

VERWALTUNGSGERICHT DES KANTONS FREIBURG

II. VERWALTUNGSGERICHTSHOF

Entscheid vom 31. Mai 2007

In der Beschwerdesache
(2A 07 47)

A., vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Zbinden, Cité Bellevue 6, Postfach 41, 1707
Freiburg 7,

Beschwerdeführer,

gegen

1. das **Tiefbauamt**, Chorherrengasse 17, 1701 Freiburg, und
2. die **Firma B.**,

Beschwerdegegner,

betreffend
**öffentliches Beschaffungswesen,
fehlende Zuschlagskriterien bei der Vergabe von „Schlegelmäherarbeiten“
(Verfügung des Tiefbauamtes vom 2. April 2007)**

hat sich ergeben:

A. Das Tiefbauamt liess im Amtsblatt Nr. 8 des Kantons Freiburg vom 23. Februar 2007 Arbeiten mit Schlegelmähern in drei Kreisen für die Jahre 2007 bis 2009 offen ausschreiben. Es handelt es sich dabei um die Vergabe von Mäharbeiten an Kantonsstrassenböschungen. Diese Dienstleistungsaufträge wurden in insgesamt neun Lose unterteilt. In der Ausschreibung wurde bezüglich Zuschlagskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen verwiesen, worin unter anderem stand: „Die Offerte betrifft den Einsatz eines einzigen Mähers pro Los“.

A. reichte am 14. März 2007 zwei Offerten von jeweils 15'280 Franken pro Jahr für die Lose A3-2 (Region Unterer Sensebezirk) und A3-1 (Region Oberer Sensebezirk) ein.

B. Mit Verfügung vom 2. April 2007 vergab das Tiefbauamt das Los A3-1 an A. für den besagten Betrag inklusive 2% Skonto (zweitbilligstes Angebot), währenddem das Los A3-2 der Firma B. für 16'977 Franken (viertbilligstes Angebot) zugeschlagen wurde. Wie bereits für das zugeschlagene Los A3-1, war die Offerte von A. für das Los A3-2 um 105 Franken höher als die preisgünstigste.

C. A. lässt am 13. April 2007 Beschwerde beim Verwaltungsgericht führen. Er beantragt primär die Aufhebung des Vergabeentscheids und den Zuschlag des Loses A3-2 Region Unterer Sensebezirk zu einem Betrag von 15'280 Franken an ihn; subsidiär sei festzustellen, dass die Vergabe des Loses A3-2 an die Firma B. rechtswidrig ist.

...

Das Tiefbauamt macht in seiner Stellungnahme vom 27. April 2007 im Wesentlichen geltend, dass, obwohl der betreffende Schwellenwert für ein offenes Verfahren nicht erreicht war, ein solches trotzdem durchgeführt wurde, damit auch Unternehmen und Landwirte, die der Dienststelle nicht bekannt seien, sich für den Unterhalt der Kantonsstrassenböschungen bewerben konnten. Zudem sei die Vergabe der Arbeiten so erfolgt, dass einem Unternehmer jeweils nur ein Los zugeschlagen wurde.

A. lässt diesbezüglich am 10. Mai 2007 Gegenbemerkungen einreichen.

Die Firma B. liess sich nicht vernehmen.

Die Ausführungen der Parteien werden, soweit rechtserheblich, in den nachfolgenden Erwägungen wiedergegeben.

Der II. Verwaltungsgerichtshof zieht in Erwägung:

1. a) Der Zuschlag des Tiefbauamtes vom 2. April 2007 erging in Anwendung der Interkantonalen Vereinbarung vom 25. November 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB; SGF 122.91.2) und des Gesetzes vom 11. Februar 1998 über das öffentliche Beschaffungswesen (GöB; SGF 122.91.1) und gilt als selbständig anfechtbare Verfügung. Gegen diesen Entscheid steht die Beschwerde an das Verwaltungsgericht zur Verfügung (Art. 2 Abs. 1 GöB).

Die Rechtsmittelfrist beträgt zehn Tage (Art. 15 Abs. 2 IVöB) und wurde mit Eingabe der Beschwerde vom 13. April 2007 eingehalten.

