

BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.194 vom 27. Dezember 2016

BS Appellationsgericht, 2016-12-27, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_VD.2016.194

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.194 du 27 décembre 2016

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT VD.2016.194 del 27 dicembre 2016

Erwägungen

E. 1

1.1 Der vorliegende Rekurs bezieht sich auf die freihändige Vergabe des Liefervertrages, auf den sich die abgebrochene Ausschreibung bezogen hat. Nicht Gegenstand des Verfahrens ist dagegen der Abbruch des im offenen Verfahren gemäss GATT/WTO ausgeschriebenen Lieferauftrags "Lieferung von Treibstoff, Diesel und Benzin, Verpachtung der Tankstelle". Ebenfalls nicht weiter einzugehen ist auf die mit E-Mail-Schreiben vom 29. August 2016 erfolgte Einleitung der freihändigen Vergabe, soweit diese mit Schreiben vom 6. September 2016 korrigiert worden ist. Massgebend ist daher allein die mit E-Mail-Schreiben vom 6. September 2016 umschriebene freihändige Vergabe des ursprünglich ausgeschriebenen Lieferauftrags.

Vergibt das Gemeinwesen freihändig Aufträge, so muss auf dem Rekursweg überprüft werden können, ob damit das Beschaffungsrecht (insbesondere § 13 und § 19 des Gesetzes über öffentliche Beschaffungen [Beschaffungsgesetz, BeschG, SG 914.100]) verletzt worden ist, auch wenn es in einem solchen Fall an einem konkreten Anfechtungsobjekt fehlt (VGE VD.2015.14 vom 15. Juli 2015 E. 1.2.1, VD.2009.726 vom 6. April 2010 E. 1.2 mit Hinweis auf BGE 131 I 137 E. 2.5 S. 143 und AGE 621/2007 vom 13. Juni 2007). Der mit dem mangels erfolgter Ausschreibung fehlenden förmlichen Anfechtungsobjekt begründete Antrag auf Nichteintreten der BVB geht daher an der Sache vorbei. Würden freihändige Verfahren in gesetzwidriger Art und Weise vorgenommen, ginge damit eine Beschränkung des freien Zugangs zum Markt im Sinne von § 31 lit. a BeschG einher. Diese Frage muss daher in einem Rechtsmittelverfahren überprüft werden können (VGE VD.2009.726 vom 6. April 2010 E. 1.2; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3. Aufl., Zürich 2013, Rz. 1319).

1.2 Die Rekurrentin ist als Anbieterin von Leistungen, deren öffentliche Ausschreibung sie verlangt, zur Erhebung des vorliegenden Rekurses nach § 13 Abs. 1 des Verwaltungsrechtspflegegesetzes (VRPG, SG 270.100) legitimiert (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1319; VGE VD.2015.14 vom 15. Juli 2015 E. 1.2.1).

1.3 Entgegen der Auffassung der Rekursgegnerin kann aus dem Abbruch des zunächst eröffneten offenen Ausschreibungsverfahrens nicht zwingend auf die freihändige Vergabe des ausgeschriebenen Lieferauftrags geschlossen werden. Möglich wäre grundsätzlich auch nach erfolgtem Abbruch eine neue Ausschreibung im offenen Verfahren gewesen. Massgebend für die Anfechtung einer freihändigen Vergabe ist vielmehr der Erhalt der konkreten Kenntnis über dessen Durchführung. Soweit eine konkrete, freihändige Vergabe eines solchen Auftrags angefochten werden soll, muss der Rekurs in Anwendung von § 30 Abs. 1 BeschG vom benachteiligten Anbieter innert zehn Tagen nach Kenntnisnahme des

Werk- bzw. Kaufvertrages angefochten werden (Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., Rz. 1279). Soweit eine solche freihändige Vergabe noch nicht erfolgt ist, berechnet sich die Frist ab der Kenntnis des laufenden, freihändigen Vergabeverfahrens. Diese hat die Rekurrentin mit dem E-Mail-Schreiben von Peter Cerar, strategischer Einkäufer der BVB, vom 29. August 2016 erhalten. Mit dem Rekurs vom 8. September 2016 hat sie damit die Anfechtungsfrist eingehalten. Folglich ist auf den Rekurs einzutreten.

1.4 Das Verfahren richtet sich gemäss § 30 Abs. 5 BeschG nach dem VRPG, soweit das Beschaffungsgesetz keine anderen Vorschriften enthält. Dementsprechend 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]; vgl. statt vieler VGE VD.2014.263 vom 17. Juni 2015 E. 1.3).

1.5 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 7. November 2015 die Rekurrentin auf die Möglichkeit hingewiesen, eine mündliche Verhandlung zu beantragen; sie hat 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

Mit ihrem Rekurs rügt die Rekurrentin zunächst unzulässige Offertbedingungen, welche für die freihändige Vergabe vorgeschrieben worden seien.

2.1 Gemäss den diesbezüglich gegenüber der offenen Ausschreibung unverändert gebliebenen Bestimmungen zum Vergabeverfahren (vgl. act. 2/10) verlangten die BVB Angebote mit einem festen Preis für Diesel für den Zeitraum vom 1. Januar 2017 bis zum 31. Dezember 2018. Als Grundpreis zur Berechnung des fixen Zwei-Jahrespreises sollte dafür auf der Basis einer Gesamtmenge von 4 Mio. Litern der Tagespreis vom 16. September 2016 dienen. Das Angebot sollte am 16. September 2016 um 10:30 Uhr und der Vergabeentscheid um 11:30 Uhr erfolgen.

2.2 Mit ihrem Rekurs rügt die Rekurrentin, dass auf dieser Basis nicht habe ordnungsgemäss offeriert werden können. Zur Begründung macht sie geltend, dass der Mineralöl-Markt sehr volatil sei. Dies verunmögliche eine Festsetzung eines Festpreises über Tage oder Wochen. Eine Festpreisabgabe habe immer mit einem unmittelbaren Vertragsabschluss einherzugehen, da an der ICE-Börse in London die entsprechenden Warenterminkontrakte fixiert werden müssten. Aufgrund der Vergabebedingungen müssten alle Bewerber bei der Abgabe ihres Angebots entweder für den angebotenen Preis bereits einen bindenden Vertrag abgeschlossen haben oder ohne vorgängigen Vertragsabschluss offerieren. Eine Beteiligung hätte daher in jedem Fall Spekulationscharakter. Dies gelte umso mehr, als der Zuschlag auch noch angefochten werden könne. Auch die BVB setzten sich einem

Spekulationsrisiko aus, könne aufgrund der Marktschwankungen doch niemand vorhersagen, ob im Zeitpunkt der Angebotseinreichung eine Hausse oder eine Baisse herrsche und wie die Preisentwicklung sich in den kommenden Monaten darstelle. Die Offertkonditionen widersprächen daher den Zielen des Vergaberechts. Demgegenüber habe sie bereits mit ihrer Offerte vom 17. August 2016 aufgezeichnet, wie in einem wettbewerblichen Verfahren ohne Spekulationselemente das günstigste Angebot ermittelt werden könne.

2.3 Mit ihrer Vernehmlassung halten die BVB dieser Rüge zunächst in formeller Hinsicht entgegen, da die Ausschreibungsunterlagen für die freihändige Vergabe gemäss E-Mail vom 6. September 2016 jenen im vorgängigen offenen Verfahren entsprochen hätten, hätten sie bereits damals angefochten werden müssen. Die Rügen bezüglich der Ausschreibungsunterlagen seien daher verspätet.

Darin kann der Rekursgegnerin nicht gefolgt werden. Will eine Partei ungenügende oder diskriminierende Ausschreibungskriterien rügen, so hat sie im offenen Verfahren zwar grundsätzlich 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, 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 mit der entsprechenden Rüge 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.). Dabei dürfen aber aufgrund des Zeitdrucks, der beschränkten Rechtskenntnisse der Anbietenden sowie der Furcht vor der Verringerung der Chancen im Vergabeverfahren bezüglich der Geltendmachung von Mängeln der Ausschreibung keine strengen Anforderungen gestellt werden (vgl. BGE 141 II 307 E. 6.7 S. 316). Ob eine solche Rüge verspätet erfolgt ist, beurteilt sich danach, ob aufgrund der gesamten Umstände nach Treu und Glauben Anlass zu einer früheren Rüge bestanden hat (VGE VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.5; vgl. auch Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 1258).

Vorliegend hat die Rekurrentin im offenen Ausschreibungsverfahren zwar keinen Rekurs gegen die Ausschreibungsunterlagen erhoben. Sie hat ihre entsprechenden Rügen aber bereits in jenem Verfahren mit dem Begleitschreiben zu ihrem Angebot vom 17. August 2016 erhoben. Sie kann daher mit ihren Rügen bezüglich der Ausschreibungsunterlagen nach Treu und Glauben nicht präkludiert werden.

2.4 In der Sache bestreiten die BVB die vorgebrachten Rügen. Sie habe mit den Ausschreibungsunterlagen von den Anbietenden ein Festpreisangebot verlangt, an welches sie während einer Stunde gebunden sein sollten. Dass mit der Abgabe einer solchen Festpreisabgabe ein unmittelbarer Vertragsabschluss einherzugehen habe, sei falsch. Die Bedarfsmenge von 4 Mio. Liter Diesel über zwei Jahre könne nämlich direkt an der Ölbörse abgesichert werden. Das Gleiche gelte auch für die Währung für den Kauf der Ware über

die Laufzeit. Auch die Frachtkosten könnten kalkuliert werden. Auf diese Weise könne ein Angebot für die Zeitdauer von 60 Minuten ohne Vertragsabschluss abgegeben werden. Es seien ihr am 16. September 2016 denn auch zwei gültige Festpreis-Angebote vorgelegen, ohne dass die Anbieter unmittelbar einen Vertrag hätten abschliessen müssen.

Wie es sich damit verhält, kann letztlich offen bleiben. Beide Parteien begnügen sich damit, ihren Standpunkt zu behaupten. Belege oder Beweismittel für ihren Standpunkt vermag die Rekurrentin nicht einzureichen oder auch nur zu benennen. In der Sache erscheint massgebend, dass der Vergabebehörde bei der Wahl und Formulierung wie auch der Beurteilung von Zuschlagskriterien ein grosses Ermessen zukommt (VGE VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2; Galli/Moser/Lang/Steiner, a.a.O., N 608, 611). Dies gilt im freihändigen Verfahren auch für die von ihr gewählten Offertbedingungen. Das Verwaltungsgericht greift insgesamt nur in den Spielraum der Vergabebehörde ein, wenn ein qualifizierter Ermessensfehler vorliegt (BGE 125 II 86 E. 6 S. 98 f.; VGE VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.1, VD.2014.5 vom 21. Mai 2014 E. 4.4.1, VD.2011.119 vom 15. Februar 2012 E. 2.2). Es wäre daher Sache der Rekurrentin, ihren Standpunkt zumindest insoweit glaubhaft zu machen, dass er vom Gericht einfach überprüft werden kann. Zwar gilt im Submissionsrecht wie allgemein im Verwaltungsrecht der Untersuchungsgrundsatz (BGE 139 II 489 E. 3.2 S. 495; VGE VD.2015.219 vom 18. April 2016 E. 2.3.2). Danach hat das Gericht unabhängig von Beweisanträgen der Parteien "die materielle Wahrheit von Amtes wegen zu erforschen". Dieser Grundsatz wird aber durch die prozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien begrenzt. In Anwendung von § 16 Abs. 2 VRPG müssen daher nach feststehender Praxis des Verwaltungsgerichts bereits mit der Rekursbegründung alle Sachverhaltsvorbringen erhoben und belegt werden (VGE VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 4.3.1). Falls bestimmte Tatsachen für die Behörden nicht oder nur schwer zugänglich sind, ergeben sich Mitwirkungspflichten auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben. Die Parteien sind dann verpflichtet, bei der Sachverhaltsabklärung durch Auskunftserteilung oder Beibringen der Beweismittel mitzuwirken. Werden in einem Rekurs blosse Behauptungen aufgestellt, so ist das Gericht nicht verpflichtet, von sich aus eigene Nachforschungen anzustellen (vgl. statt vieler VGE VD.2014.107 vom 7. Januar 2015 E.2.2.3, VD.2013.46 vom 27. November 2013 E.3.5 mit Hinweisen). Erst replicando verlangt die Rekurrentin die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens eines Sachverständigen betreffend Mineralöl-Markt. Ob in einem Beschaffungsverfahren aufgrund seiner Dringlichkeit überhaupt ein Beweis mittels Gutachtensantrag geführt werden kann, kann hier offen bleiben, da der mit der Replik gestellte Antrag verspätet ist. Die Rekurrentin als erfahrene Treibstoffhändlerin hätte daher ihre Behauptungen bereits mit ihrer Rekursbegründung zumindest konkretisieren und mit entsprechenden Beweisangeboten untermauern müssen. Dies hat sie nicht getan.

Auch im Grundsatz ist das Anliegen der BVB, gerade auch aus budgetären Gründen mit einem Festpreis für den Bezug von Treibstoffen Planungssicherheit für zwei Jahre zu gewinnen, nicht zu beanstanden. Zudem kann es unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht zum vornherein zu beanstanden sein, primär das Risiko einer Ölpreis-Hausse mit einem Festpreis unter Inkaufnahme der fehlenden Marktchancen einer anhaltenden Ölpreis-Baisse abzufedern. Es handelt sich um einen unternehmerischen Entscheid eines öffentlich-rechtlichen Betriebs, der in seinem Ermessen liegt und in welchen das Gericht nicht einzugreifen hat (VGE VD.2015.133 vom 8. Dezember 2015 E. 3.4). Dass die Abgabe

eines solchen Angebots nicht möglich ist, kann nicht allein unter Bezugnahme auf volatile Märkte begründet werden. Auch der Kapitalmarkt ist ausgesprochen volatil. Gleichwohl sind Banken notorisch bereit, feste Hypotheken für sehr lange Zeiträume zu gewähren. Die behauptete Unmöglichkeit wird schliesslich auch durch die beiden von den BVB belegten Festpreisofferten zweier Drittfirmen widerlegt. Vor diesem Hintergrund kann im Vorgehen der BVB entgegen der Auffassung der Rekurrentin nicht von einer Verletzung des Prinzips der Förderung des wirtschaftlichen Einsatzes öffentlicher Mittel gemäss § 1 lit. c BeschG gesprochen werden.

