

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.143 vom 29. Juni 2015

BS Appellationsgericht, 2015-06-29, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.143

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.143 du 29 juin 2015

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.143 del 29 giugno 2015

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. e und f i.V.m. § 30 Abs. 1 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen (Beschaffungsgesetz, BeschG; SG 914.100) kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags oder der schriftlichen Begründung in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag wie auch gegen den Ausschluss vom Vergabeverfahren Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte und vom Verfahren ausgeschlossene Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG; SG 270.100]) und ist daher zum Rekurs legitimiert. Auf den form- und fristgerecht erhobenen Rekurs ist daher grundsätzlich einzutreten.

Dies gilt jedoch insoweit nicht, als die Rekurrentin replicando beantragt hat, es sei ihr das Angebot der Beigeladenen zur Einsichtnahme zuzustellen und Gelegenheit zu einer allfälligen Ergänzung der Replik einzuräumen. Gemäss § 30 Abs. 1 BeschG und § 16 Abs. 2 VRPG muss aus dem begründeten Rekurs hervorgehen, weshalb der angefochtene Entscheid aufgehoben werden soll. Eine erstmals in der Replik erhobene Rüge, zu deren Erhebung bereits mit dem Rekurs Anlass bestanden hatte, ist dagegen verspätet (Stamm, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, 477 S.

505; Wullschleger/Schröder, Praktische Fragen des Verwaltungsprozesses im Kanton Basel-Stadt, BJM 2005, S. 277, 307). So verhält es sich hier. Die Rekurrentin bringt in der Replik erstmals vor, dass nicht erstellt sei, dass die Beigeladene selbst (d.h. mit eigenen Angestellten, ohne Beizug von Drittfirmen) über das erforderliche Knowhow im Umfang [recte wohl Umgang] mit NH3 als Kältemittel verfüge. Sie nennt aber keine Gründe dafür, weshalb sie erst aufgrund der Rekursantwort Anlass dazu gehabt hätte, die Erfüllung der Eignungskriterien der Beigeladenen in Zweifel zu ziehen. Auf die erst in der Replik vorgebrachte Rüge kann daher nicht eingetreten werden. Im Übrigen wäre das Einsichtsgesuch auch abzuweisen. Gemäss ständiger Praxis des Verwaltungsgerichts wird der Rekurrentin kein Einblick in die Offerte der Beigeladenen gewährt, da diese Geschäftsgeheimnisse enthält (vgl. VD.2015.3 vom 24. April 2015, E. 2.4.5.; VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 2.2 je mit Hinweisen).

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. In Ermangelung von solchen ist nach § 8 VRPG zu prüfen, ob die Vergabebehörde den Sachverhalt nicht richtig festgestellt, das öffentliche Recht unrichtig angewendet, von ihrem Ermessen unzulässigen Gebrauch gemacht oder gegen allgemeine Rechtsgrundsätze oder verfassungsmässige Garantien

verstossen hat. Eine Überprüfung des angefochtenen Entscheids auf seine blosse Angemessenheit hin findet demgegenüber nicht statt (Art. 16 Abs. 2 der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 25. November 1994 mit Änderungen vom 15. März 2001 [IVöB; AS 2003, S. 196 und SG 914.500]; VGE VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 1.2; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 1.1).

1.3 Die Rekurrentin hat auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung ausdrücklich verzichtet und sich stattdessen in einer schriftlichen Eingabe (Replik) nochmals geäußert. Das vorliegende Urteil kann daher, obschon ein Anwendungsfall von Art. 6 Abs. 1 EMRK vorliegt, auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 24 N. 90; VGE VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