- b) Ein Anbieter ist gegen eine ihn nicht berücksichtigende Zuschlagsverfügung ohne weiteres formell beschwert. Das Verwaltungsgericht bejaht die materielle Beschwerde, wo der Beschwerdeführer im Falle einer Aufhebung des Zuschlags Chancen auf Erteilung desselben hätte. Die Beschwerdelegitimation ist auch dann zu bejahen, wenn ein schwerer Verfahrensmangel gerügt wird, welcher eine Wiederholung der Vergabe erzwingt (HUBERT STÖCKLI, Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, 6. A., 2006, S. 468 mit Hinweisen).

Für das Los A3-2 gingen fünf Offerten zu Beträgen zwischen 15'175 und 17'431 Franken ein. Das Angebot des Beschwerdeführers zu einem Betrag von 15'280 Franken überstieg das billigste Angebot damit um 105 Franken und war preislich günstiger als die berücksichtigte Offerte (16'977 Franken). Es ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Beschwerdeführer mit der beantragten Aufhebung des angefochtenen Entscheids den Zuschlag für das Los A3-2 erhält und sich in diesem Sinne einen Vorteil verschaffen kann. Überdies rügt er das Fehlen von Zuschlagskriterien und damit einen schweren Fehler im offenen Vergabeverfahren, weshalb ein schutzwürdiges Interesse des Beschwerdeführers an der Aufhebung des Entscheids ohnehin gegeben ist (Art. 76 lit. a des Gesetzes vom 23. Mai 1991 über die Verwaltungsrechtspflege [VRG, SGF 150.1]).

Auf die form- und fristgerecht eingereichte Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist daher einzutreten.

2. a) Der Beschwerdeführer macht eine Rechtsverletzung, einschliesslich Überschreitung oder Missbrauch des Ermessens geltend (Art. 16 Abs. 1 lit. a und Abs. 3 IVöB). Das Tiefbauamt habe das freiwillig gewählte offene Verfahren auch nach den entsprechenden Bestimmungen des öffentlichen Beschaf-

fungswesens durchzuführen. Diese würden unter anderem voraussetzen, dass in den Ausschreibungsunterlagen insbesondere Angaben über Zuschlagskriterien und deren Rangordnung und Gewichtung zu machen sind.

- b) Es ist unbestritten, dass der vorliegende Auftrag, aufgeteilt in neun Lose, als Dienstleistungsauftrag zu qualifizieren ist und zudem in keinen Staatsvertragsbereich fällt. Der Wert dieses Dienstleistungsauftrags, gemäss Art. 4 und 5 des Reglements über das öffentliche Beschaffungswesen vom 28. April 1998 (ÖBR, SGF 122.91.11), liegt unter dem massgebenden Schwellenwert von 150'000 Franken und hätte daher freihändig, also ohne Ausschreibung, vergeben werden können (Art. 12bis Abs. 2 und Abs. 3 IVöB i.V.m. Art. 41 Abs. 1 lit. d ÖBR).

Der Vergabestelle bleibt es unbenommen, einen Auftrag, dessen Wert den Schwellenwert nicht erreicht und mithin frei vergeben werden könnte, in einem formellen Verfahren zu vergeben (STÖCKLI, S. 365, 370 mit Hinweisen). Ist allerdings die Verfahrensart einmal gewählt, so ist die Vergabebehörde vollumfänglich und durch das ganze Verfahren hindurch an die einschlägigen Regeln und Formalitäten dieser Verfahrensart gebunden (STÖCKLI, S. 371 mit Verweis auf BR 4/2000 S. 128 Nr. 240; VB.99/00125 in: BR 1999, Nr. 65).

- c) Indem das Tiefbauamt des Kantons Freiburg den Auftrag im Amtsblatt öffentlich ausschreiben liess, obschon das freihändige Verfahren hätte angewendet werden können, und es daher freiwillig das offene Vergabeverfahren wählte, hatte es auch die entsprechenden Bestimmungen des offenen Verfahrens zu berücksichtigen.
- 3. a) Offene Ausschreibungen müssen unter anderem die Zuschlagskriterien enthalten sowie deren Rangordnung und Gewichtung für den Fall, dass keine Ausschreibungsunterlagen abgegeben werden (Art. 14 lit. I ÖRB). Dies ist im Sinne des Transparenzgebotes zwingend geboten (STÖCKLI, S. 415 mit Hinweisen).

Nach Art. 30 ÖBR wird der Auftrag dem Anbieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot vergeben. Um dieses zu eruieren, werden verschiedene Kriterien beispielhaft aufgeführt, welche bei der Vergabe berücksichtigt werden können. Die für ein Vergabeverfahren massgebenden Kriterien sind jedoch zum Voraus, also vor dem Einreichen der Offerten, in der Regel somit in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen, bekannt zu geben.

