

ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00502 vom 17. September 2020

ZH Verwaltungsgericht, 2020-09-17, DE

Quelle: https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_verwaltungsgericht__VB.2020.00502

FR: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00502 du 17 septembre 2020

IT: ZH_VERWALTUNGSGERICHT VB.2020.00502 del 17 settembre 2020

Regeste

Submission | Vergabeverfahren betreffend Radonmessungen. Freihändiges Verfahren. Der Auftragswert der vorliegenden Vergabe liegt innerhalb des Bereichs, für welchen das freihändige Verfahren zugelassen ist bzw. unterhalb des Schwellenwerts, über welchem ein Einladungsverfahren durchgeführt werden müsste (E. 3). Dem Auftraggeber steht es grundsätzlich frei, ein höherstufiges Verfahren durchzuführen, als es aufgrund des Auftragswerts erforderlich wäre. In diesem Fall muss er sich auf der gewählten Verfahrensart behaften lassen und hat die dafür geltenden Verfahrens- und materiellen Regeln zu befolgen. Durch das Einholen mehrerer Offerten wird ein freihändiges Verfahren jedoch nicht zu einem Einladungsverfahren aufgestuft; die Vergabebehörde hat nicht den Anschein erweckt, es finde ein Einladungsverfahren statt. Das Verfahren ist als freihändige Vergabe zu qualifizieren (E. 4). Auch beim freihändigen Verfahren ist eine auf unsachliche oder sachfremde Kriterien abstellende und damit willkürliche Vergabe unzulässig. Hierfür oder für die Verletzung anderer rechtsstaatlicher Grundsätze bestehen allerdings keine Anhaltspunkte (E. 5). Abweisung.

Erwägungen

E. 1

Vergabeentscheide kantonaler und kommunaler Auftraggebender können unmittelbar mit Beschwerde an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (RB 1999 Nr. 27 = BEZ 1999 Nr. 13 = ZBI 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

Die Beschwerdeführerin hatte ihre Leistungen zum Preis von Fr. 8'099.- angeboten und die Zuschlagsempfängerin zum Preis von Fr. 24'110.70. Damit waren die Voraussetzungen zur Durchführung eines freihändigen Verfahrens gegeben (vgl. unten E. 3). 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 C AG der Zuschlag zu erteilen sei. 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 (Dienstleistung) liegt 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 zu einem Einladungsverfahren aufgestuft würde. Vielmehr ist es gemäss ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts ohne Weiteres zulässig, (auch) im freihändigen Verfahren mehrere Offerten einzuholen. Solange die Behörde bei den Anbietenden nicht den Anschein erweckt, es werde ein Einladungsverfahren durchgeführt, ist das Einholen von Konkurrenzofferten daher auch im Rahmen eines freihändigen Verfahrens gestattet (VGr, 19. Januar 2017, VB.2016.00365, E. 4.4; 7. April 2016, VB.2015.00701, E. 4.1; 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 Beschwerdegegnerin hat bei der Offerteinholung nicht den Eindruck erweckt, sie führe ein Einladungsverfahren durch. Die E-Mails zur Offertanfrage erfolgten jeweils ohne Hinweise auf Anfragen bei anderen Unternehmen. Abgesehen von der bei allen Vergaben üblichen Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes enthielt diese Mitteilung keine der Angaben gemäss § 13 Abs. 1 SubmV, ja nicht einmal eine Fristansetzung zur Einreichung der Offerte. Es waren auch keine Eignungs- oder Zuschlagskriterien aufgeführt. Zwar enthielten die Offertanfragen auch keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Art des Vergabeverfahrens. 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. Angesichts dieser Umstände ist davon auszugehen, dass die Vergabebehörde eine freihändige Vergabe plante und dazu mehrere Offerten einholte.

E. 4.3

Erst die Mitteilung des Vergabeentscheids an die drei anderen Anbieterinnen enthielt den Begriff "Einladungsverfahren". Auf diese offensichtlich irrtümliche Bezeichnung kann jedoch nicht abgestellt werden. Nachdem die Vergabe bereits erfolgt war, konnte die unrichtige Bezeichnung bei den Beteiligten nicht den Eindruck eines Einladungsverfahrens erwecken, der nach Treu und Glauben zu schützen wären. Und dies erst recht nicht bei der Beschwerdeführerin, nachdem das an sie gerichtete Absageschreiben den Begriff "Einladungsverfahren" nicht enthalten hatte. Nicht einmal im Hinblick auf die Erhebung des Rechtsmittels konnte die Beschwerdeführerin damit in die Irre geführt werden.