E. 2

2.1 Das BVD hat in seiner Verfügung vom 29. Juni 2015 zur Begründung des Ausschlusses der Rekurrentin ausgeführt, dass diese die in der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien nicht erfüllt habe. Für die Eignung der Unternehmen sei in den Ausschreibungsunterlagen der Nachweis von zwei in den letzten sieben Jahren bereits ausgeführten vergleichbaren Referenzaufträgen der anbietenden Firma resp. Bietergemeinschaft (solidarisch haftende Partner in einer Bietergemeinschaft) verlangt worden, welche bezüglich Leistungsart und Leistungsumfang mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar seien. Beide Referenzobjekte müssten zudem über eine Kälteerzeugung mit R717 (NH₃) als Kältemittel verfügen. Die Prüfung der von der Rekurrentin angegebenen Referenzobjekte habe ergeben, dass diese zwar bezüglich des Leistungsumfanges sowie der geforderte Kälteleistung von 1'200 kW oder grösser den Anforderungen an die Eignung entsprechen würden. Jedoch sei festgestellt worden, dass keine der genannten Referenzanlagen eine Kälteerzeugung mit R717 (NH₃) als Kältemittel aufweise. Der Nachweis, dass die anbietende Firma Erfahrungen mit R717 (NH₃) habe, sei aber für die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags wesentlich und daher als Eignungsnachweis in Form von Referenzaufträgen von den Anbietenden gefordert worden. Da beide angegebenen Referenzaufträge nicht über eine Kälteerzeugung mit R717 (NH₃) als Kältemittel verfügten und somit die Eignungsnachweise nur teilweise erbracht worden seien, habe das Angebot der Rekurrentin im Einklang mit den einschlägigen Gesetzen vom weiteren Verfahren ausgeschlossen werden müssen.

2.2 Die Rekurrentin bestreitet nicht, dass die beiden von ihr angegebenen Referenzaufträge keine Kälteerzeugung mit R717 (NH₃) als Kältemittel aufweisen (S. 6 des Rekurses). Sie macht aber geltend, dass sie die Eignungskriterien dennoch erfülle, da sie in ihrer Offerte mittels Vermerk im Dokument ■ Preisangebot zuhanden Fachstelle für Submissionen ■ ausdrücklich auf zusätzliche Referenzen ihrer Lieferantin, der [...], hingewiesen habe. Diese sei ein renommierter und global tätiger Hersteller/Lieferant auch von NH₃-Kälteanlagen. Da die Rekurrentin eine Montage durch die [...] vorsehe, sei deren bekannte fachliche Kompetenz bezüglich der Kälteerzeugung mittels NH₃ als Kältemittel bei der Beurteilung der Eignung der Rekurrentin mitzuberücksichtigen. Durch deren - bei der Werksmontage und der Endmontage vor Ort einflussende - fachliche Kompetenz sei ohne Weiteres gewährleistet, dass es im Rahmen der Auftragserfüllung nicht mangels Erfahrung mit NH₃ als Kältemittel zu Problemen komme. Zwar habe die Rekurrentin nicht selbst Referenzaufträge der [...] benannt, sondern lediglich auf diese verwiesen. Dies rechtfertige den Ausschluss jedoch nicht. Vielmehr wäre die Vergabestelle ■ sofern ihr die Eignung der

Rekurrentin aufgrund des Bezugs [...] nicht ohnehin hätte klar sein müssen ■ angesichts des angebrachten Vermerks auf weitere Referenzen der [...] sowie aufgrund der Untersuchungsmaxime und des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes gehalten gewesen, bei der angegebenen Kontaktperson der [...] die gewünschten Referenzauskünfte einzuholen. Indem die Vergabestelle dies nicht getan, sondern die Rekurrentin vom Verfahren ausgeschlossen habe, ohne die Referenzangabe zu prüfen, habe sie einerseits den Sachverhalt nicht rechtsgenügend abgeklärt. Andererseits verletze der Ausschluss, welcher letztlich darauf basiere, dass die Referenzaufträge der [...] nicht explizit sondern nur durch Verweis im Dokument ■ "Preisangebot zuhanden Fachstelle für Submissionen" aufgeführt worden seien, auch den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, womit der Vergabestelle eine Rechtsverletzung gemäss § 8 Abs. 1 VRPG vorzuwerfen sei. Die aus vorgenannter Argumentation folgende Aufhebung des Ausschlusses der Rekurrentin von der Vergabe müsse dazu führen, dass der Zuschlag an die Beigeladene aufzuheben und der Rekurrentin zu erteilen sei, da sie das günstigste Angebot unterbreite habe.

