

# KRITERIUM

Informationen zur Submissionspraxis

KöB Kommission für das öffentliche Beschaffungswesen des Kantons Zürich

Ressort Kontakte

Nr. 26/November 2009

## Freihändige Verfahren und Konkurrenzofferten

Claudia Schneider Heusi, lic. iur., Rechtsanwältin, LL.M., Zürich



Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat die bisher offene Frage entschieden, was bei einem freihändigen Verfahren gilt, bei dem die Vergabestelle Konkurrenzofferten einholt.

### 1. Der Entscheid

Im Rahmen des Projekts Neubau Feuerwehrgebäude und Wertstoffsammelstelle einer Gemeinde stand im November 2008 die Beschaffung einer ergänzenden Aussenbeleuchtung im Auftragswert von Fr. 38 000 für den Feuerwehrvorplatz an. Nach telefonischer Voranfrage übermittelte das mit der Durchführung beauftragte Planungsbüro zwei interessierten Anbieterinnen informell die für die Offertstellung benötigten Angaben.

Gemäss dem Entscheid vom 20. Mai 2009 (VB.2008.00555; vgl. [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) wird ein solches Verfahren nicht automatisch zu einem Einladungsverfahren. Eine Vergabestelle kann sich auch dazu entscheiden, im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mehrere Konkurrenzofferten

einzuholen, wobei insbesondere auch ein vereinfachtes Verfahren gewählt werden kann, und es können auch von zwei Anbietern unterschiedliche Varianten angefragt werden. Das Gericht betont aber den Vertrauensgrundsatz, wonach sich der Anbieter darauf verlassen kann, dass ein einmal eingeschlagenes Verfahren auch so weitergeführt wird.

### 2. Was ist in der Praxis zu beachten?

Es ist somit neu gestattet, dass die Vergabestelle im Rahmen eines freihändigen Vergabeverfahrens Konkurrenzofferten einholen kann. Was bedeutet dies nun für die Praxis?

Ausgangslage für die Verfahrenswahl bleiben die bekannten Schwellenwerte gemäss Anhang 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB):

Sobald also Auftragswerte für ein Einladungsverfahren bzw. für ein offenes/selektives Verfahren erreicht werden, ist gemäss den Bestimmungen für diese Auftragsarten vorzugehen (vgl. dazu Handbuch für Vergabestellen, [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)).

Werden diese Auftragswerte nicht erreicht, kann die Vergabestelle immer freiwillig ein Einladungsverfahren durchführen bzw. allenfalls sogar ein offenes Verfah-

## Vorwort

Liebe Leserin, lieber Leser

Am 11. Februar 2005 hat das Bundesgericht es im Fall «Sigriswil» zugelassen, dass die Vergabestelle einen Auftrag ohne Ausschreibung vergeben und dabei im Rahmen des gewählten freihändigen Verfahrens Konkurrenzofferten eingeholt hat. Dieser Entscheid hat seither wiederholt zu Diskussionen Anlass gegeben. Im Kanton Zürich stand dabei die Frage im Vordergrund, ob dieser den Kanton Bern betreffende Bundesgerichtsentscheid auf unseren Kanton übertragen werden könne. Auch das KRITERIUM (Nr. 22/November 2007) hat diese Frage thematisiert und zum Gegenstand eines Streitgesprächs gemacht. Die Antworten fielen kontrovers aus, so dass das Redaktionsteam damals der Hoffnung Ausdruck verlieh, das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich möge bald zu dieser Frage Stellung nehmen können. Am 20. Mai 2009 hatte das Verwaltungsgericht endlich die Gelegenheit, diese Frage zu klären. Danach ist es auch im Kanton Zürich zulässig, im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mehrere Offerten einzuholen. Die vorliegende Nummer beleuchtet diesen wichtigen Entscheid in zwei Beiträgen. Dabei wird nicht nur dessen Bedeutung erläutert, sondern es werden auch die Grundsätze dargelegt, die bei der Durchführung eines freihändigen Verfahrens mit Konkurrenzofferten zu beachten sind. In einem dritten Beitrag wird auf einen weiteren interessanten Entscheid des Verwaltungsgerichts hingewiesen, mit dem der Ausschluss eines Anbieters wegen Abweichungen vom Leistungsverzeichnis bestätigt worden ist. Schon bald geht das Jahr zur Ende und ein neues Jahr steht vor der Tür. Die Redaktion des KRITERIUM dankt ihrer Leserschaft für die Treue und wünscht allen Leserinnen und Lesern frohe Festtage und alles Gute für das Jahr 2010.

