

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00555 vom 20. Mai 2009

ZH Verwaltungsgericht, 2009-05-20, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2008.00555

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00555 du 20 mai 2009

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2008.00555 del 20 maggio 2009

Regeste

Submission | Aussenbeleuchtung für Feuerwehrvorplatz: Zulassung von Konkurrenzofferten im freihändigen Verfahren. Der Vergabebehörde ist es im Rahmen eines freihändigen Verfahrens gestattet, Konkurrenzofferten einzuholen. Sie muss jedoch darauf achten, bei den Anbietenden nicht den Anschein zu erwecken, dass ein Einladungsverfahren durchgeführt werde (E. 1). Auch im Rahmen einer freihändigen Vergabe sind die aus der Verfassung hergeleiteten Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns wie das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens zu beachten. Ferner gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter (E. 2.2).
Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Abteilung VB.2008.00555 Entscheid der 1. Kammer vom 20. Mai 2009 Mitwirkend: Abteilungspräsident Andreas Keiser (Vorsitz) , Verwaltungsrichter Robert Wolf, Ersatzrichterin Irene Egloff Martin, Gerichtssekretärin Tanja Pekeljevic. In Sachen A GmbH, Beschwerdeführerin , gegen Politische Gemeinde Volketswil, Beschwerdegegnerin , und B AG, Mitbeteiligte , betreffend Submission, hat sich ergeben: I. Im Rahmen des Projekts Neubau Feuerwehrgebäude und Wertstoffsammelstelle der Gemeinde Volketswil stand im November 2008 die Beschaffung einer ergänzenden Aussenbeleuchtung für den Feuerwehrvorplatz an. Nach telefonischer Voranfrage übermittelte das mit der Durchführung beauftragte Planungsbüro zwei interessierten Anbieterinnen mit E-Mails vom 5. November 2008 die für die Offertstellung benötigten Angaben. Die beiden Angebote gingen am 6. bzw. 7. November 2008 ein. Mit Beschluss vom 13. November 2008 vergab die kommunale Planungs- und Baukommission den Auftrag zum Preis von Fr. 36'017.25 an die B AG. Der Entscheid wurde den Anbieterinnen mit Schreiben vom 18. November 2008 eröffnet. II. Am 20. November 2008 erhob die A GmbH, deren Angebot nicht berücksichtigt worden war, beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den Entscheid der Planungs- und Baukommission Volketswil. Sie beantragte, der angefochtene Entscheid sei aufzuheben und es sei ein neues Vergabeverfahren oder eine Abgebotsrunde durchzuführen. Die Beschwerdegegnerin stellte am 12. Dezember 2008 Antrag auf Abweisung der Beschwerde. Mit Replik vom 23. Dezember 2008 und Duplik vom 16. Januar 2009 hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest. Die Mitbeteiligte liess sich nicht vernehmen. Die Kammer zieht in Erwägung:

E. 1.1

Das Submissionsrecht kennt vier Verfahrensarten: das offene, das selektive, das Einladungs- sowie das freihändige Verfahren. Das freihändige Verfahren, bei welchem die Auftraggeberin einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt vergibt (Art. 12 Abs. 1 lit. c der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. März 2001 [IVöB]), ist für Auftragswerte bis Fr. 100'000.- bei Lieferungen, bis Fr. 150'000.- bei Dienstleistungen und Bauarbeiten des Baunebengewerbes sowie bis Fr. 300'000.- bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes vorgesehen (Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB). Oberhalb dieser Schwellenwerte gelangt das Einladungsverfahren zur Anwendung, bei welchem die Anbietenden ebenfalls ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen werden; die Aufforderung zur Offertabgabe erfolgt dann jedoch nicht wie bei der freihändigen Vergabe formlos (vgl. § 11 Abs. 2 der Submissionsverordnung vom 23. Juli 2003 [SubmV]), sondern muss die in § 13 Abs. 1 SubmV statuierten Angaben enthalten, und es sind wenn möglich mindestens drei Angebote einzuholen (Art. 12 Abs. 1 lit. b bis IVöB). Der Auftragswert der vorliegend strittigen Beschaffung beträgt höchstens ca. Fr. 38'000.- und liegt damit klar innerhalb des Bereichs, für welchen das freihändige Verfahren zugelassen ist. Selbst wenn der gesamte Auftragswert des Projekts Feuerwehrgebäude und Wertstoffsammelstelle den Schwellenwert des Staatsvertragsbereichs im Sinn von Art. 7 Abs. 2 IVöB erreichen sollte – was aufgrund der vorliegenden Unterlagen unwahrscheinlich, aber nicht abschliessend zu beurteilen ist – würde der vorliegende Auftrag ohne Weiteres unter die "Bagatellklausel" der genannten Bestimmung fallen.

