

## VII. Submissionen

- 57 Einladungsverfahren; Anfechtungsobjekt; Beschwerdelegitimation eines nicht eingeladenen Anbieters; Anspruch auf Teilnahme?
- Der Beschluss der Vergabestelle, mit dem diese festlegt, welche Anbieter zur Abgabe eines Angebots eingeladen werden, stellt für einen nicht eingeladenen (potentiellen) Anbieter eine anfechtbare Verfügung dar (Erw. I/2).
  - Beschwerdelegitimation des nicht eingeladenen Anbieters (Erw. I/4).
  - Wird die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vom nicht eingeladenen Anbieter innerhalb von 10 Tagen nach Kenntnisnahme der Tatsache, dass ein Submissionsverfahren durchgeführt wird, eingereicht, ist die Beschwerdefrist eingehalten (Erw. I/5).
  - Kein Anspruch auf Teilnahme an einem Einladungsverfahren; Verbot der gezielten Diskriminierung eines Anbieters (Erw. II/2).

Entscheid des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 8. Januar 2003 in Sachen R. AG gegen Gemeinderat Schafisheim.

### *Aus den Erwägungen*

I. 2. a) Gegen Verfügungen der Vergabestelle gemäss § 5 SubmD kann direkt beim Verwaltungsgericht Beschwerde erhoben werden (§ 24 Abs. 1 SubmD). Tritt eine Gemeinde oder ein Gemeindeverband als Vergabestelle auf, gilt diese Rechtsschutzbestimmung unabhängig vom Wert des Auftrags (§ 24 Abs. 3 i.V.m. § 5 Abs. 1 lit. d SubmD).

b) Gemäss Art. 9 Abs. 1 BGBM sind Beschränkungen des freien Zugangs zum Markt, insbesondere im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens, in Form einer anfechtbaren Verfügung zu erlassen. Dagegen muss ein Rechtsmittel an eine verwaltungsunabhängige kantonale Beschwerdeinstanz gegeben sein (Art. 9 Abs. 2

Satz 1 BGBM). Wo im Einzelfall keine Verfügung ergeht, kann der Berechtigte den Erlass einer solchen verlangen (Attilio R. Gadola, Rechtsschutz und andere Formen der Überwachung der Vorschriften über das öffentliche Beschaffungswesen, in: AJP/PJA 1996, S. 967 ff., S. 976).

c) § 24 Abs. 1 SubmD spezifiziert nicht, was alles unter den Begriff "Verfügungen" fällt. Indessen scheint klar, dass davon ausser dem Zuschlag, dem Abbruch des Verfahrens, dem Ausschluss vom Verfahren oder dem Entscheid über die Auswahl von Anbietenden im selektiven Verfahren (vgl. § 37 Abs. 2 SubmD) alle marktbeschränkenden Verfügungen im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BGBM umfasst werden, soweit sie das öffentliche Beschaffungswesen betreffen (vgl. VGE III/110 vom 20. August 1999 [BE.1999.00114] in Sachen H., S. 5).

d) Im vorliegenden Fall geht es um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Es liegt aber (noch) kein förmlicher Vergabeentscheid des Gemeinderats als Anfechtungsobjekt vor. Eine Beschränkung des Zugangs zum freien Markt in Bezug auf die potentiellen Anbietenden, also auch die Beschwerdeführerin, lässt sich vorliegend indessen ohne Weiteres im Beschluss des Gemeinderats vom 30. September 2002, die Elektroinstallationen im Einladungsverfahren zu vergeben und (nur) die drei Unternehmen J., S. GmbH und E. zur Offertstellung einzuladen, erblicken. Mit diesem Entscheid ist es der Beschwerdeführerin verunmöglicht worden, sich ebenfalls um die vom Gemeinderat zu vergebenden Elektroinstallationsarbeiten zu bewerben. Insofern kann dem Beschluss des Gemeinderats der Charakter einer marktbeschränkenden Verfügung im Sinne von Art. 9 Abs. 1 BGBM nicht abgesprochen werden. Die Anfechtungsmöglichkeit gestützt auf § 24 Abs. 1 SubmD ist daher zu bejahen. Dass der Beschluss der Beschwerdeführerin nicht formell und mit Rechtsmittelbelehrung versehen eröffnet wurde, liegt in der Natur des Einladungsverfahrens.

e) Es liegt hier also eine anfechtbare Verfügung vor und das Verwaltungsgericht ist somit zur Behandlung des vorliegenden Falles zuständig.