Für das Redaktionsteam  
Dr. Felix Christen  
Stadt Zürich

Verfahrensarten	Lieferungen (Auftragswert in Franken)	Dienstleistungen (Auftragswert in Franken)	Bauarbeiten (Auftragswert in Franken)	
			Bauneben- gewerbe	Bauhaupt- gewerbe
Freihändiges Verfahren	<b>unter 100 000</b>	<b>unter 150 000</b>	<b>unter 150 000</b>	<b>unter 300 000</b>
Einladungs- verfahren	<b>unter 250 000</b>	<b>unter 250 000</b>	<b>unter 250 000</b>	<b>unter 500 000</b>

ren. Solche Konkurrenzverfahren im unterschweligen Bereich entsprechen einem Bedürfnis vieler Gemeinden. Entscheidet sich eine Vergabestelle für die Durchführung eines solchen freiwilligen Einladungs- oder offenen Verfahrens, auch wenn die Schwellenwerte nicht erreicht sind, sind diese Regeln einzuhalten: ein «informelles» Einladungsverfahren gibt es weiterhin nicht.

Anders ist die Ausgangslage bei den im vorliegenden Entscheid eingeholten Konkurrenzofferten im Rahmen eines freihändigen Verfahrens: hier wird gerade nicht freiwillig ein höherstufiges Verfahren durchgeführt. Damit im Rahmen eines freihändigen Verfahrens trotzdem mehrere Offerten eingeholt werden dürfen, ohne dass dabei die Regeln des Einladungsverfahrens eingehalten werden müssen, ist Folgendes zu beachten:

- Es ist am Anfang einer unterschweligen Beschaffung zu entscheiden, ob diese freihändig, allenfalls unter Einholung von Konkurrenzofferten, oder im Einladungsverfahren durchgeführt wird.
- Wird freiwillig ein Einladungsverfahren bewusst gewählt und als solches bezeichnet, ist an diesem festzuhalten, ein nachträglicher Wechsel ist unzulässig.
- Wird ein freihändiges Verfahren durchgeführt, ist Transparenz wichtig: es ist empfehlenswert, die angefragten Anbieter darauf hinzuweisen, dass die Offertanfrage im Rahmen eines freihändigen Verfahrens mit Einholung mehrerer Konkurrenzofferten erfolgt und ob Abgebotsrunden vorgesehen sind.
- Wenn sich die Vergabestelle – im Rahmen des freihändigen Verfahrens – erst nach dem

Eingang einer ersten, aus ihrer Sicht ungenügenden Offerte dazu entschliesst, noch weitere Offerten einzuholen, ist dies zulässig. Über diesen Schritt sind die Anbieter zu informieren.

- Nicht zulässig ist es, eine solche Offertanfrage nur deshalb vorzunehmen, um einen anderen Anbieter preislich unter Druck zu setzen, ohne dass dem zweiten Anbieter überhaupt eine Chance eingeräumt wird. Das Verbot von Willkür und rechtungleicher Behandlung ist immer zu beachten.
- Möglich ist zudem, ein freihändiges Verfahren auch so vorzunehmen, dass eine Vorauswahl in Bezug auf die nachgefragten

Produkte getroffen wird und nur Anbieter eines bestimmten Produkts bzw. von Konkurrenzprodukten um eine Offerte angefragt werden, d.h. es können auch von zwei Anbietern unterschiedliche Varianten angefragt werden. Auch hier ist Transparenz wichtig: die Anbieter sind auf das freihändige Verfahren mit Einholung von Konkurrenzofferten aufmerksam zu machen.