E. 1.2

Ob die Behörde bei der Durchführung eines freihändigen Verfahrens Offerten mehrerer Anbieter einholen darf, ist umstritten. Die Rechtsprechung anderer Kantone lässt Konkurrenzofferten in der Regel zu; die Lehre ist geteilter Meinung (vgl. die Übersicht und Diskussion bei Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 2. A., Band 1, Zürich 2007, N. 217 ff.).

E. 1.3

Für die Zulassung von Konkurrenzofferten im Rahmen eines freihändigen Verfahrens sprechen gewichtige praktische Erwägungen. Mit dem Einholen mehrerer Angebote erhält das Gemeinwesen unter Umständen verschiedene Lösungsmöglichkeiten, und die Konkurrenzsituation verschafft ihm in der Regel günstigere Preise. Das zeigt sich gerade auch bei der vorliegend beurteilten Vergabe, bei welcher die Beschwerdeführerin sich darüber beklagt, dass sie keine Kenntnis von der Konkurrenzsituation erhalten habe und daher nicht in der Lage gewesen sei, den "in Submissionen üblichen Rabatt oder Nettopreis" zu offerieren; dementsprechend verlangt sie die Durchführung einer Abgebotsrunde. Das Gebot der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB) legt somit nahe, das Mittel der Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren zu nutzen.

E. 1.4

Gegen die Zulassung von Konkurrenzofferten wird zuweilen eingewandt, dass damit faktisch ein Einladungsverfahren durchgeführt werde, weshalb die Behörde auch dessen Vorschriften zu beachten habe (Peter Rechsteiner, Die Ausschreibungspflicht: Grundsatz mit vielen Ausnahmen, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 36, 39; Christian

Bovet, La procédure de gré à gré, Baurecht, Sonderheft Vergaberecht 2004, S. 42). Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es aufgrund des Auftragswertes erforderlich wäre. So kann er, wenn eine freihändige Vergabe zulässig ist, statt dessen ein Einladungsverfahren einschlagen. In diesem Fall muss er sich bei der gewählten Verfahrensart behaften lassen und hat die für dieses geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln zu befolgen (RB 1999 Nr. 65 = BEZ 1999 Nr. 36; vgl. Galli/Moser/Lang/Clerc, N. 163 und 179 mit weiteren Hinweisen). Das bedeutet indessen nicht, dass ein freihändiges Verfahren durch das Einholen mehrerer Offerten automatisch zu einem Einladungsverfahren aufgestuft würde mit der Folge, dass die Regeln des höherstufigen Verfahrens zu befolgen wären. Wenn die Rechtsprechung von den Vergabebehörden verlangt, die Vergabe nach den Regeln des einmal gewählten Verfahrens zu Ende zu führen, so geschieht dies auf der Grundlage des Vertrauensgrundsatzes: Der Anbieter muss wissen, unter welchen Voraussetzungen er sein Angebot einreicht, und er soll sich daher darauf verlassen können, dass das einmal bekannt gegebene Verfahren gilt. Solange die Behörde jedoch nicht den Anschein erweckt, es werde ein höherrangiges Verfahren durchgeführt, steht das Vertrauensprinzip dem Einholen mehrerer Offerten auch in einem freihändigen Verfahren nicht entgegen. Um bei den Anbietern keine unbegründeten Erwartungen zu wecken, kann die Behörde in ihren Offertanfragen z.B. ausdrücklich darauf hinweisen, dass die Angebote im Rahmen eines freihändigen Verfahrens erfolgen. Denkbar ist auch, dass sie die angefragten Anbieter gar nicht über weitere Anfragen informiert; aus Gründen der Transparenz sowie im Hinblick auf den erwünschten Wettbewerb unter den Anbietern erscheint letzteres Vorgehen zwar als weniger zweckmässig, doch kann es nicht als unzulässig bezeichnet werden. Auf die Anfrage eines Anbieters, ob noch weitere Offerten eingeholt werden, darf die Behörde allerdings keine irreführende Antwort geben. Schliesslich ist auch denkbar, dass die Vergabestelle sich erst nach dem Eingang einer ersten, aus ihrer Sicht ungenügenden Offerte dazu entschliesst, noch weitere Offerten einzuholen; auch gegen dieses Vorgehen ist nichts einzuwenden (VGr, 6. April 2001, VB.2000.00206, www.vgrzh.ch).

