

Submission; Beschwerdelegitimation, anwendbares Verfahren – Art. 7 Abs. 1^{bis}, Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis}, Art. 12^{bis}, Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a und lit. e sowie Anhang 2 IVöB; Art. 3 VRöB; Art. 36 Abs. 1 VRG.

Im Einladungsverfahren gibt es keine selbständig anfechtbare Ausschreibung. Mängel der Einladung und die Wahl der Verfahrensart können daher auch noch im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags gerügt werden (E. 1.1).

Der nicht berücksichtigte Teilnehmer eines Einladungsverfahrens ist auch zur Rüge legitimiert, es sei zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet worden; er verwirkt diese Rüge mit der Teilnahme nicht. Für die erforderliche Beschwerde ist massgebend, ob ihm der Antrag, den Zuschlag aufzuheben und ein Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung durchzuführen, insoweit einen Vorteil bzw. einen praktischen Nutzen bringen könnte, dass er eine neue Chance auf den Zuschlag erhält (E. 1.2).

Das Einladungsverfahren ist nur unterhalb gewisser Schwellenwerte zulässig. Dabei ist der Wert des einzelnen bzw. einheitlichen Auftrags als solchen massgebend (E. 2.1). Umfasst der Auftrag Leistungen sowohl des Bauhaupt- als auch des Baunebengewerbes, kommt es für die Zuordnung darauf an, welcher Teil als wesentlich zu betrachten ist bzw. im Vordergrund steht (E. 2.2).

Hier geht es im Wesentlichen um Leistungen des Bauhauptgewerbes, auch wenn gewisse Teilarbeiten für sich gesehen unter das Baunebengewerbe fallen. Der (Gesamt-)Wert des Auftrags übersteigt den einschlägigen Schwellenwert. Demnach war das Einladungsverfahren nicht zulässig (E. 2.2).

OGE 60/2016/26 vom 20. September 2016

Veröffentlichung im Amtsbericht

Sachverhalt

Die Gemeinden X., Y. und Z. beabsichtigen, in X. ein Feuerwehrmagazin für die Verbandsfeuerwehr zu erstellen. Für die Vergabe der Aufträge wurde das Einladungsverfahren gewählt. Für den Holzsystembau (BKP 214) bewarben sich unter anderem die A. AG und die B. AG. Bei der Bewertung erreichte das Angebot der B. AG bei einem Angebotspreis von Fr. 620'197.05 netto preislich und punktemässig den ersten, das Angebot der A. AG bei einem Preis von Fr. 636'729.55 netto preislich den zweiten, punktemässig den dritten Rang. Der Zuschlag wurde der B. AG erteilt. Die A. AG erhob gegen den Vergabeentscheid Beschwerde ans Obergericht; sie machte unter anderem geltend, es sei zu Unrecht das Einladungsverfahren gewählt worden. Das Obergericht hiess die Beschwerde gut.

Aus den Erwägungen

1. Gegen Verfügungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers kann innert zehn Tagen seit ihrer Eröffnung beim Obergericht schriftlich und begründet Beschwerde erhoben werden (Art. 15 Abs. 1 und Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 / 15. März 2001 [IVöB, SHR 172.510] i.V.m. § 5 Abs. 1 der Verordnung zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [ViVöB, SHR 172.511]).

1.1. Als durch Beschwerde selbständig anfechtbare Verfügungen gelten unter anderem die Ausschreibung des Auftrags und der Zuschlag (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a und lit. e IVöB). Nicht selbständig anfechtbare Handlungen der Vergabestelle sind, soweit ein Anbieter sie für rechtswidrig hält, mit Beschwerde gegen den nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheid anzufechten (Stefan Scherler, Die Verfügungen im Vergaberecht, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2012, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 372, Rz. 79).

Die Beschwerdeführerin will nicht nur den Zuschlag, sondern auch die Ausschreibung des Auftrags anfechten (Art. 15 Abs. 1^{bis} lit. a IVöB). Im Einladungsverfahren gibt es jedoch keine (öffentliche) Ausschreibung. Die von der Vergabebehörde bestimmten Anbieterinnen und Anbieter werden ohne Ausschreibung direkt zur Angebotsabgabe eingeladen (Art. 12 Abs. 1 lit. b^{bis} IVöB). Wird aber das Verfahren ohne vorgängige Ausschreibung eingeleitet, liegt insoweit keine selbständig anfechtbare Verfügung vor. Die Vergabebehörde hat den ersten formellen Entscheid grundsätzlich erst mit dem Zuschlag zu treffen. Daher kann auch noch im Rahmen der Anfechtung des Zuschlags geltend gemacht werden, die Einladung als solche habe submissionsrechtlich relevante Mängel aufgewiesen oder es sei die falsche Verfahrensart gewählt worden (Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. A., Zürich/Basel/Genf 2013, S. 616 f., Rz. 1256).