Das Verwaltungsgericht hat die Frage offen gelassen, ob diese Regeln auch im Anwendungsbereich der Ausnahmen von § 10 der Submissionsverordnung gelten.

### Zum Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 20. Mai 2009, VB.2008.00555

(vgl. die Darstellung der Bedeutung des Entscheides für die Praxis im voranstehenden Beitrag)

## Kritische Würdigung

Der hier vorgestellte Entscheid des Verwaltungsgerichts Zürich stellt eine Praxisänderung dar. Im «Treppenentscheid» (VB.2000.00206, [www.vgrzh.ch](http://www.vgrzh.ch)) wurde noch festgehalten, dass es dem Auftraggeber bei Vorliegen sachgerechter Gründe grundsätzlich frei steht, das freihändige Verfahren zu wiederholen (bzw. beim angefragten Anbietenden eine neue Preisofferte zu verlangen, m.a.W. ein Abgebot einzuholen) oder das höherstufige Einladungsverfahren unter Einhaltung der Formvorschriften durchzuführen. Im vorliegenden Entscheid wird nun festgehalten, dass ein freihändiges Verfahren durch Einholung mehrerer Offerten nicht automatisch zum Einladungsverfahren aufgestuft werde (VB.2008.00555, E.1.4). Diese klare Aussage ist zu begrü-

ssen. Eingeschränkt wird diese Aussage allerdings dadurch, dass die Vergabebehörde es vermeiden muss, den Anschein zu erwecken, es werde ein höherrangiges Verfahren durchgeführt (E.1.4). Grundsätzlich ist daher zu empfehlen, die Begriffe «Einladung zur Offertstellung» oder «... zur Offertstellung einzuladen» in einem freihändigen Verfahren unter Konkurrenz zu vermeiden oder dann ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass es sich um ein solches neu eingeführtes Verfahren handelt.

Auch nach der hier vorgestellten Rechtsprechung ist die Vergabebehörde nicht völlig frei in der Durchführung des freihändigen Verfahrens. Eine eindrückliche Aufzählung der zu beachtenden Grundsätze findet sich in Erwägung 2.2 des hier behandelten

## Bund verzichtet auf eine schweizweite Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts und beschliesst Änderung der Beschaffungsverordnung

Mitte Juni 2009 hat der Bundesrat über das weitere Vorgehen in Sachen Revision des Bundesgesetzes über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB) entschieden. Angesichts des Vernehmlassungsergebnisses zum Vorentwurf BoeB vom 30. Mai 2008 wird auf eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts von Bund und Kantonen verzichtet. Während die Wirtschaftsverbände grösstenteils der vorgeschlagenen schweizweiten Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts zustimmten, stiess diese bei den Kantonen auf Ablehnung. Der Bundesrat verzichtet daher auf eine Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts. Das EFD wurde stattdessen beauftragt, dem Bundesrat einen Vorschlag für eine vorgezogene Revision der Verordnung zum öffentlichen Beschaffungswesen (VoeB) vorzulegen. Diese Änderungen wurden am 18. November 2009 vom Bundesrat verabschiedet und treten auf den 1. Januar 2010 in Kraft. Der Verordnungsrevision bezieht sich nur auf Beschaffungen des Bundes und zielt darauf ab, die Vergabevorgaben zu modernisieren und zu flexibilisieren. Ausschreibungen sollen in Zukunft auf der gemeinsam von Bund und Kantonen betriebenen elektronischen Plattform [simap.ch](http://simap.ch) publiziert werden. Die laufende Totalrevision des Beschaffungsgesetzes wird im Anschluss an die Revision der Verordnung fortgesetzt.

