

AG_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2022.157 vom 30. Juni 2022

AG Verwaltungsgericht, 2022-06-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ag_verwaltungsgericht_WBE.2022.157

FR: AG_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2022.157 du 30 juin 2022

IT: AG_VERWALTUNGSGERICHT WBE.2022.157 del 30 giugno 2022

Erwägungen

E. 3

Kammer WBE.2022.157 / MW / jb Art. 65 Urteil vom 30. Juni 2022 Besetzung
Verwaltungsrichter Winkler, Vorsitz Verwaltungsrichter Berger Verwaltungsrichterin Lang
Gerichtsschreiber Wildi Beschwerde- A. _____ ag führerin gegen Stadt X. _____ handelnd
durch den Stadtrat Gegenstand Beschwerdeverfahren betreffend Submission Verfügung der
Stadt X. _____, Ressort Hochbau, vom 6. April 2022

- 2 - Das Verwaltungsgericht entnimmt den Akten: A. Die Stadt X. schrieb am _____ die
Planerleistungen BKP 293 Elektroin- genieur ("Phasen 4.32 Bauprojekt [Teilweise] bis und
mit Phase 4.53") auf www.simap.ch im offenen Verfahren (im Staatsvertragsbereich)
öffentlich aus (Meldungsnummer xxxxx). Innert Eingabefrist gingen 22 Angebote ein. Der
Stadtrat X. vergab die Planerleistungen am 23. März 2022 an die B. AG, V., zum Preis von
Fr. 170'584.87 netto inkl. MWSt. Mit Verfügung vom

E. 3.1

Die Beschwerdeführerin rügt zumindest sinngemäss eine Verletzung der
Begründungspflicht, da aufgrund der Verfügung vom 6. April 2022 nicht nachzuvollziehen
sei, weshalb ihr Angebot nicht berücksichtigt worden sei. Auf Anfragen, ihr Einsicht in die
Bewertung der Angebote zu gewähren, sei die Vergabestelle nicht eingetreten (Beschwerde,
S. 2).

E. 3.2

Aus der Verfügung vom 6. April 2022 geht nicht hervor, dass und aus wel- chen Gründen
die Beschwerdeführerin vom Verfahren ausgeschlossen worden ist. Eine separate
Ausschlussverfügung hat sie nicht erhalten.

E. 3.3

Gemäss Art. 53 Abs. 1 lit. h IVöB handelt es sich beim Ausschluss aus dem Verfahren um
eine durch Beschwerde anfechtbare Verfügung. Die Verga- bestelle ist – auch im offenen
Verfahren – darin frei, ob sie den Ausschluss während des laufenden Verfahrens oder erst
zusammen mit dem Zuschlag verfügen will. Ein Ausschlussverfahren kann ab
Offertöffnung bis zum Zu- schlag grundsätzlich jederzeit eingeleitet werden. Es liegt im
Ermessen der Vergabestelle, wann innerhalb dieses Zeitraums sie den Ausschluss vor-
nimmt. Sie hat gemäss Lehre und Rechtsprechung zudem die Möglichkeit,

- 9 - einen Anbieter individuell und explizit mittels Verfügung auszuschliessen oder
implizit, durch die Zuschlagserteilung mittels Verfügung an einen an- deren Anbieter. Der
Anbieter hat demnach keinen Anspruch auf eine indi- viduelle Ausschlussverfügung

(BVGE 2007/13, Erw. 3.1; LAURA LOCHER, a.a.O., N. 8 zu Art. 44; PASCAL BIERI, in: Handkommentar zum Schweizerischen Beschaffungsrecht, 2020, N.15 zu Art. 51; GALLI/MOSER/LANG/STEINER, a.a.O., Rz. 449). Dieses Vorgehen führt dazu, dass ein implizit ausgeschlossener Anbieter, der den Zuschlag anfechtet, erstmals im Beschwerdeverfahren durch die Beschwerdeantwort von seinem Ausschluss und den Gründen, die dazu geführt haben, erfährt und sich erst dann dagegen wehren kann.

