

Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} und lit. c sowie Anhang 2 IVöB; Art. 10 Abs. 2 VRöB. Submission; freihändiges Verfahren; Anfechtungsmöglichkeit (OGE 60/2013/24 vom 20. Dezember 2013)

Keine Veröffentlichung im Amtsbericht

Auch im freihändigen Vergabeverfahren können Konkurrenzofferten verschiedener Anbieter eingeholt werden; dass mehrere Offerten eingeholt werden, lässt somit nicht ohne weiteres auf ein formelles Einladungsverfahren schliessen (E. 3a). Im vorliegenden Fall handelt es sich unter den gegebenen Umständen um eine freihändige Beschaffung (E. 3b).

Die Beschwerde ist auch gegen einen Zuschlag im freihändigen Verfahren möglich. Die gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten sind jedoch beschränkt. Gerügt werden kann in erster Linie, das freihändige Verfahren sei nicht zulässig gewesen und es hätte stattdessen ein höherstufiges Verfahren durchgeführt werden müssen. Daneben kann prinzipiell beanstandet werden, es seien gewisse Verfahrensregeln verletzt oder die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes bzw. die Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns nicht beachtet worden (E. 3c).

Der Einwohnerrat Stein am Rhein genehmigte einen Kredit für den Rückbau gewisser Bauten und Anlagen. Vor den Rückbauarbeiten sollen die Asbestbelastung abgeklärt und eine Bodenuntersuchung durchgeführt werden. Die Projektleitung fragte für die Asbest- und die Bodenuntersuchung je drei Unternehmen an, eine Offerte einzureichen. Der Stadtrat beschloss hierauf, die Arbeiten "Messung der Schadstoffbelastungen in Gebäuden und Boden" der X. AG zu vergeben. Die Y. GmbH, deren Offerte für die Abklärung der Belastungssituation in den Gebäuden nicht berücksichtigt worden war, erhob Beschwerde ans Obergericht. Dieses wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

Aus den Erwägungen:

3.– a) Aufträge sind grundsätzlich im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Unterhalb gewisser Schwellenwerte können sie jedoch im Einladungs- oder im freihändigen Verfahren vergeben werden. Letzteres ist auch

in gewissen hier nicht massgeblichen Sonderfällen möglich (Art. 12^{bis} IVöB¹; Art. 9 VRöB²). Bei Dienstleistungen – wie sie hier in Frage stehen – ist das Einladungsverfahren bei einem Auftragswert unter Fr. 250'000.– und das freihändige Verfahren bei einem Auftragswert unter Fr. 150'000.– zulässig (Anhang 2 IVöB). Der Vergabebehörde steht es aber frei, im Einzelfall ein höherstufiges Verfahren zu wählen als das an sich anwendbare. In den Fällen, in denen eine freihändige Vergabe möglich ist, ist daher auch beispielsweise das Einladungsverfahren zulässig. Die Vergabebehörde muss sich gegebenenfalls bei der effektiv gewählten Verfahrensart behaften lassen und die dafür geltenden Regeln einhalten.³

Im Einladungsverfahren bestimmt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber, welche Anbieterinnen oder Anbieter ohne Ausschreibung direkt zur Angebotseingabe eingeladen werden (Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} IVöB). Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB). Sowohl im Einladungsverfahren als auch im freihändigen Verfahren erfolgt die Einladung zur Offertstellung durch direkte Mitteilung. Im freihändigen Verfahren kann dies jedoch formlos erfolgen (Art. 10 Abs. 2 VRöB).

Auch im freihändigen Verfahren können Konkurrenzofferten verschiedener Anbieter eingeholt werden, jedenfalls solange nicht der Anschein erweckt wird, es werde effektiv ein höherrangiges Verfahren – etwa ein Einladungsverfahren – durchgeführt. Der Umstand als solcher, dass mehrere Offerten eingeholt werden, lässt somit noch nicht auf ein formelles Einladungsverfahren schliessen.⁴

b) Im vorliegenden Fall liegt der Auftragswert weit unter Fr. 150'000.–. Damit war grundsätzlich das freihändige Verfahren zulässig.

Im Einladungsverfahren gibt es zwar wie im freihändigen Verfahren keine öffentliche Ausschreibung. Doch sind verschiedene submissionsrechtliche Vorgaben einzuhalten, die im freihändigen Verfahren nicht massgeblich sind, etwa die formelle Angebotsevaluation nach Eignungs- und Zuschlagskriterien

¹ Interkantonale Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 (IVöB, SHR 172.510).

² Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 (VRöB, SHR 172.512).

³ *Galli/Moser/Lang/Steiner*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 145, Rz. 321 f., mit Hinweisen.

