

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00701 vom 9. Januar 2008

ZH Verwaltungsgericht, 2008-01-09, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2015.00701

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00701 du 9 janvier 2008

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2015.00701 del 9 gennaio 2008

Regeste

Submission | Vergabe von Kompostierungsarbeiten. Art des Submissionsverfahrens. Rechtliche Vorgaben im freihändigen Verfahren. Solange die Behörde bei den Anbietenden nicht den Anschein erweckt, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt, ist das Einholen von Konkurrenzofferten auch im freihändigen Verfahren gestattet (E. 4.1). Vorliegend wurde dieser Anschein jedenfalls im massgeblichen Zeitraum - d.h. vor der Vergabe - nicht erweckt und die strittige Beschaffung ist somit aufgrund des durchgeführten Verfahrens sowie der den Anbietenden übermittelten Informationen als freihändiges Verfahren zu qualifizieren (E. 4.2). Auch im Rahmen einer freihändigen Vergabe sind die aus der Verfassung hergeleiteten Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns sowie die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes zu beachten. Diese wurden vorliegend eingehalten (E. 5). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggeber können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBl 100/1999, S. 372). Auf das Beschwerdeverfahren gelangen die Art. 15 ff. der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB) sowie die §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur revidierten Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. September 2003 (IVöB-BeitrittsG) zur Anwendung.

E. 2

Vorliegend ist umstritten, ob die Vergabe im Einladungs- oder im freihändigen Verfahren durchgeführt wurde. Für die Beurteilung der Legitimation kann diese Frage offengelassen werden. Nicht nur im Einladungsverfahren, sondern auch bei einer freihändigen Vergabe kann der Beschwerdeführerin, die mit ihrer nachgefragten Konkurrenzofferte nicht zum Zug kam, 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). Nicht berücksichtigte Anbietende sind zur Beschwerde gegen einen Vergabeentscheid allerdings nur 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 Abs. 1 in Verbindung mit § 70 des

Verwaltungsrechtspflegegesetzes des Kantons Zürich vom 24. Mai 1959 [VRG]). Ob eine solche reelle Chance besteht, ist aufgrund der gestellten Anträge und Parteivorbringen zu prüfen (vgl. BGE 141 II 14, E. 4.9). In ihren Eingaben legt die Beschwerdeführerin dar, weshalb aus ihrer Sicht ihr selbst und nicht der Mitbeteiligten der Zuschlag zu erteilen sei. Die Beschwerdeführerin und die Mitbeteiligte waren die einzigen Anbieterinnen im vorliegenden Verfahren. Würde die Beschwerdeführerin mit ihren Argumenten durchdringen, hätte sie mithin eine realistische Chance, mit ihrem Angebot zum Zug zu kommen. Ihre Legitimation ist zu bejahen.

E. 3

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 (einer Dienstleistung) liegt unbestrittenermassen klar innerhalb des Bereichs, für welchen das freihändige Verfahren zugelassen ist.

E. 4.1

Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es aufgrund des Auftragswerts erforderlich wäre. So kann er, wenn eine freihändige Vergabe zulässig ist, stattdessen ein Einladungsverfahren einschlagen. In diesem Fall muss er sich auf der gewählten Verfahrensart behaften lassen und hat die dafür geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln zu befolgen (RB 199 Nr. 65 = BEZ 1999 Nr. 36; vgl. Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Marc Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., 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, 2. März 2015, VB.2014.00433, E. 5 und VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.5 auch zum Folgenden).