Entscheid: «Zu beachten sind die aus der Verfassung hergeleiteten Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltungshandelns wie das Verbot von Willkür und rechtsgleicher Behandlung, der Grundsatz von Treu und Glauben sowie das Gebot eines fairen Verfahrens. Ferner gelten die Mindestanforderungen des Binnenmarktgesetzes, insbesondere der Grundsatz der Nichtdiskriminierung bzw. Gleichbehandlung der Anbieter (Art. 3 und Art. 5 Abs. 1 des Binnenmarktgesetzes vom 6. Oktober 1995). Generell unzulässig ist auch beim freihändigen Verfahren unterhalb der Schwellenwerte eine auf unsachliche oder sachfremde Kriterien abstellende und damit willkürliche Vergabe (RB 2003 Nr. 45 = BEZ 2003 Nr. 35).» (VB.2008.00555, E.2.2)

### Impressum

**Redaktion:** Cyrill Bühler, Thalheim a.d.Th; Felix Christen, Stadt Zürich; Sandra Eberle, Stadt Winterthur, Roland Fey, Baudirektion, Zürich; Peter Hösli, Staatskanzlei, Zürich; Urs Keller, Urdorf.

**Layout:** Andreas Walker, BDkom

**Kontaktadresse:**  
E-Mail: [gs-stab@bd.zh.ch](mailto:gs-stab@bd.zh.ch)

**Internet:** [www.beschaffungswesen.zh.ch](http://www.beschaffungswesen.zh.ch)

**Bezug:** Kantonale Drucksachen- und Materialzentrale KDMZ, Räfjelstrasse 32, 8090 Zürich; Tel.: 043 259 99 99, Fax: 043 259 99 98; E-Mail: [fridolin.kern@kdmz.zh.ch](mailto:fridolin.kern@kdmz.zh.ch)

Im Zusammenhang mit der Möglichkeit, dass «Entscheide kantonalen und kommunaler Auftraggeber über eine freihändige Vergabe (...) ebenso wie andere Vergabentscheide unmittelbar mit der Beschwerde gemäss Art. 15 ff. IVöB sowie §§ 2 ff. des Gesetzes über den Beitritt des Kantons Zürich zur Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. September 2003 an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden (können)» (E.2.1), stellt sich hier die Beweisfrage: Wie kann die Vergabestelle nachweisen, dass sie die gemäss Erwägung 2.2 ein-

zuhaltenden Grundsätze befolgt hat? Unseres Erachtens kann das nur gelingen, indem der gesamte Vergabeprozess nachvollziehbar gemacht wird, indem die Verfahrensschritte schriftlich dokumentiert und Zuschlagskriterien definiert werden. Nur ist dann kaum mehr ein Unterschied zum förmlichen Einladungsverfahren festzustellen und der Grundgedanke des freihändigen Verfahrens als einfaches, schnelles Verfahren für kleinere Beschaffungen wird untergraben.

Wünschenswert und eine tatsächliche Erleichterung wäre es, wenn das Verwaltungsgericht klar gesagt hätte, dass eine Auftragsvergabe im unter-schweligen Bereich, d.h. unterhalb der Schwellenwerte für das Einladungsverfahren, nicht als Verfügung gilt – also nicht als anfechtbare «Zuschlagsverfügung» im Sinne von Art. 15 Abs. 1bis lit. e IVöB zu betrachten ist –, sondern die Annahme einer Offerte, also reines privatrechtliches Handeln der Behörde, darstellt. Faktisch würde damit die Erhebung einer submissionsrechtlichen Beschwerde gegen eine freihändige Vergabe auf die Rüge eingeschränkt, dass für das konkrete Vorhaben ein höherstufiges Verfahren hätte durchgeführt werden müssen. Andere Rügen, z.B. die Verletzung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel oder der Beizug von sachfremden Kriterien, wären dann nicht möglich.

