

**Art. 12 Abs. 1 lit. b<sup>bis</sup> und lit. c, Art. 12<sup>bis</sup> sowie Anhang 2 IVöB; Art. 10 Abs. 2 VRöB; Art. 3 STUG; Art. 1 Abs. 3 STUV. Submission im Entsorgungswesen; freihändiges Verfahren; Anfechtungsmöglichkeit (OGE 60/2011/52 vom 9. März 2012)**

Veröffentlichung im Amtsbericht

*Auch im freihändigen Verfahren können Konkurrenzofferten verschiedener Anbieter eingeholt werden; dass mehrere Offerten eingeholt werden, lässt somit nicht ohne weiteres auf ein formelles Einladungsverfahren schliessen. Im vorliegenden Fall ist die Vergabe unter den gegebenen Umständen als freihändige Beschaffung zu werten (E. 2).*

*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. 2c und 3).*

*Im vorliegenden Fall kann der Vergabebehörde keine überprüfbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden. Es kann offenbleiben, ob die beauftragte Unternehmung für den Abtransport und die Entsorgung des Abfalls die einschlägige Lizenz benötige oder ob sie alle Voraussetzungen einer Ausnahme von der Bewilligungspflicht erfülle, weil es sich um Transporte für eigene Bedürfnisse (sogenannten Werkverkehr) handle (E. 3).*

Der Gemeinderat A. beschloss eine generelle Überprüfung der Untermervverträge im Abfuhrbereich. Er holte bei mehreren Firmen Offerten ein für die Abfuhr und Entsorgung der verschiedenen Abfallgüter aus dem Entsorgungsplatz B. Hierauf beschloss er, mit der Entsorgung von brennbarem Material, Holz, Eisen und Bauschutt die C. AG und mit der Entsorgung von Elektroschrott die D. AG zu beauftragen. Die ebenfalls angefragte E. GmbH erhob Beschwerde ans Obergericht; sie beantragte, festzustellen, dass die C. AG nicht über die erforderliche Lizenz für die ihr übertragenen Transporte verfüge, und den Zuschlag an sie aufzuheben sowie den Zuschlag für die Entsorgung von brennbarem Material, Holz, Eisen und Bauschutt der Beschwerdeführerin zu erteilen, eventuell die Sache zur Neubeurteilung an die Vor-

instanz zurückzuweisen. Das Obergericht lud die C. AG zum Verfahren bei und wies die Beschwerde ab, soweit darauf einzutreten war.

*Aus den Erwägungen:*

2.– Es fragt sich zunächst, welches submissionsrechtliche Verfahren (Einladungs- oder freihändiges Verfahren) auf die strittige Vergabe angewandt wurde.

a) Der Gemeinderat und die Beigeladene machen geltend, die Vergabe sei – ohne Ausschreibung und ohne Angabe von Eignungs- oder Zuschlagskriterien – im freihändigen Verfahren und somit nicht im Einladungsverfahren vorgenommen worden.

Die Beschwerdeführerin hat sich in der Beschwerdeschrift als «Mittbewerberin im Submissionsverfahren (Einladungsverfahren)» bezeichnet. Dass es sich um ein Einladungsverfahren handle, schien sie daraus abzuleiten, dass der Gemeinderat ausser ihr selber noch zwei weitere Unternehmungen zur Offertstellung eingeladen hatte. In der Replikschrift macht sie geltend, der angefochtene Beschluss lasse auf eine Ausschreibung gemäss Einladungsverfahren schliessen, würden doch die eingegangenen Offerten konkret miteinander verglichen. Sie räumt jedoch ein, dass sich aufgrund der vorhandenen Unterlagen nicht abschliessend beantworten lasse, ob es sich um ein formelles Einladungsverfahren oder um eine freihändige Vergabe handle.

b) 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<sup>bis</sup> IVöB<sup>1</sup>; Art. 9 VRöB<sup>2</sup>). 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 das Einladungsverfahren zulässig. Die Vergabebehörde muss sich gegebenenfalls bei der ef-

---

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

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

fektiv gewählten Verfahrensart behaften lassen und die dafür geltenden Regeln einhalten.<sup>3</sup>

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<sup>bis</sup> IVöB). Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB). Im Einladungsverfahren und im freihändigen Verfahren erfolgt die Einladung zur Offertstellung durch direkte Mitteilung. Im freihändigen Verfahren kann dies formlos erfolgen (Art. 10 Abs. 2 VRöB).