Beim Gebot, das Ausschreibungs- beziehungsweise Zuschlagsverfahren transparent zu gestalten, handelt es sich um einen Regel formeller Natur.

Deren Missachtung muss Konsequenzen haben und unter Umständen auch zur Aufhebung des Zuschlags führen (BGE 2P.299/2000 24.8.2001 E. 4.)

Fehlt in der Ausschreibung und den dazugehörenden Unterlagen jegliche Angabe bezüglich der anzuwendenden Zuschlagskriterien, dürfen und müssen die Anbieter davon ausgehen, dass die Vergabestelle ihre Auswahl einzig auf das Kriterium des Preises stützen wird (BGE 2P.74/2002 13.9.2002 E. 3.3). Die betreffende Zuschlagsverfügung ist zwar nicht gerade nichtig, aber immerhin anfechtbar (STÖCKLI, S. 414 mit Verweis auf BR 2/1999 S. 57 Nr. S12 und AGVE 1997 S. 354 ff. Nr. 94).

- b) In seiner Stellungnahme bringt das Tiefbauamt vor, das ausschlaggebende Kriterium gehe aus den Allgemeinen Bedingungen des Bauherrn, welche der Ausschreibung zugrunde liegen, hervor und es sei von keinem der anderen elf Anbieter angefochten worden. Dabei bezieht sich das Tiefbauamt auf die in den genannten Unterlagen als letzte aufgeführte Bedingung, gemäss derer die eingereichte Offerte den Einsatz eines einzigen Mähers pro Los betraf.
- c) Es steht fest, dass das Tiefbauamt in der Ausschreibung bezüglich der Zuschlagskriterien auf die Ausschreibungsunterlagen verwies. Darunter befinden sich die Allgemeinen Bedingungen des Bauherrn, auf die sich das Tiefbauamt in seiner Argumentation stützt. Darin lassen sich jedoch keine ausdrücklichen Zuschlagskriterien finden. Es ist nicht ersichtlich, nach welchen Kriterien die Vergabe vorgenommen werden würde. Es gilt deshalb zu prüfen, ob die vom Tiefbauamt vorgebrachte Bedingung „die Offerte betrifft den Einsatz eines einzigen Mähers pro Los“ als Zuschlagskriterium gelten kann.
- d) Der umstrittene Satz ist nach dem Vertrauensprinzip auszulegen, welches aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abgeleitet wird. Dieser gebietet ein loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr. Für den Bereich des öffentlichen Rechts bedeutet er, dass die Behörden und die Privaten in ihren Rechtsbeziehungen aufeinander Rücksicht zu nehmen haben (ULRICH HÄFELIN / GEORG MÜLLER / FELIX UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. A., Zürich 2006, Rz. 622).

Bei objektiver Betrachtung und dem Wortlaut folgend bedeutet der fragliche Satz, dass pro Los eine Offerte eingereicht werden kann, deren Gegenstand der Einsatz eines einzigen Mähers ist. Das heisst, dass ein Anbieter pro Los nur eine Offerte abgeben, dass er aber für beliebig viele Lose gleichzeitig bieten kann. Aus den Akten ist denn auch ersichtlich, dass die meisten Anbieter für mehrere Lose jeweils eine Offerte eingereicht haben. Weiter ergibt sich aus dem Wortlaut des umstrittenen Satzes, dass jede Offerte, vermutlich aus Berechnungsgründen, sich auf den Einsatz bloss einer Maschine be-

zieht. Es kann aus dieser Formulierung hingegen nicht geschlossen werden, dass derselbe Mäher nicht auch für andere Vergabelose eingesetzt, oder dass mehrere Maschinen des gleichen Anbieters nicht auch für verschiedene Lose gleichzeitig verwendet werden könnten, beziehungsweise kann nicht daraus geschlossen werden, dass kein Anbieter den Zuspruch mehrerer Lose erhalten könnte.

