

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00433 vom 2. März 2015

ZH Verwaltungsgericht, 2015-03-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2014.00433

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00433 du 2 mars 2015

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2014.00433 del 2 marzo 2015

Regeste

Submission | Freihändiges Submissionsverfahren. Verbot der Vorbefassung. Unzulässiger Wettbewerbsvorteil. Vorliegend wurde nicht der Anschein erweckt, es liege ein Einladungsverfahren vor. Die strittige Beschaffung ist somit aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der den Interessenten übermittelten Informationen als freihändiges Verfahren zu qualifizieren (E. 5). Auch der Vorwurf der Vorbefassung und des unzulässigen Wettbewerbsvorteils erweist sich als unbegründet. Der Behörde ist es bei der freihändigen Vergabe in weitem Umfang erlaubt, mit den Anbietenden zu verhandeln. Es ist nicht zwingend erforderlich, dass sich die Vergabestelle von allen ins Auge gefassten Konkurrenten beraten lässt. Gleichbehandlung bedeutet im freihändigen Verfahren noch nicht einmal, dass ausschliesslich identische Offertanfragen verwendet werden müssten (E. 6). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Entscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender über eine freihändige Vergabe können ebenso wie andere Vergabeentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 2000 Nr. 62 = BEZ 2000 Nr. 26).

E. 2

Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen den Vergabeentscheid legitimiert, wenn sie bei deren Gutheissung eine realistische Chance haben, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen oder wenn die Gutheissung der Beschwerde zu einer Wiederholung des Submissionsverfahrens führt, in welchem sie ein neues Angebot einreichen können; andernfalls fehlt ihnen das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung (RB 1999 Nr. 18 = BEZ 1999 Nr. 11; § 21 VRG). Mit seinem Einwand, dass die Vergabe nach den Regeln des Einladungsverfahrens hätte erfolgen müssen, ist der Beschwerdeführer jedenfalls 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). Aber auch wenn vorliegend das freihändige Verfahren zulässig war, kann dem Beschwerdeführer, der mit seiner nachgefragten Konkurrenzofferte nicht zum Zug kam, ohne Weiteres ein schutzwürdiges Anfechtungsinteresse attestiert werden (vgl. Robert Wolf, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Aktuelles

Vergaberecht 2010, Zürich 2010, S. 127 ff., N. 85 und 93).

E. 3

Die Rechtzeitigkeit der Beschwerdeerhebung blieb zu Recht unbestritten. Für die Einhaltung der Frist ist in Anwendung von § 5 Abs. 2 VRG auf den Zeitpunkt der Einreichung bei der unzuständigen Behörde abzustellen. Nachdem der angefochtene Vergabeentscheid dem Beschwerdeführer erklärtermassen erst am 16. Juli 2014 ("mit nicht eingeschriebener B-Post") zugeing, wurde die 10-tägige Beschwerdefrist (Art. 15 Abs. 2 IVöB) mit der Eingabe an den Bezirksrat vom 24. Juli 2014 gewahrt.

E. 4

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 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 Vergabe von Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes liegt unbestrittenermassen klar innerhalb des Bereichs, für welchen das freihändige Verfahren zugelassen ist.

E. 5.1

Dem Auftraggebenden steht es grundsätzlich frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es aufgrund des Auftragswertes erforderlich wäre. So kann er, wenn eine freihändige Vergabe zulässig ist, stattdessen ein Einladungsverfahren einschlagen. In diesem Fall muss er sich bei der gewählten Verfahrensart behaften lassen und hat die dafür geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln zu befolgen (RB 1999 Nr. 65 = BEZ 1999 Nr. 36; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich etc. 2013, N. 283 und 321 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 Anbietende muss wissen, unter welchen Voraussetzungen er sein Angebot einreicht, und er soll sich darauf verlassen können, dass das einmal bekanntgegebene Verfahren gilt. Solange die Behörde bei den Anbietenden nicht den Anschein erweckt, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt, ist das Einholen von Konkurrenzofferten daher grundsätzlich auch im Rahmen eines freihändigen Verfahrens gestattet (VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.5 auch zum Folgenden).