Das Redaktionsteam KRITERIUM

**Hinweis auf einen weiteren Entscheid des Verwaltungsgerichts:**

## Abweichungen vom Leistungsverzeichnis

Entscheid vom 25. Februar 2009 (VB.2008.00405)

### Sachverhalt

Die Politische Gemeinde K. eröffnete anfangs Juli 2008 ein Submissionsverfahren zur Vergabe von Gärtnerarbeiten (BKP 421) bei der Erneuerung der Schulanlage L-Strasse, indem sie acht Unternehmungen zum Einreichen einer Offerte einlud. Innert Frist gingen fünf

Angebote ein. Mit Schreiben vom 3. September 2008 teilte die Gemeinde den Anbietenden mit, dass die Arbeiten mit Beschluss vom 27. August 2008 an die Firma B vergeben worden seien. Gleichzeitig wurde der Firma A eröffnet, ihr Angebot sei vom Verfahren ausgeschlossen worden.



In der Folge erhob die Firma A beim Verwaltungsgericht Beschwerde gegen den «Vergabeentscheid» der Politischen Gemeinde K. und beantragte, dieser sei aufzuheben und es sei «unter Berücksichtigung ihres (berichtigten) Angebots ... im Betrag von Fr. 181 732.65 (recte: Fr. 190 732.65) über die Vergabe zu entscheiden». Gleichzeitig ersuchte sie darum, der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu erteilen.

Die Beschwerdegegnerin begründet den Ausschluss der Beschwerdeführerin vom Verfahren damit, dass diese den Text der Ausschreibung unzulässigerweise abgeändert habe.

Das Verwaltungsgericht weist die Beschwerde ab.

## Aus den Erwägungen

### 2.2

Grundlage der Offerten war das von der Beschwerdegegnerin mit den Ausschreibungsunterlagen abgegebene Leistungsverzeichnis. Aufgrund desselben hatten die Anbietenden die Mehrzahl der Leistungen nach Einheitspreisen zu offerieren, das heisst als Preise für Leistungseinheiten, die in den Positionen des Verzeichnisses aufgeführt sind. Bei dieser Vertragsgestaltung ergibt sich die geschuldete Vergütung aus der Abrechnung über die ausgeführte Menge an Einheiten, multipliziert mit dem für die Einheiten offerierten Preis (...).

Mit Bezug auf die Lieferung von Baumschulpflanzen enthielt das Leistungsverzeichnis jedoch eine andere Vorgabe. Bei der Position 811 bestimmte es:

«Der Lieferant wird durch den Landschaftsarchitekten bestimmt. Lieferung der Baumschulpflanzengem. Pflanzenliste Landschaftsarchitekt. Die Bauleitung wählt die Pflanzen in der/den Baumschule/n aus. Budgetbeträge Netto (Mengen- und Pflanzenrabatte sind bereits berücksichtigt und anzugeben). Der jeweilige Budgetbetrag ist unverändert in die Offerte zu übertragen. Fr. 1.– = 1LE.»

Sodann wurde die Menge der Leistungseinheiten (LE) mit 30 000.00 angegeben.

Mit dieser Umschreibung wollte die Beschwerdegegnerin zum Ausdruck bringen, dass die fraglichen Pflanzen nicht vom Anbieter

zu liefern sind und er daher auch keinen Einfluss auf deren Preis hat. Der Anbieter hat sie lediglich zu pflanzen, wofür das Leistungsverzeichnis eine separate Position 821 enthielt.

Die Anbietenden hatten somit bei Position 811 für die Leistungseinheit einen Wert von 1.00 einzutragen, woraus sich ein Positionstotal von Fr. 30000.- ergab. Die Beschwerdeführerin setzte jedoch für die Leistungseinheit einen Wert von 0.70 ein, so dass der Gesamtbetrag der Position auf Fr. 21 000.- zu stehen kam. Der Bruttobetrag ihres Angebots reduzierte sich damit im Vergleich zu einem Anbieter, welcher die Position 811 richtig ausfüllte, um Fr. 9000.- (...).