E. 1.5

Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass es der Vergabestelle im Rahmen eines freihändigen Vergabeverfahrens gestattet ist, Konkurrenzofferten einzuholen. Sie muss jedoch darauf achten, bei den Anbietenden nicht den Anschein zu erwecken, dass ein Einladungsverfahren durchgeführt werde. Dieser Grundsatz gilt in erster Linie für Vergaben, die aufgrund ihres geringen Auftragswertes im freihändigen Verfahren erfolgen (Art. 7 Abs. 1 bis und Anhang 2 IVöB). Wieweit er auch für grössere Aufträge, die aufgrund der besonderen Ausnahmetatbestände von § 10 SubmV (vgl. Art. XV des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen und Art. 12 bis Abs. 1 IVöB) freihändig vergeben werden, Geltung besitzt, bedürfte einer näheren Prüfung und ist hier nicht zu entscheiden.

E. 1.6

Bei der vorliegend beurteilten Vergabe hat das Vorgehen der Behörde von Beginn weg dem eines freihändigen Verfahrens entsprochen. Der mit der Beschaffung betraute Fachplaner übermittelte den beiden am Beschwerdeverfahren beteiligten Anbieterinnen je mit E-Mail vom 5. November 2008 "Angaben zur Offertstellung", wobei aus dem Betreff der Mitteilung geschlossen werden konnte, dass die Aussenbeleuchtung des Feuerwehrgebäudes Volketswil infrage stand und es sich folglich um eine öffentliche

Beschaffung handelte. Abgesehen von der Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes enthielt die Mitteilung keine der Angaben, welche gemäss § 13 Abs. 1 SubmV für ein Einladungsverfahren erforderlich sind. Auch wurde offenbar jede Anbieterin im Glauben gelassen, dass sie als Einzige angefragt werde. Mit diesem Vorgehen wurde zweifellos nicht der Anschein erweckt, dass ein Einladungsverfahren stattfindet. Erst in der Mitteilung des Vergabeentscheiders an die beiden Anbieterinnen wurde das Verfahren dann als Einladungsverfahren bezeichnet. Auf diese Bezeichnung allein – wohl eine irrtümliche Angabe des Fachplaners, der die Mitteilung verschickte – kann jedoch nicht abgestellt werden. Nachdem die Vergabe bereits entschieden war, konnte die unrichtige Bezeichnung bei den Anbieterinnen auch keine Erwartungen in Bezug auf das Vergabeverfahren mehr wecken, die nach Treu und Glauben zu schützen wären. Einzig im Hinblick auf die Erhebung eines Rechtsmittels wurde die Beschwerdeführerin durch die falsche Bezeichnung des Verfahrens allenfalls in die Irre geführt. Diesem Umstand kann bei der Verlegung der Verfahrenskosten Rechnung getragen werden. Die strittige Beschaffung ist somit aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der den Anbieterinnen übermittelten Informationen als freihändige Vergabe zu werten.

E. 2.1

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. IVöB sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26). Mit ihrem (sinngemässen) Einwand, dass die Vergabe nach den Regeln des Einladungsverfahrens hätte erfolgen müssen, ist die Beschwerdeführerin ohne Weiteres zur Beschwerde legitimiert (VGr, 22. Juli 2003, BEZ 2003 Nr. 35, E. 1b; RB 2001 Nr. 20 = ZBl 104/2003, S. 57 = BEZ 2001 Nr. 55).

E. 2.2

Die Vergabebehörde ist auch im Rahmen einer freihändigen Vergabe nicht völlig ungebunden. Zu beachten sind die aus der Verfassung hergeleiteten Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns wie das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens. Ferner gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995). Generell unzulässig ist auch beim freihändigen Verfahren unterhalb der Schwellenwerte eine auf unsachliche oder sachfremde Kriterien abstellende und damit willkürliche Vergabe (RB 2003 Nr. 45 = BEZ 2003 Nr. 35).