E. 5.2

Vorliegend erhielten der Beschwerdeführer sowie zwei weitere Anbietende je mit Schreiben des Werksekretariats der Beschwerdegegnerin vom 13./18. Juni 2014 eine Offertanfrage betreffend "Unterhaltsarbeiten an Gemeindestrassen [...] Bord-/Wassersteine etc.". Darin heisst es: "In der Beilage senden wir Ihnen dazu die Submissionsunterlagen. Falls Sie interessiert sind bitten wir Sie, uns Ihr Angebot bis am Freitag, 4. Juli 2014 12.00 Uhr bei der Gemeinde [...] einzureichen. Bitte bezeichnen sie das Couvert mit der Aufschrift ‚Submission Bord-/Wassersteine‘." Abgesehen von der bei allen Vergaben üblichen Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes und der Angebotsfrist enthielt diese Mitteilung keine der Angaben, die gemäss § 13 Abs. 1 SubmV für ein Einladungsverfahren erforderlich sind. Dies gilt auch für die übermittelten Submissionsunterlagen, welche lediglich das nach Teilobjekten gegliederte Leistungsverzeichnis umfassten. Andererseits enthält die Offertanfrage aber auch keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Art des Vergabeverfahrens, insbesondere wird nirgends festgehalten, dass es sich um ein freihändiges Verfahren und nicht um ein Einladungsverfahren handle. Eine dahingehende Hinweispflicht besteht indes nicht generell, sondern nur gestützt auf das Gebot von Treu und Glauben, d. h. nur zur Zerstreung ansonsten begründeter Erwartungen. Der Beschwerdeführer macht hierzu geltend, aus seiner Sicht hätten verschiedene Indizien den Anschein erweckt, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt. Es seien dies die förmliche Art der Offertanfrage, insbesondere die Formulierung "Falls Sie interessiert sind [...]", die unpersönliche Anrede (Sehr geehrte Damen und Herren), die Angabe des Eingabetermins sowie der Umstand, dass mehr als drei Unternehmungen zur Offertstellung eingeladen worden seien. – Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Die Vorgabe eines Eingabetermins ist wie gesagt auch bei Freihandvergaben ein selbstverständlicher Bestandteil der Anfrage und demzufolge kein schlüssiges Indiz für ein Einladungsverfahren. Die zitierte Frageformulierung wie auch die unpersönliche Briefanrede sind sodann lediglich allgemeine Höflichkeitsfloskeln, die als solche ebenfalls nicht auf die freiwillige Durchführung eines höherstufigen Verfahrens schliessen lassen. Entgegen dem beschwerdeführerischen Vorbringen lässt die an ihn gerichtete Anfrage im Weiteren auch keinen Rückschluss auf die Zahl der angefragten Unternehmen bzw. auf die Einhaltung der im Einladungsverfahren beachtlichen Mindestzahl von anzufragenden Anbietenden zu. Einzig das Erfordernis der Offertbeschriftung lässt vorliegend überhaupt auf eine Konkurrenzsituation schliessen, was indes aus Gründen der Transparenz sowie im Hinblick auf den erwünschten Wettbewerb unter den Anbietenden auch im Freihandverfahren durchaus zweckmässig und dementsprechend auch nicht ungewöhnlich ist (vgl. VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.4). Ferner wendet der Beschwerdeführer ein, im Parallelverfahren VB.2014.00434 habe die Beschwerdegegnerin den Standpunkt vertreten, für das Freihandverfahren gelte keine formelle Offertöffnungs- und Protokollierungspflicht. Wenn sie nun im vorliegenden Fall ein entsprechendes Offertöffnungsprotokoll erstellt habe, könne das nur heissen, dass auch sie von einem Einladungs- und nicht von einem Freihandverfahren ausgegangen sei. Dem ist grundsätzlich entgegenzuhalten, dass die Erstellung einer Offertübersicht bzw. eines "Offertöffnungsprotokolls" auch hilfreich und zweckmässig sein kann, wenn von Gesetzes wegen keine formelle Offertöffnung vorgeschrieben ist. Der vorliegende Fall mit vier Offerten zu sieben Teilobjekten belegt dies zur Genüge. Im Verfahren VB.2014.00434 hätte die Angebotslage dagegen übersichtlicher nicht sein können, gab es doch nur eine einzige Offerte. Auch sonst ist der Verweis auf das Parallelverfahren für den beschwerdeführerischen Standpunkt nicht förderlich. Anders als im vorliegenden Fall

entsprachen die dortigen Ausschreibungsunterlagen den Vorgaben von § 13 Abs. 1 SubmV und wurde überdies seitens der Beschwerdegegnerin wiederholt und ausdrücklich deklariert, dass ein Einladungsverfahren stattfinde (VGr, 29. Januar 2015, VB.2014.00434). Vor diesem Hintergrund spricht das Fehlen eines entsprechenden Hinweises bei ansonsten vergleichbarer Ausgangslage hier eher gegen als für ein Einladungsverfahren. Schliesslich wendet der Beschwerdeführer noch ein, gegen ein freihändiges Verfahren spreche, dass die Beschwerdegegnerin mit ihm keinerlei Verhandlungen geführt habe. Die Beschwerdegegnerin hält dem entgegen, nachdem der Preisvorteil des ursprünglichen Angebots durch die nachträglichen Konkurrenzofferten so deutlich zutage getreten sei, habe aus ihrer Sicht keine Veranlassung mehr bestanden, Verhandlungen aufzunehmen. – Es liegt im Ermessen der Vergabebehörde, ob und in welchem Umfang sie im freihändigen Verfahren Verhandlungen führen will (vgl. hinten E. 6.2.1). Rückschlüsse auf die Verfahrensart können daher höchstens gezogen werden, wenn überhaupt verhandelt wurde, nicht aber im umgekehrten Fall. Dementsprechend stellt der Verhandlungsaspekt auch im vorliegenden Fall keinen tauglichen Anhaltspunkt dar. Zusammenfassend wurde demnach vorliegend nicht der Anschein erweckt, dass ein Einladungsverfahren stattfinde. Die strittige Beschaffung ist somit aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der den Interessenten übermittelten Informationen als freihändiges Verfahren zu qualifizieren.

