

39 Freihändige Vergabe

- **Zulässigkeit einer freihändigen Vergabe aufgrund technischer Besonderheiten, sofern diese sachlich begründet sind.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 21. Dezember 2009 in Sachen X. AG gegen Y. AG (WBE.2009.207).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

Auch die öffentliche Auftraggeberin kann grundsätzlich frei bestimmen, welche Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sie benötigt und welche konkreten Anforderungen sie bezüglich Qualität, Ausstattung, Ästhetik, Service usw. stellt, was also im Einzelnen Gegenstand und Inhalt der Submission ist (AGVE 1998, S. 404). Die Vergabebehörde ist bei der Umschreibung des Gegenstandes einer Beschaffung also grundsätzlich frei. Die Anforderungen an eine Beschaffung erhalten jedoch eine vergaberechtliche Bedeutung, soweit sie Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den potenziellen Anbietenden zeitigen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Umschreibung des Vergabeobjekts dazu führt, dass für die betreffende Beschaffung nur noch eine einzige oder sehr wenige Anbietende bzw. ein bestimmtes Fabrikat in Frage kommen. Bei dieser Sachlage ist zu prüfen, ob der Zweck der Beschaffung eine derartige Einschränkung der Wahlfreiheit rechtfertigt. Der Vergabebehörde erwächst somit hinsichtlich der Anforderungen an das Beschaffungsobjekt eine Begründungspflicht in dem Mass, als ihre Leistungsanforderungen den Kreis der möglichen Anbietenden einschränken. Kommt aufgrund der Anforderungen nur noch ein bestimmtes Produkt oder ein einzelner Anbieter in Frage, so ist auf die – in diesem Fall sinnlose – Ausschreibung zu verzichten und die Vergabe freihändig durchzuführen. Das ist jedoch nur zulässig, wenn einer der submissionsrechtlich vorgesehenen Ausnahmetatbestände (vgl. § 8 Abs. 3 SubmD; § 9 der Vergaberichtlinien [VRöB] zur IVöB) erfüllt

ist; die Voraussetzungen der Ausnahmetatbestände liefern daher auch den Massstab für die Festlegung einschränkender Produkteanforderungen (vgl. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich vom 10. Dezember 2008 [VB.2008.00347], Erw. 6.1; ferner Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band: Landesrecht, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 207 ff. mit Hinweisen).

In diesem Rahmen ist es der Vergabestelle erlaubt, bei der Ausschreibung eines Vorhabens durch sog. technische Spezifikationen gewisse technologische Mindestanforderungen (bezüglich Qualität, Ausstattung, Ästhetik, Service usw.) zu stellen, solange sich diese auf die geforderte Leistung beziehen und sich nicht diskriminierend auswirken. Diese Spezifikationen müssen namentlich in Bezug auf den konkreten Auftrag gerechtfertigt sein und dürfen – im Hinblick auf einen wirksamen Wettbewerb – nicht dazu dienen, gezielt bestimmte Anbieter ohne sachliche Notwendigkeit zu bevorzugen oder zu benachteiligen (Urteil des Bundesgerichts vom 2. März 2000 [2P.282/1999], Erw. 3; AGVE 1998, S. 404 ff.; vgl. auch § 1 Abs. 1 SubmD sowie Art. 13 lit. b IVöB).

In die der Vergabestelle bei der Festlegung ihres Bedarfs zustehende Entscheidungsfreiheit darf das Verwaltungsgericht nicht eingreifen, soweit diese nicht rechtsverletzend ausgeübt wurde.

2.2.

Die Gründe, welche die Y. AG vorliegend für die Beschaffung eines 3 Tesla-MRI-Gerätes mit einer Dimensionierung der Magnetöffnung von 70 cm vorbringt, sind ohne Weiteres nachzuvollziehen. Es leuchtet ein, dass die Vergabestelle als Ergänzung zum bereits vorhandenen MRI-Gerät ein technisch möglichst modernes und für die Patienten komfortableres Gerät anschaffen will, welches auch die Untersuchung von Patientengruppen mit speziellen Bedürfnissen (Patienten mit Platzangst, Schwangere etc.) erleichtert oder im Fall von stark adipösen Patienten sogar erst ermöglicht. Das Anliegen der Vergabestelle, mit einem aufgrund der grösseren Röhrenöffnung komfortableren und patientenfreundlicheren Gerät wettbewerbsfähig zu bleiben und auch neue Patienten hinzu zu gewinnen, erscheint ebenfalls ohne Weiteres sachlich haltbar. Ob die grössere Röhren-

öffnung sich, wie von der Beschwerdeführerin behauptet und von der Vergabestelle dezidiert verneint, negativ auf die Bildqualität auswirkt, ist dabei nicht relevant. Auch wenn dieser Einwand zutreffen sollte, fällt der Entscheid darüber, ob zugunsten grösserer Einsatzmöglichkeiten und eines grösseren Patientenkomforts gewisse Einbussen bezüglich der Bildqualität hingenommen werden, in die vom Verwaltungsgericht zu respektierende Entscheidungsfreiheit der Vergabebehörde. Der von der Vergabestelle verlangte Durchmesser der Magnetöffnung von 70 cm erscheint als eine sachlich begründete und demzufolge zulässige technische Spezifikation. Eine diskriminierende und damit rechtsverletzende Spezifizierung des Beschaffungsobjekts ist trotz der damit verbundenen Beschränkung des Anbieterkreises nicht gegeben.