E. 3

3.1 Der Argumentation der Rekurrentin kann nicht gefolgt werden. Zunächst kann die ausschreibende Behörde von den Anbietenden verlangen, dass sie ihre fachliche Qualifikation und ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit nachweisen (§ 7 Abs. 1 BeschG). Die Erfüllung solcher Eignungskriterien ist eine unerlässliche Voraussetzung für die Teilnahme am Ausschreibungsverfahren. Anbieter, welche die verlangten Eignungskriterien nicht oder nur teilweise erfüllen oder den entsprechenden Eignungsnachweis nicht erbringen, werden in der Regel vom Verfahren ausgeschlossen (§ 8 lit. c BeschG; vgl. VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.3).

Die vorausgesetzte Leistungsfähigkeit muss in der Ausschreibung mit objektiven und überprüfbaren Eignungskriterien umschrieben werden, und die Vergabebehörde ist an die ausgeschriebenen Eignungskriterien gebunden (§ 7 Abs. 2

BeschG; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 588, 626 ff.; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.1, VD.2011.66 vom 4. November 2011 E. 2.2, 699/2007 vom 7. Januar 2008). Der Vergabebehörde kommt sowohl bei der Wahl und Formulierung wie auch bei der Beurteilung von Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 E. 2.2; Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 81 mit Hinweis auf VGer ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012

E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung von Eignungskriterien wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekanntgegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2015.83 vom 19. August 2015 E. 2.3, VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5, VD.2014.113 vom 30. September 2014 E. 2.3, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; BVGer B-2675/2012 vom 23. Juli 2012 E. 4.2.3; B-891/2009 vom 5. November 2009 E. 3.4). Zudem ist die Ermessensausübung der Vergabebehörde der uneingeschränkten Überprüfung durch das Verwaltungsgericht entzogen (vgl. Zellweger/Wirz, Das öffentliche Beschaffungsrecht des Kantons Basel-Stadt, in: Buser (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Basel-Stadt, Basel 2008, S. 600). Das Gericht kann nur prüfen, ob die Verwaltung ihr

Ermessen überschritten oder missbraucht hat, namentlich sich bei ihrer Beurteilung von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen oder offensichtliche Fehlbeurteilungen vorgenommen hat (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; VGE VD.2014.5 vom 8. Mai 2014 E. 5.3, VD.2009.665 vom 25. Januar 2010 E. 4.1, 748/2002 vom 28. März 2003 E. 3a).

3.2 Im vorliegenden Fall hat das Bau- und Verkehrsdepartement im Rahmen der Rekursantwort darauf hingewiesen, dass das im streitbezogenen Bau verwendete Kältemittel Ammoniak (NH₃) aufgrund von dessen Giftigkeit und der verschiedensten chemischen Reaktionsmöglichkeiten besondere Vorsichtsmassnahmen bei Planung, Bau und Betrieb von Anlagen erforderlich mache. Dabei sei es wichtig, dass der Anbieter über Erfahrung in der Projektierung und Umsetzung von Ammoniak-Kältemaschinen verfüge. Dies betreffe sowohl Projektleiter, wie auch bauleitende Monteure und Servicepersonal sowie deren Vertretungen. Aus diesen Gründen sei es unabdingbar, dass das ausführende Unternehmen über Erfahrung mit Ammoniak-Kältemaschinen und damit entsprechende Referenzen verfüge. Die Notwendigkeit der geforderten Nachweise in der Form von zwei Referenzobjekten mit R717 (NH₃) als Kältemittel sei daher eindeutig gegeben. Es handle sich demnach um einen wichtigen und grundlegenden Teilaspekt der seitens der Anbieter nachzuweisenden Eignung. Um dies zu verdeutlichen, sei die betreffende Textpassage im Fragebogen unterstrichen worden. Dabei gehe es nicht um eine Frage des Angebots als solches, sondern um die Tatsache, dass der Anbieter mit Ammoniak müsse arbeiten können.