(...)

4. Gemäss § 38 Abs. 1 VRPG kann jedermann Verfügungen und Entscheide durch Beschwerde anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht. Der Rechtsschutz im öffentlichen Beschaffungswesen hat zum Zweck, dass die Anbietenden gegen vermutete Verletzungen von Submissionsvorschriften im Zusammenhang mit Beschaffungen, an denen sie ein Interesse haben oder gehabt haben, sollen Beschwerde führen können (AGVE 1998, S. 352). Zur Beschwerde ist legitimiert ist daher insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde oder der vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Sodann kann sich ein potentieller Anbieter mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde grundsätzlich - soweit noch kein (zulässiger) Vertrag abgeschlossen worden ist - dagegen wehren, dass ein Auftrag, der nach geltendem Submissionsrecht öffentlich ausgeschrieben werden muss, statt dessen direkt vergeben wird (vgl. erwähnter VGE in Sachen H., S. 7; vgl. auch Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich [VB.2001.00116] vom 9. November 2001, E. 2c). Eine andere Situation liegt vor, wenn ein Anbieter nicht eine öffentliche Ausschreibung des Auftrags in einem offenen oder selektiven Verfahren, sondern die Zulassung zu einem Einladungsverfahren verlangt. Grundsätzlich besteht kein Anspruch darauf, zur Einreichung eines Angebots eingeladen zu werden (siehe hinten, Erw. II/2/b). Dennoch steht ein Beschwerdeführer, der offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählt, in einer näheren Beziehung zum Streitgegenstand als beliebige Dritte oder die Allgemeinheit. Das schutzwürdige Interesse an der Beschwerdeführung kann ihm daher nicht von vornherein abgesprochen werden (vgl. erwähnter Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. November 2001, E. 2c). Im vorliegenden Fall behauptet die Beschwerdeführerin, die Nichtberücksichtigung für das vorliegende Einladungsverfahren stelle eine Diskriminierung durch den Gemeinderat dar, da (ausser ihr) alle ortsansässigen Gewerbetreibende eine Einladung zur Offertstellung erhalten hätten. Die Beschwerdeführerin kommt als ortsansässiges Elektro-Unternehmen für die im Einladungsverfahren zu vergebenden Elektroinstallationen als Anbieterin grundsätzlich in Betracht, und sie

hat ein wirtschaftliches Interesse daran, solche Aufträge zu erhalten. Insofern ist sie durch die Nichtberücksichtigung für die Teilnahme in schutzwürdigen eigenen Interessen betroffen. Ihre Legitimation zur vorliegenden Beschwerde ist daher zu bejahen.

5. Gemäss § 25 Abs. 1 SubmD ist die Beschwerde innert 10 Tagen seit Eröffnung der Verfügung einzureichen. Da im vorliegenden Fall keine Verfügung eröffnet wurde, kann bezüglich des Fristenlaufs nicht auf ein Eröffnungsdatum abgestellt werden. Es ist deshalb für die Frage der Einhaltung der Beschwerdefrist auf die konkreten Verhältnisse abzustellen (vgl. St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis 2001, Nr. 17, S. 59 mit Hinweis). In diesem Zusammenhang macht die Beschwerdeführerin in der Beschwerde geltend, sie habe am Freitag, den 8. November 2002 durch Zufall erfahren, dass die Einladung zur Offertstellung für die Sanierung der Liegenschaft bereits stattgefunden habe und dass am 8. November 2002 die Frist zur Einreichung der Offerten abgelaufen sei. Diese Ausführungen erscheinen glaubhaft und sind vom Gemeinderat auch nicht in Frage gestellt worden. Die vom 11. November 2002 datierende Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist innerhalb 10 Tagen nach Kenntnissnahme der Tatsache, dass ein Submissionsverfahren durchgeführt wurde, durch die Beschwerdeführerin eingereicht worden. Die Beschwerdefrist ist damit eingehalten.

(...)

