

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.219 vom 18. April 2016

BS Appellationsgericht, 2016-04-18, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2015.219

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.219 du 18 avril 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2015.219 del 18 aprile 2016

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 BeschG kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung eines weiteren Entscheids im Sinne von § 27 Abs. 2 BeschG gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit für die Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig.

1.2 Der Rekurs wurde im Namen der Planergemeinschaft A_____ erhoben (nachfolgend: **■Planergemeinschaft■**), mithin einer einfachen Gesellschaft. Grundsätzlich ist hierfür erforderlich, dass sämtliche Mitglieder der einfachen Gesellschaft den Rekurs gemeinsam erheben. Dies ist in casu jedoch nicht der Fall: Unterzeichnet ist der Rekurs von Organen der B_____ AG sowie des C_____ AG. Wie der Offerte der Planergemeinschaft entnommen werden kann, gehören ihr aber noch weitere Partner an, die im Rekurs nicht als Rekurrenten figurieren.

Immerhin sind in der Verwaltungsrechtspflege die einzelnen Mitglieder ohne Zustimmung der andern befugt, eine belastende Anordnung anzufechten, um für die Gemeinschaft allfällige Nachteile abzuwehren. Wesentlich ist, dass die jeweiligen Beschwerdeführenden ein aktuelles Interesse an der Anfechtung haben (Kölz/Häner/Bertschi, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3. Aufl., Zürich 2013, N 934). Vorliegend haben die B_____ AG sowie das C_____ AG als Gesellschafterinnen der nicht berücksichtigten Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 Verwaltungsrechtspflegegesetz [VRPG; SG 270.100]; VGE VD.2015.83 vom 28. Juli 2015 E. 1.1; VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.1). Sie sind daher als Rekurrentinnen zum Rekurs für die Planergemeinschaft legitimiert (vgl. BGer 1C_278 vom 17. April 2012 E. 1.2).

1.3 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 blosser 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]; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

1.4 Gemäss § 25 Abs. 2 VRPG findet im Falle von Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen oder strafrechtliche Anklagen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1

EMRK eine mündliche Verhandlung statt, sofern die Parteien nicht darauf verzichten. Vorliegend hat der instruierende Appellationsgerichtspräsident mit Verfügung vom 24. Dezember 2015 die Rekurrentinnen auf die Möglichkeit hingewiesen, eine mündliche Verhandlung zu beantragen; sie haben innert Frist keinen solchen Antrag gestellt, sondern schriftlich repliziert, womit das vorliegende Urteil auf dem Zirkulationsweg ergehen kann (§ 25 Abs. 3 VRPG; BGer 8C_112/2013 vom 2. Mai 2013 E. 2.2; VGE VD.2013.51 vom 16. Oktober 2013 E. 1.2).

E. 2

Der Zuschlag wurde aufgrund der in der Ausschreibung publizierten Kriterien Honorarangebot (Gewichtung 40 %) und Schlüsselpersonen in Schlüsselfunktionen (Gewichtung: 60 %) erteilt (act. 6/1 Ziff. 3.9). Unstrittig ist die Bewertung des Zuschlagskriteriums des offerierten Preises. Umstritten und Streitgegenstand ist demgegenüber die Bewertung der Schlüsselperson Bauingenieur im Rahmen des Zuschlagskriteriums der Schlüsselpersonen.

E. 2.1

2.1.1 Gemäss den Ausschreibungsunterlagen (act. 6/2) wurde für die beiden Schlüsselpersonen Bauingenieur und Architekt (Gesamtleitung) je der Nachweis eines innerhalb der letzten zehn Jahre bereits ausgeführten, mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbaren Referenzauftrags verlangt, an dem die für die Ausführung des Auftrags vorgesehene Schlüsselperson jeweils in entsprechender Funktion beteiligt gewesen war. Als Unterkriterien für die Bewertung ihrer Kompetenz wurden bekannt gegeben: Fachkompetenz, Steuerung und Einhaltung der Kosten sowie der Termine, Methodenkompetenz, Verhalten bei Abweichung zu Projektzielen, Unterstützung der Bauherrschaft und Nutzer, Beiträge für Kostensenkungen, Verbesserungen / Innovationen, Sozialkompetenz und Verhalten im Konfliktfall. Für den Nachweis des Referenzauftrags waren ein Fragebogen auszufüllen und je zwei Referenzpersonen (Auftraggeber, Nutzer) mit Kontaktdaten anzugeben (act. 6/2, Ziff. 1.10.1.1).