Die Erklärung des Tiefbauamtes, nämlich anhand des umstrittenen Kriteriums eine Einschränkung bezweckt zu haben, um zu verhindern, dass ein Unternehmen mit einer einzigen Maschine den Auftrag für mehrere Lose erhält, da die Mäharbeiten von den meteorologischen Bedingungen abhängig sei (Wachstum des Grases) und das Tiefbauamt während der Saison zwei- bis fünfmal pro Jahr eingreifen müsse, um gute Sichtverhältnisse und Sicherheitsbedingungen für den Verkehr sicherzustellen, kann nicht gehört werden, umso weniger als die anscheinende Wichtigkeit des angeführten Grundes in keiner Weise klar aus der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen hervorgeht. Im Gegenteil. Indem das angeführte Zuschlagskriterium aus dem umstrittenen Satz nicht hervorgeht und es ohnehin nicht rechtzeitig, also vor Einreichen der Offerten, bekannt gegeben worden ist, stellt diese Unterlassung des Tiefbauamtes einen schweren Verstoss gegen die Bestimmungen des offenen Verfahrens und gegen das Transparenzprinzip dar, welches zur Aufhebung des Zuschlages führt.

- e) Aus dem Gesagten folgt, dass aus der Ausschreibung und den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere aus dem umstrittenen Satz der Allgemeinen Bedingungen des Bauherrn, kein Zuschlagskriterium hervorgeht und dass demzufolge der Preis das ausschlaggebende Kriterium bildet. Es ergibt sich weiter, dass das Kriterium, wenn es denn darin bestand haben sollte, dass ein Unternehmer jeweils nur ein Los zugesprochen erhält, unzulässigerweise nachträglich eingeführt worden ist und daher nicht berücksichtigt werden kann. Der Zuschlag an die Firma B. erfolgte zu Unrecht. Infolgedessen ist der angefochtene Entscheid aufzuheben und die Beschwerde gutzuheissen.
4. a) Ist der Vertrag mit der privaten Beschwerdegegnerin noch nicht abgeschlossen, so kann die Beschwerdeinstanz die Aufhebung der Verfügung beschliessen und in der Sache selbst entscheiden oder sie an die Auftraggeberin oder den Auftraggeber mit oder ohne verbindlichen Anordnungen zurückweisen (Art. 3 des Gesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Februar 1998 [ÖBG, SGF 122.91.1] i.V.m. Art. 18 IVöB). Da keiner der anderen Anbieter am Verfahren beteiligt ist und vorliegend kein Rechtsbegehren auf erneute Organisation des gesamten Vergabeverfahrens lautet, muss ein solches nicht erneut durchgeführt werden. Nachfolgend wird deshalb über den Zuschlag des Loses A3-2 neu befunden.

- b) Aufgrund fehlender Zuschlagskriterien mussten die Anbieter vorliegend davon ausgehen, dass sich der Zuschlag einzig auf den Preis abstützen würde (s. E. 3a). Es haben fünf Unternehmer Angebote unterbreitet, wobei der Beschwerdeführer das zweittiefste einreichte. Der preisgünstigste Anbieter Pierre Leuba, Chabrey, führte keine Verwaltungsgerichtsbeschwerde, weshalb ein Zuschlag an ihn ausser Betracht fällt. Der Beschwerdeführer reichte für das in Frage stehende Los A3-2 eine um 1'697 Franken günstigere Offerte ein als die private Beschwerdegegnerin. Damit erfüllt er das Zuschlagskriterium. Daran vermag auch die Tatsache nichts ändern, dass die anderen Anbieter, insbesondere jener mit der preisgünstigsten Offerte für das betreffende Los, gegen den Vergabeentscheid keine Beschwerde geführt haben. Der Sachverhalt ist geklärt und der Beschwerdeführer erfüllt sämtliche Voraussetzungen für den Zuschlag, hat er doch das in diesem Fall wirtschaftlich günstigste Angebot unterbreitet. Ein direkter Zuschlag durch das Gericht an den Beschwerdeführer ist somit gerechtfertigt (VPB 2000 64.29 S. 392 E. 6 S. 410 f.).
- c) Aus dem Gesagten folgt, dass das Tiefbauamt verpflichtet wird, dem Beschwerdeführer das Los A3-2 zu erteilen. Ist bereits der Vertrag mit der privaten Beschwerdegegnerin abgeschlossen, so wird festgestellt, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig ist (Art. 18 Abs. 2 IvöB).
5. Zusammengefasst ergibt sich, dass der Zuschlag an die privaten Beschwerdegegnerin zu Unrecht erfolgt ist und die Schlegelmäherarbeiten 2007 bis 2009 des Loses A3-2 Region Unterer Sensebezirk dem Beschwerdeführer zu einem Betrag von 15'280 Franken zu vergeben sind. Die Beschwerde wird gutgeheissen und die angefochtene Verfügung aufgehoben.

210.5