

herein diskriminierend auswirken. Ihre Chancen, im vorliegenden Submissionsverfahren den Zuschlag zu erhalten, sind, sofern überhaupt vorhanden, jedenfalls durch die Vorgaben im Pflichtenheft massiv eingeschränkt. Von einer Chancengleichheit kann deshalb nicht mehr gesprochen werden. Sich aus den konkreten Verhältnissen ergebende stichhaltige sachliche Gründe für eine derartige Bevorzugung vermag die Vergabebehörde nicht darzutun. Es ist objektiv in keiner Weise nachvollziehbar, wieso einzig die von der A. angebotene Hubrettungsbühne für den vorgesehenen Einsatz im Raum F. tauglich sein soll. Insbesondere auch die vorgebrachten Sicherheitsargumente vermögen nicht zu überzeugen. Es lässt sich kaum ernstlich behaupten, dass von allen sich auf dem Markt befindenden Rettungsgeräten einzig diejenigen der A. die Einhaltung der Sicherheitsaspekte gewährleisten. Mithin verstösst die vorliegende Ausschreibung gegen das in § 1 Abs. 1 SubmD statuierte Diskriminierungsverbot, weshalb sie aufzuheben ist. Mit der Aufhebung der Ausschreibung fallen auch die Ausschreibungsunterlagen einschliesslich des Pflichtenhefts dahin. Der Entscheid über das weitere Vorgehen in Bezug auf das strittige Beschaffungsgeschäft liegt bei der Vergabebehörde. Sie ist in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass die Formulierung der Zuschlagskriterien bei einer Neuausschreibung überprüft werden muss, insbesondere auch auf unzulässige Überschneidungen (siehe vorne Erw. 3.4.2.).

33 Einladungsverfahren; Beschwerdelegitimation.

- **In einem Einladungsverfahren ist die Vergabestelle berechtigt, nur Anbietende eines bestimmten Produkts einzuladen. Eine Unterakordantin, die das Produkt nicht anbietet, gehört nicht zu den potentiellen Anbietern und ist deshalb nicht befugt, den Inhalt der Submissionsunterlagen als diskriminierend anzufechten.**

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 25. November 2008 in Sachen E. GmbH gegen die Einwohnergemeinde Z. (WBE.2008.298).

Aus den Erwägungen

2.

2.1.

2.1.1.

Verfügungen und Entscheide kann jedermann durch Beschwerde anfechten, der ein schutzwürdiges eigenes Interesse geltend macht (§ 23 SubmD i.V.m. § 38 Abs. 1 VRPG). 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 legitimiert ist daher insbesondere ein Anbieter, dessen Offerte für den Zuschlag nicht berücksichtigt wurde oder der vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde. Unter Umständen können auch Dritte zur Beschwerdeführung legitimiert sein. Damit ihnen ein ausreichendes Rechtsschutzbedürfnis zukommt, müssen sie durch die streitige Anordnung jedoch *unmittelbar berührt sein* und *eine spezifische Beziehungsnähe zur Streitsache* haben. Dies ist z.B. dann nicht der Fall, wenn ein interessierter Dritter den Vergabeentscheid zugunsten eines Verfügungsadressaten anfechten will. Akzeptieren die am Verfahren beteiligten Konkurrenten die Vergabe an einen anderen Anbieter, so können Dritte – z.B. Arbeitnehmer oder Lieferanten als Vertragspartner der übergangenen Bewerber – kein eigenes Beschwerderecht haben (BGE vom 8. Juni 2001 [2P.42/2001], Erw. 2e/bb, in: Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [ZBl] 2002, S. 146 ff.; Peter Galli / André Moser / Elisabeth Lang / Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 1. Band, 2. Auflage, Zürich / Basel / Genf 2007, Rz. 861).

2.1.2.

Wird ein Auftrag freihändig oder im Einladungsverfahren vergeben, so sind – wie bereits angetönt – auch nicht angefragte Dritte, d.h. alle möglichen Anbieter, insoweit zur Beschwerde legitimiert,

als sie geltend machen, die Durchführung des vorgeschriebenen Verfahrens sei zu Unrecht unterblieben. Ein Anbieter ist in einem solchen Fall der unterlassenen Durchführung eines an sich vorgeschriebenen Vergabeverfahrens dann zur Beschwerdeführung legitimiert, wenn er am Auftrag interessiert ist und dem Kreis der potentiellen Anbieter zugerechnet werden kann (BGE vom 2. März 2000 [2P.282/1999], Erw. 1b; vgl. auch AGVE 2003, S. 241 f. mit Hinweisen). Bejaht hat das Verwaltungsgericht sodann die Legitimation einer Beschwerdeführerin, die offensichtlich zum Kreis der für eine Einladung in Frage kommenden Anbieter zählte und geltend machte, ihre Nichtberücksichtigung für das Einladungsverfahren stelle eine klare Diskriminierung dar (AGVE 2003, S. 241 f.).

