

Beschaffungswesen Marchés publics

KGVS A1 09 163

Beschaffungswesen – KGE (öffentlichrechtliche Abteilung) vom 3. Dezember 2009

Abbruch des Verfahrens; Schätzung des Auftragswerts; Teilaufträge; anwendbares Verfahren

- Abbruch des Verfahrens aus wichtigen Gründen und Konkretisierung des öffentlichen Interesses (Art. 13 Abs. 1 lit. i IVöB, Art. 35 VöB; E. 3).
- Sanierungsarbeiten an einer Alpstrasse durch den gemeindeeigenen Forstbetrieb ausführen zu lassen als In-House-Geschäft (E. 4).
- Bei der Schätzung des Auftragswerts darf nicht knapp gerechnet werden. Zeigt sich aufgrund der Angebote, dass ein höherstufiges Verfahren hätte gewählt werden müssen, ist das Verfahren abzubrechen. Getrennte Vergabe zusammenhängender Leistungen ist möglich, sofern bei jedem Teilauftrag das für den Gesamtwert massgebende Verfahren angewandt wird (Art. 4 Abs. 5 GIVöB, Art. 8 Abs. 1 GIVöB; E. 5).

Interruption de procédure; calcul de la valeur du marché et division de celui-ci; choix de la procédure

- Les motifs d'interruption doivent être liés à des intérêts publics (art. 13 al. 1 lit. i AIMP; aer. 35 OcMP; consid. 3).
- Doit être qualifiée d'opération in house l'option prise par une commune de faire exécuter par ses propres services forestiers l'assainissement d'une route desservant un alpage (consid. 4).
- La valeur du marché doit être calculée avec une marge suffisante. Si l'examen des offres révèle que le marché aurait dû faire l'objet d'une procédure correspondant à un seuil plus élevé que celui initialement envisagé, la procédure doit être interrompue. Une adjudication par lots est admissible, à condition que la procédure applicable compte tenu de la valeur du marché ait été suivie (art. 4 al. 5 et 8 al. 1LcMP).

Gekürzter Sachverhalt

Im Amtsblatt Nr. 29 vom 20. Juli 2007 hatte die Munizipalgemeinde A. (Gemeinde) die Baumeisterarbeiten für die Sanierung einer Alpstrasse im offenen Verfahren ausgeschrieben. Nach der Offertöffnung vom 14. August 2007 und dem Vergabeantrag vom 17. August 2007 schloss der Gemeinderat an der Sitzung vom 18. September 2007 die X. AG vom Verfahren aus mit der Begründung, die Grundvoraussetzungen nicht zu erfüllen. Gegen diese Ausschlussverfügung gelangte die X. AG am 22. Oktober 2007 ans Kantonsgericht, das mit Entscheid vom 21. Dezember 2007 die Beschwerde guthiess und die Angelegenheit an

die Gemeinde zurückwies mit der Aufforderung, die X. AG bei der Vergabe der Arbeiten in die Gesamtbewertung miteinzubeziehen und den Zuschlag an den wirtschaftlich günstigsten Anbieter zu erteilen. Nach mehreren Interventionen teilte die Gemeinde mit Schreiben vom 19. Juni 2009 der X. AG mit, dass sie das Verfahren von 2007 abbreche und demnächst neu ausschreiben werde. Der Abbruch wurde begründet mit den veränderten konjunkturellen Rahmenbedingungen und weil die Dauer der Angebotsgültigkeit von 6 Monaten «längst abgelaufen» sei. Die X. AG focht diese Verfügung nicht an. Am 1. September 2009 hatte die Gemeinde neu nur die Miete von Baumaschinen für die Instandstellung der Alpstrasse im Einladungsverfahren ausgeschrieben. Gegen diese Ausschreibung gelangte die X. AG (Beschwerdeführerin) mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde ans Kantonsgericht.

Erwägungen

(...)

3. Die Beschwerdeführerin macht vorab geltend, die Gemeinde müsse das Ausschreibungsverfahren vom Jahre 2007 für die Sanierung der Alpstrasse weiterführen. Sie widersetzt sich somit dem Abbruch oder Widerruf des Vergabeverfahrens.