E. 6

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 bzw. eines fairen Wettbewerbs. Ferner gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbietenden (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 (VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555; RB 2003 Nr. 45 = BEZ 2003 Nr. 35).

E. 6.1

Der Beschwerdeführer macht geltend, die Mitbeteiligte habe das der Offertanfrage beigelegte Leistungsverzeichnis und damit das zentrale Dokument der Ausschreibung angefertigt. Daraus habe sich für sie der besondere Vorteil ergeben, früher als die Konkurrenten die anstehenden Arbeiten, insbesondere die spezifischen Probleme und Kostentreiber, reflektieren und sich entsprechend einrichten zu können. Auch habe sie das Leistungsverzeichnis im Rahmen der bestehenden Spielräume auf ihre Fähigkeiten und Bedürfnisse zuschneiden können. Ihr Spezialwissen aus der Erstellung des Leistungsverzeichnisses habe sie insbesondere über den Einbau "versteckter" Ausmassreserven (bewusste Überhöhung des Vorausmasses oder Einfügen nur bedingt erforderlicher Positionen) verwerten und dementsprechend knapper kalkulieren können als ihre Konkurrenten. Es bestehe auch die Möglichkeit, dass die Mitbeteiligte als einzig von nicht erfassten Zusatzleistungen wisse und ihr tiefes Angebot über entsprechende Nachtragspreise querzufinanzieren gedenke. Eine derartige Mitwirkung einer Anbieterin sei jedenfalls als unzulässige Vorbefassung zu werten und die Mitbeteiligte daher vom Vergabeverfahren auszuschliessen.

E. 6.2

Gemäss Art. VI Abs. 4 des GATT/WTO-Übereinkommens vom 15. April 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement; GPA) und den daraus abgeleiteten Bestimmungen von § 9 und § 16 Abs. 4 SubmV darf eine Mitbieterin nicht an der Vorbereitung eines Vergabeverfahrens derart mitgewirkt haben, dass sie die Vergabe zu ihren Gunsten beeinflussen konnte. Ein Ausschluss der Mitbieterin von der Submission kommt jedoch nur infrage, wenn das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils dargetan ist. Die Beweislast dafür obliegt dem Konkurrenten, der eine unzulässige Vorbefassung behauptet (BGr, 25. Januar 2005, ZBl 106/2005, S. 473, E. 5.7.3; VGr, 26. September 2012, VB.2012.00286; 10. September 2012, VB.2012.00328). Insofern ist diese Rechtsprechung klar von derjenigen zur Ausstandspflicht von Richtern und Behördenmitgliedern zu unterscheiden, bei welcher schon der objektiv begründete Anschein einer verpönten Beeinflussung ausreicht.

E. 6.2.1

Mangels eines entsprechenden Dispenses in Art. XV Abs. 1 GPA gilt das Verbot der Vorbefassung (Art. VI GPA) zwar grundsätzlich auch für freihändige Beschaffungen. Es kann ihm indes nicht die gleiche Tragweite zukommen wie in den höherstufigen Verfahren (Wolf, N. 70, auch zum Folgenden). Der Behörde ist es bei der freihändigen Vergabe in weitem Umfang erlaubt, mit den Anbietenden zu verhandeln. Es ist daher kaum zu vermeiden bzw. sogar erwünscht, dass sie dabei über die Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand beraten wird. Entgegen dem beschwerdeführerischen Dafürhalten ist es aus Gründen der Gleichbehandlung auch nicht zwingend erforderlich, dass sich "die Vergabestelle von allen ins Auge gefassten Konkurrenten beraten lässt". Gleichbehandlung bedeutet im freihändigen Verfahren noch nicht einmal, dass ausschliesslich identische Offertanfragen verwendet werden müssten (vgl. Wolf, N. 66). Es liegt denn auch auf der Hand, dass der individuelle Verhandlungsbedarf und die damit zusammenhängende Beratungsintensität stark variieren bzw. auch gänzlich entfallen können. Eine Gleichbehandlung im geforderten Sinn von "entweder alle oder keiner" macht denn auch im vorliegenden Fall keinen erkennbaren Sinn.