2.1.2 Die Rekurrentinnen nannten in ihrer Offerte für den Projektleiter E_____ als Schlüsselperson Bauingenieur das Referenzobjekt [...], und sie bezeichneten je eine Referenzperson des Auftraggebers und eine solche des Nutzers.

2.1.3 Die Vergabebehörde erläutert in ihrer weiteren Begründung vom 9. Oktober 2015, dass die Referenzperson des Auftraggebers die Auskunft über die Schlüsselperson Bauingenieur mit der Begründung verweigert habe, diese habe beim Referenzobjekt ■ in der Stellvertreterfunktion keine Verantwortung ■ gehabt. Für Kosten, Termine und Qualität habe eine andere Person gegenüber dem Auftraggeber verantwortlich gezeichnet. Die Referenzperson des Nutzers habe nicht zu allen Bewertungskriterien Auskunft geben können. Mangels entsprechender Auskunft seien daher die Kriterien ■ Steuerung und Einhaltung der Kosten ■ und ■ Beiträge für Kostensenkungen, Verbesserungen und Innovationen ■ nicht beurteilbar gewesen und mit je 0 Punkten bewertet worden. Die anderen Kriterien seien jeweils als sehr gut mit 4 Punkten bewertet worden. Insgesamt erreichte die Schlüsselperson Bauingenieur der Rekurrentinnen somit 3,7 Punkte. Zusammen mit den 4,2 Punkten der Referenzperson Architekt erzielten die Rekurrentinnen 237 Nutzwertpunkte beim Zuschlagskriterium Schlüsselpersonen. Beim Kriterium Preis erzielten sie 200 Nutzwertpunkte. Demgegenüber wurden beide Schlüsselpersonen der Beigeladenen mit je 4.1 Punkten bewertet, woraus sich 246 Nutzwertpunkte für das

Zuschlagskriterium Schlüsselpersonen ergaben. Zusammen mit den 196 Nutzwertpunkten für den leicht höheren Angebotspreis (CHF 1'701'916.■ gegenüber CHF 1'686'309.■) realisierte die Beigeladene insgesamt 442 Nutzwertpunkte, also

E. 2.3

2.3.1 Bei der Wahl und Formulierung wie auch der Beurteilung von Zuschlagskriterien kommt der Vergabebehörde wie bei den Eignungskriterien ein grosses Ermessen zu (VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; Schneider Heusi, Vergaberecht in a nutshell, Zürich 2014, S. 81 m.H. auf VGer ZH VB.2012.00176 vom 5. Oktober 2012 E. 3; Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 608, 611). Das Ermessen der Behörde bei der Beurteilung wird aber durch die Randbedingungen, wie sie in der Ausschreibung formuliert worden sind, begrenzt. Wenn die Vergabebehörde bekannt gegebene Kriterien ausser Acht lässt, so handelt sie vergaberechtswidrig (VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.5; 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). Nicht anders als das Bundesverwaltungsgericht im bundesrechtlichen Vergabeverfahren hat das Verwaltungsgericht aber nur dann einzugreifen, wenn die Vergabestelle das ihr bei der Beurteilung der Erfüllung der Eignungskriterien zustehende Ermessen überschritten oder missbraucht hat (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; BGer 2P.193/2006 vom 29. November 2006 E. 1.5; BVGer B-1687/2010 vom 19. Juli 2010 E. 4.5.1; B-504/2009 vom 3. März 2009 E. 5.3 und 6.1; VGE VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; 93/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.2). Das Verwaltungsgericht greift zusammenfassend nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1; VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2).