### 2.3

Dass ein Anbieter in der Offerte Leistungen aufführen muss, die nicht Inhalt seines eigenen Angebots sind, erscheint mit Blick auf den Zweck eines Vergabeverfahrens zunächst ungewöhnlich. Werden solche Drittleistungen wie hier durch die Vergabestelle bzw. durch deren Vertreter bestimmt («Die Bauleitung wählt die Pflanzen in der/den Baumschule/n aus»), handelt es sich dabei genau genommen um eine – indirekt erfolgende – separate Vergabe an einen dritten Anbieter.

In der Praxis werden derartige Leistungspositionen, die vom Anbieter nicht beeinflusst werden können, jedoch häufig verwendet. (...) Nach den Ausführungen des von der Beschwerdegegnerin beigezogenen Parteexperten C, dessen Darstellung insoweit unbestritten ist, sind solche «Budgetpositionen» insbesondere beim Garten- und Landschaftsbau an der Tagesordnung. (...)

### 2.4

(...) Die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass die Beschreibung von Position 811 bei richtiger Betrachtung den von der Beschwerdegegnerin erörterten Sinn aufweist. Sie macht jedoch geltend, dass der Text durchaus falsch verstanden werden konnte und ihr Mitarbeiter einem solchen Missverständnis erlegen sei. Er habe die Position als gewöhnlichen Einheitspreis aufgefasst und daher versucht, auch in diesem Punkt ein möglichst günstiges Angebot zu machen. Dazu sei sie in der

Lage, weil sie Pflanzenlieferungen mit einer Marge von bis zu 45 % beziehen könne. Von einer Täuschungsabsicht könne keine Rede sein; vielmehr handle es sich hier um einen offensichtlichen Rechnungsfehler, der nach § 29 Abs. 2 SubmV berichtigt werden müsse. Ein Ausschluss vom Verfahren sei unter diesen Umständen völlig unverhältnismässig.

### 3.3

... Ein Ausschluss vom Verfahren ist nicht nur gerechtfertigt, wenn auf Seiten des Anbietenden eine Täuschungsabsicht vorliegt. Auch objektiv wesentliche Mängel, die zu einer verfälschten Beurteilung des Angebots führen oder die Vergleichbarkeit der Angebote beeinträchtigen, vermögen einen Ausschluss zu rechtfertigen. Bei falschen Preiseingaben ist dabei insbesondere zu beachten, dass diese durchaus Manipulationen ermöglichen können. So eröffnet eine zu tiefe Preiseingabe dem Anbieter die Option, nachträglich entweder eine Berichtigung zu verlangen, falls sein Angebot ohnehin das günstigste ist, oder aber den Preis als verbindlich anzuerkennen, sofern dies für das Obsiegendes Angebots erforderlich scheint. Diese Möglichkeit bietet sich ihm selbst dann, wenn die fehlerhafte Eingabe zunächst ohne Absicht erfolgt ist. Dass ein Anbieter einen derartigen Spielraum zur nachträglichen einseitigen Beeinflussung des Angebotspreises erhält, steht im Widerspruch zu den Prinzipien des Vergabeverfahrens. Die Gefahr solcher Manipulationen rechtfertigt daher generell eine strenge Beurteilung dieser Mängel unabhängig davon, ob dem Anbieter eine Täuschungsabsicht vorzuwerfen ist.

### Bemerkung:

Das Verwaltungsgericht beurteilt die Gefahr von Manipulationen durch nachträgliche Berichtigung von Rechnungs- und Schreibfehlern als gross, weshalb es allgemein die Anwendung eines strengen Massstabs bei der Beurteilung derartiger Mängel durch die Vergabestelle als gerechtfertigt erachtet; unerheblich ist insbesondere, ob dem Anbieter Täuschungsabsicht vorzuwerfen ist oder nicht. ■