

# **TG\_OBERGERICHT TVR 2008 Nr. 27 vom 2. Juli 2008**

Tg Obergericht, 2008-07-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg\\_obergericht\\_TVR\\_2008\\_Nr.\\_27](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/tg_obergericht_TVR_2008_Nr._27)

FR: TG\_OBERGERICHT TVR 2008 Nr. 27 du 2 juillet 2008

IT: TG\_OBERGERICHT TVR 2008 Nr. 27 del 2 luglio 2008

## **Regeste**

Freihändige Vergabe trotz Einladung von zwei Offerenten

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Wird in den Submissionsunterlagen für ein Projekt ausdrücklich die freihändige Vergabe vorgesehen und ist der Schwellenwert hierfür nicht überschritten, so gelangt nicht automatisch das Einladungsverfahren zur Anwendung, wenn zwei oder mehr Offerenten zur Abgabe eines Angebotes eingeladen werden (E. 2).

### **E. 2**

a) Den angefragten Unternehmungen (A und B) wurden mit der Einladung zur Offertstellung die Vergabeunterlagen, inkl. «Submissionsbestimmungen» und «Allgemeine Bestimmungen» zugestellt. In den «Submissionsbestimmungen» ist festgelegt, dass die Vergabe für die Wasserleitungs-Installationsarbeiten im Rahmen der Sanierung der K- und D-Strasse «gemäss den Bestimmungen der interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB), das kantonale Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen und die Verordnung des Regierungsrates zum Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen durchgeführt» werde. Unter dem Titel «Verfahrensart» wurde weiter festgelegt, dass die Submission im «Freihändigen-Verfahren» erfolge. Nachdem zwei Unternehmungen zur Offertstellung eingeladen wurden, stellt sich vorliegend die Frage, welches Verfahren (freihändiges oder Einladungsverfahren) auf diese Arbeitsvergabe tatsächlich zur Anwendung gelangte oder hätte gelangen sollen. b) Vorweg ist festzuhalten, dass die Installationsarbeiten dem Baunebengewerbe im Sinne der Vergaberichtlinien zur IVöB beziehungsweise von § 11 Abs. 3 Ziff. 2 VöB zuzuordnen sind, da es sich dabei nicht um tragende Elemente eines Bauwerks handelt (vgl. Art. 3 Abs. 1 VRöB). Der Auftragspreis von Fr. 122'500.– liegt klar unter dem Schwellenwert von Fr. 150'000.– gemäss § 11 Abs. 3 Ziff. 2 VöB, womit die Durchführung eines freihändigen Verfahrens grundsätzlich zulässig war. Fraglich ist, ob durch die Einladung von zwei Unternehmungen zur Offertstellung quasi automatisch das Einladungsverfahren mit den entsprechenden Formvorschriften oder ob weiterhin das freihändige Verfahren – allerdings mit mehreren Offerenten – zur Anwendung gelangte. Diese Frage wurde vormals in Lehre und Rechtsprechung kontrovers diskutiert beziehungsweise beantwortet (vgl. etwa KRITERIUM Nr. 22/2007 S. 1 ff., sowie die Zusammenstellung der verschiedenen Auffassungen in: Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. Bern 2005, S. 48 ff.). (...) Im Urteil 2P.198/2004 vom 11. Februar 2005 (E. 2.7) hat das Bundesgericht die Einholung mehrerer Offerten im freihändigen Verfahren als grundsätzlich zulässig erachtet. Die Zweckmässigkeit eines derartigen Vorgehens (Einholung mehrerer Offerten im freihändigen Vergabeverfahren) wird auch durch Kuonen