2.3.2 Die Erfüllung von Zuschlagskriterien ist grundsätzlich Sache der Anbieter. Zwar gilt im Submissionsrecht wie allgemein im Verwaltungsrecht der Untersuchungsgrundsatz (BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495). Wie die Vergabebehörde mit ihrer Vernehmlassung aber zu Recht geltend macht, ist sie nicht verpflichtet, von Amtes wegen mangelhaft oder unvollständig eingereichte Unterlagen oder Angaben der Anbieter zu vervollständigen (BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495 m.H. auf Gebert, Stolpersteine im Beschaffungsablauf, in: Zufferey/Stöckli, Aktuelles Vergaberecht, Zürich 2010, S. 368). Der Vergabestelle obliegt daher keine Pflicht, bei mangelnden Nachweisen oder Einreichung ungeeigneter Referenzen nachzufragen (Gebert, a.a.O.; VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2 m.H. auf Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 573 bezüglich Eignungsnachweise; vgl. auch BVGer B-7383/2008 vom 14. Januar 2009 E. 3.2.2.3). Es ist Sache der Anbieter, sich vorgängig zu vergewissern, dass die verlangte Referenz mittels der von ihr angebotenen Referenzauskünfte erbracht werden kann (VGE VD.2015.162 vom 27. Januar 2016 E. 4.2.2). Dies haben die Rekurrentinnen offenbar unterlassen.

2.4 Im vorliegenden Fall liegt keine Auskunft oder Bestätigung bezüglich der beiden Unterkriterien ■Steuerung und Einhaltung der Kosten■ und ■Beiträge für Kostensenkungen, Verbesserungen und Innovationen■ für die Bewertung der Schlüsselperson Bauingenieur vor. Die Bewertung dieser Unterkriterien mit 0 Punkten entspricht der in den Ausschreibungsunterlagen in Aussicht gestellten Notenskala, an welche die Vergabebehörde nach dem Gesagten gebunden war. Dort wird in Ziff. 1.10.2

explizit ausgeführt, dass die Note 0 vergeben werde, wenn die Erfüllung eines Kriteriums nicht beurteilbar ist, oder eben dann, wenn keine Angaben vorliegen.

Entgegen der Auffassung der Rekurrentinnen konnte die Vergabebehörde ohne qualifizierende Auskünfte der von ihnen angegebenen Referenzpersonen auch keine Schlüsse aus einer allgemeinen, aus der SIA-Norm 103 fließenden Verpflichtung der vorgeschlagenen Schlüsselperson bei der Ausführung des Referenzobjekts ziehen. Der Umstand, dass dieses Objekt erstellt worden ist, sagt nichts darüber aus, welchen Beitrag dazu die vorgeschlagene Schlüsselperson damals bezüglich Kostensteuerung und Projektverbesserung tatsächlich geleistet hat. Es kann daher ohne entsprechende Angaben nicht angehen, von einer durchschnittlichen Erfüllung dieser Unterkriterien auszugehen.

2.5 Die Rekurrentinnen werfen replicando die Frage auf, ob ein Nutzer als Referenzperson die Qualität eines Bauingenieurs und Tragwerksplaners im Projektierungsprozess überhaupt zu beurteilen vermag. Die Frage kann offen bleiben, da sie auf eine Kritik an der Ausschreibung selber abzielt. Diese Rüge aber erfolgt verspätet, hätte sie doch bereits auf die Publikation der Ausschreibung hin erhoben werden müssen. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie im offenen Verfahren bereits vorweg die Ausschreibung anzufechten und darf damit nicht bis zu einer für sie ungünstigen Zuschlagsverfügung zuwarten (vgl. VGE.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 3.1; VGE VD.2015.132 vom 30. November 2015 E. 2.4.1; VD.2015.83 vom 19. August 2015 E. 3; VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 2.8; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 2.4.1; VD.2013.95 vom 17. Oktober 2013 E. 5.3; m.H. auf 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. 606; VGE 625/2007 vom 16. Mai 2008 E. 3). Ein Anbieter, der eine Unregelmässigkeit in der Ausschreibung feststellt, ist nach Treu und Glauben verpflichtet, diese der Vergabestelle sofort zur Kenntnis zu bringen und sie zu rügen. Er kann daher in einem späteren Rekursverfahren gegen den Zuschlag auf der Grundlage der gerügten Ausschreibungsbedingungen zumindest dann ausgeschlossen werden, wenn ihm die gerügte Unregelmässigkeit bereits früher bekannt gewesen ist oder bei Beachtung gehöriger Sorgfalt hätte bekannt gewesen sein müssen (BGE 130 I 241 E. 4.3 S. 246 f.). Auch wenn aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren diesbezüglich keine strengen Anforderungen gestellt werden sollen (vgl. BGE 2C_919/2014, 2C_920/2014 vom 21. August 2015 E. 6.7), so bestand vorliegend nach Treu und Glauben offensichtlich Anlass, die Rüge bereits auf die Ausschreibung hin zu erheben. Dass zwei Referenzpersonen (Auftraggeber und Nutzer) die Schlüsselperson Bauingenieur anhand von bestimmten Unterkriterien (vgl. vorstehend Ziff. 2.1.1) beurteilen würden, ergab sich aus der Ausschreibung klar und unmissverständlich. Dies war daher "auf Anhieb" erkennbar (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1258). Auf die Rüge kann daher im vorliegenden Verfahren nicht mehr eingetreten werden.