Diese Ausführungen betreffend das geforderte Eignungskriterium sind nachvollziehbar und sachlich begründet. Die Rekurrentin hat denn auch die Ausschreibung mit den darin klar und deutlich aufgeführten Eignungskriterien nicht angefochten. Wenn sie nun aber statt der in der Ausschreibung geforderten zwei Referenzobjekte, welche über eine Kälteerzeugung mit R717 (NH₃) als Kältemittel verfügen, zwei Referenzobjekte aufführt, bei welchen andere Kältemittel verwendet werden und lediglich einen Hinweis auf weitere Referenzen einer Lieferantin anbringt, wäre ein Nichtausschluss der Rekurrentin vom Vergabeverfahren nach dem in Erwägung 3.1 hiuvor Gesagten schlicht vergaberechtswidrig, zumal die Vergabestelle an die in der Ausschreibung formulierten Eignungskriterien gebunden ist. Auch kann es in einem solchen Fall nicht Aufgabe einer Vergabestelle sein, zu prüfen, ob die Anbieter allenfalls mit nicht namentlich erwähnten Referenzobjekten die Eignungskriterien dennoch erfüllen könnten. Es ist daher nicht relevant, ob die Lieferantin der Rekurrentin Referenzobjekte hätte angeben können, welche den Anforderungen der Ausschreibung entsprochen hätten. Eine Berücksichtigung von Referenzobjekten einer Lieferantin wäre nur dann möglich und zulässig gewesen, wenn diese Referenzobjekte in der Offerte individualisiert aufgeführt worden wären. Zudem hätte dargelegt werden müssen, dass eine Berücksichtigung dieser Referenzobjekte bei der Beurteilung des Angebots deshalb angezeigt gewesen wäre, weil die mittels Eignungskriterium nachzuweisenden Qualitäten nur für die Lieferantin relevant gewesen wären. Die Rekurrentin hat es aber unterlassen, individualisierte Referenzobjekte aufzuführen, welche den deutlich aufgeführten Kriterien entsprechen. Zudem kann es mit Blick auf die geforderte Eignung der Rekurrentin nicht genügen, dass zwar nicht sie, aber ihre einzig an der Montage, nicht aber am Betrieb beteiligte Lieferantin allenfalls über Erfahrung mit NH₃-Kühlung verfügt. Sowohl aus der Ausschreibung als auch aus der Rekursantwort des Rekursgegners ergibt sich klar, dass die verlangte Erfahrung im Umgang mit NH₃-Kühlung nicht nur mit Bezug auf die Montage der Anlage sondern auch mit Bezug auf deren Projektierung und Planung sowohl der Bau- als auch der Betriebsphase

von entscheidender Bedeutung ist.

Angesichts der genannten Umstände war ein Ausschluss der Rekurrentin vergaberechtlich vorgeschrieben und ist nicht zu beanstanden. Von einer Verletzung des Verhältnismässigkeitsprinzips oder der Verpflichtung zur Abklärung des Sachverhalts von Amtes wegen kann keine Rede sein.

Aus den genannten Gründen ist der Rekurs unbegründet und abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann.

E. 4

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 3'000.─ zu tragen und der Beigeladenen eine Parteientschädigung auszurichten. Der Rechtsvertreter der Beigeladenen hat keine Honorarnote eingereicht, weshalb der Aufwand zu schätzen ist. Angesichts der sich hier stellenden überblickbaren Sachverhalts- und Rechtsfragen sowie des Umfangs der Rekursantwort ist ein Aufwand von knapp 6 Stunden angemessen. Dieser ist gemäss dem üblichen Überwälzungstarif von CHF 250.─ zu entschädigen, entsprechend einer Parteientschädigung von CHF 1'500.─ einschliesslich Auslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer zu 8% (CHF 120.─).

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