E. 3.4

In Bezug auf die Begründung des Zuschlags beschränkt sich die Verfügung vom 6. April 2022 auf die Feststellung, das Angebot der B. AG habe sich "aufgrund der vorgängig festgelegten Vergabekriterien als das wirtschaftlichste erwiesen". Damit ist den Vorgaben von Art. 51 Abs. 2 und 3 IVöB, wonach beschwerdefähige Verfügungen summarisch zu begründen sind und die summarische Begründung eines Zuschlags die massgebenden Merkmale und Vorteile des berücksichtigten Angebots zu nennen hat (Art. 51 Abs. 3 lit. c IVöB), nicht Genüge getan. Der Zuschlag ist inhaltlich zu begründen, indem konkrete Anhaltspunkte für die Vorteile der Zuschlagsofferte bekannt gegeben werden. Jeder Anbieter hat Anspruch auf Kenntnis der Gründe, aus denen sein Angebot nicht berücksichtigt wurde, sowie der relativen Vorteile des Angebots des erfolgreichen Anbieters. Die Begründung soll den unterlegenen Anbieter in die Lage versetzen, den Zuschlagsentscheid in den Grundzügen nachvollziehen zu können (vgl. Musterbotschaft IVöB, S. 94; BIERI, a.a.O., N. 27 f. zu Art. 51). Hinzu kommt, dass den Ersuchen der Beschwerdeführerin um nähere Informationen zur Bewertung der Angebote von der Vergabestelle offenbar nicht entsprochen wurde. Bei dieser Gelegenheit hätte der Beschwerdeführerin zumindest ihr Ausschluss mitgeteilt und begründet werden können, was die Vergabestelle jedoch nicht getan hat. Damit verletzte sie die Begründungspflicht. Praxismässig ist jedoch von einer Heilung des Mangels im verwaltungsgerichtlichen Verfahren auszugehen, da die Beschwerdeführerin der Beschwerdeantwort der Vergabestelle die Begründung für den Ausschluss entnehmen konnte und sich dazu in der Replik hätte äussern können, worauf sie jedoch verzichtet und keine Replik eingereicht hat. Die Verletzung der Begründungspflicht ist aber beim Kostenentscheid zu berücksichtigen (vgl. Erw. III). 4. Zusammenfassend wurde das Angebot der Beschwerdeführerin zu Recht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, da es, wie die Vergabestelle nachvollziehbar vorbringt, ein Eignungskriterium nicht bzw. in einem für die - 10 - Vergabestelle wesentlichen Punkt nur unvollständig erfüllt. Die Beschwerde erweist sich als unbegründet und ist abzuweisen. III. 1. Im Beschwerdeverfahren werden die Verfahrenskosten in der Regel nach Massgabe des Unterliegens und Obsiegens auf die Parteien verlegt. Den Behörden werden Verfahrenskosten nur auferlegt, wenn sie schwerwiegende Verfahrensmängel begangen oder willkürlich entschieden haben (§ 31 Abs. 2 VRPG). Vergabestellen werden praxismässig erstinstanzlich verfügenden Behörden bzw. Vorinstanz gleichgestellt (§ 13 Abs. 2 lit. e und f VRPG). Aufgrund des geheilten Verfahrensmangels (Verletzung der Begründungspflicht) sind zunächst 1/4 der Verfahrenskosten der Vergabestelle aufzulegen (vgl. § 31 Abs. 2 Satz 2 VRPG). Die übrigen Verfahrenskosten (3/4) hat die in der Sache unterliegende Beschwerdeführerin zu bezahlen (§ 31 Abs. 2 VRPG) 2. Mangels anwaltlicher Vertretung (§ 29 VRPG) sind vorliegend keine Parteikosten zu ersetzen. Das Verwaltungsgericht erkennt:

E. 6

Referenzauskunft Im von den Anbietern auszufüllenden Dokument A09 waren für den Gesamtleiter und den Gesamtleiter-Stellvertreter je zwei Referenzprojekte anzugeben und dazu u.a. Angaben zur Funktion im damaligen Projekt zu machen. Die Fragen, ob die Schlüsselperson "hauptverantwortlich für Planung/Koordination", "hauptverantwortlich für Termine", "hauptverantwortlich für Kostenmanagement" und "über das ganze Projekt (SIA Phasen 4.31 – 4.53) in dieser Funktion tätig" gewesen sei, waren mit "ja" oder "nein" zu beantworten. 2.2.2. Die Beschwerdeführerin hat in ihrem Angebot als Firmenreferenzen bzw. "Erfahrungsnachweis für das Büro" (EK 1) die Referenzprojekte Campus der Stadt U. und das Schulhaus F. in T. genannt. Für den Gesamtleiter (C.) wurden als Referenzprojekte der Campus U. (Projektverantwortlicher) und

