des Schwellenwerts des Einladungsverfahrens.

4.3.2 In der Botschaft und im Entwurf des Submissionsgesetzes des Regierungsrats an den Kantonsrat vom 12. Februar 1996 war der Rechtsschutz noch auf Aufträge beschränkt, die im offenen oder im selektiven Verfahren vergeben werden. Anlässlich der Vorberatung des Entwurfs des Submissionsgesetzes kam die Umwelt-, Bau- und Wirtschaftskommission zum Schluss, das Rechtsmittelverfahren sei entsprechend dem Binnenmarktgesetz generell anwendbar zu erklären. «Das Rechtsmittelverfahren möchten wir, entsprechend dem Binnenmarktgesetz, generell anwendbar erklären. Dies tönt für die vergebenden Praktiker schrecklich. Aber es ist es nicht, weil nicht jeder ein Rechtsmittelverfahren aufnimmt. Es sind Prozesskosten und ein Prozessrisiko vorhanden und relativ beschränkte Schadenersatzmöglichkeiten, welche den Anreiz nicht sehr gross machen. Andererseits kommen wir rechtlich nicht darum herum, denn nach dem Binnenmarktgesetz steht jedem dieses Recht zu» (Umwelt-, Bau- und Wirtschaftskommission, Protokoll vom 29.5.1996, S. 483). Der Vorschlag der Umwelt-, Bau- und Wirtschaftskommission, das Rechtsmittelverfahren generell anzuwenden, wurde vom Kantonsrat angenommen und das Submissionsgesetz in der Folge genehmigt (Kantonsratsprotokoll vom 26. Juni 1996, S. 345).

4.3.3 Seither hat der Kantonsrat den Rechtsschutz bei Submissionen nicht angepasst. Auch der Entscheid des Bundesgerichts (BGE 131 I 137) veranlasste den Kantonsrat nicht, Vergaben unterhalb des Schwellenwerts des Einladungsverfahrens von der Rechtsmittelmöglichkeit auszuschliessen. Dies obwohl die damalige Begründung der Umwelt-, Bau- und Wirtschaftskommission mit dem Bundesgerichtsentscheid entkräftet wurde. ()

5.1 Gemäss § 26 Abs. 1 SubG erhält das günstigste Angebot den Zuschlag. Mögliche Zuschlagskriterien werden in Abs. 2 aufgelistet. Will die Auftraggeberin zusätzliche Kriterien anwenden oder einzelne Kriterien besonders gewichten, so muss sie das in der Ausschreibung bekannt geben (§ 26 Abs. 3 SubG). Der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter kann ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises ermittelt werden (§ 25 Abs. 2 Submissionsverordnung, SubV, BGS 721.55).

5.2 Die Bestimmungen des Submissionsrechts sind im freihändigen Verfahren vollumfänglich anwendbar. Für alle Vergabeverfahren gilt der Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung gemäss § 6 SubG. Demnach werden alle Anbieter gleich behandelt und dürfen nicht diskriminiert werden. Ein fairer, den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung verpflichteter Wettbewerb verlangt jedoch die vorgängige (verbindliche) Bekanntmachung der Zuschlagskriterien. Die Zuschlagskriterien sind somit bereits mit der Aufforderung zur Offertstellung unverzichtbar, auch wenn im freihändigen Verfahren keine Ausschreibung im Sinne von § 16 SubG erfolgt (so auch AGVE 2004 55, S. 226).

5.3 Unbestritten ist, dass weder im Brief zur Submission noch im Offertformular oder dem Leistungsverzeichnis, welche den Offerenten abgegeben wurden, Zuschlagskriterien erwähnt wurden. Den Offerenten wurden somit vorgängig keine Zuschlagskriterien ■ auch

nicht der Preis (§ 26 Abs. 2 lit. b SubG) ■ bekannt gegeben.

5.4 Die Beschwerdeführerin folgerte aus der nicht erfolgten vorgängigen Bekanntgabe von Zuschlagskriterien, dass der Preis als einziges Kriterium heranzuziehen sei. Da sie die günstigste Offerte eingereicht habe, hätte sie den Zuschlag erhalten sollen. Dagegen sind die Vergabebehörde und die Zuschlagsempfängerin der Meinung, dass die Vergabe im Ermessen der Vergabebehörde liege. Entsprechend wählte die Vergabebehörde nach Feststellung der geringen Differenz zweier Angebote weitere Zuschlagskriterien. In der Folge erteilte die Vergabebehörde den Zuschlag an die um rund CHF 40.00 teurere Zuschlagsempfängerin wegen Beheimatung im Verbandsgebiet und guter Erfahrungen in der Vergangenheit.