II. 2. a) Die Vergabebehörde hat sich im vorliegenden Fall für die Durchführung eines Einladungsverfahrens entschieden und dazu drei Unternehmen zur Einreichung eines Angebots eingeladen. Die Beschwerdeführerin wurde nicht eingeladen.

Die Beschwerdeführerin vertritt den Standpunkt, ihre Nichtberücksichtigung für die Teilnahme an der Submission stelle eine klare Diskriminierung dar. Bei ihr handle es sich um ein ortsansässiges, langjähriges Familienunternehmen im Bereich Elektroinstallationen. Der Gemeinderat habe bei den verschiedenen Arbeitsvergaben im Rahmen der Sanierung der fraglichen Liegenschaft neben anderen Anbietenden alle ortsansässigen Gewerbetreibenden berücksichtigt. Nur die Beschwerdeführerin sei bei den elektrischen Installationen übergangen worden. Dies sei ein klarer Verstoss gegen den aus

Art. 8 BV fliessenden Grundsatz auf rechtsgleiche Behandlung; das Vorgehen der Vergabebehörde entbehre jeglicher sachlichen Begründung. Das Recht der Beschwerdeführerin auf freien Zugang zum Markt werde nicht gewahrt und die Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden nicht gewährleistet. Durch die Nichtberücksichtigung zur Offertstellung werde die in Schafisheim ansässige Beschwerdeführerin klar benachteiligt, und die umliegenden Elektroinstallationsbetriebe würden begünstigt. Die Vergabebehörde verhalte sich den konkurrierenden Gewerbetreibenden gegenüber nicht neutral und verstosse damit gegen Art. 27 Abs. 1 BV.

b) Beim Einladungsverfahren bzw. bei der freihändigen Vergabe mit mehreren Anbietern bestimmt die Auftraggeberin frei, wen sie zum Einreichen eines Angebots auffordert (vgl. Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, Zürich 1996, Rz. 162). Einen Anspruch auf Teilnahme besitzt niemand unter den potentiellen Anbietenden (Entscheidung des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 9. November 2001 [VB.2001.00116], E. 2c). Ein Anspruch auf Teilnahme an einem Einladungsverfahren lässt sich weder aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot (Art. 8 BV), noch aus der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 Abs. 1 BV) noch aus dem Verbot wettbewerbsverzerrender Massnahmen, die einzelne direkte Konkurrenten bevorzugen bzw. benachteiligen (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) herleiten (vgl. Ulrich Häfelin/Walter Haller, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 5. Auflage, Zürich 2001, Rz. 676 ff.). Auch wenn der Staat durch die Wirtschaftsfreiheit objektiv verpflichtet ist, dem Einzelnen möglichst optimale Rahmenbedingungen für seine wirtschaftliche Entfaltung bereitzustellen, lässt sich daraus kein Anspruch des Einzelnen auf den Erhalt eines öffentlichen Auftrags ableiten. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der direkten Konkurrenten gilt nicht absolut. Beim Einladungsverfahren wird immer nur eine sehr beschränkte Zahl der vorhandenen potentiellen und für den Auftrag in Frage kommenden Anbietenden berücksichtigt. Die Beschränkung der Anzahl der Anbieter auf nur wenige ist gerade der Sinn und Zweck dieser Verfahrensart; insofern ist eine "Ungleichbehandlung" unvermeidbar. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich hat es offen gelassen, ob bei

der Auswahl der Einzuladenden dennoch gewisse Einschränkungen zu beachten sind, insbesondere zur Vermeidung einer gezielten Diskriminierung einzelner Anbietender (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. April 2002 [VB.2001.00256], E. 4). Eine solche gezielte Diskriminierung, die gegen die BV und das BGBM verstösst, könnte gegebenenfalls darin bestehen, dass die Vergabebehörde über einen langen oder zumindest längeren Zeitraum hinweg und ohne sachliche Gründe dafür zu haben, konsequent davon absieht, einen bestimmten Anbieter zum Einreichen eines Angebots einzuladen. Auf Grund der Wahlfreiheit der Vergabebehörde, die ihr mit der Möglichkeit des Einladungsverfahrens bewusst zugebilligt wird, darf eine Diskriminierung allerdings nicht leichtthin, sondern nur unter sehr strengen Voraussetzungen angenommen werden.