2.2.

2.2.1.

Gegenstand des vorliegenden Einladungsverfahrens, dessen Zulässigkeit als solches nicht in Frage gestellt ist, sind Baumeisterarbeiten im Zusammenhang mit Hochwasserschutzmassnahmen. Die Vergabestelle hat dafür acht Bauunternehmungen eingeladen. Bei der Beschwerdeführerin handelt sich nicht um eine Bauunternehmung. Sie stellt Betonartikel aller Art her, vertreibt solche und treibt ferner Handel mit diesen. Namentlich handelt sie mit Betonrohren, die sie unter dem Handelsnamen "A." vertreibt. Sie macht geltend, als Herstellerin und Lieferantin von Betonrohren sei sie an der vorliegend angefochtenen Ausschreibung als potentielle Unterakkordantin interessiert. Durch den Ausschluss von Betonrohren der Marke "A." und die Vorschrift, es sei ausschliesslich das Konkurrenzprodukt "B." zu verwenden, sei sie in ihren schutzwürdigen Interessen unmittelbar betroffen. Werde ihr die Beschwerdebefugnis versagt, bedeute dies eine nach dem Willen des Gesetzgebers unzulässige "Diskriminierung zweiter Hand". Es dürfe nicht sein, dass die Vergabestelle den zu einer Submission eingeladenen Bauunternehmern vorschreibe, von welchem Lieferanten sie die Betonrohre zu beziehen hätten. Der Wille des Gesetzgebers bliebe aber toter Buchstabe, wenn jenen Anbietern von Rohren, die zu Unrecht als Lieferanten ausgeschlossen würden, keine Möglichkeit zur Beschwerde zustehen sollte.

2.2.2.

Die Vergabebehörde ist der Auffassung, die Beschwerdelegitimation der Beschwerdeführerin sei zu verneinen, da die spezifische Nähe des Zulieferers zur Streitsache nicht gegeben sei.

2.2.3.

Die Beschwerdeführerin ist weder Adressatin der Einladung noch kommt sie als Anbieterin für die zu vergebenden Baumeisterarbeiten in Betracht. Insofern kann sie aus der unter Erw. 2.1.2. hier-vor dargestellten Rechtsprechung, welche sich auf potentielle, d.h. für eine Einladung in Frage kommende Anbieter der nachgefragten Leistungen bezieht, nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Im Rahmen eines Einladungsverfahrens ist die Vergabestelle berechtigt, frei zu bestimmen, wen sie zur Einreichung eines Angebots auffordern will; sie muss, sofern möglich, mindestens drei Angebote einholen (vgl. § 7 Abs. 3 SubmD; ferner AGVE 2003, S. 243 mit Hinweis). Einen Anspruch auf Teilnahme besitzt niemand unter den potentiellen Anbietenden. Die Vergabestelle ist auch nicht verpflichtet, die Gründe zu nennen, warum sie eine bestimmte Anbieterin eingeladen bzw. nicht eingeladen hat (vgl. Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., Rz. 205). Beim Einladungsverfahren wird immer nur eine sehr beschränkte Zahl der vorhandenen potentiellen und für den Auftrag in Frage kommenden Anbietenden berücksichtigt. Der Beschränkung der Anzahl der Anbieter auf nur wenige ist gerade der Sinn und Zweck dieses Verfahrens, insofern ist eine "Ungleichbehandlung" unvermeidbar (AGVE 2003, S. 243).

Als Konsequenz der gegebenen Wahlfreiheit bezüglich der einzuladenden Anbietenden muss es der Vergabestelle grundsätzlich auch freistehen, in Bezug auf den zu beschaffenden Leistungsgegenstand in einem wesentlich weitergehenden Ausmass einschränkende Vorgaben, z.B. bezüglich technischer Spezifikationen und zu verwendender Produkte, zu machen als in einem Submissionsverfahren mit öffentlicher Ausschreibung, d.h. mit offenen Anbieterkreis. In einem offenen Verfahren sind genau definierte Produktvorgaben bezüglich Hersteller und Modell grundsätzlich nicht zulässig; sie verstossen gegen das Diskriminierungsverbot (vgl. dazu AGVE 1998, S. 402 ff.; Galli / Moser / Lang / Clerc, a.a.O., Rz. 244). Es soll hier

