

Freihändiges Submissionsverfahren

Submission: Teilt eine Vergabebehörde den Anbietern die anderweitige Vergabe nur formlos mit, so darf sie den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger erst dann abschliessen, wenn feststeht, dass weder eine förmliche Verfügung verlangt, noch gegen diese eine Beschwerde erhoben wird.

Sachverhalt

Für die Vergabe der Plattenarbeiten im Zusammenhang mit dem Umbau eines Kindergartens führte der Gemeinderat ein freihändiges Submissionsverfahren (Einladungsverfahren) durch. Es wurden drei Offerten eingereicht. Der Gemeinderat vergab die Arbeiten mit Beschluss vom 10. Juni 1997 an die Y. AG und teilte dies am 11. Juni 1997 mit einfachem Schreiben des leitenden Architekturbüros der Mitbewerberin Z. mit, welche dagegen Beschwerde erhob. Das Verwaltungsgericht wies die Beschwerde ab, soweit darauf eingetreten werden durfte.

Aus den Erwägungen

2. a)

Das Submissionsdekret verlangt, dass der Zuschlag den Anbietenden durch Verfügung der Vergabestelle schriftlich mitzuteilen ist; die Verfügung hat eine kurze Begründung sowie eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten (§§ 20 Abs. 1 und 24 SubmD; § 23 VRPG i.V. m. § 23 SubmD). Es genügt, wenn die Vergabestelle in der Zuschlagsverfügung summarisch die Gründe für ihren Entscheid darlegt (Botschaft des Regierungsrat zum Submissionsdekret [im folgenden: Botschaft] vom 22. Mai 1996, S. 15); der erfolglose Bewerber muss aber erkennen können, weshalb er nicht berücksichtigt wurde. Er muss in der Lage sein, eine allfällige Beschwerdeeingabe hinreichend zu substantiieren. Fehlt es an jeglicher Begründung, so ist die Arbeitsvergabe auf Beschwerde hin aufzuheben, und die Vergabeinstanz hat eine neue, begründete und mit Rechtsmittelbelehrung versehene Arbeitsvergabe vorzunehmen (vgl. auch den Entscheid des Regierungsrats des Kantons Schwyz vom 14. September 1993 in: Baurecht 1996, S. 46).

Diesen formellen Anforderungen genügt das Schreiben des Architekturbüros H. zweifellos nicht.

b)

Der Gemeinderat vertritt die Ansicht, dass die freihändige Vergabe von Bauaufträgen mit einem geschätzten Wert unter Fr. 200'000.-- an keine formellen Zuschlagskriterien gebunden sei; weder der Erlass einer Verfügung noch die Begründung der (freien) Vergabe seien nötig. Es ist im folgenden zu prüfen, ob diese Auffassung haltbar ist.

aa)

[... Unterhalb der Schwellenwerte sind die Gemeinden selber verantwortlich für die Einhaltung des Binnenmarktgesetzes (§ 5 Abs. 2 SubmD; vgl. vorne VGE III/68 vom 9. September 1997 i.S. A. + Co., Erw. II.1.a und b) ...]

Materiell bedeutet dies insbesondere, dass der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter zu beachten ist (Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 BGBM). In formeller Hinsicht sieht Art. 9 Abs. 1 BGBM vor, dass "Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt ... in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen" sind. Dabei versteht die herrschende Lehre Art. 9 Abs. 1 BGBM grundsätzlich so, dass jeder Vergabeentscheid auf kantonaler oder kommunaler Ebene, namentlich jeder Zuschlag, gleichgültig, welchen Wert die konkrete Vergabe aufweist, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erfolgen hat, damit eine Verletzung des Binnenmarktgesetzes rügbar ist [...]. Art. 9 Abs. 1 - 3 BGBM tritt allerdings erst am 1. Juli 1998 in Kraft (Beschluss des Bundesrats vom 17. Juni 1996).

Neben dem Binnenmarktgesetz sind die aus der Verfassung hergeleiteten allgemeinen Grundsätze verwaltungsmässigen Handelns wie z. B. das Verbot von Willkür und rechtsungleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben, das Gebot eines fairen Verfahrens bzw. eines fairen Wettbewerbs zu beachten [...]. Generell unzulässig ist auch beim freihändigen Verfahren eine auf unsachliche oder sachfremde Kriterien abstellende und damit willkürliche Vergabe.

bb)