3. 1. Mit der Ausschreibung verspricht der Auftraggeber dem einzelnen Anbieter nicht den Auftrag als solchen, immerhin aber eine reale und faire Chance, im Rahmen der massgebenden Zuschlagskriterien der erfolgreiche Anbieter sein zu können. Diese Chance wird dem Submittenten entzogen, wenn der Auftraggeber das Verfahren abbricht, ohne den Auftrag zu vergeben. Ein Abbruch kann für ihn auch dann negative Folgen haben, wenn das Verfahren wiederholt wird, da ihm dadurch nicht nur ein Zusatzaufwand erwachsen, sondern auch seine Chance auf den Zuschlag geringer werden kann, weil eventuell neue und preisgünstigere Angebote eingereicht werden. Aus der vorvertraglichen Treuepflicht nach Art. 2 ZGB sowie auf Grund des vom öffentlichen Auftraggeber pflichtgemäss auszuübenden Ermessens wird der Grundsatz abgeleitet, dass das Submissionsverfahren nur aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden darf (ZWR 2000 S. 52; Peter Galli/Daniel Lehmann/Peter Rechsteiner, Das öffentliche Beschaffungswesen in der Schweiz, S. 138 f.; Evelyne Clerc, L'ouverture des marchés publics: Effectivité et protection juridique, S. 492). Dieser Grundsatz wurde in Art. 13 Abs. 1 lit. i IVÖB aufgenommen, der bestimmt, dass die Ausführungsbestimmungen die Beschränkung von Abbruch und Wiederholung des Vergabeverfahrens aus wichtigen

Gründen zu gewährleisten haben. Art. 35 Abs. 1 VöB wiederholt diese Beschränkung auf wichtige Gründe. In Abs. 2 werden die Fälle aufgeführt, bei denen das Verfahren wiederholt oder neu durchgeführt werden kann, namentlich wenn kein Angebot eingereicht wurde, das die in der Ausschreibung oder den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien und technischen Anforderungen erfüllt (lit. a), aufgrund veränderter Rahmenbedingungen oder wenn Wettbewerbsverzerrungen aufgrund des Verhaltens der Anbieter festgestellt werden (lit. b), wenn eine wesentliche Änderung der Projektes erforderlich wurde (lit. c) und wenn die Dauer der Angebotsgültigkeit abgelaufen ist (lit. d). Der Auftraggeber hat den Abbruch, die Wiederholung oder die Neuauflage des Verfahrens den Anbietern sofort schriftlich und begründet mitzuteilen (Art. 35 Abs. 3 VöB), wobei diese Verfügung gemäss Art. 15 Abs. 1 bis lit. e IVöB eine selbständig anfechtbare Verfügung ist.

3. 2. Im vorliegenden Fall hat die Gemeinde mit Schreiben vom 19. Juni 2009 der Beschwerdeführerin mitgeteilt, dass man gemäss Art. 35 Abs. 2 lit. d VöB das Verfahren vom Jahre 2007 abbreche, mit der Begründung, dass man sich «heute in veränderten, konjunkturellen Rahmenbedingungen» befinde und «die Dauer der Angebotsgültigkeit längst abgelaufen» sei. Die Verfügung war versehen mit einer Rechtsmittelbelehrung, wonach allfällige Beschwerden «schriftlich und begründet innert 10 Tagen ans Kantonsgericht einzureichen» seien. Die Abbrucherklärung war somit in der verwaltungsrechtlichen Form einer anfechtbaren Verfügung ausgestaltet. Der Bewerber, der mit dem Abbruch nicht einverstanden ist, kann die Abbruchverfügung vor der zuständigen Gerichtsstanz anfechten und die Nachprüfung der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Verfahrensbeendigung verlangen. Diese Verfügung der Gemeinde vom 19. Juni 2009 hat die Beschwerdeführerin nicht fristgerecht angefochten. Die Verfügung ist somit in Rechtskraft erwachsen und auf das Begehren der Fortführung des Verfahrens vom Jahre 2007 kann nicht eingetreten werden.

3. 3. Selbst wenn man auf dieses Begehren eintreten würde, müsste es abgewiesen werden. Während Art. 13 Abs. 1 lit. i IVöB ausdrücklich einen wichtigen Grund für den Abbruch bzw. die Wiederholung des Vergabeverfahrens fordert, wird durch Auslegung geschlossen, dass jedenfalls ein öffentliches Interesse gegeben sein muss (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, S. 207 Rz. 490). Aus der Praxis ergibt sich, dass erhebliche Kostenüberschreitungen auf alle Fälle ein ausreichen-

des öffentlichen Interesse darstellen, das im Vergabeverfahren zum Abbruch des Verfahrens und zu dessen Wiederholung berechtigt (BRK 2002-013). Dass die Behörden nicht um jeden Preis zur Auftragsvergabe verpflichtet sein können, folgt schon aus Art. 1 Abs. 3 lit. d IVöB, wonach u. a. ein Zweck des Gesetzes ist, den wirtschaftlichen Einsatz der öffentlichen Mittel zu fördern. Die Behörden sind in der Verwendung der öffentlichen Mittel nicht frei, sondern an Budgetvorgaben gebunden; dieser Bindung müssen sie auch bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Rechnung tragen. Die Vergabestelle muss darüber befinden, ob sachliche Gründe bestehen, das Vergabeverfahren im öffentlichen Interesse abubrechen. Ob die den Abbruch rechtfertigenden sachlichen Gründe voraussehbar waren und ob die Vergabestelle hierfür eine Verantwortlichkeit trifft, spielt für die Zulässigkeit des Abbruchs keine Rolle (Urteil des Bundesgerichts 2C_203/2008 vom 29. April 2008 E. 2.3).

