

5. Zu den einzelnen Vorbringen der Beschwerdeführerin ist noch Folgendes zu ergänzen: Das Datenschutzgesetz des Bundes gestattet es ebenfalls nicht, dass Personendaten, die von Bundesorganen erstellt wurden, im Original herausgegeben oder auf Wunsch des Betroffenen vernichtet werden. In Art. 21 wird unter dem Titel «Anonymisieren und Vernichten von Personendaten» vorgesehen, dass Bundesorgane Personendaten, die sie nicht mehr benötigen, anonymisieren oder vernichten müssen, soweit die Daten nicht a. Beweis- oder Sicherungszwecken dienen; und b. dem Bundesarchiv abzuliefern sind. Auch das Bundesrecht enthält bezüglich des Auskunfts- und Einsichtsrechts eine nahezu identische Regelung wie das kantonale DSG. Auch in dem Leitfaden des Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten wird nur von einer Berechtigung des Arztes zur Aktenherausgabe, nicht von einer Pflicht gesprochen (S. 34). Auch im Schreiben an die Beschwerdeführerin vom 22. September 2005 stellt ein Mitarbeiter des Datenschutzbeauftragten fest, dass das Datenschutzgesetz des Bundes nur die Herausgabe von Kopien, nicht aber die Herausgabe von Originalakten vorsehe. Dass das Kantonsspital Zug der Beschwerdeführerin die Originalakten über ihre Behandlung ausgehändigt und die Aufzeichnungen der Akten offenbar vernichtet hat, ist mit dem kantonalen DSG und dem Archivgesetz nicht vereinbar. Daraus kann die Beschwerdeführerin nichts zu ihren Gunsten ableiten. Abschliessend soll noch einmal darauf hingewiesen werden, dass die Persönlichkeitsrechte der Beschwerdeführerin gewahrt sind, indem ihre Patientenakten unter dem Schutz des Amts- und Berufsgeheimnisses stehen. Hier erübrigen sich weitere Ausführungen.

Das Bundesgericht wies eine gegen dieses Urteil erhobene staatsrechtliche Beschwerde mit Urteil vom 16. April 2007 ab, soweit es darauf eintrat.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 28. Dezember 2006

V 2006/119

2. Vergaberecht

Art. 12 und 15 IVöB, § 6 Abs. 1 lit. a SubG, §§ 2 und 4 SubV – Liegt der Auftragswert unter dem Schwellenwert für das Einladungsverfahren, so entfällt der Rechtsschutz (Erw. 1 und 2). Enthält ein Auftrag mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend (Erw. 3)

Aus dem Sachverhalt:

Am 4. Juni 2007 beschloss der Gemeinderat X. von der Firma A. AG ein Leckor-

tungssystem für die Druckzone 2 der Wasserversorgung X. zum Betrag von CHF 50'000.— pauschal anzuschaffen. Mit Schreiben vom 20. Juni 2007 teilte die Wasserversorgung X. der Firma A. AG mit, dass man die Arbeiten für Lieferung und Installation des Kontrollsystems K für die Druckzone 2 an sie vergeben habe. Gleichentags teilte man der Firma B. AG mit, dass man ihr Angebot nicht habe berücksichtigen können. Am 2. Juli 2007 liess die B. AG beim Verwaltungsgericht Beschwerde einreichen und beantragen, der Vergabeentscheid sei aufzuheben und der Auftrag sei an sie zu vergeben. In prozessualer Hinsicht wird beantragt, der Beschwerde sei die aufschiebende Wirkung zu gewähren, dem Gemeinderat sei bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils in dieser Sache zu verbieten, den Vertrag zur Ausführung der Auftragsarbeiten abzuschliessen bzw. zu vollziehen, die Verfügung sei superprovisorisch zu erlassen und es sei ihr vollständige Akteneinsicht zu gewähren. Für den Fall, dass der Vertrag mit der A. AG bereits abgeschlossen sei, sei festzustellen, dass die angefochtene Verfügung rechtswidrig und der Vertrag aufzuheben sei. Zur Begründung wird unter anderem ausgeführt, um die Rechtsschutzbestimmungen des Zuger Submissionsgesetzes zu umgehen, habe der Gemeinderat eine unzulässige Etappierung des Auftrags vorgenommen. Alle Anbieter seien aber im verfahrensrelevanten Einladungsverfahren zur Abgabe einer Offerte für den die Druckzonen 1–5 umfassenden Gesamtauftrag eingeladen worden. Es sei nie von einer Etappierung die Rede gewesen und es seien auch keine Gründe ersichtlich, die eine Aufteilung des Auftrags rechtfertigen würden.