Die Rechtsschutzbestimmungen des Submissionsdekrets (§§ 24 ff.) sind auf alle Fälle der Vergabe öffentlicher Aufträge durch kantonale oder kommunale Behörden anwendbar, mithin auch auf Vergaben unterhalb der genannten Schwellenwerte (§ 24 Abs. 3 SubmD); das Submissionsdekret entspricht damit vollumfänglich den Anforderungen von Art. 9 BGMG hinsichtlich Rechtsschutz. Es kann in den letztgenannten Fällen zwar nicht eine Verletzung von Dekretsbestimmungen, wohl aber eine Verletzung des Binnenmarktgesetzes mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde gerügt werden [...], ebenso eine Verletzung der erwähnten Grundprinzipien verwaltungsmässigen Handelns. Auch im freihändigen Verfahren kann ein übergangener Anbieter Beschwerde erheben [...] und besitzt mithin - da es andernfalls an einem Anfechtungsobjekt fehlen würde - Anspruch auf Erlass einer formellen Verfügung. Insbesondere muss er auch rügen können, der Auftrag hätte nicht im freihändigen Verfahren vergeben werden dürfen, sondern öffentlich ausgeschrieben werden müssen.

cc)

Somit erweist sich der Standpunkt der Gemeinde insoweit als unrichtig, als diese sich im Bereich des freihändigen Verfahrens nicht nur an keine materiellen Vergabegrundsätze gebunden sieht, sondern auch einen Anspruch der Anbieter auf beschwerdefähige Verfügungen verneint. Die Gemeinde erkennt, dass sie auch bei einer freihändigen Vergabe unterhalb der Schwellenwerte von § 5 Abs. 1 lit. d SubmD als Gemeinwesen und nicht als Privatperson auftritt.

Es gilt der Grundsatz, dass das Gemeinwesen auch dann sinngemäss die verfassungsmässigen Grundrechte zu beachten hat, wenn es privatrechtliche Verträge abschliesst, was ihm eine rechtsungleiche oder willkürliche Behandlung der privaten Vertragspartner schon aus rechtsstaatlichen Gründen verbietet (vgl. dazu BGE 109 Ib 155; Ulrich Häfelin/Georg Müller, Grundriss des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 2. Auflage, Zürich 1993, Rz. 236 ff.).

c)

Die Beschwerdeführerin interpretiert die Vorgaben des Binnenmarktgesetzes dahingehend, dass sowohl der Zuschlag als auch die Absage an die nichtberücksichtigten Submittenten in die Form einer anfechtbaren Verfügung hätten gekleidet werden müssen. Daraus, dass dies unbestrittenemassen nicht geschehen ist, schliesst sie, dass gar kein rechtsgenüglicher Zuschlag erfolgt sei, oder aber, dass dieser aufgrund des formellen Mangels aufzuheben sei.

Die Auffassung der Beschwerdeführerin geht letztlich dahin, dass die Gültigkeit des Zuschlags auch im Bereich des freihändigen Verfahrens stets den gleichzeitigen Erlass einer förmlichen Verfügung voraussetzt, dies sogar in Bagatellfällen, wie z. B. dem Kauf von Büromaterial. Mit anderen Worten wäre nach dieser Lesart der Rechtsgrundlagen ein Zuschlag, der den Beteiligten nicht in Verfügungsform zur Kenntnis gebracht wird, aus formellen Gründen entweder überhaupt nicht gültig erfolgt, also nichtig, oder zumindest auf dem Beschwerdeweg aufzuheben. Eine solche Forderung ist schon aus Praktikabilitätsgründen zu verwerfen; sie wird den Eigenheiten zahlreicher Fälle des öffentlichen Beschaffungswesens im Bereich der freihändigen Vergabe nicht gerecht und erscheint wenig sinnvoll. Das Effizienzgebot, dem nachzuleben die Verwaltung ebenfalls verpflichtet ist, gebietet es, in gewissen Fällen - vorerst - auf die Zustellung von (förmlichen) Verfügungen zu verzichten. In der Praxis erfolgen die Mitteilungen über den Zuschlag häufig nicht durch die Vergabestelle selber, sondern in deren Namen durch die Bauleitung oder den Architekten, denen die Durchführung und Leitung des Submissionsverfahrens und die Beratung der Vergabestelle obliegt. Zumindest im Bereich der freihändigen Vergabe (einschliesslich Einladungsverfahren) muss es der Vergabebehörde oder einer von ihr beauftragten Stelle gestattet sein, ihre Entscheidungen den Beteiligten zunächst durch formlose Mitteilung zur Kenntnis zu bringen. Es muss aber für den nicht berücksichtigten Anbieter bestehen, nachträglich den Erlass einer förmlichen, beschwerdefähigen Verfügung zu verlangen. Ein Widerspruch zu den dargestellten Anforderungen des Bundesrechts (insbesondere gemäss Art. 9 BGBM) entsteht nicht, solange der dort verlangte Rechtsschutz gewährleistet ist. Dazu ist es ausreichend, wenn der nichtberücksichtigte Anbieter bezüglich aller Entscheidungen der Vergabebehörde ex post eine Verfügung verlangen kann, die ihm den Rechtsweg auch bei freihändigen Beschaffungen öffnet (vgl. Thomas Cottier/Benoît Merkt, Die Auswirkungen des Welthandelsrechts der WTO und des Bundesgesetzes über den Binnenmarkt auf das Submissionsrecht der Schweiz, in: Roland von Büren/Thomas Cottier [Hrsg.], Die neue schweizerische Wettbewerbsordnung im internationalen Umfeld, Bern 1997, S. 35 ff., 76 f.). Ein solches Vorgehen findet im übrigen auch im Verwaltungsrechtspflegegesetz, das grundsätzlich - unter Berücksichtigung der Besonderheiten und Eigenart dieses Verfahrens - auch auf das Submissionsverfahren anwendbar ist (vgl. § 1 Abs. 1 VRPG), eine Grundlage (vgl. § 23 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 VRPG).