(a.a.O., S. 50) mit überzeugender Begründung bejaht, sofern der (kantonale) Gesetzeswortlaut nicht entgegensteht. So wird namentlich angeführt, dass etwa der Wettbewerb nicht spiele, wenn die Vergabebehörde nur von einem Anbieter eine Offerte erstellen lasse. Die Behörde könne auf diese Weise nicht garantieren, dass wirtschaftlich günstig beschafft werde. Wenn eine Preiskontrolle auch im freihändigen Verfahren erwünscht sei, mache es Sinn, diese bereits vorzeitig über einen minimalen Wettbewerb sicherzustellen. Dies gebiete letztlich auch der wirtschaftliche Einsatz öffentlicher Mittel (Kuonen a.a.O., S. 50, mit weiteren Hinweisen). Weder der VöB noch dem GöB lässt sich eine Bestimmung entnehmen, die gegen die Einholung mehrerer Offerten im Rahmen des freihändigen Verfahrens sprechen würde. § 15 Abs. 1 VöB besagt lediglich, dass im Rahmen eines freihändigen Verfahrens ein Auftrag direkt und ohne Ausschreibung vergeben wird. Die Einholung mehrerer Konkurrenzofferten im Rahmen des freihändigen Verfahrens ist somit auch im Kanton Thurgau als rechtmässig zu betrachten und kann im Einzelfall als durchaus sinnvoll und zweckmässig erscheinen. Voraussetzung ist allerdings, dass die Wahl der freihändigen Vergabe in den Unterlagen zuhanden der eingeladenen Unternehmen festgehalten wird. Nachdem die Beschwerdegegerin in ihren «Submissionsbestimmungen» ausdrücklich die freihändige Vergabe vorsah, ist vorliegend davon auszugehen, dass trotz Einholung von zwei Offerten grundsätzlich weiterhin das freihändige Vergabeverfahren und nicht das Einladungsverfahren Anwendung fand. Damit entfiel – ungeachtet der Anwendbarkeit der verfahrensrechtlichen Vorschriften des öffentlichen Vergaberechts (nachfolgend E. 2.d) – insbesondere auch die Vorgabe gemäss § 14 Abs. 2 VöB, (wenn möglich) mindestens drei Angebote einzuholen (vgl. Kuonen, a.a.O., S. 52). c) Zu klären ist allerdings die Verfahrensausgestaltung. Dabei stellt sich die Frage, ob ein solches Verfahren tatsächlich wie ein freihändiges Verfahren durchgeführt wird, oder ob die Konkurrenzsituation dazu führt, dass Elemente eines Wettbewerbsverfahrens – unter Einhaltung einschlägiger Formvorschriften – zu berücksichtigen sind. Während bei einem «reinen» freihändigen Verfahren keine Eignungs- und Zuschlagskriterien bekannt gegeben werden und regelmässig kein Rechtsschutz besteht, ist dies bei einem Wettbewerbsverfahren gerade umgekehrt (Kuonen, a.a.O., S. 50 f). Ein Entscheid des St.Galler Verwaltungsgerichts, gemäss welchem die Vergabebehörde im Rahmen eines freihändigen Verfahrens ausserhalb der Formvorschriften für das Einladungsverfahren Konkurrenzofferten einholen darf, ohne an formelle Vorschriften gebunden zu sein (Entscheid vom 16. September 1999, GVP 1999 Nr. 36, S. 104 ff.), wurde in Lehre und Literatur kritisiert (Kuonen, a.a.O., mit Verweis auf Galli/Moser/ Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 191, sowie Stöckli, in BR 4/2000, S. 130, Anmerkung zu Nr. S45-46). (Wiedergabe verschiedener Lehrmeinungen, wonach bei mehreren Anbietern im Einladungsverfahren die Grundsätze eines Wettbewerbsverfahrens zu beachten seien, ein Minimum an Transparenz durch die Bekanntgabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien geschaffen werden müsse und der Rechtsschutz wieder auflebe.) Dieser Auffassung steht das Urteil des Bundesgerichts 2P.189/2004 vom 11. Februar 2005 (BGE 131 I 137) entgegen. (...) In E 2.7 führt das Bundesgericht Folgendes aus: «Dass die Gemeinde im Rahmen der freihändigen Vergabe mehrere Offerten eingeholt und diese miteinander verglichen hat, kann ebenfalls nicht zur Folge haben, dass deswegen eine Anfechtungsmöglichkeit der Offerenten gegen den Zuschlag eröffnet werden müsste; es wäre sachwidrig, ein solches Vorgehen, das auch bei einer freihändigen Vergabe zweckmässig sein kann, durch das Risiko von Rechtsmittelverfahren zu erschweren.» Voraussetzung ist dabei allerdings, dass die