Aus den Erwägungen:

1. Gemäss Art. 15 Abs. 1 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. März 2001 (IVöB, BGS 721.52) ist gegen Verfügungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers die Beschwerde an eine unabhängige Instanz zulässig. Gemäss § 6 Abs. 1 Bst. a des Submissionsgesetzes vom 2. Juni 2005 (SubG, BGS 721.51) beurteilt das Verwaltungsgericht Beschwerden gemäss Art. 15 IVöB. Der Rechtsschutz nach Abs. 1 Bst. a entfällt, wenn der Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes für das Einladungsverfahren liegt. Gemäss Art. 7 IVöB i. V. mit Anhang 2 liegen die Schwellenwerte für die freihändige Vergabe bei Lieferungen unter einem Auftragswert von CHF 100'000.—, für Dienstleistungen unter CHF 150'000.—, für Bauarbeiten (Baunebengewerbe) unter CHF 150'000.— und für das Bauhauptgewerbe unter CHF 300'000.—.

2. Der Gemeinderat stellt sich auf den Standpunkt, die Vergabe sei im freihändigen Verfahren erfolgt. Im freihändigen Verfahren vergibt die Auftraggeberin oder der Auftraggeber einen Auftrag ohne Ausschreibung direkt (Art. 12 Abs. 1 lit. c IVöB).

a) Die konkrete Durchführung eines freihändigen Verfahrens ist in den Submissionserlassen mehrheitlich nicht geregelt. Das freihändige Verfahren ist ein einfaches Verfahren, das grundsätzlich an keine Form gebunden ist. Es kann daher formlos durchgeführt werden. Die direkte Mitteilung an die Anbieter erfolgt formlos (z. B. telefonisch), Offerten werden nur teilweise schriftlich eingereicht und es werden keine Eignungs- und Zuschlagskriterien bekannt gegeben. Die Vergabebehörden haben sich aber auch im freihändigen Bereich an den Grundsätzen verfassungsmässigen Handelns zu orientieren wie dem Willkürverbot, dem Grundsatz von Treu und Glauben sowie dem Gebot der Gleichbehandlung und des fairen Verfahrens (vgl. hierzu Dominik Kuonen, Das Einladungsverfahren im öffentlichen Beschaffungsrecht, Bern 2005, S. 46 ff.).

b) Wählt eine Vergabebehörde das freihändige Verfahren, so stellt sich die Frage, ob es ihr erlaubt ist, Konkurrenzofferten einzuholen, oder ob sie in einem solchen Fall ein formelles Einladungsverfahren durchzuführen hätte. Einerseits wird argumentiert, dass eine Vergabebehörde, die zur Erzielung von mehr Wettbewerb Konkurrenzofferten einhole, ein formelles Wettbewerbsverfahren wählen sollte, denn es sei gerade das Wesen des freihändigen Verfahrens, dass es nicht unter Wettbewerbsbedingungen erfolge. Die Vergabebehörde dürfe nicht im freihändigen Verfahren vergeben und sich gleichzeitig punktuell der Vorteile eines Wettbewerbsverfahrens bedienen. Andererseits wird die Ansicht vertreten, dass die Vergabebehörde auch im freihändigen Verfahren die Möglichkeit haben sollte, Konkurrenzofferten einzuholen, ohne dass damit gleich von Beginn weg ein Einladungsverfahren durchzuführen sei. Der Wortlaut der Bestimmungen der IVöB und der Submissionsverordnung vom 20. September 2005 (SubV, BGS 721.53) stehen jedenfalls der Einholung mehrerer Offerten nicht entgegen. Die Vergabe erfolgt zwar direkt und ohne Ausschreibung an einen Anbieter, was aber nicht heisst, dass die Vergabebehörde nicht mit mehreren Anbietern in Kontakt treten und Offerten einholen darf. In der Praxis ist das Einholen von Konkurrenzofferten im Submissionsrecht verbreitet (vgl. Kuonen, a. a. O., S. 49). Trotz des Einholens von verschiedenen Offerten sind im freihändigen Verfahren nicht zwingend die Vorschriften des Einladungsverfahrens anzuwenden, d. h. die Vergabebehörde darf mehrere Offerten einholen und anschliessend im freihändigen Verfahren vergeben. Es findet in der Regel keine Offertöffnung statt, die Eignungs- und Zuschlagskriterien werden nicht bekannt gegeben und Abgebotsrunden sind zulässig. Schliesslich ist die Frage, ob Konkurrenzofferten zulässig sind und ob in einem solchen Fall die Regeln des Einladungsverfahrens zu beachten sind, nicht von entscheidender Bedeutung, weil nach dem klaren Wortlaut von § 6 Abs. 3 SubG für den Rechtsschutz nur die Frage entscheidend ist, ob der Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes für das Einladungsverfahren liegt oder nicht.