Zur Konkretisierung des öffentlichen Interesses im Einzelfall bedarf es einer Abwägung der in Betracht zu ziehenden Interessen. Für den Fall des Abbruchs eines Vergabeverfahrens heisst dies eine Abwägung zwischen dem von der Vergabebehörde geltend gemachten öffentlichen Interesse am Abbruch und dem Interesse der Submitenten vorab an der Fortsetzung des Verfahrens. Bei dieser Sachlage, d. h. angesichts der finanziellen Lage der Gemeinde A. und weil die Angebotsgültigkeit von 6 Monaten abgelaufen ist, kann ein ausreichendes öffentliches Interesse am Abbruch und an der Wiederholung des Verfahrens nicht verneint werden. Das öffentliche Interesse an der Kosteneinsparung durch den Einsatz der Forstgruppe und eine daraus resultierende möglichst wirtschaftliche Arbeitsvergabe sind vorliegend höher zu gewichten als das Interesse der Beschwerdeführerin an der Weiterführung des Verfahrens bzw. an der Wahrung ihrer Chancen auf den Zuschlag. Zudem ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin die Möglichkeit hat, sich am neuen Verfahren zu beteiligen. Bei der Ausarbeitung ihres neuen Angebotes kann die Beschwerdeführerin dabei auf Überlegungen und Berechnungen zurückgreifen, die sie bereits bei der Vorbereitung ihrer ersten Offerte angestellt hat. Es ergibt sich somit, dass die Vergabebehörde für den Abbruch und die Wiederholung des Verfahrens ein das Interesse der Beschwerdeführerin an der Fortsetzung des Verfahrens überwiegendes Interesse geltend machen kann. Mit dem Entscheid, das ausgeschriebene Verfahren abubrechen und zu wiederholen, verletzt die Gemeinde weder Recht noch überschreitet oder missbraucht sie das ihr zukommende Ermessen.

4. Die Beschwerdeführerin macht auch geltend, dass der Forstbetrieb «ein eigener Gemeindeverband» sei und dieser wie «ein normaler Drittbewerber» zu betrachten sei, der am Vergabeverfahren teilnehmen könne. Überdies gehöre der Strassenbau nicht zu den Kernaufgaben des Forstbetriebes.

4. 1. Gemäss Art. 71 der Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (KV; SGS/VS 101.1) können sich die Gemeinden zur gemeinsamen Lösung öffentlicher Aufgaben zusammenschliessen. Das Kantonsgebiet wird vom Staatsrat in Forstkreise eingeteilt (Art. 5 Abs. 1 Forstgesetz vom 1. Februar 1985; FG, SGS/VS 921.1). Gemäss Art. 6 Abs. 1 FG sind die Forstkreise in Reviere einzuteilen, welche eine oder mehrere Gemeinden umfassen. Die Burgergemeinden von A. und Umgebung haben sich gemäss Art. 116 Abs. 1 des Gesetzes vom 5. Februar 2004 über die Gemeindeordnung (GG; SGS/VS 175.1) i.V.m. Art. 21 des Gesetzes über die Burgerschaften vom 28. Juni 1989 (SGS/VS 175.2) im Dezember 2003 unter dem Namen «Zweckverband Forstrevier B.» zu einer öffentlichrechtlichen Körperschaft zusammengeschlossen. Der Verband bezweckt gemäss Art. 2 der Statuten die nachhaltige Erhaltung und Verbesserung der Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktion der Wälder der Verbandsgemeinden, die Sicherung der Dörfer und ihrer Zufahrtsstrassen gegen Naturgefahren sowie die Bereitstellung der dazu notwendigen personellen und materiellen Mittel.