E. 6.2.2

Wie die Beschwerdegegnerin ausführt, wurde hier der Beschaffungsgegenstand Anfang Juni 2014 mit einem Vertreter der Mitbeteiligten besichtigt und die auszuführenden Arbeiten besprochen. Gestützt darauf hat die Mitbeteiligte am 12. Juni 2014 eine in sieben Teilobjekte gegliederte Offerte eingereicht. Dieses Leistungsverzeichnis hat die Beschwerdegegnerin dann unverändert als Grundlage für die Einholung von Konkurrenzofferten verwendet. Ob und gegebenenfalls ab welchem Zeitpunkt die Mitbeteiligte über diese erst nachträglich eröffnete Konkurrenzsituation orientiert war, ist nicht bekannt. Dessen ungeachtet erscheint es aber ohnehin wenig wahrscheinlich, dass sie ihren Aufwand für die Offertstellung noch zusätzlich erhöhte, indem sie Ausmassreserven und Zusatzleistungen im Leistungsverzeichnis "versteckte", um sich so zumindest vorsorglich einen Vorteil zu sichern. Abgesehen davon ist auch weder dargetan noch ersichtlich, dass der konkrete Beschaffungsgegenstand überhaupt derartige "Spielräume" eröffnen würde. Gemäss Leistungsverzeichnis waren bei alle sieben Teilobjekten jeweils nur eine Festpreisposition (Baustelleninstallation) und ansonsten durchwegs Positionen mit Einheitspreisen zu offerieren. Bei der Preisvereinbarung nach Einheitspreisen ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge an Einheiten,

multipliziert mit dem für die Einheiten offerierten Preis (Art. 39 Abs. 1 der SIA-Norm 118; VGr, 3. Dezember 2003, VB.2003.00256, E. 3.1 mit Hinweisen = BEZ 2004 Nr. 16). Mengenänderungen haben daher letztlich keine Auswirkungen auf den Preisvergleich: günstigere Einzelpreise bleiben günstiger, unabhängig davon, ob im Ergebnis mehr oder weniger Einheiten als im Devis angenommen verrechnet werden können. Hinzu kommt, dass sich die strittigen Strassensanierungsarbeiten auf einfache Flickarbeiten an Belägen und Abschlüssen beschränken. Bei einem solchen Standardauftrag waren grundsätzlich alle angefragten Anbietenden gleichermaßen in der Lage zu beurteilen, ob bzw. inwieweit das Leistungsverzeichnis auf realistischen Vorgaben beruht. Auch in zeitlicher Hinsicht ist nicht erkennbar, dass der Mitbeteiligten ein relevanter Vorteil erwachsen wäre. Ihr Bearbeitungszeitraum datiert zwar vor demjenigen ihrer Konkurrenten, geht aber hinsichtlich seiner Dauer nicht darüber hinaus. Das Vorliegen eines unzulässigen Wettbewerbsvorteils zugunsten der Mitbeteiligten ist demnach weder hinreichend dargetan noch ersichtlich. Der Vorwurf der Vorbefassung erweist sich damit als unbegründet.

E. 7

Im Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, der Zuschlagsentscheid der Beschwerdegegnerin vom 7. Juli 2014 über vier der sieben Teilobjekte beinhalte gleichzeitig auch einen Verfahrensabbruch bezüglich der drei nicht vergebenen Teilobjekte. Ein solches Vorgehen sei unzulässig und daher aufzuheben. Demgegenüber bestreitet die Beschwerdegegnerin, dass der gänzliche oder auch teilweise Verzicht auf eine Vergabe im freihändigen Verfahren als Abbruch zu qualifizieren sei. Folglich stelle dieser Vorgang auch kein Anfechtungsobjekt für eine Beschwerde dar. – Wie diese in Lehre und Rechtsprechung kontrovers behandelte Frage (vgl. Wolf, N. 67 samt Verweis) zu entscheiden wäre, kann vorliegend offen bleiben, da der Beschwerdeführer durch den behaupteten Mangel ohnehin nicht beschwert ist. Die Mitbeteiligte hat auch zu diesen (noch) nicht vergebenen drei Teilobjekten jeweils das tiefste Angebot eingereicht. Eine Gutheissung des betreffenden Antrags würde daher nicht dazu führen, dass der Zuschlag für die betreffenden Teilobjekte an den Beschwerdeführer zu erteilen wäre.

E. 8

Zusammenfassend ist die Beschwerde demnach abzuweisen. Ausgangsgemäss wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und hat er die Beschwerdegegnerin für deren Umtriebe im Beschwerdeverfahren angemessen zu entschädigen (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 9

Da der Wert des zu vergebenden Bauauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom 2. Dezember 2013 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2014 und 2015 [SR 172.056.12]), ist gegen diesen Entscheid nur die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (BGG) zulässig (Art. 83 lit. f BGG).

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