2.3.

Ebenfalls nachvollziehbar ist im vorliegenden Fall das Bedürfnis der Vergabestelle nach einem MRI-Gerät vom Hersteller des bereits vorhandenen MRI-Gerätes L. im Hinblick auf den vorgesehenen Personaleinsatz, wonach das zuständige radiologische Fachpersonal entsprechend dem Betriebskonzept im Rotationsprinzip sowohl in C. als auch in D. eingesetzt wird und beide Geräte zu bedienen hat. Die Argumentation, dass das parallele Betreiben von zwei MRI-Geräten verschiedener Hersteller mit unterschiedlicher Benutzeroberfläche und unterschiedlichem Spulenkonzept erhöhten Personalaufwand, aber auch ein erhöhtes Fehlerpotential mit sich brächte, lässt sich jedenfalls nicht als sachlich unbegründet von der Hand weisen.

2.4.

Gemäss § 8 Abs. 3 lit. d SubmD ist eine freihändige Vergabe dann zulässig, wenn aufgrund der technischen Besonderheiten des Auftrags nur eine Person als Anbietende in Frage kommt und es keine angemessenen Alternativen gibt (vgl. AGVE 2001, S. 317). Wie vorstehend ausgeführt, erweist sich die Vorgabe eines Magnetöffnungsdurchmessers von 70 cm als auf sachlichen und objektiv nachvollziehbaren Gründen beruhende zulässige technische Spezifikation. Demzufolge ist auch das Vorliegen einer technischen Besonderheit im Sinne von § 8 Abs. 3 lit. d SubmD zu bejahen und ein MRI-Gerät mit einem Röhrendurchmesser von lediglich 60 cm stellt

im Hinblick auf die genannten nachvollziehbaren Gründe für den grösseren Durchmesser gerade keine angemessene Alternative dar.

Die Y. AG begründet die freihändige Beschaffung des 3 Tesla-MRI-Gerätes gestützt auf § 8 Abs. 3 lit. d SubmD anstelle einer öffentlichen Ausschreibung des Auftrags, wie ursprünglich geplant, damit, dass sich mit V. lediglich eine Anbieterin auf dem Markt befinde, die MRI-Geräte mit dem von ihr verlangten Magnetöffnungsdurchmesser von 70 cm anbiete. Eine (öffentliche) Ausschreibung mit einem Muss-Kriterium "Röhrengrosse 70 cm" sei deshalb sinnlos. Aus den Akten ergibt sich, dass die Vergabestelle ursprünglich beabsichtigt hat, ein offenes Submissionsverfahren durchzuführen und offensichtlich erst im Verlauf der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen festgestellt hat, dass in Bezug auf 3 Tesla-Geräte lediglich eine Anbieterin, nämlich V., ihrer Anforderung bezüglich einer Magnetöffnung von 70 cm überhaupt zu entsprechen vermag. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, die Darstellung der Vergabestelle betreffend die Marktsituation bzw. die Verfügbarkeit von 3 Tesla-MRI-Geräten mit der geforderten Magnetöffnung von 70 cm in Frage zu stellen. Die Beschwerdeführerin ihrerseits jedenfalls bestreitet nicht, dass ihre Geräte eine kleinere Magnetöffnung (60 cm) aufweisen und sie keine MRI-Geräte mit dem verlangten Röhrendurchmesser liefern kann. Ist sie nicht in der Lage, die – wie ausgeführt – zulässigerweise geforderte technische Spezifikation zu erfüllen, kommt sie für eine Zuschlags- bzw. Auftragserteilung von vornherein nicht in Betracht. Aus der Durchführung eines Verfahrens mit öffentlicher Ausschreibung könnte sie für sich daher keinen Nutzen ziehen, da sie selbst nicht in der Lage wäre, ein den technischen Spezifikationen entsprechendes, ausschreibungskonformes Gerät anzubieten.

40 Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts und Schadenersatz gemäss § 38 SubmD; Praxisänderung zu AGVE 2003, S. 274

- Die Haftungs- und Zuständigkeitsnorm des SubmD ist auch auf rechtswidrige Vergaben unterhalb des GATT-Bereichs anwendbar.
- Eigenleistungen, Parteikosten und vorprozessuale Anwaltskosten als Schadenersatz.