E. 2.3

Die Beschwerdeführerin erhebt zum einen Einwände betreffend das Verfahren, wie das Fehlen bestimmter Angaben in der Offertanfrage, und den Verzicht auf eine formelle Offertöffnung. Im Vergaberecht wird das freihändige Verfahren nicht näher geregelt. Über den Inhalt einer Offertanfrage bestehen keine Vorschriften, und die angefragten Anbieterinnen haben hier beide weitgehend dieselben Vorgaben erhalten. Bei der Beschwerdeführerin waren zwar – anders als bei der Mitbeteiligten – zusätzlich noch Typen-Nummern der zu verwendenden Strahler vermerkt. Ob der Unterschied darauf zurückzuführen ist, dass die Mitbeteiligte die Anforderungen aufgrund vorgängiger

Lieferungen bereits kannte, ist nicht deutlich. Jedenfalls wäre es der Vergabestelle im freihändigen Verfahren auch erlaubt, von zwei Anbieterinnen unterschiedliche Varianten offerieren zu lassen. Dass die Mitbeteiligte das Projekt offenbar bereits kannte, gereichte ihr möglicherweise zum Vorteil, stellt aber in diesem Rahmen ebenfalls keinen Rechtsmangel dar. Unzulässig wäre allerdings auch in einem freihändigen Verfahren eine Offertanfrage, die nur darauf ausgerichtet wäre, die Offerte eines andern Anbieters zu drücken, ohne dem zweiten Anbieter überhaupt eine reelle Chance einzuräumen. Dass dies vorliegend zuträfe, wird aber nicht dargetan. Schliesslich ist im freihändigen Verfahren auch keine formelle Offertöffnung vorgesehen (§ 27 Abs. 1 SubmV). Daraus allein lässt sich nicht auf eine von der Beschwerdeführerin vermutete "Manipulation" des Vergabepreises schliessen, und sie nennt für eine solche auch keine Anhaltspunkte.

E. 2.4

Materiell rügt die Beschwerdeführerin, dass sie durch die Vorgaben des Fachplaners, insbesondere die Typenwahl, in ihrem Angebot in unzulässiger Weise eingeschränkt worden sei. Sie beruft sich damit sinngemäss auf die Vorschrift von § 16 SubmV, nach welcher die Anforderungen an die zu offerierende Leistung möglichst neutral umschrieben werden müssen; insbesondere sind Anforderungen oder Hinweise in Bezug auf besondere Handelsmarken oder Handelsnamen, Patente, Muster oder Typen sowie auf einen bestimmten Ursprung oder Produzenten nicht zulässig, es sei denn, dass es keine andere hinreichend genaue oder verständliche Art und Weise der Beschreibung des Beschaffungsbedarfs gibt (§ 16 Abs. 2 SubmV). Diese Bestimmungen gelten jedoch nur für die Ausschreibungsunterlagen eines offenen oder selektiven Verfahrens. Für die freihändige Vergabe erscheint selbst eine analoge Anwendung der Regeln nicht sachgerecht. Der Sinn eines freihändigen Verfahrens liegt gerade darin, dass es die Aufgabe der Behörden vereinfachen und diesen einen weiteren Spielraum verschaffen will. Zur Vereinfachung der Beschaffung muss es ihnen auch gestattet sein, bereits eine Vorauswahl in Bezug auf die nachgefragten Produkte zu treffen, ebenso wie sie sich zulässigerweise darauf beschränken können, nur Anbieter eines bestimmten Produkts um eine Offerte anzufragen. Das Vorgehen der Beschwerdegegnerin war daher auch in dieser Hinsicht rechtmässig.

E. 3

Die Beschwerde erweist sich damit als unbegründet und ist abzuweisen. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Verfahrenskosten grundsätzlich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 24. Mai 1959 [VRG]). Nachdem die Beschwerdegegnerin jedoch durch die unzutreffende Bezeichnung des Verfahrens im Vergabeentscheid ("Einladungsverfahren" statt freihändiges Verfahren) zumindest einen Anlass zum Ergreifen des Rechtsmittels gesetzt hat, rechtfertigt es sich, die Kosten beiden Verfahrensparteien je zur Hälfte aufzuerlegen. Parteientschädigungen wurden von keiner Seite beantragt und wären bei dieser Sachlage auch nicht zuzusprechen.

E. 4

Der geschätzte Auftragswert des zu vergebenden Lieferauftrags erreicht den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht (Art. 1 lit. a der Verordnung des EVD vom 26. November 2007 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für das Jahr 2008; SR 172.056.12), weshalb gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgerichtsgesetzes

vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig ist (Art. 83 lit. f in Verbindung mit Art. 93 Abs. 1 lit. a und Art. 13 BGG). Demgemäss entscheidet die Kammer :

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