

Recht informiert.

Der Newsletter von Pfisterer Fretz Munz Rechtsanwälte,
März 2024

Submissionsrecht: freihändiges Verfahren

Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin einen öffentlichen Auftrag direkt ohne Ausschreibung. Die Auftraggeberin ist berechtigt, Vergleichsofferten einzuholen und Verhandlungen durchzuführen. Teilweise besteht auch bei Freihandvergaben eine Pflicht zur amtlichen Publikation.



Die Wahl der Verfahrensart ist zentraler Bestandteil jeder Beschaffung. Öffentliche Aufträge werden entweder im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren, im Einladungsverfahren oder im freihändigen Verfahren vergeben (Art. 17 IVöB). Die Wahl des Verfahrens richtet sich insbesondere danach, ob ein Auftrag einen Schwellenwert nach den Anhängen 1 und 2 zur IVöB erreicht (Art. 16 Abs. 1 IVöB). Für die Wahl des richtigen Verfahrens massgebend ist neben dem Wert des zu vergebenden Auftrags auch die Art der nachgefragten Leistung (Bauftrag, Lieferung, Dienstleistung).

Die Auftraggeberin schätzt den mutmasslichen Auftragswert (Art. 15 Abs. 1 IVöB). Für die Schätzung des Auftragswerts ist die Gesamtheit der auszuschreibenden Leistungen oder Entgelte, soweit sie sachlich oder rechtlich zusammenhängen, zu berücksichtigen. Alle Bestandteile der Entgelte sind einzurechnen, einschliesslich

Verlängerungsoptionen und Optionen auf Folgeaufträge sowie sämtliche zu erwartenden Prämien, Gebühren, Kommissionen und Zinsen (Art. 15 Abs. 3 IVöB). Die Mehrwertsteuer wird bei der Schätzung nicht berücksichtigt (Art. 15 Abs. 3 IVöB).

Der Auftraggeberin ist es verboten, einen Auftrag, der wirtschaftlich eine Einheit bildet, aufzuteilen, um die Pflicht zur Durchführung eines Beschaffungsverfahrens zu umgehen (vgl. Art. 15 Abs. 2 IVöB).

Der mutmassliche Auftragswert ist sorgfältig zu schätzen und den Schwellenwerten gegenüberzustellen. Bei der Schätzung darf nicht knapp kalkuliert werden, insbesondere nicht, um Schwellenwerte zu umgehen. Die Verfahrensart ist daher anhand der oberen Bandbreite der Schätzung auszuwählen. Die Auftraggeberin muss im Zweifel für mehr statt weniger Wettbewerb sorgen (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 9. November 2022, [WBE.2022.381. E. II/1](#)).

Sofern der Schwellenwert eine freihändige Vergabe zulässt, ändert diese nichts an der Geltung der vergaberechtlichen Grundsätzen namentlich der Wirtschaftlichkeit, der Transparenz, dem Diskriminierungs- und dem Gleichbehandlungsgebot sowie der Förderung eines wirksamen und fairen Wettbewerbs (vgl. Art. 2 IVöB).

Das freihändige Verfahren ist nicht an strenge formelle Verfahrensvorschriften gebunden und die Vergabe erfolgt nicht mittels einer Verfügung mit Rechtsmittelbelehrung. Die Anbieterin ist bei der Anfrage und auch bei der Arbeitsvergabe klar darauf hinzuweisen, dass es sich um ein freihändiges Verfahren handelt und keine Rechtsmittelmöglichkeit besteht.

Ein Auftrag kann unabhängig vom Schwellenwert im freihändigen Verfahren vergeben werden, wenn ein in Art. 21 Abs. 2 IVöB genannter Ausnahmegrund gegeben ist. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren keine den Anforderungen entsprechende Offerte eingegangen ist (Art. 21 Abs. 2 lit. a IVöB), wenn hinreichende Anhaltspunkte, dass alle im offenen Verfahren, im selektiven Verfahren oder im Einladungsverfahren eingegangenen Angebote auf einer unzulässigen Wettbewerbsabrede beruhen (lit. b), aufgrund der technischen oder künstlerischen Besonderheiten des Auftrags oder aufgrund des Schutzes des geistigen Eigentums (lit. c), bei dringlichen Beschaffungen (lit. d), wenn ein Wechsel des Anbieters

unzumutbar ist (lit. e), bei der Beschaffung von Prototypen an Warenbörsen oder bei einer besonderen Gelegenheit (lit. f, g und h) und bei einem Folgeauftrag an den Gewinner eines Planungs- oder Gesamtleitungswettbewerbs (lit. i).

Mit dem neuen Beschaffungsrecht wurde der Katalog der Ausnahmegründe, die eine freihändige Beschaffung erlauben, bei Folgeaufträgen erweitert. So können solche direkt vergeben werden, wenn «ein Wechsel des Anbieters für Leistungen zur Ersetzung, Ergänzung oder Erweiterung bereits erbrachter Leistungen aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist, erhebliche Schwierigkeiten bereitet oder substanzielle Mehrkosten mit sich bringen würde» (Art. 21 Abs. 2 lit. e IVöB). Es ist davon auszugehen, dass die Gerichtspraxis auch diese Ausnahme eng auslegt.

Die Auftraggeberin hat bei einer freihändigen Vergabe nach Art. 21 Abs. 2 IVöB (Ausnahmetatbestände) eine Dokumentation zu erstellen, in der insbesondere die Umstände und Bedingungen dargelegt sind, welche die Anwendung des freihändigen Verfahrens rechtfertigen. Wir empfehlen, eine solche Dokumentation zur besseren Nachvollziehbarkeit bei sämtlichen freihändigen Vergaben anzulegen.

Zu beachten ist, dass die Gerichte in Beschwerdeverfahren die Rechtmässigkeit des gewählten Vergabeverfahrens von Amtes wegen prüfen. Bei der Wahl einer nicht den Vorschriften entsprechenden Verfahrensart handelt es sich um einen derart schweren Rechtsmangel, dass er auch dann zu berücksichtigen ist, wenn er nicht gerügt wird, gegebenenfalls sogar gegen den Willen des Beschwerdeführers (Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 9. November 2022, [WBE.2022.381. E. I/3](#), vgl. AGVE 2018, S. 261, Erw. 2.1; 2001, S. 311, Erw. I/4b; 1997, S. 343).

Auftragsvergaben nach einer freihändigen Vergabe müssen grundsätzlich nicht publiziert werden. Als Ausnahme von dieser Regel sind Zuschläge im freihändigen Verfahren, die gestützt auf Art. 21 Abs. 2 IVöB erfolgen, mit Rechtsmittelbelehrung zu publizieren. Gemeint sind damit alle freihändigen Vergaben, die über den Schwellenwerten für eine freihändige Vergabe gemäss Anhang 2 IVöB und im Staatsvertragsbereich liegen, jedoch gestützt auf die Ausnahmetatbestände direkt vergeben werden können. Aufgrund der Vorschrift von § 3 des Dekrets über das öffentliche Beschaffungswesen (DöB) des Kantons Aargau sind überdies die

Zuschläge ausserhalb des Staatsvertragsbereichs, die freihändig gemäss Art. 21 Abs. 2 IVöB (Ausnahmetatbestände) erteilt wurden, zu publizieren.

Freihändig vergebene Zuschläge aufgrund der nicht erreichten Schwellenwerte für das Einladungsverfahren oder das offene/selektive Verfahren müssen aber weiterhin nicht publiziert werden.