E. 4.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, aus ihrer Sicht sei ein Einladungsverfahren durchgeführt worden. Dies begründet sie damit, dass zwei Anbieterinnen zur Offertstellung eingeladen worden seien, wobei die Ausschreibung eine Fristansetzung enthalten habe; weiter sei eine formelle Offertöffnung durchgeführt bzw. ein Offertöffnungsprotokoll mit dem Vermerk "Einladungsverfahren" erstellt worden und in der anschliessenden Korrespondenz mit den Anbieterinnen seien die Begriffe "Submissionsergebnis", "Vergabe" sowie "Zuschlag" verwendet worden. Vorliegend erhielten die Beschwerdeführerin sowie die Mitbeteiligte je mit Schreiben vom 26. Oktober 2015 eine Offertanfrage betreffend Kompostierungsarbeiten. Darin heisst es: "Wie besprochen stellen wir Ihnen die Offertunterlagen für die Kompostierungsarbeiten [...] zu. Haben Sie Interesse, uns diese Arbeiten zu offerieren, erwarten wir Ihr Angebot bis am 6.11.15 [...]." 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. In den übermittelten Submissionsunterlagen sind zwar ein ungefährer Umfang des Auftrags sowie ein ungefährer Termin angeführt. Abgesehen davon werden aber auch in diesen Unterlagen keine der in § 13 Abs. 1 SubmV genannten Punkte angesprochen. Insbesondere sind keine Eignungs- oder Zuschlagskriterien aufgeführt. Anzumerken ist allerdings, dass die Offertanfrage auch keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Art des Vergabeverfahrens enthält. So 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. Solche wurden vorliegend nicht geweckt. Erst im Rahmen der Mitteilung des Vergabeentscheids an die beiden Anbieterinnen wurde das Verfahren dann als Einladungsverfahren bezeichnet bzw. ein – im freihändigen Verfahren nicht nötiges – Offertöffnungsprotokoll mit dem Vermerk "Einladungsverfahren" erstellt. Auf diese (offenbar irrtümliche) Bezeichnung kann jedoch nicht abgestellt werden. Nachdem die Vergabe bereits erfolgt war, konnten die unrichtige Bezeichnung und weitere Begriffe, die allenfalls auf ein Einladungsverfahren hindeuten könnten, sowie die Erstellung eines Offertöffnungsprotokolls bei den Anbieterinnen 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 (vgl. VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 1.6). Zusammenfassend wurde jedenfalls vor dem Vergabeentscheid nicht der Anschein erweckt, dass ein Einladungsverfahren stattfinde. Die strittige Beschaffung ist aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der den Anbieterinnen übermittelten Informationen als freihändige Vergabe zu werten. Das Argument der Beschwerdeführerin, dass – anders als in den vergangenen Jahren – mehrere Offerten eingeholt worden seien, vermag an dieser Beurteilung nichts zu ändern (siehe dazu oben E. 4.1).

E. 5.1

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 rechtungleicher 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, 2. März 2015, VB.2014.00433, E. 6; VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 2.2; RB 2003 Nr. 45 = BEZ 2003 Nr. 35).

E. 5.2

Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Abrechnungsmethode, welche der Beschwerdegegner der Vergabe zugrunde legte, sei nicht im Voraus kommuniziert worden und zudem willkürlich. Es ist der Beschwerdeführerin darin zuzustimmen, dass die Berechnungsmethode in den Offertunterlagen nicht klar kommuniziert wurde und sie zumindest nicht als die einzig mögliche Methode zur Berechnung des entscheidenden Preises erscheint. Im Vergaberecht wird das freihändige Verfahren jedoch nicht näher normiert; exakte Regeln zur vorliegenden Frage fehlen. Im Hinblick auf die vorstehenden rechtsstaatlichen Grundsätze kann aber festgehalten werden, dass beide Anbieterinnen dieselben Vorgaben erhalten haben und nach der gleichen Berechnungsmethode beurteilt wurden. Zudem erscheint die – in der Beschwerdeantwort und der Duplik schliesslich klar erläuterte – Berechnungsmethode, bei der unterschiedliche Preise für die Verarbeitung einer ersten und einer zweiten Teilmenge des Kompostgutes addiert werden, allenfalls unüblich, aber jedenfalls nicht willkürlich. Hinzu kommt, dass der Preisunterschied zwischen den beiden Angeboten nach der Berechnungsmethode der Beschwerdeführerin sehr gering ist. Zusammengefasst erweist sich die Vergabe an die Mitbeteiligte nicht als unrechtmässig.

E. 6

Die Beschwerde ist unbegründet und damit abzuweisen. Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Verfahrenskosten grundsätzlich der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG). Praxisgemäss können die Kosten jedoch gestützt auf das Verursacherprinzip ohne Rücksicht auf den Verfahrensausgang auch derjenigen Partei überbunden werden, welche sie verursacht hat (VGr, 20. Mai 2009, VB.2008.00555, E. 3). Der Beschwerdegegner hat erstens das Verfahren unzutreffend als Einladungsverfahren bezeichnet. Weiter hat er eine Berechnungsmethode verwendet, die im Lauf des Verfahrens Berichtigungen nötig machte, und schliesslich bei der Beschwerdeführerin durch eine nicht eindeutige Datierung der Offerteingänge den Eindruck erweckte, die Offerte der Mitbeteiligten sei verspätet eingegangen. Dadurch hat er zumindest einen Mitanlass zum Ergreifen des Rechtsmittels gesetzt. Dies ist, wie von der Beschwerdeführerin beantragt, bei der Kostenauflegung zu berücksichtigen. Es rechtfertigt sich, die Kosten beiden Verfahrensparteien je zur Hälfte zu überbinden. Dem Beschwerdegegner steht in Fällen wie dem vorliegenden praxisgemäss keine Entschädigung zu (vgl. VGr, 9. Januar 2008, VB.2007.00382 und VB.2007.00401, E. 4.2 BEZ 2008 Nr. 3; Kaspar Plüss in: Alain Griffel [Hrsg.], Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich [VRG], 3. A., Zürich etc. 2014, § 17 N. 51). Auch der Beschwerdeführerin steht bei diesem Ausgang des Verfahrens keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 VRG).

E. 7

Da der Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. c der Verordnung des WBF vom

23. November 2015 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2016 und 2017 [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.