ein möglichst offener Wettbewerb gewährleistet sein. Demgegenüber muss es in einem Einladungsverfahren zulässig sein, dass die Vergabestelle sich vorab für ein bestimmtes Produkt, Fabrikat, System, eine bestimmte Marke oder eine bestimmte Ausführungsart entscheidet (dies jedenfalls in jenen Fällen, in denen dafür mehrere Anbieter auf dem Markt vorhanden sind) und – gestützt auf diesen Entscheid – hernach nur solche Unternehmen zur Submission einlädt, von denen sie weiss, dass sie diese Marke, dieses Produkt oder die gewählte Ausführungsart anbieten bzw. anzubieten gewillt sind. In diesem Sinne darf sie in den Submissionsunterlagen auch entsprechende Produktvorgaben machen, ohne sich den Vorwürfen der Diskriminierung und Ungleichbehandlung auszusetzen. Einer Begründung bzw. einer Rechtfertigung dafür bedarf es genauso wenig wie für den Entscheid, welche Anbietenden für das Verfahren einzuladen sind. Mit anderen Worten ist es in einem Einladungsverfahren zulässig, wenn sich die Vergabestelle für das Produkt eines bestimmten Herstellers entscheidet und dafür dann verschiedene Anbieter dieses Produkts zur Offertstellung einlädt, um eine beschränkte Konkurrenzsituation zu schaffen. Die Vergabestelle hat zwar die Pflicht, die *eingeladenen* Anbieter gleich zu behandeln, ihnen einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten und Diskriminierungen zu vermeiden (ansonsten wäre das Schaffen einer beschränkten Konkurrenzsituation von vornherein sinn- und nutzlos); keine solche Pflicht besteht gegenüber nicht eingeladenen Dritten. Zu den letzteren gehören sowohl Konkurrenzunternehmen, die andere Produkte etc. anbieten als diejenigen, für deren Beschaffung sich die Vergabestelle entschieden hat, als auch allfällige Zulieferer und andere Subunternehmer. Bei diesen Dritten handelt es sich *nicht* um potentielle Anbieter oder potentielle Lieferanten derjenigen Produkte oder Leistungen, für deren Beschaffung sich die Vergabestelle im Rahmen des durchzuführenden Einladungsverfahrens entschieden hat. Insofern fehlt es diesen Dritten im (zulässigen) Einladungsverfahren von vornherein an der geforderten Beziehungsnähe zur Streitsache bzw. am unmittelbaren Betroffensein.

3.

Zusammenfassend steht damit fest, dass die Beschwerdeführerin nicht zur Beschwerde legitimiert ist, da sie das Produkt, für deren Verwendung sich die Vergabestelle entschieden hat (was im Rahmen eines Einladungsverfahrens grundsätzlich möglich und keine unzulässige Diskriminierung von Anbietenden bedeutet), nicht herstellt und nicht anbietet. Damit gehört sie in Bezug auf das nachgefragte Produkt – konkret Betonrohre der Marke B. – nicht zum Kreis der potentiellen Anbieter. Folglich fehlt es ihr für die Anfechtung des Einladungsverfahrens an der notwendigen beachtenswerten Beziehungsnähe zum Beschaffungsgegenstand, und sie ist als bestenfalls mittelbar Betroffene nicht befugt, den Inhalt der Submissionsunterlagen zu rügen.

(...)

34 Wahl der richtigen Verfahrensart.

- Die Vergabestelle hat vorgängig der Ausschreibung des Auftrags eine möglichst zuverlässige Schätzung der mutmasslichen Auftragssumme nach sachlichen Kriterien und aufgrund allfälliger Erfahrungswerte vorzunehmen.

Urteil des Verwaltungsgerichts, 3. Kammer, vom 17. Dezember 2008 in Sachen E. AG gegen den Regierungsrat (WBE.2008.296)

Aus den Erwägungen

1.

Gemäss § 8 Abs. 1 lit. a SubmD sind Aufträge im offenen oder selektiven Verfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags bei Aufträgen des Bauhauptgewerbes Fr. 500'000.-- und bei Lieferungen, Dienstleistungen und Aufträgen des Baunebengewerbes Fr. 250'000.-- übersteigt. Aufträge sind gemäss § 8 Abs. 2 lit. a bis c SubmD im Einladungsverfahren zu vergeben, wenn der geschätzte Wert des Einzelauftrags folgenden Betrag übersteigt: