

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.183 vom 5. Januar 2017

BS Appellationsgericht, 2017-01-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.183

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.183 du 5 janvier 2017

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.183 del 5 gennaio 2017

Erwägungen

E. 1

1.1 Gemäss § 31 lit. f i.V.m. § 30 Abs. 1 BeschG kann innerhalb von 10 Tagen nach Eröffnung des Zuschlags in einem öffentlichen Vergabeverfahren gegen den Zuschlag Rekurs an das Verwaltungsgericht erhoben werden. Dieses ist somit zur Beurteilung des vorliegenden Rekurses zuständig. Die Rekurrentin hat als nicht berücksichtigte Offerentin ein schützenswertes Interesse an der Aufhebung oder Änderung des angefochtenen Entscheids (§ 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes [VRPG; SG 270.100]) und ist daher zum Rekurs legitimiert. Auf den innerhalb der zehntägigen Rekursfrist gemäss § 30 Abs. 1 BeschG nach Zustellung des weiteren Entscheids fristgerecht eingereichten Rekurs ist einzutreten.

1.2 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das BeschG keine anderen Vorschriften enthält. Dabei 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 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).

1.3 Mit Verfügung vom 28. Oktober 2016 wurde der Rekurrentin mitgeteilt, dass ohne entsprechenden Antrag von ihrer Seite der Verzicht auf die Durchführung einer Parteiverhandlung angenommen und der Entscheid auf dem Zirkulationsweg ergehen würde. Die Rekurrentin hat innert der ihr gesetzten Frist keinen Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt, und sie hat schriftlich auf die Rekursantwort der Vergabebehörde repliziert. Sie hat damit implizit auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet. Auch wenn ein Anwendungsfall von Art. 6 Ziff. 1 EMRK vorliegt, kann daher das vorliegende Urteil auf dem Zirkulationsweg gefällt werden (§ 25 Abs. 2 VRPG; Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. Aufl. 2012, § 24 N. 90; VGE VD.2015.158 vom 30. November 2015 E. 1.3; VD.2014.135 vom 23. Oktober 2014 E. 1.3).

E. 2

2.1 Zuschlagkriterium in der streitgegenständlichen Ausschreibung ■ Projekt 141094 ■ Teilsanierung Kunsteisbahn Eglisee ■ Traglufthalle über Schwimmer-becken, BKP 213 Montagebau in Stahl ■ vom 11. Juni 2016 ist zu 100 % der Preis (act. 5/1). Gemäss Offertöffnungsprotokoll (act. 5/2) stand das Angebot der Rekurrentin zum Preis (exkl.

MWSt.) von CHF 323'534.65 jenem der Beigeladenen für CHF 368'910.50 gegenüber. Gemäss den Erläuterungen der Vorinstanz in ihrer Zuschlagsbegründung vom 25. August 2016 habe sich aber während des Verfahrens herausgestellt, dass einzelne, konkret bezeichnete Positionen aus dem Leistungsverzeichnis entfallen würden. Daher seien die beiden Angebotssummen entsprechend zu korrigieren, womit der endgültige Angebotspreis der Rekurrentin bei CHF 258'323.20 und jener der Beigeladenen bei CHF 245'306.80 liege. Entsprechend sei der Zuschlag an die Beigeladene als günstigste Anbieterin gegangen.

2.2 Mit ihrem Rekurs moniert die Rekurrentin, der unglückliche Umstand, dass einzelne in der Submission noch enthaltene Positionen nicht ausgeführt werden sollten, sei erst nach der Angebotsöffnung durch den Architekten oder Planer bemerkt worden. Die Abänderung sei aber nicht, wie es in solchen Fällen üblich und regelkonform wäre, über eine persönliche Änderungsmitteilung via Internetplattform oder Mail an die gemeldeten Anbieter angezeigt worden. Die Rekurrentin stellt die Zulässigkeit von Preisanpassungen nach der Offertöffnung grundsätzlich in Frage, zumal die Anbieter ihre Ausschreibungsunterlagen in keiner Weise anpassen oder verändern dürften und auch keine Preiskorrekturen aufgrund der Änderungen hätten abgegeben werden können.

E. 2.3

2.3.1 Gemäss § 13 lit. i IVöB kann ein Ausschreibungsverfahren aus wichtigen Gründen abgebrochen oder wiederholt werden. Gemäss § 29 BeschG liegen wichtige Gründe für einen Abbruch, eine Wiederholung oder eine neue Auflage des Verfahrens unter anderem dann vor, wenn sich die Verhältnisse, unter denen der Wettbewerb ausgeschrieben worden ist, wesentlich geändert haben (§ 29 Abs. 1 lit. b BeschG), oder wenn am Projekt eine wesentliche Änderung vorgenommen wird (§ 29 Abs. 1 lit. c BeschG). Der Verfahrensabbruch, die Verfahrenswiederholung oder die Verfahrensneuaufgabe sind allen Anbietenden schriftlich mitzuteilen. Eine wesentliche Änderung kann nach der Rechtsprechung auch in der Reduktion der Leistungsmenge liegen, wenn damit mutmasslich eine Veränderung des Einheitspreises verbunden ist (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, N 822 ff.). Will die Vergabebehörde nachträglich auf einzelne der ausgeschriebenen Leistungen verzichten, so stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Teilabbruchs. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist aufgrund der vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung der Anbieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens eine nachträgliche Änderung des Leistungsverzeichnisses durch einen einseitigen Verzicht auf eine ausgeschriebene Position unzulässig. Zur Begründung erwog das Bundesgericht, eine Abänderung des Leistungsverzeichnisses nach der Offertöffnung würde es dem Auftraggeber ermöglichen, einen bestimmten Anbieter in diskriminatorischer Weise gezielt zu bevorzugen oder zu übergehen oder sonstwie die Vergabe manipulativ zu beeinflussen, und dadurch einen echten Wettbewerb zu verhindern. Ein Abänderungsverbot ergebe sich aber auch zum Schutz der internen Kalkulationsfreiheit der Offerenten. Gerade bei komplexen Gesamtbauwerken sei letztlich der offerierte Gesamtpreis entscheidend, während einzelne Positionen von den Anbietern rechnerisch sehr unterschiedlich beurteilt werden könnten und insofern nicht direkt miteinander vergleichbar seien. Durch den nachträglichen Verzicht auf Positionen einer gewissen Grössenordnung würde deshalb ein objektiver Gesamtpreisvergleich zwischen den in Frage kommenden Offerten verunmöglicht oder verfälscht (BGer 2P.151/1999 vom 30. Mai 2000 E. 4c).

Demgegenüber wird in der kantonalen Rechtsprechung der Teilabbruch einer Ausschreibung teilweise aus der Zulässigkeit des vollständigen Verfahrensabbruchs mit Neuausschreibung abgeleitet (vgl. Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 828 ff.). Ergebe sich im Verlauf des Beschaffungsverfahrens als neue Erkenntnis, dass nicht alle ausgeschriebenen Leistungen erforderlich seien, so ergebe sich die Zulässigkeit einer Abweichung vom Grundsatz der Stabilität der Ausschreibung aus dem Zweck des Vergabeverfahrens, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Dass die Voraussetzungen für eine solche Abänderung des Leistungsverzeichnisses gegeben seien, dürfe aber insbesondere wegen des bestehenden Missbrauchspotenzials nicht leichthin bejaht werden (VGE ZH VB.2011.00330 vom 25. Oktober 2011 E.

4.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 830). Es sei zulässig, durch den Verzicht auf eine ausgeschriebene Position das Ziel zu verfolgen, die Beschaffung günstiger oder unter veränderten Voraussetzungen zu realisieren, entspreche dies doch in vielen Fällen den Zielsetzungen des Vergaberechts einer wettbewerbsorientierten Vergabe öffentlicher Aufträge und der wirtschaftlichen Verwendung öffentlicher Mittel (VGE ZH VB.2011.00330 vom 25. Oktober 2011 E. 4.3 m.H. auf Scherler, Abbruch und Wiederholung von Vergabeverfahren, in: Zufferey/Stöckli [Hrsg.], Aktuelles Vergaberecht 2008, Zürich 2008, 291). Bei der Annahme eines hinreichenden sachlichen Grundes für einen Teilabbruch komme der Vergabebehörde ein nach pflichtgemäßem Ermessen ausübender Spielraum zu (VGE ZH VB.2011.00330 vom 25. Oktober 2011 E. 4.3 m.H. auf BGE 134 II 192 E. 2.3 S. 199).

2.3.2 Auch in der Literatur werden solche nachträgliche Änderungen des Beschaffungsgegenstands im Sinne einer Reduktion des ausgeschriebenen Leistungsumfangs aus sachlichen Gründen als zulässig erachtet. Ein sachlicher Grund wird bisweilen bereits dann angenommen, ■ wenn für die Auftraggeberin die Vorteile eines Abbruchs im Vergleich zu jenen der Weiterführung des Verfahrens überwiegen ■. Danach soll es für die Annahme eines sachlichen Grundes für einen Teilabbruch genügen, wenn ■ die Aufrechterhaltung des konkreten Vergabeverfahrens zu einer Beschaffung führen würde, die dem tatsächlichen Bedarf der Auftraggeberin nicht (mehr) entspricht, die unmöglich, unwirtschaftlich, sachlich oder technisch nachteilig wäre ■ (Beyeler, Überlegungen zum Abbruch von Vergabeverfahren, AJP 2005, 786, 789 f.; Scherler, a.a.O., 291). Eine sachlich gebotene Änderung der Ausschreibung wird dann als zulässig erachtet, wenn es sich um unwesentliche Leistungsreduktionen handelt, und wenn das Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot eingehalten werden. Vor dem Eingabetermin soll eine Projektänderung dann erfolgen können, wenn die Auftraggeberin sie den potenziellen Anbietern gleichzeitig und mindestens in jener Form bekannt gibt, welche sie schon für die Ausschreibung einzuhalten hatte. Nach der Offertöffnung soll eine unwesentliche Projektänderung einzig dann vorgenommen werden dürfen, wenn sämtliche Anbieter, deren Offerten nach Massgabe der Ausschreibung in das Wertungsverfahren einzubeziehen wären, der Änderung in Kenntnis der Sachlage ausdrücklich zustimmen (Stöckli, Bundesgericht und Vergaberecht, in: BR 2002 10; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 829). Wesentliche Leistungsreduktionen sollen dagegen nur nach förmlichem Abbruch und erneuter Verfahrenseinleitung bezüglich aller noch zu beschaffenden Leistungskomponenten zulässig sein (Beyeler, a.a.O., 786).

2.3.3 Der Grundsatz von Treu und Glauben verbietet nicht nur den staatlichen Behörden, sondern auch den Privaten, sich in ihren öffentlich-rechtlichen Rechtsbeziehungen

widersprüchlich zu verhalten (Art. 5 Abs. 3 BV; § 5 Abs. 3 KV; VD.2010.12 vom 16. November 2010 E. 2.5; BGE 133 I 234, 239 f.; Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., Zürich/St. Gallen 2016, N 621). Widersprüchliches Verhalten von Privaten findet keinen Rechtsschutz. Widersprüchlich handeln beispielsweise diejenigen, die eine gegebene Zusage oder Einwilligung, die zur Erlangung einer sie begünstigenden Verfügung geführt hat, später ausdrücklich oder stillschweigend in Abrede stellen (Häfelin/Müller/Uhlmann, a.a.O., N 717). Diese Grundsätze gelten auch im Vergaberecht: 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.; VGE VD. 2016 69 vom 20. Juli 2016 E. 6.1).

2.4 Den vorliegenden Ausschreibungsunterlagen (Leistungsverzeichnis Ziff. 226.100, act. 5/9) ist folgendes zu entnehmen: ■ Die Bauherrschaft behält sich vor, einzelne Positionen teilweise oder ganz wegzulassen [...]■. Bei den Akten findet sich sodann der E-Mail-Verkehr zwischen der Vergabebehörde und der Rekurrentin einerseits (act. 5/4) und der Beigeladenen andererseits (act. 5/5). Daraus geht hervor, dass die Vergabebehörde die beiden Anbieterinnen gleichzeitig und gleichlautend darüber informiert hat, dass sie gern die (exakt nummerierten) Positionen Startblock, Startbrücke, zwei Wandgarderoben, Einbringöffnung und ■ Best. Tür wiedermontieren ■ aus dem Werkvertrag herausnehmen möchte, weil sich die Planung inzwischen geändert habe und Teilleistungen durch den Holzbauer Module erbracht würden. Die Vergabebehörde formulierte in diesem Sinne die Frage: ■ Würden Sie mir bitte bestätigen, dass Sie mit diesem Vorgehen einverstanden sind und die angebotenen Konditionen weiterhin gültig sind? Besten Dank für Ihr Feedback! ■

Die Beigeladene hat dies am 5. August 2016 mit den Worten ■ Ist so in Ordnung ■ bestätigt. Die Rekurrentin hat gar schon am Tag der Anfrage, dem 28. Juli 2016, per E-Mail geantwortet: ■ Wie soeben am Telefon besprochen, können Sie die angegebenen Positionen aus dem Devis streichen. Die Konditionen bleiben unverändert! ■

E. 2.5

2.5.1 Die Rekurrentin hatte es somit ■ ebenso wie die Beigeladene ■ in der Hand, den von der Beschaffungsstelle angefragten Änderungen zuzustimmen oder diese abzulehnen ■ etwa weil diese Änderungen allenfalls neue Kalkulationen hätten notwendig machen können. Hätte eine dieser beiden einzigen Anbieterinnen abgelehnt, so wäre wohl das Verfahren abzubrechen, und es wäre neu auszuschreiben gewesen. Die Rekurrentin hat dem vorgesehenen Vorgehen indessen ■ ebenso wie die Beigeladene ■ ausdrücklich zugestimmt. Auch wenn aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren bezüglich der Rügepflicht während des Verfahrens wegen Unregelmässigkeiten keine strengen Anforderungen gestellt werden sollen (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 315 f.; VGE VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016 E. 2.3), so wäre vorliegend vor dem Hintergrund der ausdrücklichen Nachfrage durch die Vergabestelle betreffend die vorgesehenen Änderungen die Rekurrentin doch gehalten gewesen, es der Beschaffungsstelle kund zu tun, falls sie damit nicht einverstanden gewesen wäre. Dies hat sie nicht getan, sondern im Gegenteil ausdrücklich ihr Einverständnis erklärt. Indem sie nun mit dem vorliegenden

Rekurs doch wieder davon abweicht, verhält sie sich widersprüchlich und handelt gegen Treu und Glauben. Dieses Verhalten genießt keinen Rechtsschutz. Ob sich die Rekurrentin, wie die Rekursgegnerin bemerkt, beim Einreichen des Rekurses dessen bewusst war und aus diesem Grund zwar den Ausdruck des E-Mail-Verkehrs mit der Beschaffungsstelle als Beilage eingereicht hat, ohne indessen auch ihre eigene, per E-Mail erklärte Einwilligung beizulegen, kann offen bleiben. Soweit die Rekurrentin indessen ihre Einwilligung allenfalls in der ■ im nachhinein enttäuschten ■ Hoffnung eingereicht haben mag, sie würde auch nach der Streichung der fraglichen Positionen noch die günstigste Anbieterin sein, so vermag dies an ihrem widersprüchlichen Verhalten nichts zu ändern und rechtfertigt dieses auch nicht.