3.

Zusammenfassend ist der Rekurs abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens tragen die beiden am vorliegenden verwaltungsgerichtlichen Verfahren beteiligten Rekurrentinnen dessen Kosten in solidarischer Verbindung (vgl. BGer 1C_278/2011 vom 17. April 2012, Dispositiv) mit einer Gebühr von CHF 5'000. Da sich die Beigeladene im vorliegenden Verfahren nicht hat vertreten lassen, ist ihr keine Parteientschädigung geschuldet; eine

solche macht sie denn auch nicht geltend.

E. 5

Punkte mehr als die Rekurrentinnen.

2.2 Die Rekurrentinnen machen mit ihrem Rekurs geltend, dass E_____ als vorgesehene Schlüsselperson Bauingenieur beim Referenzprojekt genau die gleiche Funktion als Fachplaner inne gehabt habe wie bei der ausgeschriebenen Leistung. Die Bewertung der Kriterien ■Steuerung und Einhaltung der Kosten■ und ■Beiträge für Kostensenkungen, Verbesserungen und Innovationen■ mit 0 Punkten sei nicht zulässig. Wenn eine Referenzperson aus Unkenntnis keine Aussage zu einem Unterkriterium machen könne, so heisse dies nicht automatisch, dass die offerierte Schlüsselperson die betreffenden Aufgaben nicht oder nur ungenügend wahrgenommen habe. Keine Aussage könne nicht 0 Punkte ergeben. Die Referenzperson Auftraggeber habe keine Auskunft erteilt, weil beim Referenzobjekt eine andere Person als Gesamtleiter in der Gesamtverantwortung gestanden sei und A. dieser gegenüber keine treuhänderische Verantwortung inne gehabt habe. Aus dieser Aussage seien nun aber falsche Schlüsse gezogen worden. Bei der Beurteilung der Schlüsselperson gehe es um die Funktion des Bauingenieurs als Spezialist (Tragwerksplaner), nicht um die Funktion des stellvertretenden Gesamtleiters. Gemäss SIA 103/2014 Art. 4.2 gehöre es bei allen Fachplanern zu den Grundleistungen, Qualität, Kosten und Termine im eigenen Fachbereich zu überwachen und zu steuern. Die Funktion der Optimierung der Bauvorgänge, der Tragkonstruktion usw. habe A. als Bauingenieur und Tragwerksplaner beim Referenzobjekt sehr wohl wahrgenommen, wenn auch offenbar in Unkenntnis der Bauherrschaft und des Nutzers. Das Objekt, welches trotz erschwelter Rahmenbedingungen beim Bauablauf innerhalb der vorgegebenen Zeit, im Kostenrahmen und in der verlangten konstruktiven und technischen Qualität entstanden sei, stehe als Beweis für die Mitwirkung von A. als Fachplaner Bauingenieur. Die Rekurrentinnen verlangen daher, dass die beiden Unterkriterien mindestens mit der Note 3 für eine durchschnittliche Erfüllung bewertet und die Gesamtbewertung entsprechend überarbeitet werden sollen.

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