5.5 Entgegen den Ausführungen der Zuschlagsempfängerin sind die in § 26 Abs. 2 SubG aufgezählten Kriterien nicht per se anwendbar. Dem Wortlaut des Gesetzes ist eben gerade nicht zu entnehmen, dass die aufgezählten Kriterien zur Anwendung kämen, wenn in der Ausschreibung keine genannt werden. Bei den aufgezählten Kriterien handelt es sich ganz offensichtlich um beispielhafte Möglichkeiten, wie das günstigste Angebot ermittelt werden kann. So heisst es in § 26 SubG: «Kriterien zur Ermittlung des günstigsten Angebots sind insbesondere: a) Wirtschaftlichkeit; b) Preis; ()». Es fehlt ganz offensichtlich an einer Formulierung, welche ■ im Falle eines Fehlens von vorher bekannt gegebenen Zuschlagskriterien ■ die Gesamtheit der in § 26 SubG aufgeführten Kriterien zwingend für anwendbar erklärt. Das wäre im Übrigen angesichts der vorgeschlagenen Kriterien auch wenig sinnvoll, wäre doch beispielsweise das Kriterium «Ästhetik» in den meisten Fällen, in denen etwa Bauaufträge ■ wie vorliegend für Grabarbeiten ■ zu vergeben wären, überflüssig und allenfalls sogar hinderlich (Urteile der Kantonalen Schätzungskommission SKSUB.2009.4; SKSUB.2010.1; SKSUB.2010.5).

5.6 Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit zum Thema der nicht zuvor bekannt gegebenen Kriterien geäußert. Fehlen in der Ausschreibung und den dazugehörigen Unterlagen jegliche Angaben bezüglich der anzuwendenden Zuschlagskriterien, dürfen und müssen die Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabebehörde ihre Auswahl einzig auf das Kriterium des Preises stützen wird (Urteil des Bundesgerichts 2P.74/2002 E. 3.3). So war auch die langjährige Praxis der Kantonalen Schätzungskommission (Urteile der Kantonalen Schätzungskommission SKSUB.2009.4; SKSUB.2010.1; SKSUB.2010.5). Auch wenn gemäss § 25 Abs. 2 SubV der Preis als einziges Zuschlagskriterium grundsätzlich nur für weitgehend standardisierte Güter zulässig wäre, ist im Sinne der Rechtssicherheit nichts gegen die langjährige Praxis der kantonalen Schätzungskommission einzuwenden.

5.7 Das Heranziehen von weiteren Kriterien wie Ortsansässigkeit und Erfahrung verletzt den Grundsatz der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung. Zudem könnte das Zuschlagskriterium der Beheimatung im Verbandsgebiet, auch wenn dieses vorgängig bekannt gemacht worden wäre, nicht akzeptiert werden. Dieses Kriterium ist gleichzusetzen mit der Ortsansässigkeit und Ortskenntnissen, welche als unzulässige vergabefremde Zuschlagskriterien gelten. Diese können nur in Ausnahmefällen ■ welche hier nicht vorliegen ■ als Zuschlagskriterien angewendet werden (Galli et al., a.a.O., N 920 ff.).

5.8 Damit ist als einziges Zuschlagskriterium der Preis massgebend. Die anderen beiden Zuschlagskriterien können als vor- resp. nachgeschoben und vergaberechtswidrig nicht berücksichtigt werden. Die beiden Offerten unterscheiden sich in einem Betrag von CHF 40.00. Beim Preis kann, auch wenn die Differenz noch so gering ist, nicht von einem

«gleichwertigen Angebot» gesprochen werden. Der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium lässt keinen Ermessensspielraum für die Vergabebehörde offen. Die Beschwerdeführerin hat das günstigste Angebot eingereicht und hätte daher den Zuschlag erhalten sollen. Die Vergabebehörde hat, indem sie den Zuschlag an die teurere Offerentin vergeben hat, ihr Ermessen überschritten. Der Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin ist aufzuheben.

Verwaltungsgericht, Urteil vom 16. Dezember 2013 (VWBES.2013.383)

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