c) Der Gemeinderat X. beauftragte den Brunnenmeister der Wasserversorgung X. mit der Einholung von Offerten zur Überwachung des Wasserleitungsnetzes. Gemäss dem Budget für das Jahr 2007 stand dafür ein Betrag von CHF 50'000.– zur Verfügung. Der Brunnenmeister ersuchte in der Folge die A. AG und die R. AG um entsprechende Offerten. Die A. AG reichte am 16. April 2007 eine überarbeitete Offerte ein, nachdem eine erste Eingabe im Rahmen eines Gedankenaustausches vom 3. April 2007 hatte angepasst werden müssen. Die R. AG reichte am 30. April 2007 eine Offerte ein, nachdem ebenfalls eine Besprechung vor Ort stattgefunden hat. Im Verlaufe des Monats April 2007 meldete sich auch die B. AG bei der Wasserversorgung X. und reichte – nach einer Besprechung vom 24. April 2007 – am 2. Mai 2007 ebenfalls ein Angebot ein. Am 4. Juni 2007 beschloss der Gemeinderat, den Auftrag zu einem Pauschalbetrag von CHF 50'000.– an die Firma A. AG zu vergeben. In der Folge wurden die Zuschlagsempfängerin und die B. AG schriftlich über die Vergabe orientiert; die R. AG wurde telefonisch vom Ergebnis der Vergabe in Kenntnis gesetzt.

d) Aus diesen Fakten ergibt sich, dass der Auftragswert von CHF 50'000.– den Schwellenwert für ein Einladungsverfahren bei Weitem nicht erreicht. Dies führt dazu, dass der Rechtsschutz nach § 6 Abs. 3 SubG entfällt, d. h. dass der Vergabeentscheid des Gemeinderates nicht beim Verwaltungsgericht angefochten werden kann. Weil es sich um ein freihändiges Verfahren handelt, war der Gemeinderat auch nicht verpflichtet, Ausschreibungsunterlagen zu erstellen, Eignungs- und Zuschlagskriterien zu formulieren und ein Offertöffnungsprotokoll zu erstellen. Entsprechend durfte auch die Mitteilung des Vergabeentscheides formlos erfolgen. Unter diesen Umständen kann auf die Beschwerde mangels Erreichens des Auftragswertes nicht eingetreten werden.

3. Die Beschwerdeführerin stellt sich auf den Standpunkt, der Gemeinderat habe den Auftrag unzulässigerweise etappiert, um ihr den Rechtsweg zu versperren.

a) Gemäss § 2 Abs. 1 SubV wird bei der Berechnung des Auftragswertes jede Art der Vergütung ohne die Mehrwertsteuer berücksichtigt. Ein Auftrag darf nicht in der Absicht aufgeteilt werden, die Anwendung der Vergabebestimmungen zu umgehen (§ 2 Abs. 2 SubV). Werden mehrere gleichartige Aufträge vergeben oder wird ein Auftrag in mehrere gleichartige Einzelaufträge unterteilt, gilt als Auftragswert der Gesamtwert für die Dauer von zwölf Monaten (§ 4 Abs. 1 SubV). Enthält ein Auftrag die Option auf einen oder mehrere Folgeaufträge, so ist der Gesamtwert massgebend. Die Vergabebehörde darf einen Auftrag nicht künstlich in mehrere kleine Einzelaufträge aufteilen, um auf diese Weise die Bestimmungen des öf-

fentlichen Beschaffungswesens zur Wahl der Verfahrensart und zur Publikationspflicht zu umgehen. Eine künstliche Aufteilung in Einzelaufträge mit dem Ziel, die Schwellenwerte zu unterschreiten und z. B. freihändig zu vergeben, verstösst gegen das Verbot des Rechtsmissbrauchs und steht dem Ziel der Wettbewerbsförderung (Art. 11 lit. b IVöB) entgegen.

b) Aus den Akten ergibt sich, dass die Wasserversorgung X. im Hinblick auf die Verringerung von Wasserverlusten ein Leckortungssystem beschaffen wollte. Bei Gesprächen mit den möglichen Anbietern wurden diese – gemäss den Angaben der Verantwortlichen der Wasserversorgung – ersucht, eine Offerte für die Druckzone 2 einzureichen, die neben der Lecküberwachung auch die Hydrantenüberwachung beinhalten sollte. Die maximalen Kosten wurden auf CHF 50'000.– inkl. MwSt. festgesetzt. Zusätzlich sollten die Betriebs- und Wartungskosten aufgezeigt werden. Für einen eventuellen späteren Ausbau der Leckortung auf die restlichen Druckzonen sollten die Kosten zusätzlich offeriert werden. Die Beschwerdeführerin lässt dies bestreiten und ausführen, die Anbieter seien gebeten worden, Offerten für die künftige Realisierung des Gesamtprojekts einzureichen. Es habe bereits festgestanden, dass es um ein Gesamtprojekt gehe.