4. 2. Vorliegend geht es nun um die Abgrenzung ausschreibungspflichtiger und nicht ausschreibungspflichtiger Vergabevorgänge bei einem Forstrevier. Von In-House-Geschäften im engeren Sinn spricht man, wenn ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag an eine seiner Dienststellen erteilt, die über keine eigene Rechtspersönlichkeit verfügt (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., S. 51 Rz. 118; Baurecht 2/2005, S. 67). Im weiteren Sinne werden zu den In-House-Geschäften auch Situationen gezählt, in denen öffentliche Auftraggeber mit von ihnen kontrollierten Gesellschaften, die über eigene Rechtspersönlichkeit verfügen, Verträge abschliessen. Selbstverständlich haben öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben gänzlich mit ihren eigenen administrativen, technischen und sonstigen Mitteln erfüllen zu lassen, ohne auf die Leistung rechtlich selbstständiger Unternehmen zurückgreifen zu müssen. Schwieriger ist bei In-House-Geschäften im weiteren Sinne die Abgrenzungsfrage, ob für sie eine Ausschreibungspflicht besteht oder nicht. Hier verweist die Lehre auf die Rechtsprechung des Euro-

päischen Gerichtshofes (Baurecht 2/09, S. 75). Nach dieser Rechtsprechung ist das Vergaberecht grundsätzlich zur Anwendung zu bringen, sobald eine vertragliche Vereinbarung zwischen zwei verschiedenen Personen besteht. Selbst wenn beide Partner eines Rechtsgeschäftes der Form nach jeweils eigene Rechtspersönlichkeit haben, kann die zwischen ihnen durchgeführte Transaktion gleichwohl einem hausinternen Geschäft gleichgestellt werden, und zwar wenn zwei von der Rechtsprechung entwickelte Kriterien erfüllt sind. Nach dieser «Teckal-Praxis» kann ein öffentlicher Auftraggeber einen Auftrag ohne Beachtung des Vergaberechts an eine Tochtergesellschaft vergeben, wenn erstens der Auftraggeber diese Gesellschaft kontrolliert wie eine eigene Dienststelle («Kontrollkriterium») und wenn zweitens die Tochtergesellschaft ihre Leistungen allgemein ganz wesentlich für den Auftraggeber erbringt («Tätigkeitskriterium»). Dabei wurde klargestellt, dass es zur Erfüllung des «Kontrollkriteriums» nicht erforderlich ist, dass der öffentliche Auftraggeber die Kontrolle über die Tochtergesellschaft alleine ausüben kann. Dieses Kriterium kann auch erfüllt sein, wenn die Tochtergesellschaft durch mehrere öffentliche Auftraggeber gehalten wird, von denen keiner die Geschicke der Tochter alleine bestimmen kann.

4. 3. Im vorliegenden Fall ist die Bürger- und Einwohnergemeinde A. Mitglied des Zweckverbandes Forstrevier B. Dieses Forstrevier wird durch die Mitgliedergemeinden getragen und kontrolliert. Private Beteiligungen bestehen keine, so dass keine Konfliktsituationen entstehen. Die Kontrolle kann also durch Mehrheitsbeschluss ausgeübt werden, auch wenn die Mehrheiten sich fallweise anders zusammensetzen. Das «Kontrollkriterium» ist also gegeben. Der Verband bezweckt prioritär die Erhaltung und Verbesserung des Waldes, es gehört aber auch allgemein zu seinen Aufgaben, die Dörfer und ihre Zufahrtstrassen zu sichern. Die Gemeinde legt denn auch dar, dass der Strassenbau seit Jahrzehnten zu den Kernkompetenzen des Forstbetriebes gehöre. Es ist auch das «Tätigkeitskriterium» erfüllt, da der Forstbetrieb ganz wesentlich - ja ausschliesslich - für die Trägergemeinden tätig ist. Der Entscheid der Gemeinde, die Sanierungsarbeiten der Alpstrasse durch den Forstbetrieb ausführen zu lassen, statt eine aussenstehende Unternehmung zu beauftragen, ist ohne weiteres zulässig und stellt diesbezüglich keine Rechtsverletzung dar.

5. Die Beschwerdeführerin macht im Weiteren geltend, dass die Sanierung der Alpstrasse nicht im Einladungsverfahren erfolgen dürfe

und eine Aufteilung der Arbeiten nicht zulässig sei. Es liege eine Verletzung des Zerstückelungsverbot und eine Verletzung des Grundsatzes der Einheit der Materie vor.