1.2. Zur Beschwerde ist befugt, wer durch den Vergabeentscheid in eigenen schutzwürdigen Interessen verletzt ist (§ 5 Abs. 2 ViVöB i.V.m. Art. 7 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über den Binnenmarkt vom 29. Juni 1998 [EG BGBM, SHR 172.500] und Art. 36 Abs. 1 des Gesetzes über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20. September 1971 [Verwaltungsrechtspflegegesetz, VRG, SHR 172.200]).

Bei einem nicht berücksichtigten Anbieter verlangt die Praxis insbesondere auch eine materielle Beschwer in dem Sinn, dass er bei Gutheissung seiner Beschwerde eine realistische Chance hat, mit dem eigenen Angebot zum Zug zu kommen, oder

eine neue Ausschreibung bzw. eine Wiederholung des Vergabeverfahrens erreichen kann, so dass er die Möglichkeit erhält, ein neu kalkuliertes Angebot einzureichen (BGE 141 II 14 E. 4.4–4.8 S. 29 ff.; Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 646 f., Rz. 1304, mit Hinweisen).

Der Teilnehmer eines Einladungsverfahrens ist grundsätzlich auch zur Rüge legitimiert, es sei zu Unrecht auf eine öffentliche Ausschreibung verzichtet worden. Vorausgesetzt wird nicht, dass er durch das angefochtene Verfahren einen *Nachteil* erlitten hat. Massgebend ist vielmehr, ob ihm der Antrag, den Zuschlag aufzuheben und ein Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung durchzuführen, insoweit einen *Vorteil* bzw. einen praktischen Nutzen bringen könnte, dass er eine neue Chance auf den Zuschlag erhält (BGE 141 II 307 E. 6.2–6.7 S. 312 ff.). Die Beschwerdeführerin hat demnach mit ihrer Teilnahme am Einladungsverfahren dessen Anfechtung bzw. die entsprechende Rüge nicht verwirkt.

Die Beschwerdeführerin ist als nicht berücksichtigte Anbieterin vom Vergabeentscheid in ihren eigenen Interessen betroffen. Sie hat zumindest bei einer allfälligen Wiederholung des Verfahrens mit öffentlicher Ausschreibung die Chance, den Auftrag doch noch zu erhalten. Die Beschwerde könnte ihr demnach einen schutzwürdigen Vorteil bzw. einen praktischen Nutzen bringen. Die Beschwerdeführerin ist daher zur Beschwerde gegen den Zuschlag befugt.

1.3. Die Beschwerde wurde nach Mitteilung des Zuschlags fristgemäss erhoben. Die Beschwerdeschrift enthält sinngemäss den Antrag, den Vergabeentscheid aufzuheben und das Angebot der Beschwerdeführerin besser zu bewerten oder ein Verfahren mit öffentlicher Ausschreibung durchzuführen, sowie eine Begründung. In der Replikschrift wird das insoweit konkretisiert, dass die Aufhebung des Vergabeentscheids sowie eine erneute – formgerechte – Ausschreibung des Auftrags im öffentlichen Verfahren beantragt werde. Die Beschwerde erfüllt damit die formellen Voraussetzungen.

Auf die Beschwerde ist daher einzutreten. ...

2. Die Beschwerdeführerin macht geltend, es sei zu Unrecht das Einladungsverfahren gewählt worden. Angesichts der Vergabesumme hätte das offene oder das selektive Verfahren gewählt werden müssen.

2.1. Aufträge sind grundsätzlich im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben. Unterhalb gewisser Schwellenwerte können sie jedoch im Einladungs- oder im freihändigen Verfahren vergeben werden (Art. 12^{bis} IVöB).