c) Aus allen Aktenstücken der Gemeinde X., die vor der Einreichung der Beschwerdeschrift erstellt wurden, ergibt sich, dass man seitens der Gemeinde vorerst nur ein Leckortungssystem für die Druckzone 2 beschaffen wollte. Aus dem Beschluss des Gemeinderates vom 4. Juni 2007 ergibt sich, dass in der Druckzone 2 in den letzten Jahren die meisten Leitungsunterbrüche aufgetreten sind. Entsprechend beschloss der Gemeinderat zuerst diese Druckzone mit einem Leckortungssystem auszurüsten. Erst nach einer Erfolgskontrolle sollte die Ausrüstung von weiteren Druckzonen budgetiert werden. Auch in den Schreiben der Gemeinde vom 20. Juni 2007 ist immer nur von der Druckzone 2 die Rede. Alle drei Anbieterinnen reichten separate Angebote für die Druckzone 2 ein und zusätzlich auch Angebote für die übrigen Druckzonen. Die A. AG bezeichnet das Angebot für die Druckzone 2 als Einstiegsangebot und erklärte in ihrem Begleitschreiben zur Offerte vom 16. April 2007, dass man der Gemeinde im Hinblick auf das Ziel, das Kontrollsystem auf das ganze Trinkwassernetz auszudehnen, ein Pauschalangebot unterbreite. Die Offerte der Beschwerdeführerin vom 1. Mai 2007 enthält eine Variante A (herkömmliches Ortomat-System) und eine Variante B (Ortomat-System mit SMS Übertragung via Mobile). Unter der Variante B findet sich ein Angebot für die Zone 2, für die Zone 1 und eines für die übrigen Zonen. Auch die Firma R. AG reichte ein detailliertes Angebot für die Druckzone 2 und eine Offerte für die restlichen Druckzonen (in der Form einer Kostenzusammenstellung) ein.

d) Aus diesen Fakten ergibt sich, dass die Gemeinde im Sommer 2007 nur ein Leckortungssystem für die Druckzone 2 beschaffen wollte. Dies ergibt sich klar aus dem Faktum, dass der Gemeinde gemäss Budget nur ein Betrag von CHF 50'000.– zur Verfügung stand. Bevor ein Ausbau des Leckortungssystems in den übrigen vier Druckzonen ernsthaft zur Diskussion steht, müssen mit der Druckzone 2 entsprechende Erfahrungen gesammelt werden. Anschliessend muss der entsprechende Betrag für die Ausrüstung der vier übrigen Druckzonen budgetiert werden. Dies ist gemäss Voranschlag 2008 für das kommende Jahr nicht vorgesehen. Bis zu diesem Zeitpunkt werden auch die Offerten der Anbieter nicht mehr Gültigkeit haben, so dass hierfür eine neue Vergabe durchgeführt werden muss. Dass die Gemeinde nur beabsichtigte, die Druckzone 2 mit einem Leckortungssystem auszurüsten, ergibt sich auch daraus, dass alle drei Anbieter für diese Druckzone eine separate Offerte eingereicht haben. Eine solche Sonderofferte hätte keinen Sinn gemacht, wenn die Gemeinde beabsichtigt hätte, einen Gesamtauftrag für alle Druckzonen zu erteilen. Der Gemeinderat hatte weder die Absicht noch die finanziellen Mittel, um einen Gesamtauftrag für alle fünf Druckzonen zu erteilen. Die Gemeinde hat die Beschaffung des Leckortungssystems nicht als Gesamtprojekt verstanden und auch nicht entsprechend kommuniziert. Wenn die A. AG ihr Angebot als Einführungsangebot im Hinblick auf den späteren Gesamtauftrag verstanden hat, so tut sie dies auf eigenes Risiko. Irgendeine Verpflichtung der Gemeinde, sie im Rahmen von Folgeaufträgen bevorzugt zu behandeln, ergibt sich daraus jedenfalls nicht.

Zusammenfassend ergibt sich, dass Gegenstand der hier umstrittenen Vergabe nur das Leckortungssystem für die Druckzone 2 war. Ob überhaupt und wann allenfalls die übrigen Druckzonen der Wasserversorgung X. mit einem Leckortungssystem ausgerüstet werden, steht zur Zeit noch nicht fest. Mit Sicherheit wird eine Erweiterung nicht innerhalb der nächsten zwölf Monate ab Vergabe stattfinden, so dass der Auftragswert nicht zusammengerechnet werden darf. Der Auftragswert bleibt damit bei CHF 50'000.–. Damit kann auch unter diesem Aspekt auf die Beschwerde nicht eingetreten werden.

Urteil des Verwaltungsgerichts vom 27. November 2007

V 2007/82