5. 1. Grundsätzlich liegt es im Ermessen der Vergabebehörde, ob sie einen Auftrag als Ganzes ausschreiben oder Lose (Teilaufträge) bilden will. Gemäss Art. 4 Abs. 5 GIVöB darf ein Auftrag nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Vergabebestimmungen zu umgehen. Die Vergabebehörde darf einen Auftrag somit nicht künstlich in mehrere kleinere Einzelaufträge aufteilen, um auf diese Weise die Bestimmungen des öffentlichen Beschaffungsrechts zur Wahl der Verfahrensart zu umgehen (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., S. 80 Rz. 182). Eine künstliche Aufteilung in Einzelaufträge, mit dem Ziel, die Schwellenwerte zu unterschreiten und z. B. im Einladungsverfahren statt im offenen Verfahren zu vergeben, verstösst gegen das Rechtsmissbrauchsverbot und steht dem Ziel der Wettbewerbsförderung entgegen (AGVE 1999, S. 302 ff.). Zulässig ist aber eine getrennte Vergabe zusammenhängender Leistungen, sofern dennoch bei jedem Teilauftrag das für den Gesamtwert massgebende Verfahren angewandt wird (Baurecht 4/2000, S. 129).

5. 2. Nach dem Anhang zum GIVöB dürfen Aufträge im Bauhauptgewerbe mit einem Umfang zwischen Fr. 50'000.– und Fr. 500'000.– im Einladungsverfahren vergeben werden, wobei der Auftraggeber immer ein Verfahren höherer Stufe wählen kann (Art. 8 Abs. 1 GIVöB). Im Baubengewerbe und für Lieferaufträge können im Einladungsverfahren Aufträge in einem Umfang zwischen Fr. 25'000.– und Fr. 250'000.– vergeben werden. Die Behörde muss deshalb, um das richtige Verfahren zu wählen, vorgängig den Auftragswert schätzen.

5. 3. Die Beschreibung und die Schätzung des Auftragswertes sind für die Wahl des Verfahrens wichtig. Die Schätzung ist nach sachlichen Kriterien und meist aufgrund bisher gemachter Erfahrungswerte vorzunehmen, wobei die Vergabebehörde nicht zu knapp kalkulieren, sondern den Auftragswert in der oberen Bandbreite der Schätzung festlegen sollte (Urteil des Kantonsgerichts A1 00 206 vom 11. Januar 2001; Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., S. 76 ff. Rz. 173 ff.; Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Diss. 2005, S. 80). Die Gemeinde ist im Besitze der Preise für die Maschinenmiete, für welche Offerten mit den Preisen zwischen Fr. 190'817.85 und Fr. 222'004.60 eingingen. Die Materiallieferung,

welche die Gemeinde momentan noch nicht ausgeschrieben hat, betrachtet die Gemeinde als Lieferauftrag. Genaue Vorausmasse seien hier erst möglich, wenn der Rohbau erstellt sei. Dann erst könne die Trag- und Deckschicht präzise dimensioniert werden. Und dann zeige sich, ob die Materiallieferungen im Einladungsverfahren oder im offenen Verfahren auszuschreiben seien. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Da bereits eine Ausschreibung im offenen Verfahren durchgeführt wurde und eine Kostenschätzung des Ingenieurs im Bauprojekt vorliegt, bestehen genügend Angaben, damit der gesamte Auftragswert der Maschinenmiete und der Materiallieferung geschätzt werden kann. Die Gemeinde hegt denn auch selbst Bedenken, für die Materiallieferung den Schwellenwert des Einladungsverfahrens zu überschreiten. Die Maschinenmiete und die Materiallieferungen müssen als zusammenhängende Leistungen betrachtet werden, wobei eine getrennte Vergabe nicht ausgeschlossen ist. Aufgrund der vorherigen Ausführungen, wonach die beiden Aufträge zusammengezählt werden müssen, ergibt sich, dass sich Zweifel an der Berechtigung des Einladungsverfahrens hätten ergeben müssen und die Gemeinde sich zu Gunsten des höherstufigen Verfahrens hätte entscheiden sollen.

5. 4. Damit stellt sich das gewählte Einladungsverfahren für die Maschinenmiete als offensichtlich falsch heraus und der Zuschlag kann dementsprechend nicht erfolgen. Die Wahl des richtigen Verfahrens ist ein grundlegendes Anliegen des Submissionsrechts, das den Marktzugang, Transparenz, Gleichbehandlung und eine wirtschaftliche Verwendung der öffentlichen Gelder sicher stellen will (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., S. 213 Rz. 500). Die vorliegende Fehleinschätzung stellt einen Abbruchgrund gemäss Art. 35 VöB dar. Die Gemeinde muss das Verfahren somit abbrechen und offen neu ausschreiben (Peter Galli/André Moser/Elisabeth Lang/Evelyne Clerc, a.a.O., S. 213 Rz. 500; Dominik Kuonen, a.a.O., S. 86 f., mit Hinw.).