c) Von einer Diskriminierung kann im vorliegenden Fall entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin jedenfalls keine Rede sein. Aus den Ausführungen des Gemeinderats in der Vernehmlassung geht hervor, dass die Beschwerdeführerin in den letzten drei Jahren sieben Mal eingeladen wurde, ein Angebot einzureichen, allerdings mit rückläufiger Tendenz. Während im Jahr 2000 noch fünf Einladungen erfolgten, waren es in den Jahren 2001 und 2002 noch je eine. Einen Zuschlag hat sie bei diesen Vergaben nicht erhalten, da sich auswärtige Anbieter als preisgünstiger erwiesen und jeweils vor der Beschwerdeführerin rangierten. Zunächst ist festzuhalten, dass die Beschwerdeführerin allein aus ihrer Ortsansässigkeit keinen rechtlichen Anspruch auf eine Auftragserteilung oder auch nur auf eine Teilnahme an einem Submissionsverfahren herleiten kann. Die Tatsache, dass der Gemeinderat Schafisheim in den letzten Jahren, nachdem der Beschwerdeführerin bis Ende 1999 fast sämtliche Arbeiten für das Elektrizitätswerk übertragen worden waren, aus finanziellen Überlegungen offensichtlich vermehrt dazu übergegangen ist, auch auswärtige Unternehmen zur Offertstellung einzuladen und so eine Konkurrenzsituation zu schaffen, lässt sich nicht beanstanden. Dieses Vorgehen entspricht vielmehr dem heutigen Submissionsrecht, das generell eine Öffnung des Marktes anstrebt und eine protektionistische Begünstigung der einheimischen Anbieter ver-

hindern bzw. beseitigen will. Offensichtlich hat die Tatsache, dass Gemeinderat und EW-Kommission bei der Vergabe von Elektroarbeiten vermehrt auch auswärtige Unternehmen, die kostengünstiger offerierten, berücksichtigten, Ende 2000 zu erheblichen Unstimmigkeiten mit der Beschwerdeführerin geführt. Die Beschwerdeführerin ist indessen auch danach, d.h. im Juni 2001 und im Februar 2002, zur Offertstellung aufgefordert worden. Im einen Fall reichte die Beschwerdeführerin keine Offerte ein, im andern Fall war ihr Angebot nicht das preisgünstigste. Die Einwände, welche die Beschwerdeführerin im Zusammenhang mit dieser Vergabe erhebt, ändern nichts an der Tatsache, dass sie aufgefordert wurde, ein Angebot einzureichen.

Die Beschwerdeführerin ihrerseits verweist auf vier Arbeitsvergaben aus den Jahren 2001 und 2002, bei denen sie ebenfalls nicht eingeladen worden ist. Auch daraus kann die Beschwerdeführerin noch keine Diskriminierung ableiten. Die Vergabebehörde ist nicht verpflichtet, bei jedem Einladungsverfahren, dass sie zur Vergabe von öffentlichen Arbeiten ausführt, stets auch die ortsansässigen Anbietenden miteinzuladen. Das Submissionsverfahren bezweckt die Ermittlung des im konkreten Fall wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dies gilt auch für das Einladungsverfahren. Die Vergabebehörde darf (und muss sogar) bei ihrer Auswahl darauf abstellen, von welchen Unternehmen am ehesten ein qualitativ einwandfreies und auch kostengünstiges Angebot erwartet werden kann.

Aus dem Umstand, dass der Gemeinderat für die im Zusammenhang mit der Sanierung der fraglichen Liegenschaft zu vergebenden übrigen Arbeitsgattungen nebst auswärtigen Unternehmen auch verschiedene ortsansässige Anbieter eingeladen hat, lässt sich ebenfalls nicht auf eine Diskriminierung der Beschwerdeführerin schliessen, zumal eher fraglich erscheint, ob tatsächlich alle andern einheimischen Unternehmen eine Einladung erhalten haben.

**58 Neubewertung der Angebote nach einem Rückweisungsentscheid.**

- **In ein lediglich zur Neubewertung der Angebote nochmals aufzurol-  
lendes Submissionsverfahren sind nur noch der Beschwerdeführer  
und der ursprünglich berücksichtigte Anbieter einzubeziehen.**