freihändige Vergabe nicht auf gegen die Grundsätze des Binnenmarktgesetzes verstossenden Normen beziehungsweise Weisungen oder einer entsprechenden behördlichen Praxis beruht, die sich für allfällige Mitbewerber als rechtswidrige Schranke für den Marktzugang auswirken würde (Urteil 2P.189/2004, E. 2.7). Im Sinne dieser bundesgerichtlichen Rechtsprechung – und entgegen der Auffassung von Kuonen (a.a.O.) – ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass aufgrund von § 52 VöB (sowohl in der früheren als auch in der heutigen, seit 8. Januar 2008 gültigen Fassung) auch im Kanton Thurgau im Rahmen der freihändigen Vergabe mit mehreren Offertstellern grundsätzlich kein formalisiertes Vergabeverfahren durchzuführen und damit auch kein formeller und anfechtbarer Zuschlagsentscheid zu erlassen ist, sofern die Vergabeunterlagen nichts anderes bestimmen und die freihändige Vergabe ausdrücklich gewählt wurde. d) Vorliegend ist jedoch zu beachten, dass in den Submissionsbestimmungen, welche Bestandteil der den beiden Unternehmungen zugestellten Einladungen zur Offerteinreichung bildeten, ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Submission gemäss den Bestimmungen der IVöB, des GöB und der VöB durchgeführt werde. Auch den weiteren Submissionsbestimmungen und den ebenfalls angefügten «Allgemeinen Bestimmungen» ist zu entnehmen, dass ein förmliches Verfahren durchgeführt werden sollte. (...) Die der Einladung zur Offertstellung angefügten Bestimmungen sind auf ein förmliches Vergabeverfahren ausgerichtet. Dies erscheint im vorliegenden Fall umso mehr gerechtfertigt, als im Rahmen der freihändigen Vergabe mehr als nur ein Bewerber zur Offertstellung eingeladen wurde, womit sich eine Wettbewerbssituation ergeben hat. Die angeschriebenen Unternehmen durften aufgrund der ihnen zugestellten Vergabeunterlagen darauf vertrauen und davon ausgehen, dass die entsprechenden submissionsrechtlichen Vorgaben eingehalten würden. Obwohl die Beschwerdegegnerin im Rahmen des freihändigen Vergabeverfahrens grundsätzlich nicht verpflichtet gewesen wäre, ein förmliches Verfahren durchzuführen, hat sie sich mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Anwendbarkeit von IVöB, des GöB und der VöB sowie der umfassenden Formulierung ihrer «Submissionsbestimmungen» inkl. den «Allgemeinen Bestimmungen» freiwillig den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt (vgl. TVR 1999 Nr. 26), und zwar auch ohne dass statt des freihändigen Verfahrens das Einladungsverfahren gewählt worden wäre. Dadurch wurde den Bewerbern jedoch gleichzeitig auch der Rechtsweg eröffnet (vgl. TVR 1999 Nr. 26).

### **E. 3**

a) Zu prüfen gilt es somit, ob die Zuschlagserteilung in rechtsgültiger Weise erfolgte. Grundlage bilden vorliegend die als anwendbar erklärten Bestimmungen über das öffentliche Beschaffungswesen. b) Die Beschwerdeführerin rügt, dass der Auftrag zu Unrecht aufgeteilt wurde. Gemäss § 43 VöB kann die Auftraggeberin oder der Auftraggeber den Auftrag nur dann und insoweit aufteilen und an verschiedene Anbieter vergeben, wenn sie oder er dies in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gemacht hat oder vor der Vergabe das Einverständnis der voraussichtlich zu Beauftragenden eingeholt hat. (Feststellung, dass die Vergabeunterlagen die Aufteilung des Auftrages in die Lose D-Strasse einerseits und K-Strasse andererseits nicht vorsehen.) Der Zuschlag vom 4. April 2008, mit welchem der Auftrag an die beiden offerierenden Unternehmungen aufgeteilt wurde, erweist sich somit bereits unter diesem Gesichtspunkt als rechtswidrig. c) Die Beschwerdeführerin rügt weiter, dass die Zuschlagskriterien in den Ausschreibungsunterlagen nicht aufgeführt seien. In diesem Zusammenhang ist vorweg darauf hinzuweisen, dass – obwohl bereits die «Submissionsbestimmungen» in Ziff. 20 eine

Rechtsmittelbelehrung (gegen die «Ausschreibung») enthielten – die Beschwerdeführerin nicht gehalten war, die ihr zugestellten Vergabeunterlagen anzufechten, zumal diese keine anfechtbare Verfügung im Sinne von Art. 15 Abs. 1bis IVöB darstellen. Die entsprechende Rüge konnte vielmehr erst im Rahmen der Anfechtung des Zuschlages angebracht werden (TVR 1999 Nr. 25, E. 1.d). Wie erwähnt, hat sich die Beschwerdegegnerin freiwillig den Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen unterstellt. Zu diesen gehört insbesondere auch die Pflicht, die Zuschlagskriterien in der Reihenfolge ihrer Gewichtung in den Vergabeunterlagen bekannt zu geben (vgl. § 23 Ziff. 10 VöB; TVR 2000 Nr. 29 E. 3.a, mit Verweis auf BGE 125 II 100 ff.). (Feststellung, dass die Vergabeunterlagen keine rechtsgenügende Umschreibung und Gewichtung der Zuschlagskriterien enthalten.)  
Entscheid vom 2. Juli 2008 × JavaScript errors detected Please note, these errors can depend on your browser setup. If this problem persists, please contact our support. Contact Support Close

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