2.5Schliesslich macht die Rekurrentin geltend, dass im Preisblatt weiterhin die Eingabe des Tagespreises des 7. September 2016, 10:30 Uhr verlangt worden sei. Wie die Rekurrentin selbst angibt, handelt es sich dabei aber um einen offensichtlichen Fehler im Zusammenhang mit der Verlängerung der Eingabefrist gemäss E-Mail-Schreiben vom 6. September 2016. Dies ergibt sich nach Treu und Glauben unzweifelhaft aus Ziff. 4.4.2 der Bestimmungen zum Vergabeverfahren (act. 2/10) wie auch aus dem Preisblatt selbst, das auch noch von einer Zuschlagserteilung am 7. September 2016 spricht (act. 2/11). Das Blatt ist offensichtlich nicht angepasst worden, was bei entsprechender Rückfrage ohne weiteres hätte nachgeholt werden können.

2.6Die übrigen, replicando erfolgten Beanstandungen der Offertbedingungen für die freihändige Vergabe sind gemäss § 16 Abs. 2 VRPG verspätet.

Die im freihändigen Verfahren gewählten Offertbedingungen sind somit nicht zu beanstanden.

E. 3

3.1Weiter rügt die Rekurrentin die Anwendung des freihändigen Verfahrens für die Vergabe des ursprünglich ausgeschriebenen Lieferauftrags. Sie macht geltend, dass keine ausschreibungskonformen Angebote eingereicht worden seien, sei den Ausschreibungsunterlagen zuzurechnen, welche nicht den Branchenstandards entsprochen hätte. Der Abbruch der Ausschreibung im Verfahren 141359 sei zwar folgerichtig. Da dieses Vergabeverfahren aber nicht korrekt aufgesetzt worden sei, komme § 19 lit. b BeschG nicht zur Anwendung. Die Anordnung des freihändigen Verfahrens sei daher unzulässig.

3.2Gemäss § 19 lit. b BeschG kann ein Auftrag freihändig vergeben werden, wenn in einem anderen Verfahren niemand oder kein Angebot die Kriterien erfüllt. Diese Voraussetzung ist vorliegend formal erfüllt, hat doch in der zunächst im offenen Verfahren ausgeschriebenen Verfahren nur die Rekurrentin ein Angebot eingereicht, ohne allerdings die Offertbedingungen bezüglich des Preises zu erfüllen. Zutreffend ist zwar, dass für die neue Vergabe im freihändigen Verfahren die Offertbedingungen angepasst worden sind. Dabei ist aber zu beachten, dass die Rekurrentin selbst geltend macht, die förmliche Durchführung eines Ausschreibungsverfahrens für Festpreisangebote sei unmöglich. Tatsächlich darf zwischen der Angebotseingabe und dem Zuschlag aufgrund der Volatilität der Rohstoffmärkte nur ein sehr geringer Zeitraum liegen. Dies kann mit einer förmlichen Ausschreibung weder im offenen Verfahren noch im Einladungsverfahren gewährleistet werden, was die Rekurrentin replicando denn auch anerkennt (Ziff. 12, act. 5). Da es den BVB aber unbenommen sein muss, aufgrund eines eigenen unternehmerischen Entscheids den Lieferauftrag mit einem Festpreis zu vergeben (vgl. oben E. 2.4), folgt daraus nach dem gescheiterten ersten Ausschreibungsverfahren die Zulässigkeit der freihändigen Vergabe.

Daran vermag auch die Anpassung der Offertbedingungen im freihändigen Verfahren nichts zu ändern, da diese aufgrund der Natur der Sache zum Erhalt von Angeboten mit Festpreisen notwendig, als Ausschreibungsbedingungen in einem offenen Verfahren oder Einladungsverfahren aber weiterhin nicht geeignet gewesen wären. Es kann von den BVB nicht verlangt werden, dass diese zunächst eine zweite, wie-derum abzubrechende Ausschreibung mit den angepassten Offertbedingungen vornehmen, um erst darauf auf deren Grundlage eine freihändige Vergabe vornehmen zu können. Die Durchführung des freihändigen Verfahrens ist folglich nicht zu beanstanden.

E. 4

Insgesamt erweist sich der Rekurs als unbegründet und ist daher abzuweisen. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Rekurrentin gemäss § 30 Abs. 1 VRPG die Kosten des Rekursverfahrens mit einer Gebühr von CHF 5'000.00 zu tragen. Eine Parteientschädigung zugunsten der BVB ist gemäss § 30 Abs. 1 i.f. VRPG nicht geschuldet.

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