In dem von Staatsverträgen nicht erfassten Bereich – wie hier – wird das anzuwendende Verfahren nach dem *Wert des einzelnen Auftrags* festgelegt (Art. 3 Abs. 2

der Vergaberichtlinien zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 2003 [VRöB, SHR 172.512]). In diesem Bereich ist bei Bauarbeiten – wie sie hier in Frage stehen – das Einladungsverfahren bei einem Auftragswert unter Fr. 250'000.– (Baunebengewerbe) bzw. unter Fr. 500'000.– (Bauhauptgewerbe) zulässig. Die Mehrwertsteuer wird bei der Schätzung des Auftragswerts nicht berücksichtigt (Art. 7 Abs. 1^{bis} [i.V.m. Anhang 2] und Abs. 1^{ter} IVöB). Unter das Bauhauptgewerbe fallen alle Arbeiten für die tragenden Elemente eines Bauwerks. Die übrigen Arbeiten gehören zum Baunebengewerbe (Art. 3 Abs. 1 VRöB).

2.2. In der Vergabemitteilung ... wies die Vergabestelle darauf hin, dass die Preisspanne einschliesslich Mehrwertsteuer Fr. 620'197.– bis Fr. 729'810.– betrage. Ohne Mehrwertsteuer liegen die bereinigten Angebotspreise zwischen Fr. 574'256.55 und Fr. 675'749.95. Die Vergabestelle behauptet nicht, sie sei bei der Wahl der Verfahrensart aufgrund einer vorgängigen, zuverlässigen Schätzung (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, S. 147 ff., Rz. 327 ff.) von einem tieferen Auftragswert ausgegangen. Der Wert des strittigen Auftrags liegt demnach deutlich über den massgeblichen Schwellenwerten, insbesondere auch über dem Schwellenwert von Fr. 500'000.–, bis zu welchem bei Bauarbeiten des Bauhauptgewerbes ein Einladungsverfahren zulässig ist.

Die Baukommission macht geltend, weil der Auftrag auch Teile umfasse, die zum Baunebengewerbe gehörten, seien diese bei der Einschätzung der Auftragssumme nicht berücksichtigt worden. Abgezogen worden seien total Fr. 125'000.– für die Verkleidung der Aussenfassaden (BKP 214.4), für das Unterdach zum Flachdach (BKP 214.6) sowie für die Fenster und Zargen (BKP 221.1). Der Rest betrage noch ca. Fr. 450'000.– und liege damit unter dem Schwellenwert. Auf eine separate Ausschreibung der Arbeiten sei aus Gründen der Qualitätssicherung und der Schnittstellenkoordination sowie der Werkgarantie verzichtet worden.

Gewisse Teilarbeiten mögen in der Tat für sich gesehen unter das Baunebengewerbe fallen. Sie wurden jedoch bewusst nicht separat ausgeschrieben bzw. in eine selbständige Einladung zur Angebotsabgabe ausgelagert, sondern in den mit dem angefochtenen Entscheid vergebenen Auftrag "BKP 214 Holzsystembau" integriert. Massgebend ist für die Festlegung der Verfahrensart der (Gesamt-)Wert des einzelnen bzw. einheitlichen Auftrags als solchen. Umfasst der Auftrag Leistungen sowohl des Bauhaupt- als auch des Baunebengewerbes, kommt es für die Zuordnung darauf an, welcher Teil als wesentlich zu betrachten ist bzw. im Vordergrund steht (Martin Beyeler, Bausubmissionen: Schwellenwerte, Bauwerkregel und Bagatellklausel, Anwaltsrevue 2008, S. 266, Fn. 14). Der Wert des Auftrags

kann bei der Festlegung der Verfahrensart entgegen der Auffassung der Baukommission nicht auf die einzelnen Leistungsbereiche aufgeteilt werden (vgl. auch den Grundsatz von Art. 2 Abs. 2 VRöB, wonach ein Auftrag nicht aufgeteilt werden darf, um die Verwendung der Vergabebestimmungen zu umgehen).

Beim fraglichen Auftrag geht es im Wesentlichen um Leistungen des Bauhauptgewerbes. Der Wert des Auftrags übersteigt sodann den einschlägigen Schwellenwert. Demnach war das Einladungsverfahren nicht zulässig.

2.3. Der Beschwerdeführerin ist daher beizupflichten, dass mit dem Einladungsverfahren die falsche Verfahrensart gewählt wurde. Dabei handelt es sich um einen Rechtsmangel, dessen Geltendmachung mit der Akzeptierung der Bedingungen des Vergabeverfahrens nicht verwirkt ist.

War aber das dem Vergabeentscheid zugrundeliegende Verfahren rechtswidrig, so ist der angefochtene Entscheid aufzuheben. Die Vergabebehörde wird ein neues Verfahren durchzuführen haben.