E. 4.4

Zusammenfassend wurde – zumindest bei der Beschwerdeführerin – zu keinem Zeitpunkt der Anschein erweckt, dass ein Einladungsverfahren stattfindet. Die strittige Beschaffung ist aufgrund des durchgeführten Verfahrens und der übermittelten Informationen als freihändige Vergabe zu beurteilen.

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 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, 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

Mit der Beschwerde wird geltend gemacht, das Angebot der Beschwerdeführerin sei zu Unrecht als "Unterangebot" ausgeschlossen worden.

E. 5.2.1

Die Vergabebehörde hatte in der Kurzbegründung der angefochtenen Verfügung einerseits auf den tiefen Preis der Offerte ("Unterangebot") und andererseits auf den Umstand, dass der

Einzelpreis des Dosimeters bei der Beschwerdeführerin weitaus der höchste aller eingegangenen Offerten sei, verwiesen. Mit der Beschwerdeantwort verdeutlichte die Vergabebehörde ihre Gründe für die Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin: Sie wies namentlich darauf hin, dass die Beschwerdeführerin nur 94 Dosimeter auslegen will, die Zuschlagsempfängerin hingegen 250. Je höher die Anzahl der ausgelegten Dosimeter sei, desto genauer könne die Strahlenbelastung eruiert werden. Zentral für die Eignung sei für die Vergabebehörde deshalb die Anzahl ausgelegter Dosimeter gewesen. Diese ergänzende Begründung ist nachvollziehbar. Es liegt auf der Hand, dass die Verwendung einer grösseren Anzahl an Messgeräten zu detaillierteren Resultaten führt.

E. 5.2.2

Die Beschwerdeführerin vermag dies mit der Replik nicht zu entkräften. Auch wenn sich die Beschwerdeführerin – entsprechend ihrem Vorbringen – an die kantonalen Vorgaben betreffend die Anzahl notwendiger Dosimeter gehalten hat, so ändert dies nichts daran, dass die Vergabebehörde aus einer höheren Anzahl Dosimeter auf eine höhere Messgenauigkeit schliessen durfte. Es ist der Vergabebehörde im freihändigen Verfahren grundsätzlich unbenommen, das eine höhere Qualität versprechende Angebot dem preislich tieferen Angebot vorzuziehen. Es bestehen vorliegend jedenfalls keine Anhaltspunkte dafür, dass sich die Vergabebehörde bei der Nichtberücksichtigung des Angebots der Beschwerdeführerin von sachfremden Motiven hätte leiten lassen. Ebenso wenig ist eine Verletzung anderer rechtsstaatlicher Grundsätze oder eine Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung der Beschwerdeführerin ersichtlich.

E. 5.3

Damit erweist sich die Vergabe an die Zuschlagsempfängerin C AG als zulässig. Dies führt zur Abweisung der Beschwerde.

E. 6

Das Gesuch der Beschwerdeführerin um Gewährung der aufschiebenden Wirkung wird damit gegenstandslos.

E. 7

Diesem Ausgang des Verfahrens entsprechend sind die Verfahrenskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (§ 70 in Verbindung mit § 13 Abs. 2 VRG) und steht ihr keine Parteientschädigung zu (§ 17 Abs. 2 lit. a VRG). Auch die Beschwerdegegnerin hat keinen Entschädigungsanspruch, da diese mit der Beschwerdeantwort im Wesentlichen lediglich ihrer Begründungspflicht nachgekommen ist.

E. 8

Da der Wert des zu vergebenden Dienstleistungsauftrags den im Staatsvertragsbereich massgeblichen Schwellenwert nicht erreicht (Art. 1 lit. b der Verordnung des WBF vom 19. November 2019 über die Anpassung der Schwellenwerte im öffentlichen Beschaffungswesen für die Jahre 2020 und 2021 [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.