- 7 - das Schulhaus D. in W. (Projektverantwortlicher) angegeben und für den Gesamtleiter-Stellvertreter (E.) die Referenzprojekte Schulhaus F. (Projektleiter) und Campus U. (Projektleiter). Beim Gesamtleiter wurde bei beiden Referenzprojekten die Frage, ob die Schlüsselperson "hauptverantwortlich für Planung/Koordination" gewesen sei, mit "nein" beantwortet (vgl. Honorarangebot der Beschwerdeführerin [Beschwerdeantwortbeilage B02]). Beim Referenzprojekt Schulhaus F. des Gesamtleiter-Stellvertreters wurde die Frage, ob die Schlüsselperson über das gesamte Projekt in der angegebenen Funktion tätig gewesen sei, verneint. 2.3. Die Ausführungen der Vergabestelle in der Beschwerdeantwort, die Anbieterin habe lediglich die Eignungskriterien 2 – 6 vollständig erfüllt, das Kriterium 1 "Gesamtleitererfahrung" jedoch nicht, weshalb sie vom weiteren Verfahren ausgeschlossen worden sei (Beschwerdeantwort, S. 3), sind vor dem Hintergrund der Ausschreibungsunterlagen und des Angebots der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar: Zum einen hat die Vergabestelle lediglich vier Eignungskriterien (EK 1 – 4) festgelegt, zum anderen ist die Erfahrung des Gesamtleiters Elektroingenieur Gegenstand von EK 2 und nicht von EK 1 (vgl. Erw. II/2.2.1 oben). Richtig ist aber, dass die Beschwerdeführerin die die Eignung des Gesamtleiters betreffende Frage im (zu den EK 2 und 3 gehörenden) Dokument A09, ob die Schlüsselperson "hauptverantwortlich für Planung/Koordination" gewesen sei, bei beiden Referenzprojekten des Gesamtleiters mit "nein" beantwortet hat (vgl. Erw. II/2.2.2 oben). Insofern erfüllt die Beschwerdeführerin aufgrund ihrer eigenen Angaben im Angebot das EK 2 in der Tat nicht vollständig. Es stellt sich die Frage, ob sich deswegen ein Verfahrensausschluss rechtfertigt. Die Vergabestelle macht geltend, ihr sei es gerade wegen des Planerwechsels in einer laufenden Planung – gemeint ist mit diesem Planerwechsel wohl der Umstand, dass mit der vorliegenden Ausschreibung "auf den vorhandenen Grundlagen für das Vor- und Bauprojekt ein neuer Elektroingenieur gefunden werden" sollte, "der das Bauprojekt gemäss den Teilleistungen in Dokument A12 fertigstellt" [vgl. Dokument D01, S. 3, Ziffer 1.1 [Beschwerdeantwortbeilage B01]] – wichtig, dass die zu beauftragenden Planer über eine sehr gute Qualifikation mit genügender Erfahrung in Planung/Koordination, Termin- und Kostenmanagement verfügten, weshalb diese Kriterien als Eignungskriterien ausgeschrieben worden seien (Beschwerdeantwort, S. 3). Der Vergabestelle kommt – wie bereits ausgeführt – bei der Festlegung der Eignungskriterien und der Erfahrungsnachweise ein grosses Ermessen zu (Erw. II/2.1 oben). Die Anforderung, dass der vorgesehene Gesamtleiter auch über Erfahrung in der Planung und Koordination verfügt, betrifft nicht einen untergeordneten, belanglosen Nebenaspekt, sondern erscheint im Hinblick auf den vorliegenden Planungsauftrag durchaus zentral, sachlich begründet und gerechtfertigt; sie wirkt sich auch nicht diskriminierend aus (immerhin haben gemäss Vergabeantrag 19 von

- 8 - 22 Anbietern diese Anforderung erfüllt [vgl. Beschwerdeantwortbeilage B08]). Dem Angebot der Beschwerdeführerin lässt sich entnehmen, dass beim Referenzprojekt Campus U. E., der vorliegend als Gesamtleiter-Stellvertreter vorgesehen ist, damals verantwortlich war für die Planung und Koordination. Insofern wäre ein Ausschluss der Beschwerdeführerin allein aufgrund der Tatsache, dass der nun als Gesamtleiter vorgesehene C. beim Campus U. nicht die Hauptverantwortung für die Planung und Koordination trug, sondern diese durch E. wahrgenommen wurde, wohl eher unverhältnismässig. Indessen verneint die Beschwerdeführerin auch beim zweiten angegebenen Referenzprojekt (Schulhaus D. in W.) die Hauptverantwortlichkeit für Planung/Koordination und unterlässt es somit, die entsprechende Erfahrung des Gesamtleiters mittels eines geeigneten Referenzprojekts nachzuweisen. Ob dieser über solche Erfahrungen verfügt oder nicht, geht aus der Offerte nicht hervor. Unter diesen Umständen erweist sich der Ausschluss nicht als unverhältnismässig oder überspitzt formalistisch, sondern liegt noch im Ermessensspielraum der Vergabestelle. Festzustellen ist zudem, dass nicht nur die Beschwerdeführerin, sondern auch zwei weitere Anbieter mit der Begründung "Fehlende Gesamtleitererfahrung" bzw. "Fehlende Gesamtleitererfahrung Stv" ausgeschlossen worden sind (vgl. Vergabeantrag [Beschwerdeantwortbeilage B08]). Mithin ist die Beurteilung des fraglichen Eignungskriteriums rechtsgleich bzw. nach dem gleichen Massstab erfolgt. Die Vergabestelle war auch nicht zu Rückfragen bei der Beschwerdeführerin verpflichtet. 3.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.