Nach der Rechtsprechung verschiedener Kantone können auch im freihändigen Verfahren Konkurrenzofferten verschiedener Anbieter eingeholt werden. Die Lehre ist insoweit geteilter Meinung; zum Teil wird die Auffassung vertreten, mit dem Einholen von Konkurrenzofferten werde faktisch ein Einladungsverfahren durchgeführt, weshalb die Behörde auch die Vorschriften dieses Verfahrens zu beachten habe. Zumindest solange nicht der Anschein erweckt wird, es werde effektiv ein höherrangiges Verfahren – etwa ein Einladungsverfahren – durchgeführt, spricht jedoch nichts dagegen, auch in einem freihändigen Verfahren mehrere Offerten einzuholen.<sup>4</sup>

Der Umstand als solcher, dass mehrere Offerten eingeholt werden, lässt somit nicht ohne weiteres auf ein formelles Einladungsverfahren schliessen.

c) Im vorliegenden Fall liegt ... der Auftragswert jedenfalls unter Fr. 150'000.–. Das freihändige Verfahren war somit 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 sowie das Verbot von Abgebotsrunden.<sup>5</sup> Im Gegensatz zum freihändigen Verfahren bedarf es daher im Einladungsverfahren gewisser Ausschreibungs-

---

<sup>3</sup> *Galli/Moser/Lang/Clerc*, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. A., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 80, Rz. 179, mit Hinweis.

<sup>4</sup> *Robert Wolf*, Freihändige Beschaffung – Handlungsfreiheiten und ihre Grenzen, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2010, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 150, Rz. 57 f., mit Hinweisen, insbesondere auf den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich VB.2008.00555 vom 20. Mai 2009, E. 1, BEZ 2009 Nr. 32; vgl. auch die Übersicht bei *Galli/Moser/Lang/Clerc*, S. 95 ff., Rz. 217–223, mit Hinweisen.

<sup>5</sup> Vgl. Art. 28, Art. 30 und Art. 32 VRöB.

bzw. Vergabeunterlagen, in denen unter anderem – für die Anbieter schon vorab erkennbar – die massgeblichen Vergabekriterien umschrieben werden.<sup>6</sup>

Die Beschwerdeführerin behauptet nicht, und es ist auch nicht ersichtlich, dass der Gemeinderat die kontaktierten Unternehmungen mit formellen Vergabeunterlagen dokumentiert und dabei insbesondere über die anwendbaren Kriterien orientiert hätte. Sie räumt vielmehr ein, dass weder konkrete Zuschlags- noch Eignungskriterien definiert wurden, und verweist zudem nur auf ein Gespräch mit dem zuständigen Referenten am Entsorgungsort. In der Offerte der D. AG wird sodann einleitend auf ein vorangegangenes Telefongespräch verwiesen. Das deutet darauf hin, dass die Kontakte zwischen dem Gemeinderat und den nachmaligen Anbietern formlos waren, wie dies grundsätzlich nur im freihändigen Verfahren zulässig ist. Die Beschwerdeführerin erklärt im Übrigen, ausser ihr seien «offenbar» auch die Beigeladene und die D. AG zur Offertstellung eingeladen worden. Das lässt darauf schliessen, dass der Gemeinderat die angefragten Anbieter seinerzeit nicht über weitere Anfragen informiert hat. Insoweit konnten somit keine spezifischen Erwartungen zur Art des Verfahrens geweckt werden.<sup>7</sup>

Das Vorgehen des Gemeinderats – soweit aus den Akten ersichtlich – spricht somit dafür, dass er tatsächlich das grundsätzlich zulässige freihändige Verfahren gewählt hat. Insbesondere kann nicht gesagt werden, er habe sich mit seinem Vorgehen wenigstens sinngemäss dem Einladungsverfahren und den dafür geltenden Regeln unterstellt.

d) 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.<sup>8</sup>

Damit lässt sich auch aus dem Umstand, dass der Gemeinderat der Beschwerdeführerin den angefochtenen Beschluss mit Rechtsmittelbelehrung zugestellt und ihre Beschwerdelegitimation anerkannt hat, für das anwendbare Verfahren nichts ableiten. Zwar hat der Gemeinderat im Beschluss die verschiedenen Angebote unter dem Stichwort «Offertvergleich» aufgeführt. Auch daraus lässt sich jedoch nichts ableiten mit Blick darauf, dass – wie erwähnt<sup>9</sup> – auch im freihändigen Verfahren Konkurrenzofferten eingeholt werden können. Dass der Gemeinderat eine eigentliche vergleichende Prüfung

---

<sup>6</sup> Vgl. Art. 14 VRöB.

<sup>7</sup> Vgl. dazu *Wolf*, S. 151, Rz. 59.

<sup>8</sup> Vgl. *Wolf*, S. 157 f., Rz. 79 und 81, mit Hinweisen.