Teilt eine Vergabebehörde oder eine von dieser beauftragte Stelle den Anbietern die anderweitige Vergabe nur formlos mit, so darf sie den Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger allerdings erst dann abschliessen, wenn feststeht, dass weder eine förmliche Verfügung verlangt, noch gegen diese eine Beschwerde erhoben wird. Andernfalls würde der in den §§ 23 SubmD gewährte Rechtsschutz auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlags eingeschränkt, was nicht der Absicht des Gesetzgebers entsprach (vgl. insbes. § 26 SubmD). [...] Zweckmässigerweise ist daher die formlos erfolgende Mitteilung mit einer kurzen Begründung und mit einer angemessenen, kurzen Frist, innert welcher eine beschwerdefähige Verfügung verlangt werden kann, zu versehen. Fehlt eine solche Fristsetzung und will ein nicht berücksichtigter Anbieter die Aufhebung des Zuschlags verlangen, muss er jedenfalls innert 10 Tagen - es erscheint sachgerecht, diese Frist analog der Beschwerdefrist (§ 25 Abs. 1 SubmD) festzusetzen, um Verzögerungen zu vermeiden - seit er Kenntnis von der anderweitigen Vergabe erhalten hat, bei der Vergabestelle eine förmliche Verfügung verlangen und diese dann innert 10 Tagen seit Eröffnung mit Beschwerde anfechten. Die Begründung der Beschwerdeführerin, der Rechtsschutz werde illusorisch, wenn zunächst eine begründete Verfügung verlangt werden müsse (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 5), ist daher nicht stichhaltig. Wird die förmliche Verfügung erst zu einem späteren Zeitpunkt verlangt, ist eine Beschwerde dagegen zwar grundsätzlich noch möglich, jedoch kann der Zuschlag nicht mehr aufgehoben, sondern lediglich noch dessen Rechtswidrigkeit festgestellt werden. Bei Direktvergaben wird sich der Rechtsschutz ohnehin auf die nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit beschränken.

d)

Im vorliegenden Fall hat keine öffentliche Ausschreibung stattgefunden, sondern der Gemeinderat hat drei Anbieter zur Einreichung einer Offerte für die zu vergebenden Plattenarbeiten eingeladen (vgl. § 8 Abs. 3 SubmD); er hat die Arbeiten somit nach Durchführung eines beschränkten Wettbewerbs freihändig vergeben. Dass dieses Vorgehen, das der früheren beschränkten Submission gemäss § 12 Abs. 2 bis 4 der Verordnung über die Vergebung öffentlicher Arbeiten und Lieferungen (Submissionsverordnung, SubVO) vom 16. Juli 1940 entspricht, angesichts der weit unterhalb des Schwellenwerts von Fr. 200'000.-- liegenden Auftragssumme zulässig war, wird auch von der Beschwerdeführerin nicht bestritten (vgl. Verwaltungsgerichtsbeschwerde, S. 4 Ziff. 2).

Aus den vorstehenden Erwägungen folgt, dass die formlose Mitteilung des Zuschlags durch das Architekturbüro an die Beschwerdeführerin nicht zu beanstanden ist. Der Hauptantrag in Ziff. 1 der Beschwerdebegehren, womit verlangt wird, es sei festzustellen, dass kein rechtsgenüglicher Zuschlag erfolgt sei, ist daher abzuweisen. Auf die übrigen Begehren, womit die Aufhebung des Zuschlags und die Wiederholung des Verfahrens verlangt wird, ist nicht einzutreten, weil es an einer beschwerdefähigen Verfügung fehlt. Da die anwaltlich vertretene Beschwerdeführerin keinen entsprechenden Antrag gestellt hat, sieht das Verwaltungsgericht davon ab, die Beschwerdesache zum Erlass einer formellen Verfügung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin hat aber, wie aus den vorstehenden Erwägungen hervorgeht, das Recht, von der Gemeinde nachträglich eine förmliche Verfügung mit der Feststellung, dass die Arbeiten anderweitig vergeben worden sind, zu verlangen. In einem allfällig nachfolgenden Beschwerdeverfahren könnte sie allerdings lediglich noch die Feststellung der Widerrechtlichkeit des erfolgten Zuschlags und nicht mehr dessen Aufhebung verlangen.