⁴ OGE 60/2011/52 vom 9. März 2012, E. 2b mit Hinweisen, Amtsbericht 2012, S. 92 f.; vgl. auch die Übersicht zur Praxis anderer Kantone bei *Galli/Moser/Lang/Steiner*, S. 167 ff., Rz. 370–381, mit Hinweisen.

sowie das Verbot von Abgebotsrunden.⁵ Im Gegensatz zum freihändigen Verfahren bedarf es daher im Einladungsverfahren gewisser Ausschreibungs- bzw. Vergabeunterlagen, in denen unter anderem – für die Anbieter schon vorab erkennbar – die massgeblichen Vergabekriterien umschrieben werden.⁶

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, und es ist auch nicht ersichtlich, dass der Stadtrat oder die Projektleitung die kontaktierten Unternehmen mit formellen Vergabeunterlagen dokumentiert und dabei insbesondere über vorab definierte und in der Folge anwendbare Zuschlags- und Eignungskriterien orientiert hätten. Nach Angaben der Beschwerdeführerin wurde sie vielmehr lediglich mit kurzer, summarischer Mailanfrage des Ingenieurbüros zur Offertstellung eingeladen, ohne dass ersichtlich gewesen wäre, dass es sich um einen Auftrag der Stadt Stein am Rhein handle. Der Kontakt mit den Anbietern war demnach formlos, wie es grundsätzlich nur im freihändigen Verfahren zulässig ist. In dieser Situation konnten bei den angefragten Anbietern jedenfalls keine spezifischen Erwartungen im dem Sinn geweckt werden, dass ein formelles, höherrangiges Submissionsverfahren eines öffentlichen Gemeinwesens durchgeführt werde.⁷

In der Gesamtbetrachtung ist aufgrund des aktenkundigen Ablaufs davon auszugehen, dass der Stadtrat im Ergebnis das für die vorliegende Vergabe zulässige freihändige Verfahren gewählt und sich nicht etwa dem Einladungsverfahren und den dafür geltenden Regeln unterstellt hat. Folgerichtig ist er im Protokoll zum fraglichen Geschäft von einer freihändigen Vergabe ausgegangen. Dass er in der Beschwerdeantwort von einem Einladungsverfahren spricht, vermag daran nichts zu ändern. Sein Vorgehen hätte denn auch die spezifischen Anforderungen an ein formelles Einladungsverfahren offensichtlich nicht erfüllt.

c) Die Beschwerde ist grundsätzlich auch gegen einen Zuschlag im freihändigen Verfahren möglich. Im Gegensatz zu andern Kantonen hat der Kanton Schaffhausen die Anfechtbarkeit bei freihändigen Beschaffungen unterhalb der Schwellenwerte nicht ausgeschlossen.⁸

Im freihändigen Verfahren sind die gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten beschränkt. Gerügt werden kann in erster Linie, das freihändige Verfahren sei nicht zulässig gewesen und es hätte stattdessen ein höherstufiges

⁵ Vgl. Art. 28, Art. 30 und Art. 32 VRöB.

⁶ Vgl. Art. 14 VRöB.

⁷ Vgl. dazu *Robert Wolf*, *Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen*, in: *Zufferey/Stöckli* (Hrsg.), *Aktuelles Vergaberecht 2010*, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 151, Rz. 59.

⁸ Vgl. *Wolf*, S. 157 f., Rz. 79 und 81; *Galli/Moser/Lang/Steiner*, S. 600 ff., Rz. 1235 f.; je mit Hinweisen.

Verfahren durchgeführt werden müssen. Daneben kann prinzipiell beanstandet werden, es seien gewisse Verfahrensregeln verletzt oder die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes⁹ bzw. die Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns nicht beachtet worden. Allerdings sind diese Anforderungen wenig konkret, und den Behörden steht bei der Erfüllung ihrer Aufgaben ein weites Ermessen zu, das von den Gerichten nicht überprüft wird. Mit inhaltlichen Argumenten lässt sich daher im freihändigen Verfahren die Verletzung allgemeiner rechtsstaatlicher Grundsätze in der Regel nicht untermauern.¹⁰

Die Beschwerdeführerin rügt nicht – und hätte dies aufgrund der vorstehenden Erwägungen auch nicht mit Erfolg tun können –, im vorliegenden Fall sei zu Unrecht das freihändige Verfahren angewandt worden. Daher kann die strittige Vergabe auch nicht auf die Anwendung solcher Kriterien überprüft werden. Unter submissionsrechtlichem Gesichtswinkel ist somit nicht zu beanstanden, dass der Stadtrat die eingegangenen Angebote nicht aufgrund spezifischer Kriterien geprüft bzw. bewertet und dass er letztlich gewisse Synergieeffekte bei der Offerte des berücksichtigten Anbieters in den Vordergrund gestellt hat. Im freihändigen Verfahren musste der Stadtrat weder seine Stellung als Auftraggeber offenlegen noch objektive Vergaberichtlinien eines formellen Ausschreibungsverfahrens einhalten. Auch musste er von der Beschwerdeführerin nicht auch eine Offerte für die Bodenuntersuchung einholen.

Hatte aber die Vergabestelle freie Hand bei der Vergabe, ohne die Regeln eines formellen Ausschreibungsverfahrens einhalten zu müssen, so sind die verschiedenen Offerten für die hier zu prüfenden Fragen nicht massgeblich. Sie sind daher der Beschwerdeführerin nicht offenzulegen.

d) Zusammenfassend kann dem Stadtrat keine hier überprüfbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden. Er hat das weite Ermessen, das ihm im freihändigen Verfahren zukommt, jedenfalls nicht überschritten. Die Beschwerde ist daher abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist.

⁹ Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

¹⁰ Art. 16 IVöB; *Wolf*, S. 165, Rz. 92 f., vgl. auch S. 149, Rz. 55.