<sup>9</sup> Oben, lit. b.

nach spezifischen Kriterien im Sinn von Art. 28 VRöB vorgenommen hätte, ist jedenfalls nicht ersichtlich.

e) Die strittige Vergabe ist somit als freihändige Beschaffung zu werten. Es ist sodann weder dargetan noch ersichtlich, dass aufgrund der Umstände zwangsläufig wenigstens der Anschein hätte entstehen müssen, es sei effektiv ein Einladungsverfahren durchgeführt worden, so dass nach Treu und Glauben dennoch die Vorschriften des höherstufigen Verfahrens zu beachten wären.

3.– Im freihändigen Verfahren sind die gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten beschränkt. Gerügt werden kann in erster Linie, das freihändige Verfahren sei im konkreten Fall 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<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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. Sie begründet die Beschwerde vielmehr damit, dass die Beigeladene nicht über die erforderliche Zulassungsbewilligung gemäss Art. 3 STUG<sup>12</sup> verfüge; damit erfülle sie ein zentrales Eignungskriterium nicht.

In der Beschwerdeschrift hat die Beschwerdeführerin die Eignungsprüfung ausdrücklich als Bestandteil des Einladungsverfahrens bezeichnet. In der Replikschrift hat sie eingeräumt, dass im vorliegenden Fall keine Eignungskriterien definiert worden seien. Im freihändigen Verfahren findet denn auch keine Evaluation nach Eignungs- und Zuschlagskriterien statt.<sup>13</sup> Daher kann ein freihändiger Zuschlag auch nicht auf die Anwendung solcher Kriterien überprüft werden. Unter submissionsrechtlichem Gesichtswinkel ist somit nicht zu beanstanden, dass der Gemeinderat die Angebote nicht aufgrund spezifischer Kriterien geprüft bzw. bewertet hat. Daher kann hier letzt-

---

<sup>10</sup> Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 6. Oktober 1995 (Binnenmarktgesetz, BGBM, SR 943.02).

<sup>11</sup> Art. 16 IVöB; *Wolf*, S. 165, Rz. 92 f., vgl. auch S. 149, Rz. 55.

<sup>12</sup> Bundesgesetz über die Zulassung als Strassentransportunternehmen vom 20. März 2009 (STUG, SR 744.10).

<sup>13</sup> Vgl. oben, E. 2c.

lich offenbleiben, ob die Beigeladene für den Abtransport und die Entsorgung des Abfalls tatsächlich die einschlägige Lizenz benötige oder ob sie – mit Blick darauf, dass ihr nach Angaben des Gemeinderats die Abfallgüter verkauft werden sollen – alle Voraussetzungen einer Ausnahme von der Bewilligungspflicht erfülle, weil es sich um Transporte für eigene Bedürfnisse (so genannten Werkverkehr) handle.<sup>14</sup> Es liegt in der Verantwortung der Vertragsparteien selber, das Risiko für die Folgen eines allfälligen Verstosses gegen die Bewilligungspflicht auf sich zu nehmen.

Die Beschwerdeführerin macht noch geltend, die Auftragsvergabe an die Beigeladene verstosse gegen die allgemeinen Grundsätze des fairen Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der Anbieter. Das begründet sie jedoch nicht näher; sie erklärt lediglich, sie selber habe für die Erlangung und die periodische Erneuerung der Lizenz für Strassentransporte im Gegensatz zur Beigeladenen beträchtliche Mittel aufwenden müssen. Diese Auslagen hängen aber nicht konkret mit der strittigen Vergabe zusammen; sie wurden darin insbesondere auch nicht thematisiert und vermochten so das Vorgehen des Gemeinderats nicht massgeblich zu bestimmen. Inwieweit der Gemeinderat seinen ihm im freihändigen Verfahren wesensgemäss zustehenden weiten Spielraum unter Missachtung gewisser Rechtsgrundsätze überschritten hätte, ist im Übrigen nicht dargetan.

Dem Gemeinderat kann daher keine hier überprüfbare Rechtsverletzung vorgeworfen werden.

---

<sup>14</sup> Vgl. Art. 1 Abs. 3 der Verordnung über die Zulassung als Strassentransportunternehmen im Personen- und Güterverkehr vom 1. November 2000 (STUV, SR 744.103) i.V.m. Anhang 4 Ziff. 4 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Güter- und Personenverkehr auf Schiene und Strasse vom 21. Juni 1999 (SR 0.740.72) und dazu etwa die Erläuterungen des Bundesamts für Verkehr zum Anhang 4 des Abkommens («Transporte, die ohne Lizenz durchgeführt werden können») unter [www.berufszulassung.ch](http://www.berufszulassung.ch).