2.5.2 Mit der gleichzeitigen und gleichlautenden, direkten Anfrage per E-Mail an die beiden einzigen Anbieterinnen hat die Vergabebehörde den vorstehend dargestellten, geltenden Regeln für allfällige Projektänderungen nachgelebt. Das Vorgehen war transparent, und die beiden Anbieterinnen wurden gleich behandelt. Die Vergabebehörde hat die Änderungen an der Ausschreibung nicht ohne, sondern mit ausdrücklicher Zustimmung sämtlicher Anbieterinnen vorgenommen. Eine Verzerrung des Wettbewerbs liegt damit nicht vor, und es war auch kein Abgebot möglich. Vielmehr blieben die ursprünglich eingereichten Offerten, welche nach dem Willen der beiden Anbieterinnen keiner Anpassung hinsichtlich der Kalkulationen bedurften, gültig. Dieses Vorgehen ist korrekt.

2.5.3 Die Vergabestelle hat offenbar einen Teil der ausgeschriebenen Positionen auch in einer anderen, parallelen Submission für Holzbauer ausgeschrieben. Weil nun auf die Ausführung gewisser Positionen in Stahlbau zugunsten einer Realisierung in Holzbau verzichtet werden sollte, hat die Vergabebehörde das vorliegende Vergabeverfahren teilweise abgebrochen. Dieses Einholen und Bewerten von Ausführungsoptionen dient der Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes der öffentlichen Mittel (§ 1 lit. c BeschG) und entspricht damit einer zentralen Zielsetzung des Beschaffungsrechts. Wie vorstehend dargestellt, fand sich denn auch bereits in den Ausschreibungsunterlagen der entsprechende Vorbehalt, dass einzelne Positionen teilweise oder ganz weggelassen werden könnten. Es war daher für die Rekurrentin vorhersehbar, dass die Vergabestelle allenfalls von diesem Vorbehalt auch Gebrauch machen würde. Auch wenn also der Abbruch nicht in unbedeutendem Umfang erfolgt ist ■ die aus dem Leistungsverzeichnis gestrichenen Positionen machen rund einen Fünftel des Auftragsvolumens gemäss Offerte der Beigeladenen und einen Drittel gemäss jener der Rekurrentin aus ■, so kann allein daraus noch nicht auf eine wesentliche Änderung der Ausschreibung geschlossen werden. Dies ergibt sich nicht nur aus dem bereits in den Ausschreibungsunterlagen angebrachten Vorbehalt eines allfälligen Verzichts auf einzelne Positionen, sondern auch bereits aus dem Umstand, dass der Teilabbruch weder für die Rekurrentin noch für die Beigeladene eine neue Kalkulation ihrer Offerten notwendig gemacht hat.

2.5.4 Das Vorgehen der Vergabebehörde ist daher nicht zu beanstanden. Ein förmlicher Abbruch des Beschaffungsverfahrens mit anschliessender Neuausschreibung war im vorliegenden Fall nicht geboten. Im Gegenteil wäre nach der bereits erfolgten Offertöffnung ein Verfahrensabbruch mit Neuausschreibung im Ergebnis eher geeignet gewesen, dass vor dem Hintergrund allseitiger Kenntnis der geöffneten Offerten (unzulässige) Abgebote hätten eingereicht werden können, womit eine Verfälschung der Ausgangslage und des Wettbewerbs zu befürchten gewesen wäre.

E. 3

Der Rekurs ist somit abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die unterliegende Rekurrentin dessen Kosten mit einer Gebühr von CHF 2'000.─ zu tragen. Das Begehren des BVD auf Parteientschädigung ist abzuweisen, da zu Gunsten der Vorinstanz und der ursprünglich verfügenden Behörde keine Parteientschädigungen zugesprochen werden können (§ 30 Abs. 1 VRPG).

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